



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Scuola di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza  
XXVIII Ciclo

Tesi di dottorato

IL CORPO E LA SUA CONDIZIONE GIURIDICA  
IN ROMA ANTICA

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris  
Supervisore: Ch.ma Prof.ssa Paola Lambrini

Dottoranda: Miriam Padovan

Anno Accademico 2015/2016



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

---

Scuola di Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza

XXVIII ciclo

Tesi di dottorato

Il corpo e la sua condizione giuridica in Roma antica

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa Paola Lambrini

Dottoranda: Miriam Padovan

Anno Accademico 2015/2016

## INDICE SOMMARIO

Riassunto – Abstract	5
<i>Riflessioni preliminari sul corpo tra modernità e antichità</i>	7
<i>Introduzione</i>	27

### CAPITOLO I

#### *Il corpo nascosto del concepito*

1.1. Linee metodologiche e considerazioni preliminari	37
1.2. L'orizzonte della nascita sperata e lo sguardo al concepimento	46
1.3. Il concepito giova a se stesso e non ai terzi in quanto (s)oggetto? Il principio dei <i>commoda</i>	66
1.4. L'immissione nel possesso dei beni a favore del ventre. L'affacciarsi della vita	77
1.5. Cenni sul curatore del ventre tra <i>res</i> e <i>persona</i>	88
1.6. Divorzia e vedova presunte pregnanti	96
1.7. Il corpo nascente dinanzi alle vicende materne: divieto di sepoltura della donna gravida	101
1.8. Differimento dell'accusa di adulterio, della tortura e della pena nei confronti della gestante	109
1.9. L'aborto procurato e la repressione pubblica: gli interessi e i soggetti tutelati	111
1.10. Brevi riflessioni conclusive su aborto e concepito	125

### CAPITOLO II

#### *L'editio partus'. L'apparizione di corpi, di vita autonoma e di 'homines'*

2.1. Coordinate introduttive: il concepito per comprendere il nato	129
2.2. L'espulsione dell'aborto non è nascita di un <i>homo</i>	130
2.3. Il corpo senza vita: la contraddizione in termini del nato morto	137
2.4. Lo <i>spiritus</i> , la prova della vita e la presunta vitalità come requisito ulteriore affinché vi sia la nascita di un <i>homo</i>	141
2.5. Il <i>monstrum</i> : la mancanza di forma umana a proposito del Senatoconsulto Tertulliano	149
2.6. Presunti contrasti tra Paolo e Ulpiano: verso il corpo superabile	152
2.7. L'ipotizzato contrasto in tema di rottura del testamento: il <i>non integrum animal, cum spiritu</i>	158

2.8. Un corpo parzialmente difforme: l'ermafrodita. Cenni sull'evoluzione sociale e giuridica da <i>monstrum</i> a <i>persona</i>	165
---	-----

### CAPITOLO III

#### *Il corpo ambiguo e i suoi malanni*

3.1. Il corpo e la medicina: realtà e strategia biopolitiche	171
3.2. Un'ipotesi: il corpo, espressione dell'uomo incarnato e della famiglia	173
3.3. Quale miglior medico per il corpo malato? La concezione tradizionale del dio come inventore e detentore del potere salvifico	174
3.4. La medicina domestica del <i>pater familias</i> . Il corpo custodito nel privato	178
3.5. La medicina straniera laica: lo sguardo diffidente della società e del potere pubblico dinanzi al medico che invade il corpo	182
3.6. Origine, caratteristiche sociali, fama e arricchimento dei medici dopo Arcagato. L'emergere dell'ambivalenza	185
3.7. La concessione dell'ambivalente <i>immunitas</i> e l'estraneità della vita e della medicina dal potere pubblico	194
3.8. Figure di medici dallo statuto incerto	200
3.9. Il corpo lasciato nella sua dimensione naturale. L'assenza dell'ospedale come luogo di gestione e di controllo del patologico	204
3.10. Motivi addotti a giustificazione dell'assenza di un sistema di cura generale. Considerazioni finali	210

### CAPITOLO IV

#### *La scomparsa dell'uomo e il dissolversi del suo corpo*

4.1. Qualche considerazione preliminare. La morte fisica e la sua definizione	213
4.2. La dimensione domestica della morte e del cadavere	216
4.3. Un'ipotesi ricostruttiva: il corpo è <i>res religiosa</i> ? L'uomo e il <i>ius personarum</i> oltre la morte umana	224
4.4. Un corpo umano per un uomo; un sepolcro per un corpo umano	235
4.5. L'individuazione dell'operatività del <i>ius personarum</i> guardando all' <i>ostentum</i> : la sepoltura di corpi umani e mostruosi	238
<i>Riflessioni conclusive</i>	253
Bibliografia	263

## RIASSUNTO

La ricerca è sollecitata dai moderni interrogativi in tema di corpo umano, destinatario di norme giuridiche sui processi vitali e di interventi biotecnologici creatori di dimensioni inedite. Mira a verificare in che modo la concretezza umana abbia condizionato l'attivazione del *ius personarum* e se entro l'ordinamento antico sia rinvenibile uno statuto giuridico del corpo. Tra le tesi proposte, ha ricevuto crescente consenso quella che radica nel diritto romano l'occultamento del corpo – *res* appartenente all'ambito di competenza divina – con la creazione di soggetti disincarnati. Ripercorrendo le tappe biologiche, si analizzano dapprima le fonti riguardanti il *conceptus*, il cui corpo ancora non c'è, con le tutele previste attivabili durante la gravidanza, dalle quali emerge un diritto prudente e incapace di esplicitarsi in modo definitivo prima della nascita (capitolo I). Successivamente si guarda all'*editio partus* e ai casi in cui non viene alla luce un corpo umano, o questo vi sia, ma risulti privo di vita, onde desumere le conseguenze dell'evento sul diritto (capitolo II). Viene poi riservato uno sguardo alla medicina tradizionale, dai caratteri domestico e sacrale, e professionale, subalterna ed estranea ai valori romani, per desumere quale fosse la relazione con il diritto cara alla corrente biopolitica (capitolo III). Infine, si approda al corpo privo di vita e al mutamento giuridico del luogo in cui un corpo, umano e non, viene sepolto (capitolo IV). Emerge complessivamente un diritto finito e condizionato dai confini spazio-temporali umani, la cui conseguenza è la mancata necessità di elaborare un vero statuto corporeo.

## ABSTRACT

This research originates from the modern questions about the human body, which is subject to legal rules concerning vital processes and biotechnological measures, creators of unprecedented dimensions. This thesis aims to study how human concreteness has influenced the development of the *ius personarum*, while also questioning whether a specific legal status concerning the body can be found in the ancient legal system. Of the several views advanced by scholars, the one which claims

that in Roman Law the body was concealed through the creation of disembodied beings - the body being a *res* belonging to the divine sphere - has received increasing consensus.

Following the biological stages, this thesis will examine, first of all, the sources dealing with the *conceptus*, whose body does not exist yet. From the forms of protection that may be put into action during pregnancy a cautious law emerges, which is unable to definitely express itself before the event birth (chapter I). This work will then consider the *editio partus* and the cases in which a human body does not come to light, together with those cases in which a human body does come to light, but with no life, with the aim of pointing out the impact of these events on the law (chapter II). Moreover, further insight will be given both to traditional medicine - which was characterised by domestic and sacred fetures - and to professional medicine - which was subordinate and alien to Roman values -, in order to unveil its relationship with the law, that was supported by the bio-political trend (chapter III). Finally, the thesis will consider the concept of dead body and the legal change of the place in which a body, human or not, is buried (chapter IV). From this analysis, the idea of a law which is finite and affected by human space-time borders will emerge, with the subsequent lack of the need to develop a real legal status for the body.

*Il corpo oggetto di oblio, di studi, di interrogativi.*

Strana sorte, quella del corpo, al centro della vicenda storica e politica, della religione e della società, della filosofia e del diritto, eppure a lungo relegato ad accidente dell'umano e trascurato dagli esponenti di diversi saperi, o vestito di caratteri personali o sacrali che impedivano di instaurare un'interazione diretta con la carne. Ripercorrendo gli studi storici sul corpo in età medievale, Jacques Le Goff giustifica la sua ricerca ribadendo come questo sia stato dimenticato dagli storici, perché la storia tradizionale era disincarnata<sup>1</sup>, e sottolineando come i nuovi approcci – tra i quali viene inserito quello di Michel Foucault<sup>2</sup> – abbiano permesso riscoperte salutari di questa dimensione, coinvolgente il modo di vivere, di nascere, di morire e di curarsi, mai assunta a «oggetto degno di interesse»<sup>3</sup>.

La constatazione dello storico si presta a descrivere anche lo stato dell'arte del corpo nella sua declinazione giuridica in Roma antica, tanto che si può attribuire a Jean-Pierre Baud una ricerca pionieristica in tema di corpo umano per il civilista<sup>4</sup>, sollecitata del

---

<sup>1</sup> Cfr. J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*, trad. it., Roma - Bari, 2010, IX ss., 3 ss.; sulla stessa linea di pensiero si inseriscono *Changing Bodies, Changing Meanings: Studies on the Human Body in Antiquity*, a cura di D. Montserrat, London - New York, 1998; *Constructions of the Classical Body*, a cura di J.M. Porter, Michigan, 2002, contro la tendenza degli studi classici di rifiutare la rilevanza del corpo umano nella comprensione delle dinamiche sociali, filosofiche, politiche antiche, proponendo lo studio dell'antichità attraverso lo studio di corpi.

<sup>2</sup> Su cui v. diffusamente oltre.

<sup>3</sup> J. LE GOFF, *Il corpo*, cit., 3.

<sup>4</sup> Cfr. J.-P. BAUD, *Il caso della mano rubata*, trad. it., Milano, 2003, da cui seguiranno le citazioni, pubblicato in francese con il titolo *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, 1993. C.M. MAZZONI, nell'Avvertenza posta ad apertura dell'edizione italiana dell'opera inserita nel progetto editoriale *Derive*, IX, sottolinea come «la storia giuridica del corpo ... sembra essere uno dei non molti punti di riferimento che il giurista, ed il civilista in specie, ritrova nel proprio bagaglio culturale a conforto delle proprie idee sui rapporti tra la forma dei modelli giuridici e il loro substrato materiale». In prospettiva antropologica, il corpo umano, con incursioni nella politica, nella simbologia, nella giurisprudenza, nella medicina, nella storia e nella filosofia, è comune denominatore dei saggi raccolti in *Corps romains*, a cura di P. Moreau, Grenoble, 2002; il volto romano multiforme – del politico, del cittadino, del soldato, dello schiavo, del giurista, del mercante – è descritto in ottica socio-antropologica in *L'uomo romano*, a cura di A. Giardina, Roma - Bari, 1989; l'incidenza del cristianesimo nella concezione sociale del corpo e della sessualità è oggetto di studio di P. BROWN, *Il corpo e la società. Uomini, donne e astinenza sessuale nel primo cristianesimo*, trad. it., Torino, 1992, con ampia bibliografia antecedente sul medesimo tema (429 ss.); ricerche sulla storia del corpo umano analizzato in diverse epoche da studiosi di formazione eterogenea sono raccolte in *Fragments for a History of the Human Body*, I, II, III, a cura di M. Feher M., R. Naddaff, N. Tazi, New York, 1989; il corpo come entità plurima, che rileva per le singole parti che lo compongono e non come entità unica, in particolare dai secoli XVI e XVII, per ricavarne uno spaccato della società, della dimensione individuale e collettiva è alla base di

resto da interrogativi sorti in seno al XX secolo in ambito legislativo e giurisprudenziale, ma conosciuti da tempo dalla filosofia che soprattutto negli ultimi decenni, indagando incessantemente la relazione intercorrente tra l'uomo e il suo corpo, non ha disdegnato di compiere incursioni entro gli ordinamenti giuridici moderni e antichi, quasi a colmare il silenzio serbato dai giuristi<sup>5</sup>.

*Derive del diritto nelle (de)rive del corpo.*

Da ormai quindici anni Cosimo Mazzoni dirige una collana di studi, ospitante in particolare giuristi e storici del diritto di fama internazionale, dedicata alle problematiche giuridiche poste dalle scienze biomediche, al rapporto tra il diritto e le tecnologie applicate al corpo umano, al ruolo del sostrato biologico nel panorama giuridico. *Derive*, questo il titolo della serie, è una parola che «richiama un elemento stabile, solido, di orientamento della direzione, ed un elemento fluido, magmatico, dove il movimento si produce. Da questo incontro di forze scaturisce un fenomeno nuovo. Così anche le conoscenze innovative si generano dal confronto tra le categorie normative e le realtà in formazione»<sup>6</sup>.

Dalla lettura dei volumi, si ha bene la percezione che il corpo e la vita umana partecipano della realtà in divenire e sono loro stesso l'oggetto in riferimento al quale condurre l'analisi giuridica<sup>7</sup>. Tuttavia, non presentano confini stabili e limiti invalicabili,

---

*The Body in Parts: Fantasies of Corporeality in Early Modern Europe*, a cura di D. Hillman e C. Mazzio New York - London, 2013 (rist.); per un'analisi sul corpo antico come destinatario di pratiche mediche, rappresentato nell'arte anatomica, con uno sguardo alla simbologia ricavabile dal corpo vivente e dal cadavere, v. HOPKINS A. - WYKE M., *Roman Bodies: Antiquity to the Eighteenth Century*, Roma, 2005.

<sup>5</sup> Cfr., in particolare, gli studi condotti da G. AGAMBEN, *'Homo sacer'. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005 (su cui v. U. VINCENTI, *Presentazione* a L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, XII, in merito al colpevole silenzio dei giuristi, che «hanno smesso di interrogarsi e di interrogare sul movimento che scorre dentro le istituzioni occidentali e sono divenuti autoreferenziali», e sul conseguente diritto ridotto a «strumenti i cui fini ultimi sono pensati e stabiliti da depositari di competenze appartenenti ad altri saperi, diversi dalla scienza giuridica»); ID., *L'uso dei corpi*, Vicenza, 2014; R. ESPOSITO, *'Immunitas'. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002; ID., *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004; ID., *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007; ID., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, 2013; ID., *Il dispositivo della persona*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 49 ss., il quale, tra l'altro, si sofferma sul «sempre più frequente incontro tra la filosofia contemporanea e il diritto romano»; ID., *Le persone e le cose*, Torino, 2014.

<sup>6</sup>: queste le parole di C.M. Mazzoni, che si rinvengono nel retro di ogni volume della collana.

<sup>7</sup> Seppur il riferimento al corpo non compaia nella postilla che esplica il contenuto della collana, è lo stesso direttore a constatare presto che «uno dei motivi ricorrenti della collana *Derive* sembra avviarsi ad essere proprio il corpo. Il corpo umano alla prova dei fatti del diritto e dell'analisi giuridica; per di più



come si sarebbe indotti a pensare, bensì variano in base soprattutto alla corrente biotecnologica. In altre parole, la nascita e la morte non costituiscono la riva entro cui si sviluppa il diritto delle persone, né il corpo rappresenta il terreno su cui scorre il mare giuridico, ma le une e l'altro manifestano sfaccettature inedite, affluenti nuovi che cambiano il corso e la forma della realtà con la quale il diritto deve relazionarsi<sup>8</sup>. Da un lato, quindi, il corpo pare essere il limite spaziale dell'uomo, come la nascita e la morte i confini temporali entro i quali egli è definibile; dall'altro, vari sono i fattori che condizionano i processi biologici, mutando l'esito degli stessi e generando diverse immagini del corpo<sup>9</sup>.

Per questo diviene indispensabile dialogare non solo con la medicina, ma anche con il mercato, la bioetica, la giurisprudenza, le legislazioni e innanzi tutte la storia giuridica, la quale conserva le lenti attraverso cui l'operatore del diritto interpreta la realtà, dirime i conflitti e fornisce tutela. Emblematiche risultano le parole che Paolo Zatti pone ad apertura del suo volume dedicato alla vita umana<sup>10</sup>, intesa come «mobile costellazione

---

alla prova delle categorie del diritto civile di tradizione romano-germanica» (C.M. MAZZONI, *Avvertenza*, cit., X), tanto che poco più tardi si rende curatore del volume intitolato *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, e dedicato alla dimensione ontologica del corpo nell'esperienza normativa e storico-giuridica occidentale, senza tuttavia dimenticare il punto di vista di altri saperi – come quello filosofico, epistemologico, metagiuridico – anch'essi impegnati nella gestione del corpo.

<sup>8</sup> Cfr. G. AGAMBEN, *'Homo'*, cit., 183 ss., per l'accostamento delle «frontiere mobili» di vita e morte alle «frontiere biopolitiche», in quanto la mobilità delle prime è determinata dal loro essere oggetto di biopolitica e di decisione sovrana; 208 ss., per la variabilità di vita e morte ed esempi recenti in cui questa si esprime. P. ZATTI, *Maschere del diritto - volti della vita*, Milano, 2009, 6 ss., 20 ss., in prospettiva bioetica, ben descrive il controllo umano via via crescente sui processi vitali, sino a far prevalere l'artificio sulla natura, poiché saperi come quello medico, ma anche filosofico e antropologico, «fanno fibrillare l'idea di uomo ai suoi margini: l'inizio e la fine della vita» ed è perciò venuto meno quel carattere di «monolitica ovvietà» che aveva accompagnato le idee di uomo, di vita e di morte (211); per le metamorfosi del corpo determinate dai recenti progressi scientifici, cfr. S. RODOTA, *Trasformazioni del corpo*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 43 ss., il quale tra l'altro propone dei casi giurisprudenziali e delle potenzialità determinate dalla scienza che permettono di rinvenire un corpo distribuito oltre i confini spaziali tradizionali, costituito da parti staccate che mantengono un'unità funzionale con il corpo d'origine, e un corpo altrettanto distribuito oltre il confine temporale della morte, poiché si proietta nel futuro, può sopravvivere all'essere umano (si pensi alle banca del seme).

<sup>9</sup> Cfr. C.M. MAZZONI, *Psiche o la forma del corpo*, Milano, 2013, in particolare 214 ss., nelle quali è contenuto il saggio *Il corpo e le sue immagini*; v. anche J.-L. NANCY, *'Corpus'*, trad. it., Napoli, 1995, 87 ss., sulla fenomenologia del corpo tecnicizzato; D.J. HARAWAY, *Biopolitica di corpi postmoderni: la costituzione del sé nel discorso sul sistema immunitario*, trad. it., in *Manifesto Cyborg*, Milano, 1995, 137, la quale si sofferma sul corpo invaso dalle biotecnologie, sulla sua trasformazione tecnica, sulla sua scomposizione e moltiplicazione, il corpo che esce dai confini tradizionali; v. anche A. GAMBARO, *I beni*, Milano, 2012, 191 ss., il quale dedica una sezione al corpo e ai nuovi problemi giuridici, tanto riguardanti il corpo vivente, quanto il cadavere.

<sup>10</sup> V. anche, tra i romanisti, A. PALMA, *Il nascituro come problema continuo nella storia del diritto*, in *TSDP*, VII, 2014, 2 ss., il quale, trattando dello statuto giuridico del nascituro, afferma come sia «imprescindibile per qualsiasi giurista, che voglia tentare di dare una risposta ... avvicinarsi alla bioetica

di problemi che ha a che fare con il corpo, la salute, l'identità»<sup>11</sup>. Egli scrive che «la curiosità propria 'del giurista' è ... quella di misurare i suoi antichi strumenti con la realtà presente: di capire come e fino a che punto il linguaggio del diritto, i suoi simboli, le sue modalità argomentative, la sua capacità di 'fare cose con parole' possa adeguarsi alla turbinosa corrente di innovazioni che investe il rapporto dell'uomo con il corpo, l'identità, la salute, il nascere e il morire»<sup>12</sup>.

Antichi sono, quindi, gli strumenti, sedimentate le categorie giuridiche, e mutevole il panorama in cui gli uni e le altre trovano applicazione, inedito lo spazio che si origina attraverso l'evolversi delle biotecnologie e della vita umana<sup>13</sup>. Risuoneranno nella presente ricerca i concetti di nascita, vita, morte, corpo malato, identità e appartenenza in prospettiva romanistica, poiché una parte degli studiosi ritiene che la condizione giuridica moderna del corpo e dell'uomo come essere vivente sia determinata dalla creazione antica di un ordinamento giuridico astratto e quindi inadeguato alla gestione del corpo<sup>14</sup>.

### *Un diritto bipolare. Soggetto o oggetto? Persona o Cosa?*

---

ed al biodiritto – ma, forse, anche alla biopolitica – apportandovi il bagaglio sapienziale maturato nel proprio campo d'indagine».

<sup>11</sup> P. ZATTI, *Maschere*, cit., XI.

<sup>12</sup> P. ZATTI, *Maschere*, cit., XI.

<sup>13</sup> P. ZATTI, *Maschere*, cit., XIII, descrive il biogiurista impegnato «a fare i conti con i suoi antichi contenitori concettuali e con le sue antiche e pratiche soluzioni normative». Da un lato, quindi, egli è più libero di biologi, medici, filosofi, anch'essi esponenti di scienze che gestiscono il corpo, poiché può decidere in modo diverso senza adeguarsi alle conclusioni raggiunte da altri e senza rimanere intrappolato in tendenze ideologiche e religiose; dall'altro lato, è in un certo senso vincolato da se stesso, dai suoi limiti lessicali e dogmatici radicati nel pensiero giuridico.

<sup>14</sup> Cfr. J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 19 ss. Lo stesso autore, soffermandosi sull'ordinamento francese, descrive il processo di reincarnazione del diritto con l'apparizione del corpo sviluppatosi sul finire del XX secolo, in ID., *La réincarnation du droit. Le droit du corps humain chez les juristes français de la fin du XXe siècle*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 5 ss. Egli parla di una tendenza opposta rispetto a quella che «depuis plus de deux millénaires, tendait à exclure le corps humain des rapports juridiques», mettendo al centro della scena giuridica la nozione romana di persona produttrice dello scarto tra la maschera giuridica e il corpo umano (8, dove viene richiamato a sostegno dell'assunto, lo studio di Y. THOMAS, *'Fictio legis'. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droit*, XXI, 1995, 17 ss.). Recentemente, circa l'influenza della concezione giuridica romana in tema di *res* e *persona*, R. ESPOSITO, *Le persone*, cit., 3 ss., 13, 73, 76, il quale intravede una «sporgenza rispetto a entrambe le categorie» del corpo e un'originaria «inadeguatezza concettuale»; ID., *Due*, cit., 97. In ambito prettamente storico e sociale, cfr. J. LE GOFF, *Il corpo*, cit., 33 ss., sull'origine della repressione del corpo, con richiami agli studi in materia, in particolare a P. VEYNE, *La società romana*, trad. it., Roma - Bari, 1990. V. anche A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 9 s.

Il linguaggio giuridico al quale siamo abituati aspira ad essere capace di descrivere qualsiasi realtà e a includere nelle proprie categorie ogni sua manifestazione. In altre parole, **incasellando il fatto, l'evento e l'entità entro il mondo giuridico**, il sistema è in grado di desumere la disciplina applicabile agli stessi secondo un sillogismo matematico. **Le categorie, costruite mediante lo schema dell'‘aut-aut’**, mirano poi a semplificare i fenomeni e a opporli tra ciò che sono e ciò che non sono: o si è soggetto, o non si è soggetto e si ricade pertanto nell'oggetto; o si è persona, o non lo si è, essendo cosa.

Nulla è sembrato sfuggire al sistema binario fino a quando – come ben hanno messo in luce, tra i molti, Paolo Zatti<sup>15</sup> e Stefano Rodotà<sup>16</sup> – il giurista si è trovato a occuparsi da vicino delle questioni inerenti la vita, ossia della realtà vitale del biodiritto, **scontrandosi con l'insufficienza e la rigidità del bipolarismo, che dimostra «difficoltà a regolarla», «a capirla», e prima ancora «a catalogarla»<sup>17</sup>.**

Per comprendere la realtà irregolare e multiforme capace di far vacillare la scienza giuridica **pietrificata, è sufficiente pensare al posto occupato nell'ordinamento da sangue, embrioni, tessuti corporei, organi, parti del corpo umano separate dal**

---

<sup>15</sup> Cfr. ancora P. ZATTI, *Maschere*, cit., XII, che richiama il pensiero di Stefano Rodotà.

<sup>16</sup> Cfr. RODOTÀ S., *Ipotesi sul corpo 'giuridificato'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss.

<sup>17</sup> P. ZATTI, *Maschere*, cit., XII; cfr. anche quanto scritto da C.M. MAZZONI ad apertura di J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., IX, nelle quali il direttore rileva difficoltà lessicali e concettuali del giurista a parlare del corpo, poiché «ha sempre avuto poco a che fare con le categorie giuridiche»; mentre per i corpi morali si guarda al 'substrato' «che sta dietro il riconoscimento della personalità giuridica degli enti», della persona fisica «si deve parlare ... di una fisicità senza corpo». Cfr. anche C.M. MAZZONI, *La vita nascente: il corpo del nascituro*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 218, che, a proposito della vita biologica che si esprime nell'artificio della capacità giuridica, scrive che «il giurista è abituato ad utilizzare concetti dematerializzati, scomposti della loro corporeità. Persona e soggetto del diritto sono entità solo giuridiche, prive di corpo». Del medesimo autore v. anche ID., *Il corpo nascosto dei giuristi*, in *Psiche*, cit., 221 ss., nel quale viene descritto il mondo del giurista come una realtà dematerializzata, in cui domina la vita giuridica. Come dimostra la rassegna giurisprudenziale proposta da L. ANDREWS - D. NELKIN, *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell'era biotecnologica*, Milano, 2002, 5 ss., 271 ss., in realtà, non è solo il giurista italiano ed europeo a tradire una scarsa dimestichezza con le questioni corporee, ma ciascun operatore del diritto, indipendentemente dalla provenienza geografica, condivide la stessa ingenuità: notano a tal proposito le autrici americane che «ogni generazione di tribunali è stata costretta a confrontarsi con le categorie giuridiche del corpo e dei tessuti corporali» con risultati non sempre soddisfacenti per l'uomo inteso come essere vivente, che nei casi proposti si trova a promuovere giudizi contro medici e scienziati rivendicando diritti sul proprio corpo e sui tessuti biologici prelevati dai secondi. Nel paragrafo intitolato *Lo statuto del corpo*, R. ESPOSITO, *Le persone*, cit., 73, rinviene la comune inadeguatezza di tutte le codificazioni civili europee «costruite intorno alla trama astratta di soggetti disincarnati», dove il corpo è considerato un dato naturale, non necessitante di «una specifica attenzione giuridica».

‘biologico possessore’ a seguito di interventi chirurgici<sup>18</sup>, semplici porzioni di materia – esprimendosi con un lessico atecnico – non parificabili però a ciò che comunemente l’ordinamento qualifica come ‘cose’, ma neppure alle ‘persone’<sup>19</sup>. Il problema non sussiste solo a livello formale e nomenclativo, ma assume rilevanza sostanziale, poiché – come già si è anticipato – dapprima l’ordinamento vorrebbe definire gli eventi e poi trarre dal contenitore dogmatico la disciplina. Non sapendo dove situare il corpo, stretto tra i poli dell’identità e dell’appartenenza, dell’essere un corpo e dell’avere un corpo, non si conosce neppure quale debba essere la soluzione normativo-giurisprudenziale conseguente.

Si è aperta pertanto una parentesi originale nel panorama giuridico, determinata dalla pressione della realtà in divenire, che ha condotto a dubitare della solidità delle fondamenta giuridiche di soggetto e oggetto<sup>20</sup>. Tuttavia, queste sono ben radicate nel

---

<sup>18</sup> Cfr. DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1985, 159 ss., per un’analisi del diritto sulle parti staccate del corpo umano e sul cadavere.

<sup>19</sup> Tratta, *ex multis*, dello statuto incerto di embrioni, gameti, ovuli, feti abortiti, cadaveri, organi e tessuti, «entità che, pur non essendo cose, non sono neanche qualificabili come persone», e dei problemi giuridici e filosofici connessi, R. ESPOSITO, *Terza persona*, cit., 115; ID., *Immunitas*, cit., 178 s. Anche tralasciando le questioni attinenti alle singole componenti biologiche, il corpo, nella sua interezza pare espressione di un’originaria ambivalenza (*corpus sum o corpus habeo?*): in prospettiva filosofica, la coesistenza di due epifanie della corporeità – costituite dalla dimensione del mero ‘Körper’ (quale corpo-oggetto, corpo-rappresentazione e, pertanto, misurabile nella sua estensione anatomica non diversamente dagli altri corpi, siano essi umani o meno) e di quella del ‘Leib’ (quale corpo-soggetto, corpo vissuto, corpo animato, carne viva) –, cfr. almeno E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane. Con l’aggiunta dei Discorsi parigini*, trad. it., Milano, 2002; M. MERLEAU-PONTY, *Fenomenologia della percezione*, trad. it., Milano, 2003; J.-P. SARTRE, *L’essere e il nulla. La condizione umana secondo l’esistenzialismo*, trad. it., Milano, 2008; dedica il capitolo iniziale al gioco dell’ambivalenza del corpo U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2014, 11 ss., carattere che ricorre più volte nel corso dell’esposizione (79 ss.). Richiamando gli studi Husserl e Merleau-Ponty, R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 144 e nt. 13, evidenzia come «la categoria di ‘corpo’ sia ormai incapace di rispondere alle domande poste da un mondo senza più confini interni – e che dunque vada decostruita attraverso un lessico che trova nel termine di ‘carne’ la sua punta più acuta».

<sup>20</sup> P. ZATTI, *Maschere*, cit., XIV, XVIII, scrive che «generazioni di giuristi hanno considerato e considerano che lo schema base del loro ragionare di diritti esiga alcune condizioni: un diritto si esercita da parte di un Soggetto su realtà materiali o beni immateriali che sono oggetto del diritto stesso» e si trovano ora dinanzi a pareti categoriali che vacillano, in particolare quella del soggetto, della persona, dell’uomo e degli istanti di inizio e fine vita; il linguaggio giuridico negativo non basta, il corpo reclama uno statuto positivo e il diritto deve dire cos’è, non cosa non è (ad esempio, 11 ss., a proposito dell’embrione, stretto tra la non-cosa e la non-persona, sino a precipitare verso il regno degli oggetti o dei soggetti, creando «questioni imbarazzanti, che non sono risolte in alcuna legislazione europea»; specificamente sulla condizione dell’embrione e sulla sua definizione in prospettiva internazionale, cfr. A. WNUKIEWICZ-KOZŁOWSKA, *Some Remarks on the Legal Status of Embryo in the International Perspective*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 245 ss.). Concordemente, F.D. BUSNELLI, *Di chi è il corpo che nasce?*, ID., *Ripensare lo statuto del corpo inanimato*, entrambi in *Per uno statuto del corpo*, cit., rispettivamente 111 ss., 188 ss. In particolare, per quanto attiene al cadavere, l’autore nota che il suo statuto rimarrebbe vittima di un esito insoddisfacente se si continuasse a mantenere «un’impostazione fondata sull’alternativa soggetto-cosa» (188 ss.); egli ritiene che sia possibile superare la paralisi solo

sistema e risultano difficili da sostituire, perché per decine di secoli sono parse efficaci e bastevoli al contesto al quale sarebbero state applicate. Ed invero è paradossale che l'entità produttrice della crisi moderna del bipolarismo soggetto-oggetto sia il corpo: non un bene nuovo, non un'invenzione moderna, bensì una dimensione tanto antica quanto la persona, o addirittura più antica della persona, se con questo termine si voglia intendere il soggetto di diritto. Eppure il corpo è per il giurista una scoperta recente, progressiva<sup>21</sup> e quasi obbligata, poiché diversi sono parsi gli usi, molteplici le potenzialità insite, odierni lo sviluppo di un vero commercio del corpo, l'acquisizione di valore economico delle sue componenti<sup>22</sup> e la «proliferazione inarrestabile della tecnologia»<sup>23</sup>, più evidente l'attenzione che lo stesso legislatore ha riservato alla materialità umana e alla vita.

Due sono quindi i principali fenomeni che hanno contribuito a reclamare un ripensamento del sistema categoriale giuridico: il progressivo avanzamento della scienza

---

ammettendo l'incapacità delle categorie giuridiche a rappresentare i fenomeni della realtà ed elaborando originali configurazioni (secondo l'indirizzo che C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 465, aveva proposto per l'embrione, saggio pubblicato recentemente nel secondo capitolo di ID., *Psiche*, cit., 65 ss., in particolare 80 ss., dal quale seguiranno le ulteriori citazioni; v. anche, nel medesimo volume e dello stesso autore, ID., *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, 91 ss., sulla relazione tra feto, persona e capacità giuridica; *La protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo 'in quanto tale'*, 126 ss., sulla relatività dei concetti giuridici di cosa e persona, oggetto e soggetto).

<sup>21</sup> Scrive C.M. MAZZONI, in apertura della *Presentazione a Per uno statuto del corpo*, cit., IX, che «il giurista si sta accorgendo dell'esistenza del corpo ... È una scoperta recente ed ancora in corso, e non del tutto palese. È un'impresa non facile, quella di dare rilievo e soprattutto contenuto giuridici a ciò che egli per lungo tempo aveva sempre descritto come il *substratum* materiale». S. RODOTA, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 204, definisce il corpo «oggetto giuridico nuovo».

<sup>22</sup> Con tale espressione si intende riferirsi alle molteplici forme di mercificazione di prodotti prelevati dal corpo, ai profitti ottenuti da case farmaceutiche e multinazionali a partire da linee cellulari umane brevettate, alle svariate cause sul valore delle parti del corpo, ma anche al mercato nascosto del corpo, oggetto di commercio all'insaputa del biologico possessore: cfr. a riguardo L. ANDREWS - D. NELKIN, *Il mercato*, cit., 5 ss., nel quale le autrici propongono plurime vicende giunte all'attenzione dei tribunali americani (v. almeno il caso celebre di John Moore, sul quale diffusamente 5 ss., 48 ss.; per cause attinenti il furto di tessuti, ovuli ed embrioni, v. 255 ss.; sui brevetti genetici e sui ricavi da parte della scienza, 75 ss.), accomunati dal protagonista indiscusso, il corpo umano, incapace però di trovare pace definitiva (cfr., in particolare, 268 ss.) e sempre più esposto e messo in circolazione attraverso «un grande supermercato di corpi» (290). M.M. MARZANO, nel saggio *Le mosse della legittimazione e le trappole del controllo: il discorso della scienza alla prova del vissuto*, di cui è coautrice con L. PARISOLI, posto ad introduzione del volume sopra citato, parla provocatoriamente di «una nuova forma di cannibalismo tecnologico» di cui è vittima l'uomo stesso, poiché è egli stesso come 'materiale vivente' che il mercato commercializza (VIII).

<sup>23</sup> R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 174, a proposito degli studi di Donna Haraway, la quale, studiando il rapporto corpo-diritto, si sofferma in special modo sul corpo come dimensione plasmata dalle biotecnologie.

medica nella cura e nella metamorfosi del corpo; il coinvolgimento del diritto nelle scienze biomediche e la relazione instauratasi tra questo, il corpo e la medicina.

*Artificiale e naturale: l'uomo nuovo. Non più un corpo per un uomo.*

Guardando al primo dei due fenomeni, percepibile anche ai profani della scienza e già in parte espresso, l'avanzamento delle biotecnologie ha permesso di ripensare l'uomo al di là e oltre il suo corpo. I tradizionali processi biologici sono stati soppiantati da altre dimensioni: quella prenatale, su cui è possibile intervenire entro il grembo materno, ma anche al di fuori di questo<sup>24</sup>; quella morente, in relazione alla quale non solo la medicina è capace di posticipare l'esito altrimenti funesto, ma anche di trasdurre attraverso le tecniche rianimatorie il soggetto in stadi tra la vita e la morte: è la condizione ad esempio dell'«oltracomatoso», di colui che è vivo e morto all'un tempo o che non è del tutto vivo e non è del tutto morto<sup>25</sup>.

Inoltre, con il progresso dell'ultimo secolo, è caduta l'equazione elementare 'un corpo è uguale a un uomo', poiché parti provenienti da un soggetto vengono mantenute in vita pur separate da questo e impiantate nello stesso o in un altro corpo. Basti pensare agli organi prelevati da corpi vivi o da cadaveri, con il conseguenziale problema di individuare i presupposti affinché si possa procedere all'intervento<sup>26</sup>. Al corpo umano,

---

<sup>24</sup> Tra le questioni più discusse risuonano quelle attinenti alla fecondazione eterologa, alla maternità surrogata, all'aborto, al nato anencefalico, su cui cfr. H. ATLAN, *L'ombre de l'utérus artificiel*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 177 ss.; P. ZATTI, *Maschere*, cit., 21 ss., 163 ss.; alla relazione tra l'art. 1 cod. civ. e il corpo nascente, su cui cfr. ID., *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti. L'art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 159 ss.; D. CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, Milano, 2011, 1253 ss. V. anche, per un dialogo tra diritto antico e diritto vigente, le riflessioni sullo stato del concepito di A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 1 ss.

<sup>25</sup> Cfr., per la definizione scientifica di 'coma dépassé', P. MOLLARET - M. GOULON, *Le coma dépassé*, in *Revue neurologique*, CI, 1959, 4 ss., richiamata per ricavarne riflessioni biopolitiche da G. AGAMBEN, *Homo*, cit., 178 ss.; il filosofo accosta all'oltracomatoso il 'neomort' e il 'faux vivant', tutte espressioni di una nuda vita «integralmente controllata dall'uomo e dalla sua tecnologia». Le «forme di vita nuove ed incontrollate, che minacciano l'altrettanto sentita necessità umana di prevedibilità e di quiete», generate dalle biotecnologie, sono oggetto di accurata riflessione giuridica in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, in particolare 355 ss., per il pensiero conclusivo dell'autrice, preceduto da una disamina dei casi giudiziari americani nati dalle nuove frontiere biotecnologiche (280 ss., per le controversie sull'embrione e in genere sulla fase prenatale; 298, per quelle attinenti le azioni da 'wrongful life'; 319 ss., per quelle riguardanti il fine vita e i problemi posti dalla definizione di morte e di vita). E. VINCENTI - G. ZANON, *Ai confini della vita: l'inizio e la fine della persona fisica*, in *Zibaldone: riflessioni su persone, cose e giustizia*, a cura di G. Zanon, Napoli, 2008, 19 ss., per gli stadi nuovi che fanno non apparire più certa e naturale l'assenza di vita.

<sup>26</sup> Per i problemi di carattere giuridico e bioetico insiti nella legislazione dedicata alla donazione di organi e tessuti, cfr., diffusamente, C.M. MAZZONI, *Psiche*, cit., 133 ss.

poi, possono essere applicate protesi artificiali, cose che, dal momento dell'impianto, concorrono a formare l'uomo e rispetto alle quali si pone una questione relativa alla loro condizione giuridica prima e dopo l'unione al corpo<sup>27</sup>.

Tramutato in realtà ciò che fino a qualche decennio fa era considerabile mera fantascienza, due sono gli interrogativi ai quali si dovrebbe dare risposta: cos'è il corpo e cosa si possa fare con esso. Lì dove dimora una possibilità di fare, agire, trasformare e modificare, può sorgere una questione giuridica di liceità, titolarità, appartenenza, soggettività. Se invece vi è un'impossibilità fisica dell'uomo di intervenire sulla realtà e di mutare lo stato di fatto, allora non si pone neppure un problema di diritto, posto che mai potrà venirsi a creare un caso in cui si discuta dell'azione solo fantasticamente (o neppure) immaginabile<sup>28</sup>.

Pertanto, l'interlocutore privilegiato della scienza biomedica è innanzitutto il diritto, al quale ci si rivolge per distinguere il lecito dal non consentito e per stabilire i presupposti in presenza dei quali la prima possa operare.

In altre parole, inizia ad avvertirsi la necessità di individuare uno statuto del corpo umano, di collocarlo entro il mondo giuridico e di determinarne la disciplina<sup>29</sup>. Esplicitando le conseguenze dell'attuale oscillazione ontologica del corpo e delle sue

---

<sup>27</sup> Cfr., per questo e per altri casi, S. RODOTÀ, *Trasformazioni*, cit., 43 ss., in cui l'autore accosta al tradizionale corpo fisico il corpo elettronico, il corpo post-umano, il corpo multiplo, il corpo distribuito e deterritorializzato, il corpo espropriato, il corpo contenitore di informazioni, il corpo catalogato; per altri risvolti del corpo fisico unito al tecnologico, cfr. ID., *Il corpo e il post-umano*, in *Polemos*, II.2, 2008, 11 ss., nel quale il corpo da luogo dell'umano viene descritto in vicende che sembrano testimoniare una transizione mediante la quale l'uomo viene spossessato della corporeità, o quanto meno vede se stesso partecipe del virtuale e del trans-umano (22 ss., per i riflessi politici di controllo del corpo attraverso le biotecnologie, tanto che l'autore descrive bene la coesistenza tra le nuove opportunità del post-umano e la conseguente nascita di un «corpo manipolato, predisposto per il controllo, localizzabile»). V. anche R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 176, sul «processo di artificializzazione – o di denaturalizzazione – del corpo» a livello della carne stessa, immagine impensabile fino a poco tempo fa.

<sup>28</sup> P. ZATTI, *Maschere*, cit., 6 ss., 20 s., 211 ss., delinea in particolare i nuovi campi di scelte, talvolta «tragiche», determinate dalla «crescente capacità» condizionante il destino biologico e patologico umano, in relazione ai quali è necessario mantenere un dialogo tra bioetica e diritto, tra scienza giuridica, politica legislativa e scienza medica. V. anche S. JASANOFF, *La scienza*, cit., 354 ss., la quale, auspicando «un'alleanza più riflessiva» tra la scienza, la tecnologia e il diritto dinanzi all'«ingegnosità tecnologica degli esseri umani», presenta i nuovi processi 'sul corpo', ovvero nati dalle opportunità scientifiche e tecnologiche sviluppate nell'ultimo secolo, talvolta liti definite «bizzarre» (40 s.), talvolta questioni risolte in modo tortuoso, contraddittorio e non soddisfacente dalle corti (v., ad esempio, 186 ss. per il già citato caso Moore).

<sup>29</sup> A questo è dedicato l'intero volume *Per uno statuto del corpo*, cit., IX ss.; v. anche l'intero *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I e II, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 1 ss., che ne tratta in relazione al corpo nascente, nato e morto; per uno statuto costituzionale del corpo, nel primo volume, cfr. P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, 137 ss.

componenti entro l'ordinamento, come ha recentemente messo in evidenza Roberto Esposito, si colgono almeno due ordini di problemi, definiti dal filosofo «insuperabili aporie»<sup>30</sup>: il primo è costituito dal modo attraverso cui il diritto guarda al corpo vivente, ovvero se lo considera come un tutt'uno inscindibile o un'unità separabile costituita da frammenti con una propria autonomia e una condizione giuridica distinta. Al corpo umano, cioè, potrebbe non essere attribuita dal punto di vista giuridico la stessa disciplina riservata alle singole componenti. Non solo: le porzioni, una volta separate, possono avere statuti tra loro differenti in base alla parte che viene specificamente in rilievo e ai caratteri di ciascuna. Neppure il corpo privo di vita, imprigionato nell'alternativa soggetto-oggetto, pone minori problemi e il giurista guarda a esso con fatica come a ciò che non è (non più persona)<sup>31</sup>.

Il corpo, quindi, svela la sua complessità e la sua tendenziale irriducibilità a un predeterminato statuto<sup>32</sup>, e meglio si presta a una progressiva costruzione in fase di risoluzione della singola fattispecie rilevante. Continuando a pensare di scomporre l'uomo nelle infinite componenti<sup>33</sup> e di attribuire una disciplina legislativa a queste, da un lato si evidenzia l'impossibilità di coprire *ex ante* la poliedrica realtà, che, variando

---

<sup>30</sup> R. ESPOSITO, *Terza persona*, cit., 114 s.

<sup>31</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *Ripensare lo statuto*, cit., 181 ss., il quale, dopo aver descritto i vari orientamenti circa il trattamento del cadavere e gli atti di disposizione su questo, con l'individuazione dei soggetti titolari della facoltà di scelta, individua la tendenza comune a «irrigidire artificialmente in una falsa alternativa tra schemi giuridici di appartenenza una rappresentazione della realtà che è invece caratterizzata dalla naturale compresenza di interessi e di valori che hanno come punto di riferimento il corpo umano inanimato in quanto tale» (184). L'autore auspica, infine, che venga recuperata quella continuità tra corpo animato e corpo inanimato «che il formalismo giuridico aveva inteso cancellare» (185); sull'insufficienza delle tradizionali categorie, 188 s.; per una rassegna giurisprudenziale di casi riguardanti il cadavere dai quali emergono i nodi problematici della qualificazione giuridica del corpo inanimato, 190 ss., in particolare in materia di trapianto di organi e tessuti (rispetto al quale una panoramica delle legislazioni europee, con specifico riguardo ai rischi connessi, è proposta da J. SIMON, *Infection Protection for Risk Assessment and Xenotransplantation*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 331 ss.).

<sup>32</sup> G. CALABRESI, *In che modo e perché le parti del corpo vengono trattate diversamente*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 350, sostiene come non sia soddisfacente l'approccio mantenuto dalla maggior parte della letteratura giuridica in tema di parti del corpo dal quale emerge la tendenza a trattare il corpo come se fosse una cosa sola e a voler «dare una definizione, un *nomen* dal punto di vista sia sostanziale che processuale», una semplificazione che tuttavia non si rivela utile nelle eterogenee situazioni che si creano; 352 ss., per le peculiarità delle componenti corporee non riducibili a un modello universale corporeo e necessariamente condizionanti lo sguardo giuridico.

<sup>33</sup> Sull'unità e sulla scomposizione del corpo e sulle conseguenze dell'approccio che decostruisce il corpo in singoli pezzi tralasciando l'originaria unità, v. le riflessioni di S. RODOTA, *Trasformazioni*, cit., 51 ss. In ottica storica, per la concezione atomistica del corpo vivente come insieme di membra, v. B. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, Torino, 2002 (rist.), 1 ss., sulle parole utilizzate in Omero per indicare il corpo vivo e morto.



velocemente, non consente al legislatore di pronunciarsi al medesimo ritmo della scienza medica<sup>34</sup>; dall'altro, si potrebbero generare soluzioni non soddisfacenti, poiché il lessico categoriale soggetto-oggetto è originariamente inadatto<sup>35</sup>.

*L'oscillazione del corpo ambivalente.*

Se Roberto Esposito ha fatto dell'incerto statuto del corpo uno dei cardini delle sue ricerche filosofiche, approdando a *Le persone e le cose*, in cui il corpo è definito l'elemento che «può aiutare a rimettere in discussione lo statuto di entrambe»<sup>36</sup>, gli studiosi e i filosofi del diritto non hanno mancato di individuare similmente lo strano destino riservato al corpo, partecipe del regno delle cose e di quello delle persone, ma incapace di aderire totalmente a uno e all'altro<sup>37</sup>.

Mariachiara Tallacchini, in particolare, ampliando lo sguardo all'Europa, descrive le disposizioni presenti in convenzioni e in direttive comunitarie, dedicate in ultima istanza al corpo umano e che dovrebbero concorrere all'elaborazione di una normativa uniforme circa la biomedicina e la biotecnologia, la brevettabilità di procedimenti condotti a partire da materiale umano e la non commercializzazione del corpo<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Per lo scarto temporale tra la scienza e il diritto e il costante ritardo della politica, cfr. E. VINCENTI - G. ZANON, *Ai confini*, cit., 4 s.

<sup>35</sup> Nota P. ZATTI, *Maschere*, cit., XX ss., che l'ordinamento giuridico è ancora lontano da una «agilità delle figure della soggettività», della matrioska della persona, degli opposti regni di soggetto e oggetto, uomo e cose, capacità e incapacità, identità e proprietà, vittima in ultima istanza dell'ostacolo dell'aut-aut; cfr. anche ID., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 93 ss., in cui individua come problema fondamentale del giurista quello di saper riconoscere le ambiguità e le variazioni attinenti al corpo e di imparare a rappresentare con elasticità «le due polarità fondamentali del soggetto e dell'oggetto, ma anche la loro relatività, la loro convivenza, le zone di sovrapposizione». Emblematiche anche le parole di Pietro Rescigno, poste nella *Prefazione* del volume a firma di C.M. MAZZONI, *Psiche*, cit., IX s., in cui, a proposito del corpo dell'uomo e della creatura nascente, scrive che il diritto è «fermo alla riduttiva e semplificante contemplazione e contrapposizione di persone e cose, viste come categorie rigidamente complementari e destinate ad esaurire l'intera realtà regolata dalle leggi», come se fossero «intangibili verità» che cercano di resistere alla natura e alla storia; analogamente per il cadavere, v. il già citato F.D. BUSNELLI, *Ripensare lo statuto*, cit., 189 ss.; S. RODOTA, *Ipotesi*, cit., 489.

<sup>36</sup> R. ESPOSITO, *Le persone*, cit., frontespizio esterno.

<sup>37</sup> Cfr., *ex multis*, oltre a quelli già citati alle precedenti note, sulla tendenziale e insufficiente riconduzione del corpo ora alla persona, ora all'oggetto, G. MARINI, *Il corpo nel prisma del giuridico*, in *Dialoghi di bioetica*, a cura di G. Bonacchi, Roma, 2003, 33 ss., che propone inoltre alcuni casi giudiziari dai quali emergono le conseguenze giuridiche di questo (come il caso Moore).

<sup>38</sup> M. TALLACCHINI, *'Habeas Corpus'? Il corpo umano tra non-commercialità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, 531 ss. V., ad esempio, artt. 21 e 22, *Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti umani e la biomedicina* (Oviedo, 4 aprile 1997); art. 5, *Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche* (6 luglio 1998); art. 3, co. II, lett. c), *Carta dei diritti umani dell'Unione Europea* (2000/C 364/01); in ambito extraeuropeo, art. 4,

L'autrice, però, riconosce presto che il corpo rimane intrappolato tra due tendenze: la sua giuridificazione e la sua appropriazione da parte della scienza<sup>39</sup>.

In altre parole, la materia umana si trova al centro del rapporto tra diritto e bioscienza, l'uno e l'altra volenterosi di esercitare il controllo sui suoi usi, sulle sue potenzialità, sulla sua mutevole configurazione. Pur essendo conteso e proprio perché conteso, tuttavia, il corpo continua a mancare di una visione giuridica coerente e le stesse disposizioni continuano a riprodurre la dicotomia personale e reale<sup>40</sup> e a far riemergere lo statuto giuridico ambiguo del corpo fino a quando rimane assente dalle previsioni che dovrebbero garantirne la tutela<sup>41</sup>.

Ne conseguono esiti giuridici, ancora una volta, paradossali, poiché diritto, scienza e mercato trovano soddisfazione comune sul corpo mediante la sorveglianza, l'utilizzo e lo sfruttamento delle sue parti, mentre il corpo – con l'uomo che ne è incarnato – è oggetto di rimozione giuridica e di frammentazione. Anche dal mondo giuridico,

---

*Dichiarazione Universale dell'Unesco sul genoma umano ed i diritti dell'uomo (3 dicembre 1997) e art. 8, Dichiarazione Universale dell'Unesco sui dati genetici umani (16 ottobre 2003).*

<sup>39</sup> Cfr. M. TALLACCHINI, *'Habeas Corpus'?*, cit., 535 ss. Il rapporto tra scienza, legge e giudizio è al centro di molteplici riflessioni da parte di Stefano Rodotà, il quale a più riprese si chiede se la potenzialità scientifica che permette all'artificio di cancellare la natura e di oltrepassare ciò che appare come limite invalicabile umano determini necessariamente una sottrazione alla valutazione giuridica e una resa da parte del diritto alla scienza la quale, creatrice del post-umano, sarebbe il sapere maggiormente indicato a suggerirne la disciplina; in questo modo, il diritto abdicerebbe al proprio compito finendo per assoggettarsi al dettato della bioscienza, evitando perciò ancora di mettere in discussione e di ripensare, se necessario, i propri criteri valutativi e i principi giuridici ai quali appellarsi (S. RODOTÀ, *Il corpo*, cit., 12 s., 31). Cfr. similmente P. ZATTI, *Maschere*, cit., 294 ss., in cui l'autore, soffermandosi sui pazienti in stato vegetativo permanente, sull'incidenza variabile delle valutazioni medico-scientifiche e sui vincoli della valutazione giuridica, auspica che il giudice non abdichi al suo ruolo falsando il rapporto tra scienza e giudizio, nel momento in cui è il suo schema valutativo a dover prevalere (310).

<sup>40</sup> Per rimanere entro la normativa citata dalla studiosa, esso è, da un lato, riconosciuto non commerciabile, e cioè sottratto al regime proprietario delle cose su cui le persone esercitano una proprietà trasmissibile e cedibile; dall'altro, è brevettabile da parte delle industrie farmaceutiche e dalla scienza: cf. M. TALLACCHINI, *'Habeas Corpus'?*, cit., 549. Quanto al brevetto e alla continua riarticolazione da parte del diritto dei confini ontologici tra ciò che è prodotto naturale (non brevettabile) e artificiale (brevettabile), tra non-cosa e cosa, e, pertanto, al transito dell'uomo verso la categoria in continua espansione della cosa, nonché alla comparsa, accanto alle persone, di non-persone, semi-persone, quasi-persone, anti-persone e non-più-persone, cfr. R. ESPOSITO, *Terza persona*, cit., 116 ss.; v. anche ID., *Il dispositivo*, cit., 58. In M. TALLACCHINI, *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in *Medicina e morale*, 1998, 499 ss., la studiosa propone e analizza tre aporie del corpo assente giuridificato: il corpo come soggetto o oggetto; come un insieme di parti uguali o diverse e quindi necessitante di uno statuto omogeneo o eterogeneo; come entità naturale o artificiale in relazione ai criteri in base ai quali le componenti corporee modificate tecnologicamente sono ritenute appartenenti allo statuto personale o reale.

<sup>41</sup> Cfr. E. VINCENTI - G. ZANON, *Ai confini*, cit., 28, i quali concludono che «l'esperienza concreta dimostra ... quanto profonda, e spesso drammatica, risulti la cesura che separa la 'legge' dalla 'vita vera', con la conseguenza che le regole giuridiche risultano sempre più artificiali e lontane dalla realtà dei rapporti sociali che esse intenderebbero disciplinare»; M. TALLACCHINI, *'Habeas Corpus'?*, cit., 551 s.

quindi, si reclama una rivoluzione per il diritto, poiché e che non può continuare a evitare di affrontare la scomoda corporeità umana **dinanzi all'«impossibilità evidente di ricorrere alle categorie giuridiche tradizionali, fondate sull'esistenza di processi naturali non modificabili»**<sup>42</sup>.

### *Le definizioni medico-giuridiche*

Scorrendo le nostre disposizioni costituzionali e codicistiche, rari sono i riferimenti al corpo, termine di concretezza dirompente e poco incline a prestarsi al lessico giuridico, tendenzialmente più astratto e incolore<sup>43</sup>. La scienza giuridica si è affacciata al terzo millennio, è cresciuta e si è espansa per competenze, ha offerto ingresso a nuovi beni e ai diritti di quarta generazione, si è confrontata con gli altri diritti nazionali e con **l'armonizzazione invocata in taluni ambiti dall'Europa**<sup>44</sup>, entrando nella fase adulta della sua storia, eppure non cela una certa difficoltà nel rispondere agli interrogativi della postmodernità in tema di corpo, come se mancasse del linguaggio giuridico con cui esprimersi.

Aumenta quindi il divario tra le terre finora inesplorate e conquistate negli ultimi decenni dalle biotecnologie e lo spazio dominato dal diritto, il quale non si è dimostrato in grado di dialogare mediante un lessico proprio con i vari interlocutori incontrati negli ambiti inerenti la vita umana. Ha così creduto di ampliare la propria sovranità al governo del corpo, cedendo di fatto sfere di potere alla scienza o limitandosi a recepire i risultati dalla prima raggiunti.

---

<sup>42</sup> S. RODOTÀ, *Ipotesi*, cit., 489.

<sup>43</sup> Cfr. art. 5 cod. civ., rubricato *Atti di disposizione sul proprio corpo*: «Gli atti di disposizione sul proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume», su cui v. almeno S. ROSSI, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto – Sez. civ., Aggiornamento*, VII, Torino, 2012, 216 ss. Quanto alla tradizione del diritto privato, che ha sminuito la corporeità, e alle norme ed espressioni dell'ordinamento nelle quali è contenuto il riferimento al 'corpo', cfr. le riflessioni di P. RESCIGNO, *Frammenti da varie riflessioni nel tempo*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 151 ss.

<sup>44</sup> G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 809, inserisce la tematica del corpo tra «quelle maggiormente incise dal fenomeno del decentramento su scala sovranazionale dei processi nomopoietici».

Ciò appare evidente, ad esempio, nella definizione legale di morte cerebrale, introdotta nel 1993<sup>45</sup> in Italia e strumentale al prelievo di organi dal corpo morto<sup>46</sup>. Diversi sono gli autori che, dal punto di vista giuridico, filosofico, biopolitico, bioetico, antropologico, si sono intrattenuti sul fine vita e in particolare sulla determinazione per via legislativa del momento di inizio della vita umana e della sua cessazione, prendendo a riferimento oltre alla morte cerebrale, consacrata ormai nelle disposizioni della generalità degli ordinamenti, dei casi limite – come il nato anencefalico – che continuano ad alimentare il dibattito tra scienza e diritto.

In tutte queste ipotesi emerge come la scienza sia creatrice di potenzialità che, mettendo in dubbio le certezze naturali intorno alla presenza e all'assenza di vita, determinano interrogativi giuridici sull'essere umano nella sua dimensione biologica<sup>47</sup>; il diritto, nel dare risposta, fa trapelare però di non riuscire a instaurare un rapporto dialettico con il sapere scientifico, assentendo passivamente ai prodotti di questo<sup>48</sup>. Con

---

<sup>45</sup> Cfr. art. 1, L. 29 dicembre 1993, n. 578: «La morte si identifica con la cessazione di tutte le funzioni dell'encefalo», su cui v. almeno C.A. DEFANTI, *La morte cerebrale. Definizioni tra etica e scienza* e P. BECCHI, *Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi*, entrambi in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, rispettivamente 2037 ss. e 2053 ss.

<sup>46</sup> Su cui diffusamente G. CALABRESI, *In che modo*, cit., 350 ss.

<sup>47</sup> S. JASANOFF, *La scienza*, cit., 322 ss., nel presentare alcuni casi giudiziari in cui è il corpo morente ad essere sotto esame, parla di veri «mutamenti dei modi di nascere e di morire delle persone», e colloca all'inizio del secolo scorso la precipitazione dell'evento della morte dal luogo privato della famiglia all'ospedale nel quale il malato è assoggettato a una gestione pubblica. Proprio l'intervento medico, scrive ancora l'autrice, ha determinato un'«ambiguità tuttora irrisolta» circa il significato di morte e ha messo in crisi anche le norme giuridiche, le quali hanno finito per rinviare alla comunità medica le regole con cui valutare la presenza e l'assenza di vita. P. ZATTI, *Maschere*, cit., 294 ss., si sofferma sul significato che assume la definizione di morte e ritiene che sia compito arduo e complesso quello di definirla; nel passato, del resto, i criteri di accertamento tanto medici quanto giuridici non creavano un'intima connessione con l'istante della morte, la quale rimaneva un processo in cui il senso comune e il senso medico erano piuttosto vicini ed era l'esperienza a guidare entrambi, senza che potesse sorgere l'interrogativo se c'era o meno un uomo vivente. Le attuali soglie, invece, e la mescolanza tra vita e morte, tra artificio e corpo, conducono, secondo l'autore, a recepire entro il diritto elementi di natura scientifica, tralasciando tuttavia una serie di altri criteri di giudizio che permetterebbero una conclusione non meramente recettizia e acritica della scienza (295); del resto, fino a quando il concetto è chiaro e univoco, non si pone neppure un'esigenza definitoria (211). Sul fine della vita come uno dei più grandi o addirittura il massimo problema del biodiritto e sul ruolo giocato dall'artificializzazione della vita e della morte a causa delle tecniche biomediche, cfr. F. MANTOVANI, *Problematiche biogiuridiche di fine della vita*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 197 ss.

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, P. ZATTI, *Maschere*, cit., 294 ss., che intitola uno dei paragrafi conclusivi del suo volume *La valutazione scientifica che espropria la valutazione giuridica*, dedicato in particolare alla definizione e ai criteri di accertamento della morte: uno dei tanti esempi che l'autore isola per ricavare la tendenza ormai generalizzata di assorbire entro il mondo giuridico una risultanza scientifica, in questo caso largamente condivisa seppur non unanimemente. Già nelle prime pagine egli si era soffermato sulla soglia legale di morte per constatare come ciò che è un processo – la morte, il passaggio dal corpo vivente allo stato cadaverico – venga ridotto a un istante, affidato all'accertamento scientifico, secondo un criterio decisorio che conserva celata una valutazione di opportunità con un certo grado di approssimazione

ciò non si vuole affatto affermare che solo nel corso del secolo scorso si è sviluppato l'interesse del diritto per la scienza<sup>49</sup>, ma che in una qualche misura si è prodotta un'adesione talvolta acritica e incondizionata da parte del legislatore ai risultati della seconda.

Il panorama scientifico-giuridico, oltre a testimoniare l'esistenza di un rapporto collaborativo o di sudditanza di uno dei due poteri all'altro, consente di svolgere qualche riflessione sul progressivo avvicinamento da parte della politica al corpo. In particolare, la presenza di definizioni legali, come quella che abbiamo visto di morte, sebbene rappresenti un dato ormai costante non solo nel nostro ordinamento, ma a livello tendenzialmente internazionale, e sia per noi fisiologico che l'organo competente a pronunciarsi sulla morte – e quindi sulla vita – sia il legislatore, permette di scorgere alcuni elementi indicatori di un progressivo, intimo e ormai consolidato collegamento tra la politica e la vita biologica coincidente con il corpo, con l'uomo in quanto essere animale, che negli anni ha assunto diverse spoglie<sup>50</sup>.

---

(XV). Al di là del consenso scientifico ottenuto da singole teorie e della potenziale coesistenza di tesi confliggenti parimenti sostenute in ambito scientifico – aspetti dai quali si genera l'ulteriore problema di capire quale sia il criterio in base al quale il diritto dovrebbe scegliere uno fra i diversi canoni scientifici –, ciò che interessa all'autore e che assume rilevanza anche nel corso della presente ricerca è mettere in luce l'inscindibile vincolo tra la scienza e il diritto che ormai domina la conoscenza e la disciplina del corpo. V. anche S. JASANOFF, *La scienza*, cit., 355 ss., la quale espone i vari modelli di relazione possibile tra scienza e diritto e le conseguenze di ciascuno, evidenziando come le corti americane siano state in grado di produrre pronunce flessibili ed efficienti in temi di corporeità umana quando il legislatore ha tardato a intervenire, decostruendo gli asserti scientifici; nello stesso volume cfr. inoltre il saggio introduttivo a firma di M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, VII ss., XVIII ss., in cui bene l'autrice riassume il pensiero della Jasanoff, la quale imputa alle corti di non aver rivolto «il medesimo sguardo critico a se stesse, ai propri presupposti nascosti, vale a dire alle assunzioni teoriche e pratiche in cui, analogamente ai concetti della scienza, anche le categorie del diritto sono radicate».

<sup>49</sup> M. TALLACCHINI, *Scienza*, cit., VII, proprio nell'*incipit* della sua introduzione, ribadisce che lo sguardo del diritto verso la scienza ha una lunga storia e che costantemente questo si è confrontato con il sapere scientifico; a mutare sono piuttosto la distanza e l'eterogeneità tra i rispettivi domini, con la regolazione giuridica che viene spesso sollecitata dall'attività tecnico-scientifica.

<sup>50</sup> Cfr., nella stessa linea di pensiero, G. AGAMBEN, *Homo*, cit., 182 ss.; emblematico è l'intero capitolo che il filosofo intitola *Politicizzare la morte* (178 ss.), dedicato alla progressiva intersezione tra politica, medicina e corpo morente e nel corso del quale viene esplicitato il processo che ha condotto all'introduzione della definizione legale di morte cerebrale, con riferimento anche alle opinioni espresse a riguardo dai medici. Cfr. anche R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 165, il quale, all'interno del capitolo dedicato alla biopolitica, inserisce tra gli strumenti attraverso cui si realizza la sintesi tra politico e biologico «l'attuale legiferazione in materia di vita e di morte – di fecondazione artificiale, di eugenetica, di eutanasia», che prova «l'avvenuta sovrapposizione della sfera del vivente a quella del politico»; 170, in cui evidenzia come non sia più immaginabile una politica che non si rivolga alla vita e all'individuo come corpo vivente.

*L'alleanza del potere politico e del potere medico: le derive tanatologiche*

Il legislatore, e in fase risolutiva il giudice, guarda alla vita sulla quale la scienza medica ha un potere autenticamente creativo: il corpo umano con le sue vicende, perciò, interessa tanto la medicina quanto la legge e varie sono le forme attraverso cui le due hanno storicamente cooperato alla sua gestione.

Uno degli autori che ben ha messo in luce il fenomeno di commistione tra potere politico e medicina è Michel Foucault, il quale ha studiato come il primo abbia progressivamente ampliato i propri obiettivi essenziali: non più solo garantire la pace ed esercitare un'azione di difesa contro le aggressioni esterne, né solo assicurare la giustizia, ma dal XVII secolo gestire la vita, controllando i processi biologici, facendosi carico dei corpi, della nascita, della morte e del livello di salute<sup>51</sup>. **L'esistenza biologica dell'uomo in ultima istanza è il fulcro della politica e ciò si traduce in disposizioni e accorgimenti che attengono alle attività del corpo e ai processi della vita, tanto che l'autore non esita a definire la nuova era come «biodiritto» e «biopolitica», poiché «per la prima volta probabilmente nella storia, la realtà biologica si riflette in quella politica» e quindi non rimane affidata ad altri, ma passa sotto il dominio della sovranità politica, che rappresenta l'«agente di trasformazione della vita umana»<sup>52</sup>.** Ed invero, richiamando ancora una volta i confini biologici umani, anche Giorgio Agamben

---

<sup>51</sup> Cfr. in particolare M. FOUCAULT, *Diritto di morte e potere sulla vita*, in *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I, trad. it., Milano, 2006, 119 ss.; ID., *La politica della salute nel XVIII secolo*, in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, II. 1971-1977: *Poteri, saperi, strategie*, Torino, 1997, 190 s., in cui l'autore si sofferma sull'«imperativo della salute»; ID., *Crisi della medicina o crisi dell'antimedicina?*, in *Archivio Foucault*, II, cit., 204 s. V. anche ID., *L'evoluzione della nozione di 'individuo pericoloso' nella psichiatria legale del XIX secolo*, in *Archivio Foucault*, III. 1978-1985: *Estetica dell'esistenza, etica, politica*, trad. it., Milano, 1998, 49, nel quale descrive come il corpo nella sua accezione metaforica di «corpo sociale» divenga «una realtà biologica e un campo d'intervento medico».

<sup>52</sup> M. FOUCAULT, *Diritto di morte*, cit., 126; è in questo momento – scrive l'autore – che «l'uomo occidentale apprende a poco a poco cosa è una specie vivente in un mondo vivente, cosa vuol dire avere un corpo»; si realizza cioè una trasformazione nel modo in cui la politica guarda all'uomo, riassunta da Michel Foucault con queste parole divenute celebri: «Per millenni, l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente ed inoltre capace di un'esistenza politica; l'uomo moderno è un animale nella cui politica è in questione la sua vita di essere vivente» (127). Allo sviluppo della biopolitica e alle modalità di espressione della stessa è in particolare dedicato il corso al Collège de France tenuto dal professore francese nel 1978-1979 e pubblicato con il titolo *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it., Milano, 2005. Cfr. anche R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 134 ss., per il quale per oggetto della politica è «tutta la vita e solo la vita, nella sua semplice realtà biologica» ed è quindi nella «dimensione del corpo che la vita si presta ad essere conservata tale dall'immunizzazione politica»; ID., *Bíos*, cit., 3 ss., che esplicita i vari interrogativi racchiusi nell'«enigma della biopolitica», con molteplici richiami agli studi di Michel Foucault.

osserva come venga stabilito dalla legge, espressione del potere sovrano «che opera nell'assoluta indifferenza di fatto e di diritto»<sup>53</sup>, cosa sia vita e cosa sia morte.

Da tutti questi studi emerge chiaramente che «il corpo è una realtà bio-politica» ed è questa dimensione ad aver conquistato negli ultimi secoli un posto di primaria importanza, poiché il controllo sugli individui si è insediato a livello non tanto o non più solo della coscienza e dell'ideologia, «ma anche nel corpo e con il corpo», accanto al quale si colloca la medicina quale strategia biopolitica<sup>54</sup>.

Per questo Michel Foucault tiene interi cicli di corsi al Collège de France sul rapporto tra il potere politico e quello medico e individua in questa relazione uno dei principali meccanismi attraverso cui è stato possibile perseguire il controllo integrale del corpo. Se è il corpo l'ambito oggetto della sovranità, significa che all'uomo si inizia a guardare non tanto come 'soggetto di diritto', non come persona, bensì come essere vivente penetrabile attraverso le tecniche di sapere e di potere<sup>55</sup>.

Emblematica è la triade di saggi volti alla politica della salute e alla medicina sociale<sup>56</sup>, nei quali egli tratta della somatocrazia raggiunta attraverso l'«osmosi del politico e del medico»<sup>57</sup> in particolare analizzando il XVIII secolo. Il professore individua alcuni indici caratterizzanti l'alleanza medico-politica mediante i quali il corpo ha intrecciato i due saperi e che fin dall'introduzione di questa ricerca è utile richiamare, posto che un capitolo sarà dedicato alla concezione medico-giuridica in Roma antica. Egli nota

---

<sup>53</sup> G. AGAMBEN, *'Homo'*, cit., 192; nel proporre degli esempi moderni di nuda vita, il filosofo ben delinea che «vita e morte sono ora solo concetti biopolitici», in cui il corpo può fluttuare tra la vita e la morte «secondo il progresso della medicina e il variare delle decisioni giuridiche» e in tal modo «un diritto che pretende di decidere sulla vita, prende corpo in una vita che coincide con la morte» (quella, nel caso proposto dal libro, di un soggetto entrato in sala rianimatoria: 208 ss.); 135, sull'assenza di un confine fisso di ciò che è vita e sulla «simbiosi sempre più intima» tra il sovrano, il giurista, il medico, lo scienziato, l'esperto, il prete; cfr. anche ID., *L'uso*, cit., 264 ss. Il concetto di nuda vita e gli studi di Giorgio Agamben sono alla base delle riflessioni di B. MAGNI, *Il dominio scritto sul corpo: le 'Lettres persanes' di Montequieu*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 374 ss., la quale in particolare descrive la zona di indistinzione tra la vita e la politica, sino a divenire irrilevante la distanza tra 'bios' e 'zoé'.

<sup>54</sup> M. FOUCAULT, *La nascita della medicina sociale*, in *Archivio Foucault*, II, cit., 222. Cfr. anche R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 145 ss., che dedica l'intera opera al rapporto tra potere politico e potere medico, alla sovrapposizione tra linguaggio biomedico e giuridico-politico nella rappresentazione del corpo, al *fērmakon*, dopo aver ribadito che sapere medico e sapere politico si incrociano nella conservazione del corpo.

<sup>55</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Diritto di morte*, cit., 126 ss. V. anche, del medesimo studioso, ID., *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, trad. it., Torino, 1998, 15 ss.; ID., *Storia della follia nell'età classica*, trad. it., Milano, 2014, in particolare 440 ss., dedicato a *Medici e malati*.

<sup>56</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *La politica*, cit.; ID., *Crisi*, cit.; ID., *La nascita*, cit., rispettivamente 187 ss., 202 ss., 220 ss.

<sup>57</sup> M. FOUCAULT, *Crisi*, cit., 196.

che nella storia recente si assiste alla comparsa di una vera autorità medica, alla quale è riconosciuto il potere di prendere decisioni relative a una collettività di persone; a una medicina che espande il suo dominio non solo sulla malattia, ma anche su una serie di fattori attinenti l'urbanizzazione, l'aria e l'acqua; all'introduzione dell'ospedale come luogo della medicalizzazione; al controllo sociale operato attraverso una rete di dati e di registrazione dello stato circa la salubrità della popolazione, alla sorveglianza del biologico<sup>58</sup>. Più strettamente, in relazione all'esperienza della medicina di stato, Michel Foucault si sofferma su quattro punti: «L'organizzazione di un sapere medico di Stato, la normalizzazione della professione medica, la subordinazione dei medici a un'amministrazione generale e, per finire, l'integrazione dei vari medici in un'organizzazione medica di Stato»<sup>59</sup>.

Gli esiti funesti della commistione tra medicina e diritto sono stati raggiunti nel secolo scorso nella Germania nazista, quando non solo la politica ha fatto ampio ricorso alla metafora corporale<sup>60</sup> per rappresentare il popolo tedesco, dal quale era necessario asportare la parte malata costituita dalla razza ebrea e dalle persone con handicap psicofisici, affinché fosse preservata la sua sopravvivenza, ma addirittura – e questo era l'elemento di novità – il medico è divenuto strumento del potere, partecipe delle decisioni politiche e inserito entro l'apparato di governo<sup>61</sup>. Si raggiunge quindi una

---

<sup>58</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Crisi*, cit., 212 s., su cui v. anche G. BONACCHI, *Corpo e storia*, in *Dialoghi di bioetica*, cit., 39 ss., che richiama gli studi a riguardo effettuati anche da Norbert Elias.

<sup>59</sup> M. FOUCAULT, *La nascita*, cit., 226; oltre alla medicina di Stato tedesca, l'autore si sofferma anche sulla medicina urbana francese e su quella laborista inglese; cfr. anche ID., *La politica*, cit., 196. Cfr. R. ESPOSITO, *Bíos*, cit., 6 ss., in cui il filosofo ripropone il pensiero di diversi autori – oltre a Michel Foucault – da cui si desumono gli elementi che hanno condotto alla progressiva relazione tra politica, vita, medicina, in particolare nella declinazione della medicina di stato; ID., *'Immunitas'*, 165 ss., evidenziando come le tre esperienze di medicina individuate da Michel Foucault abbiano come fulcro e giustificazione legittimante la lotta contro il rischio di contagio.

<sup>60</sup> Sulla metafora del corpo, come quella «di gran lunga più influente con cui la politica ha rappresentato la vita della società», cfr. R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 134 ss. Per l'uso della metafora in età medievale, cfr. J. LE GOFF, *Il corpo*, cit., 139 ss. Celebre nei tempi antichi è la metafora organicistica di Menenio Agrippa riferita da Liv. 2.32.7-12; con riferimento a ipotesi in cui si abbandona la metafora corporale umana per ricorrere al non umano – come al mostro o all'orologio – cfr. il Leviatano di Hobbes e l'orologio di Locke.

<sup>61</sup> Cfr., per l'interpretazione del nazismo in chiave biopolitica, almeno M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, trad. it., Milano, 1998, 224 ss.; specificamente sul campo di concentrazione come paradigma biopolitico moderno, v. G. AGAMBEN, *'Homo'*, cit., 133 ss., per il processo di teorizzazione della politicizzazione della vita da parte dei totalitarismi; 150 ss., per gli esperimenti effettuati e per il programma di eutanasia perseguito dal nazismo, destinatari dei quali erano uomini ridotti alla nuda vita senza valore il cui archetipo, secondo il filosofo, è l'*homo sacer* della Roma arcaica. Scrive l'autore che «il terzo Reich nazionalsocialista segna il momento in cui l'integrazione fra medicina e politica, che è uno dei caratteri essenziali della biopolitica moderna, comincia ad assumere la sua forma compiuta. Ciò



inclusione della medicina nel potere, del lessico medico in quello politico, e una coincidenza tra corpo e uomo<sup>62</sup>. Quest'ultimo, infatti, spogliato di ogni diritto (o meglio: riconosciuto privo originariamente di qualsiasi diritto e non degno di attribuzioni giuridiche), appare come mero corpo, espressione di quella che i Greci avrebbero chiamato 'zoé' e che coincide con una vita su cui altri rivendicano il potere di decidere se sia degna di essere vissuta.

Non solo. È allora che la stessa nozione di vita, lungi dall'essere autoevidente e sottratta a disposizioni legislative in quanto processo naturale, diviene un concetto giuridico, svelando gli effetti devastanti e distruttivi della deriva tanatopolitica alla quale ha condotto il connubio biologico-politico<sup>63</sup>.

Superata la deriva totalitaria, figlia della biopolitica, «il rapporto tra politica e vita non si è per nulla allentato, ma appare, al contrario, in continuo incremento»<sup>64</sup> e svela che è il corpo degli uomini a costituire ancora l'oggetto della politica mondiale<sup>65</sup>.

---

implica che la decisione sovrana sulla nuda vita si sposti, da motivazioni e ambiti strettamente politici, su un terreno più ambiguo, in cui il medico e il sovrano sembrano scambiarsi le parti» (159), concetto ripreso oltre (177), in cui il filosofo pare constatare che i veri sovrani caratterizzanti la modernità biopolitica siano di fatto il medico e lo scienziato. A riguardo, G. BONACCHI, *Corpo*, cit., 41 s., definisce i medici come i «rappresentanti più autorevoli» dei poteri dello Stato, attraverso cui questo sorveglia e controlla la conformità biografica. Sul ruolo dei medici nell'esperienza nazista, cfr. R. ESPOSITO, *Bíos*, cit., 118 ss., 149 ss., 200 ss., il quale si sofferma sull'adesione incondizionata al regime data dalla medicina, sui medici come detentori dello scettro del sovrano, sulle onorificenze da questi ottenute e sull'autorità indiscussa della medicina, sulla normativizzazione assoluta della vita effettuata durante il nazismo con la «concorrenza combinata tra il potere dei medici e quello dei giudici nell'applicazione delle leggi biopolitiche»; A. RICCIARDI VON PLATEN, *Il corpo violato. La cosiddetta eutanasia e la psichiatria tedesca sotto il nazismo*, in *Per uno statuto del corpo*, cit., 397 ss.

<sup>62</sup> Cfr. H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Milano, 1996, 608. Specificamente sul lessico medico e politico, con riferimento al concetto di immunità in chiave biopolitica, cfr. R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 4 ss.

<sup>63</sup> Riguardo al concetto di tanatopolitica, cfr. R. ESPOSITO, *Bíos*, cit., 115 ss.; sulla morte come oggetto e strumento di cura, male e rimedio, 148 ss. La deriva tanatopolitica è esaminata a più riprese anche da G. AGAMBEN, *Homo*, cit., 135 ss., 157, in relazione all'idea di vita indegna di essere vissuta.

<sup>64</sup> R. ESPOSITO, *Bíos*, cit., 159 e nt. 1 con bibliografia sulle nuove emergenze biopolitiche; ID., *Immunitas*, cit., 17 ss. Per G. AGAMBEN, *Homo*, cit., 133 ss., la deriva impetuosa biopolitica del '900, rapportata all'arcaica figura della sacertà, in realtà «scorre in modo sotterraneo, ma continuo. È come se, a partire da un certo punto, ogni evento politico decisivo avesse sempre una doppia faccia: gli spazi, le libertà e i diritti che gli individui guadagnano nel loro conflitto coi poteri centrali preparano ogni volta simultaneamente, una tacita, ma crescente iscrizione della loro vita nell'ordine statale, offrendo così una nuova e più temibile assise al potere sovrano da cui vorrebbero affrancarsi»; 184, in relazione all'invocato intervento statale in materia di morte.

<sup>65</sup> È un bene ambito il corpo, da sempre conteso tra lo Stato, la Chiesa e l'individuo, ciascuno dei quali si vorrebbe elevare a *dominus* e ciò nonostante rimasto sprovvisto di «adeguata definizione giuridica» (R. ESPOSITO, *Le persone*, cit., 73).

Tra gli studi filosofici, politico-giuridici e antropologici che hanno ricostruito il progressivo avanzare del filone biopolitico ottocentesco sino all'esperienza nazista e oltre, soprattutto all'interno dei primi, è la categoria di persona a essere richiamata. La tradizione giuridica romana è invocata come produttrice dello scarto tra persona, uomo e corpo<sup>66</sup>, in cui da un lato l'uomo assume uno *status* e continuamente oscilla tra l'essere persona e l'essere cosa; dall'altro, all'interno della categoria personale, la persona è implicitamente scissa dal suo corpo mediante l'operazione giuridica, scarto espressamente teorizzato dal XVI secolo tra l'uomo nella sua dimensione biologica e persona come soggetto di diritto<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. E. STOLFI, *La nozione di 'persona' nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia Politica*, III, 2007, 379; ID., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, 139 ss.

<sup>67</sup> Cfr. ad esempio le osservazioni proposte da R. ESPOSITO, *Terza persona*, cit., 110 ss.; ID., *Il dispositivo*, cit., 50 ss., 56 ss.; ID., *Bios*, cit., XIII ss., 156 s.

## INTRODUZIONE

*Il corpo: dimensione sconosciuta per il giurista dai tempi antichi. Studi recenti e ipotesi ricostruttive.*

Dalle riflessioni preliminari è emerso che il giurista moderno incontra fra le materie da regolare questioni attinenti all'embrione, al diritto di non nascere e ai danni da nascita indesiderata<sup>68</sup>, alle trasfusioni di sangue e agli organi prelevabili, ai tessuti genetici brevettabili, al corpo morente e all'interruzione di cure: aspetti intorno ai quali l'ingegno del civilista vorrebbe cedere alla tradizione bimillenaria di *res* e *persona*, per evitare di affrontare l'«ineludibile enigma» del corpo «fatto di carne ed ossa» e per posticipare il confronto tra il diritto e l'integrità fisica, la quale rivendica «uno statuto che non sia più solo lo statuto della persona»<sup>69</sup>.

La storia giuridica del corpo, infatti, si incrocia necessariamente con le categorie di matrice romanistica più volte evocate sin dall'*incipit* delle pagine introduttive e in particolare con il concetto di persona. Jean-Pierre Baud<sup>70</sup> proprio dall'ordinamento giuridico romano ha attinto e in esso ha creduto di trovare il motivo dell'attuale condizione indefinita del corpo. Egli si è pertanto inserito nella linea di tendenza – a cui già si è fatto cenno citando Giorgio Agamben – assunta da quanti, soprattutto in ottica biopolitica, filosofi<sup>71</sup> e non, vorrebbero rinvenire alle origini della scienza giuridica dei dispositivi e dei meccanismi capaci di condizionare la mentalità legislativa, giurisprudenziale e sociale del terzo millennio.

---

<sup>68</sup> Cfr., per il caso celebre di Perruche, O. CAYLA - Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, trad. it., Milano, 2004, preceduto da un saggio introduttivo di F.D. BUSNELLI, *Diritto di non nascere o diritto a nascere sani?*, VII ss., con suggestioni e agganci romanistici alla persona e alla scissione tra essere umano nascente e persona giuridica secondo la ricostruzione di Yan Thomas.

<sup>69</sup> Così si esprime C.M. MAZZONI, in J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., X; per la tradizionale assenza di uno statuto giuridico e la tendenziale assimilazione del corpo alla persona che lo incarnava, cfr. recentemente R. ESPOSITO, *Le persone*, cit., 13, 73 s. Il filosofo, in un altro volume, soffermandosi sull'oscillazione del corpo e sull'attenzione che i diversi saperi vi hanno riservato individua in particolare due concezioni ideologiche distanti e apparentemente antitetiche, ma che testimoniano la progressiva traduzione del corpo nella categoria delle cose: quella dell'indisponibilità del corpo, perché proprietà di Dio, e della disponibilità del corpo da parte del biologico possessore, negando che sia esso stesso soggetto di autodeterminazione (cfr. R. ESPOSITO, *Terza persona*, cit., 114 ss.).

<sup>70</sup> Cfr. J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 53 ss., 65 ss.

<sup>71</sup> Cfr. R. ESPOSITO, *Il dispositivo*, cit., 58 ss., con gli autori che si inseriscono nella ricerca dell'«arcaico nell'attuale» o «l'attuale nell'arcaico», con molteplici riferimenti a S. WEIL, *La persona e il sacro*, in *Oltre la politica*, a cura di R. Esposito, Milano, 1996, 76 ss.; EAD., *Riflessioni sulle origini dell'hitlerismo*, in EAD., *Sulla Germania totalitaria*, Milano, 1990, 210 ss.

Non tarda ad approdare in Italia il successo del libro storico-giuridico, con coloriture antropologiche, filosofiche e bioetiche. La ricerca, infatti, affascina il lettore per gli esempi, gli interrogativi e i casi proposti, poiché fin dal prologo lo scopo dell'autore è di far apparire l'assurdità insita nei sistemi giuridici contemporanei e di denudare le strategie lessicali e le concettualizzazioni giuridiche regredendo al momento in cui queste sarebbero nate: appunto, l'antica Roma<sup>72</sup>.

A causa dei due principali dispositivi categoriali – *res* e *persona* –, il corpo umano avrebbe funto da silenziosa e scomoda presenza sulla quale il diritto delle persone ha agito indisturbato mediante il suo occultamento. Entrando nel dettaglio della tesi proposta, è innanzi tutto il corpo morto ad aver interessato lo studioso, perché gli effetti della presenza di un cadavere sulle *res* con le quali entra stabilmente in contatto svelerebbero l'originaria condizione giuridica del corpo, ovvero uno statuto reale divino, una *res* appartenente agli dei e di conseguenza sottratta alla competenza del *ius personarum*. Vi sarebbe, da un lato, il diritto degli uomini, disciplinante cose umane; dall'altro, il diritto sacro, santo e religioso, con competenza su *res sacrae, sanctae* e *religiosae*, fra le quali rientrerebbero gli uomini in carne ed ossa, in ogni momento del loro ciclo vitale e anche oltre la loro scomparsa e sepoltura<sup>73</sup>.

Lì il cadavere sarebbe per bocca dei giuristi considerato *res religiosa*, poiché la sua presenza in un terreno determinerebbe la trasformazione del fondo da *res* commerciabile a *res religiosa* sottratta al commercio. Da ciò l'autore desume l'equazione tra corpo e religiosità, valevole tanto per la nuda corporeità *post mortem*, quanto per il

---

<sup>72</sup> Il libro si apre, infatti, con il caso fantascientifico della 'mano rubata', da cui prende il titolo. Jean-Pierre Baud immagina che ai tribunali francesi dei primi anni '90 sia sottoposto il caso di un soggetto che accidentalmente si è amputato una mano e vittima, durante la corsa in ospedale, della sottrazione dell'arto da parte del vicino. Si chiede l'autore se e a che titolo possa essere perseguito quest'ultimo, il quale, con il suo gesto, ha di fatto impedito il reimpianto. Tre sono le tesi proposte: una condanna per mutilazione, posto che la mano, pur se già tagliata, deve considerarsi ancora parte del corpo sino a quando sussista la possibilità per la medicina chirurgica di ripristinare l'unione (l'ottica sarebbe pertanto personale); una condanna per furto, poiché la mano separata dal corpo rientra nella categoria delle cose; l'assoluzione, poiché dal momento della separazione l'arto diventa cosa appropriabile dal primo che se ne impossessa, posto che nasce la qualifica di bene solo al momento del distacco e solo da questo è possibile individuare un proprietario. Cfr. il *Prologo* di J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 3 ss., 18, in cui l'autore evidenzia come questa terza soluzione sia la conseguenza paradossale, stupefacente e insoddisfacente del rifiuto di «riconoscere all'uomo un diritto di proprietà sul suo corpo».

<sup>73</sup> Cfr. J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 46 ss. L'autore sembra fare un uso atecnico e talvolta sinonimico di *res sacra, sancta* e *religiosa*, riferendosi al corpo umano, per indicare ciò che esula dalla competenza del diritto umano e che è assoggettato alla sfera divina (19).

corpo vivente. Equivalenza sulla quale, però, si rende opportuno soffermarsi nel corso della nostra ricerca.

A Jean-Pierre Baud si deve riconoscere, inoltre, il merito di aver sollecitato l'interesse degli studiosi di diritto romano per un tema che poco parrebbe prestarsi all'ordinamento antico – la materialità umana – tanto che, dal momento dell'uscita del libro francese e ancor più dalla traduzione italiana in *Derive*, è stata instaurata una corrispondenza scritta e a distanza con il professore di Nanterre, proseguita oltre la sua morte e destinata a svilupparsi ulteriormente. Tra i contributi sul corpo nell'ordinamento romano che espressamente citano Jean-Pierre Baud e la sua ricostruzione, si segnalano *Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storico-comparatistiche* di Andrea Triscioglio<sup>74</sup>, *Fra corpo e patrimonio. 'Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi'* di Leo Peppe<sup>75</sup> e, ultimo in ordine di tempo, *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di Luigi Garofalo<sup>76</sup>. Tralasciando gli studi specificamente volti alla ricostruzione della condizione giuridica del corpo in Roma, un'inversione di tendenza rispetto alla radicata bipartizione tra *res* e *personae* con una maggior attenzione al sostrato materiale, ritenuto degno di avere una trattazione apposita e non oscillante e dipendente dalle due tradizionali «categorie in crisi», è desumibile nella nuova edizione del manuale *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato* di Umberto Vincenti<sup>77</sup>, in cui l'autore evidenzia a più riprese la problematicità derivante dall'accostare il corpo alle *personae* e alle *res*, e dal volume di José María

---

<sup>74</sup> Cfr. A. TRISCIUOGLIO, *Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storico-comparatistiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 389.

<sup>75</sup> Cfr. L. PEPPE, *Fra corpo e patrimonio. 'Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi'*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 455 s. per i riferimenti a Jean-Pierre Baud.

<sup>76</sup> Cfr. *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Ospedaletto - Pisa, 2015, in cui il curatore presenta una collettanea di saggi dedicati al corpo nelle diverse declinazioni del corpo vivente e morto, assoggettato al potere privato del creditore e alla repressione criminale. V. anche, seppur non espressamente volto alla ricostruzione giuridica del corpo, ma con molteplici richiami alla dottrina moderna e alle questioni giuridiche implicate nel rapporto *res*-corpo-appartenenza, T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contratto e impresa – Europa*, II, 2010, 724 ss., 739 ss.

<sup>77</sup> Cfr. U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato*, Napoli, 2014, 366 ss. (*Persona e corpo*), 373 ss. (*Il corpo umano è cosa?*), 398 ss. (*Dall'«homo» alla «res». Ontologia del corpo umano inanimato*); l'autore intitola il capitolo VIII *Categorie in crisi* (361 ss.) e al suo interno accosta rispettivamente le categorie della *persona* (a cui è in particolare dedicato il capitolo III: cfr. 75 ss.) e della cosa (la trattazione delle *res* è contenuta nel capitolo IV: cfr. 109 ss.) al corpo vivente e morto, evidenziandone gli aspetti problematici.

Alba<sup>78</sup>, dedicato alla persona, con molteplici rinvii al corpo umano e alle sue parti come costitutive dell'uomo.

*Il diritto romano dinanzi ai corpi. L'ordine espositivo della ricerca.*

Accogliendo le suggestioni tematiche proposte da Jean-Pierre Baud, si intende guardare allo stato delle fonti giuridiche antiche, prediligendo un preciso ordine espositivo. Le ragioni che hanno indotto a individuare la suddivisione in quattro capitoli – partendo dal corpo nascente, passando per il corpo nato e malato, approdando infine al corpo morto – sono principalmente due.

Da un lato, è evidente l'impossibilità di esaminare ogni istituto e ciascun passo da cui risulti ricavabile un suggerimento sulla condizione del corpo nel diritto romano, con la conseguente doverosa selezione degli argomenti.

Dall'altro, quanto è emerso nelle pagine che precedono a proposito del progressivo irrompere del corpo entro il panorama giuridico a causa, in principale modo, delle nuove immagini del corpo prodotte dalle biotecnologie, dal ruolo assunto dalla medicina e dall'interesse del potere politico per la vita umana, induce a presentare un percorso che sia, appunto, massimamente aderente al biologico, in particolare al biologico del tempo antico. Posto che il diritto romano si sviluppa e cresce nella casistica del suo tempo, durante il quale non erano certo prevedibili i recenti e variegati stati del corpo cd. post-umano di matrice scientifica, sono stati individuati innanzitutto dei momenti di tensione e di rottura tra l'*homo* e il corpo: questi, infatti, assurgono alle immagini che la società e i giuristi di allora vedevano dinanzi.

Non accogliendo l'invito di chi crede sia soprattutto il cadavere a contenere, in quanto forma più genuina del corpo<sup>79</sup> depurato dall'interferenza della vita, lo statuto giuridico corporeo, si vuol dare maggiore spazio a vicende in cui la dimensione fisica umana non c'è, leggendo tra le righe delle fonti un messaggio inerente alla rilevanza della corporeità assente. Vero è che rispetto a oggi inferiori erano le ipotesi prospettabili in cui ciò sarebbe accaduto, e, tra l'altro, non tanto per determinazione umana, bensì

---

<sup>78</sup> Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *Persona. Desde el Derecho Romano a la Teología Cristiana*, Granada, 2012, in particolare 19 ss., per il significato di *homo*; 59 ss., per il sostrato fisico e la metafora corporale.

<sup>79</sup> Del resto, la morte non è compatibile con il corpo: «Il loro incontro è soltanto momentaneo: morto, il corpo non dura. Per essere corpo, deve conservarsi in vita» (R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 135).

per ordinario decorso degli eventi. Si pensi alla gravidanza, che avrebbe portato con sé l'alto rischio di morte per la puerpera e di non nascita per il *conceptus*, all'assenza di diagnosi prenatali e di altre forme di intervento per favorire il buon esito del parto, determinando talvolta la fuoriuscita di un nato-morto o di un nato privo di forma umana. Tre ipotesi – l'aborto spontaneo, il nato-morto, il *monstrum* – in cui l'uomo e il *ius* assistono ad accadimenti su cui materialmente sono impotenti *ex ante*, ma capaci *ex post* di dare tutela, qualificare, vagliare giuridicamente ciò che avviene *in rerum natura*.

Iniziare una ricerca che auspica di mantenere un approccio corporale-biologico e di abbandonare le prospettive reali e personali proponendo l'analisi di situazioni amorfe non apparirà una scelta tanto irragionevole e contraddittoria se si considera che la tematica corporea non ha incrociato l'interesse neppure del legislatore e della giurisprudenza dei nostri secoli fino a quando il corpo umano nella sua integrità si è dissolto. In altre parole, è stata la perdita dell'indivisibilità corporea e della sua autoevidenza, con l'acquisizione di interazioni tra corpi diversi, la modificabilità del substrato, gli interventi sull'inizio e sul fine vita, la possibilità di decifrare la fase prenatale e di incidere sul suo prosieguo, la confusione di vita e morte con la creazione di stati comatosi e di vita artificiale, la mescolanza tra componenti corporee derivanti da soggetti distinti e l'unione di carne e protesi, a determinare un dibattito giuridico sul corpo.

Paradossalmente per duemila anni il corpo è bastato a se stesso ed è sembrato di una banalità tale da essere gestito in modo efficace tralasciandolo e guardando piuttosto alle *res* e alle *personae*. Successivamente, con il venire meno di quel dato imprescindibile e scontato, sono sorti (o sono stati svelati) i problemi implicati nella frantumazione dell'equazione 'un corpo è uguale a un uomo'.

Allora, se la storia dimostra che sono i nuovi usi del corpo, la mescolanza di corpo e medicina, la perdita di unità e le peculiari declinazioni assunte durante la fase gestazionale e dal corpo morente ad avviare i principali dibattiti, retrocedendo al diritto romano e constatata la contestualità tra corpo fisico e uomo dal punto di vista biologico, si deve desumere che similmente siano stati i momenti in cui si verificava una scissione tra corpo e vita autonoma, tra forma umana e soggetto, a contenere indici interessanti ai fini della ricostruzione della condizione giuridica del corpo *a contrariis*, mentre

questo sarebbe risultato tendenzialmente privo di criticità nella sua fisiologica manifestazione, sino a confondersi entro le *res* ed entro le *personae*. Inoltre, si potrà verificare se, come e perché si sia guardato all'esistenza umana, alle sue manifestazioni e agli stadi intermedi e temporanei, primo fra tutti il concepimento, ultimo il corpo morto che si avvia a scomparire nella sua fisicità.

Rilevata la mancanza di una definizione risolutiva del nostro interrogativo, per capire chi o cosa sia il corpo umano, allora, si analizzeranno quali conseguenze avrebbe provocato la non esistenza di un corpo conforme a natura umana. Il puro corpo, rappresentato dal cadavere, invece, costituirà nella presente indagine il mero punto d'arrivo, la prova finale per comprendere se quanto emerso nella prima parte riceva conferma o smentita, come avviene dal punto di vista biologico: prima si nasce, poi si muore.

Si intende, pertanto, partire da dove il processo vitale inizia, ovvero dalla fase prenatale della gravidanza: non già – come diffusamente e lodevolmente fatto da insigni studiosi di cui si richiameranno le diverse tesi proposte – per inserirsi in un dibattito ideologico sulla difesa da parte del *ius civile* della vita umana sin dalle sue prime mosse nel grembo materno, quanto per vedere se l'assenza del corpo condizioni l'intervento giuridico determinandone un ridimensionamento imposto dallo stato di fatto in cui il *conceptus* si trova, o una totale estrinsecazione posto che il corpo altro non è se non una delle naturali evidenze che il diritto è in grado di contenere predisponendo solidi argini fatti di astrazioni e finzioni giuridiche. Emergerà se il diritto romano sia limitato e ancorato nel suo operare a elementi autoevidenti, ingranaggi che ne determinano il pieno funzionamento, i quali – si anticipa – paiono essere rinvenibili nel corpo e nella presenza di vita autonoma; o se si estende piuttosto all'esistenza in qualunque stadio dello sviluppo embrionale, dovendosi parlare, in questo caso, di statuto personale nell'inutilità di rinvenire la condizione di un corpo da cui il diritto romano trascende.

Neppure una gravidanza condotta fino all'*editio partus*, poi, è garanzia di presenza di corporeità umana, potendo al contrario venire alla luce un nato *contra formam humani generis*, qualcosa o qualcuno con difformità più o meno accentuate rispetto alla fisiologia. Per questo ci si soffermerà sui casi prospettati dai giuristi classici e sul ricco lessico rinvenibile a proposito di eventi che esulano dall'*id quod plerumque accidit*.



L'esegesi proposta non mira certo a verificare l'incidenza reale del fenomeno dei parti mostruosi nell'antichità, bensì a fotografare ancora la reazione giuridica all'accadimento. Il rinvenimento di soluzioni difformi potrebbe denotare un dibattito immaturo o piuttosto essere inevitabile, preso atto della capacità del diritto di 'creare' non solo persone, ma anche mostri, senza vincolarsi al rispetto di definizioni valedoli per ogni istituto giuridico.

L'argomento, percepito oggi come ricco di suggestioni popolari e vecchie credenze ormai superate, rappresenta invece un terreno giuridico fertile, in parte ancora inesplorato e attraversato da parte degli studi da una ricerca ossessiva di contraddizioni e contrapposizioni nel pensiero dei giuristi. La tesi da dimostrare è, nel più dei casi, la portata della categoria di *persona* modellabile a piacimento in base allo scopo reputato degno di tutela dall'ordinamento e la diretta discendenza dalla giurisprudenza romana della persona odierna. È chiaro che se il punto di vista privilegiato di questi studi è quello della *persona*, già si è decretata la secondarietà del corpo o, comunque, si vorrebbe far emergere dallo statuto della *persona* quello eventuale e subordinato del corpo.

Il rapporto tra medicina e diritto romano può, poi, rivelarsi una sosta utile all'interno del percorso di ricerca, in quanto da un lato permette di comprendere se la dimensione biologica, pur nell'arretratezza della scienza medica antica, godesse di un proprio statuto giuridico, se cioè l'uomo come corpo ricevesse una disciplina unitaria o meno; dall'altro consente di vagliare il lessico utilizzato nelle fonti in relazione al corpo e alle sue parti, onde verificare la sua derivazione medica, come ormai comunemente avviene entro le legislazioni moderne nei settori inerenti la persona e le sue vicende biologiche.

Quanto alla morte, infine, all'estrinsecazione del corpo senza vita, si analizzeranno entro l'ordinamento romano gli effetti della presenza ed eventuale sepoltura del cadavere di un libero, di uno schiavo e del *monstrum*, confrontando le conseguenze giuridiche derivanti da ciascuna delle ipotesi: il fatto che siano esse le medesime o sostanzialmente difformi è metro di giudizio per capire come la presenza di una qualificazione giuridica (libertà o schiavitù) o di un elemento naturale (assenza o presenza di forma umana) incida tanto *ex ante* quanto *post mortem*, non incida affatto oppure condizioni solo il trattamento del corpo in uno dei due stadi. Per fare questo,

occorrerà far interagire le fonti e necessariamente saranno operati dei richiami alla nascita di un *homo*, sia esso libero o schiavo, e di un *monstrum*.

Nascita e morte, che siamo abituati a pensare come cronologicamente distanti, sono connesse nel *ius* e interdipendenti: è logico supporre infatti che ciò che non ha ricevuto l'attenzione del diritto al momento della sua comparsa non la meriti neppure al momento della sua dipartita, ma il dato è – appunto – da verificare. Infatti, i passi dedicati alla sepoltura potrebbero confermare le considerazioni svolte al momento dell'*editio partus* o contraddirle.

Non solo. Come si è constatato, la stessa nozione di morte è nell'ordinamento odierno oggetto di una disposizione legislativa, che ha recepito i risultati della scienza e molti sono i dibattiti sorti sul fine vita, sugli stati vegetativi permanenti e sulla necessità o meno di disciplinare organicamente la prestazione del consenso, la sua rilevanza e il persistere dello stesso, la nozione di trattamento sanitario, sino ad approdare nella aule del tribunale la famosa vicenda italiana di Eluana Englaro<sup>80</sup>. Si è visto che nella definizione legale di morte cerebrale e nelle questioni sollevate in materia di eutanasia e accanimento terapeutico riemergono sia l'ormai consueta relazione tra medicina e diritto e la dipendenza linguistica del secondo dal primo, sia la rivendica da parte del potere pubblico di disciplinare spazi biologici che tradizionalmente, come almeno pare emergere dall'atteggiamento del diritto romano dinanzi il sopraggiungere del fine vita, erano lasciati alla sfera privata e domestica e alla libera autodeterminazione della persona.

Infatti, mentre per quanto attiene al cd. corpo nascente i passi dei giuristi sono molteplici, per la morte fisica mancano una definizione e una puntuale indicazione del momento in cui questa sopraggiunge e non è trasmessa memoria di eventuali dibattiti coinvolgenti i giuristi sul punto. Il dato può essere letto in vari modi: come omissione e lacuna giuridica; inevitabile in base al contesto temporale romano e all'arretratezza della medicina dell'epoca; ulteriore prova dell'indifferenza giuridica per il corpo e per la dimensione dell'esistenza umana, posto che il diritto protrae la sua applicabilità indipendentemente dall'attualità biologica del soggetto; un segnale della volontà del diritto di non occuparsi dell'istante finale della vita e del trapasso al mondo dei morti,

---

<sup>80</sup> Cfr. App. Milano, decr. 25 giugno – 9 luglio 2008.

lasciando che lo stesso fosse regolato dall'ordine naturale delle cose e constatato da altre figure, quali i familiari, gli amici e gli eventuali medici presenti, i quali avrebbero osservato l'aspetto del corpo onde desumerne la morte. Un consapevole arresto del diritto dinanzi a ciò che la realtà fattuale evidenzia, perché la morte biologica sarebbe parsa più o meno indifferente al diritto.

Accade invece oggi che l'assenza di una disposizione legislativa venga interpretata come una lacuna del sistema da colmare e non come la naturale conseguenza dell'arresto del legislatore dinanzi a vicende pregiuridiche, le quali presentano declinazioni non prospettabili prima del progresso biotecnologico e del raggiungimento di fasi di vita inedite.



CAPITOLO I  
IL CORPO NASCOSTO DEL CONCEPITO

*1.1. Linee metodologiche e considerazioni preliminari.*

In una raccolta di studi sulla corporeità umana nel diritto romano, stride che un posto sia riservato all'analisi della fase prenatale, nella quale non è ancora apparso alcun *corpus*. Già si è anticipato come Jean-Pierre Baud ritenga non conveniente iniziare gli studi dal concepito, dalle tutele attivabili durante la gravidanza e dall'aborto, definendolo «il modo peggiore di porre la questione dello statuto giuridico del corpo», poiché «il risultato di un approccio del genere è che generalmente ci si dimentica del problema della natura del corpo a favore della questione dell'apparizione dell'essere umano: la cronologia ha la meglio sull'essenza»<sup>81</sup>.

Eppure, ritengo che proprio una panoramica su quanto precede l'*editio partus* permetta di risalire sia alla concezione giuridica di *homo* sia, almeno indirettamente, di comprendere se il *corpus* sia il dato naturale presupposto affinché il diritto intervenga, se sia un *quid* di irrilevante o un elemento da occultare: in quest'ultimo caso, i protagonisti e i destinatari del *ius* non sarebbero degli uomini in carne ed ossa, o non lo sarebbero ancora, ma dei soggetti astratti, creati dal diritto stesso e dotati di un ruolo.

Inoltre, l'analisi degli strumenti che l'ordinamento appresta durante il periodo della gestazione consente già di desumere se il *ius personarum* pervenga a definizioni sull'esistenza umana e se associ al concepito una condizione giuridica reale o personale, o piuttosto ne riconosca la peculiarità e in funzione di questa elabori dei meccanismi capaci di radicarsi pur nell'assenza del sostrato materiale visibile, il corpo del nascituro, e in attesa del suo comparire.

---

<sup>81</sup> J.P. BAUD, *Il caso*, cit., 33, il quale approda al concepito come «persona [che] può nascere prima del corpo» solo nel V capitolo, dedicato alla persona, creatura del regista diritto (65 ss., 72 s.).

Negli ultimi decenni le ricerche sul *conceptus* hanno rappresentato un tema molto dibattuto<sup>82</sup>, rispetto al quale si sono sviluppate tesi variegata e contrapposte<sup>83</sup>, nutrite dai passi giurisprudenziali, i quali sembrerebbero legittimare le une e le altre testimoniando un pensiero controverso.

---

<sup>82</sup> Cfr., solo negli ultimi quindici anni, sui concepiti, J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Der Ungeborene ('nasciturus') im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht. Ein Wertungsproblem im Lichte der Rechtstradition*, in *OIR*, VI, 2000, 102 ss.; M.P. BACCARI, *Sette note per la vita*, in *SDHI*, LXX, 2004, 507 ss.; EAD., *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004; EAD., *Alcuni principi del diritto romano per la difesa dell'uomo nella globalizzazione*, in *Teoria del diritto e dello stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, I, 2005, 1 ss., 8 ss., sul diritto alla vita fin dal concepimento; EAD., *'Conceptus' nelle fonti giuridiche romane*, Roma, 2005; EAD., *Diritto alla vita tra 'ius' e biotecnologie*, I. *La difesa del concepito*, Torino, 2006; EAD., *Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira)*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 125 ss.; EAD., *'Curator ventris'. Il concepito, la donna e la 'res publica' tra storia e attualità*, Torino, 2012; EAD., *Matrimonio e donna*, I. *Concetti ulpiani*, Torino, 2012; P. CATALANO, *Il concepito 'soggetto di diritto' secondo il sistema giuridico romano*, in *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del convegno di studi (Roma, 31 gennaio 2005)*, Brindisi, 2005, 107 ss., autore che già nel decennio antecedente aveva indagato l'argomento (ID., *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano [da Giuliano a Teixeira de Freitas]*, in *Rass. dir. civ.*, I, 1988, 45 ss., ora ID., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 195 ss.); ID., *L'inizio della 'persona umana' secondo il diritto romano*, in *Valori e principi del diritto romano*, a cura di A. Triscioglio, Napoli, 2009, 31 ss.; M.V. SANNA, *'Conceptus pro iam nato habetur' e nozione di frutto*, in *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del convegno (Cagliari, 13-14 ottobre 2000)*, a cura di F. Botta, Torino, 2003, 217 ss.; EAD., *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in *SDHI*, LXXV, 2009, 147 ss.; EAD., *Il concepito nelle XII Tavole*, in *Diritto @ Storia*, X, 2011-2012; EAD., *'Spes nascendi - spes patris'*, in *AUPA*, LV, 2012, 519 ss.; M. LUBRANO, *'Persona' e 'homo' nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino, 2002; P. FERRETTI, *Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di 'qui in utero sunt'*, in *AUFE*, XIII, 1999, 97 ss.; ID., *Esistere e nascere: i due fuochi del pensiero giurisprudenziale classico in tema di concepiti*, in *AUFE*, XIX, 2005, 97 ss.; ID., *L'identità del concepito: la 'contraddizione' del pensiero giurisprudenziale classico nelle diverse letture della dottrina*, in *Diritto @ Storia*, VII, 2008, contenente il primo capitolo della monografia ID., *'In rerum natura esse / in rebus humanis nondum esse'. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, su cui v. criticamente F. ZUCCOTTI, *Vivagni VIII. 'In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?'*, in *RDR*, VIII, 2008, 4 ss.; C. TERRENI, *'Me puero venter erat solarium'*. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, con E. BIANCHI, *Recensione a C. TERRENI, 'Me puero'*, cit., in *SDHI*, LXXVII, 2011, 637 ss.; E. BIANCHI, *Astrazioni e finzioni in tema di 'personae'. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, XXXIV, 2006, 111 ss.; ID., *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009; ID., *A proposito del concepito e delle locuzioni 'in rerum natura esse' e 'in humanis rebus non esse'. Riflessioni e considerazioni su una recente monografia*, in *RDR*, IX, 2009, 1 ss.; S. TAFARO, *'Ius hominum causa constitutum'. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009; 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*, I, a cura di F. Lamberti, N. De Liso, E. Sticchi Damiani e G. Vallone, Napoli, 2011, 303; A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 1 ss.

<sup>83</sup> Sull'«incremento esponenziale» di contributi romanistici in materia di nascituri v. le considerazioni di F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 303; più in generale, per il «fiorire di studi sull'universo familiare nell'antica Roma», panorama entro cui si inserisce anche il nascituro per le questioni principalmente di carattere successorio che origina, EAD., *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 1 e nt. 1, con ampia bibliografia, ricerca completata da EAD., *Studi sui 'postumi' nell'esperienza giuridica romana*, II. *Profili del regime classico*, Milano, 2001. Per una sintesi esaustiva delle tesi originatesi sui nascituri, v. almeno F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 303 ss.; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 11 ss.

Tra le linee che più recentemente hanno incontrato l'adesione di molteplici autori, risaltano quelle focalizzanti l'attenzione su istituti, espressioni e passi, dai quali emergerebbe una tutela diretta del nascituro come soggetto esistente e rilevante in modo autonomo per il diritto, indipendentemente dall'assenza di corpo. Alcuni autori hanno, infatti, impostato la ricerca partendo dall'assunto che il diritto romano avrebbe difeso la vita fin dal principio, retrocedendo appunto il momento a partire dal quale si sarebbe attivato il *ius*, financo giungendo alla parificazione di *homo conceptus* e nato, relegando i testi in cui invece si esclude l'assimilazione a mere eccezioni al principio generale<sup>84</sup>. Tra le argomentazioni a favore di questa proposta ricostruttiva, spiccano le disposizioni che tutelerebbero la vita del concepito affinché gli sia permesso di pervenire all'*editio partus*; la repressione imperiale dell'aborto indotto con l'esilio della donna; il principio del *commodum*, secondo il quale è al concepimento che bisogna guardare quando per il nascituro sia più conveniente la situazione in atto rispetto a quella presente alla nascita: elementi che riaffioreranno e troveranno analisi all'interno del presente capitolo.

Altri, invece, dinanzi all'inevitabile diversità fisiologica tra il concepito e il nato, sono pervenuti alla conclusione che il *ius personarum* abbia ritenuto inesistente il nascituro, creando una divergenza tra la condizione fisiologica e la concezione giuridica spiegabile attraverso l'operare di una *fictio iuris*<sup>85</sup>, la quale avrebbe permesso – anche nella carenza fisiologica – di applicare delle regole previste per i nati ai concepiti, o per permettere ai secondi di venire alla luce o garantir loro le prerogative di cui sarebbero divenuti titolari alla nascita<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Si tratta della scuola di pensiero inaugurata da P. CATALANO, *Osservazioni*, cit., 202 s.: l'autore scrive che la parità tra nato e concepito deriva dalla «constatazione di una realtà da parte dell'interprete».

<sup>85</sup> Sul concetto di *fictio* e sui diversi tipi di *fictiones* conosciute al diritto romano, cfr. E. BIANCHI, *'Fictio iuris'. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, in part. 429 ss. e nt. 613, per le teorie sulla *fictio* applicate al principio *conceptus pro iam nato habetur*.

<sup>86</sup> La teoria della *fictio* vede protagonista innanzi tutto F.C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1840 (1981), 12 ss. Dopo di lui è E. ALBERTARIO, *'Conceptus pro iam nato habetur'*, in *BIDR*, XXXIII, 1923, 4 ss., ad aver riproposto un approfondimento della tesi della finzione, ritenendo che i testi apparentemente in contraddizione permettono di esplicitarsi vicendevolmente: quelli in cui si nega l'individualità al concepito prenderebbero atto della sua dimensione prettamente fisica; quelli in cui si inserisce un'equiparazione tra nati e concepiti invece imprimono al nascituro una condizione giuridica, come se fosse (finzione) esistente. Egli conclude che, così procedendo, il «diritto romano riconosceva nel momento del concepimento il momento determinante della capacità giuridica, a differenza del *ius gentium* che riteneva irrilevante il momento del concepimento e teneva conto soltanto del momento della nascita».

Ancora, una parte di dottrina, senza arrivare alla teorizzazione di finzioni, né al riconoscimento del concepito come individuo, sembra aver nel secolo scorso abbracciato un più cauto pensiero, derivante dall'osservazione della realtà, la quale svela che il concepito non è entità a se stante, ma non equivale neppure al nulla: perciò non è stato meritevole di una tutela diretta e definitiva, ma esclusivamente mediata e subordinata alla nascita, considerando che è parte del corpo materno<sup>87</sup>.

Tuttavia, né quest'ultima ricostruzione né quella della *fictio iuris* originaria od attenuata<sup>88</sup> rappresentano la tesi più seguita e, talvolta, hanno finito per essere giudicate 'improprie' e 'non rispondenti alle fonti', quasi vi fosse un automatismo tra il riconoscimento dell'attenzione giuridica all'avvenuto concepimento e alla fase della gravidanza, e l'assunto dell'esistenza autonoma del concepito e di una tutela della vita da parte dell'ordinamento.

Nell'ottica di superare la visione volta all'individuazione delle presunte contraddizioni giurisprudenziali e altrettanto di non relegare la nascita a fatto secondario e trascurabile, è stata affinata una tesi che propone una lettura delle

---

<sup>87</sup> Cfr. C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, 17 ss., per il quale il concepito – usando una terminologia moderna – non è un «ente capace di diritti», ma «un possibile destinatario di diritti e, come tale, la legge ne tutela gli interessi»; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, 185, secondo il quale alla giurisprudenza si impose l'evidenza fisiologica che il concepito non è *homo*; poi dinanzi al nato, qualora si trattasse di applicare disposizioni che traevano origine in condizioni esistenti prima della nascita (ossia al momento del concepimento e nella fase gestazionale) senza soffermarsi su cosa fosse il concepito, i romani «adottarono le norma che trovavano per uno o altro motivo più convenienti». Anche P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1966, 38, dopo aver riconosciuto che il concepito non è attualmente una persona, ma pur sempre una persona eventuale, individua una riserva di diritti a favore del concepito a condizione che nasca; anch'egli, ricorrendo alla moderna categoria di capacità giuridica, ritiene che le fonti, in base al vantaggio del concepito, ne anticipino il calcolo al momento della concezione. Similmente M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München, 1971, 272; cfr., anche M. TALAMANCA, *Elementi di diritto romano*, Milano, 2001, per il quale «durante il periodo della gravidanza, nel feto i romani non vedevano un uomo» ed è «un aspetto del tutto diverso il fatto di tener conto del concepimento per determinare e, eventualmente, anticipare effetti giuridici relativi alla persona che sia poi realmente nata».

<sup>88</sup> Dall'impostazione di Savigny-Albertario dichiara di non doversi discostare sensibilmente F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., in particolare 55 ss.; EAD., *Concepimento*, cit., 313, la quale però la integra e la rinnova nel senso che, «avendo ben presente i giuristi romani l'idea 'fisiologica' della presenza di un essere *in fieri* al momento della gravidanza della madre, essi di volta in volta scelgono se motivare le loro soluzioni argomentando dalla 'non autonomia' del concepito rispetto al corpo materno, ovvero se – in qualche modo 'anticipandone' concettualmente la nascita (o meglio, ragionando il più delle volte 'a nascita avvenuta') – riconnettere al dato del concepimento una serie di effetti giuridici destinati a svilupparsi ulteriormente in un momento successivo al parto». La studiosa, così argomentando, fornisce una ricostruzione esegetica completa e permette di cogliere le insufficienze metodologiche e argomentative del primo filone di ricerca al quale si è fatto cenno; EAD., *Studi*, II, cit., 6 s., per la *fictio 'si vivo parente natus esset'*; nt. 12 con raccolta bibliografica; 39, nt. 3.



espressioni *in rerum natura* e *in rebus humanis* come riferite rispettivamente al nascituro e al nato: il primo sarebbe esistente, non una parte del corpo materno, ma riconosciuto in modo a sé stante dal diritto, sebbene per essere *in rebus humanis (homo)* necessiti della nascita<sup>89</sup>.

Secondo taluno, poi, la materialità che si manifesta nella nascita apparirebbe come un impedimento alla **piena esplicazione del diritto romano, il quale, con l'elaborazione della categoria della *persona*, ha inteso duplicare il soggetto: abbandonare quello biologicamente inteso, rendendolo estraneo al *ius*; crearne un secondo giuridicamente inteso, sottratto ai confini di nascita e di morte, superiore al corpo corruttibile e rassomigliante alla maschera calviniana di Agilulfo<sup>90</sup>. Se non un limite, il corpo potrebbe essere inteso come un mero accidente, superabile entro il diritto romano<sup>91</sup>.**

La ricchezza degli studi sul concepito, nei quali tra l'altro ben vengono ricostruite le scuole di pensiero sviluppatesi, e la necessità di mettere in rilievo la rilevanza giuridica del corpo nascosto del nascituro mi inducono a non proporre un'esegesi di ciascun passo entro il quale si discute del concepito: ricerca, questa, che meriterebbe un autonomo scritto e rischierebbe di produrre un divario ingestibile tra il concepito, che si presta a punti di vista reali o personali, e il corpo, che rimarrebbe infine il grande assente. Piuttosto si tenterà di ricavare dalle fonti giurisprudenziali e dalla dottrina degli spunti per favorire l'emersione dell'eventuale statuto del corpo. Come a dire, se nel concepito vi è impresso e vi è abbozzato il principio di un'esistenza, seppur intrauterina, nella disciplina riservata allo stesso potrebbe esservi contenuta una bozza dello statuto corporeo umano: un corpo che, in questa fase, ancora non c'è e mai potrebbe vedere la luce, un corpo in formazione nascosto entro un altro corpo, un'assenza (di corpo umano autonomo) e una presenza (invisibile nel corpo materno che cambia) che senz'altro hanno rappresentato un momento delicato nel pensiero giuridico, il quale meglio si presta ad accogliere la concretezza delle manifestazioni della vita quotidiana. In altre parole, la tensione insita nella gravidanza tra un non essere, un non ancora essere, un essere, non può che rappresentare motivo di osservazione e di ingegno giuridico per

---

<sup>89</sup> Cfr. P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., *passim*. V. inoltre M.V. SANNA, *La rilevanza*, cit., 164 ss., per la quale ammettere che il concepito esista non equivale a considerarlo già nato.

<sup>90</sup> Cfr. E. STOLFI, *La nozione*, cit., 379; ID., *Il diritto*, cit., 139 ss., sull'astrazione della persona, che avrebbe segnato l'intera storia dell'occidente.

<sup>91</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 65 ss.

disciplinare una realtà sfuggente o indefinita, uno stato necessariamente limitato e dall'esito incerto.

Un obiettivo, il mio, di minor ambizione rispetto a quello perseguito in plurimi studi esploranti l'irrisolvibile questione dell'inizio della vita umana e dell'individuo, provando a incasellare nelle categorie proprie della nostra tradizione giuridica – *res* e *persona* – il concepito<sup>92</sup>. Aspetti anch'essi che invece verranno per lo più qui tralasciati, in una prospettiva in parte più prudente e autolimitante, poiché è spesso la domanda rivolta alle fonti a condizionare forzatamente la risposta sino a rinvenire un pensiero viziato ed estraneo alla mentalità giuridica romana.

Risuonano, infatti, le dense pagine di Ferdinando Zuccotti<sup>93</sup>, il quale, nel recensire uno studio monografico in tema di concepito, individua annotazioni critiche tali da tradursi in una carenza incolmabile e da inficiare le fondamenta della ricerca stessa. Non su queste però si vuol porre l'attenzione, bensì sulle stimolanti linee metodologiche che tra le righe egli regala a quanti si accingono alla trattazione del medesimo tema. Un'indagine scivolosa, poiché – oltre a presupporre l'esegesi delle fonti e la ricostruzione cronologica del pensiero giuridico – trascina con sé valori e principi morali, adesioni filosofiche, canoni religiosi, nozioni mediche, che costituiscono l'*humus* entro cui si sviluppa il pensiero, oltre a lasciare raramente indifferente lo studioso, portatore anch'esso di un autonomo credo sul valore della vita il quale tenderà a imporsi financo sull'interpretazione che delle fonti egli prediligerà<sup>94</sup>.

Ricordando, allora, le sostanze che paiono alimentare l'alveo entro cui non deve scorrere la ricerca, vengono in superficie una ricostruzione mirata e strumentale dello stato della dottrina, la trattazione superficiale e banalizzata del panorama entro cui il diritto si è sviluppato, l'artificiosa individuazione di contraddizioni giurisprudenziali, la tendenza a introdurre finti problemi dimenticando – prima ancora che la disciplina

---

<sup>92</sup> Recentemente, ad esempio, A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 6, ripropone come «interrogativo di fondo» quello riguardante la concezione accolta nel diritto romano classico circa lo stato del concepito: naturalistica (come primo stadio dell'essere umano), o di matrice stoica (come *res*), tema che egli stesso definisce palesemente controverso e scivoloso per ogni studioso, ritenendo poi indispensabile guardare al dispositivo della *persona*.

<sup>93</sup> F. ZUCCOTTI, *In rerum natura*, cit., 4 ss.

<sup>94</sup> Similmente A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 7, per il quale si tratta di un'«affascinante e pericolosa 'provincia' del diritto romano, spesso esplorata alla ricerca di una conferma alle proprie pregiudiziali ideologiche». Cfr. anche M. TALAMANCA, *Elementi*, cit., 42, il quale ribadisce che si devono abbandonare, «nel leggere le fonti, i pregiudizi ideologici».

giuridica – la realtà fisiologica e i presupposti autoevidenti, la pretesa di individuare principi dogmatici e sistemi nelle opinioni giurisprudenziali<sup>95</sup>.

A queste si aggiungono gli ingredienti nocivi ribaditi da Francesca Lamberti, ossia la propensione a sottoporre le affermazioni di giuristi in materia di nascituri e postumi «ad una lettura di tipo ‘decontestualizzante’», strumentalizzando le stesse fonti giurisprudenziali, «per coartarle in una propria visuale predeterminata»<sup>96</sup>, e da Antonio Palma, che inserisce il concepito fra i «temi palesemente controversi sui quali le fonti sono state spesso prese in esame in modo unilaterale e sottoposte a manipolazioni che hanno avuto, in certi casi, l’effetto di stravolgerne il senso»<sup>97</sup>.

Pertanto, proprio dalla realtà imposta sia al giurista che all’uomo comune si intende partire affinché non sia questa a rappresentare l’oggetto del ricercare ma la solida base su cui poggiare l’avanzare dell’esistenza umana.

Guardando al lessico giuridico, le fonti altro non sembrano fare che fotografare la realtà fattuale del concepito, propria della fase gestazionale e destinata ad essere soppiantata da una diversa condizione a partire dal momento dell’*editio partus*. Le parole utilizzate rimandano più alla dimensione fisica entro cui si trova il concepito anziché alla questione della sua essenza, o meglio, descrivono la sua essenza come inevitabilmente condizionata, limitata e costituita dalla sua posizione corporea.

Pervadono le fonti termini quali *qui/quod in utero est*, con le varianti al plurale<sup>98</sup>; *venter*<sup>99</sup>; *partus*<sup>100</sup> per indicare il concepito in base all’espressione che li affianca (come *partus nondum editus*). Tutti questi – tra l’altro – vengono definiti termini ‘concreti’

---

<sup>95</sup> F. ZUCCOTTI, *In rerum natura*, cit., 10 ss.

<sup>96</sup> F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 305 s., 309, 328, che inserisce questa tendenza tra i «peccati capitali nel nostro settore di ricerca».

<sup>97</sup> A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 7.

<sup>98</sup> Cfr., *ex multis*, D. 1.5.7; 1.5.26; 37.9.7; 38.16.1.11; 50.16.153; 50.16.161; su cui v. P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 9, ntt. 46 e 51 per *uterus*; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 82, nt. 4.

<sup>99</sup> *Venter* nelle fonti assume il significato di ventre-grembo materno, luogo in cui sta il concepito e il concepito stesso: v. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 12, sull’acceso «realisticamente al *conceptus*»; M.P. BACCARI, *Curator*, cit., 59 e nt. 47; P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 9, nt. 47; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 50, nt. 71; E. BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., 334, nt. 175. Compare, ad esempio, in D. 1.5.5.2; 5.4.3; 29.2.30.2; 29.3.30.84; nel titolo 37.9.

<sup>100</sup> Nel significato talvolta del parto come il processo del partorire, altre volte come prodotto del parto: cfr. D. 25.3.1; 25.4.2.1; 25.4.4; 35.2.9; 37.9.1.15; 42.5.19; 42.5.24 pr.; 48.2.11; 48.8.8; 48.10.19, su cui v. M.P. BACCARI, *Curator*, cit., 55 e nt. 38, per la quale il vocabolo individuerrebbe «oltre al partorire, sia il concepito sia il nato»; P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 10, nt. 50; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 80, nt. 1; E. BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., 334, nt. 176.

dall'unanime dottrina romanistica, indipendentemente dalla corrente di pensiero poi sostenuta<sup>101</sup>.

È quindi l'attuale presenza del concepito entro un altro corpo e la sua conformazione celata all'esterno e bisognosa di uno strumento di protezione (quale il corpo materno attraverso cui si sviluppa) a non permettere di cogliere nel nato e nel concepito soggetti parificabili. Il modo di definire il concepito, quindi, sembra sottolineare «senza mezzi termini la sua totale dipendenza dalla madre ... attraverso quel legame (fisiologico, etico, giuridico, psicologico, affettivo ...), che i cultori dell'arte medica del tempo, in sintonia con gli stoici, ritenevano assorbente»<sup>102</sup>.

Accanto a questi vocaboli, compaiono il termine (*qui*) *conceptus*<sup>103</sup> (*est*), che seppur non contenga il riferimento a una parte corporea, a differenza dei termini precedenti, indica il fatto di essere il risultato dell'atto del concepimento, essendo ricevuto in sé (*con-capio*); *postumus*, invece, pone l'attenzione sulla condizione temporale di chi nasce dopo la morte del *pater*<sup>104</sup>.

Risultano allora ancora attuali le affermazioni di Pietro Bonfante, il quale, nel riproporre le molteplici fonti che si occupano della condizione del concepito, e in particolare riferendosi a quelle che conterrebbero il principio di parità tra concepito e nato, in quanto l'uno e l'altro *personae*, suggerisce di intendere «con cautela» e «con le debite restrizioni» le massime rinvenibili nel pensiero giurisprudenziale romano, poiché «prese alla lettera sono false e in contraddizione con altre enunciate dai Romani», mentre, viste nel loro complesso e senza dimenticare di volta in volta la fattispecie che aveva costituito l'occasione del responso giurisprudenziale o dell'intervento mediante editto o rescritto, svelerebbero il «vero principio» secondo cui «il concepito non è

---

<sup>101</sup> Cfr., ad esempio, P. CATALANO, *Diritto*, cit., 216 ss.; G. FONTANA, *'Qui in utero sunt'*, Torino, 1994, 1 ss.; M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 3 ss., 10, dove già il titolo del paragrafo è un omaggio alla concretezza dell'antichità contrapposta all'astrattismi moderno «ambiguo e fuorviante», 40 s. (e nt. 3 con ulteriore bibliografia), 50; EAD., *Diritto*, cit., 1 s.; M.V. SANNA, *'Conceptus'*, 250 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 16 e nt. 25; A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 12 s.

<sup>102</sup> M. BALESTRI FUMAGALLI, *'Spes vitae'*, in *SDHI*, 1983, XLIX, 353.

<sup>103</sup> Sul cui uso v. M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 41 e nt. 4, 61 ss.; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 10, nt. 49.

<sup>104</sup> Sull'esatto significato, diffusamente, cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 2 ss. Non convincente M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 65 s., per l'accostamento di *persona* al *postumus*, considerato che nelle fonti che richiama l'autrice al postumo si guarda comunque in prospettiva della nascita.

attualmente persona: essendo pur sempre una persona eventuale, *in fieri*, gli si riservano e si tutelano quei diritti che dal momento della nascita gli sarebbero devoluti»<sup>105</sup>.

Quindi, pare proprio che l'assenza di corpo e di esistenza autonoma sia percepita dallo stesso diritto come una carenza, una condizione che crea il bisogno di relazionarsi con il corpo materno per raggiungere il concepito.

Al termine poi della gravidanza ancora la presenza di un corpo umano sembra essere imprescindibile per le fonti giuridiche: quello del neonato. In altre parole, quando la corporeità umana non c'è, non è ancora formata o non è ancora svelata, il diritto guarda a essa attraverso il corpo esistente e abbisogna poi dell'evento biologico della nascita del concepito-nato per estrinsecarsi in autonomia e senza corpi intermediari.

Quest'affermazione pare si presti pure a spiegare la relazione intercorrente tra l'attenzione giuridica al momento del concepimento e la morte del *pater*<sup>106</sup>: in tal caso, dopo il decesso, del *pater* residua un corpo morto e il *ius personarum* per rinvenire la relazione di discendenza per la trasmissione ereditaria non può che guardare al momento in cui il corpo del *pater* era vivo. Così avviene a partire almeno dal I secolo a.C., con avvisaglie già dalle Dodici Tavole. Il *pater* è tale se il concepimento è avvenuto quando egli era vivo (e quindi l'apporto paterno è stato impresso nel concepito) e a condizione che il parto nasca vivo, ovvero venga alla luce dotato di esistenza e di fisicità proprie (ecco, di nuovo, la tensione al corpo umano vivo della nascita) e completi pertanto quel ciclo intra uterino iniziato e reso possibile grazie ai corpi paterno e materno. Pare quindi che la morte rappresenti una sorta di limite biologico e giuridico per il *ius personarum*, e che rispetto a essa non si possa che retrocedere per rinvenire una relazione tra il *pater* deceduto e il concepito divenuto figlio con la nascita postuma, mentre la nascita e l'attuale presenza di vita costituiscono la condizione affinché il *ius personarum* possa operare, tanto verso il nato, quanto appunto verso il *pater*.

---

<sup>105</sup> P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 38.

<sup>106</sup> Cfr., sul processo giuridico di inclusione dei postumi, F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 14 ss.

## 1.2. L'orizzonte della nascita sperata e lo sguardo al concepimento.

Per constatare se quanto detto corrisponda allo stato delle fonti, si proporranno pertanto dapprima a titolo esemplificativo alcuni passi dei giuristi, dai quali emerge che lo sguardo del diritto al concepimento è sempre effettuato avendo come orizzonte la nascita, i cui requisiti invece saranno oggetto del prossimo capitolo.

Viene in rilievo pertanto un passo di Paolo, tratto dal XVII libro dedicato a Plautio<sup>107</sup>, e conservato entro il titolo giustiniano della petizione ereditaria:

Paul. 17 *ad Plaut.* D. 5.4.3<sup>108</sup>: *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit. ubi autem eodem gradu sunt ceteri quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt: ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur. nam traditum est et quattuor pariter puellas a matre familias natas esse: alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam peloponensi, multas aegypti uno utero septenos. sed et tregminos senatores cinctos vidimus horatios. sed et laelius scribit se vidisse in palatio mulierem liberam, quae ab alexandria perducta est, ut hadriano ostenderetur, cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragensimum. quid est ergo? prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint: τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς, ut ait theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοζέται. ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.*

Scrive il giurista che gli antichi hanno a tal punto avuto premura del concepito da riservare integri tutti i diritti sino al momento della nascita. Ciò si constata in tema di successione ereditaria intestata, in cui non opera la vocazione a favore degli agnati di grado ulteriore fin tanto che persiste incertezza circa la possibile venuta alla luce di un erede di grado antecedente. Questi, quindi, trarranno vantaggio esclusivamente da una

---

<sup>107</sup> Cfr. O. LENEL, *'Palinnesia iuris civilis'*, I, Leipzig, 1889 (con supplemento di L.E. Sierl, Graz, 1960, nella versione a cura di L. Capogrossi Colognesi, con prefazione di M. Talamanca, Roma, 2000), c. 1174.

<sup>108</sup> Per le ipotesi di interpolazione proposte, cfr. P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 147, ntt. 457 s.; C. TERRENI, *'Quae Graeci φαντάσματα vocant'*. *Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa, 2013, 15 s., nt. 8.

mancata nascita, ossia dall'assenza definitiva di eredi a loro preferiti, ma, finché la gravidanza è in corso, la vocazione ereditaria è loro preclusa.

Prosegue il passo occupandosi del caso in cui, alla morte del *pater*, un erede già nato possa concorrere con un nascituro (a condizione che nasca), l'uno e l'altro eredi nel medesimo grado: si pensi, ad esempio, al caso di più fratelli. La questione giuridica sorta attiene alla quantificazione della quota d'eredità da preservare sino a che prosegua la gravidanza. Dinanzi all'inevitabile incertezza del numero di figli che la gestante potrebbe partorire, gli *iuris auctores*, *prudentissime*, hanno prediletto una soluzione mediana: considerando il parto trigemellare un accadimento non così raro, all'erede in vita si sarebbe attribuito un quarto dei beni<sup>109</sup>, mentre le restanti tre parti avrebbero funto da porzioni destinate agli attesi prossimi nati. Quanto avviene in ipotesi eccezionali è stato invece opportunamente trascurato dal diritto in fase preventiva, assumendo rilevanza in sede di assegnazione definitiva delle quote ereditarie, qualora ne sorgesse la necessità.

Tre sono le ipotesi in concreto realizzabili al termine della gravidanza: il parto è trigemellare, così che ciascun nato diverrà erede di una quarta parte, con integrale soddisfacimento grazie alla riserva avvenuta. Se, invece, vedessero la luce meno di tre persone, posto che a ciascuno è stato dato un quarto, residuando una o più parti, queste andranno ad accrescere<sup>110</sup> in modo proporzionale quanto ottenuto già dagli eredi. Ovviamente, entro questa seconda ipotesi contemplata da Ulpiano, deve comprendersi inoltre la gestazione conclusasi senza alcuna nascita – aborto, nato morto, nato

---

<sup>109</sup> Cfr. anche D. 5.1.28.5, in cui Paolo riprende l'opinione di Sabino in tema di credito ereditario vantato da un *pater familias* morto lasciando un figlio già nato e la moglie gravida: Sabino, potendo la donna partorire anche tre figli, ritiene che il già nato possa chiedere al debitore solo la quarta parte del credito, perdendo altrimenti la lite. Secondo Lenel, è questa opinione di Sabino ad aver suggerito la quantificazione della riserva proposta da Paolo in D. 5.4.3 e presentata come proveniente da *iuris auctores*: cfr. O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., 1174 e n. 1. Pare che in merito alla quota da riservare in presenza di potenziali postumi, però, si fossero sviluppati almeno due indirizzi giurisprudenziali, tutti accomunati dal fatto che al *iam natus* non si sarebbe potuta attribuire l'intera eredità, bensì solo una parte, la cui quantificazione coincideva per un quarto per Paolo (D. 5.4.3), Sabino (il cui pensiero compare in D. 5.1.28.5 seppur in ambito di credito ereditario e non di quota di riserva), Giuliano (D. 46.3.36; pensiero di Giuliano trasmesso anche da Ulpiano in D. 29.2.30.6); e con un mezzo per Pomponio e Tertulliano (sempre emergente dalla testimonianza ulpiana di D. 29.2.30.6), poiché si sarebbe considerata l'ipotesi più probabile, ossia la nascita di un figlio. Cfr., sul punto, anche P. VOCI, *Diritto ereditario*, I. Parte generale, Milano, 1967, 693; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 150 e nt. 463; F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 57 ss.

<sup>110</sup> Cfr., sull'accrescimento delle quote, U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, 136 s.

mostruoso<sup>111</sup> – e quindi senza eredi postumi: l'intero asse ereditario sarà pertanto attribuito all'unico o ai più eredi di pari grado nati prima della morte del *pater*.

Nel caso in cui, infine, si verifichi uno di quegli eventi del tutto eccezionali (come la nascita di quattro o più figli<sup>112</sup>), poiché il preventivo accantonamento non basta, è necessario ridurre la parte spettante a ciascuno e dalla quarta parte ricevuta dall'erede esistente dovrà sottrarsi quanto necessario affinché i nati postumi abbiano *pro capite* la medesima quota<sup>113</sup>.

Infine, precisa Paolo, se per errore si pensi che la donna sia gravida, l'unico erede dell'intero è il figlio già nato, sebbene la circostanza sia ignorata fin tanto che persista la visione distorta della realtà<sup>114</sup>.

I tre passi, oltre a rappresentare una delle molteplici testimonianze dalle quali si evince che la successione ereditaria intestata<sup>115</sup> avviene a favore tanto dei figli già nati alla morte del padre, quanto dei figli nati successivamente, purché concepiti prima del decesso paterno, sono riportati entro questo paragrafo in quanto emblematici, se non mi inganno, di alcuni dei presupposti autoevidenti che nel corso delle premesse sono stati individuati.

Innanzitutto, emerge che la gestazione è un processo biologico, il cui momento iniziale è rinvenibile nel concepimento e il cui esito fisiologico – non affatto univoco e ignoto al diritto – è il parto di un *homo*, un *filius* in questo caso del *pater* premorto. È, infatti, parzialmente occulta, tanto che non è dato sapere chi nascerà<sup>116</sup> – uno o più *filii* –, né se sfocerà in un evento patologico – quale, ad esempio, un aborto (circostanza che avvantaggerebbe, ad esempio, gli eredi di grado ulteriore prospettati nel caso paolino).

---

<sup>111</sup> Sulle quali ipotesi v. specificamente il prossimo capitolo.

<sup>112</sup> Casi di cui il giurista dà conto, riportando diversi racconti tramandati e sconfinanti nella leggenda, accadimenti singolari attestati in età adrianea.

<sup>113</sup> Ulp. 15 *ad ed.* D. 5.4.4: *Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata ad crescere, si plures quam tres, decrescere de ea parte ex qua heres factus est.*

<sup>114</sup> Paul. 17 *ad plaut.* D. 5.4.5 pr.: *Illud sciendum est, si mulier praegnans non sit, existimetur autem praegnans esse, interim filium heredem esse ex asse, quamquam ignoret se ex asse heredem esse.*

<sup>115</sup> Cfr., su D. 5.4.3, *ex multis*, E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 231 ss., per l'esegesi del passo dal punto di vista dei dati che contiene circa la collocazione temporale della successione intestata a favore del figlio postumo, della sua discendenza da una disposizione duodecemvirale o dall'interpretazione giurisprudenziale, del concetto di *suus* e dello sviluppo di *suus heres*: aspetti tutti che verranno tralasciati all'interno della presente ricerca; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 146, 222 ss. e nt. 169; P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 146 ss.; diffusamente, F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., in part. 55 ss.

<sup>116</sup> Cfr. similmente su quest'incertezza connaturata alla gravidanza Ulp. 14 *ad Sab.* D. 38.16.3.10 (*ex uno utero plures nasci possunt*).



Di tal ch  l'incertezza insita impone al diritto ereditario di modellarsi e di effettuare una prognosi prudente, affin  che siano preservati integri i diritti di coloro che risulteranno essere eredi del *de cuius*, poich  di lui discendenti:   questa la *ratio* sottesa all'impedimento della vocazione a favore di agnati di grado successivo finch  non   manifesto il destino del concepito di grado prioritario (primo fra tutti il *postumus suus*); e alla riserva di tre quarti dell'asse in presenza di coeredi nel medesimo grado, uno esistente e altri potenziali nel sussistere della gravidanza.

Ma i passi qui proposti sono emblematici, altres , di uno di quei presupposti che basterebbe a porre fine alle tante diatribe scientifiche che hanno intrattenuto la dottrina sul concepito e a riportare il pragmatismo proprio dei romani al centro del discorrere: la diversit  tra il concepito e il nato, discendente dalla realt  delle cose e accolta dal diritto. Per questo, durante la gravidanza, il *ius personarum* sceglie di non operare in modo definitivo, non attribuisce diritti al concepito, non avendo il soggetto nei confronti del quale agire e non sapendo se questi verr  mai alla luce. In altre parole, manca la certezza che il concepito diventi un *homo*, e possa, quindi, in quanto agnato di grado antecedente o coerede in concorso, partecipare all'eredit .

  questa realt  multiforme, solo parzialmente svelata e definita a indurre gli antichi studiosi del diritto ad agire in modo prudente, senza tuttavia tralasciare quanto appariva assodato: la presenza di *fili* gi  nati, eredi del *pater*, a favore dei quali sarebbe stata attribuita almeno una parte di eredit , la quale – considerato l'esito della gravidanza in corso – avrebbe potuto esaurire le loro pretese, superarle o soddisfarle parzialmente.

Dai brani richiamati   inoltre possibile desumere quale fosse il principio cardine in base al quale escogitare il *modus operandi* pi  opportuno frattanto che si attendeva l'esito della gestazione, ossia come si   sviluppato il ragionamento giuridico antico intorno al concepito per assicurargli a nascita avvenuta integrit  di diritti successori. Non stupisce che i giuristi abbiano in primo luogo guardato agli scenari fisiologici prospettabili, tralasciando invece quelli che pervadono la realt  in tempi isolati, e dai primi hanno desunto il livello di riserva precauzionale e provvisoria per i nati postumi, senza tuttavia imporre un aggravio ingiustificato al (co)erede esistente, come sarebbe invece avvenuto se, nell'incertezza del parto, a questi venisse attribuita una parte

dell'asse del tutto esigua, ipotizzando un parto plurigemellare straordinario o, addirittura, non lo si ammettesse ad alcuna parte, rinviando al termine gestazionale il computo delle quote e la loro attribuzione. Una sorta di bilanciamento di interessi tra chi è certamente erede e chi potrebbe esserlo guidata dal canone della ponderatezza e del pragmatismo.

Ciò permette, quindi, di sottolineare un dato di cui talvolta si dimentica l'essenzialità giuridica: la nascita come momento determinante e non sostituibile<sup>117</sup>, almeno in ambito successorio, affinché vi sia un *filiius* (e conseguentemente un erede) da soddisfare, poiché chi non nasce, pur eventualmente concepito, non è erede di alcunché, né può dirsi destinatario di altro diritto<sup>118</sup>.

Altrettanto chiaro è che la fase intrauterina non è un nulla biologico, e il fatto biologico condiziona l'intervento giuridico, tanto che la gravidanza merita l'attenzione prudente e temporalmente limitata del diritto, che sconta l'impossibilità di conoscere, sin dal momento della morte del *de cuius*, la cerchia degli eredi e attende la certezza fisiologica che gli si imporrà.

Qualora, invece, l'indeterminatezza manchi, come avviene quando non vi è alcuna gravidanza in atto, l'accorgimento del diritto non ha ragion d'essere: nessun figlio potrà nascere e l'unico vero e possibile erede è, sin dalla morte del *pater*, quello esistente, seppur la cognizione di ciò sopraggiunga in seguito.

In altre parole, si può concludere che è la condizione biologica di attesa (una gestazione in corso, la presenza di un *qui in utero est*) a determinare e a giustificare la reazione giuridica di altrettanta attesa: non è quindi ravvisabile uno iato tra fisicità e giuridicità, ma una derivazione della seconda dalla prima.

---

<sup>117</sup> Tra l'altro, anche il lessico utilizzato in molti passi suggerisce la continua proiezione alla nascita (*partus nondum editus, spes nascendi, spes hominis, qui nasci speratur*).

<sup>118</sup> Cfr. ad esempio E. NARDI, *Storia dell'aborto*, Varese, 1971, 471: «È chiaro dunque che la riserva giova solo se ed in quanto il nascituro nasca, e nasca vivo: perché è solo in questo momento che esso diventa uomo ed il concretarsi della inerente speranza determina il prodursi del relativo effetto riservato. Come a dire che, della riserva a favore del nascituro, non beneficia che il nato. Così, se la riserva attiene al 'rompersi' di un testamento, il testamento si rompe, e si rompe definitivamente e irreparabilmente, con la nascita: non prima e non dopo».

Similmente, in materia di eredità intestata e di gravidanza in corso, si esprime Ulpiano, in D. 38.16.3.9<sup>119</sup>, in cui si ripercorrono i casi già analizzati nel brano paolino, ancorando la chiamata alla successione legittima del concepito e la qualifica di erede, *si fuerit editus* (torna, ancora, la condizione imprescindibile della sopraggiunta nascita del *qui in utero est*)<sup>120</sup>, entro i dieci mesi dalla morte del *de cuius*<sup>121</sup>.

Merita poi di accennare a D. 38.16.6, il cui autore è Giuliano, alle prese con un complesso caso di istituzione testamentaria condizionata e di successiva vocazione intestata:

Iul. 59 dig. D. 38.16.6<sup>122</sup>: *Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit,*

al quale i compilatori hanno fatto seguire un passo celsino:

---

<sup>119</sup> Ulp. 14 *ad Sab.* D. 38.16.3.9: *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.* Per un'esegesi del passo, qui solo accennato, anche con riferimento alle Dodici Tavole e ai problemi sottesi, nonché alle ipotesi interpolazionistiche, cfr. O. LENEL, *'Palägenesia'*, I, cit., 2528; ID., *Das Sabinussystem aus der Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Facultät zu Strassburg*, Strassburg, 1892, 33 s.; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, 30 ss.; E. ALBERTARIO, *'Conceptus'*, cit., 42; R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*, Padova, 1983, 74; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 57 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 234 ss.; C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 226 ss.; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 116 s.

<sup>120</sup> Altri passi dai quali emerge inequivocabilmente che non si possa prescindere dalla nascita al fine della successione ereditaria sono D. 28.2.25.1, sul quale v., ad esempio, P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 151 s. per gli ulteriori problemi contenuti in esso; indirettamente rileva l'intero titolo D. 37.9 sul *curator ventris* e la *bonorum possessio* (ma oggetto di autonome considerazioni in autonomo paragrafo); D. 28.5.37 pr., in ambito di istituzione del *nepos postumus (post mortem meam natus heres esto)*, con sostituzione di un terzo nel caso *si nepos heres non erit* (cioè di mancata nascita) e D. 28.6.33.1 (*si nepos natus non fuerit*); D. 36.2.18, in tema di legato condizionato all'esistenza di un figlio del legatario: cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 158 ss. per l'esegesi dei passi; EAD., *Concepimento*, cit., 345 s.

<sup>121</sup> Ulp. 14 *ad Sab.* D. 38.16.3.11: *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.* V. i rilievi svolti da F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 58 ss., 75 ss.

<sup>122</sup> Sul passo cfr. E. ALBERTARIO, *'Conceptus'*, cit., 16 e ntt. 4 s.; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 69, 167, 395; E. SACHERS, voce *Postumi*, in *PWRE*, XX.1, 1953, 958; J. THOMAS, *Le 'ventre'. Corps maternel, droit paternel*, in *Le genre humain*, XIV, 1986, 215; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 65 ss.; EAD., *Studi*, II, cit., 46 ss.; EAD., *Studi*, II, cit., 45 ss.; EAD., *Concepimento*, cit., 316; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 70 ss.

Cels. 28 dig. D. 38.16.7: *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*

Partendo dal primo, il testatore ha diseredato il figlio e istituito erede sotto condizione un terzo estraneo. Il figlio di lui, dopo la morte del padre e *pendente condicione*, ha preso moglie, dalla quale ha avuto un figlio (nipote postumo del *de cuius*) ed è poi deceduto. Successivamente la condizione in base alla quale l'estraneo sarebbe divenuto erede non si verifica e, pertanto, ci si chiede se possa dirsi erede per vocazione intestata il nipote postumo. La risposta di Giuliano è, tuttavia, negativa, poiché colui che è stato concepito dopo la morte del proprio ascendente non è chiamato né all'eredità di lui, né alla *bonorum possessio*, considerato che già per la legge duodecemvirale<sup>123</sup> ne sarebbe ammesso esclusivamente colui che alla morte del soggetto della cui eredità si tratta sia *in rerum natura*<sup>124</sup>. L'espressione ritorna anche nel secondo

---

<sup>123</sup> Cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 65 ss., per la quale le Dodici Tavole non avrebbero fatto riferimento alla successione dei postumi, ma sarebbe stato frutto di lavoro interpretativo post-decemvirale l'estensione ai *nondum nati* della successione *ab intestato*: le disposizioni duodecemvirali avrebbero invece inserito i *nondum nati* tra i *filii* del *pater* premorto senza nulla dire della loro posizione successoria, poiché il *filus postumus* nasceva *sui iuris* senza alcuna instaurazione di rapporto potestativo fra ereditando e concepito (84 s.; 109). Per l'autrice, se questa era la situazione protrattasi per l'età arcaica, i pontefici hanno poi iniziato a enucleare la categoria di *sui heredes*, estendendo il novero dei successibili *sui*, «allo scopo di garantire ... il perpetuarsi *ipso iure* dei *sacra* del defunto ... sulla base di estensioni fondate su *fictiones*»: «Si finì, così, per fingere il prolungarsi della personalità del defunto, della sua *potestas*, sino al momento della nascita del discendente» (109 s.). Cfr. anche E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 240 ss., per i rilievi operati dalla dottrina circa il riferimento normativo alle Dodici Tavole e circa l'attendibilità delle informazioni proposte dal giurista. Cfr. anche B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico. Saggi*, in *AUPA*, XX, 1949, 334, nt. 1, per il quale il riconoscimento di diritti successori ai *filii* postumi deriva dall'attività interpretativa dei pontefici, «per motivi singolarmente importanti», «connessi alla responsabilità per le obbligazioni sacrali e pecuniarie» del *de cuius*.

<sup>124</sup> Per P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 65, si intende il soggetto concepito; *contra*, giudicando questa interpretazione come inaccettabile, F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 316 ss., ma si farebbe riferimento con *in rerum natura* solo «a soggetti venuti al mondo, e non ai concepiti», e per la quale il frammento è stato oggetto di un «sicuro intervento privativo ad opera dei tribonianei», poiché le Dodici tavole solo dei nati si sarebbero occupate, lasciando alla successiva opera interpretativa l'estensione ai concepiti.

passo di Celso, in base al quale colui che viene concepito mentre ancora è in vita l'avo è stimato in qualche modo essere *in rerum natura*<sup>125</sup>.

Tra i diversi motivi per cui il primo passo riveste una notevole importanza in ambito di studi sulla successione ereditaria e sul concepito, si vuole qui focalizzare l'attenzione solo su alcuni aspetti, considerati sia il paragrafo entro cui ho ritenuto di inserirlo, sia lo scopo complessivo della ricerca. Da un lato, la necessità già riscontrata della nascita di un *homo* affinché si possa discutere di un eventuale erede postumo: si legge infatti che il figlio diseredato a sua volta *filium procreasset*, in cui il complemento diretto singolare maschile accompagnato al verbo suggerisce inequivocabilmente che un figlio è venuto alla luce ed è, pertanto, dal punto di vista biologico, discendente del testatore premorto (*postumus nepos*).

Dall'altro lato, a questa necessità se ne aggiunge un'altra, grazie alla quale il postumo nato ha legittime pretese successorie verso l'avo, ossia l'avvenuto concepimento mentre ancora il *de cuius* era in vita<sup>126</sup>. Si legge, infatti, che *qui post*

---

<sup>125</sup> L'*incipit* con *vel* e il contenuto della proposizione che nulla sembra aggiungere a quanto già esposto da Giuliano hanno costituito motivo per la dottrina di discutere circa il motivo per cui i compilatori abbiano così proceduto: cfr. sul passo diffusamente P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 66 ss. e ntt. 136 s.; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 71 ss.; EAD., *Concepimento*, cit., 317 s., che propone una diversa lettura, ritenendo il passo giuliano frutto di intervento compilatorio, e che, leggendo i due passi in reciproco collegamento, deduce che «i due frammenti appaiono affermare un'evidente distinzione fra il già nato, *qui ... in rerum natura (est)*, e il concepito, che *quodammodo in rerum natura esse existimatur*». Per l'autrice, quindi, sarebbe chiaro, anche alla luce di Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.8 il ragionamento di Giuliano (319 ss.): alla successione legittima sarebbero stati chiamati i nati e i concepiti; alla *bonorum possessio* intestati, grazie all'editto del pretore, i cognati almeno concepiti; esclusi rimangono dalla prima e dalla seconda i non ancora concepiti. Tuttavia, non vi è alcuna proclamazione di esistenza dei concepiti poiché «per questi ultimi, certo, veniva in rilievo il momento del concepimento, ma – altrettanto sicuramente – era necessaria poi la nascita perché potessero rivendicare le proprie pretese in sede successoria» (321). Ancora diversa – circa la presenza di D. 38.16.7 dopo le parole di Giuliano – l'ipotesi elaborata da F. ZUCCOTTI, *In rerum natura*, cit., 10, per il quale Giuliano avrebbe riportato testualmente nella sua opera un passo celsino che iniziava con *vel*, a sostegno di quanto esposto da Giuliano; poi, in sede di compilazione, distinguendo i due passi, ricavando da quello di Giuliano il frammento di Celso, e mettendoli uno dopo l'altro lasciando l'*incipit* originario, sarebbero sorti inevitabilmente degli (apparenti e ingiustificati) problemi di coordinamento.

<sup>126</sup> Per F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 72 s., si è nel campo operativo della  *fictio*, che operava solo se il concepimento fosse avvenuto mentre era in vita l'avo: «La parentela di sangue ... non rilevava per il giurista adrianeo: quel che mancava era la possibilità, anche teorica, dell'instaurazione di un legame giuridico, l'*adgnatio*, in conseguenza del mancato concepimento *vivo avo*. L'*in rerum natura intellegere* non era in grado di estendersi sino al momento della morte del *de cuius*. L'equiparazione logica non era, per ciò, a tali condizioni, in grado di operare. Era la stessa *natura rerum* a porre un limite alla razionalità giuridica, in presenza di una palese impossibilità del sorgere del vincolo agnatizio». Soffermandosi su Gai 3.4; Tit. Ulp. 22.15, D. 50.17.73.1, per l'autrice «la finzione consiste nel considerare il postumo come persona che indubbiamente sarebbe ricaduta in *potestate parentis*, se il padre fosse vissuto abbastanza», senza però creare una «sorta di 'retroattività' della nascita del postumo», ma «una sorta di 'proiezione' della personalità de defunto oltre la morte, resa possibile dal dato del concepimento *ante obitum*» e ciò

*mortem avi sui concipitur* non è né chiamato all'eredità legittima come se fosse suo erede, né alla *possessio bonorum*<sup>127</sup> come se fosse un *cognatus*, poiché non *in rerum natura*<sup>128</sup> fuerit: conclusione che si desume dalla contrapposizione dell'espressione al *qui post mortem avi sui concipitur*, il quale *in rerum natura* quindi non era. Serve cioè non intervenga una scissione temporale totale tra la morte del *de cuius* e la situazione di incertezza che comporta il concepimento, poiché il diritto ereditario prende cognizione della realtà sussistente al momento del decesso paterno (in questo caso dell'avo) ed è in base a questa realtà, alla quale ha partecipato sino all'intervenuta morte il *pater*, che riscontra situazioni di dubbio circa i successibili testamentari e intestati, non potendo invece pretendersi dal diritto, né volere il diritto, proiettarsi oltre la morte del *de cuius* sino al punto di prendere a riferimento una realtà appartenente a un tempo posteriore e del tutto disancorata dal tempo del decesso.

Dopo la morte, infatti, l'*homo* cessa di essere tale (*in rerum natura non esse*)<sup>129</sup>. Come a dire che pure nella disciplina ereditaria intestata lo sforzo del *ius personarum* non è tale da introdurre una frattura rispetto alla realtà definita e in fase di definizione. Anzi, a maggior ragione quando la realtà alla morte del *de cuius* appare formata da elementi certi e altri mutabili necessita di radicarsi su processi biologici determinati: il concepimento del *filius* avvenuto ad opera del *pater* vivente, o di un discendente mentre l'avo era vivente, e la nascita del *nondum natus* dopo la morte del *pater* o dell'avo. Solo in questo caso, nella fotografia del panorama reale scattata nell'istante della morte del *de cuius* vi è insita una parte sfuocata in fase di sviluppo (la gestazione), che potrebbe concretarsi nell'*editio partus* di un *homo*. Se invece non sussiste una realtà in sviluppo, la fotografia dei successibili è nitida sin dall'istante della morte del *de cuius* e nessun

---

consenti di trasformare «un mero vincolo cognatizio» irrilevante in origine per il diritto «in vincolo agnatizio a tutti gli effetti» (111 ss.). V. anche Y. THOMAS, *La divisione dei sessi in diritto romano*, in *Storia delle donne in occidente. L'antichità*, a cura di P. Schmitt Pantel, Roma - Bari, 1990, 119, per la finzione sostituiva la *potestas* (che tra discendenti sorge al momento della nascita).

<sup>127</sup> Quanto alla *bonorum possessio*, il medesimo principio (necessità almeno del concepimento alla morte del *de cuius* e irrilevanza del concepimento postumo) è ribadito sempre in Giuliano, in *Iul. 59 dig. D. 38.16.8 pr.*, in cui il giurista rivela che pur chiamandosi nel gergo comune *nepotes cognati* anche i concepiti *post mortem*, ciò è improprio. Cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 67 ss. e nt. 38 per le ipotesi interpolazionistiche; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 243 ss., per esegesi del passo e confronto con altri testi giuliane.

<sup>128</sup> Per il significato del sintagma, le altre fonti in cui viene adoperato, la sua relazione con *in rebus humanis*, le differenti tesi che nel corso del '900 hanno ricevuto l'avvallo dei principali studi, v. oltre.

<sup>129</sup> Cfr. per le fonti in cui si rinviene l'espressione P. FERRETTI, '*In rerum natura*', cit., 73 ss. e nt. 169.

altro mutamento sopravvenuto potrà incidere sulle immagini già raccolte dal *ius personarum*.

Pare invece che la questione circa l'esistenza e l'esatta portata definitoria del concepito come 'essere esistente', 'essere la cui vita è riconosciuta o supposta dal *ius*', *homo in fieri* o considerato già tale, sia una mera distorsione che non è propria del *ius personarum* romano o, quando le fonti ne tramandino la presenza, non rappresenta mai il contenuto principe del dibattito, ma è piuttosto desumibile in via indiretta e inconsciamente sondata dai giuristi<sup>130</sup>.

Con ciò non si intende affatto sostenere che il lessico adoperato nelle fonti sia univoco e a tal punto chiaro da non aver legittimato alcun dibattito a riguardo: anzi, le locuzioni quali *in rerum natura* e *in rebus humanis*, per indicare ora il concepito, ora il nato, hanno costituito la base su cui molteplici ricerche hanno poggato<sup>131</sup> e, tuttavia, hanno rappresentato anche, viste in ottica dogmatica e classificatoria, la via per traslitterare entro il problema della vita umana la condizione del nascituro: mera *portio* della donna, *res*, quindi; o individuo autonomo, *persona*<sup>132</sup>.

Ritengo piuttosto che, nell'ottica pragmatica giuridica romana, con altrettanta concretezza si sia guardato alla fase intrauterina, non ritenendola mai un'esistenza che di per sé avrebbe consentito al diritto di esplicarsi in modo definito e definitivo, non tanto perché si aderisse a una visione stoica del concepimento e dell'uomo, né perché si ritenesse carente di una certa 'esistenza' o 'vitalità' il concepito, ma perché era la nascita a consentire la manifestazione dell'essere umano vivente. Perciò nel progredire delle disposizioni giuridiche e dell'interpretazione giurisprudenziale la fase gestazionale

---

<sup>130</sup> Elemento – l'esistenza o inesistenza del concepito – che invece assume valore centrale in alcuni paragrafi di P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 53 ss., 64 ss., 69 ss., 90 ss., 101 ss., 105 ss., 126 ss., 144 ss. (sulle presunte testimonianze che proverebbero l'inesistenza del concepito); M. HUMBERT, *Équité et raison naturelle dans*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 461, nt. 116: «L'enfant in utero est considéré comme existant»; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 87 ss., che colloca i concepiti «nell'ambito del reale», come emerge dalla «locuzione che li designa».

<sup>131</sup> Cfr., ad esempio, la monografia di P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., che dalle due espressioni presenti nelle fonti trae il titolo della ricerca.

<sup>132</sup> V., ad esempio, U. VINCENTI, *Categorie*, cit., 377 ss., il quale intitola il paragrafo *Il concepito è persona?*, in cui il punto interrogativo è doveroso, posto che – come già anticipato nell'introduzione – l'*incipit* del capitolo tratta della crisi delle categorie di matrice romanistica di *res* e *persona*, proponendo alcuni momenti esistenziali – tra cui la gravidanza con il concepito – capaci di incrinare l'impianto sistematico antico e moderno.

assume rilevanza mediata in ottica della nascita, ma alcun diritto sorge in capo al concepito per effetto del mero concepimento.

Lasciando il campo della successione intestata a favore del concepito al tempo della morte del *pater* e nato postumo, in prosieguo di tempo anche la successione testamentaria si è aperta alla facoltà di istituire erede un concepito al tempo della morte del *pater* testatore, come ad esempio emerge da D. 28.2.4<sup>133</sup>, con il dato ancora e sempre **irrinunciabile dell'avvenuto concepimento prima dell'istante del decesso del testatore e della successiva nascita del postumo** affinché quella istituzione possa esplicare effetti.

Ciò si pensa di poter ribadire anche alla luce del tanto discusso

Ulp. 69 *dig.* D. 1.5.26<sup>134</sup>: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.*

**Il passo, appartenente a Giuliano, inizia con l'affermazione in base alla quale in quasi tutto il diritto civile i concepiti si intendono tra le cose esistenti (*in rerum***

---

<sup>133</sup> Ulp. 3 *ad Sab.* D. 28.2.4: *Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere, sive iam maritus sit sive nondum uxorem duxerit: nam et maritus repudiare uxorem potest et qui non duxit uxorem, postea maritus effici. nam et cum maritus postumum heredem scribit, non utique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea quam habet uxorem ei natus est, vel is qui tunc in utero est, verum is quoque, qui ex quacumque uxore nascatur;* lo stesso emerge da D. 28.2.29 pr.-1 per l'istituzione questa volta di un nipote concepito quale erede postumo (su cui v. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 144 ss. e nt. 89 per la bibliografia, 153 ss., per l'innovazione da ascrivere ad Aquilio Gallo volta a evitare o quanto meno limitare e prevenire l'insorgere di controversie testamentarie); Gai 1.77; Gai 1.92; D.38.8.1.9, in tema di Senato consulto Orfiziano. Cfr. ad esempio P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 117 ss. per l'esegesi dei passi e i problemi di diritto ereditario implicati. Diffusamente, v. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 117 ss., per la quale l'alta mortalità infantile e le frequenti guerre in cui erano impegnati i *militēs* nel II-I secolo a.C. avrebbero potuto rappresentare dei motivi validi per i quali si è iniziata ad avvertire la necessità di istituire eredi i postumi (ed anche di diseredare i postumi: p. 133).

<sup>134</sup> Il passo è sostanzialmente ritenuto genuino. Cfr., però, E. ALBERTARIO, *'Conceptus'*, cit., 19 ss. per le ipotesi interpolazionistiche (*in toto paene*); G. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, in ZSS, LXVI, 1948, 265 ss., 341 (per i rilievi su *paene*). Il passo è oggetto di esegesi in M. KASER, *'Partus ancillae'*, in ZSS, LXXV, 1958, 169 (specificamente su uno dei quattro esempi proposti dal giurista); R. ASTOLFI, *I beni vacanti e la legislazione caducaria*, in BIDR, LXVIII, 1965, 323 ss.; per altra bibliografia cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit, 53, nt. 101; EAD., *Concepimento*, cit., 356 e nt. 125.



*natura*)<sup>135</sup>. Segue un'esemplificazione che il giurista trae da vari settori dell'ordinamento civile dalla quale il suo assunto riceve conforto: in ambito di successione legittima a questi, una volta nato, viene restituita l'eredità; nel caso in cui una donna gravida sia catturata dai nemici, il concepito in libertà nato in prigionia potrà godere del postliminio e seguirà la condizione paterna o materna a seconda che sia figlio o meno di genitori sposati. Compare inoltre un esempio sulla sottrazione di *ancilla praegnans* e sulla successiva nascita del figlio di lei presso un terzo compratore di buona fede: nel qual caso il nato è considerato furtivo e non può essere usucapito. Nel rapporto poi tra liberto e patrono, il patronato non si estingue finché al patrono premorto possa nascere un figlio.

Tralasciando momentaneamente l'analisi di ciascuno degli esempi proposti e i problemi che in dottrina si sono posti circa l'eventuale elemento unificante, non si può sottacere che in ciascuno è esplicitamente indicata la nascita come requisito indispensabile affinché il principio enunciato nell'*incipit* del passo trovi definitiva saldatura<sup>136</sup>. Infatti, è vero – come del resto già si è visto affrontando alcuni casi di successione intestata – che il figlio concepito dal *pater* o il discendente concepito mentre l'avo era in vita beneficiano di un'attenzione premurosa giuridica attuata mediante le quote di riserva o la mancanza di vocazione a favore degli agnati di grado ulteriore: sono quindi potenziali eredi nonostante alla morte del *pater* non fossero ancora esistenti in modo autonomo, ma diverranno eredi qualora segua la loro nascita. Allo stesso modo, la situazione di incertezza circa la nascita di un figlio del patrono premorto determina un periodo in cui il liberto è considerato nel medesimo stato di chi ha un patrono, ma la situazione effettiva e capace di consolidarsi sarà solo quella conseguente alla nascita di un *fillius*, il quale diventa appunto patrono del liberto.

Non divergono le considerazioni circa il nato da donna gravida catturata dai nemici: infatti, il nato, pur venuto alla luce in una condizione di prigionia, è ammesso al postliminio, quindi per lui rileva il momento del concepimento, avvenuto in libertà,

---

<sup>135</sup> Per F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 53, la posizione intellettuale che vedrebbe l'applicazione della finzione giuridica al concepito sarebbe contenuta per la prima volta proprio in D. 1.5.26, oltre che in giuristi appartenenti alla sua cerchia come Terenzio Clemente (D. 50.16.153) e Celso (D. 50.17.187) e affonderebbe le radici in una ben più antica *fictio iuris* «tesa a consentire al postumo le stesse prerogative di *suus* già nato alla morte dell'ereditando».

<sup>136</sup> Cfr., nella medesima direzione, F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 332 s.

come pure per il nato da schiava sottratta mentre era gravida. Egli, anche se dovesse nascere presso un acquirente di buona fede, non potrà venire da lui usucapito, perché il concepimento era già avvenuto quando la donna è stata rubata, di talché quanto in quel momento conteneva la donna nel suo grembo era furtivo e tale rimarrà indipendentemente dal tempo e dal luogo presso cui vedrà la luce.

Quindi, ancora una volta, in assenza della nascita, il concepimento rimarrebbe privo di conseguenze giuridiche definitive, mentre in presenza della nascita lo stato di fatto in base al quale saranno riconosciuti diritti, condizioni e conseguenze per il nato è il momento del suo concepimento.

Da questi esempi, parte della dottrina rinviene la prova che il concepito è giuridicamente «una esistenza dotata di autonoma rilevanza», «l'esserci di una nuova individualità», «l'«esistenza» del concepito» quale «criterio unificante delle diverse situazioni giuridiche prospettate»<sup>137</sup>, «indipendentemente dal *commodum*»<sup>138</sup> del concepito. Esistenza, come già autorevolmente sostenuto in dottrina in particolare da Francesca Lamberti, individuata, «in via tautologica» e «apoditticamente presupposta»<sup>139</sup>.

Infatti, calate le parole giulianee nella pragmaticità delle cose, senza addentrarsi in una discussione circa la traduzione più opportuna di *intelligere in rerum natura esse*, come 'considerare', 'ritenere', o 'constatare', che pure è oggetto di ampio dibattito

---

<sup>137</sup> Cfr. P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 56 e 64, ma anche 62 per il caso dell'*ancilla praegnans* («idea dell'«esistenza», e non quella di 'parte'»; «il concepito fosse ritenuto 'esistere'»); C. TERRENI, *Me puero*, cit., 94, per la quale il concepito era assunto «come individuo suscettibile di ricevere l'imputabilità di situazioni soggettive, assumendo, in corrispondenza con questo fatto, quella rilevanza sotto il profilo giuridico che la locuzione *in rerum natura esse* risulta specularmente adeguata a riflettere», sulla scia di P. CATALANO, *Osservazioni*, cit., 203 s.

<sup>138</sup> P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 65, che si oppone alla lettura del passo giuliano in funzione di D. 1.5.7.

<sup>139</sup> Cfr. F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 315, 327; non molto dissimili i rilievi compiuti da F. ZUCCOTTI, *In rerum natura*, cit., 8, per il quale non è necessario individuare un elemento qualificante, poiché i casi proposti dal giurista sono esemplificativi dell'osservazione che li precedeva.

dottrinale<sup>140</sup>, si può solo con certezza desumere che Giuliano proponga delle esemplificazioni da cui deriva come in svariati ambiti del diritto civile già il concepimento sia in grado di infondere aspettative successorie, condizionare lo stato di *res furtiva*, il venir meno del rapporto di patronato, e così via, poiché il momento generativo si imprime nella realtà condizionandola, fa cioè parte della realtà *in itinere* e, se e solo se allo stato di concepimento seguirà la nascita, ne determina gli sviluppi anche giuridici.

Se questo è il contenuto delle fonti, risulta ultronea la constatazione di Paolo Ferretti in base alla quale «il momento genetico del diritto fosse collegato proprio al concepimento»<sup>141</sup>, qualora da queste parole dovesse emergere che «per l'autore il nascituro, nel diritto romano non è più semplicemente titolare di aspettative, in particolare ereditarie, ma diviene titolare di diritti soggettivi, ossia soggetto di diritti ad ogni effetto»<sup>142</sup>, finendo così per dimenticare quella realtà evidente che fungeva da presupposto tangibile per l'attivazione del *ius personarum*.

Provocatoria e non motivata risulta, infine, la tesi proposta da Jean-Pierre Baud, il quale, nel paragrafo intitolato *La persona può nascere prima del corpo*, utilizza il concepito e la massima *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius habitur* per provare l'opera creativa e disincarnante della giurisprudenza romana, che «ci ha lasciato l'essenziale della sua concezione della persona: una distinzione tra

---

<sup>140</sup> Cfr. E. ALBERTARIO, '*Conceptus*', cit., 6 s. (*intelligere* come espressione di una finzione); *contra* P. CATALANO, *Diritto*, cit., 195 ss. (*intelligere* come riconoscere la realtà). Per Catalano si tratta di una constatazione della realtà, una presa di coscienza da parte del diritto della concreta esistenza del concepito (opinione ripresa da M.P. BACCARI, *Sette note*, cit., 509; EAD., *Diritto*, cit., 4 s.; C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 94). La tesi del Catalano, pur definita «suggestiva e invitante», è per F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 51, nt. 98 «fondata solo in parte sulle fonti in nostro possesso» e trascura che i giuristi operano consapevolmente sulla realtà con l'ausilio di finzioni giuridiche, come sarebbe dimostrato dall'uso di termini quali *pro*; *quasi*; *perinde ac*; *si* (v. anche EAD., *Concepimento*, cit., 333 ss.: *intelligere* sarebbe traducibile con 'intendere concettualmente', 'reputare come se', con un esame approfondito delle diverse fonti in cui compare il medesimo verbo).

<sup>141</sup> P. FERRETTI, '*In rerum natura*', cit., 148, nt. 461.

<sup>142</sup> F. ZUCCOTTI, '*In rerum natura*', cit., 12. In base all'interpretazione di Paolo Ferretti, quindi, «se il nascituro fosse titolare di diritti soggettivi e non nascesse, ossia fosse abortito, tali diritti sarebbero trasmessi ai suoi eredi, così come avviene quanto muore un soggetto di diritto, cosa che invece non avviene, appunto in quanto si tratta di aspettative e non di diritti soggettivi» (ID., '*In rerum natura*', cit., 13, a critica del pensiero di Paolo Ferretti). Tuttavia, è lo stesso P. FERRETTI, '*In rerum natura*', cit., 149, nt. 461 (ultima parte), a precisare che «non vogliamo certo dire che la nascita, o meglio la mancata nascita, non acquistasse rilevanza». Cfr. anche M. BALESTRI FUMAGALLI, '*Spes*', cit., 340: «Solo la nascita è in grado di trasformare il concepito in una persona, rappresentando un presupposto necessario per l'attribuzione della capacità giuridica» (anche se non si ritiene opportuno l'uso della categoria 'capacità giuridica' nell'ordinamento romano).

l'essere giuridico e l'essere fisico che permetteva ai giuristi di decidere, in funzione degli interessi da difendere, quando nasceva la persona»<sup>143</sup>.

Sembra piuttosto più prudente e meglio rispondente alle fonti la lettura proposta da Bernardo Albanese, il quale si limita a interpretare il famoso *incipit* giuliano come ulteriore prova del fatto che «sotto alcuni riguardi esso [il concepito] è considerato come titolare di aspettative giuridiche degne di tutela»<sup>144</sup>. Ben diverso è invece sostenere che al concepimento e per mero effetto di questo colui che è nel ventre sarebbe soggetto, per dirla in termini moderni, di diritto e destinatario finale di diritti.

Non è quindi compito né del giurista antico, né di conseguenza dello studioso moderno, a mio avviso, definire se il concepito sia esistente, biologicamente e/o giuridicamente, se sia persona o se sia, in quanto parte corporea della madre, cosa.

Proseguendo nei capitoli, del resto, questa affermazione si crede possa trovare ulteriore riscontro, tanto in tema di nascita e di vita extrauterina, quanto in tema di morte, a riprova che il diritto romano non definisce la realtà, ma si ancora a essa.

Quanto poi all'errata impostazione dottrinale mirante a qualificare il concepito come *persona* o *res*, individuo o *portio*, è opportuno specificare: da un lato, pare esorbitante in ottica romana guardare al concepito come a un qualcosa o un qualcuno da inserire necessariamente in una categoria giuridica, con la conseguenza che si pretenderebbe poi di far discendere dalla qualificazione la disciplina, rinvenendo conferme, eccezioni o contraddizioni nelle singole ipotesi contemplate dalle fonti. Dall'altro, è ancora la bipolarità che si presume radicata nell'ordinamento romano a condizionare la classificazione, non consentendo quindi di astenersi sia dalla catalogazione, sia dalla visione reale e personale. In altre parole, accontentandosi di non predeterminare lo statuto del concepito, ma limitandosi a cogliere i casi trattati nelle fonti giuridiche, si potrà pervenire ad arricchire la visione giuridica anche odierna, multiforme come la realtà su cui il diritto opera.

---

<sup>143</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 72 s., il quale si oppone alla concezione di X. Labbé, che invece individuava nell'assunto «una regola di dettaglio ... che riconosce una certa personalità al bambino prima della nascita» (63 ss.).

<sup>144</sup> B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 12.

Ed invero le fonti in questo sembrano assecondarci: non si legge che il concepito è soggetto od oggetto<sup>145</sup>, ma per lo più *qui in utero est*, cioè lo si individua mediante la sua condizione fisiologica. Prima di guardare al concepito con un lessico giuridico, i giuristi lo hanno descritto in base allo stadio di sviluppo<sup>146</sup> e, quindi, alla condizione corporea: propria e della madre. *Qui/quod in utero est* è l'espressione che meglio di ogni altra permette al contempo di cogliere che esso non ha una vita autonoma, non perché sia il diritto ad aver dato una tal definizione, né perché a lui si neghi la vita intrauterina o lo si consideri in una condizione deteriore o trascurabile rispetto alla vita extrauterina (elemento che non avrebbe affatto riscontrato interesse giuridico, perché privo di conseguenze pratiche), ma perché fisicamente il concepito è, sta e cresce entro l'utero materno e da questo dipende. Tra l'altro, poco cambia che si usi il pronome relativo maschile *qui* o il neutro *quod*<sup>147</sup>, poiché in ogni caso il solo fatto che sia nel ventre impedisce di considerarlo altro da sé, uno o plurimi, maschio o femmina: attribuzioni queste che dovranno necessariamente attendere la nascita, tanto che dopo l'*editio partus* al concepito si guarderà come *homo*, ed eventualmente come *puer*, *pupillus*, *filius*, *nepos*, *mulier*, *pater*, *uxor*.

Ma allora se il diritto utilizza termini concreti, come già sopra si è detto, per rivolgersi al nascituro, ciò che lo distingue in primo luogo dall'uomo sono la posizione e la forma fisica, il suo rapporto di dipendenza che lo lega inevitabilmente a un altro corpo, come a dire che è il corpo a reclamare la centralità e che è l'assenza o la presenza di corpo a condizionare l'operatività del diritto.

Nelle fonti si legge altresì cosa il concepito non è, come avviene in D. 50.16.161, *non est pupillus, qui in utero est*, circostanza luminosa tanto nel vocabolario comune,

---

<sup>145</sup> Rifiuta l'impostazione soggettivistica e oggettivistica, ad esempio, F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 324, la quale, nel trattare dell'impostazione assunta da Claudia Terreni, conclude che la necessità di guardare al concepimento e talvolta l'esclusione della rilevanza di questo dipende «non in quanto i *iuris periti* avessero in alcuni casi dinanzi un *fetus* considerato quale oggetto di diritti, e in altri un embrione destinato a divenire futuro soggetto di diritti, bensì – come si vedrà – di volta in volta, in funzione del concreto problema cui intendevano fornire soluzione, e dell'argomentazione (retorica) utile a puntellare il risultato prescelto».

<sup>146</sup> Il contrario sembra invece cogliere P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 162, laddove dalle parole di Giuliano egli desume che «dall'osservazione della realtà giuridica, Giuliano e Celso sarebbero pervenuti a teorizzare l'esistenza del concepito. E questa teorizzazione, anziché rimanere confinata su un piano per così dire di mera constatazione, sarebbe subito divenuta norma».

<sup>147</sup> Per P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 81, invece, il fatto che compaia frequentemente *qui* è segno dello sguardo giuridico al «nascituro come una individualità autonoma, come una esistenza distinta da quella materna»; 145, sul conteggio delle fonti in cui compare *quod* e *qui*.

quanto in quello giuridico<sup>148</sup>. Ccsì dicendo, Ulpiano di certo non intendeva affermare che, non essendo pupillo, il concepito fosse *res* o inesistente, ma non *homo*, o quanto meno non ancora uomo, posto che *pupillus* è solo uno degli stati in cui si può trovare un *homo*.

Guardando poi alla famosa attestazione in D. 25.4.1.1<sup>149</sup> – passo tratto da un brano ulpiano in tema di ispezione del ventre e del parto, titolo oggetto di autonomo paragrafo nella presente ricerca –, il concepito è detto *mulieris portio vel viscerum*, fornendo materiale tanto ai sostenitori dell'inesistenza e della realtà del concepito, quanto ai sostenitori della personalità dello stesso, i primi deducendone la generalità dell'assunto, i secondi ancorando l'affermazione al contesto e relegandola al campo delle eccezioni<sup>150</sup>. Ancora una volta è il particolare stadio fisico proprio del concepito a legittimare la constatazione del giurista. Egli, infatti, stava ribadendo la novità e la necessità del rescritto imperiale oggetto del suo commento, per l'ipotesi in cui il marito

---

<sup>148</sup> Per la definizione di *pupillus*, si rimanda a D. 50.16.239 pr. Cfr. sul passo D. 50.16.161, P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 154 s., che lo presenta come testimonianza utilizzata erroneamente per ricavare la mancanza di individualità autonoma.

<sup>149</sup> Ulp. 24 *ad ed.* D. 25.4.1.1: *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.* Sui sospetti d'interpolazione avanzati dagli studiosi, cfr. la rassegna prosta da E. BIANCHI, *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1 pr.-1 (Ulp. 24 ad ed.)*. L'espressione '*portio mulieris ... vel viscerum*', in *RDR*, XIII, 2013, 2, nt. 6,

<sup>150</sup> Cfr. E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 321 s.; *modus procedendi* rifiutato da F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 328, la quale afferma che «una tale metodologia lascia estremamente perplessi: là dove si tratta di propugnare la visuale giurisprudenziale di una 'esistenza' del concepito, si parte dal presupposto che i giuristi formulino enunciati di carattere generale; là dove si tratta di prendere posizione su affermazioni che negano una 'autonoma individualità' del nascituro, si afferma invece stabilmente che queste rivestono carattere particolare e limitato»; per EAD., *Studi*, II, cit., 48, al giurista era verosimilmente presente la nozione naturalistica del feto, non uomo fino alla nascita. Per S. TAFARO, *Centralità dell'uomo (persona)*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 121, nt. 44, le parole del giurista hanno «portata limitata», senza assumere implicazioni di «generale disconoscimento della 'personalità' del nascituro». Andando oltre, credo che la discussione circa la personalità del nascituro, né qui né altrove, abbia intrattenuto la giurisprudenza antica. Recentemente, E. BIANCHI, *In tema*, cit., 1 ss., è tornato sul passo, ritenendo che possa esserne proposta una chiara lettura da cui si desume che il concepito è una cosa ben individuata e allo stato inseparabile dalla madre, senza voler dare una definizione del concepito. Per P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 155 ss. e in particolare 158 s., è «riportata un'affermazione avente carattere assoluto, cioè una affermazione in cui il giurista prendeva posizione in merito all'identità del concepito sostenendone la 'non esistenza'». Anche riguardo alla conclusione di Paolo Ferretti possono essere rivolte le osservazioni di Francesca Lamberti, sopra proposte: l'autore, infatti, lascerebbe intendere che generalmente i giuristi si siano espressi circa la personalità del nascituro e la sua esistenza, mentre, laddove le fonti paiono dire il contrario, allora si tratterebbe di discussioni in cui non si sarebbero intrattenuti sulla personalità. C.A. MASCHI, *Il concepito e il procurato aborto*, in *Jus*, XXII, 1975, 387, ridimensiona la rilevanza del passo, considerato che la giurisprudenza non si occuperebbe molto di questioni fisiologiche o comunque metagiuridiche.

ritenesse che la moglie, da cui aveva divorziato, fosse gravida e questa negasse. Gli imperatori hanno provveduto all'ipotesi mediante l'istituto dell'ispezione del ventre e del parto e, per giustificare la necessità del nuovo strumento, Ulpiano afferma che i Senatoconsulti allora esistenti in materia di riconoscimento dei figli non sarebbero stati applicabili. Questi<sup>151</sup>, e in particolare il s.c. Planciano per il concepimento avvenuto in costanza di matrimonio seguito dalla nascita dopo il divorzio, erano azionabili solo ad iniziativa della madre, tenuta entro trenta giorni dal divorzio a denunciare al marito la gravidanza. Ma è chiaro che l'istituto non sarebbe stato utilizzabile qualora la donna avesse negato di essere incinta e pertanto non avesse alcuna intenzione di attivare la procedura di riconoscimento.

D'altro canto l'ex marito era sprovvisto di uno strumento azionabile in via immediata, poiché solo dopo la nascita avrebbe potuto chiedere l'esibizione del figlio e ricorrere alla procedura *extra ordinem* per poterlo prendere con sé. Perciò, scrive Ulpiano, finché il figlio non è tale – perché ancora non è nato –, è una *portio mulieris*, quindi il marito non potrebbe, da un lato, attivare le procedure dei Senatoconsulti (che presupponevano l'iniziativa della donna); dall'altro, utilizzare quei rimedi che si basavano sull'esistenza autonoma del figlio individuato nella sua corporeità e distinto dalla madre.

Pare quindi che, riportando le parole nel loro contesto, Ulpiano abbia descritto la realtà delle cose e individuato cosa distingue il concepito dal nato: il primo è, dal punto di vista fisico, una *portio mulieris*, e, stando nel corpo altrui, non è ancora *homo* (e quindi *filius*); il secondo è dotato di una propria autonomia fisica, è identificabile nella sua corporeità e perciò, essendo un *homo e filius*, può essere reso destinatario di una procedura che presuppone la sua individualità (come, appunto, quella per ottenerne l'esibizione)<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Sui quali v. F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I. *L'agere ex Senatus consultus de partu agnoscendo*, Bologna, 1953, 1 ss.

<sup>152</sup> Per F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 326 s. nt. 63 (ultima parte), il ragionamento del giurista non è «volto a fornire definizioni generali», ma a giustificare la mancata applicazione ad opera del *pater* dei Senatoconsulti, concludendo che «il giurista non forniva definizioni, ma si rifaceva senz'altro a concezioni mediche e giuridiche correnti, nell'argomentare la propria soluzione. Se non fosse stata una visuale generalmente accolta, il giurista non vi avrebbe fatto ricorso, nel proprio *excursus*».

Il rescritto imperiale per l'ispezione del ventre era quindi necessario perché gli strumenti azionabili dal *pater* dopo la nascita del figlio non erano passibili di un'interpretazione e di un'applicazione 'estensiva', vedendosi non un figlio, bensì un ventre, nient'altro.

Più banalmente, allora, sembra che il diritto abbia reagito a un peculiare stato fisico (il concepito come porzione della donna, parte delle sue viscere), che precludeva al marito l'azionamento degli istituti allora esistenti in assenza di ammissione della donna circa il suo stato, escogitando un sistema di ispezione del corpo femminile entro il quale era custodito il concepito che, una volta nato, sarebbe divenuto *filius* del *pater*.

Non si crede, invece, di poter attribuire alle parole del giurista (o quanto meno non è necessario dal punto di vista giuridico) né la prova della sua adesione dello stoicismo, né della negazione di esistenza di vita nel concepito, posto che sono del tutto consequenziali al caso necessitante di tutela (ex marito che sostiene la gravidanza della moglie che nega) e alla corporeità celata o assente del concepito che (ancora) non è *filius*.

In senso inverso e analogo, non paiono contraddire le presenti affermazioni

Cels. 16 *dig.* D. 50.17.187<sup>153</sup>: *Si quis praegnatem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.*

Clem. 11 *ad l. Iul. et Pap.* D. 50.16.153: *Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est.*

Nel primo, è Celso a scrivere – probabilmente in tema di condizione *si sine liberis decesserit*<sup>154</sup> – che colui che muore lasciando la moglie gravida, non sembra deceduto senza *liberi*. Mentre per parte della dottrina questo passo dimostrerebbe che «il concepito era reputato 'esistere', una individualità in cui rinvenire un figlio e su cui

---

<sup>153</sup> Cfr. sul passo O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., c. 149, nt. 1; P. PESCANI, *Il piano del Digesto*, in *BIDR*, LXXVII, 1974, 347; F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, *SDHI*, LIII, 1987, 595, nt. 136; O.M. PÉTER, *'Liberorum quaerundorum causa'. L'image idéale du mariage et la filiation à Rome*, in *RIDA*, XXXVIII, 1991, 304; L. DESANTI, *'Restitutionis post mortem onus'. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, 65 e nt. 33; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 90 ss.; C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 14 s. e nt. 4.

<sup>154</sup> V. O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., c. 149, nt. 1.



fondare il mancato avveramento della condizione»<sup>155</sup>, a me pare, invece, potersi desumere, similmente a quanto si verifica in sede di successione intestata e istituzione testamentaria di postumi, che, qualora vi sia una gravidanza, non è ancora escludibile – per effetto di quel processo biologico in corso al momento della morte del *de cuius* – la permanente mancanza di figli, senza che il concepito venga incluso immediatamente tra i figli: se così fosse, infatti, si perverrebbe al paradossale esito che il concepito esiste con individualità autonoma giuridica in utero anche se mai dovesse vedere la luce. O meglio: dalle parole celsine non si può affatto ricavare l'assunto che, in forza dell'individualità uterina, di quell'esistenza celata, il *de cuius* potesse già dirsi *pater*, ma tale qualifica si realizzerà solo se il concepito dovesse nascere vivo. La condizione fin tanto che sussiste la gravidanza si trova ancora in uno stato di pendenza, posta l'incertezza circa l'intervenire della nascita, unico evento in grado di svelare se il *de cuius* abbia avuto un *liber*<sup>156</sup>.

Nel secondo passo di Terenzio Clemente il concepito (colui che è lasciato nell'utero) viene ritenuto esservi al momento della morte del *de cuius*. Nel ricostruire il contesto originario costituente le fondamenta di queste parole<sup>157</sup>, in base alla proposta di Otto Lenel, Terenzio si stava occupando delle quote della successione nei *bona libertorum* dei patroni, considerata la disciplina delle leggi augustee che le stabiliva in base al numero dei figli del liberto deceduto, fino a escludere la successione quando il liberto avesse tre figli. Evidentemente, allora, egli stava disquisendo circa l'inserimento

---

<sup>155</sup> P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 91, che richiama anche D. 25.4.4, sempre a proposito della clausola *si sine liberis decessisset*.

<sup>156</sup> Questo si crede di dover ribadire anche alla luce di D. 36.1.18 (17).7, richiamato da P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 92, a sostegno della sua tesi circa l'esistenza attuale del concepito. Nel passo si discute l'ipotesi del *pater* che muore contestualmente al figlio o il cui figlio sia premorto: per la clausola *si sine liberis decesserit*, tali situazioni integravano proprio il mancato avveramento della condizione, perché il *pater* moriva senza aver in vita figli. Ciò prova a mio avviso l'importanza del processo biologico in atto: la vita, irrinunciabile per potersi parlare di *fillius* (è *fillius* chi è *homo* e quindi chi è nato vivo ed è attualmente vivente) ed è *pater* chi ha un *fillius*. Perciò colui che ancora non ha un *fillius*, ma potrebbe averlo in forza del concepimento (processo biologico che precede la nascita), non può essere considerato alla stregua di chi non ha e non avrà certamente figli in forza dell'avvenuto concepimento e del progredire della gravidanza, non già perché il concepito è per il diritto individuo esistente, dotato di autonoma vita, ma perché nel suo stato progressivo potrebbe divenire *homo*.

<sup>157</sup> Cfr. le ipotesi ricostruttive di C. FERRINI, *I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio 'ad legem Iuliam et Papiam'*, in ID., *Opere*, II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 259; O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., c. 340, nt. 1; F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 346.

del concepito dal liberto tra i *filii*, e concludeva che questo si sarebbe considerato (o si sarebbe constatato)<sup>158</sup> come presente al momento del decesso del *pater*.

Coordinando il passo con gli altri finora analizzati e richiedenti tutti la nascita per avere un *homo* con vita autonoma, ritengo che il giurista, senza troppo interrogarsi sull'esistenza e sul tipo di vita o di qualificazione da attribuire al concepito, si fermasse allo strato più superficiale dell'evidenza in progredire, in base alla quale al diritto si imponeva la medesima attesa che separava il concepito dal nato. In altre parole, il diritto sospende la constatazione circa l'esistenza di un *homo* finché è la natura a presentarsi come mutevole e in fase di sviluppo.

1.3. *Il concepito giova a se stesso e non ai terzi in quanto (s)oggetto? Il principio dei 'commoda'.*

Quanto sin qui detto, però, sembra non collimare con alcuni passi dai quali deriverebbe che, in epoca classica, il concepito giova a se stesso per effetto del mero concepimento, mentre ai terzi non arreca benefici prima della nascita. In altre parole, vi sarebbero delle testimonianze in base alle quali il concepito è effettivamente esistente, tanto che è dal concepimento destinatario di situazioni giuridiche soggettive favorevoli, di interesse immediato del diritto e di attribuzioni. La nascita relegherebbe a evento secondario e si creerebbe una scissione tra il concepito – soggetto quando si tratta del suo vantaggio – e i terzi – nei cui confronti fungerebbe da *tamquam non esset*, oggetto, *portio mulieris*, non arrecando loro alcun *commodum*.

Il passo in cui è conservato il principio del *commodum* è

Paul. *I.s. de port., q. lib. dam.* D. 1.5.7<sup>159</sup>: *Quae liberis damnatorum conceduntur. qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

---

<sup>158</sup> In base alla traduzione che si darà di *intellegendus est* (come esplicitativo della teoria della finzione o della esistenza del nascituro). Cfr., ad esempio, i rilievi effettuati da F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 346 s.

<sup>159</sup> Cfr. anche Gai 1.147; D. 37.9.7 pr.; D. 38.17.1.5.

Il giurista Paolo, in un brano originariamente collocato nel suo libro sulle quote di eredità concesse ai figli dei condannati e dai compilatori inserito nel I libro del Digesto dedicato alla condizione degli uomini, scrive che il concepito è protetto come se fosse *in rebus humanis* (mia traduzione: *homo*, già venuto alla luce)<sup>160</sup> ogni qual volta si pongono questioni a lui vantaggiose. Secondo la ricostruzione accolta da buona parte della dottrina<sup>161</sup>, il giurista stava elencando i soggetti ricompresi nella categoria dei *liberi* e, tra questi, avrebbe collocato pure il concepito, poiché quando si tratta del suo *commodum* viene valutato come se fosse venuto alla luce.

Circa la genuinità del passo e la collocazione temporale<sup>162</sup>, gli studiosi hanno indugiato, distinguendosi tra le molte tesi proposte – le quali del resto si prestano bene a riassumere le varie concezioni elaborate intorno ai concepiti – una promossa da Emilio Albertario, secondo cui il principio generale del *commodum* sorse in età giustiniana, mentre i giuristi classici avrebbero guardato solo ai concepiti da giuste nozze<sup>163</sup>: risulterebbe contrapposta una condizione biologica e naturale del concepito a quella giuridica, fondata su una *fictio*<sup>164</sup>.

La dicotomia reale-giuridico e la finzione sono invece rifiutate da Pierangelo Catalano, per il quale il principio di parità è fondato proprio sulla constatazione reale da parte della giurisprudenza e dell'interprete del diritto, mentre lì dove la parità è

---

<sup>160</sup> Cfr., per un approfondimento sull'espressione *in rebus humanis*, 164 s., ma v. l'intera monografia dedicata all'esatta delimitazione di *in rerum natura* e *in rebus humanis*; cfr. pure B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 12; F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 46 ss. e nt. 77, 48 ss. e nt. 82; EAD., *Concepimento*, cit., 356 s.; G. FONTANA, '*Qui in utero*', cit., 1 ss.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Der Ungeborene*, cit., 106 ss.; H.M.F. MADEIRA, *O nascituro no Direito Romano*, São Paulo, 2005, 1 ss.

<sup>161</sup> Cfr., ad esempio, F. STELLA MARANCA, *Intorno al fr. 7 Dig. 1.5 'De statu hominum'*, in *BIDR*, XLII, 1934, 251 ss.; G. GANDOLFI, voce *Nascituro (storia)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1977, 533; P. FERRETTI, '*In rerum natura*', cit., 163.

<sup>162</sup> Cfr. G. BESELER, *Beiträge*, III, cit., 139, per le ipotesi di interpolazione. Per la tendenziale genuinità del passo paolino cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione a E. ALBERTARIO, Studi di diritto romano, I. Persone e famiglia*, Milano, 1933, in *AG*, CXIII, 1935, 78 s.; C. CASTELLO, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *RIDA*, III, 1950, 267 ss.; G. GANDOLFI, voce *Nascituro (storia)*, cit., 532 ss.; M.V. SANNA, '*Conceptus*', cit., 217 ss. Cfr. inoltre la rassegna bibliografica proposta da F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 52, nt. 100.

<sup>163</sup> Cfr. E. ALBERTARIO, *Studi*, I, cit., 23; per S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 188, nt. 5, invece, solo la generalizzazione del principio appartiene all'epoca giustiniana, ma già i giuristi d'epoca classica avrebbero abbozzato l'idea della parità in caso di *commodum* in determinate circostanze.

<sup>164</sup> Cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 45 ss.

negata o si allude a una differenza ontologica tra il concepito (come porzione, *res*) e il nato, **dimora un'eccezione**<sup>165</sup>.

Altri hanno colto nel principio della parità una derivazione cristiana che avrebbe introdotto un mutamento della concezione classica<sup>166</sup>. Per Giorgio La Pira, invece, vale come **prova dell'idea che il concepito fosse un'individualità autonoma e non una parte della madre**<sup>167</sup>, un nuova persona alla quale si riconoscono vantaggi giuridici perché è dotata di capacità giuridica seppur parziale<sup>168</sup>.

Sostanzialmente, poi, la dottrina ha interpretato alla luce del principio della parità e del *commodum* anche altre fonti, tra le quali D. 1.5.26<sup>169</sup>, elevandolo a principio cardine del sistema.

Omettendo per il momento le molte letture date, Paolo sostiene che il concepito in quasi tutto il diritto civile è ritenuto pari al nato quando è questione del suo *commodum* e con ciò il giurista né afferma che il primo è titolare di diritti, né la bastevolezza del suo stadio gestazionale per acquisire definitiva rilevanza entro il diritto. **Semplicemente, una volta avvenuta la nascita, l'ordinamento sceglie di attribuire al nato una posizione anziché un'altra in base a ciò che risulta essere per lui più proficuo.**

---

<sup>165</sup> P. CATALANO, *Osservazioni*, cit., 1; ID., *Diritto*, cit., 202 ss.; ID., *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, 87 ss., a cui aderisce M.P. BACCARI, 'Curator', cit., 56 s. *Contra* F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 356, che contesta tra l'altro la scelta dell'autore di far retrocedere all'età adrianea la generalizzazione del principio di parità. In senso conforme a Pierangelo Catalano, cfr. G. FONTANA, 'Qui in utero', cit., 1 s.; M.P. BACCARI, *Concepito*, cit., 1 ss.; EAD., *Sette note*, cit., 507 ss.; M.V. SANNA, *Nuove ricerche in tema di 'postliminium redemptio ab hostibus'*, Cagliari, 2001, 123 ss.; H.M.F. MADEIRA, *O nascituro*, cit., 1 ss.; J.M. BLANCH NOUGUÉS, *Der Ungeborene*, cit., 102 ss.

<sup>166</sup> Cfr. ad esempio M. ROBERTI, *Il nascituro e l'età nelle fonti patristiche*, in *Arch. Giur.*, XCI, 1924, 71 ss.; ID., 'Nasciturus pro iam nato habetur' nelle fonti cristiane primitive, in *Cristianesimo e diritto romano*, a cura di M. Roberti, E. Bussi e G. Vismara, Milano, 1935, 65 ss.; A. INGOGLIA, *A proposito dell'influenza delle fonti cristiane primitive sulla condizione giuridica del 'nasciturus'*, in *Diritto canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio (Venezia, 22-23 maggio 1991)*, Torino, 1992, 262.

<sup>167</sup> Cfr. G. LA PIRA, *Di fronte all'aborto*, in *Medicina e Morale*, 1986, 24 ss.

<sup>168</sup> W. WALDSTEIN, *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin, 1982, 21, 51; ID., *Zur Stellung des 'nasciturus' im römischen Recht*, in 'A bonis bona discere'. *Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc, 1998, 48 ss. *Contra* M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 272, nt. 17.

<sup>169</sup> Cfr., sul collegamento tra i due passi, le osservazioni introdotte da F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I., 52 s. *Contra*, P. FERRETTI, 'In rerum natura', cit., 45 ss. (con lo stato dell'arte e annotazioni bibliografiche), 48 ss., per il quale invece il caso dell'*ancilla* non sarebbe per l'autore spiegabile in base al *commodum* del nascituro, posto che in ogni caso si tratta di un figlio schiavo destinato ad essere in proprietà di un padrone); F. ZUCCOTTI, 'In rerum natura', cit. 7, il quale tuttavia non concorda con Paolo Ferretti, quando questo vuole ad ogni costo rinvenire un elemento unificante sostitutivo del *commodum* tra gli esempi (P. FERRETTI, 'In rerum natura', cit., 51 ss., dedica un paragrafo alla ricerca di un diverso criterio).

Poiché con la nascita si è raggiunta la condizione di attivazione del *ius personarum*, quanto l'ha preceduta – la gravidanza – ha fisiologicamente consentito al concepito di prendere forma e vita autonome e, perciò, l'ordinamento in svariati settori trova sia indifferente riferirsi per singoli elementi alla nascita, al concepimento o a un qualsiasi momento tra il concepimento e la nascita: indifferente per il diritto e non indifferente per il nato, a favore del quale appunto interviene il principio espresso nelle parole di Paolo.

Il processo biologico, che di per sé nulla svela sulla futura esistenza autonoma del nascituro, permette – se conclusosi con l'*editio partus* – di essere inteso come un *continuum* con la nascita e pertanto si estende la lente del diritto al fine di attribuire al nato posizioni di maggiore favore. Poiché senz'altro esiste come *homo* dopo la nascita, allora viene recuperata la fase intrauterina come parentesi limitata e necessaria per pervenire alla formazione dell'uomo. Rimane evidente che, in mancanza di nascita, il concepimento non giova a nessuno: non solo ai terzi, per i quali espressamente Paolo ricorda la necessità dell'*editio partus*, ma neppure al concepito, che non è mai stato *homo*. Di talché gli eventuali accorgimenti che l'ordinamento ha predisposto e le riserve effettuate vengono meno a favore di chi, in quanto *homo*, è protagonista e destinatario del diritto.

Ciò però non consente affatto di desumere alcunché circa l'esistenza e la protezione del concepito come individuo autonomo, né di giustificare l'irrilevanza del concepimento per i terzi come «un argine», «giudicando inopportuno che il concepito risultasse utile anche a terzi, i quali forse avevano iniziato ad avanzare (facendo leva sull'«esistenza» del nascituro) in maniera sempre più pressante le loro pretese»<sup>170</sup>. E invero i terzi avrebbero potuto rappresentare sia soggetti danneggiati dalla presunta «esistenza» del concepito – si pensi ad esempio ai secondi eredi nella successione intestata, o ai sostituti nella successione testamentaria che avrebbero ereditato a condizione della mancata nascita di un postumo – sia, al contrario, soggetti che ne avrebbero ricavato un vantaggio.

---

<sup>170</sup> P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 178 ss.

Quindi, «la [presunta] concettualizzazione del concepito quale esistenza dotata di autonoma rilevanza»<sup>171</sup> non credo abbia influito o determinato quanto espresso da Paolo, ma piuttosto è in linea con quanto era venuto a delinarsi nel sistema giuridico romano quando vi era una gravidanza in atto. Per tutta la gestazione, e limitando lo sguardo a questa, i terzi non avrebbero potuto vantare alcun diritto né sostenendo l'esistenza del concepito né l'inesistenza, perché la situazione di incertezza circa la venuta alla luce avrebbe esclusivamente consentito e suggerito un atteggiamento prudente (come si è visto in tema di successione intestata) e reversibile senza alcun riconoscimento né del concepito come nato, né dei terzi come destinatari certi di diritti. Solo alla nascita, il diritto avrebbe potuto verificare se l'*homo* avesse o meno acquisito la posizione successoria (e non rientrasse, ad esempio, tra i diseredati<sup>172</sup>) o fosse destinatario di altri diritti: a questo punto, egli stesso avrebbe potuto trasmetterli a terzi. Perciò il concepito giova agli altri dalla nascita, perché è solo in quel momento che può – in quanto *homo* – essere destinatario del *ius personarum*.

Esempi di terzi che non possono servirsi, durante il concepimento, del principio del *commodum*, pur se non espresso con questa dicitura, sono stati individuati nelle fonti<sup>173</sup> in:

Paul. *I.s. ad sc. Tert.* D. 50.16.231: *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus.*

È ancora Paolo a sottolineare che colui che si spera nasca (cioè il concepito) vale come esistente (*pro superstite*)<sup>174</sup> quando vengono in rilievo diritti per sé; mentre agli altri non giova se non nato. Il libro da cui è tratto il frammento paolino induce a pensare

---

<sup>171</sup> P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 181.

<sup>172</sup> Sul processo che ha condotto all'obbligo di istituire o diseredare il postumo, con ambia esegesi di Gai 2.130 ss., cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 98 ss.

<sup>173</sup> Cfr. ad esempio E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Varese, 1971, 388 s.; P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 180 ss.

<sup>174</sup> Per le ipotesi interpolazionistiche, v. E. ALBERTARIO, *Studi*, I, cit., 24, per il quale il termine *superstite* andrebbe sostituito con *pro iam nato habetur* e il passo terminerebbe con il riferimento alle giuste nozze, posto che per l'autore tale principio originariamente valeva solo per i concepiti *ex iustis nuptiis*. Dubbi su 'superstite' sono stati sollevati anche da C. CASTELLO, *Sulla condizione*, cit., 291.

che l'interrogativo al quale il giurista dava risposta attenesse al Senatoconsulto Tertulliano, in base al quale la donna con un determinato numero di figli (tre se libera; quattro se liberta) avrebbe ottenuto il *ius liberorum* e succeduto al figlio premorto. Quindi, dinanzi all'interrogativo se dovessero essere conteggiati tra i figli solo i nati o anche i concepiti, Paolo avrebbe risposto che il concepito non avrebbe giovato alla madre prima della nascita.

Per parte della dottrina<sup>175</sup>, più nel dettaglio, il caso prospettato avrebbe riguardato l'ipotesi del marito deceduto con la moglie gravida: il parto però si sarebbe concluso con un nato morto e, quindi, l'eredità paterna non sarebbe stata trasmessa alla moglie per il tramite del figlio (nato morto)<sup>176</sup>.

Tanto aderendo all'una, tanto all'altra ricostruzione, in entrambi i casi si avrebbero due gravidanze che non conducono o non hanno ancora condotto alla venuta alla luce di un *homo*: infatti, nel primo caso, la gravidanza è in corso; nel secondo, la gestazione ha portato all'espulsione di un parto privo di vita. Guardando in particolare al concepito – oggetto di questo capitolo – si vorrebbe, in corso di gravidanza, acquisire dei diritti per il tramite di un soggetto che ancora non è *homo*: elemento negato da Paolo, poiché finché non vi è la nascita, il concepito non può giovare.

Ma proviamo a vedere se, fin tanto che è in corso la gravidanza, il concepito giova a se stesso (se per tale intendiamo l'acquisizione da parte sua di diritti prima e indipendentemente dalla nascita): la risposta non può che essere negativa<sup>177</sup>. Egli, infatti, non ottiene diritti per effetto del mero concepimento; al più, se immaginiamo sia morto il padre di cui sarà figlio, godrà in via transitoria della riserva della quota di eredità intestata. Quindi il diritto lo considera come 'esistente' – usando un termine tanto caro ai sostenitori della teoria della realtà ed esistenza del concepito, ma fuorviante – nel senso che a lui preserva gli eventuali diritti di cui beneficerebbe con la

---

<sup>175</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione a E. ALBERTARIO, Studi*, cit., 78.

<sup>176</sup> Il nato morto, essendo uno dei possibili esiti del parto, sarà oggetto di disamina del prossimo capitolo.

<sup>177</sup> Se non mi inganno, nella medesima direzione – in ottica generale e non legata a uno specifico passo – si esprime F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 331 s.: «I giuristi guardano costantemente al momento della nascita, per poi verificare se, alla luce della stessa, il dato temporale del concepimento possa avere avuto rilevanza per il prodursi di determinate aspettative giuridiche».

nascita, cristallizza la situazione<sup>178</sup>, ma non lo qualifica affatto come destinatario di diritti.

Se invece si riconoscessero diritti, per effetto del concepimento, egli sarebbe erede e, indipendentemente dalla nascita, sarebbe capace di trasmettere i diritti ai terzi senza che alcuna limitazione giuridica potesse imporsi, a meno di arrivare al paradosso del concepito soggetto in corso di gravidanza, non più soggetto se nasce morto, ancora soggetto se nasce vivo. Se si sostiene che è soggetto autonomo mentre è concepito (tanto che a sé giova allo stesso modo del nato), non sarebbe ragionevole escludere la sua capacità di intessere relazioni con i terzi.

La questione, se non mi inganno, è mal posta: tanto verso il concepito, quanto verso il nato. È il nato che può giovare del suo essere stato concepito e del momento del concepimento per preservare intatti i suoi diritti anche se fisicamente non è *homo* quando la situazione – in questo caso successoria – viene in essere. Durante il concepimento, quindi, il nascituro nulla ottiene se non la possibilità, una volta nato, di vedersi attribuito quanto gli spetta in forza del suo essere divenuto erede del *pater* premorto. Se non nasce, non ottiene alcunché, come non lo possono ottenere terzi per suo tramite, perché egli mai ha raggiunto la dimensione umana autonoma. La sua mancata nascita, quindi, non giova né a sé né agli altri. A maggior ragione, allora, i terzi **non possono ottenere diritti che dipendono dall'esito della gestazione e condizionati dalla nascita**. Di talché per tutti è la nascita uno dei presupposti irrinunciabili.

Poniamo il caso inverso a quello prospettato sopra: il marito muore e la moglie è **incinta**; l'*editio partus* si conclude con la fisiologica nascita di un *homo* deceduto poco dopo il parto e, posto che il concepimento è avvenuto ad opera del *pater*, il nato è *filius*, rientrando tra gli *heredes* se non diseredato. Divenuto erede, muore e, vedremo nel prossimo paragrafo, ma già si intuisce dai frammenti incontrati, il suo patrimonio viene trasmesso ai terzi in forza della successione intestata. Di talché la sua nascita giova ai terzi e alla madre, ma invero giova anche il suo concepimento (in forza del quale egli è riconosciuto *filius* del *pater*): in altre parole, se avviene la nascita, il concepimento giova

---

<sup>178</sup> Usando il lessico di F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 35, si tratta di «congelare situazioni giuridiche sino alla nascita».



innanzi tutto al nato, ma anche di riflesso e indirettamente ai terzi, almeno nelle ipotesi di diritto ereditario, in cui vi è un doppio passaggio dal *pater* al *filius*, dal *filius* ai terzi.

Un secondo passo individuato come espressione implicita del principio del *commodum* è di Modestino ed è contenuto nella sua opera in tema di *excusationes*<sup>179</sup>.

Se nel passo paolino era la madre a essere l'aspirante titolare di diritti per il tramite del figlio (solo concepito o nato morto), in questi casi è il padre ad avanzare delle pretese per ottenere la dispensa dai *munera civilia* dinanzi alla gestazione della moglie. Modestino, dopo aver enunciato che in plurime parti edittali il nascituro è equiparato al nato, esclude che ciò valga nei confronti del *pater* per gli oneri civili e per i pubblici uffici, com'è previsto nella costituzione di Severo. Per l'esenzione il diritto prevedeva l'esistenza del *filius* del quale non ve n'è traccia fino alla nascita, né il concepimento vale come surrogato potendo non tradursi nella nascita di un essere umano.

Infine, un terzo passo in cui si potrebbe ricavare una negazione ai terzi del vantaggio del concepimento è di Papiniano:

Pap. 19 *quaest.* D. 35.2.9.1: *Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

Nel XIX libro delle questioni, il giurista stava esaminando la legge Falcidia e, in particolare, la stima dell'eredità alla morte del *de cuius*. Dopo aver enunciato che concorrono all'aumento del valore del fondo anche i frutti maturi al momento del decesso dell'ereditando e percepiti dopo (D. 35.2.9 *pr.*)<sup>180</sup>, esclude che per l'*ancilla praegnans* valga lo stesso, senza che sia possibile introdurre alcuna distinzione di tempo

---

<sup>179</sup> Mod. 2 *excus.* D. 27.1.2.6: *Ὁ δὲ ἐν τῇ γαστρὶ ὦν εἰ καὶ ἐν πολλοῖς μέρεσιν τοῦ νόμου συγκρίνεται τοῖς ἤδη γεγενημένοις, ὁμῶς οὔτε ἐν τῇ παρουσίᾳ ζητήσῃ οὔτε ἐν ταῖς λοιπαῖς πολιτικαῖς λειτουργίαις συναίρεται τῷ πατρὶ· καὶ τοῦτο εἴρηται διατάξει τοῦ θειοτάτου Σεβήρου.* Cfr. O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., 709. Sul passo, v. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 462 s.; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 182 s.

<sup>180</sup> Pap. 19 *quaest.* D. 35.2.9: *In falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior.*

circa l'avanzamento della gravidanza e a prescindere dalla maturità gestazionale, poiché il parto non ancora venuto alla luce non si può correttamente dire che fosse un uomo<sup>181</sup>.

Secondo una delle interpretazioni proposte<sup>182</sup>, il passo papiniano sarebbe coerente con il principio espresso da Paolo in D. 1.5.7: poiché il concepito giova solo a se stesso quando viene il rilievo il suo vantaggio, mentre nei riguardi dei terzi deve attendere la nascita, per Papiniano la presenza di una schiava pregnant non andrebbe ad accrescere il valore ereditario dell'asse, perché non è enucleabile l'interesse del concepito, ma quello del legatario. Costui, al pari di qualsiasi terzo, non può ricevere alcun vantaggio dall'equiparazione del nato al nascituro, rilevando per questi solo la nascita.

Da tutti questi passi e *in primis* dal più generico D. 1.5.7 pare corretto concludere che la regola paolina «trovasse la propria ragione non tanto nella volontà di riconoscere al concepito determinate prerogative, quanto la volontà di escludere una terza persona dai benefici derivanti dall'esistenza di un figlio in utero»<sup>183</sup>. Ciò non significa però che la giurisprudenza avesse decretato l'esistenza del concepito come soggetto o riconosciuto che egli fosse un individuo dotato di esistenza autonoma. Piuttosto, appariva ovvio che per godere effettivamente dei diritti e dei vantaggi a lui riservati avrebbe dovuto nascere e, finché non fosse nato, avrebbe visto tutelata la sua aspettativa innanzitutto successoria (ma anche la possibilità di godere del postliminio o di esercitare il rapporto di patronato nei confronti del liberto in quanto *filius* del *pater-patrono* premorto) secondo un meccanismo di riserva, di attesa, di non ostacolo al prosieguo della gravidanza e di non compromissione del patrimonio ereditario, per mezzo della madre, di altri soggetti o di istituti all'uopo previsti (come l'immissione nel possesso e il *curator ventris*).

---

<sup>181</sup> Scrive E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 397, che «fuor del raggio di quella opportunità [meccanismo di riserva fino alla nascita dei diritti e vantaggi per il nascituro], resta vero e si riafferma che prima della nascita un uomo ancor non esiste, perché sul piano e biologico e giuridico un semplice feto od embrione non è tale».

<sup>182</sup> Cfr. P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 183 ss., su suggerimento della *Glossa Distinctio est, ad l. In Falcidia (D. 35.2.9)*, il cui contenuto è presente IN J. CUJACIUS, *Commentarius Ad L. IX ad leg. Falcid.*, IV, 1397. Quella proposta è solo una delle diverse tesi elaborate: vi è chi, invece, ritiene che il passo contenga un'eccezione all'equiparazione tra nato e nascituro giustificata dalla valutazione non esclusivamente economica del parto della schiava: cfr. P. CATALANO, *Diritto*, cit., 206.

<sup>183</sup> P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 183, 186.

Quando, invece, venivano in rilievo i terzi, questi, in quanto già *homines*, protagonisti e destinatari del *ius personarum*, e potenziali titolari, oltre che di aspettative, di diritti (al contrario dei concepiti), avrebbero finito paradossalmente per ottenere vantaggi in mancanza del presupposto fattuale e giuridico: il nato, il quale costituiva o il soggetto che avrebbe dovuto trasmettere loro i diritti (si pensi alla madre che potrebbe ereditare dal figlio premorto, il quale, appunto, per essere premorto deve essere stato figlio vivente), o il soggetto la cui presenza avrebbe concorso al raggiungimento dei requisiti richiesti dal *ius* al fine di ottenere determinati benefici (ad esempio in materia di esenzioni dai *munera*, di *ius liberorum*). In entrambi i casi, si determinerebbe un ingiustificato e irragionevole scollamento tra presupposto (naturale e giuridico) e conseguenza (giuridica), con un'inversione dei due.

Per il concepito, invece, la questione della parificazione al nato permetteva in fase di gravidanza di preservarne le aspettative e di prendere in considerazione già il concepimento se più conveniente rispetto alla situazione che si appalesa al momento della nascita.

Preziose sono, a tal proposito, le ricerche effettuate da Francesca Lamberti, la quale nota come, in tema di *commodum*, «assai di frequente il discorso giurisprudenziale verte su problematiche di diritto ereditario, o su questioni di *status* personale e/o familiare», considerato che i due terzi dei frammenti dei *Digesta* «riguardano prerogative che si acquisiscono in sede successoria, o nell'ambito delle relazioni familiari potestative o di affinità»<sup>184</sup>. Questo dato, secondo l'autrice, non può essere sottaciuto, poiché permette di cogliere l'originaria portata delle parole paoline contenute in D. 1.5.7, senza scendere in ideologie e intravedere nelle fonti dibattiti giurisprudenziali circa l'essenza del nascituro e l'inizio della vita. Esso, infatti, è tratto da un brano – come si è già anticipato – relativo alle porzioni ereditarie spettanti ai figli dei condannati e, in tal contesto, l'attenzione ai *qui in utero est* dev'essere stata determinata dall'ipotesi in cui vi fosse un concepito, non ancora nato, alla morte del *pater*. Paolo, allora, rifacendosi a quanto la giurisprudenza antecedente aveva elaborato in ambito di successione ereditaria dei postumi con i meccanismi delle riserve o di

---

<sup>184</sup> F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 357 ss.

sospensione della chiamata degli eredi di gradi ulteriori, ha affermato la validità del medesimo procedere giuridico<sup>185</sup>.

In altre parole, la conclusione pervenutaci nella forma di dicitura generale, come **principio dell'intero ordinamento romano, era in origine relativa** «ad un contesto ben definito, e assai verosimilmente effettuata nell'ottica di una (prossima) nascita del *conceptus*», è stata poi decontestualizzata dai compilatori e inserita nel I libro, ma – ovviamente – «essendo bene a conoscenza del fatto che in una serie di altri luoghi e frammenti contenuti nella Compilazione l'affermazione 'generale' paolina era destinata ad essere precisata e temperata dalle concrete applicazioni (in sede successoria e di diritto delle persone)», come ancora scrive Francesca Lamberti<sup>186</sup>.

Inoltre, il fatto che siano gli ambiti familiare, successorio e di *status* ad aver maggiormente incrociato il principio del *commodum* e l'apertura alla rilevanza del concepimento – **nell'ottica che sopraggiunga la nascita** – è ulteriore prova che gli interessi e le ragioni per cui a questa fase si è volto il prudente sguardo giuridico consiste nella tutela della *familia*, dell'eredità e della trasmissione del patrimonio complessivo, ossia di una serie di valori propri della società romana e radicati in essa, e non, invece, del concepito in sé e per sé considerato..

Quanto sin qui detto pare rimanere sostenibile anche quando la presenza del concepimento permette l'attivazione immediata di procedure volte a proteggere la *spes prolis*, la *spes nascendi*, cioè la speranza che venga alla luce un *homo*, perché il nascituro – in base alla concreta situazione in cui si trovano i genitori – è posto nella condizione di ricevere, una volta nato, quanto gli spetterà senza che la sua inesistenza autonoma durante il concepimento finisse per pregiudicarlo in seguito (per questo ad esempio è previsto il *curator ventris*).

In tutte le situazioni presentate da Ulpiano in D. 1.5.26, indipendentemente dal *commodum* e dal voler vedere il medesimo meccanismo operativo, è chiaro che la parificazione tra nascituro e nato in realtà si evidenzia solo dopo la nascita: quando, per

---

<sup>185</sup> Cfr. F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 358 s.

<sup>186</sup> F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 359 s., per la quale è probabile che nell'età tardo classica il concepito riceva delle attenzioni, sempre con limitazioni prudenti da parte della giurisprudenza, senza o a prescindere dalla mediazione di altri soggetti (come il *pater* o l'intera *familia*) finora presente in modo pressante, ma considerato esso stesso nel potenziale esito della nascita. Tuttavia, da ciò nulla si può desumere circa lo stato del concepito come soggetto considerato nella sua individualità.

lo stesso concepito, sorgerà l'opportunità di godere del postliminio essendo la madre di lui nel frattempo catturata; o per il figlio del patrono di continuare il rapporto di patronato sussistente prima tra il di lui *pater* e il liberto: perciò si mantiene esistente in una situazione di attesa fino a che non sia certo se venga alla luce o meno il discendente.

Per i terzi, invece, pensando in via esemplificativa al caso del *pater* che invoca il concepito per l'esclusione dai *munera*, parificare il nascituro al nato vorrebbe dire ottenere per effetto del mero concepimento e dal suo istante una conseguenza immediata e definitiva – come l'esenzione dagli oneri civili – aggirando la mancanza del soggetto che concorre a determinare l'effetto giuridico.

#### 1.4. *L'immissione nel possesso dei beni a favore del ventre. L'affacciarsi della vita.*

Si è anticipato che talvolta l'ordinamento predispone degli istituti destinati a ricevere attuazione durante la gravidanza. Tra questi, si rinvencono l'immissione del ventre nel possesso dei beni e il *curator ventris*, letti da alcuni come segnale della concezione di concepito come soggetto indipendente dalla madre<sup>187</sup>, contenuti per lo più entro il titolo IX del libro XXXVII del Digesto rubricato *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*<sup>188</sup>.

È un lungo passo ulpiano ad aprire il titolo IX, nel quale il giurista riconosce, *propter spem nascendi*, la cura stabilita dal pretore a favore dei concepiti – definiti come *nondum nati* – i quali, una volta nati, sarebbero anch'essi figli, *in rebus humanis*, e quindi eredi necessari del proprio *pater*.

Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1 pr.: *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

---

<sup>187</sup> Cfr., *ex multis*, M.P. BACCARI, 'Curator', cit., 10 ss.; A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 15 s.

<sup>188</sup> Si faranno risaltare aspetti che possono suggerire qualcosa a proposito di quel corpo custodito nel ventre che ancora non c'è, al suo statuto, all'esistenza intra ed extra uterina e al rapporto con le *res* e le *personae*. Non ci si soffermerà, invece, sulle diverse forme di cura e di tutela esistenti nell'ordinamento romano, né sui tratti di somiglianza tra il *curator ventris* e altre figure esercitanti la curatela. Cfr. almeno SOLAZZI S., *Tutele e curatele*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, 88 ss., con precisazioni in ID., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli, 1938, 22 ss.

È il pretore, nel suo lavoro di integrazione e correzione del diritto, ad aver esteso l'attenzione alla donna gravida, il cui ventre può essere posto nel possesso di quei beni<sup>189</sup> che spetterebbero a causa e sul presupposto della nascita al figlio ancora in grembo e che non è pertanto soggetto autonomo<sup>190</sup>. Come il pretore non ha trascurato i figli, che già vanno ad accrescere il numero dei nati, così non ha neppure dimenticato quelli che ancora non sono venuti alla luce: stante appunto la loro speranza di nascere<sup>191</sup>.

Prosegue la compilazione giustiniana con un chiarimento dato dallo stesso Ulpiano circa le ipotesi in cui il predetto strumento avrebbe potuto operare, esponendo le condizioni preventive necessarie: queste, del resto, erano oggetto di prova e non di mere dichiarazioni estemporanee ed affermazioni prive di qualsivoglia veridicità. Infatti, posto che l'immissione nei beni e la curatela del ventre sono istituti che presuppongono la speranza di nascita di un figlio, è irrinunciabile che la donna sia davvero gravida e che tale elemento non sia lasciato all'esclusiva dichiarazione della presunta gravida al fine di godere di un indebito vantaggio: appunto, quello della presenza del *curator* e dell'immissione nei beni<sup>192</sup>. Non ci si accontenta di un *dicere* della donna circa l'*an* del suo stato, ma si mira a un'effettività di questo e al suo protrarsi per un arco temporale iniziato almeno un istante prima della morte del presunto *pater* e persistente sino almeno a quando la donna formula richiesta di curatela. Tali aspetti altro non esprimono se non che la gestazione dev'essere avvenuta ad opera del padre, che la donna sia *praegnans* al tempo del decesso dell'uomo (requisito che, se mancante, farebbe venir meno il rapporto di discendenza tra il *pater* e il *conceptus*), ma pure che tale condizione sussista al tempo dell'istanza.

---

<sup>189</sup> Si tratta della *missio in possessionem ventris*.

<sup>190</sup> Per E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 448, che pur tratta del passo sinteticamente, dalle parole ulpiane emerge ancora la sua adesione al pensiero stoico e l'opportunità della tutela al nascituro in quanto *spes nascendi*, speranza che viene conservata anche fornendo la *bonorum possessio* affinché siano ricavati gli alimenti necessari alla prosecuzione della gravidanza. Per C. TERRENI, *Me puero*, cit., 54 e nt. 80, invece, questo punto di vista è «decisamente limitativo», poiché con chiarezza risulta invece «la finalità di tutelare ... la creatura in utero».

<sup>191</sup> Cfr. P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 166 s., per il significato dell'espressione *in rebus humanis* nel passo ulpiano, e 165, nt. 22, per altri passi in cui compare la medesima.

<sup>192</sup> Ulp. 41 *ad ed. D. 37.9.1.1*: *Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo nec dicere se praegnatem sufficit: quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnas fuit et mortis tempore et eo, quo mitti in possessionem petit*.

Vero è che il *conceptus* potrebbe essere stato destinatario di una pronuncia di diseredazione da parte del *pater* e, tale essendo, non erede dopo la nascita<sup>193</sup>. Tuttavia, fin tanto che egli è nel grembo, è sottratto a qualsiasi forma di interazione con il mondo esterno e non è dato sapere chi diverrà: se come maschio o femmina; se come un parto plurigemellare, con soggetti di sesso uguale o diverso. Ben il *pater* in testamento avrebbe potuto dimostrare la volontà di diseredare un solo figlio o una sola figlia tra quelli che nasceranno o l'uno e l'altra, inserendo nella disposizione testamentaria condizioni o termini<sup>194</sup>. Di tal ch  l'incertezza celata nell'utero rende ragionevole ed equo per la giurisprudenza romana garantire gli alimenti e la possibilit  di esistenza a colui o a coloro che sono nell'utero, esponendosi anche – cos  facendo – a spese o a provvedimenti inutili o controproducenti per i veri eredi, nel caso tra questi non vi sia il nascituro poi nato rientrando tra i diseredati. Piuttosto che correre il rischio di non riservare ci  che spetta all'erede (concepito, nato e non diseredato),   preferibile dare comunque alimenti e curatela pure a colui che   diseredato. Il soggetto quindi in funzione del quale si attiva il *ius*   chi, alla nascita, è il vero erede dei beni, ma, mentre   nel grembo, altro non   se non una speranza di vita autonoma. Tale principio   contenuto in

Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.2<sup>195</sup>: *Totiens autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus et id quod in utero erit inter suos heredes futurum erit. sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo qui editur suus futurus sit, ventrem mittemus: aequius enim est vel frustra nonnumquam impendia fieri quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.*

---

<sup>193</sup> Un caso di diseredazione sotto condizione   prospettato in D. 37.9.1.5 e in pendenza il giurista non dubita a fare propria la *Pedii sententia*, ammettendo che nell'incertezza   meglio che il ventre sia alimentato: *Sed et si sub condicione postumus sit exheredatus, pendente condicione pedii sententiam admittimus existimantis posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est ventrem ali.* Per F. GL CK, *Commentario alle Pandette: libri XXXVII-XXXVIII*, IV, trad. it., Milano, 1888, 55, il *favor* riservato al concepito   diretto a «mantenere l'esistenza fisica del nascituro».

<sup>194</sup> Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.3: *Quare et si ita exhereditio facta sit: 'si mihi filius unus nascetur, exheres esto', quia filia nasci potest vel plures filii vel filius et filia, venter in possessionem mittetur: satius est enim sub incerto eius qui edetur ali etiam eum qui exheredatus sit, quam eum qui non sit exheredatus fame necari: ratumque esse debet, quod deminutum est, quamvis is nascatur, qui repellitur.*

<sup>195</sup> Per un'esegesi del passo, cfr. P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 152 s. e nt. 468 per una rassegna bibliografica.

La soluzione, quindi, di maggior equità, proposta da Ulpiano pare essere dettata dallo stato fisiologico irriducibile e inscrutabile di ciò che si conserva entro il grembo, mentre nessun sentimento umanitario, eco di diritti umani, ‘diritto a nascere’, ‘diritto alla vita’<sup>196</sup>, sono conservati nelle parole del giurista, il quale con obiettività guarda all’assetto che il patrimonio ereditario potrebbe acquisire in via definitiva a nascita avvenuta, tanto che se la diseredazione non lascia aperti equivoci ed è assoluta, alcuno spazio sussiste per l’immissione nel possesso del ventre.

Emerge, quindi, l’estrema consapevolezza che quanto precede la nascita è una fase biologica, tanto irrinunciabile, quanto controllabile nel suo contenuto in minima parte dall’uomo e dal diritto, che predispose un sistema che ben consenta di modellarsi alla multiforme realtà che potrebbe poi dipanarsi. Il mezzo giuridico consente quindi di alimentare la donna sino a che quel dubbio di esistenza circa la filiazione e la non diseredazione trovi definitiva conferma o smentita: *aequius enim est e satius est* reagire così alla realtà celata. Pertanto, ciò che è stato speso in dipendenza dell’immissione nel possesso non sarà ripetibile e rimarrà a carico dell’eredità anche se verrà a nascere colui che in realtà è stato respinto dal *pater* mediante la diseredazione<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Per M.P. BACCARI, ‘Curator’, cit., 205 s., invece, «determinare gli alimenti per la madre e per il concepito e trovare strumenti per provvedere alle esigenze dei più deboli in momenti molto delicati della vita, come l’inizio per il concepito o la gravidanza per la madre, certamente costituisce un’attuazione del principio sancito dalla giurisprudenza romana e in particolare da Ermogeniano nel noto passo dei *Digesta*, posto nel I libro, nel titolo V *de statu hominum* (D. 1.5.2) nel quale si afferma che lo *ius hominum causa constitutum est*». L’autrice definisce come momento molto delicato della vita l’inizio della stessa per il concepito, quindi individuando nel concepimento il primo momento di vita del concepito, da tutelare come soggetto debole inserito tra gli *homines* come emergerebbe dall’inserimento del concepito entro le *personae* della tripartizione gaianea. Su questi aspetti, però, si vedano le mie osservazioni contenute in corpo di testo e tratte dalle parole ulpianee e dal complesso sistema giuridico romano.

<sup>197</sup> L’atteggiamento soggettivo della donna, di buona o mala fede, incide poi sulla ripetibilità delle spese operate nel periodo in cui la stessa si trovava immessa nel possesso dei beni. Nel caso di buona fede, non verranno chiesti dagli eredi gli importi corrispondenti: a titolo esemplificativo, si pensi alla donna gravida di un figlio che ricade nella pronuncia di diseredazione (Ermog. 3 *epit.* D. 37.9.3). Al contrario, quando lei sia consapevole di non essere incinta o di non esserlo più e abbia egualmente fatto delle spese giovando ingiustamente della disponibilità dei beni, secondo Labeone al cui pensiero aderisce Ulpiano, ciò che ha consumato va inteso come gravante su di sé, senza alcun detrimento patrimoniale dell’eredità (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.28). Ulpiano specifica che ella può usare soltanto di quelle cose senza le quali il feto non potrebbe sostenersi pregiudicando la prosecuzione della gravidanza. Vi è cioè una misura consentita di utilizzo dei beni strettamente delimitata al bisogno, innanzi tutto, ma non esclusivamente, alimentare del feto, e per questo scopo dev’essere costituito il curatore, la cui funzione è fornire cibo, vestiario e alloggio (riparo) alla donna, la cui entità varia in base alle facoltà del *de cuius*, alla dignità di lui e a quella della donna gravida (Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.19). Per beni su cui grava il sostentamento del ventre (il denaro contante e, nel caso nel patrimonio non se ne trovi, altri cespiti da cui si è soliti attingere per le spese e non beni che costituiscono fonte di accrescimento del patrimonio), cfr. Gai. 14 *ad ed.* D. 37.9.5.



Similmente, nel caso in cui la gravidanza non si concluda con un' *editio partus*, ma con un aborto, ciò che è stato dato e fornito in conformità alla curatela, rimarrà fermo nel persistere della buona fede della donna: principio espressamente indicato da Ulpiano<sup>198</sup> e che, a detta di chi scrive, non potrà che coerentemente essere ribadito a proposito di una gestazione sfociante in un nato morto o in un *monstrum*, ovvero in ogni caso di inesistenza di un *homo*.

Quindi, quando il *venter*, nel caso di nascita, mai potrebbe divenire erede, perché ad esempio diseredato dal carico dei soggetti istituiti e preterito da quello dei sostituiti, fin tanto che gli istituiti sono vivi, non sarà immesso nei beni<sup>199</sup>; viceversa, quando sia preterito dagli istituiti e diseredato dai sostituiti, vivi i primi, non potrà che essere immesso, poiché la sua nascita determinerebbe l'acquisizione dello stato di figlio, erede del *pater*, non essendo né istituito, né diseredato<sup>200</sup>. Dalle variegate ipotesi delineate da Ulpiano e ora solo accennate, sembra evincersi con certezza il principio in base al quale viene accordata o negata l'immissione: quando permanga un dubbio circa lo stato di erede che il nascituro acquisirebbe nell'istante della nascita, colui che si trova nell'utero accede all'immissione. Quando, al contrario, quest'incertezza non vi sia – o perché non vi è attualmente alcuna gravidanza, causa aborto o parto precoce privo di vita, o perché vi è una totale e inequivoca diseredazione di tutto quanto si trovi nel ventre –, allora l'istituto non troverà applicazione.

È perciò inevitabile che l'immissione nel possesso, una volta avvenuta, proseguirà sino a quando sopraggiunga il parto (momento in cui si disvela se vi sia un *homo*, un figlio, un erede, un diseredato), o intervenga un aborto o sino a quando risulti certo che la donna non è più (o non è mai stata) *pregnante*<sup>201</sup>: tutte queste situazioni, pur

---

<sup>198</sup> Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.4: *Idem erit dicendum et si mulier, quae fuit in possessione, abortum fecisset.*

<sup>199</sup> D. 37.9.1.6: *Si venter ab institutis exheredatus sit, a substitutis praeteritus, Marcellus negat in possessionem eum mitti posse viventibus institutis, quia exheredatus est: quod verum est.*

<sup>200</sup> D. 37.9.1.7: *Per contrarium autem si ab institutis praeteritus sit venter, a substitutis exheredatus, vivis institutis mittendus est in possessionem: quod si non vivant, negat mittendum, quia ad eum gradum devoluta hereditas est, a quo exheredatus est.*

<sup>201</sup> Lo stesso principio è rinvenibile in D. 38.8.1.8, su cui cfr., ad esempio, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 449 s.

differenti, sono accomunate dall'intervenuta mancanza del presupposto della curatela, la *spes nascendi*<sup>202</sup>.

Se stanno così le cose, è chiaro che la protezione data al ventre non è affatto assoluta e il diritto agli alimenti, intravisto da taluni studiosi come elemento concreto dal quale desumere la tutela della vita concepita<sup>203</sup>, cede nel caso in cui il nascituro, neppure dopo la nascita, potrebbe vantare alcun diritto successorio.

Illuminanti, per avvalorare quanto finora detto, sono ancora le parole ulpianee in un passo che, pur non essendo uno di quelli su cui maggiormente gli studi si sono concentrati, oltre a proporre un'esemplificazione al pari di tante altre che precedono e seguono nel medesimo titolo, si chiude con un'espressione non tralasciabile. Si intende riferirsi a

Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.9: *Sed et si quis ventrem exheredasset: 'qui mihi intra menses tres mortis meae natus erit, exheres esto' vel 'qui post tres menses', venter in possessionem utique mittetur, quia aliquo casu suus heres futurus est: et sane benigniorem esse praetorem in hanc partem oportebit, ne qui speratur ante vitam necetur.*

Scrive Ulpiano che – come ormai suona a noi familiare – quando la diseredazione è confinata a un arco temporale preciso, ossia venga previsto un termine a partire o entro il quale deve avvenire la nascita oggetto della pronuncia di diseredazione, poiché non si può sapere anticipatamente quando avverrà il parto, il ventre sarà egualmente immesso nel possesso. Infatti, il nascituro potrebbe nascere prima o dopo e rientrare o meno tra i successori a seconda del tempo in cui vedrà la luce. Nel persistere della possibilità che il nascituro sia *heres* del padre, allora, il pretore dovrà essere maggiormente benigno, *ne qui speratur ante vitam necetur*.

La **proposizione finale che chiude l'esempio ulpiano** ben si presta e ben potrebbe essere aggiunta a ciascun altro, poiché pare conservare – nella sua efficace sintesi e nel

---

<sup>202</sup> Cfr. Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.27: *Tamdiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatem*; ma anche Paul. 41 *ad ed.* D. 37.9.2: *Sed et si eum ediderit qui repulsus est, discedere debet*, passo paolino in cui si ipotizza venga alla luce un *qui repulsus est*.

<sup>203</sup> Cfr., ad esempio, M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 82 ss.

suo lessico crudo – la concezione che, a mio avviso, è propria dell'intero ordinamento giuridico romano ogni qual volta si intenda volgersi a colui che ancora non è nato.

Poco importa, quindi, che si disquisisca di curatela o o di una specifica ipotesi di presunta diseredazione, poiché negli uni e negli altri casi sempre potrebbero riecheggiare le parole ulpianee secondo le quali *qui speratur*, ovvero quello che si spera (venga alla luce), il *qui in utero est*, non può essere ucciso (*necetur*) prima della vita (*ante vitam*).

*Ante vitam necetur*, tre parole che paiono contraddirsi – un'uccisione prima della vita – come se fosse possibile uccidere, ovvero determinare la morte, quando ancora la vita non c'è. Si tratta di capire di che vita stia parlando il giurista, quale non vi sia e quando inizi, che conseguenze ha l'assenza di vita sul diritto. Finora abbiamo infatti ribadito, seguendo l'ordine espositivo proposto nel Digesto che, ogni qual volta possa nascere un *homo* non diseredato al termine della gravidanza, va conservata la speranza di vita, va alimentata. Si impedirebbe che quella condizione di incertezza e di potenzialità di vita si sveli al fisiologico esito della gestazione se non si nutrisse colui che, una volta nato, potrebbe essere giusto erede del padre.

Ebbene, il concepito per Ulpiano è in una condizione *ante vitam*, tanto che parla solitamente di una *spes nascendi e animantis*, eppure è al contempo inserito in un processo evolutivo e biologico che impedisce di considerarlo un nulla, è un *quid presente nell'utero*, ha una certa fisionomia, cresce e si sviluppa sino a venire alla luce. Viene in vita, quindi, stando alla concezione ulpianea, al momento dell'*editio partus*: ciò che è prima – dice Ulpiano – è *ante vitam*; ciò che coincide con l'*editio partus* è vita, come ciò che segue e si conserva sino ad un istante prima della morte, attimo nel quale si realizza il passaggio al *post mortem*: cessa la vita all'intervenire della morte.

Nelle parole di Ulpiano mi sembra si possibile ritrovare una fotografia di ciò che l'uomo romano, prima ancora che il giurista, vedeva: l'uomo inserito in un ciclo vitale che si sviluppa tra la nascita e la morte, le due parentesi entro le quali corre la vita, senza dimenticare, però, che prima e dopo vi sono altri processi biologici che conducono il primo al divenire dell'essere e il secondo al non essere, rispettivamente quello della gravidanza e quello della trasformazione e decomposizione del corpo dopo l'intervenuta morte. Dei due il primo pone maggiori problemi al diritto, destinato a

svilupparsi e ad assumere plurimi aspetti, uno dei quali è quello umano; mentre il secondo eliminava semmai un 'essere', facendolo tornare un nulla fisico.

Lo studioso, l'operatore del diritto e il giurista d'oggi sentono che questa spiegazione lascia un interrogativo irrisolto e che secondo il nostro modo di interpretare la vita, il diritto e il nesso vita-diritto non può essere taciuto. In altre parole si vorrebbe capire se ciò che precede la nascita sia, nel pensiero ulpiano, vita o inesistenza e queste poche parole ulpiane parranno determinare maggiore confusione anziché fornire chiarimenti. Da un lato, vi sarebbe il pretore che 'tutela la vita fin dal concepimento' e che predispone accorgimenti e istituti giuridici per favorire il concepito e la sua apparizione fra i nati; dall'altro, vi sarebbe un'assenza di vita prima della nascita. Ecco che, ponendo l'attenzione sulla prima parte del periodo che precede, la curatela e l'immissione nel possesso altro non sarebbero che la manifestazione dell'interesse per chi, pur non essendo nato, esiste; guardando alla seconda parte del periodo, invece, si troverebbe un argomento per sostenere che prima della nascita non c'è vita.

Se non mi inganno, però, questa dicotomia di letture è *in nuce* errata e non può che nascere errata perché il punto di vista comune alla prima e alla seconda tesi è che dove c'è vita c'è un uomo; dove non c'è un uomo non c'è vita. Quindi se si sostenesse che prima della nascita il concepito è dotato di vita, si dovrebbe concludere che è pari al nato; se si dicesse che prima della nascita non c'è vita, allora non c'è un uomo. I giuristi romani direbbero l'uno e il proprio contrario, strumentalizzando ciò che è vita e sostituendo alla vita biologica ciò che di volta in volta essi reputano vita. Per questo sarebbero in grado di dire che il concepito alcune volte merita di essere tutelato come il nato, perché pari ai due vi è la vita umana e talvolta no.

Ma ciò non pare fondatamente sostenibile. Dalle parole di Ulpiano, infatti, si può desumere solo che prima della vita – quella che comincia con la nascita, quindi la vita extrauterina e autonoma – vi è una realtà in divenire, un *quid* di esistente, di concreto, su cui si può intervenire dall'esterno fornendo o meno alimenti e condizionando in parte l'*editio partus*.

Come sia da definire quella dimensione nascosta nel corpo materno non è detto da Ulpiano, che – come del resto è consueto fare da altri giuristi – parla spesso di *qui/quod in utero/ventre est/sunt* e di *venter*, né emerge il suo interessamento a riferire

se il concepito sia vita o meno e che tipo di esistenza rappresenti. Ciò che lo intrattiene invece è – conformemente alla natura degli eventi – osservare che con la nascita si manifesta all'esterno una vita individuale e questa è la vita necessaria affinché di figlio e di erede si possa eventualmente discutere. Tutto quanto precede, però, non è un nulla, né un tutto e la fisiologica forma di esistenza (uno stato d'essere che infatti è definito *qui in utero est*) non è di per sé sufficiente a consentire al diritto, nelle sue diverse declinazioni – familiare ed ereditaria anzitutto –, di estrinsecarsi.

Allora quanto precede la nascita non è vita nel senso che quella che consente di verificare la consistenza della *familia*, i successori del *de cuius*, l'attivazione del *ius personarum*, è solo la dimensione extrauterina, perché è in quell'istante che la realtà celata del corpo del nascituro entro il corpo materno disvela la propria essenza, il genere sessuale, la forma, la presenza di vita. Prima di quel momento entro l'utero potrebbe esservi un feto che spontaneamente viene espulso precocemente; che nel passare dei mesi non si sviluppa e cessa il suo stato; che prima o durante l'inizio del travaglio difetta dei requisiti tali da consentire un'autonoma respirazione; un essere mostruoso e, pertanto, in tutti questi casi un non *homo*. Ma anche senza addentrarsi nelle ipotesi dei *monstra vel prodigia*, oggetto di autonoma analisi entro la presente ricerca, frequente è il caso del concepito la cui condizione intrauterina venisse meno prima di nascere.

Per tutti questi elementi quanto c'è prima della nascita, seppur dotato di una propria consistenza, risulta inserito in una fase di passaggio, non consolidata e necessariamente temporanea, oltre a non essere scrutabile, che riceve delle tutele precarie e a determinate condizioni, con prudenza giuridica, secondo un bilanciamento di interessi: tutele che per lo più servono solamente a fare in modo di non incidere in modo negativo sulla *spes animantis*, per permettere alla gravidanza di giungere al termine fisiologico.

Il giurista non dice e al giurista del resto non è chiesto di definire la vita, né di proporre la sua idea circa lo statuto del concepito, ma da questo silenzio pare sbagliato desumere che il diritto si disinteressi della vita stessa e, allo stesso modo, che si interessi della vita umana sin dal suo concepimento. Tale asserzione verrà confermata anche dall'analisi dell'*editio partus* e dalla reazione del diritto alla nascita di un *monstrum*.

Per ora, si preferisce parafrasare le parole ulpianee sostenendo che la vita alla quale fa riferimento il giurista è quella che inizia a partire dalla nascita, mentre quanto c'è prima – esistente nell'utero – manca ancora e potrebbe mancare per sempre di esistenza autonoma.

Affinché, però, la donna non profitti ingiustamente e dolosamente delle previsioni edittali vantaggiose – per quanto temporanee e indirette –, dichiarandosi in un certo stato o proclamandosi in condizione tale da poter accedere all'immissione nel possesso e alla curatela del ventre, sono previsti poi degli accorgimenti.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui ella chieda il possesso, ma venga sostenuto che non sia o non sia stata moglie o nuora del *de cuius*, o che non sia effettivamente gravida del premorto: il pretore avrebbe provveduto interponendo decreto, sulla scorta di quanto era previsto nell'editto Carboniano. Ricorda ancora Ulpiano come in un rescritto rivolto al pretore Claudio Proculo, l'imperatore Adriano suggerisse di prendere cognizione sommaria dei fatti. Nel caso in cui risultasse manifesto che la donna era una calunniatrice<sup>204</sup> avendo dichiarato il falso sul suo stato, non si dovrebbe dare alcunché di nuovo alla donna. Se, invece, fosse sussistente un dubbio a riguardo, poiché non si era dinanzi a una manifesta calunnia, sarebbe stato preferibile evitare di operare in modo pregiudizievole per chi sta nell'utero e concedere piuttosto l'immissione nel possesso dei beni<sup>205</sup>.

In via generale, Ulpiano giunge a dire che per verificare quando doveva darsi il possesso dei beni al ventre, bastava guardare ai casi in cui il pretore riconosceva al fanciullo l'immissione in base all'editto Carboniano. Infatti, dice il giurista in

---

<sup>204</sup> Esempi di donne che scientemente dichiarano il falso stato di gravidanza e in base a questo ottengono l'immissione nel possesso sono presentati e raccolti nel terzo libro delle Pandette (D. 3.2.15; 3.2.17; 3.2.19); per ipotesi di gestazione ma ad opera di un altro uomo e non del *de cuius*, cfr. D. 3.2.16. Sulla calunnia, cfr. A.M. GIOMARO, *Per lo studio della 'calunnia'. Aspetti di 'deontologia' processuale in Roma antica*, Torino, 2003, 105 ss., con relativa bibliografia.

<sup>205</sup> Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.14: *Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum carboniani edicti. et ita divus hadrianus claudio proculo praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret et, si manifesta calunnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. idemque est et si status mulieri controversia fiat.*

Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.15: *Et generaliter ex quibus causis carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

In altre parole, se per il già nato non si pongono e non si sono posti problemi rilevanti circa la tutela edittale carboniana, tanto più facilmente si dovrà ammettere l'immissione al ventre, poiché – in questo secondo caso – la causa del parto va favorita ancor più di quella del fanciullo. A giustificare l'attenzione per il ventre è lo scopo di *in lucem producere*, ossia di far venire alla luce il frutto della gestazione; mentre il *puer* – che è già alla luce, è già *homo* – va tutelato al fine di essere inserito nella famiglia. Colui che sta per nascere e che effettivamente viene alla luce gode degli alimenti, perché nasce non solo per il genitore del quale si dice appartenere, ma altresì per l'intera *res publica*.

Questo è infatti uno dei passi più citati dalla dottrina a proposito degli interessi che hanno indotto il pretore e la giurisprudenza romana a dare tutela al ventre. Maria Pia Baccari lo cita, ad esempio, come prova che il sistema giuridico romano fosse «non razzista e non individualista», poiché «protegeva il più debole e insieme la cosa pubblica»<sup>206</sup>.

Pare, invece, come già emerso sopra, che lo sguardo al concepito fosse diretto a impedire che durante la gravidanza si spezzasse la speranza di nascita di un potenziale erede, non diseredato, posto che, in caso contrario, l'ordinamento non avrebbe concesso la medesima tutela. Di talché il valore primario in base al quale avviene l'interazione tra concepito e ordinamento dev'essere individuato, ancora, nella trasmissione familiare ereditaria.

Già Archi, nel trattare della complessa e peculiare posizione del concepito, rilevava che «l'evento della nascita non è visto solo in riferimento alla nuova persona, ma anche in considerazione dell'aspettativa del titolare della *patria potestas* o quanto

---

<sup>206</sup> M.P. BACCARI, *Diritto*, cit., 9; EAD., '*Curator*', cit., 184. *Contra*, F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 360 s.

meno della famiglia come istituzione»<sup>207</sup> ed effettivamente le fonti citate sull'immissione del ventre paiono confermare tale assunto e non legittimare viceversa il rinvenimento di una tutela della vita umana nelle sue diverse fasi, intrauterina ed extrauterina in epoca classica.

### 1.5. Cenni sul curatore del ventre tra 'res' e 'persona'.

Dopo i casi di immissione nel possesso del ventre, nel passo D. 37.9.1.17<sup>208</sup>, è sostanzialmente contenuta la disciplina della figura di creazione pretoria del *curator ventris*<sup>209</sup>, che pare svolgere il suo ruolo ogniqualvolta il ventre sia stato immesso nel possesso, affiancando la donna gestante (*uxor* o altra *mulier*)<sup>210</sup> quando il *pater* del concepito non fosse più in vita. Stando alle parole di Ulpiano, è ancora la donna<sup>211</sup> a chiedere solitamente il curatore del ventre e dei beni, il quale, previa nomina dal magistrato del popolo Romano, viene al ventre preposto<sup>212</sup>.

Dal passo ulpiano si evince, quindi, come già era emerso da quelli precedentemente analizzati, che la tutela del ventre avviene per il tramite della futura madre ed ella è il soggetto che più di ogni altro si trova nella condizione di domandare

---

<sup>207</sup> G.G. ARCHI, voce *Concepimento (diritto romano)*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 194.

<sup>208</sup> Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.17: *Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret.*

<sup>209</sup> L'esistenza di fonti attribuite a Servio Sulpicio Rufo consente di collocare la nascita dell'istituto già nel primo secolo a.C.: cfr. sul punto le osservazioni di B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 12, alla quale aderisce, tra gli altri, M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 213.

<sup>210</sup> Cfr. Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.10.

<sup>211</sup> Sul ruolo esercitato dalla donna nella proposizione dell'istanza, cfr. C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 55 ss. L'autrice ritiene che in questo passo Ulpiano si stia riferendo ad un'istanza preventiva che rivolge la donna al pretore: una volta raccolta la richiesta muliebre – avente funzione preventiva e necessaria – il magistrato avrebbe potuto procedere alla nomina del curatore. Per L. DESANTI, '*De confirmando tutore vel curatore*', Milano, 1995, 166 s., la donna sarebbe uno dei soggetti su cui grava l'obbligo di promuovere l'istanza. Per M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 216, è la situazione di particolare debolezza e delicatezza in cui si trova la donna a spingerla a chiedere «un aiuto per una serie di incombenze», che, appunto, con la nomina del *curator*, vengono a gravare su di lui o, almeno, anche su di lui.

<sup>212</sup> Cfr. D. 26.5.20 pr.; 27.10.8.



che siano nominati due curatori, uno per il ventre e uno per i beni, oppure uno solo che avrebbe svolto le funzioni di entrambi<sup>213</sup>.

Guardando ai compiti del *curator*, viene in rilievo innanzi tutto, quello di stabilire l'entità alimentare e assicurarla al *venter*: in ciò si manifesterebbe la concretezza con cui

---

<sup>213</sup> Nel caso in cui venisse nominato solo il *curator ventris*, ai creditori del *de cuius* si deve permettere di custodire i beni unitamente al *curator ventris*: accortezza che non è prevista quando è nominato specificamente un *curator bonorum*, il quale per il suo operato avrebbe risposto personalmente stante la responsabilità gravante su di sé e ciò avrebbe rappresentato idonea garanzia per i creditori, i quali avrebbero dovuto previamente indagare circa la solvibilità del *curator* scelto. Tra i diversi casi ipotizzati – coesistenza di due curatori o presenza di un unico soggetto –, però, Ulpiano definisce come consueta e usuale, quella che vede un unico curatore tanto per i *bona*, quando per il *venter*, specificando poi che, qualora i creditori, o colui che potrebbe avere diritti successivi, ne facciano richiesta, la procedura deve avvenire con particolare circospezione e diligenza, nominando più soggetti, se così sia preferito dagli interessati. Sul progredire del passo ulpiano la dottrina ha sollevato dubbi di autenticità del pensiero del giurista. In particolare non pare credibile che Ulpiano all'interno del medesimo libro dell'opera potesse al contempo sostenere che talvolta i curatori erano due differenti, talaltra un unico curatore preposto a due funzioni differenti o ancora un curatore del ventre e l'assenza di un curatore dei beni (cfr. S. SOLAZZI, '*Curator ventris*', in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1957, 67 s. e nt. 1; ID., *Il concorso*, II, cit., 19; E. COSTA, *Storia*, cit., 161, nt. 6; recentemente M.P. BACCARI, *Concetti*, cit., 112; C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 49 s.). Potrebbe pertanto individuarsi la mano dei compilatori che avrebbero inteso unificare in un'unica persona e in un unico istituto due forme di curatela ben distinte in epoca classica (*curator bonorum* e *curator ventris*). Stando invece all'interpretazione proposta da B. BISCOTTI, '*Curare bona*'. *Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditore e debitore. Aspetti generali*, Milano, 2008, 149 ss., 160 ss., le eventuali interpolazioni presenti non muterebbero in modo sostanziale il pensiero del giurista e le sue parole dovrebbero intendersi come contenenti l'ipotesi fisiologica e consueta, dapprima, e successivamente un caso eventuale e meno ricorrente od opportuno quando, appunto, il patrimonio fosse consistente e vi fossero molti creditori che richiedessero un apposito curatore dei beni. In altre parole, sarebbe stato il caso concreto, l'eventuale presenza di creditori, l'entità e la complessità del patrimonio a suggerire un unico o più curatori. Anche E.M. POLO AREVALO, '*Conceptus nondum natus*' en el derecho romano: régimen sucesorio, *Albacete*, 2002, 251 e nt. 463, ritiene fosse logico e consueto che, ancor prima della fusione dei due istituti, un'unica persona (il *curator ventris*) assumesse le funzioni anche del *curator bonorum*. Considerando la varietà di compiti gravanti sul *curator ventris*, non è indifferente la modalità di elezione della persona alla quale viene affidata la qualifica. Ulpiano ripropone una sorta di decalogo e di ordine di preferenza presente nell'editto, sostenendo che l'*electio* ricade fra coloro che sono stati indicati come tutori dei postumi, oppure fra i parenti e gli affini, o ancora fra i sostituiti o fra gli amici del defunto del cui patrimonio si tratta, o ancora fra i creditori dello stesso, gli uni o gli altri a patto che il soggetto risulti ritenuto idoneo all'ufficio, altrimenti dovendosi preferire un differente *vir bonus*, pur non rientrante entro le categorie predette (D. 37.9.1.23. V. DESANTI, '*De confirmando tutore*', cit., 296 s. e nt. 5). Sulla categoria di amici come potenziali curatori del ventre, cfr. B. ALBANESE, *La struttura della 'manumissio' Contributo alla storia dell'amicitia romana*, in *AUPA*, XXIX, 1962, 86; ID., *L'amicitia nel diritto privato romano*, in *Jus*, XIV, 1963, 130 ss.; G. FINAZZI, '*Amicitia*' e doveri giuridici, in '*Homo, caput, persona*'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pisa, 2010, 720 s. Per M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 215, «trattandosi di nomina disposta dal magistrato un'effettiva verifica sulla idoneità poteva essere svolta mediante una preventiva *inquisitio*. La persona nominata dal pretore come *curator ventris* non può sottrarsi all'ufficio liberamente, rinunciandovi, ma – secondo quanto riferito da Trifonino – può sottoporre al pretore l'esistenza di una causa che giustifica la mancata 'accettazione': in assenza di una *excusatio* invece il soggetto è tenuto ad assumere il compito (D. 27.1.45.2); cfr., sul punto, G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 720 s. Per esempi di *excusationes* si rinvia a M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 194 ss. L'ufficio del curatore del ventre è posto da Ermogeniano tra i *munera civilia personalia* (D. 50.4.1.4). Per casi in cui la nomina del *curator* tardasse a venire cfr. D. 37.9.1.24 per gli accorgimenti transeunti e momentanei previsti, su cui v. C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 55 ss.

l'ordinamento romano avrebbe inteso tutelare la vita<sup>214</sup>, poiché la sua sopravvivenza è resa possibile grazie al cibo dato. Le disposizioni sul *curator*, poi, proverebbero che la *mater* e il *venter* sono due soggetti distinti, pur nella simbiosi che li lega per tutta la gravidanza, ma vi sarebbe un'«autonomia giuridica»<sup>215</sup>.

Al curatore spetta, oltre al mantenimento del *venter* e alla fornitura di quanto necessario alla donna, la conservazione del patrimonio senza che l'inerzia e lo stato di incertezza determinato dalla gestazione conducano a una diminuzione patrimoniale o all'estinzione di pretese che il titolare dei beni avrebbe potuto vantare. È per questo che Ulpiano individua fra i compiti del *curator* quello di impedire l'usucapione a favore di terzi, la prescrizione e la liberazione dei debitori al passare di un certo lasso temporale<sup>216</sup>, nonché di procedere alla vendita delle cose che potrebbero irrimediabilmente deteriorarsi<sup>217</sup>.

Soffermandosi sulle funzioni e sulle plurime previsioni edittali dedicate alla scelta, alla nomina e ai compiti del *curator ventris*, nonché sulla molteplicità di soggetti coinvolti nella fase della gravidanza e nell'incertezza della nascita di un postumo erede, parte della dottrina ha individuato un istituto di matrice ibrida, o con funzioni ibride, tanto privatistiche quanto pubblicistiche, garante della gestazione e garante della successione e dell'ordine<sup>218</sup>.

Per alcuni studiosi è innegabile che i poteri del curatore del ventre avessero un'estensione notevole, perché al contempo avrebbe dovuto tutelare la vita del nascituro, «considerato, almeno implicitamente, come *persona*»<sup>219</sup>, e curare i beni

---

<sup>214</sup> Tale principio, per M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 226, troverebbe conferma nell'ultimo libro delle Pandette, dedicato alla spiegazione del significato dei termini, in cui oggetto di definizione è il verbo vivere da Gaio associato al cibo e da Ofilio anche ai vestiti e al pagliericcio (D. 50.16.234.2).

<sup>215</sup> M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 226.

<sup>216</sup> Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.21: *Item si periculum est, ne interim res usu capiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare debet.* Ancora, il curatore dovrà pagare i debiti esistenti, riscattare eventuali pegni preziosi, così da conservare il patrimonio senza pregiudizi (D. 37.9.5.1)..

<sup>217</sup> D. 37.10.5.3; 26.7.48 Parte della dottrina tende ad inserire questo compito, come quello di evitare l'usucapione e la prescrizione, tra quelli gravanti sul *curator bonorum ventris nomine* e al *curator bonis datus* anziché sul curatore del ventre vero e proprio: cfr. S. SOLAZZI, '*Curator*', cit., 81 ss.

<sup>218</sup> M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011, 107 s.: il *curator* eserciterebbe una funzione che mira all'interesse collettivo più che individuale del concepito e della singola *familia* entro la quale il nato sarà inserito; tale tendenza per Brutti è rinvenibile anche in tema di aborto e di generazione di figli: si tende a mettere in risalto che questi argomenti coinvolgono inevitabilmente aspetti pubblicistici; M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 213 s.; una rassegna bibliografica sul tema è contenuta in A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 5, nt. 9.

<sup>219</sup> M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 237.

presenti nel patrimonio, con una duplice finalità: soggettiva e personale, nel senso che **centrale era il riconoscimento del soggetto che stava nell'utero; oggettiva e reale**, nel senso che il curatore avrebbe dovuto assolvere a tutti quegli adempimenti che avrebbero scongiurato inutili detrimenti patrimoniali e perdite di diritti nei confronti dei terzi e garantito le utilità e i frutti percipiendi<sup>220</sup>.

Proprio questa variegata gamma di funzioni, del resto, ha rappresentato l'occasione per la dottrina per interrogarsi circa la qualificazione del *curator ventris* tra gli istituti a tutela delle persone e quelli a tutela delle cose<sup>221</sup>. Anche in quest'interrogativo, riaffiora un esempio di come sia connaturato per lo studioso del diritto classificare tutto entro le *res* e le *personae*. Se vi è la suddivisione tra *res* e *personae*, allora non si potrà che qualificare i singoli istituti, le tutele, le previsioni e le soluzioni dei giureconsulti, come reali o personali, come a dire che non può residuare uno spazio – **pena la contraddizione o lo sgretolamento dell'impianto giuridico** – comune alle une e alle altre, o esterno ad entrambe. In altre parole tutto sarebbe riconducibile allo statuto giuridico delle *res* e delle *personae* e, indirettamente, anche gli istituti di protezione, quali le tutele e le curatele, non possono che essere chiaramente pensate dall'ordinamento in funzione del fine personale o reale al quale sono dirette, come il sostrato per le quali sono previste: reale o personale.

Se la presenza tra i potenziali curatori del ventre dei creditori del *de cuius* è elemento dal quale emerge una certa somiglianza con il *curator bonorum*, le principali funzioni di garanzia degli alimenti, dell'abbigliamento e dell'alloggio per la donna, sembrano avvicinare il *curator ventris* ai *curatores personarum*. Inoltre, lungo l'analisi del pensiero ulpiano si è già incontrato il gruppo di paragrafi D. 37.9.1.17-22, entro il quale si parla ora di un solo curatore (con funzioni a tutela del ventre e a protezione dei beni), ora di due curatori differenti, ora del solo *curator ventris* e della non necessaria presenza di un *curator bonorum*. La circostanza, secondo alcuni, testimonierebbe che l'istituto del *curator ventris* nasce solo per la curatela del ventre e per garantire al concepito, per il tramite della donna gestante, di alimentarsi e di giungere all'*editio partus*: sarebbe pertanto da inserire fra le forme di curatela a protezione di persone e,

---

<sup>220</sup> Cfr. ad esempio M.P. BACCARI, 'Curator', cit., 221.

<sup>221</sup> Cfr. M.P. BACCARI, 'Curator', cit., 156, in cui riprende Pietro Bonfante, il quale si soffermava sul «noto ed equivoco adagio: *tutor datur personae, curator rei*».

in particolare, di persone deboli o in una fase particolare della loro esistenza. Pertanto il concepito sarebbe inteso come persona<sup>222</sup>.

Se non mi inganno, però, proprio la peculiarità dello stato fisiologico del concepito, e quindi la realtà delle cose svelata dinanzi a un ordinamento casistico, può aver suggerito la creazione di una figura di curatela complessa e non pienamente riducibile né alla cura delle persone, né alla cura dei beni, mantenendo tra l'altro la possibilità di modellare l'istituto in base alle circostanze suggerite dal caso specifico.

Non va, infatti, sottovalutato lo stato di fatto sul quale interviene il *curator ventris*, ovvero la presenza di una donna gravida e l'assenza per decesso del *pater* del *conceptus*. Di poi, guardando al ventre, si assiste a una contestuale presenza-assenza che condiziona la possibilità di nominare un *curator*: vi è la presenza attuale di un concepito e, nel persistere di questo, l'assenza di un soggetto vivente dotato di vita extrauterina che potrebbe vantare delle pretese ereditarie sul patrimonio del *pater* premorto.

La complessità e la peculiarità dell'istituto sono inoltre determinate dalla pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti ed emergono dai soggetti che ricevono vantaggio e protezione: stando almeno ai passi che già abbiamo incontrato, la *res publica*, la gestante e il concepito.

Partendo dalla difesa della *civitas* e dalla tutela della *res publica*, tale interesse coinvolto ed emergente anche nella *cura ventris* confermerebbe il principio e la tensione della giurisprudenza e del potere pubblico alla *civitas augescens*: il concepito è speranza di nascita che, dopo il parto, andrà ad accrescere al *civitas*<sup>223</sup>. Inoltre la donna pare essere direttamente tutelata laddove gli alimenti e il vestiario, nonché l'*habitatio* risultano dalle fonti attribuiti a lei stessa secondo parametri che la coinvolgono personalmente.

Quanto invece alla tutela diretta del concepito, oltre a dirsi che è l'attuale presenza nel *venter* del concepito a rappresentare la causa e l'indispensabile presupposto per la nomina del *curator*, questa sarebbe inequivocabilmente provata dai brani in cui si prescinde, nel concedere l'immissione e nel nominare il *curator*, dalle

---

<sup>222</sup> Cfr. M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 237 ss.

<sup>223</sup> Tre sono i passi utilizzati da M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 238 ss. per far emergere l'interesse pubblico e il concetto di *civitas augescens* espressamente indicato in generale in D. 1.2.2; D. 24.3.1; il già visto D. 37.9.1.15; 26.5.20 pr.

disponibilità economiche della donna sufficienti ad assicurare al *conceptus* di giungere alla fine della gravidanza, facendo gravare il sostentamento sul patrimonio ereditario del quale il concepito – una volta nato – potrebbe essere erede.

È per questo che non può essere assimilabile il *curator ventris* né ai *curatores bonorum* né ai *curatores personarum*, posto che una persona ancora non c'è; inoltre, è la durata fisiologica della gravidanza e il persistere di essa a rappresentare il periodo temporale entro il quale la curatela è concedibile<sup>224</sup>. Vieppiù. Mentre solitamente la *cura personae* vede il *curator* tutelare la persona debole o che si trova in certo stato pregiudizievole o – per usare un termine moderno – patologico, nel caso del *curator ventris*, costui deve al contempo interagire innanzi tutto con la donna (ad esempio per la quantificazione degli alimenti); oltre ad essere vincolato al rispetto di altri parametri (patrimonio ereditario e *dignitas* del *de cuius*). In altre parole, la carenza extra uterina del concepito è colmata dalla presenza di altri soggetti e dal perseguimento di interessi riconducibili a terzi.

Seppur non vi sia in dottrina alcuno che neghi la contestuale presenza di soggetti ai quali fanno capo interessi non necessariamente coincidenti, si nota una certa tendenza a cercare di individuare uno tra i diversi centri di interessi come prevalente e primario, relegando a secondari ed eventuali i rimanenti. Lungo questa tendenza collocherei gli studi di quanti elevano a soggetto giuridico meritevole di tutela da parte dell'ordinamento romano il concepito quale esistenza attuale riconosciuta e preservata anche grazie all'intervento del *curator ventris* e all'immissione del ventre stesso nel possesso dei beni<sup>225</sup>. Già dall'apertura del titolo IX del libro XXXVII, le parole ulpianee testimonierebbero che gli interessi in funzione dei quali è prevista la curatela non sono potenziali, ma attuali<sup>226</sup> e diretti alla venuta alla luce del *qui in utero est*, così come la preferenza per l'immissione nel possesso e la fornitura di alimenti nel persistere

---

<sup>224</sup> L'aspetto della indeterminatezza propria delle altre forme di curatela e la determinatezza della cura ventris è messo in luce da B. BISCOTTI, *'Curare bona'*, cit., 156 ss.

<sup>225</sup> Aderiscono a questa linea di pensiero P. CATALANO, *Il nascituro*, cit., 88 ss.; ID., *Osservazioni*, cit., 202 ss.; M.P. BACCARI, *La difesa*, cit., 2 ss.; EAD., *Concetti*, cit., 6 ss.; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 187 ss.

<sup>226</sup> M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 251 parla di «interessi attuali di colui che deve nascere, che poi si configurano in veri e propri diritti in capo allo stesso: l'interesse del concepito di venire alla luce e il cd. 'diritto agli alimenti'».

dell'incertezza della fondatezza delle pretese ereditarie sarebbe prova che il nutrimento e la garanzia del sostentamento del concepito sono esigenze primarie<sup>227</sup>.

Secondo questa concezione la nascita sarebbe solo uno degli eventi che pongono fine al ruolo del *curator*, mentre il concepimento e tutta la fase della gravidanza rappresentano l'interesse attuale e immediato del concepito<sup>228</sup>.

Ritengo però che qualsiasi tentativo di utilizzare una forma di tutela apprestata dall'ordinamento al concepito come potenziale erede al fine di desumerne un principio cardine del diritto romano secondo il quale il concepito godrebbe dello statuto personale e la sua vita sarebbe il bene tutelato e preservato dagli interventi pubblici, dagli strumenti pretori e dalla giurisprudenza, pare eccessivo e tradisce *in nuce* quanto invece emerge dall'esame casistico delle fonti, in tema di curatela del ventre e, si vedrà, anche negli altri segmenti biologici considerati.

Quanto alla *cura ventris*, allora, la complessiva tendenza rinvenibile nelle fonti è che il concepito fosse una realtà intrauterina e, nel caso in cui l'*editio partus* potesse condurre al sopraggiungimento di un erede del *pater premorto*, l'ordinamento avrebbe reagito all'incertezza determinata dallo stato fisiologico e temporaneo predisponendo degli accorgimenti per mantenere inalterata l'aspettativa della nascita, garantendo al *venter* per il tramite della donna di servirsi dei beni necessari e grazie al *curator* di evitare detrimenti patrimoniali dannosi di per sé e a prescindere dal titolare il patrimonio ereditario, tanto il nato (concepito non diseredato), tanto qualsiasi altro soggetto già esistente al momento dell'immissione nel possesso del ventre.

Del resto, ad escludere che nel diritto romano vi sia un'attenzione alla vita in sé e per sé considerata, ancor prima extra uterina oltre che intra uterina, come bene fondamentale è il fatto che del concepito rientrante in modo certo tra i diseredati il diritto romano non si occupa affatto: mentre se fosse egli stesso con la sua vita il bene a priori oggetto di tutela, al pari di ogni altro *conceptus* e per il solo fatto di essere

---

<sup>227</sup> Inoltre, le fonti sulla curatela del ventre utilizzerebbero un lessico analogo sia per quanto attiene il nato che per il concepito, a dimostrazione che il pretore e l'ordinamento giuridico colloca i due sullo stesso piano. Quando si parla di *spes nascendi*, non si dovrebbe leggere una speranza di essere, cioè un'attuale inesistenza, ma il riconoscimento del diritto alla vita del concepito. Ancora, sarebbe Gaio a costituire la prova che concepito e nato sono entrambi *personae* per il diritto romano, parlando del concepito come *incerta persona* (I. 2.242) e il concetto rimarrebbe immutato fino a Giustiniano, su cui v. M.P. BACCARI, 'Curator', cit., 252.

<sup>228</sup> Cfr. M.P. BACCARI, 'Curator', cit., 257.

*conceptus* (e quindi portatore di vita), avrebbe dovuto godere della curatela in via automatica.

Senza addentrarsi poi in altri elementi dai quali emerge la mancanza di un diritto alla vita (basti pensare al *ius vitae ac necis* del *pater familias*, dal quale sono condizionate le sorti biologiche dei sottoposti), la scelta dell'ordinamento romano è strettamente limitata e, direi, doppiamente limitata: da un lato, limitata dalla realtà fisica umana (*conceptus/homo/monstrum/nato morto/de cuius*; non ancora *homo/homo/non homo/non più homo*) e perciò variamente declinata; dall'altro, una volta presente nel mondo fisico prima ancora che giuridico la materia su cui il *ius personarum* intende e può operare, le scelte del *ius* non sono elevabili a espressione della difesa della vita, la quale semmai opera come limite e presupposto condizionante, ma mirano a tutelare degli interessi soprattutto patrimoniali e familiari.

In questo senso, pare di potersi dire che, durante la gestazione e indipendentemente dalla futura nascita, la presenza del *curator ventris* rappresenta e consente la difesa dell'attuale interesse della *familia* alla conservazione del proprio patrimonio intatto fin tanto che non sia individuabile con certezza la rosa degli eredi. Infatti, se non si consentisse al *conceptus* di avere i mezzi per proseguire la gravidanza indipendentemente dalla condizione di autosufficienza della donna, si finirebbe indirettamente per non tutelare la famiglia come cellula patrimoniale e personale in cui si inseriscono *bonae personae*. Ma, si badi bene, rimane salda e necessaria la circostanza della nascita del *conceptus* affinché egli, divenuto *homo*, possa effettivamente essere *heres* del *pater* e consolidare quella situazione che, prima della nascita, appare esclusivamente diretta a cristallizzare le aspettative del nascituro finché non si palesi in via definitiva se il *conceptus* sia o meno erede<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> In questo senso paiono deporre le parole di B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 12, a cui aderisce, tra gli altri, M. BALESTRI FUMAGALLI, '*Spes*', cit., 83, che scrive come al concepito «vengono dunque riservati alcuni 'diritti', che rimangono in sospeso fino al giorno della nascita» e, pertanto, non paiono fondate le polemiche sul brocardo *conceptus pro iam nato habetur* che, «inteso nella sua assolutezza ... non trova certo la sua prima enunciazione esplicita nell'ambito del diritto romano – neppure durante l'età giustiniana», pur avendo «indubbie radici romane».

### 1.6. Divorziata e vedova presunte pregnant.

Un titolo delle Pandette che rappresenta fonte di ispirazione per quanti intendono studiare lo statuto giuridico del concepito è costituito dal *De inspiciendo ventre custodiendoque partu*<sup>230</sup>, nel quale è contenuto in particolare un lungo passo ulpiano, tratto dal suo commentario all'editto, seguito da altri più brevi frammenti di altri giuristi.

Le informazioni ulpiane consentono di collocare temporalmente una forma di custodia di cui avrebbe beneficiato il parto, la gestante, il potenziale padre e altri soggetti interessati in ipotesi particolari nelle quali venisse a trovarsi la donna. Inoltre, lo stesso giurista il testo di un rescritto sul tema, contenente la procedura più opportuna da seguire<sup>231</sup>.

La questione che avrebbe dato origine al rescritto e alla disquisizione giurisprudenziale attiene al caso in cui sorga una controversia tra due divorziati circa lo stato attuale di gestazione di lei. In particolare, l'ex marito Rutilio Severo ritiene che la donna Domizia sia gravida e, mosso dal desiderio di avere figli, intende affidare un custode alla stessa; costei, invece, nega. La complessità della vicenda è determinata dal fatto che i due coniugi non sono più sposati e non è possibile per il marito non convivente attendere l'eventuale evolversi della gravidanza, affidarsi in altre parole al decorso del tempo, per verificare da se stesso se la donna gli mentisse.

Sottoposto l'interrogativo al pretore urbano Valerio Prisciano, questo consulta i *divi fratres*, gli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero, che mediante rescritto suggeriscono una rigorosa procedura, definita come *novum consilium et remedium*, alla quale il pretore avrebbe dovuto attenersi nel caso il marito persista nella richiesta e

---

<sup>230</sup> Cfr., sul contenuto dell'editto, C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 262 ss.

<sup>231</sup> Ulp. 24 ad ed. D. 25.4.1 pr.: *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti valerio prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: 'novam rem desiderare rutilius severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit'.*



nell'interesse, quindi, dello stesso. Gli imperatori ritengono cosa opportuna portare la donna (presunta gravida) presso la dimora di una donna onesta, ovvero di costumi retti<sup>232</sup>. Ivi condotta, altre donne avrebbero svolto un ruolo fondamentale di ispezione della donna e del suo corpo. In particolare tre ostetriche, individuate esclusivamente dal pretore in base alle loro competenza e affidabilità<sup>233</sup>, avrebbero proceduto all'osservazione della donna per esprimere un giudizio circa il presumibile stato di gravidanza.

Tra gli esiti della visita, si può immaginare che le donne concordassero per la gravidanza, o che almeno due di esse si esprimessero in tal modo: dinanzi a una delle due varianti proposte, per gli imperatori si sarebbe dovuta persuadere l'ex moglie ad accettare il custode, come se lei stessa avesse bramato ciò. Al contrario, quando le tre donne o la maggioranza avessero ritenuto inesistente la gravidanza, non vi sarebbe stato alcun motivo per dotarla di un custode.

Certo è che l'eventuale analisi di gravidanza poi rivelatasi assente, sollecitata dal marito e confermata dalle donne cadute in errore – dicono gli imperatori –, potrebbe venire considerata alla stregua di un indice di invidia del marito, il quale così facendo ha inteso procurare un danno alla donna. In questo caso, secondo Ulpiano la donna avrebbe potuto agire contro l'atto ingiusto subito, se il marito avesse operato per recarle ingiuria; mentre al marito dovrà essere riservata indulgenza se sia la donna ad averlo lusingato simulando la gestazione in costanza di matrimonio<sup>234</sup>.

Il contenuto del rescritto e la necessità di ricorrere al rimedio introdotto consentono a Ulpiano di sostenere senza alcun dubbio – *evidentissime* – che durante la gravidanza negata o dissimulata dalla donna non avrebbero potuto operare i senatusconsulti previsti in tema di riconoscimento dei figli<sup>235</sup>. Conclusione obbligata per il giurista, poiché prima di venire alla luce, il parto è una porzione della donna o delle viscere, così aderendo secondo alcuni alla concezione già propria dello stoicismo e secondo altri introducendo un'eccezione al principio di parità tra il concepito e il

---

<sup>232</sup> D. 25.4.1.6.

<sup>233</sup> Ulp. 24 *ad ed.* D. 25.4.1.5: *Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a praetore adhibendae sunt.*

<sup>234</sup> D. 25.4.1.8.

<sup>235</sup> Ovvero i *Senatusconsulta de partu agnoscendo*, che opererebbero a favore della donna: cfr. F. LANFRANCHI, *Ricerche*, I, cit., 5 ss., nt. 23, 22 nt. 58, 58 ss.

nato<sup>236</sup>. Differentemente, dopo l'*editio partus*, il marito è tutelato dagli interdetti al fine di ottenere l'esibizione del figlio, o di essere autorizzato a portarlo via con sé.

Quando il marito rivolga una richiesta del tipo oggetto del rescritto al pretore, costui potrà innanzitutto chiamare a sé la donna e chiederle se si riconosca gravida: domanda e risposta alle quali ella non potrà sottrarsi<sup>237</sup>. Nel caso questa, però, si non comparisse o evitasse di rispondere, per Ulpiano non è applicabile la conseguenza prevista nel senatoconsulto, ovvero la facoltà per il marito di non riconoscere il figlio, perché nel caso fosse interesse e desiderio dell'uomo divenire padre e non liberarsi del discendente, egli finirebbe per rimanere insoddisfatto. Allora, è preferibile coartare la donna con i rimedi predisposti dal pretore affinché venga in giudizio e risponda; altrimenti verranno presi dei beni della stessa in pegno, si venderanno o verrà sanzionata con una multa.

A questo punto solo due sono le risposte che la donna può fornire: l'ammissione della gravidanza, in presenza della quale si procederà nel modo indicato nei senatoconsulti; la negazione della stessa, dinanzi alla quale si seguirà l'iter indicato nel rescritto, con l'osservazione del ventre da parte delle ostetriche (D. 25.4.1.4).

Dopo il caso della donna divorziata, presunta gravida, nel Digesto è collocato un altro passo ulpiano<sup>238</sup>, nel quale sono riportate le parole dell'editto a proposito dell'ispezione del ventre e della custodia del parto nel caso in cui sia morto il presunto

---

<sup>236</sup> Cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 446 e nt. 345. Per M.P. BACCARI, 'Curator', cit., 56 s., si tratterebbe di «un'eccezione al generale principio della parità fra concepito e nato».

<sup>237</sup> D. 25.4.1.2.

<sup>238</sup> Ulp. 24 ad ed. D. 25.4.1.10: *De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait: 'si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat. mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. in quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. ante ostium eius conclavis liberi tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant. quotienscumque ea mulier in id conclave aliudve quod sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant et eos qui introierint excutiant. custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes qui conclave aut domum introierint excutiant. mulier cum parturire incipiat, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint quam decem, ancillae quam sex. hae quae intus futurae erunt excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnas sit. 'tria lumina ne minus ibi sint', scilicet quia tenebrae ad subiciendum aptiores sunt.* Il testo prosegue con la procedura da seguire dopo la nascita.

padre e la moglie si dichiarò incinta: testo definito *manifestissimum* da Ulpiano, che pur non trascura di fornire un'interpretazione chiarendone taluni punti<sup>239</sup>.

Se, dalla dinamica degli eventi per come raccontati dal giurista nel caso precedente, era il marito divorziato a sostenere la gravidanza della moglie e a temere che costei incidesse negativamente sul ventre, perché mossa dall'inimicizia nei confronti dell'uomo, ad esempio ricorrendo ad uno dei mezzi di induzione dell'aborto diffuso nel secondo secolo d.C., data alla quale risale la questione<sup>240</sup>, od occultando la gravidanza, in ogni caso privando il marito della discendenza, nel testo edittole sopra esposto la situazione è invertita. È la moglie, rimasta vedova, a dichiararsi gravida del marito premorto.

Il testo dell'editto prevede che la donna sia tenuta a denunciare il fatto due volte in un mese a quanti ne risultano coinvolti, ossia a coloro – potenziali eredi necessari o testamentari – ai quali spetterebbe il patrimonio ereditario se il parto non venisse alla luce<sup>241</sup>: così che discrezionalmente possano mandare cinque donne libere a osservare insieme il ventre della vedova, senza toccare l'utero qualora lei non dia il consenso. Un mese prima della data presunta del parto, la donna dovrà informare ancora gli interessati affinché decidano se provvedere alla custodia del ventre.

Al tempo del parto, ella dovrà partorire nell'abitazione di una donna onestissima indicata dal pretore, in una stanza dotata di un solo accesso, dinanzi al quale stazioneranno tre uomini liberi. Altrettante donne e due uomini, invece, stazioneranno a guardia nei pressi dell'ingresso. Compito dei custodi è controllare i movimenti della donna entro l'abitazione, scrutando lei ed eventualmente esaminando quanti dovessero entrare. In prossimità del parto, la donna deve avvisare gli interessati, i quali potranno mandare cinque donne libere ad assistere al parto. Nella stanza non devono esserci, oltre a due ostetriche, più di dieci donne libere e sei serve. Per evitare che una delle donne presenti sia gravida e prossima al parto, così da poter partorire fingendo che il nato sia della vedova, tutte le donne che assisteranno potranno essere controllate. Infine, per evitare supposizioni di parto, deve essere assicurata una buona illuminazione

---

<sup>239</sup> D. 25.4.1.12.

<sup>240</sup> Concordemente E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 359 s.

<sup>241</sup> D. 25.4.1.12. Un'individuazione casistica delle persone che potrebbero ricevere interesse dalla mancata nascita è contenuta in D. 25.4.1.14.

della stanza, con almeno tre lumi. Una volta venuto alla luce, il parto deve essere mostrato a quanti, avendone interesse, ne facciano richiesta.

Se, tuttavia, quanto stabilito dall'editto non venga rispettato in una delle sue parti e pertanto vi sia alcuno al quale è stato negato di osservare, custodire il ventre, assistere al parto, una volta venuto alla luce, il nato potrà non essere immesso nel possesso dei beni, previa cognizione sommaria del pretore, o verranno negate – al sussistere di un giusto motivo – le azioni che spettano normalmente a chi è nel possesso dei beni. Ma, ha cura di precisare Ulpiano nell'interpretazione del testo edittale, questa disposizione non dev'essere intesa in modo tale da cagionare un ingiusto danno al nato, come accadrebbe se gli si negasse tutela ogni qual volta non fossero state osservate con scrupolosità alcune prescrizioni secondarie. Pertanto, è necessario verificare i costumi in uso nella regione di volta in volta interessata e secondo questi esaminare il ventre, il neonato e l'infante<sup>242</sup>.

È chiaro quindi che la procedura prevista nel caso di vedova presunta gestante serve a tutelare e mettere nelle condizioni di esercitare un controllo sull'effettività della gestazione coloro che dalla mancata nascita postuma riceverebbero la qualifica di eredi: ossia difendere la trasmissione ereditaria senza alterazioni da supposizioni di parto o da sostituzioni di neonati.

Non pare, invece, potersi individuare in queste discipline introdotte una tutela diretta e immediata al concepito in forza del suo statuto personale, né come destinatario ultimo, poiché vi è sempre un interesse paterno alla discendenza, familiare alla successione ereditaria a favore dei discendenti e, financo, pubblica nell'evitare supposizioni di parto o sostituzioni di neonati<sup>243</sup>, a costituire il principale motivo che ha indotto imperatori e pretori a provvedere alle fattispecie reclamanti tutela, senza invece poter desumere la condizione personale del concepito<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> D. 25.4.1.15.

<sup>243</sup> Le disposizioni riguardanti l'osservazione del ventre e del parto, nel caso di presunta donna gravida divorziata o vedova, trarrebbero origine, secondo alcuni, da antichi principi di solidarietà familiare, ancor prima quindi di divenire canoni giuridici, vivevano come valori familiari: cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 260.

<sup>244</sup> Contra, C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 269 s., che vede, soprattutto nel rescritto imperiale, uno strumento che «contribuì ... in misura sostanziale ad accentuare l'immagine del concepito come individuo concettualmente autonomo rispetto alla donna che lo recava in seno».

1.7. *Il corpo nascente dinanzi alle vicende materne: divieto di sepoltura della donna gravida.*

Una delle prove relative al collocamento del concepito entro la categoria delle persone, con l'attribuzione quindi dello statuto personale allo stesso, in quanto soggetto di diritti e meritevole di una speciale protezione da parte dell'ordinamento giuridico romano, risiederebbe in alcune testimonianze giurisprudenziali. Secondo taluni autori, sarebbe evidente che il diritto dimostra di tutelare la vita umana sin dal suo inizio, addirittura rinunciando o posticipando di estrinsecarsi, quando l'applicazione immediata del diritto condurrebbe a un pregiudizio per il nascituro. In altre parole, sarebbe prioritaria la salvezza del concepito-persona anziché il rispetto del rigore giuridico al verificarsi di taluni eventi: la procedura giuridica cede, si muta o attende quando a essa dovrebbe essere assoggettata una donna gravida, «veicolata proprio dall'idea, una volta acquisita e diffusa tanto sul piano giuridico quanto sul piano sociale, che il concepito esistesse»<sup>245</sup>.

Tre sono in particolare i momenti che hanno interessato i giureconsulti e che hanno imposto loro soluzioni di benevolenza verso la donna, poiché tramite lei – mero strumento – l'ordinamento avrebbe consentito al *ius personarum* di raggiungere il suo massimo e assoluto principio: il diritto alla vita sin dal concepimento.

Trattasi, in primo luogo, di un passo di Marcello, proveniente dai suoi *Digesta* e conservato nel libro XI delle *Pandette* entro il titolo *de mortuo inerendo et sepulchro aedificando*.

Marcell. 28 *dig.* D. 11.8.2<sup>246</sup>: *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

---

<sup>245</sup> P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 135; anche A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 13 ss., cita la disposizione regia – e le altre fonti nel presente paragrafo raccolte – come esempio da cui desumersi inequivocabilmente il concepito «pensato come individuo a sé stante»; concordemente si esprime C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 62.

<sup>246</sup> *Ex multis*, propongono un'esegesi del passo S. TONDO, *Introduzione alle 'leges regiae'*, in *SDHI*, XXXVII, 1971, 12, nt. 32, 25; B. SANTALUCIA, voce *Pena criminale*, in *Studi di diritto penale*, Roma, 1994, 235; L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, LIV, 1990, 230; Z. BUJUKLIC, *'Leges regiae: pro et contra'*, in *RIDA*, XLV, 1998, 103 e nt. 31; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*,

Scriva il giurista che una legge regia avrebbe vietato la sepoltura del corpo di una gestante, prima che venisse estratto il *partus*. Prosegue Marcello esplicitando la ragione ispiratrice della disposizione: la tutela della *spes animantis*. Chiunque, nonostante il divieto, avesse proceduto all'inumazione del cadavere gravido, avrebbe distrutto questa speranza. Nel silenzio della sanzione originariamente comminata ai trasgressori, parte della dottrina ha ritenuto si trattasse di un'ipotesi di sacertà o di una *lex imperfecta*<sup>247</sup>.

Il passo ha, inoltre, interessato gli studiosi per quanto attiene all'origine della legge e alla sua attendibilità temporale: pur non essendo specificato il re che avrebbe così deciso<sup>248</sup>, l'attenzione alla vita del concepito sarebbe già fortemente radicata in età regia, quasi ad indicare che con la nascita di Roma è sorta un'attenzione peculiare alla vita umana, in tutte le sue forme e sin dai suoi primi segnali<sup>249</sup>. Tale principio sarebbe stato ribadito e rafforzato nelle epoche successive, quindi ben prima e indipendentemente dall'avvento del Cristianesimo e dalle concezioni religiose e moralistiche proprie dei Padri della nascente chiesa. Per questo, pur con il passare dei secoli e con il mutarsi delle realtà politiche e delle forme di potere susseguitesi a Roma, l'arcaica *civitas* e la postclassica età giustiniana non avrebbero mai rinnegato il diritto alla vita<sup>250</sup> di qualsiasi *homo*, sia esso già nato o sia esso in un momento della fase prenatale, sia esso considerato nel *ius civile* un libero o uno schiavo. A prescindere da

---

cit., 83 ss., 106; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 58 ss. con la bibliografia proposta in nt. 91; A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 13 e nt. 21 con bibliografia. La fonte è richiamata da M. BETTINI, *Non nato da nonna. La nascita di cesare e il 'parto cesareo' nella cultura antica*, in *Index*, XL, 2012, 2118, nt. 14, con altre dalle quali si desume che non fosse conosciuto il parto cesareo da donna viva, ma solamente l'estrazione del feto da donna premorta sino al XVI secolo.

<sup>247</sup> Cfr. R. FIORI, *'Homo sacer' Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 30 s. Per G. BESELER, *Beiträge*, cit., 309, nel testo originario ne sarebbe stata contenuta espressa menzione. Cfr., inoltre, E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 23 e nt. 50.

<sup>248</sup> Tra gli autori che attribuiscono a Numa la disposizione, G.F. FALCHI, *Diritto penale romano. I singoli reati*, Padova, 1932, 150 ss.; I. PALAZZINI, *Ius fetus ad vitam eiusque tutela in fontibus ac doctrina canonica usque ad saeculum XVI*, Urbanae, 1943, 22; FIRA, *'Leges regiae'*, Numa, Firenze, 1968, 12. *Contra*, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 32 nt. 85, per il quale il silenzio di Plutarco nella Vita di Numa sul punto induce a ritenere che non fosse questo l'autore della disposizione, oggetto altrimenti di ricordo da parte di Plutarco. Non viene attribuita in modo definitivo ad un re, ma collocata entro i re incerti, da G. FRANCIOSI, *'Leges regiae'*, Napoli, 2003, 209; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 22. Bibliografia a riguardo è contenuta in A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 13, nt. 21.

<sup>249</sup> Coglie l'interesse del nascituro nella disposizione, M.V. SANNA, *La rilevanza*, cit., 174, per la quale «dalle fonti, anche quelle più antiche, sembra ... emergere la considerazione che la vita del nascituro è meritevole di tutela», e nt. 102.

<sup>250</sup> Per E. COSTA, *Storia*, cit., 161, nel passo di Marcello è contenuta la prova della tutela «risalente del diritto del concepito alla vita».

tutto ciò, è la vita umana il bene primo e il bene ultimo entro cui il diritto umano si sarebbe colorato di norme, tutele, rimedi e interpretazioni giurisprudenziali a prescindere dalla dimensione corporea.

Lasciando l'età arcaica, Marcello testimonierebbe che, quando egli è attivo e scrive i *Libra digestorum* (la cui redazione è da collocarsi tra il 161 e il 167 d.C.), il principio è ancora saldo e la presenza del passo entro il progetto compilatorio non può che essere il pretesto per ribadire quanto già nella legislazione antica si era consolidato e quanto la giurisprudenza romana aveva accolto. Nessun indice di *ius controversum* sul punto sarebbe rinvenibile nelle fonti e nella storia romana.

Chiara la linea conduttrice così delineata, tutt'al più ci si può interrogare sulla integrale genuinità del passo<sup>251</sup> e di quanto in esso contenuto secondo almeno due scansioni temporali: da un lato, si tratterebbe di verificare se sono tutte parole di Marcello quelle riportate o se siano state rimaneggiate dai compilatori e adattate al contesto entro il quale sono state collocate; dall'altro lato, se queste righe trasmettano esattamente l'esistenza della legge regia e della sua *ratio*, ovvero se sia Marcello (o un bizantino), con un'addenda esplicativa, a fornire quella che ai suoi occhi pare essere la motivazione insita nell'originaria disposizione<sup>252</sup>.

In tal caso, ancora si potrà ritenere che il giurista esprima uno dei motivi o l'unico che avrebbe giustificato l'intervento, o quello che, nell'epoca in cui egli opera, è percepito come evidente, considerato lo stato di fatto e di diritto vigente e gli interventi che nella medesima direzione erano stati assunti.

Senza tuttavia voler negare l'attendibilità dell'informazione riportata da Marcello e nell'impossibilità di definire con certezza quale fosse l'originaria *ratio* della norma, va almeno considerato che – stando alle parole del giurista – non si può in alcun modo

---

<sup>251</sup> Cfr. sul punto le osservazioni di C. TERRENI, *Me puero*, cit., 58 ss. e nt. 91.

<sup>252</sup> Per P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 84 ss. e 106 s., non si tratta dell'originaria *ratio*, ma la spiegazione personale individuata da Marcello. In ogni caso, per l'autore, è evidente che il nascituro sarebbe stato considerato da Marcello «una attuale esistenza», «un essere vivente», «già esistente» (85). Secondo C. TERRENI, *Me puero*, cit., 59 ss., ci si trova di fronte ad un intervento compilatorio, ad una modifica del passo di Marcello, al fine di «munire di adeguata giustificazione l'antica regola richiamata da Marcello».

sostenere che il concepito sia considerato già *homo*, né che la vita intrauterina sia di per sé rilevante per l'attivazione del *ius personarum*<sup>253</sup>.

Innanzitutto, le poche parole giunte paiono provare che si dovesse rispettare la procedura regia indipendentemente dall'istante in cui sopravveniva la morte della donna: tanto nei primi mesi della gravidanza, quanto in procinto del parto ella sarebbe stata sgravata dal feto prima di ricevere definitiva sepoltura. È chiaro allora che, se per una donna deceduta nel momento direttamente antecedente al parto era auspicabile un intervento di estrazione del feto, per favorire la nascita di un *homo* vivo, per una donna venuta a mancare in una fase della gravidanza precoce, la speranza di vita lasciava spazio a considerazioni dirimenti: era pacifico che, prima dei sei mesi, neppure di parto prematuro si potesse parlare, poiché l'eventuale venuta alla luce di un feto avrebbe rappresentato un aborto (e l'aborto non è *homo*).

Anche a gravidanza matura, poi, l'intervento sul corpo della donna sarebbe stato tardivo in tutte quelle ipotesi in cui la donna avesse spirato ben prima dell'arrivo dell'eventuale ostetrica o per cause indipendenti dal parto, quali una malattia o un infortunio.

Se si considera l'alta mortalità delle donne durante il parto e i soccorsi spesso tardivi, l'impossibilità per alcune famiglie di farsi assistere nel parto da un'ostetrica e lo sviluppo della medicina dell'epoca, è chiaro che il decesso della donna avrebbe reso ancora più incerto e probabilmente nefasto l'esito dell'estrazione del feto.

Pertanto, poste queste premesse, è quanto meno riduttivo pensare che lo scopo della norma si esaurisse nel consentire la nascita e quindi la continuità della vita nella dimensione extrauterina al feto. Certo, lo si ribadisce, questa ha rappresentato una delle ragioni e – ipoteticamente – la principale nei casi in cui la morte della donna fosse intervenuta durante il parto: a parto iniziato, coloro che la assistevano avrebbero dovuto proseguire e consentire al nascituro di vedere la luce e forse è questo il caso che, nelle parole di Marcello risuona come principe.

---

<sup>253</sup> Tale conclusione è in linea con il credo stoico, per cui di *homo* si sarebbe potuto parlare solo dal primo momento della nascita, con l'avvenuta respirazione e l'acquisizione di vita autonoma: pertanto solo la *spes* può intravedersi nella fase della gravidanza. Per C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 62, invece, il passo si colloca in chiara contraddizione con lo stoicismo.



Secondo Nardi, pur nel silenzio della disposizione, facendo rilievo sul termine *partus* usato da Marcello, termine che rimanderebbe a una maturità della gestazione e alla possibilità di nascita, si dovrebbe intendere che solo in presenza di un feto presumibilmente maturo si sarebbe applicata la norma con l'estrazione uterina<sup>254</sup>. Il rilievo dell'autore non pare essere sostenibile alla luce delle molteplici fonti in cui *partus* viene impiegato come atto del partorire, prodotto del parto, in associazione all'aborto, e come sinonimo di concepito a prescindere dalla maturità gestazionale<sup>255</sup>. Lo studioso, dopo aver ipotizzato che, se lo scopo fosse quello di «salvar nuove vite», si dovrebbe trattare di una regola pontificale associata alla gestazione compiuta, non aderisce alla collocazione in età regia della disposizione sottolineando, tra l'altro, come testimonianze di recisione del ventre e di parti cesarei siano presenti solo a partire dai primi secoli della repubblica<sup>256</sup>.

Tuttavia nulla consente di escludere che proprio alla fase arcaica della storia romana la disposizione abbia trovato applicazione. In tal caso, però, lo sviluppo embrionale allora esistente della medicina e dell'intervento chirurgico sul corpo della donna con estrazione del neonato dal ventre<sup>257</sup> non consente a maggior ragione di rimettere alla *spes animantis* l'integrale ratio del divieto di sepoltura, poiché più si risale alle origini, più la speranza della nascita di un *homo* dalla donna premorta svanisce o si riduce a un evento raro, che, nell'ottica delle poche disposizioni allora esistenti, non potrebbe giustificarsi se non ipotizzando che fossero altre le motivazioni di carattere dirimente.

---

<sup>254</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 31.

<sup>255</sup> Cfr. V. FONTANA, *'Qui in utero'*, cit., 59 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 25.

<sup>256</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 32. *Contra*, C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 60 s. e nt. 94, per la quale è plausibile che la disposizione sia databile all'età regia; l'autrice, tra l'altro, accogliendo le congetture di O.M. PÉTER, *Il parto cesareo nelle fonti letterarie e giuridiche in Roma antica*, in *Le radici del nostro futuro. Temi di storia della medicina*, a cura di D. Tramontano e G. Villone, Bologna, 1977, 60, ritiene che, pur non avendo dettagli di un intervento assimilabile al taglio cesareo in epoca arcaica, la sua esistenza non sia da escludere; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 22, nt. 47.

<sup>257</sup> Rileva che le fonti antiche sempre e solo parlano di estrazione del feto mediante incisione del ventre da donna premorta – e non di parto cesareo, come lo intende la medicina moderna, da donna viva – M. BETTINI, *La nascita*, cit., 211 ss. e nt. 2 per bibliografia sul parto cesareo: di tal ché «quando si parla di taglio del ventre materno nella tradizione antica ... Normalmente ci si trova di fronte non a una pratica ostetrica o ginecologica, ma a un'operazione di carattere chirurgico: o meglio alla dissezione di un cadavere»; v. anche, F. MARINO, *D. 41.4.2.6 di Paolo: un caso di 'ius singulare'*, in *Index*, XXVII, 1999, 384.

Per Balestri Fumagalli il soggetto su cui si accentrerebbe il maggiore interesse non sarebbe il *pater familias*, né il concepito, bensì la *mulier praegnans*, poiché il suo corpo avrebbe contenuto una «speranza che va oltre la sua vita», «quasi che la defunta potesse continuare fisiologicamente la propria esistenza proiettandola nel destino del figlio»<sup>258</sup>.

Ebbene, se per parte della dottrina questa disposizione rappresenta la misura della civiltà del popolo romano, senza e a prescindere da implicazioni religiose<sup>259</sup>, pare però necessario riflettere su queste ultime, come invitano a fare da ultimi Ferdinando Zuccotti<sup>260</sup> ed Ernesto Bianchi<sup>261</sup> in considerazione non solo di questo passo, ma anche degli altri che ai nostri fini rilevano. La ragione che giustifica l'accortezza di non procedere a sepoltura prima dell'estrazione del feto potrebbe risiedere nell'idea che vi sarebbe stata una contaminazione<sup>262</sup> del corpo muliebre, o che questa sarebbe stata altrimenti sepolta con un fardello, un peso, gravante sul suo corpo per l'eternità<sup>263</sup>. Del resto, stando alla lettera, la prescrizione imponeva l'estrazione prima dell'inumazione e non nell'immediatezza della morte, quasi che, appunto, ciò che più interessava, fosse evitare la sepoltura di una donna manifestamente gravida o la cui gestazione fosse conosciuta<sup>264</sup>.

Inoltre, come ha efficacemente delineato Maurizio Bettini<sup>265</sup>, l'estrazione di un *homo vivo* da donna premorta con incisione chirurgica, conservava nell'immaginario antico, proprio per il carattere eccezionale dell'evento, uno sfondo sacrale, tanto che

---

<sup>258</sup> M. BALESTRI FUMAGALLI, *'Spes'*, cit., 345 s.

<sup>259</sup> Cfr. M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 72. Non solo in merito a questi passi, ma come immanente all'intero fenomeno del concepimento, E. Bianchi, *Per un'indagine*, cit., 18 ss., invita a non dimenticare il profilo religioso insito in esso e proprio della Roma arcaica, in virtù della potenza che risiede nell'atto di generare e nel conseguente momento procreativo.

<sup>260</sup> F. ZUCCOTTI, *'In rerum natura'*, cit., 13. V. anche E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 22 ss. e nt. 48.

<sup>261</sup> E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 24 s. e nt. 52.

<sup>262</sup> Cfr. E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 25 e nt. 55, per i principi del *fas* richiamabili, il quale parla, appunto, di una «contaminazione inaccettabile». Non si concorda invece con l'autore dove desume, nel silenzio delle fonti, che «anche il feto venisse inumato» (25 s. e nt. 57), sulle cui affermazioni ci si soffermerà nel capitolo finale.

<sup>263</sup> Cfr. ad esempio JOBBÉ-DUVAL E.M., *Le morts malfaisants ('larvae, lemures') d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, Paris, 1924355 s., a cui aderisce E. MASSONEAU, *La magie dans l'antiquité romaine*, Paris, 1934, 78, nt. 2. La tesi è oggetto di studio anche di F. LANFRANCHI, voce *Nascituri (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, XI, 1965, 14, nt. 4, il quale però rinviene in questa disposizione un principio di tutela del potenziale *pater* e del concepito.

<sup>264</sup> Rilievi, questi, già proposti da E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 24 s.

<sup>265</sup> Cfr. M. BETTINI, *La nascita*, cit., 213 ss.

Servio<sup>266</sup> riporta che i nati da taglio del ventre erano sacri ad Apollo, dio della medicina sotto i cui auspici sarebbero venuti alla luce e padre di Esculapio, divinità introdotta a Roma e venerata per il potere risanatore sul corpo nata mediante la medesima procedura. Per questi motivi, il carattere fuori dal comune della nascita sotto la protezione di Apollo faceva sì che spesso dei – come Esculapio – ed eroi venissero associati a una tale nascita eccezionale, come la grandezza che avrebbe caratterizzato la loro vita<sup>267</sup>.

Vieppiù. Anche a prescindere dall'esatta ragione ispiratrice della norma, Ferdinando Zuccotti rammenta che un conto è individuare nel panorama giuridico delle attenzioni al concepito e delle forme di *favor* riservate allo stesso; altro conto è voler leggere in esse la prova di un'esistenza biologico-giuridica del concepito tale da attivare il *ius personarum* al pari di quanto avviene per qualsiasi soggetto dell'ordinamento: uno statuto personale del concepito. Per l'autore, infatti, se è innegabile che la gestante riceve delle premure – come avviene nel caso appena analizzato del rinvio della sepoltura successivamente all'estrazione del feto –, queste sono da ricollegare a «considerazioni religiose e morali circa il nascituro, ma non certo alla mera constatazione naturalistica che il feto, in quanto tale, esiste nel ventre materno»<sup>268</sup>.

Quest'ultima è, invece, la tesi che pare essere sostenuta da Paolo Ferretti<sup>269</sup>, ma, a un'attenta analisi, non può non lasciare insoddisfatto il lettore: la constatazione che un *quid* esiste nel ventre, non implica sia, in quanto esistente in una certa forma, *homo* o portatore di vita umana tutelata dal diritto in quanto tale, come se il diritto estendesse la sua applicazione oltre i confini corporei e temporali della vita extrauterina. Certo, l'esame delle fonti potrebbe anche condurci a questo risultato: che la vita, sin dalla sua

---

<sup>266</sup> Serv. *Comm. in Verg. Aen.* 10.315, a commento di Verg. *Aen.* 10.315, in cui veniva ricordato come Lica fosse stato estratto con un taglio dalla madre morta e per questo sacro ad Apollo.

<sup>267</sup> Cfr. M. BETTINI, *La nascita*, cit., 214 s., 221 ss. e nt. 21 per altre fonti che testimoniano gli auspici favorevoli dell'estrazione da donna premorta; per i problemi giuridici conseguenti a questa non nascita, v. 218 ss.

<sup>268</sup> F. ZUCCOTTI, *'In rerum natura'*, cit, 13.

<sup>269</sup> P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 106 s., 135 ss. Al testo di Marcello guardava già G. BRINI, *Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano*, Bologna, 1923, 195 ss., come una proclamazione del «diritto di un essere futuro ... diritto della vita, o alla vita, sol così còlto, ma il più direttamente e pienamente» e pertanto, proprio da questo passo egli ritiene di ancorare il cuore della sua ricerca: «In che quello [nel concepito] è già come presente, già vivo, per la insita compenetrazione della vita tutta in ogni suo dato».

manifestazione intrauterina, sia un bene tutelato e riconosciuto dall'ordinamento romano e su cui il diritto ha realizzato la sua presa. Ma altro è dire che, per il solo fatto della consapevolezza della realtà intrauterina, i giuristi e il potere pubblico avrebbero a esso provveduto anticipando e parificando il nascituro al nato.

A provare la superficialità e l'erroneità di questo automatismo sostenuto da Paolo Ferretti e da quanti, come lui, elevano a principio cardine dell'ordinamento romano la tutela integrale della vita umana, è ancora un'affermazione di Ferdinando Zuccotti, il quale rileva come, similmente, se nessuna attenzione fosse stata riservata al nascituro, ciò non avrebbe affatto significato la negazione dell'esistenza naturalistica del feto in quanto tale e l'alterazione della realtà biologica per opera del diritto. Tralasciando le presunte ragioni di carattere religioso, morale e sociale, e prendendo alla lettera il passo di Marcello nella versione pervenuta e accettando come *ratio* quella della difesa della vita del nascituro, pare che il riferimento a una *spes animantis* stia a indicare che il concepito, fin tanto che è nell'utero, altro non è che un concepito, il quale – per tutta la fase della gravidanza – rappresenta una potenzialità di divenire *animans*, cioè di divenire essere vivente<sup>270</sup>. Quindi se è dotato di una certa esistenza, questo stato fisiologico non pare sufficiente al *ius personarum*, il quale introduce e sviluppa delle accortezze per favorire la regolare gestazione e la conclusione della stessa con un parto, con un'estrazione, in questo caso indotta e artificiale (come avviene ad esempio con un taglio cesareo), di un soggetto che potrebbe essere vivo, animato e non già estratto senza vita. L'esistenza biologica del concepito non pare perciò un argomento rilevante ai fini del diritto delle persone, o meglio questa è un presupposto e un dato di fatto che, nel più dei casi, dovrebbe portare alla nascita di un *homo*.

Appunto perché è una *spes animantis* e per le altre considerazioni di carattere morale e religioso, viene previsto il differimento della sepoltura fino al termine della gravidanza<sup>271</sup> e con lei alla *spes*, la quale si tradurrà in *animal* o in un aborto, o ancora

---

<sup>270</sup> Cfr. ad esempio la traduzione proposta da E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 30: «colui che contravvenga, pare aver estinto con la gravidanza la speranza di un (nuovo) essere vivente»; 357: è chiaro quindi che il rinvio «non era legato alla tutela del feto ... bensì ... ai diritti – anzitutto – del padre». Così anche F. LANFRANCHI, voce *Nascituro (dir. rom.)*, cit., 14, nt. 4. *Contra*, C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 61 e nt. 96, che non scorge soggetti terzi tutelati se non il nascituro, 62, in cui propone una diversa lettura di *animans*, come richiamo al nascituro stesso senza sottintendere il riferimento alla nascita.

<sup>271</sup> Tramanda Valerio Massimo 1.8.5 che durante il funerale della madre gestante, venne alla luce Gorgia. Per le fonti giuridiche, cfr. D. 38.8.1.9; 50.16.132.1; 50.16.141.

in un nato morto o in un nato privo di forma umana. Dalla constatazione del prodotto della nascita, dall'esistenza dell'*homo*, solo da lì il *ius personarum* ha la materia su cui operare.

*1.8. Differimento dell'accusa di adulterio, della tortura e della pena nei confronti della gestante.*

Non pare, inoltre, possibile desumere soluzioni sostanzialmente diverse per quanto riguarda la previsione del differimento della pena mossa alla gestante: grazie ad alcuni passi di Ulpiano e di Paolo le fonti testimoniano che la pena capitale prevista per una gestante sarebbe stata differita a quando sarebbe venuto meno lo stato interessante: momento che poteva coincidere, nel caso di fisiologica gravidanza conclusa con un regolare parto, con l'*editio partus* del figlio di lei, o con un intervenuto aborto o con un'espulsione del feto precoce. Qualsiasi fosse l'esito di quella gravidanza, ciò bastava a far venire meno le ragioni che avevano suggerito il rinvio dell'esecuzione capitale, alla quale, quindi, sarebbe immediatamente stata sottoposta. Tra i passi che rilevano, vi è quello del giurista Ulpiano<sup>272</sup>, all'interno del suo commento ai libri *ad Sabinum*, nel quale riporta che Publicio Marcello si era rivolto all'imperatore Adriano per sapere, tra le altre cose, come avrebbe dovuto comportarsi nel caso di donna libera pregnant, la quale aveva ricevuto una condanna all'ultimo supplizio<sup>273</sup>. La soluzione fornita mediante rescritto da Adriano è benevola per la donna, la cui vita sarebbe stata risparmiata – mediante il rinvio della pena – sino all'espulsione del parto: specificando, poi, che il nato sarebbe stato libero. Il principio non assume una posizione centrale nel rescritto imperiale, tanto che viene richiamato quasi incidentalmente, poiché si tratterebbe di una consuetudine anteriore, poi avvalorata e ribadita da Adriano, mentre sarebbe una questione nata in seno allo *status personarum* a costituire l'oggetto principale dell'interrogativo posto al potere imperiale, tanto che la seconda parte del passo si dedica all'*interdictio aqua et igno*<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> Ulp. 27 *ad Sab.* D. 1.5.18: *Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem romanum parit et in potestate patris.*

<sup>273</sup> Sul passo, cfr. P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 125, nt. 359, con bibliografia relativa.

<sup>274</sup> Cfr., ad esempio, M. BALESTRI FUMAGALLI, *Spes*, cit., 345.

Collocato nel XLVIII libro delle *Pandette*, ma originariamente tratto sempre entro i libri *ad Sabinum* di Ulpiano, è un passo contenente il medesimo principio:

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

Ancora una volta il soggetto da punire è in una condizione fisiologica peculiare – la gestazione – e tale stato è sufficiente a giustificare il rinvio dell'esecuzione capitale sino al parto<sup>275</sup>. Oltre a questa, Ulpiano dice di essere al corrente che non sarebbe stata consentita neppure la tortura della gravida: tanto che l'interrogatorio con tortura è incompatibile finché ella sia *praegnans*. Di tale consuetudine o principio giuridico il giurista non chiarisce l'origine, né si provvede nelle *Pauli Sententiae*, dove, in 1.12.4 (5), utilizzando il medesimo lessico e la consueta sintesi dei giureconsulti, si riporta che *Praegnantēs neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt*, ribadendo come solo in seguito alla venuta alla luce del parto l'ordinamento possa mantenere l'uno e l'altro comportamento.

Infine, sempre a un rescritto di Adriano è dovuto il posticipo dell'accusa di adulterio rivolta alla gestante immessa nel possesso dei beni *ventris nomine*. Scrive Paolo che

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

Destinatario della decisione imperiale è Calpurnio Flacco e la finalità, che emerge dalla proposizione finale introdotta dal *ne*, è quella di non creare *praeiudicium* al nato.

---

<sup>275</sup> Il principio emerge anche in fonti extra giuridiche, ad esempio in *Passio Perpetuae et Felicitatis* (XV-XVI.4), collocabile durante l'impero di Settimio Severo, in cui la serva Felicità, condannata a morte con un gruppo di catecumeni, trovandosi incinta, era triste, poiché la sua pena sarebbe stata posticipata rispetto a quella degli altri cristiani che, come lei, si erano rifiutati di fare sacrifici all'imperatore: riuniti in preghiera i condannati, Felicità partorì, così esaudendo il suo desiderio di terminare la propria vita con i confratelli.

È come se, con un giudizio antecedente alla nascita, ma in prospettiva della nascita (tanto che, appunto, compare il dativo *nato* per individuare il soggetto danneggiato), non si ritenga giusto che il comportamento della donna – futura madre – possa arrecare un danno a colui che nasce<sup>276</sup>. Non tanto, quindi, al *conceptus* in sé e per sé considerato, ma al *conceptus* per quel che è e per com'è al momento della nascita e per la *spes* che rappresenta.

### 1.9. L'aborto procurato e la repressione pubblica: gli interessi e i soggetti tutelati.

Corollario del diritto alla vita e della presa in carico da parte dell'ordinamento giuridico romano della vita umana in tutte le forme della sua manifestazione, anche intra uterina, è la repressione dell'aborto. Il diritto romano nelle sue epoche e, in particolar modo dall'età imperiale, avrebbe inequivocabilmente qualificato l'interruzione volontaria della gravidanza, indotta con farmaci, bevande o gesti violenti, come atto non solo riprovevole dal punto di vista morale, ma parificabile o tendenzialmente assimilabile all'uccisione di un *homo*, perché – appunto – il concepito sarebbe stato considerato un *homo*, dotato di vita. I principali passi che vengono utilizzati a sostegno di questa concezione sono contenuti in gran parte nel XLVIII libro del Digesto e di questi si intende proporre un'esegesi mettendo in luce i determinati aspetti che – ad avviso di chi scrive – non consentirebbero di qualificare il concepito come persona. Indipendentemente dalla concezione che le scuole di pensiero e giuridiche possano aver sviluppato all'epoca sulla fase prenatale, mi spingerei a dire che i giuristi non hanno sentito il bisogno di soffermarsi a lungo su quella 'forma eventuale o presente di vita', a meno che essa non divenisse lo strumento attraverso cui raggiungere o garantire un interesse esistente rinvenibile in capo a un soggetto vivente, come ad esempio il potenziale *pater* del nascituro, o per tutelare l'integrità della *familia* e della trasmissione ereditaria.

---

<sup>276</sup> Stesso principio che emergerebbe in Marc. 1 *inst.* D. 1.5.5.2: *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt: sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit. et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci. (nec interest iustis nuptiis concepit an volgo), quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est.*

Ma, giova ribadirlo, ancora una volta il concepito non è neppure parificato ad una cosa, o alla totale inesistenza, condizione che si sostituisce a seguito dell'aborto. Pertanto, il passaggio di stato e la possibilità umana di intervenire sulla gravidanza in atto e di incidere sulla prosecuzione della stessa e, quindi, almeno in parte, sull'*editio partus*, sono aspetti non tralasciati dal diritto.

Nell'esaminare la reazione a tale fenomeno, però, occorre prestare particolare cautela e definire alcune linee interpretative: è necessario ricordare che il diritto alla vita e la difesa della vita passano anche attraverso la repressione e la regolamentazione dell'interruzione di gravidanza, ma non solo; che in un ordinamento quale quello romano in cui coesistevano *personae sui iuris*, *alieni iuris* in stato libero e schiavile, liberti, *personae in causa mancipii*, sottoposti con diverse intensità al potere altrui, talvolta anche di vita e di morte, sarebbe miope voler estrarre da singole fattispecie giuridiche un principio cardine – quale il diritto alla vita – che a maggior ragione dovrebbe sussistere non solo prima, ma soprattutto – o quanto meno anche – dopo la nascita; che tutelare o non ostacolare la venuta alla luce in determinate situazioni non equivale a riconoscere il diritto a condurre la propria esistenza senza che altri possano incidere e ad altri sia riconosciuto il diritto di decidere le sorti proprie.

Guardando alle fonti, è Trifonino nel X libro delle *Dispute* a richiamare il contenuto di un'orazione ciceroniana, nella quale sarebbe testimoniato un esempio di repressione pubblica della pratica abortiva, per poi soffermarsi sul contenuto di un rescritto di età severiana:

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

Nella difesa a Cluenzio Avito<sup>277</sup> del 66 a.C., l'oratore ricorda una vicenda accaduta durante il suo viaggio in Asia che aveva visto protagonista una donna proveniente da

---

<sup>277</sup> Fonte di Trifonino è Cic. *Cluent.* 11.32, sulla quale v. oltre.



Mileto la quale, dietro ricevimento di una somma di denaro dai secondi eredi, assunse dei medicinali per indurre l'espulsione del feto (potenziale erede) e procurarsi un aborto. Per l'accaduto, la donna venne messa a morte.

Continua Trifonino<sup>278</sup> ricordando che una pena era stata prevista mediante rescritto imperiale anche nel caso in cui la donna, gravida e divorziata, facesse violenza al proprio corpo spontaneamente al fine di sottrarsi al parto e impedire al marito, divenuto suo nemico, di avere un erede. In questo caso, alla stessa sarebbe stata comminata la pena dell'esilio temporaneo, la cui durata sarebbe – nel silenzio delle fonti – rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante<sup>279</sup>.

Del medesimo rescritto, a partire dal quale l'aborto inizia ad essere un fatto penalmente rilevante e non destinatario quindi di sanzioni esclusivamente civilistiche, bensì fattispecie di rilevanza penale oggetto della *cognitio extra ordinem*, è giunta conoscenza tramite le parole di Marciano, più tarde, tratte dal I libro delle *Regole* e conservate entro il Digesto nel titolo dedicato ai delitti straordinari:

Marc. 1 reg. D. 47.11.4: *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.*

Il giurista attribuisce agli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla, e quindi in un lasso temporale compreso tra il 198 e il 211 d.C., un rescritto nel quale viene stabilita la sanzione penale dell'esilio temporaneo per la donna che volontariamente si procura l'aborto. Motivo della decisione è che sarebbe indegno consentirle di privare il marito di una discendenza nell'impunità generale<sup>280</sup>.

Più sintetico, ma coerente con i primi due e temporalmente precedente al testo di Marciano, è il passo ulpiano<sup>281</sup>, tratto dal commentario all'editto e in particolare dal

---

<sup>278</sup> Trifonino stava trattando del *ius dotium*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 865.

<sup>279</sup> Cfr., G. CRIFÒ, *Ricerche sull' "exilium"*, Milano, 1961, 304 s.

<sup>280</sup> La dottrina si è divisa tra chi ritiene che la motivazione e le parole usate provenissero direttamente dal rescritto e chi, invece, le imputa a Marciano, che avrebbe esplicitato la *ratio* sottesa: cfr., sul punto, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 422 s., nt. 291.

<sup>281</sup> *Ex multis*, sostengono che si tratti del medesimo rescritto rispetto a quello citato in Trifonino e in Marciano, E. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht. Erster Teil. Die Strafzumessung*, in *BIDR*, XL, 1938, 465; C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, I, a cura di E. Pessina, Milano, 1905, 387;

libro XXXIII dedicato allo scioglimento del matrimonio e alla ritenzione della dote da parte del marito<sup>282</sup>, collocato nella compilazione giustiniana entro il titolo della legge Cornelia per i sicarii e i veneficii.

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

Senza fornire alcuna *ratio* sottesa alla disposizione, Ulpiano si limita a dire che qualora risultasse l'uso da parte di una donna<sup>283</sup> di violenza contro le sue viscere per espellere il parto, allora il preside della provincia ne avrebbe decretato l'esilio<sup>284</sup>:

Dai tre passi<sup>285</sup> citati emerge quindi che il comportamento della moglie diretto a provocare l'aborto è oggetto di sanzione da parte del potere pubblico. In questa presa in carico del potere pubblico della difesa della vita nascente parte della dottrina individua il riconoscimento del concepito come individuo, come soggetto autonomo, sul quale la donna o i terzi possono esercitare una forza distruttiva. Destinatario della violenza e soggetto leso sarebbe il feto e ciò sarebbe evidente quando l'unica e diretta responsabile dell'aborto sia la donna, che assume da sé ad esempio intrugli per determinare la reazione abortiva<sup>286</sup>.

---

G. PUGLIESE, *Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana*, in *Colloquio. Il diritto e la vita materiale. Atti dei Convegni Lincei (Roma, 22-23 novembre 1982)*, LXI, Roma, 1984, 76; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 134 ss. Esprime invece dubbi e non esclude che Ulpiano facesse riferimento a un rescritto differente, in cui l'aborto veniva punito in quanto tale, indipendentemente dal consenso del marito, P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 143, nt. 445.

<sup>282</sup> O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 645.

<sup>283</sup> Per B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, III, Milano, 1952, 487 s., non si può intendere *mulier* come *uxor*, condizione che emerge solo negli altri due brani e, quindi, si dovrebbe concludere che il passo ulpiano descrive un'altra ipotesi criminosa autonoma; aderisce a tale ricostruzione C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 295 s. Opinione contraria era stata già sostenuta da C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, I, a cura di E. Pessina, Milano, 1905, 387, poiché altrimenti non avrebbe alcun senso il rescritto imperiale.

<sup>284</sup> Si parla di *mulier* e non di *uxor*, ma la generica espressione potrebbe essere determinata dal fatto che il passo ulpiano viene privato del suo contesto con l'immissione nei *Digesta* giustiniane. È concorde che Ulpiano si riferisca al rescritto di Severo e Caracalla: cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 414 ss., nt. 270; 421, nt. 285.

<sup>285</sup> I testi comminanti la pena dell'esilio temporaneo per il procurato aborto sono oggetto di analisi, *ex multis*, in G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963, 385, 484; E. NARDI *Procurato aborto*, cit., 416 ss.; C.A. MASCHI, *Il concepito*, cit., 389; U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano*, in *SDHI*, XLII, 1976, 246 ss.; A. STANKIEWICZ, *Quaestiones de homicidio in iure poenali romano*, in *Apollinaris*, XLIX, 1976, 221 s.; L. DE GIOVANNI, *Giuristi*, cit., 133 ss.; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 136 ss.

<sup>286</sup> Cfr. M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 111 ss.

Se il feto non si ritenesse esistente e venisse considerato dall'ordinamento giuridico romano una parte corporea della donna, perché fisicamente non disgiungibile dalla stessa e privo di una dimensione autonoma, allora si dovrebbe concludere che la donna ne può disporre a piacimento, tanto conducendo la gravidanza fino all'*editio partus*, quanto interrompendola precedentemente. Una scelta privata sulla quale altri non avrebbero potuto intervenire, tanto meno stabilendo una punizione pubblica per chi del resto ha disposto delle proprie viscere.

Il fatto, invece, che la donna non possa operare in autonomia se non assoggettandosi alla sanzione comminata in caso di interruzione volontaria di gravidanza proverebbe che la violenza è subita dallo stesso concepito, un soggetto giuridico protetto dall'ordinamento, e la minaccia dell'esilio funzionerebbe da deterrente. Inoltre, la collocazione del passo ulpiano entro il titolo dedicato alla legge Cornelia a repressione degli omicidi proverebbe che si tratta «in buona sostanza di un omicidio»<sup>287</sup>.

Due sono almeno gli appunti che si possono muovere a questa ricostruzione. Il primo nasce dalla constatazione che si tralascia di compiere un'analisi dei passi nel loro complesso, dando giusta rilevanza alla condizione soggettiva della gestante che ha abortito. Tranne nel caso del paragrafo ulpiano, sintetico nella versione delle Pandette, sia in Trifonino (seconda parte) che in Marciano la donna protagonista del rescritto era sposata e ancora con più chiarezza nel secondo emerge come fosse intervenuto il divorzio, per cui moglie e marito vengono definiti nemici.

In ogni caso, anche a voler non considerare come dirimente la condizione di ex coniugi al fine dell'applicabilità del rescritto, pare evidente che la moglie assume la decisione di abortire in modo autonomo e senza che l'uomo esprima consenso a riguardo. Anzi, tanto in Trifonino quanto in Marciano, ella agisce privandolo di discendenti e ciò basta a supporre che il volere dell'uomo non collimasse con quello della donna, auspicando lui di divenire padre e di avere un erede.

In altre parole, pare che la violenza al ventre non sia punita perché diretta a uccidere il concepito/*homo*, ma in quanto dannosa per il marito che perde la speranza

---

<sup>287</sup> M.P. BACCARI, '*Curator*', cit. 126.

di essere padre<sup>288</sup>: possibilità che invece avrebbe conservato finché la gestazione fosse proseguita e – nella fisiologia dei casi – sfociata nell'*editio partus* di un *homo*.

Un comportamento effettuato dalla donna direttamente sul suo corpo, al cui interno vi è il concepito, incide sull'aspettativa di divenire *pater* ed è perciò ritenuto meritevole di punizione. L'unico soggetto attualmente danneggiato dalla condotta muliebre è il marito, che subisce la vendetta della donna, mentre il ventre è lo strumento su cui opera la donna.

Il secondo elemento che non permette di aderire alla ricostruzione dell'aborto come comportamento integrante l'omicidio e, quindi, porta a non ritenere inclusa nelle disposizioni quali la *lex Cornelia* dell'81 a.C. l'induzione dell'aborto è rappresentato dalla visione filosofica stoica<sup>289</sup> sviluppatasi a Roma per influsso greco, per la quale il feto diventava un essere dotato di vita al momento dell'*editio partus*, quando iniziava la respirazione autonoma: l'anima avrebbe rappresentato niente di diverso dall'ossigenazione e dall'ingresso di aria dall'esterno, che avrebbe pervaso il nuovo corpo nell'istante del distacco del feto dall'utero materno<sup>290</sup>.

Dinanzi a una simile concezione accettata o, quanto meno, tollerata nel I secolo a.C., pare allora che le leggi repressive dell'omicidio introdotte in questo arco

---

<sup>288</sup> Cfr. ad esempio G. GALEOTTI, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003, 19, che scrive che l'unico limite alla pratica abortiva «era connesso alla tutela dell'interesse maschile, giacché il ricorso alla pratica poteva ostacolare l'aspettativa dell'uomo (padre, marito o padrone) interessato al figlio»; 26, in cui si legge che anche dopo l'introduzione delle sanzioni penali «non muta l'idea che il feto non sia una persona»; R. FIORI, '*Homo*', cit., 244, per il quale la donna abortendo mette in discussione il potere del marito *pater* di scegliere tra la vita e la morte dei figli e, così facendo, lo priva inoltre della discendenza; contra M.P. BACCARI, '*Curator*', cit., 126 s.: per l'autrice questa interpretazione maschilista e individualista è estranea ai giuristi romani. Non individua una tutela immediata del concepito, né dell'integrità corporea della donna F. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 361 ss., che anzi coglie nella disciplina repressiva dell'aborto conferma che le cautele previste in diritto romano fino a tutta l'epoca classica sono per di più dirette a tutelare le ragioni e le esigenze dei *patres familias* e della struttura familiare.

<sup>289</sup> Su cui v. diffusamente E. NARDI, *Credo stoico e portata delle leggi Cornelia e Pompeia sull'omicidio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, 315 ss.

<sup>290</sup> Sull'adesione e sulla diffusione del pensiero stoico a proposito dell'animazione, cfr. Lattantio *De opificio Dei* 17.5, che riporta l'opinione di Varrone; Lucrezio *de rerum natura* 3.698 ss.; Tertulliano *De anima* 25.2,4-6, che contesta gli Stoici, ma anche alcuni medici, laddove ritengono che l'anima è introdotta con la prima respirazione del nato ed esce con l'ultima prima della morte. Per il commento di queste e di altri testi relativi al pensiero stoico in tema di feto, cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 206 ss.

temporale<sup>291</sup> fossero espressione dell'idea di uomo come soggetto vivente e dotato di vita autonoma, ovvero di uomo nato e non inclusivo del concepito<sup>292</sup>.

È più probabile, quindi, come sostenuto da parte della dottrina, che la collocazione entro il titolo dedicato alla *lex Cornelia* del passo ulpiano sia soltanto una svista o un'impropria scelta priva di tecnicità dei compilatori, poiché anche per i giustinianeî il brano rimarrebbe precisato nei suoi limiti applicativi dagli altri testi di Marcello e di Trifonino, senza assumere la genericità che parrebbe contenuta in Ulpiano<sup>293</sup>; o sia dovuta a un nuovo pensiero che in epoca post classica si era diffuso circa l'aborto indotto fino a considerarlo un'ipotesi simile all'omicidio<sup>294</sup>.

Del resto se la legge Cornelia e la legge Pompeia<sup>295</sup> avessero punito l'aborto provocato (come uccisione di un *homo*), non vi sarebbe stato bisogno di introdurre nel

---

<sup>291</sup> Oltre alla *lex Cornelia*, si pensi anche alla successiva *lex Pompeia de parricidiis* del 55 a.C.

<sup>292</sup> Questa la tesi sostenuta tra gli altri da R.G. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano riordinate*, trad. it., Venezia, 1835, 415; L. ARMAROLI, *Ricerche storiche sulla esposizione degl'infanti presso gli antichi popoli e specialmente presso i Romani*, Venezia, 1838, 40, che definisce inopportuna la collocazione entro il titolo contro i sicari del passo Triboniano sull'aborto; A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1859, 404; G. HUMBERT, voce '*Abigere partum*', in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, diretto da C. Daremberg ed E. Saglio, I, Paris, 1877, 7; L.M. HARTMANN, voce '*abortio*', in *Realencyclopädie*, I.1, Stuttgart, 1893, col. 108 («... der Ungeborene nicht als Mensch angesehen wurde»); similmente H. BRECHT, voce '*Partus abactio*', in *Realencyclopädie*, XVIII.4, 1949, col. 2047 e B. SINOGOWITZ, *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, in *Pragmateiai tes Akademias Athenon Tomon XXI*, Athenais, 1956, 110; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 186 nt. 3; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 288; I. GIORDANI, *Il messaggio sociale degli apostoli*, Firenze, 1938, 260; P. NOAILLES, '*Fas et jus*', *Études de droit romain*, I. *Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains*, Paris, 1948, 6; I. PALAZZINI, '*Ius*', cit., 21; L. PERLA, voce '*Aborto (diritto)*', in *Encl. it.*, Roma, 1949, 111, infatti queste leggi presupponevano «l'esistenza dell'essere umano distaccato dalle viscere materne»; E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 210 ss., 219 s. nt. 41, 427 nt. 305; B.M. DICKENS, *Abortion and the Law*, Bristol, 1966, 15; G. GALEOTTI, *Storia*, cit., 23, «non si poteva uccidere la persona feto fintanto che il feto persona non fosse»; C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 282 s. *Contra*, G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, Messina, 1883, 187, 201 ss.; C. CALOGERO, *Del procurato aborto*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unito del Regno d'Italia*, II.2, a cura di P. Cogliolo, Milano, 1889, 392; G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 150 s.

<sup>293</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 609 ss.

<sup>294</sup> Questa tesi è sostenuta da C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 386; B. BIONDI, *Diritto*, III, cit., 487; A. MARONGIU, voce '*Aborto (dir. rom. e interm.)*', in *Enc. dir.*, I, 1958, 126; C.A. MASCHI, *Il concepito*, cit., 391, nt. 11; U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione*, cit., 258 ss. Per C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 296, starebbe a significare che il bene giuridico protetto non era più la *spes prolis*, ma l'individuo in utero.

<sup>295</sup> Nella *Glossa Exilium, ad l. Divus, 4 ff. se extraordinariis criminibus* (D. 47.11.4), l'elemento discrezionale tra aborto come assoggettato alla pena dell'esilio e aborto come omicidio e sanzionato dalle leggi sull'omicidio viene individuato nel diverso sviluppo fetale: prima dei 40 giorni dal concepimento, il feto non è *homo*, dopo i 40 giorni diviene *homo*. Tuttavia, questa tesi non è avvalorabile con alcuna fonte giuridica e, pertanto, rimane una mera congettura. Cfr., per la dottrina sviluppatasi sulla glossa, P. FERRETTI, '*In rerum natura*', cit., 23 ss.

sistema disposizioni specifiche<sup>296</sup>, quali quella mediante rescritto di Severo e Antonino e la sanzione per la somministrazione di *pocula abortionis* da parte di terzi. Pure eventuali terzi, infatti, che concorrono a determinare l'aborto sono punibili<sup>297</sup>. Il caso è trattato nelle Pauli Sententiae e riportato nella compilazione:

Paul. 5 sent. D. 48.19.38.5<sup>298</sup>: *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*

L'autore distingue la pena in base alla condizione sociale dei terzi intervenuti: quando ad aver somministrato intrugli e filtri abortivi alla gestante siano soggetti di

---

<sup>296</sup> Cfr. concordemente E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 452 ss., con l'indicazione delle ragioni giuridiche per cui le leggi esistenti non avrebbero potuto sanzionare la pratica abortiva. Da un lato, infatti, chi, somministrando bevande senza intento omicida avesse determinato la morte della donna, non poteva essere assoggettato alla sanzione della *lex Cornelia* e l'aborto, d'altro canto, non era considerata uccisione di un homo, essendo il feto un *nondus natus*; dall'altro la non sufficienza della legge Pompeia, che punisce chi uccida volontariamente i propri genitori o la madre che uccide i propri figli, (secondo alcuni anche i feti sarebbero da intendersi come figli) e la necessità del rescritto imperiale per la donna che contro il volere del marito abortisse dimostra che a questa non era applicabile la *lex Pompeia*. Neppure il capo V della *lex Cornelia* era applicabile in via estensiva a chi avesse procurato l'aborto: in questo si prevedeva che le pene stabilite per l'omicidio venissero applicate a quanti trafficavano o procuravano veleni *necandi hominis causa*: tuttavia, seppur tra i mala *medicamenta* possano ricomprendersi anche pozioni abortive che talvolta potevano anche mettere a rischio la vita della donna, queste ultime non venivano prodotte e fornite allo scopo di uccidere la donna, ma di indurre esclusivamente l'aborto (cfr. sul punto le osservazioni di C. TERRENI, *Me puero*, cit., 283). Sul contenuto della *lex Cornelia*, sui problemi interpretativi e sulle ipotesi in essa sanzionate, cfr. J.-L. FERRARY, *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, in *Roman Statutes*, a cura di M.H. Crawford, London, 1996, 749 ss.; F. CAVAGGIONI, *Mulier rea. Dinamiche politico-sociali nei processi a donne nella Roma repubblicana*, Venezia, 2004, 58 ss., con i problemi affrontati in dottrina circa il *venenum* abortivo come *malum venenum*.

<sup>297</sup> Un'ipotesi di procurato aborto non voluto dalla donna e cagionato da un terzo a causa di un pugno inferto è trattata da Ulpiano nel commento alla legge Aquilia, in un passo riportato in D. 9.2.27.22: Ulpiano sostiene che Bruto riteneva applicabile la *lex Aquilia* al terzo che aveva procurato l'aborto della schiava (o della cavalla) e che sarebbe perciò stato tenuto al risarcimento pecuniario del danno come per *ruptum*. Cfr. sul punto E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 189 s. e nt. 115; diffusamente M.V. SANNA, *La rilevanza*, cit., 175 ss., per la quale non si può escludere che l'oggetto *ruptum* non sia la donna, ma il feto, con analisi anche delle varie tesi proposte in dottrina. Per l'ipotesi in cui ad una schiava sia somministrata ad opera dell'erede una medicina per non concepire o per abortire, schiava alla quale sarebbe stata concessa la libertà a condizione che partorisce tre schiavi, Giuliano avrebbe stabilito l'acquisizione dello *status libertatis*, perché con un solo parto la schiava avrebbe potuto mettere al mondo tre uomini (D. 40.7.3.16); se, invece, l'ostetrica abbia dato una supposta e la donna sia morta (caso in cui possiamo ritenere essere compresa anche la somministrazione di farmaco abortivo), Labeone distingue a seconda che fosse stata l'ostetrica a somministrare la bevanda o la medicina, o l'avesse solo procurato: nel primo caso, sarebbe colpevole di averla uccisa; nel secondo sarebbe stata convenuta con un'*actio in factum* (D. 9.2.9 pr.). Cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 343 s., 445.

<sup>298</sup> Identica sostanzialmente è la versione nelle Paul. Sent. 5.23.14.

bassa estrazione sociale, questi saranno puniti ai lavori forzati in miniera; quando invece si tratti di *honestiores*, saranno relegati in un'isola con parziale confisca dei propri beni, pur in assenza di dolo, poiché il comportamento è di cattivo esempio e perciò va punito. Se in conseguenza di quanto dato la donna dovesse perdere la vita, allora i terzi saranno sanzionati con la pena capitale<sup>299</sup>.

Leggendo il brano si vede che congiuntamente Paolo affronta due fattispecie differenti: la dazione di pozioni abortive alla gestante, da un lato; quella di bevande afrodisiache, dall'altro. Sebbene questo secondo caso non incroci l'interesse della presente ricerca, è opportuno tenerne conto, considerata la chiusura del brano, in cui la pena capitale è prevista nel caso di decesso della donna o dell'uomo.

Vi è, infatti, chi in passato ha letto in *homo* un riferimento al concepito, già *animal*, poiché avrebbe superato la fase di sviluppo dei primi quaranta giorni<sup>300</sup>: ovvero, il concepito sarebbe *homo* e la sua morte determinerebbe l'aggravio della pena dai lavori forzati o dall'esilio a quella capitale. La pregnante – *mulier* – potrebbe anch'essa decedere in conseguenza dei medicamenti assunti e, pure in tal caso, la pena da comminare al terzo sarebbe quella capitale. Se non mi inganno, però, una simile lettura è quanto mai labile, poiché il riferimento alla morte dell'*homo* e della *mulier* si riferisce all'*abortionis aut amatorium poculum*: sicché la donna potrebbe decedere sia in conseguenza dell'assunzione del farmaco abortivo, sia del filtro afrodisiaco; l'uomo per effetto della bevanda afrodisiaca data a lui da un terzo (ad esempio dall'amante), motivo per cui si parla della morte di un *homo*. Di tal ché non vi sarebbe ragione per scomodare il concepito come soggetto di diritto.

Alla luce delle fonti proposte parrebbe, come avviene nei passi in tema di *cura e custodia ventris* già analizzati, che il concepito non sia tutelato per la vita intrinseca in

---

<sup>299</sup> Se ci fosse dolo – e quindi la pozione è somministrata per procurare la morte della gestante –, si potrebbe far applicazione della *lex Cornelia*; ma in assenza dell'intento omicida, quando la somministrazione è diretta solo a provocare l'aborto, questa non si applica: tuttavia, per scoraggiare comportamenti di cattivo esempio, è comunque stabilita una pena seppur più lieve di quella al tempo applicabile dalla *lex Cornelia*. Se, nonostante la mancanza di dolo, fosse morta la donna, allora la pena sarebbe stata quella capitale. Cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 433 ss.

<sup>300</sup> L'interpretazione è stata proposta da A. MATTHAEUS, '*Commentarius ad lib. XLVII et XLVIII Dig. De criminibus*', edito prima *Ticinensis in duos tomos distributa et adnotationibus aucta T. Nani*, I, Napoli, 1772, 142; per altre fonti in cui *homo* sarebbe associato al concepito, cfr. P. FERRETTI, '*In rerum natura*', cit., 141 s. *Contra*, già W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian. Ein Hilfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Leipzig, 1844, 448; di recente, visione concorde è espressa da C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 290.

esso eventualmente contenuta, bensì per altri fini: come garantire la speranza di discendenza alla *familia*, l'accrescimento di questa e della *civitas*<sup>301</sup> e la tutela della trasmissione ereditaria, senza che la donna potesse di fatto oltraggiare il marito<sup>302</sup>.

In altre parole, la sanzione applicata a donne e a terzi che praticavano l'aborto è stata introdotta sul finire del secondo e l'inizio del terzo secolo d.C. per punire evidentemente una condotta che dal punto di vista morale, filosofico e nel pensiero sociale diffuso era divenuta o stava diventando deprecabile e che, giuridicamente, ha incontrato l'intervento pubblico per scongiurarne l'ulteriore diffusione tra le donne soprattutto dei ceti più alti<sup>303</sup>. Si pensi, ad esempio, ai passi di satire, poesie e commedie che descrivono le donne come sempre più indaffarate nel cercare rimedi contro le gravidanze indesiderate o frutto di rapporti adulterini<sup>304</sup>, e restie ad adempiere alla funzione procreativa e all'allattamento per non affrontare i dolori del parto e per vanità<sup>305</sup>. Potrebbe essere questo il costume, del quale le fonti extragiuridiche

---

<sup>301</sup> Si tratta del principio di *civitas augescens, civitas amplianda*, sul quale v. M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di 'civitas augescens'*, in *SDHI*, LXI, 1995, 759 ss.; EAD., *Diritto*, cit., 7; cfr. anche K. KAPPARIS, *Abortion in the Ancient World*, London, 2002, 148 ss., 194.

<sup>302</sup> Diffusamente, sul divieto di aborto diretto a tutelare la paternità, L. PEPE, *Pregnancy and Childbirth, or the Right of the Father: some Reflections on Motherhood and Fatherhood in Ancient Greece*, in *RDE*, II, 2012, 255 ss.; per le differenze con il mondo greco, EAD., *Abortion in Ancient Greece*, in *XIX Symposium of Greek and Hellenistic Law*, Harvard, 2013, 1 ss., 21 ss., con raccolta bibliografica ampia.

<sup>303</sup> Erano infatti le donne le farmaciste per eccellenza, capaci di creare medicinali e veleni, pozioni di ogni tipo, mettendo a rischio la propria e l'altrui vita. Sarebbero i secoli dell'impero a conservare la massima diffusione delle pratiche abortive: cfr., sul punto, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 199 e, in particolare, nt. 1, con la bibliografia. Sulla frequenza dei comportamenti menzionati e sulla progressiva «avversione giuridica dell'aborto», v. G. PUGLIESE, *Il ciclo*, cit., 77 ss.; di aborto diffuso come forma anticoncezionale tardiva E. STUMPP, *Prostitution in der römischen Antike – Medizinische Aspekte der Prostitution*, Berlin, 1998, 121. Cfr. anche J. CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma*, Bari, 1983, 106 ss.

<sup>304</sup> Cfr. ad esempio Svet. *Vita di Domiziano* 22; Ovidio *Heroides* 11.39 ss. Sulla diffusione dell'adulterio tra le donne romane, cfr. G. RIZZELLI, *'Adulterium'. Immagini, etica diritto*, in *RDR*, VIII, 2008, 1 ss.

<sup>305</sup> *Iuv. sat.* 6.592 ss.; 6.366-368; *Ov. am.* 2.14. 21-28 (con commento di J. WATTS, *Ovid. The law and Roman Society on abortion*, in *Acta Classica*, XVI, 1973, 89 ss., anch'egli escludendo che tradizionalmente l'aborto rientrasse fra gli omicidi), dal quale si desumerebbe la riprovazione sociale contro l'aborto (cfr., ad esempio, M.P. BACCARI, *'Curator'*, cit., 111; P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 101 ss., per il quale i versi ovidiani permettono di risalire al sentire sociale che avrebbe ritenuto il concepito quale individualità distinta dalla madre, posto che il poeta parla di «uccisione dei non nati», per cui la donna merita essa stessa la morte: C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 76 s.); Seneca *ad Helviam* 16.3; Gell. 12.1.6,8-9, sull'allattamento; Plut. *Moralia* 134 F, per essere di nuovo ingravidate e provare piacere. Anche nell'ambiente conservatore romano l'aborto è considerato uno *scelus*: v. Plin. *nat. hist.*, 10.83.172 (che scrive che gli esseri umani – tra cui le donne che praticano l'aborto – sono più nocivi e crudeli delle belve). Per presunti casi di aborti presenti in particolare nelle commedie plautine, cfr. l'analisi di E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 185 ss. e 231 ss.; circa la concezione sociale rinvenibile in opere letterali che vede nel concepito un individuo e che perciò rifiuta l'aborto, cfr. P. FERRETTI, *'In rerum natura'*, cit., 101 ss.; per testimonianze di aborti indotti dalle donne per motivi economici, ereditari e per protesta e



testimoniano l'esistenza più o meno sporadica quanto meno fin dai secoli repubblicani sino a diventare un fenomeno esteso e pericoloso per la sopravvivenza della *civitas* nei secoli imperiali<sup>306</sup>, rappresentante il panorama sociale dei rescritti contenenti le prime sanzioni pubbliche nel terzo secolo d.C.<sup>307</sup>, quando a praticare l'aborto fossero donne sposate o divorziate<sup>308</sup>: periodo del resto in cui la diffusione delle dottrine cristiane contribuiva a creare un'alternativa al pensiero stoico tradizionalmente accolto a

---

riportate nelle fonti anche mediche, cfr. E. NARDI, *Aborto e denaro in antichi dati*, in ID., *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, 479 ss.

<sup>306</sup> Vi è addirittura chi ha ipotizzato che l'aborto indotto abbia costituito una delle cause di spopolamento che in parte concorse a determinare l'estinzione di intere famiglie per assenza di eredi e la fine dell'impero: cfr., ad esempio, P. LAROUSSE, voce '*Avortement*, *Encyclopédie Historique*', in *Grand Dictionnaire universel du XIXe siècle*, I, Paris, 1865, 1086; M. VANLAER, *La fin d'un peuple*, Paris, 1895, 248; R.-A. MONPIN, *L'avortement provoqué dans l'antiquité (thèse en médecine)*, Paris, 1918, 109; I. GIORDANI, *Il messaggio sociale degli apostoli*, Firenze, 1938, 260; H. LEWANDOWSKI, *Costumi sessuali dell'antica Roma*, trad. it., Roma, 1965, 317. V. anche, sul rapporto tra politica demografica e divieto di aborto, K. KAPPARIS, *Abortion*, cit., 148 ss., 194.

<sup>307</sup> Lo stato dell'arte vede come tesi dominante quella che considera inesistenti sanzioni penali per l'aborto indotto sino al rescritto imperiale: cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 636 s.; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 386; U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 288; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, cit., 487 s.; C.A. MASCHI, *Il concepito*, cit., 389; K. KAPPARIS, *Abortion*, cit., 148 ss.

<sup>308</sup> Stando a Plut. *quaest. rom.* 278 B 56 e Ov. *Fast.* 619-628, le donne da sempre conscie della loro funzione generazionale avrebbero potuto minacciare gli uomini con la pratica dell'aborto come avvenne quando si sono opposte all'introduzione della *lex Oppia* del 214 a.C., con 'aborti collettivi', ottenendo due decenni dopo l'abolizione della norma che impediva loro l'utilizzo del calesse. In particolare, se nella testimonianza di Plutarco si parla genericamente di un accordo tra le donne di non rimanere incinte e di non partorire (implicitamente, quindi, contenendo il caso di donne gravide che per non procreare ricorrevano all'aborto), in Ovidio ci si focalizza sul ricorso all'aborto, descritto come un gesto temerario per espellere dalle loro viscere il peso che cresceva dentro di loro, gesti collettivi e crudeli contro i quali i padri reagirono e disposero sacrifici, finendo con il rivedere a favore delle donne la disposizione introdotta. Il racconto, per quanto intessuto probabilmente di leggendarietà, testimonia che la pratica abortiva era senz'altro diffusa tra le matrone romane del terzo/secondo secolo a.C. e che, contro tali fatti lesivi, i *patres* non potessero che sentirsi ingiuriati nella loro aspettativa di avere dei figli. Tornando invece alle origini della *civitas*, già per l'età regia, alcuni ritengono vi sia una testimonianza di repressione delle pratiche abortive compiute da donne sposate: Plut. *Vita Romuli* 22.3. Interpretando il passo come indicante l'aborto procurato mediante assunzione di farmaci si dovrebbe far risalire già a Romolo il rifiuto dell'aborto e la previsione della pratica come motivo legittimante il ripudio: cfr. R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002, 120 ss. Per E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 16 ss., invece, in quel passo vi è il riferimento al ripudio della moglie 'farmacista', pericolosa di per sé per la concezione della medicina, che si confondeva con la magia, propria di tutte le società primitive, secondo la quale chi sa manipolare intrugli e *medicamenta* può far del bene ma anche nuocere. Per Nardi, sarebbe infatti improbabile che si legittimasse il ripudio solo quando «l'uso dei farmaci avvenga a danno dei figli ... E, peggio, solo quando i farmaci stessi siano un mezzo d'aborto», mentre «assai più convincente è identificare, al di là di ogni limitazione, la prima causa di ripudio con la *φαρμακεία* in sé» (26 ss.). *Contra*, P. FERRETTI, '*In rerum natura*', cit., 108 ss. Per il procurato aborto come causa esclusivamente di effetti negativi civilistici per la moglie che sarebbe stata multata di un sesto del valore dotale come se quell'aborto contasse come un figlio, prima dell'età imperiale, cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 365 s.). Mentre Costantino non cita fra le cause di ripudio l'aborto muliebre contro la volontà del marito (C. Th. 3.16.1), né Teodosio II (C. 5.17.8.3), Giustiniano la reintroduce nel 533 (C. 5.17.10 o 5.7.11.2; Nov. 22.16.1 per poi, però, non riproporla nella Nov. 117.8 pr., di un decennio successiva. Per le costituzioni citate, cfr. C. TERRENI, '*Me puero*', cit., 297 ss. e ntt. 139 ss.

Roma<sup>309</sup>, qualificando l'aborto come attentato alla vita, seppur – a ben vedere – la legislazione romana imperiale non punisce l'aborto come uccisione del feto, bensì, come già rilevato, come lesione dell'interesse del *pater*.

Il racconto ciceroniano della donna di Mileto punita a morte, ripreso da Trifonino e giunto anche nell'originaria versione ciceroniana, però, sembrerebbe ad alcuni suggerire che già nel principio del I secolo a.C. vi fosse una repressione pubblica dell'aborto particolarmente dura e pari a quella riservata agli autori di omicidi<sup>310</sup> con la pena capitale. Due, però, sono le considerazioni che si ritiene opportuno svolgere: la prima prende avvio dalla collocazione geografica in cui avvengono i fatti richiamati dal giurista e da Cicerone; la seconda dalla connessione tra la repressione dell'aborto e il riconoscimento della personalità giuridica del nascituro.

Cicerone parla di una vedova pregnant originaria di Mileto, ovvero proveniente da una colonia ateniese assoggettata in quegli anni non all'ordinamento giuridico romano, bensì al diritto in vigore in Asia<sup>311</sup>. Pertanto, è possibile che la sanzione a cui fa cenno rispondesse alla previsione nel diritto locale della specifica ipotesi della vedova che abortisce per interesse. Se, al contrario, la disciplina richiamata dall'oratore fosse stata romana o la medesima di quella applicata a Roma, egli avrebbe utilizzato in via esemplificativa un fatto accaduto nel territorio romano senza scomodare i ricordi del suo viaggio in Grecia e in Asia<sup>312</sup>.

In ogni caso e a prescindere da tutte le considerazioni sovra esposte, poi, posto che il nostro interrogativo originario riguarda la condizione giuridica del concepito quale *persona* espressione di vita difesa dall'ordinamento giuridico romano, pare ancora una volta che il valore protetto non sia l'esistenza del concepito in sé e per sé

---

<sup>309</sup> Circa la diffusione del pensiero cristiano, cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 303 ss. e nt. 1.

<sup>310</sup> Vi è addirittura chi ha ipotizzato che il racconto ciceroniano abbia manifestamente ispirato le disposizioni molto più tarde di Severo e Antonino: cfr. G. GLOTZ, *La solidarité de la famille*, Paris, 1904, 352, nt. 4. *Contra*, E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 218, nt. 36.

<sup>311</sup> Cfr., concordi sul punto, L. ARMAROLI, *Ricerche*, cit., 39; E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 223 s., nt. 46, con ricca bibliografia; 416 s., nt. 273, con dottrina ipotizzante altre tesi; C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 284 s., nt. 102. Anche G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 199, afferma, a proposito della condanna capitale, che essa è avvenuta «non certo per diritto di Roma».

<sup>312</sup> Del resto non appare nemmeno chiaro da chi sia stata giudicata la donna e secondo quale diritto, asiatico o greco, né a quale titolo (aborto od omicidio); il fatto che abbia abortito in cambio di denaro, potrebbe aver inciso aggravando la sanzione o determinando la punibilità stessa del fatto altrimenti non rilevante penalmente, ipotesi tutte abbozzate – senza poter dare risposta alcuna – E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 227 s.

considerata, ma l'integrità dell'ordine successorio e la non dolosa alterazione dello stesso in cambio di denaro mediante l'intervento sul concepito: non a caso si dice che l'aborto era stato oggetto di un accordo pecuniario tra la pregnant e i secondi eredi<sup>313</sup>, ovvero con coloro che avevano interesse alla mancata nascita di postumi altrimenti preferiti nella successione ereditaria determinando l'esclusione dei 'committenti'.

L'esempio della donna di Mileto è introdotto da Cicerone al fine persuasivo di far apparire nella sua arringa la controparte Oppianico da Larino, come meritevole della pena più alta, poiché egli sarebbe in grado di rendersi autore dei più atroci delitti pur di ottenere l'eredità, come uccidere più di uno in un corpo solo<sup>314</sup>. L'uomo, infatti, si macchiò dei più gravi delitti<sup>315</sup>: uccise il fratello ma, per assicurarsi la sua eredità, commise prima altre crudeltà, come l'avvelenamento della cognata Auria, incinta del fratello e in prossimità del parto, per eliminare con un solo gesto la donna e il nascituro potenziale erede, per il quale neppure il grembo materno ha costituito idonea custodia. A questo punto Cicerone propone il parallelismo con la donna di Mileto e le sue parole consentono di comprendere bene perché si contesta l'azione abortiva muliebre e di svelare i motivi per cui la donna viene sanzionata con la pena capitale: per aver determinato l'eliminazione della *spes patris*, della prosecuzione della famiglia e del suo nome, la trasmissione ereditaria, financo l'aumento della *civitas*, impedendo al concepito di nascere e di divenire cittadino, accostando così interessi privatistici-

---

<sup>313</sup> Proprio il ricorso all'aborto per interesse economico ha indotto parte della dottrina, che vede l'intero passo espressione del diritto romano, ad individuare due ipotesi criminose distinte: l'una appunto esplicita nell'esempio ciceroniano, più grave e punita con la morte della donna che si lascia corrompere dai secondi eredi; l'altra oggetto del rescritto, meno grave, in cui la divorziata abortisce per fare un torto al marito, punita con l'esilio temporaneo: cfr. J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum Liber XIX*, cap. IX, in ID., *Opera*, I, Prati, 1836, 848 ss. Nelle stesse pagine l'autore, come *ratio* giustificativa della diversità della condanna, abbozza anche l'idea che derivasse dalla maturità gestazionale: nei primi quaranta giorni, poiché il feto non sarebbe ancora formato (nel senso di animato), si dovrebbe applicare l'esilio; dopo questo termine la più grave sanzione capitale. Questa seconda ipotesi, però, non ha trovato l'adesione della dottrina dominante. Anche tra quanti, unitamente a Cuiacio, giudicano il passo di Trifonino come espressivo di due ipotesi criminose, infatti, prevale l'idea che sia la ragione per cui si ricorre all'aborto a determinare l'una o l'altra pena e che presupposto comune sia il feto dopo i quaranta giorni, già ritenuto *homo* (v. A. MATTHAEUS, *Commentarius*, I, cit., 145, n. \*). Per G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 157 ss., si dovrebbe concludere che la sanzione normalmente inflitta a Roma per l'aborto indotto è l'esilio temporaneo, mentre – in via eccezionale, nel caso di aborto a scopo di lucro – si sarebbe applicata la pena capitale.

<sup>314</sup> Cicerone allude appunto all'uccisione della donna gravida (come se costituisse un pluriomicidio). Ma v. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 219 s., nt. 41, che, richiamando la concezione stoica diffusa all'epoca, conclude che si tratta di una «avvocatesca ricerca di effetto».

<sup>315</sup> Cic. *Cluent.* 11.31.

familiari a interessi pubblici<sup>316</sup>. Allora, continua l'oratore, se l'ignota donna di Mileto è stata giudicata meritevole di una punizione così alta perché, aggredendo il proprio corpo e infliggendo dolore a se stessa, ha raggiunto questo effetto, a fortiori merita la più grave sanzione Oppianico, il quale ha ottenuto lo stesso risultato mediante la tortura e la morte perpetrate su corpi altrui (quello del fratello e quello della donna gravida)<sup>317</sup>.

Inoltre, l'effetto retorico perseguito e l'indignazione che l'arpinate intendeva sollevare nell'uditorio<sup>318</sup> mediante il richiamo alla condotta muliebre inducono a pensare che per Cicerone quella vicenda rimanesse un *unicum* tanto da conservarne memoria in quanto era inusuale una simile reazione punitiva nelle terre romane<sup>319</sup>. Perciò, né le parole ciceroniane, né il richiamo compiuto in Trifonino paiono sufficienti a estendere la medesima sanzione alla Roma del I secolo a.C., ma neppure a quella del II-III secolo d.C.

Tra le ragioni per cui Trifonino, allora, a distanza di tre secoli avrebbe richiamato la donna milesiana prima di esporre il contenuto del rescritto di recentissima emanazione, vi potrebbe essere quella di presentare una «fattispecie affine», che in un

---

<sup>316</sup> Cfr. sul punto G. BRINI, *Il presunto concepito*, cit., 199 ss., che evidenzia come nelle parole di Trifonino risuoni il «solo tema familiare, per offesa coniugale», mentre nella fonte ciceroniana vi emerge chiaramente, oltre alla *familia* e alla *gens*, la società pubblica, la *res populi*, l'*universitas*, valori sociali che per Brini pervadono tutti i campi del diritto civile e criminale in tema di concepito.

<sup>317</sup> Continua poi Cicerone (Cic. *Cluent.* 12.33-34) a ricordare altri delitti di cui si è macchiato Oppianico sempre allo scopo di procacciare eredità: alla morte del cognato Gneo Magio, Oppianico ne bramava l'eredità, ma il *de cuius* ben conoscendo l'indole di Oppianico, saputo che la moglie era incinta, istituì erede il figlio concepito e legataria la moglie (futura madre), a condizione appunto che la gravidanza conducesse alla nascita del *filiius*, altrimenti la moglie nulla avrebbe ottenuto. Per il caso di mancata nascita, sarebbe divenuto erede il figlio di Oppianico, nipote della moglie. Nulla era invece previsto per Oppianico, il quale consegnò alla gestante una somma di denaro corrispondente al valore del legato e altri doni, affinché la donna abortisse, consentendo al figlio di Oppianico di divenire erede. Scrive Cicerone che quel compenso, più che definirsi pagamento di legato venne ad essere in sostanza la vendita della speranza di nascita sulla quale il marito credeva: sostanzialmente la moglie di Gneo Magio si rese autrice di un comportamento analogo a quello della donna di Mileto. Per C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 286, non è importante che Cicerone non abbia richiamato a tal proposito il caso della donna di Mileto: circostanza che, a mio avviso, non è spiegabile neppure alla luce delle ragioni che l'autrice crede di individuare (cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 220 s.). Le parole ciceroniane, oltre che rilevare in tema di aborto, sono oggetto di disamina in F. LAMBERTI, *Studi*, I, cit., 134 ss., come indizio della facoltà esistente nel I secolo a.C. di istituire erede un postumo.

<sup>318</sup> Secondo C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 285, l'esempio della donna di Mileto non avrebbe esaurito il suo effetto sul piano retorico, ma avrebbe fatto leva sulla generalizzata convinzione «identificabile nella separazione concettuale tra gestante e feto, valutati quali individui distinti».

<sup>319</sup> H. BRECHT, voce *'Partus abactio'*, cit., 2046 ss., rileva che la condanna capitale inflitta alla donna di Mileto senz'altro ne determinò una particolare notorietà.

«piano di analogia comparatistica» avrebbe funto da «lontano precedente esterno»<sup>320</sup> noto, per poi dare conto della fattispecie romana da cui aveva tratto origine il rescritto imperiale, cronologicamente contestuale o di poco precedente a quando egli scrive, con maggiore precisione rispetto a quanto risulta – almeno dai passi conservati nel Digesto – da Ulpiano e Marciano<sup>321</sup>.

Solo a partire dai rescritti imperiali, quindi, l'aborto condotto dalla donna senza il consenso del coniuge diviene uno dei *crimina extraordinaria* puniti dal preside della provincia quale rappresentante del potere repressivo pubblico.

### 1.10. Brevi riflessioni conclusive su aborto e concepito.

Per concludere, esaminate le varie fonti giuridiche e l'orazione, seppur dovendo ribadire, ancora una volta, che l'esempio della donna di Mileto non può essere utilizzato quale prova della legislazione romana del I secolo a.C., si desume, a ben vedere che se la punizione dell'aborto favorisce la fisiologica prosecuzione della gravidanza e, nel caso non intervengano complicanze, l'*editio partus* di un nuovo nato è pur vero che la difesa della vita del nascituro – se di vita si vuol parlare – è meramente indiretta rispetto al fine perseguito dal legislatore: quello di permettere in primo luogo al *pater* di esercitare il suo potere sulla sua *familia*<sup>322</sup> senza vedere alterata la sua *spes patris*.

---

<sup>320</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 426. Per un'analisi delle ipotesi proposte in dottrina, C. TERRENI, *Me puero*, cit., 292 s., nt. 126.

<sup>321</sup> Per E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 427, Ulpiano aveva interesse a mettere in luce la competenza del preside della provincia sul nuovo intervento punitivo stabilito nel rescritto; Marciano concentrava l'attenzione sul fondamento e sul limite del rescritto: assicurare la tutela al marito non consenziente.

<sup>322</sup> Così interpretano i rescritti imperiali, ad esempio, G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione Gregoriana*, I, Macerata, 1840, 218; A. CHAUVEAU - F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, II, Bruxelles, 1863, 28 («l'avortement est puni uniquement parce qu'il prive le mari de son enfant»); S. MAYER, *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer, mit Rücksicht auf die neuen Gesetzgebungen, für Juristen, Staatmänner, Theologen, Philologen, Philosophen und Geschichtsforscher in Parallelen dargestellt. Ein Beitrag zu einem Systeme und zu einer Geschichte des Universalrechts*, II. *Das privatrecht*, Leipzig, 1866, 6 ss.; A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, 197; E. PESSINA, voce *Aborto procurato*, in *Enc. giur. it. Esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza*, I.1, diretta da P.S. Mancini, Milano, 1884, 57; F. PUGLIA, *Studi critici di diritto criminale*, IV. *L'aborto criminoso*, Napoli, 1885, 101; A. MOSCATELLI, *La condizione della donna nelle società primitive e nell'antico diritto romano studiata nei suoi rapporti colla evoluzione storica della famiglia*, Bologna, 1886, 124. Una raccolta bibliografica completa degli autori che nel corso dell'800 e del '900 hanno aderito a questa tesi è contenuta in E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 303 ss., nt. 4.

Qualora si mirasse alla tutela della vita del concepito, come soggetto dotato di individualità propria, indipendentemente dalla condizione della gestante, libera, moglie, divorziata<sup>323</sup>, vedova<sup>324</sup>, adultera<sup>325</sup>, meretrice, e dall'accordo con il potenziale padre<sup>326</sup>, si dovrebbe conservare la stessa reazione giuridica, invece così non è<sup>327</sup> e al di fuori di quelle ipotesi – le uniche ad assumere quanto meno in età imperiale rilevanza pubblica – è lasciato al privato e sostanzialmente alla donna o alla concorde volontà dei futuri genitori, e quindi allo spazio privato domestico, la determinazione circa la prosecuzione della gravidanza.

Del resto, che fosse questa la concezione propria del diritto romano, ancora sul finire del II secolo d.C., è testimoniato da Tertulliano, che in modo inequivocabile

---

<sup>323</sup> Circa la non applicazione dei rescritti imperiali alle donne per concepimenti avvenuti fuori da giuste nozze, cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 186, nt. 3; S. REINACH, *Cultes, mythes et religions*, III. *Morale orphique et morale chrétienne*, Paris, 1908, 280; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 386; ID., *Diritto penale romano*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, I.1, a cura di P. Cogliolo, Milano, 1888, 246. Per E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 425, nt. 299, oltre alle divorziate «il raggio d'applicazione del rescritto dovette dunque precisarsi includendo le mogli in disaccordo (sul punto dell'aborto) col marito od ex marito, ed escludendo invece quelle d'accordo, e, a fortiori, le non coniugate».

<sup>324</sup> Cfr., ad esempio, L. ARMAROLI, *Ricerche*, cit., 40, per cui «l'aborto ... non fu mai biasimato fra le prostitute, fra le schiave, fra le meretrici e fors'anche fra le concubine»; recentemente, G. GALEOTTI, *Storia*, cit., 25, sostiene il marito aveva «anche la proprietà del corpo femminile»; pertanto, «la decisione di abortire era ... in realtà di pertinenza femminile solo per le donne non sottoposte a potestà come le prostitute».

<sup>325</sup> Interessante, pur priva di grande valore giuridico, [Quint.] *decl.* 277, risalente al primo secolo d.C., nella quale si sostiene che il marito che abbia ucciso la moglie adultera rimasta gravida non sia da ritenere colpevole di omicidio, né gli sia rimproverabile di non avere atteso il termine della gravidanza per ucciderla (com'è stabilito per le pene inflitte dai magistrati), perché la norma sul rinvio è stata introdotta per tutelare i padri incolpevoli che sperano nella nascita del figlio, altrimenti compromessa dalla sottoposizione della donna alla pena. Appunto per questo nulla si può rimproverare al marito, che ha ucciso la moglie gravida dell'amante. Inoltre, lo pseudo Quintiliano sostiene il marito non sia punibile di omicidio per l'aborto, poiché ciò che è nel grembo è dubbio che possa nascere (cfr. sulla declamazione E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 293 ss.; C. TERRENI, *Me puero*, cit., 287 s., con critica della lettura fornita da Enzo Nardi e accolta sopra; G. RIZZELLI, *Adulterium*, cit., 78 ss., nt. 283).

<sup>326</sup> *Contra* P. FERRETTI, *In rerum natura*, cit., 143 s., per il quale l'opinione dominante che vede sanzionato penalmente l'aborto in epoca classica solo nel caso di dissenso del coniuge, «non appaia più fondata di altre». Tuttavia, l'autore (come ha ben rilevato F. ZUCCOTTI, *In rerum natura*, cit., 13 ss.) non porta a sostegno della sua tesi alcuna fonte, né alcuna argomentazione se non quella per cui manca la certezza che non esistessero altre disposizioni sanzionanti l'aborto in quanto tale. Ferretti fa seguire alla sua affermazione queste poche righe, a chiusura del paragrafo e senza poi giustificare l'assunto: «Non ci sembra inverosimile, o quantomeno da non escludere, che tra la fine del secondo secolo e l'inizio del terzo secolo, una volta affermata e condivisa l'idea del concepito quale esistenza dotata di autonoma rilevanza, il procurato aborto sia stato sanzionato in quanto tale, ossia come atto lesivo di una individualità» (144). Ma, proprio questo dato – ovvero che il concepito avesse acquisito lo stato di individuo – avrebbe dovuto essere oggetto dell'argomentare dell'autore, mentre egli lo pone come un dogma.

<sup>327</sup> Cfr. G. HUMBERT, voce *'Abigere partum'*, cit., 8, per il quale l'aborto non viene punito in modo assoluto.

individua un'incompatibilità tra il pensiero romano e quello cristiano in punto di concepito: scrive che è omicidio impedire la nascita, poiché è uomo anche chi lo sarà<sup>328</sup>, al contrario di quanto avviene tra i gentili, che si ingegnano per liberarsi in anticipo del nascituro. In particolare, l'autore sostiene che *in nuce* vi è una differente prospettiva che conduce i cristiani a proteggere il concepito rispetto a quanto avviene tra i pagani: questi ultimi, quando lo rispettano, sono mossi da principi di tutela del patrimonio, dell'eredità e della sua trasmissione, dal *nomen* della famiglia che si trasmette alle future generazioni e, infine, della *res publica*, dimostrando così di realizzare una protezione mediata e subordinata rispetto ad altri beni ritenuti, evidentemente, prioritari. I cristiani, invece, lo rispettano in quanto *homo* o *spes hominis* e portatore di vita<sup>329</sup>.

Inoltre, l'iniziale astensione da parte del potere pubblico per il fenomeno dell'aborto, protrattasi fino alla fine del II e l'inizio del III secolo d.C., testimonia che tradizionalmente era la *familia* – in particolare il marito, violato nella sua *patria potestas* e nel suo *ius exponendi* – a occuparsi delle questioni familiari, tra le quali rientrava il controllo sul procurato aborto della gestante. In tal modo l'aborto rimaneva confinato alla sfera del privato<sup>330</sup> e il potere pubblico non interveniva mediante la predisposizione di un sistema repressivo criminale. A questo si è iniziato a ricorrere piuttosto quando il fenomeno ha assunto rilevanza sociale per estensione tra i ceti medio alti, mettendo in pericolo financo la sopravvivenza della *civitas* stessa, con la diffusione ormai incontrollata tra le donne della pratica abortiva, sul finire dell'età classica, epoca in cui la *familia* aveva perso il suo originario potere di cellula aggregante e autonoma/autocratica, decretando pertanto la sua recessione a favore dell'intervento pubblico<sup>331</sup>.

Quanto alla pretesa individualità del concepito e all'elevazione dello stesso a individuo autonomo, pare però che l'attuale stato delle fonti non consenta di parificare l'aborto al nato e di vedere nel primo un'ipotesi di omicidio. Al contrario, risulta invece

---

<sup>328</sup> *Apologeticum* 9.8/9.146; *ad nationes* I.15.8; *De exhortatione castitatis* 12.5 scritto nel 206 d.C.; *de anima* 36.4 e 37.2. Cfr. sul punto le osservazioni di C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 65 ss.

<sup>329</sup> Tertull. *Apol.* 9.146.

<sup>330</sup> Avrebbe cioè inizialmente operato il tribunale domestico. Cfr., *ex multis*, C. TERRENI, *'Me puero'*, cit., 276 ss.

<sup>331</sup> Cfr., ad esempio, V.M. PALMIERI, *Ginecologia forense*, Bari, 1945, 186; I. PALAZZINI, *'Ius'*, cit., 31 e 198; E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 428.

che la tutela del concepito fosse recessiva e indiretta rispetto agli interessi perseguiti dalla *civitas* ancora sul finire dell'epoca classica.

Non solo. L'impossibilità di parificare ed elevare a *homo* il *qui in utero est* è, a mio avviso, ribadita anche in Paul. Sent. 4.9.6, in cui il giurista scrive che *aborsus et abactus venter partum efficere non videtur*<sup>332</sup>, dal quale pare potersi desumere che, in ogni caso, l'ordinamento non considera l'aborto un parto, ossia non lo conteggia tra i nati, i quali invece avrebbero concorso al numero di figli per l'attivazione del Senatoconsulto Tertulliano e l'attribuzione del *ius liberorum* alla donna<sup>333</sup>.

Infine, la reazione dell'ordinamento giuridico romano dinanzi a una gestazione completa e terminante con un parto privo di vita è del tutto differente da quella riguardante la nascita di un *homo* vivo e deceduto a pochi istanti dalla nascita, a ulteriore riprova della capacità dell'ordinamento di non equiparare o assoggettare allo statuto personale colui che mai ha visto la luce.

---

<sup>332</sup> Sulle interpretazioni del passo, cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 430 ss.

<sup>333</sup> Sintetico ed efficace H. BRECHT, voce '*Partus abactio*', cit., col. 2047, che esprime il principio per cui «der nasciturus noch kein Mensch im Rechtssinne ist».



## CAPITOLO II

### L'EDITIO PARTUS. L'APPARIZIONE DI CORPI, DI VITA AUTONOMA E DI HOMINES

#### 2.1. Coordinate introduttive: il concepito per comprendere il nato.

Il capitolo che precede ha già permesso di evidenziare che l'attivazione del *ius personarum* è prudente e limitata nella fase gestazionale, tanto nei confronti del concepito, quanto dei terzi, sebbene il concepimento rilevi come momento attributivo di determinati stati e prerogative, che solo dopo la nascita potranno essere reclamati e attribuiti secondo il principio del *commodum* del nascituro. Un ambito giuridico che ha intrattenuto a lungo i *prudentes* è quello ereditario, con la predisposizione di un meccanismo di riserva preventiva di una quota dell'asse per il potenziale coerede (solo concepito alla morte del *pater*) e di sospensione della vocazione dei successibili di grado ulteriore, i quali diverranno eredi nel caso in cui il concepito non venga alla luce.

È già stato evidenziato, inoltre, che l'apertura al concepimento, oltre a essere progressivamente cresciuta con l'invenzione di strumenti e rimedi resisi opportuni in particolari condizioni della *mulier* e del potenziale *pater*, come la vedovanza della prima o il divorzio dei due, pare essere stata legittimata non da considerazioni attinenti l'esistenza del nascituro e l'idea di questo come soggetto dotato di una propria individualità, quanto piuttosto di una *spes nascendi*, per il *pater*, per la *familia*, financo per la *res publica*. È sembrato, quindi, che l'orizzonte comune a tutte le cautele predisposte dal *ius* fosse rappresentato dalla nascita, la quale avrebbe coinciso con il termine a partire dal quale il concepito sarebbe venuto meno e con lui altresì le ragioni alla base delle tutele. In altre parole, chi o cosa sia il concepito dal punto di vista esistenziale non è argomento giuridicamente rilevante in un sistema casistico quale quello romano e pragmatico, che abbisognava di qualcosa di reale su cui poggiare la disciplina: il corpo umano.

Rigettando, quindi, la tesi dell'esistenza e della tutela della vita umana fin dal concepimento come principio insito nell'ordinamento, si è al pari sostenuto che l'indagine circa lo statuto giuridico del concepito conduce tendenzialmente a un esito negativo rispetto a entrambe le categorie richiamate nelle pagine introduttive: *res* e

*persona*. Se il concepito ancora non è *persona*, perché non è nato, ciò non significa che sia una *res* giuridicamente intesa, una porzione di materia al pari di altre cose. Tale inquadramento non è possibile perché nessuna fonte permette di parificare il nascituro alle *res* visto il peculiare stato di fatto in cui esso si trova. La descrizione del concepito operata dal diritto coincide con la descrizione della madre pregnant e, in particolare, delle parti corporee coinvolte dalla gestazione: utero e ventre innanzi tutto, perciò porzione della donna o delle sue viscere. Egli manca del proprio corpo e della propria individualità evidente e necessita di essere definito mediante riferimenti corporei altrui.

Già nel concepito emerge, quindi, un'eccedenza giuridica rispetto alle due categorie tradizionali.

Nell'ottica somatica, le fonti sul concepito non permettono neppure di avanzare l'idea che il corpo e le sue parti, come il ventre, appartengano allo statuto reale. Le espressioni *portio mulieris*, *venter* e similari vanno a constatare esclusivamente la dimensione fisica umana, ma non la qualificano come appartenente a una categoria anziché a un'altra. Con parole diverse, cosa sia il ventre o cosa sia il corpo della donna non ha ricevuto risposta e, probabilmente, neppure è sorto un interrogativo a riguardo nel giurista antico.

Guardando ora al corpo a seguito dell'*editio partus*, potrebbe avvalorarsi la stessa conclusione negativa ottenuta sinora, o desumersi uno statuto del corpo umano entro le cose o entro le persone o divergente dalle due.

Per questo, si rivolgerà l'attenzione al momento di passaggio dal nascituro al nato, all'apparizione di un corpo al termine della gravidanza, al fine di verificare quali siano le caratteristiche somatiche richieste dal *iur personarum* per attivarsi in via definitiva, ponendo termine a quella parentesi prudente coincidente con la fase intra uterina.

## 2.2. *L'espulsione dell'aborto non è nascita di un 'homo'.*

Al termine del capitolo precedente, si è accennato a un passo tratto dalle Pauli Sententiae, che presenta elementi assimilabili al corpo nascente – e perciò ha trovato una prima collocazione entro la trattazione riservata alla gravidanza e al nascituro – e al corpo nato – per il qual motivo viene qui ripreso e sviluppato. E invero, tralasciando la

reazione pubblica dell'ordinamento dinanzi al procurato aborto, all'aborto si intende ora rifarsi per cogliere altri elementi costitutivi dell'*homo*.

Ebbene, dopo aver evidenziato che il nascituro non è di per sé un soggetto, non è destinatario di diritti almeno fino alla sua nascita, e l'induzione dell'aborto non è punita in quanto uccisione di un *homo*, si vogliono vedere le conseguenze civilistiche di un aborto, tanto spontaneo quanto volontariamente provocato, a beneficio o a carico del feto espulso e dei terzi.

Secondo la tesi proposta nel primo capitolo, infatti, il concepito nel grembo materno non è *homo* e non è nemmeno destinatario di alcun statuto assimilabile a quello reale. Si tratta ora di verificare se lo stesso possa dirsi nell'ipotesi in cui, a seguito dell'aborto, avvenga l'espulsione di un feto eventualmente 'vivo'. Va cioè appurato se quella separazione dal corpo materno equivalga a un'*editio partus* di un essere umano, a cui possono essere attribuiti, ad esempio, i diritti successori preventivamente oggetto di riserva.

Se così fosse, solo l'inclusione del corpo concepito entro il corpo muliebre separerebbe il nascituro dal nato e, una volta intervenuto il distacco tra i due corpi, ciascuno sarebbe da intendersi come *persona* nonostante la venuta alla luce sia effetto di un aborto.

La risposta all'interrogativo non tarda a rinvenirsi nelle fonti, che unanimi decretano inequivocabilmente come l'aborto non sia un *partus*, non sia un *homo*:

Paul. Sent. 4.9.6: *Aborsus et abactus partum efficere non videtur.*

Tanto in epoca classica, quanto nelle età precedenti e seguenti, l'indirizzo giuridico non muta. Alla fine del terzo secolo sono gli imperatori Diocleziano e Massimiliano a delineare le conseguenze della divergenza tra aborto e nato a livello ereditario, anticipando nella seconda parte un altro elemento che troverà approfondimento nel corso del presente capitolo:

C. 6.29.2: *Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum iuris evidentissimi est.*

Nel primo passo il giurista esclude che l'*aborsus* e l'*abactus* siano dei parti; nel secondo, si specifica che l'intervenuto aborto non cada il testamento paterno in cui non sia stato né contemplato né diseredato il postumo<sup>334</sup>. Nessun postumo preterito del resto si rinviene perché nessun figlio è nato, essendo intervenuto l'aborto. Si sancisce, cioè, l'esclusione tra i nati dell'aborto, il quale non rientra tra i successibili, non è erede del *de cuius*, né *ab intestato* (ipotesi contemplata nella costituzione), né parimenti nel caso in cui il *pater* avesse redatto l'atto di ultima volontà prevedendolo tra gli eredi.

Del primo passo due sono le principali spiegazioni a cui la dottrina ha aderito. La prima fa leva sulla definizione festina<sup>335</sup> e sull'opera di Nonio Marcello<sup>336</sup>, che contiene nel *De compendiosa doctrina* due termini parzialmente analoghi a quelli presenti nelle Pauli Sententiae. *Aborsus* indicherebbe l'intervenuto aborto nel principio della gravidanza, in prossimità del concepimento, mentre nell'avvicinarsi del parto si tratterebbe di *abortus* e ciò che nasce allora muore<sup>337</sup>, con ciò intendendo che «ad un certo punto della gestazione il feto è un essere vivente»<sup>338</sup> e sarebbe «destinato alla morte in sintonia con la nascita, per effetto, appunto, del prematuro intervento di quest'ultima»<sup>339</sup>. Per altra parte della dottrina, invece, i due termini *aborsus* e *abactus venter* contemplerebbero rispettivamente l'ipotesi di aborto spontaneo e di aborto indotto<sup>340</sup>, parificandone le conseguenze civilistiche.

La prospettiva di ricerca assunta mi esonera in questa sede dal prendere posizione, e mi induce piuttosto a evidenziare gli effetti giuridici dell'aborto, che, indipendentemente dalla causa dell'intervenuto aborto e dal tempo, paiono essere analoghi.

---

<sup>334</sup> Su cui v. almeno F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 115 ss.

<sup>335</sup> Fest. 27 (Lindsay): *abortum gravidæ mulieris dicitur, quod non sit tempestive ortum*.

<sup>336</sup> Non. Marc. *Corp. Doct.* 3.718 (Lindsay): *Aborsus et abortus significationes varias habent. Aborsus enim ille dicendum est, qui est in primis mensibus, cum conceptui exordium factumst; abortus, prope tempus pariendi; tunc enim moritus quod nascitur. in plurimis hæc reconditis invenimus*.

<sup>337</sup> Cfr. E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 430 ss.; G.B. IMPALLOMENI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996 (da cui si cita, già in *Iura*, XXII, 1971, 99 ss.), 273, nt. 13; C. TERRENI, '*Quæ Graeci*', cit., 17 s. Contrariamente si era espresso F. ISNARDI, *Principio e termine della personalità*, Torino, 1896, 41, 48, per il quale la proposizione *tunc ... nascitur* conterrebbe l'ipotesi del nato vivo subito dopo deceduto.

<sup>338</sup> E. NARDI, *Procurato aborto*, cit., 431, nt. 313.

<sup>339</sup> C. TERRENI, '*Quæ Graeci*', cit., 18.

<sup>340</sup> Questa la lettura di J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, I. *Parte general*, Madrid, 1960, 332.

Il passo tratto dalle Pauli Sententiae, infatti, attiene al Senatoconsulto Tertulliano, in base al quale la donna che avesse partorito tre volte se libera e quattro se ingenua avrebbe ottenuto il diritto di succedere al figlio premorto. Tra le condizioni di cui le fonti fanno menzione vi è il requisito di parti viventi avvenuti tra i sette e i dieci mesi dal concepimento<sup>341</sup> ed è in questo contesto che il giurista esclude vada annoverato l'aborto, il quale non concorre al *ius liberorum* della madre. Ciò significa, da un lato, che l'aborto non è un parto e, tale non essendo, non è neppure un *filiius*. Per essere *filiius* infatti bisogna essere *homo* ed è *homo* chi viene alla luce mediante regolare *editio partus*.

L'aborto è ai fini del Senatoconsulto Tertulliano *tantum non esset* e ancora una volta questa circostanza è sufficiente al *ius personarum* per non attivarsi, poiché manca il presupposto, tanto nei confronti del concepito-aborto quanto nei confronti dei terzi che dalla nascita avrebbero ottenuto vantaggi di vario genere, innanzi tutto patrimoniali.

La conclusione non diverge ponendo l'attenzione sulle parole più tarde della costituzione imperiale, in tema di successione del postumo: si esclude l'aborto dai successibili, al punto che l'eventuale testamento redatto dal *de cuius* non subisce alcuna conseguenza dall'intervenuto aborto. Al contrario, il testamento avrebbe subito la caducazione a favore della successione intestata se il concepito fosse nato e di lui non fosse stata fatta menzione. Ciò significa che quella presenza concepita e poi espulsa non basta a riconoscere come *filiius postumus* il concepito abortito e a determinare conseguentemente l'attivazione del *ius personarum*, affermazione che pacificamente si desume estendendo lo sguardo all'intera compilazione<sup>342</sup> e mai messa in discussione né dalla giurisprudenza né dagli interventi imperiali.

Sebbene nei passi a nostra disposizione non si faccia riferimento alla presenza di qualche funzione vitale nell'aborto, Giambattista Impallomeni avanza l'ipotesi che si trattasse dell'aborto «venuto alla luce ancora vivo»<sup>343</sup>, rifacendosi alla disciplina che si vedrà poco oltre essere applicabile al cd. nato morto. Per l'autore, essendo pacifico che

---

<sup>341</sup> Cfr. I. 3.3.2; Tit. Ulp. 26.8; Paul. Sent. 4.9 pr.-1.

<sup>342</sup> Cfr., ad esempio, Ulp. 8 *ad Sab.* D. 29.2.30.4: *Quid ergo si praegnas fuit, cum puteret heres non esse praegnatem et adiit, mox abortum factum est? Procul dubio nihil egerit. totiens igitur ei sua praesumptio proficit, quotiens concurrat cum veritate*; Gai 2.131 = I. 2.13.1: *... si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scripsit heredibus ad hereditatem adeundam*, su cui diffusamente F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 113 s.; recentemente C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 19 s.

<sup>343</sup> G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 273. *Contra* F.C. SAVIGNY, *System*, cit. 8, nt. i.

l'essere privo di vita non è *homo*, indipendentemente dalla maturità gestazionale, allora certamente non sarebbe sorta questione per l'aborto espulso privo di 'vita', che si trovava in uno stadio ancora antecedente rispetto al nato morto, mentre una specificazione sarebbe parsa opportuna quando il feto avesse manifestato qualche segnale di 'esistenza' (come dei movimenti intrauterini protrattisi nella fase espulsiva), escludendone l'assimilazione a un parto, ossia alla nascita di un *homo*.

Se il nato morto ha completato il ciclo gestazionale, ma, non avendo vita extra uterina, non è mai stato *homo*, lo stesso si deve dire per l'aborto, che non ha completato il ciclo gestazionale minimo indispensabile per lo sviluppo delle capacità, degli apparati e degli organi vitali e quindi è carente della possibilità di relazionarsi con l'esterno per l'espulsione precoce<sup>344</sup>. La vita extra uterina richiede che il feto sia maturo e almeno in potenza in grado di iniziare la vita autonoma con il completo distacco dalla madre. Quanto c'è prima, ancora una volta – movimenti, spasmi, residui della respirazione intrauterina – non è vita extrauterina: di tal ché nessun *homo* viene alla luce.

Pare quindi che l'aborto dipenda dalla fase della gravidanza in cui interviene l'espulsione e che sia la maturità minima del feto a distinguere un aborto da un nato morto o vivo<sup>345</sup>. Circa l'avanzamento della gestazione sono ancora le fonti a fornire risposta e tre sono in particolare i problemi per risolvere i quali i giuristi hanno dovuto risalire all'epoca del concepimento: l'esistenza del nato vivo, conteggiabile tra i figli ai fini del *ius liberorum* a cui già si è accennato; la legittimità del figlio concepito in matrimonio e la paternità del marito della gravida; lo *status libertatis* del figlio.

Alle Pauli Sententiae appartiene il passo seguente, che, nell'opera, precede le considerazioni circa l'aborto come assenza di parto (Paul. Sent. 4.9.6):

Paul. Sent. 4.9.1: *Matres tam ingenuae quam libertinae ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariat ... 5.*

---

<sup>344</sup> G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 273, preferisce associare all'aborto 'vivo' il termine morte: «È ingiusto considerare persona, con tutte le gravi conseguenze del caso, un essere destinato a morire praticamente subito, perché incapace di vita extrauterina normale». Per non cadere, però, in equivoci e desumere da queste parole che anche l'aborto e quindi prima di lui il concepito è vivo, sembra più adeguato dire che egli cessa tutt'al più di avere 'esistenza intrauterina'.

<sup>345</sup> Per R. AMBROSINO, *Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica in diritto romano*, in *RISG*, XVIII, 1940, 5, tra il nato morto e l'aborto incapace di vita la differenza è confinata meramente al livello dell'apparenza.

*Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo <aut> pleno [aut] decimo mense partus maturior videatur*<sup>346</sup>.

Dopo aver specificato che in base alla condizione della donna, ingenua o liberta, il *ius liberorum* viene ottenuto rispettivamente con tre o quattro parti, si afferma che questi devono essere vivi e avvenuti nel tempo compiuto. Al fr. 5 il termine di compiutezza gestazionale è fatto coincidere con il settimo mese, invocando – seppur con delle espressioni che si prestano a plurime interpretazioni – l'autorità di Pitagora, in base a cui dal settimo sino all'intero decimo mese il parte sembra maturo.

Il riferimento ai sette mesi viene ripreso anche in tema di legittimità del figlio da Paolo, all'interno dei suoi *responsa*:

Paul. 19 resp. D. 1.5.12: *Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.*

Rifacendosi all'autorità di Ippocrate, definito *doctissimus vir*, Paolo conclude che la nascita è perfetta nel parto settimino e, perciò, la filiazione del nato dopo sette mesi

---

<sup>346</sup> L'interpretazione del passo proposta in corpo di testo deriva dallo spostamento dell'*aut* prima di *pleno*, e pare la più consona a rappresentare il pensiero ippocratico e il senso complessivo del passo. Infatti, così posizionando la congiunzione, ne emerge che dal settimo al decimo mese compiuto la gestazione è regolare e il parto, lungo tutto questo arco temporale, può venire alla luce. Lasciando invece l'*aut* prima del *pleno*, ne conseguirebbe che il parto è tale se avvenuto una volta completato il settimo mese. Per F.C. SAVIGNY, *System*, II, cit., 405 ss., invece, il testo non va corretto e in base all'insegnamento pitagorico – desumibile anche da altri brani – a fundamenta del pensiero riportato nelle Pauli Sententiae si dovrebbe concludere che per i Pitagorici due soli fossero i giorni in cui il parto potesse nascere vivo: il termine del settimo mese (210° giorno); il 274° giorno dal concepimento, corrispondente a dieci mesi. L'assunto, giudicato possibile, ad esempio da G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 274 e ntt. 18 s., ma meno probabile, non pare però determinare un mutamento giuridico sostanziale della faccenda. Infatti, il richiamo a Pitagora non sembra sia inteso dal giurista come dirimente e dipendente dalle teorie filosofiche, ma piuttosto queste rappresentano un elemento con cui arricchire il responso proposto (se vogliamo per conferire maggior autorevolezza o per dare sfoggio delle proprie conoscenze). Il fr. 5 inizia con *septimo mense natus matri prodest*, senza alcun riferimento al fatto che quel settimo mese fosse da intendersi come già compiuto e solo dopo viene richiamata la ragione numerica pitagorica, che tuttavia non sensatamente può contrastare con quanto appena sostenuto dal giurista. Di tal ché se anche nell'originario pensiero pitagorico solo due fossero i giorni in cui il parto sarebbe venuto alla luce vivo, il giurista – come ipotizzato da G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 274, nt. 18 – potrebbe non aver nemmeno conosciuto con precisione la dottrina filosofica, o, conoscendola, averne fatto un rimando non tecnico o in senso estensivo. V. anche C. TERRENI, *Quae Graeci*, cit., 40 ss., per le dottrine mediche richiamate.

dalle nozze è legittima, con una presunzione di concepimento che avrebbe esplicitato effetti favorevoli per il nato<sup>347</sup>.

Il medico e filosofo greco, sempre a proposito di gravidanza, viene citato ancora da Ulpiano:

Ulp. 14 *ad Sab.* D. 38.16.3.12: *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit iusto tempore videri natum, nec videri in servitutum conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesium secundum diem esset manumissa.*

Il giurista riferisce che colui che ha visto la luce al centottantaduesimo giorno dal concepimento è – in base a quanto Ippocrate scrisse e l'imperatore Antonino Pio mediante rescritto stabilì – nato nel tempo giusto<sup>348</sup>. Perciò, non è da considerare nato in schiavitù se la madre sia stata manomessa prima di centottantadue giorni dal parto. **In quest'ultima parte echeggia il principio del *favor libertatis***, in base al quale, onde stabilire lo stato del neonato, si sarebbe guardato al momento più favorevole del concepimento (avvenuto mentre la donna era libera), o meglio alla situazione esistente sette mesi prima della nascita, tempo sufficiente per completare il tempo gestazionale minimo, per attribuire il rapporto di cognizione civile al nato<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> Per gravidanze durate oltre dieci mesi, come testimoniato in Gell. *Noct. Att.* 3.16.12, in cui Adriano, basandosi su non meglio specificati pareri di medici e filosofi, ritiene – *causa cognita* – legittimo il nato dopo undici mesi dalla morte del padre di una donna di retti costumi, su cui v. F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 42 ss. Cfr. C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 43 ss., la quale utilizza il richiamo nelle fonti a filosofie e teorie mediche per desumere che si intravede «nel pensiero giuridico e nel legislatore dell'età classica la preoccupazione di pervenire a soluzioni coerenti rispetto alla *rerum natura* e, proprio per questo, confortate dal riferimento alle regole emerse in sede di riflessione scientifica», con la rinuncia del diritto alla pura referenzialità, ma con la salvaguardia al contempo della sua autonomia attraverso l'attività interpretativa.

<sup>348</sup> Per il computo dei giorni, cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 275: «Ulpiano prescinde dai mesi, e precisa il periodo necessario in 182 giorni: ciò tenuto conto, a nostro vedere, che febbraio ha 28 giorni; che un periodo di sei mesi interi, ricomprendente febbraio, equivarrebbe nel minimo a 181 giorni; e che a questi va aggiunto il giorno con cui inizia il settimo mese (181+1), nel quale ben può aversi una nascita regolare». Lo studioso non ritiene convincente lo *Scholium* 12 di Enantiofane (B. 45.1.16 = D. 38.16.3.12), per cui alla base del dato ippocratico vi sarebbe il mese solare composto di 30 giorni, perché complessivamente si sarebbe arrivati a 181 giorni. V. anche C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 26 ss. e nt. 27, 30 ss., per ulteriore bibliografia, in part. 33, nt. 33.

<sup>349</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 275 e nt. 21 per altre fonti.



Nelle varie fonti incontrate, i giuristi, quindi, sembrano concordare che a partire dal settimo mese il feto si trova in una situazione di maturità gestazionale tale da essere idoneo alla vita extrauterina<sup>350</sup>. Di tal ch  una gravidanza giunta nel sesto mese non potrebbe condurre a un parto capace di vita autonoma, bens  a un aborto<sup>351</sup>.

### 2.3. *Il corpo senza vita: la contraddizione in termini del nato morto.*

Presenta analogie con l'aborto l'espulsione di un corpo privo di vita. In entrambi i casi, infatti, avviene una fuoriuscita del feto, nel primo indotta o spontanea e precoce, tanto da non consentire al feto di acquisire vita autonoma; nel secondo naturale con maturit  gestazionale, ma carenza di vita.

La disciplina riservata all'aborto gi  ha permesso di evidenziare, accanto al corpo mancante nel concepito come tratto distintivo rispetto all'*homo*, un ulteriore elemento indispensabile al fine di potersi avere un essere umano, ossia la presenza di una gravidanza avanzata che permetta autonomia di vita. Non stupisce, quindi, che, al pari dell'aborto, il nato 'privo di vita' rappresenti per l'ordinamento giuridico romano un ostacolo all'esplicazione del *ius personarum*. Nitidamente il concetto   espresso in Paolo, nel suo commentario alle leggi augustee *Iulia et Papia*:

Paul. 1 *ad l. Iul. et Pap.* D. 50.16.129: *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.*

Il passo   tratto dal I libro dedicato alle leggi dirette a incentivare i matrimoni e la natalit  per risanare i costumi corrotti<sup>352</sup> e rinvigorire le casse dello stato, prevedendo

---

<sup>350</sup> Cfr. concordemente G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 275.

<sup>351</sup> Cfr. R. AMBROSINO, *Il requisito*, cit., 5; P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 38, nt. 2; H. KRELLER, *Römisches Recht*, II, Wien, 1950, 90; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 294; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2010 (rist.), 138 e nt. 5; G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 274.

<sup>352</sup> Sulle leggi augustee, cfr., *ex multis*, R. ASTOLFI, *La 'Lex Iulia et Papia'*, Padova, 1970, *passim*; B. BIONDI, *La legislazione di Augusto*, Milano, 1939, 58 ss.; C. FAYER, *La 'Familia' romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II. 'Sponsalia'. *Matrimonio. Dote*, Roma, 2005, 571 ss.; sul *ius trium liberorum*, M. ZABŁOCKA, *Il 'ius trium liberorum' nel diritto romano*, in *BIDR*, XXX, 1988, 361 ss.; diffusamente, G. RIZZELLI, 'Adulterium', cit., 1 ss., 38 ss., nt. 141, con descrizione del contesto socio-culturale del tempo, dell'immagine della donna avvelenatrice, della connessione tra adulterio e omicidio e le conseguenze sulla politica augustea.

benefici crescenti per i genitori in base al numero dei figli, in ambito successorio e in quello politico, godendo dell'esenzione dalla tutela e da oneri pubblici, e così via. Scrive Paolo che coloro che nascono morti non possono dirsi né nati né procreati, poiché neppure per un istante si è potuto chiamarli figli.

In altre parole 'nato morto' è una contraddizione in termini, perché l'*editio partus* è quel processo che conduce alla venuta alla luce di un *homo*, di un *liber*. Chi, invece, non viene alla luce mai ha avuto una vita extrauterina, ovvero quella che inizia a partire dalla nascita e l'unica che consente al diritto di interagire con il nato *filius*. Ne deriva che, ai fini delle leggi augustee, uomini e donne non potranno conteggiare le gravidanze conclusesi in assenza di vita.

Senza voler isolare una contraddizione interna al testo, per cui Paolo dapprima direbbe *qui mortui nascuntur*, presupponendo un'avvenuta nascita, e poi *neque nati ... videntur*, a negazione della nascita stessa «in contrasto con la realtà», giustificando poi «la relativa operazione logica»<sup>353</sup> con la proposizione causale, pare che le parole di Paolo siano cristalline nel loro assunto: per il giurista è figlio solo il nato e per essere nato, ossia per aver visto la luce, per aver acquisito rilevanza autonoma, è necessario che dopo il distacco del feto dalla madre vi sia stato almeno un istante di vita autonoma. La nascita segna il passaggio dalla fase intrauterina (che, per i sostenitori della teoria della realtà, è un'esistenza riconosciuta e tutelata dal diritto come vita autonoma) alla vita extrauterina. Per questo Paolo spiega nella prima parte cosa accade, utilizzando un linguaggio a cui si ricorre ancora oggi per indicare la cessazione di funzioni vitali prima del completo distacco del feto, prima cioè che queste abbiano potuto manifestarsi all'esterno. Già nell'utero, quindi, interviene una complicanza che impedisce al feto, pur successivamente espulso, di *edere*<sup>354</sup>.

---

<sup>353</sup> Per C. TERRENI, *Quae Graeci*, cit., 12 s. e nt. 1, il passo racchiude due parti: nella prima si afferma una regola che contrasta con la realtà; nella seconda si giustifica l'operazione logica. Per l'autrice, infatti, il diritto negherebbe la qualifica di nati «sovrapponendo la valutazione giuridica all'oggettività dei fatti fino a produrre una vera e propria contraddizione in termini rispetto al precedente *qui ... nascuntur*» e indice di ciò sarebbe anche la presenza del verbo *videntur*: «La soluzione negativa non si basa, a sua volta, sul rilievo di un dato naturalistico collegato alla procreazione ed alla nascita ma su quello dell'irrelevanza, a determinati fini dell'una e dell'altra»; l'effetto ossimorico è rinvenuto anche da A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 17.

<sup>354</sup> G. RONGA, *Elementi di diritto romano*, I, Torino, 1870, 48, concludeva similmente che le vicende confinate allo stadio intrauterino e fino al completo distacco del feto dall'utero sono irrilevanti: prima di aver visto la luce, il nascituro perde il suo stato di 'essere in divenire' e quindi non acquisisce vita extrauterina.

Si è utilizzata l'espressione 'cessazione delle funzioni vitali', e non vita, per indicare il nato morto, per essere più aderenti alla fonte, per la quale non è possibile che intervenga la morte di chi non è nato; ma forse ancor meglio si potrebbero parafrasare i termini paolini con l'espressione 'mancata acquisizione di funzioni vitali autonome'. Intervengono cioè dei fattori – un ritardo nel parto, un errore umano, un difetto congenito del feto – tali da impedire a colui che si appresta a nascere di concludere il processo raggiungendo la vita autonoma. Per questo non sembra esservi in Paolo un contrasto con la realtà manifestata, ma anzi nel passo è contenuta la diretta conseguenza di quanto già emerso nella ricerca relativa al concepito e all'aborto.

Tanto il concepito, quanto l'aborto, financo il nato morto<sup>355</sup> sono privi di vita extrauterina, il primo perché ancora corporalmente dipendente dalla madre, il secondo perché espulso prima che il ciclo minimo gestazionale fosse compiuto ripercuotendosi sugli organi e sullo sviluppo fisico insufficienti a permettere autonomia di vita, il terzo perché espulso al termine della gravidanza, ma mancante di vita.

Le parole paoline, inoltre, non possono non ricordare il passo di Ulpiano, Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.9, incontrato a proposito della cura del ventre<sup>356</sup>, in cui il giurista giustificava l'immissione nel possesso del concepito ogni qual volta la disposizione testamentaria di diseredazione del potenziale postumo non fosse assoluta, ma lasciasse aperto lo scenario della nascita di un erede, con la proposizione finale *ne qui speratur ante vitam necetur*. L'apparente contraddizione tra *ante vitam* e il *necetur* è già stata oggetto di approfondimento nel precedente capitolo; basti qui sottolineare che la vita alla quale si riferiva Ulpiano e di cui il concepito era carente, nonché l'unica vita che consente al *ius personarum* di attivarsi, coincideva ancora una volta con quella extrauterina: colui che è *ante vitam* è il concepito e non avendo questa vita, l'unica chiamata tale dal diritto, allora non è tecnicamente uccidibile, ma se non lo si alimentasse, prima ancora della vita (nascita), gli si precluderebbe la speranza di raggiungere la vita.

---

<sup>355</sup> Cfr. su D. 50.16.129, F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 51, nt. 43, che infatti lo utilizza a riprova dell'assenza nel concepito di soggettività giuridica.

<sup>356</sup> Ulp. 41 *ad ed.* D. 37.9.1.9: *Sed et si quis ventrem exheredasset: 'qui mihi intra menses tres mortis meae natus erit, exheres esto' vel 'qui post tres menses', venter in possessionem utique mittetur, quia aliquo casu suus heres futurus est: et sane benigniorem esse praetorem in hanc partem oportebit, ne qui speratur ante vitam necetur.*

Similmente si esprime Paolo: associa la morte alla nascita, non per introdurre ciò che è avvenuto in realtà e che dal diritto è oggetto di una visuale distorta e contraddittoria, ma perché tale è l'unico lessico al quale si ricorre pur nella sua originaria inidoneità a descrivere la realtà, come precisa lo stesso giurista. Per Paolo, quindi, la nascita è solo il processo che culmina con la venuta alla luce di un *homo*, cioè di un essere umano vivo, altrimenti l'eventuale esistenza e qualsiasi processo biologico in corso si sono esauriti nel grembo materno, cioè nella fase intrauterina celata fisicamente e precedente all'attivazione del diritto delle persone.

È comprensibile, quindi, il motivo per cui in questo frammento sia stata solitamente colta una prova della mancanza di personalità del concepito, che ancora non ha completato il ciclo vitale e che al termine della gravidanza, e financo durante il processo dell'*editio partus*, potrebbe dimostrarsi incapace di divenire *homo*<sup>357</sup>.

Tuttavia, ancora si preferisce dare un'interpretazione cauta ed evitare altresì di ricavare dalla fonte una dichiarazione d'inesistenza del concepito. Il diritto non definisce cosa c'è prima della nascita, ma esprime quali siano il momento e la vita che fungono da suoi presupposti, individuando nell'*editio partus* il raggiungimento della vita autonoma, semplicemente perché ciò che la precede è estraneo al diritto romano dal carattere autolimitato, il quale fa ingresso lì dove esiste un *homo*<sup>358</sup>.

Come per l'esclusione dell'aborto tra gli *homines*, così l'estraneità del nato morto accompagna ogni settore del *ius personarum*, non solo ripercuotendosi sugli aspiranti genitori e beneficiari delle leggi augustee, sfondo del responso paolino, ma anche in tema di *ius liberorum*, com'è esplicitato nelle citate Paul. Sent. 4.9, in cui si richiedono nati vivi e giammai nati morti; e nel già preannunciato diritto ereditario, implicitamente desumibile, ad esempio, nella costituzione C. 6.29.2, in cui mentre l'aborto non causa la rottura testamentaria, la presenza di un *natus*, seppur subito dopo morto, invece, è idonea a configurare l'ipotesi del postumo preterito. Inoltre, anche per l'epoca post

---

<sup>357</sup> Cfr. ad esempio F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 51, nt. 43. *Contra*, C. TERRENI, '*Quae Graeci*', cit., 12, nt. 1.

<sup>358</sup> Conformemente si era espresso E. HERMANN-OTTO, '*Ex ancilla natus*', Stuttgart, 1994, 236, la quale anche a commento del frammento citato conclude che il nato morto non fosse mai stato per i romani un essere umano: «Die Totgeburt war für die Römer ebenfalls nie ein menschlichen wesen». *Contra*, C. TERRENI, '*Quae Graeci*', cit., 13, al pensiero della quale però non si aderisce, non riuscendo a intravedere nel frammento la valutazione giuridica che tradisce e che si impone sull'«oggettività dei fatti».

classica e giustiniana le fonti permettono di ribadire che il nato morto non è né nato né morto e non è perciò *homo*: il passo paolino, infatti, viene collocato nel libro finale della Compilazione, con ciò mirando a slegarlo dall'originario contesto limitato per elevarlo a principio generale dell'ordinamento<sup>359</sup>.

2.4. *Lo 'spiritus', la prova della vita e la presunta vitalità come requisito ulteriore affinché vi sia la nascita di un 'homo'.*

Nei diversi settori del *ius personarum* è risultata l'indispensabilità della vita extrauterina e, accennando a C. 6.29.2, è già emerso come alla fine del III secolo d.C. fosse pacifico che la nascita di un *homo*, pur seguita poco dopo dalla sua morte, bastasse a rompere il testamento paterno nel quale il postumo fosse preterito. Un istante di vita autonoma, un breve lasso temporale tra la venuta alla luce e il decesso erano capaci di cogliere l'esistenza fisica di un *homo* e per il diritto la presenza di un figlio postumo, erede legittimo del *pater* premorto<sup>360</sup>.

Parrebbe quindi che per aversi un *homo* il diritto richiedesse una gestazione sufficientemente matura, un'*editio partus* con vita autonoma. Tutto quanto non fosse nato vivo era 'non nato', un qualcosa che per il diritto non aveva raggiunto lo stadio per consentirne l'attivazione. Quanto sta prima della nascita precede il diritto e, in un certo senso, è carente dei presupposti in presenza dei quali il *ius personarum* ha materia e soggetti su cui operare. Tuttavia, dall'istante successivo all'*editio partus*, il nato è *homo* e, indipendentemente dal suo stato di libero, cittadino, *alieni iuris*, entra nel mondo del giuridico e vi rimane finché la sua vita si protrae, poiché è la sua presenza autonoma a costituire il fondamento del *ius personarum*, il quale altrimenti non ha ragione d'essere: non l'ha ancora e potrebbe non averla nel caso del concepito; non l'ha in via definitiva per l'aborto, per il nato morto, ma anche per chi è deceduto, considerata l'attuale inesistenza extrauterina.

Sembra, quindi, che la vitalità, ossia l'attitudine a protrarre la vita autonoma, la capacità di rimanere in vita, non sia invece un requisito costitutivo aggiuntivo. Al

---

<sup>359</sup> Concordemente, cfr. recentemente C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 13 s.

<sup>360</sup> Il concetto viene ben espresso, *ex multis*, da C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli, 2002, 47 s. Cfr. anche F. LAMBERTI, *Studi*, II, cit., 115.

massimo, ripensando a quanto detto in materia di aborto, una declinazione di vitalità in senso restrittivo potrebbe essere associata all'attitudine ad avere vita extrauterina, facendola coincidere con la maturità minima gestazionale, la quale costituisce il discrimine tra aborto e nato. Usando questo lessico, l'aborto non sarebbe vitale, perché è privo della capacità di acquisire vita autonoma in quanto il suo sviluppo organico non lo consente; per converso, il nato *cum spiritu*, cioè il nato vivo, avendo completato il ciclo gestazionale, è *homo* a prescindere dalla sua attitudine concreta a sopravvivere a medio e lungo termine.

Vi è anche chi, però, ha scorto nelle fonti una diatriba giurisprudenziale attinente alla necessità della vitalità, oltre all'avvenuta nascita, come capacità concreta del nato di rimanere in vita indipendentemente dal periodo gestazionale trascorso.

Entro la Compilazione residuerebbe un'importante fonte, rappresentata da una costituzione del 530: seppur appartenente al periodo post classico, trova cenno all'interno della presente ricerca perché in essa si farebbe riferimento ad una controversia che ha a lungo intrattenuto gli antichi *prudentes*, i cui *animi turbati sunt*, e coinvolgente le scuole e, quindi, già esistente in epoca classica.

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

Nell'approcciare il caso appartenente alle *quingenta decisiones*<sup>361</sup>, Giustiniano dichiara di porre fine mediante intervento imperiale al *ius controversum* formatosi in tema di manifestazione di vita, o per alcuni di vitalità, del nuovo nato.

L'ipotetica questione attiene alla posizione di un nato postumo non contemplato nel testamento paterno, né istituito né diseredato, il quale, al momento dell'*editio partus*, non ha emesso vagito. Due sono gli orientamenti originatisi: per il primo, proclamato dai Sabiniani, non vi era motivo di dubitare che il testamento avrebbe subito la caducazione dinanzi a un nato vivo, sebbene costui non avesse pianto. Qualsiasi segnale di vita, quindi, è idoneo a esprimere l'esistenza extrauterina almeno per un istante, come un respiro o un movimento corporeo.

Di contro, altri – la cui identità rimane silente, coincidente probabilmente i Proculiani<sup>362</sup> – ritenevano indispensabile il vagito, in mancanza del quale il testamento non sarebbe venuto meno.

Per porre fine alla discussione giurisprudenziale, l'imperatore ha statuito aderendo al pensiero espresso dalla tesi sabiniana, per cui, indipendentemente dall'emissione di voce, il nato avrebbe rotto il testamento, e infatti, immaginando un caso limite – il nato muto<sup>363</sup> –, la posizione antisabiniana finirebbe per decretare la morte di chi in realtà è vivo, ma privo di voce per disfunzione fisica. Pertanto, anche nel caso in cui dopo il parto il nato cadesse a terra o morisse nelle mani dell'ostetrica, e quindi venisse a mancare a pochi istanti dall'*editio partus*, egli sarebbe un *homo*. Quali requisiti indispensabili affinché sia individuabile un postumo, Giustiniano elenca *vivus perfecte natus* (proprio della tesi sabiniana), ripreso e sviluppato sul finale dalla voce imperiale con *vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium*.

Nel parafrasare il testo, però, mai si è fatto cenno alla vitalità, mentre poco sopra la costituzione è stata introdotta come fonte dalla quale il requisito della vitalità è stato

---

<sup>361</sup> Cfr. sulla costituzione C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle 'quingenta decisiones'*, Milano, 1999, 39; M. VARVARO, *Contributo allo studio delle 'Quingenta decisiones'*, in *AUPA*, XLVI, 2000, 409, nt. 93; 462, nt. 258.

<sup>362</sup> Cfr. O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., c. 216; G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 271; G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, 120 s.; C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 19. Tace sull'identità dei giuristi contrapposti ai Sabiniani B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 14 e nt. 36.

<sup>363</sup> Sui significati assunti nelle fonti da *si mutus fuerat*, cfr. C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 22 s., nt. 20.

da taluno intravisto. E invero due sono i modi di intendere la controversia alla quale Giustiniano fa riferimento: l'indice rivelatore della vita<sup>364</sup> o la necessità della vitalità, accompagnata eventualmente da una presunzione della stessa in determinati casi.

Per parte degli studiosi, infatti, argomento di *ius controversum* è stato l'avvenuto vagito come prova evidente di manifestazione di vita attuale e autonoma nel nato: orientamento perseguito dai Proculiani, i quali attribuivano rilievo esclusivamente dall'«effettività delle situazioni per la produzione dei relativi effetti giuridici», risultando non bastevole un movimento corporeo, poiché mancherebbe il «manifestarsi del neonato nel mondo della natura»<sup>365</sup>, in linea con il pensiero stoico, per il quale il feto avrebbe cessato la vita intrauterina con l'interazione d'aria tra il corpo e il mondo esterno, ossia con l'avvenuta respirazione testimoniata dal vagito. Al contrario, i Sabiniani, erano più inclini ad attribuire rilievo «a situazioni potenziali a prescindere dalla loro futura realizzazione in atto» e avrebbero seguito, in punto di nascita, l'orientamento aristotelico e la scienza medica tradizionale, aprendosi a qualsiasi segnale seppur labile dal quale desumere la presenza di vita<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> *Ex multis*, cfr. F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio*, I, Roma, 1920, 107 ss., il quale pur dice che il parto deve essere anche vitale, intendendo il parto non abortivo, con la precisazione che differente è riferirsi alla «non vitalità impropriamente detta» dell'infante che, «nato dopo il tempo ordinario della gestazione, è affetto da un vizio organico che rende impossibile il prolungarsi della sua esistenza»: indipendentemente dalla durata della vita è *homo*; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 14; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1998, 46, per il quale si può ammettere che i romani riconoscessero il requisito della vitalità soltanto nel caso di aborto già capace di respiro; A. BURDESE, *Istituzioni*, cit., 138 s.; V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli, 2002, 77, per il quale «il sottofondo di tale dissenso, che sembrerebbe senza senso, può essere stato invece costituito da un diverso modo d'intendere la qualità dei fatti da assumere a fattori di conseguenze giuridiche: quelli soltanto 'normali', cioè diremmo statisticamente più ricorrenti, come il pianto del neonato, o anche i fatti 'anomali'»; similmente, A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, Padova, 2010, 224 s., il quale individua in quella sposata dai Proculiani una tesi che guarda alla normalità delle cose, mentre in quella dei Sabiniani una teoria che considera la realtà delle cose; E. CANTARELLA, *Diritto romano*, Milano, 2010, 107, in relazione al momento in cui doveva considerarsi avvenuta la nascita, ossia il completo distacco dal corpo materno; G. GANDOLFI, voce *Nascita (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 510; U. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937, 49 s.; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1992, 47 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 41 s.; U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. Corso di istituzioni*, Napoli, 2008, 13; ID., *Categorie del diritto romano. L'ordine*, cit., 76 ss. Cfr. anche la bibliografia citata da G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 271, nt. 9. Per la dottrina ottocentesca, v. C. TERRENI, *Quae Graeci*, cit., 19 s., nt. 15, e 28, nt. 30 per gli autori che più recentemente si sono espressi a favore della sufficienza della vita.

<sup>365</sup> G.L. FALCHI, *Le controversie*, cit., 121.

<sup>366</sup> Cfr. G.L. FALCHI, *Le controversie*, cit., 121.



Posta in questi termini la questione è però parsa «talmente intuitiva», «lapalissiana, da far supporre che la controversia sia stata puramente riassunta dalla costituzione, senza riportare la motivazione della tesi scartata», poggiante su una **questione taciuta dall'imperatore, la vitalità**, giudicando invece insostenibile che il vagito fosse richiesto dai Proculiani «come prova della vita»<sup>367</sup>. Nessun giurista – scrive Giambattista Impallomeni – «avrebbe mai potuto ritenere morto l'essere invece vivo, qualsiasi fosse stato il segno rivelatore della vita, diverso dal vagito»<sup>368</sup>. L'assunto troverebbe conferma dall'interpretazione letterale e testuale della costituzione, dove la presenza di vita nel nato sarebbe un dato pacifico e presupposto, mentre il dubbio riguarderebbe un istante successivo alla nascita, momento in cui dovrebbe intervenire **il vagito**. Per l'autore, quindi, l'unica spiegazione logica possibile è che una parte dei *prudentes* avesse richiesto, oltre alla nascita, il vagito come «indice oggettivo» della vitalità o almeno prova «della sufficiente attitudine alla vita extrauterina, o se si voglia di autonomia di vita». Se la vita si fosse protratta, «la vitalità sarebbe risultata *in re ipsa* **indipendentemente dall'emissione della voce**». Al contrario, i Sabiniani e Giustiniano prescindono dalla vitalità, riconoscendo la capacità a succedere «a chiunque fosse nato vivo dopo sufficiente gestazione»<sup>369</sup>.

Invero, seppur così descritta la controversia antica potrebbe sembrare affetta da sconcertante banalità, tanto da dover intravedere in essa non una discussione sulla prova della vita, bensì sulla vitalità, sembra che alcuni elementi pragmatici possano suggerire il motivo della protratta visione discordante tra i giuristi.

Due in particolare sono gli elementi su cui si vuol porre lo sguardo. Il primo **attiene alla conseguenza della nascita sull'intera famiglia e sull'ordine dei successibili e degli eredi testamentari**. Considerato che un nato postumo, non diseredato né istituito

---

<sup>367</sup> G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 271. Recentemente pure C. TERRENI, '*Quae Graeci*', cit., 19 ss., ha individuato nei Sabiniani i «sostenitori della possibilità di desumere la vitalità anche da segni diversi» e nei Proculiani l'imprescindibilità del vagito, anche se poi inserisce la presenza del vagito entro i segni «dell'esistenza della vita», per concludere che «la costituzione ... si limitava a sancire una presunzione di vitalità a favore del neonato morto accidentalmente subito dopo la nascita, prima della verifica dei *signa* propri della vita».

<sup>368</sup> G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 271.

<sup>369</sup> G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 272. L'autore, in altro scritto, sembra più cauto: «La disputa, a giudicare dal testo di Giustiniano, non doveva riguardare una mera questione di prova della vita nel neonato subito morto, ma la necessità o meno di un ulteriore requisito, quasi di vitalità» (ID., voce *Persona fisica [dir. rom.]*, in *Noviss. dig. it.*, XII, 1965, 1015 s., ora in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 135).

erede in testamento, avrebbe determinato la rottura dell'atto di ultima volontà, non di rado sarebbero sorte questioni tra gli interessi contrapposti di quanti avrebbero ricevuto vantaggi e diritti dalla nascita del postumo e quanti invece dalla mancata nascita. L'erede istituito nel testamento, ovviamente, avrebbe conservato intatta la sua aspettativa successoria sino a consolidare la sua posizione di erede se la gravidanza si fosse conclusa con un aborto, un nato morto o – vedremo – un nato mostruoso, cioè la mancata apparizione di un *homo*. Di contro, i successibili legittimi del nato avrebbero goduto delle prerogative ereditarie provando l'avvenuta nascita del postumo.

Il secondo elemento è la frequente morte di neonati e di puerpere in fase di parto e in quella immediatamente successiva<sup>370</sup>. Se, infatti, la mortalità neonatale fosse stata irrisoria, probabilmente il problema giuridico non avrebbe assunto un'importanza tale da consolidare due orientamenti giurisprudenziali: indipendentemente dalla prova della vita (o dalla vitalità), l'esistenza extrauterina protratta bastava a se stessa senza che alcuno potesse reclamare una realtà difforme dall'apparenza consolidata. La nascita ravvicinata alla morte, le complicità in sede di parto, i ritardi nell'intervento da parte delle ostetriche, le scarse condizioni igienico-sanitarie concorrevano, invece, a legittimare dubbi circa il progressivo ordine degli eventi.

Interessi patrimoniali contrapposti, quindi, e alta mortalità i due argomenti alla base della controversia antica e ciò mi induce a reputarla rilevante in sede processuale, quando cioè sarebbe stata la vita del nato deceduto a costituire oggetto principe del giudizio.

Due erano infatti le questioni rilevanti: l'avvenuta nascita del postumo che – come già si è più volte detto – richiamava inevitabilmente la dimensione della vita, poiché è nato solo chi ha avuto vita extrauterina. Perciò provare la nascita significa provare la vita extrauterina.

---

<sup>370</sup> Cfr. a proposito delle madri I. 3.4 (... *periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam*). Per una stima della mortalità perinatale delle donne e sulla mortalità infantile, cfr. A. ROUSSELLE, *La politica dei corpi: tra procreazione e continenza a Roma*, in *Storia delle donne in occidente*, diretto da G. Duby e M. Perrot, Roma - Bari, 1990, 318 ss., 366, nt. 5 con la relativa bibliografia; L. MONTANINI, *Nascita e morte del bambino a Roma*, in *Ager Veleias*, V.XI, 2010, 5. Il momento del parto nelle fonti viene paragonato al combattimento e al pericolo che gli uomini affrontano quando sono impegnati in battaglia (sul punto, cfr. anche L.R. ANGELETTI - V. GAZZANIGA, *Storia, filosofia ed etica generale della medicina*, Milano, 2008, 96). Sulla morte e sepoltura neonatali in ottica archeologica e demografica, cfr. i rilievi esposti da F. GIOVANNINI, *Le sepolture neonatali di età romana rinvenute nel sito archeologico di Laion (Bolzano)*, in *Atti Acc. Rov. Agiati*, CCLVII, 2007, 239 ss., 256 per ulteriore bibliografia.

La seconda questione era legata al rapporto tra tempo del concepimento e tempo della nascita: chi infatti avrebbe beneficiato dalla mancata nascita, dinanzi a un ‘parto’ ‘vivo’ (volutamente virgolettati) avrebbe potuto semmai sostenere il carattere abortivo dell’espulsione, seppur il feto avesse manifestato dei segnali equivocabili di interazione con l’esterno una volta estratto dall’utero.

Ritengo, quindi, che la tesi proculiana, richiedendo il pianto, ancorasse la presenza di vita a una manifestazione inscindibilmente dipendente dall’avvenuta nascita (la respirazione autonoma) e, limitando a questa la prova di vita, scongiurasse pure la difficoltà di distinguere in alcuni casi tra aborto intervenuto quando il feto già era sviluppato e nascita precoce (nel principio del settimo mese). Il vagito avrebbe reso vana qualsiasi indagine ulteriore sul corpo e sul periodo intercorso fra il concepimento e la nascita.

Vieppiù. Non credo siano da sottovalutare – al fine di comprendere l’importanza dell’accertamento empirico della vita – le modalità con cui avveniva il parto e le persone coinvolte, soprattutto nei casi in cui il *pater* fosse premorto: ipotesi presupposta nella costituzione imperiale e dalla quale sorgeva potenzialmente un conflitto di interessi tra potenziali eredi, testamentari e non; ma anche nel caso in cui, morto intestato il *pater*, si sarebbe attesa l’eventuale nascita del postumo prima di chiamare all’eredità gli agnati di grado ulteriore. Questi avrebbero sperato in una mancata nascita, mentre altri nella venuta alla luce del postumo, il quale a sua volta dopo la precoce morte avrebbe trasmesso il patrimonio ai suoi eredi.

Le fonti storiografiche<sup>371</sup> e giuridiche riferiscono che durante il travaglio la partorientente è adagiata o seduta in una stanza all’interno della sua abitazione o di altra dimora, circondata da donne, libere e serve, fra le quali una o più ostetriche. Nel capitolo precedente si è, ad esempio, proposto il caso della gravida che, morto il marito, avesse denunciato il suo stato a quanti avevano interesse contrario alla nascita e alla conseguente facoltà di questi di mandare delle donne a osservare prima il ventre e

---

<sup>371</sup> Cfr. L.R. ANGELETTI - V. GAZZANIGA, *Storia*, cit., 97 s., dove si ricorda l’idea diffusa nelle società antiche che il parto costituisse un momento di contaminazione e di impurità, per evitare le quali gli uomini non partecipavano. La gestante era pertanto assistita dalla levatrice, dalle parenti e dalle vicine, similmente a quanto avveniva nella civiltà greca (cfr. L. BRUIT ZAIDMAN, *Le figlie di Pandora. Donne e rituali nelle città*, in *Storia delle donne*, cit., 410).

assistere poi al parto<sup>372</sup>. Nelle prescrizioni edittali, emerge con chiarezza che un certo numero di donne accedeva e stazionava nel locale adibito al travaglio, mentre gli uomini e altre donne attendevano fuori, all'uscio della porta o nella stanza accanto. Va da sé che, mentre l'*emissa vox* era un segno facilmente percepibile pure da chi stazionava altrove, essendo questi immediatamente reso edotto dell'intervenuta nascita, un movimento corporeo o altri segnali di vita labili erano più difficili da constatare già per l'ostetrica e per quante la aiutassero, e tendenzialmente impossibili da cogliere per quanti avessero la visuale preclusa. Quando allora tra l'espulsione e la morte vi era un breve lasso temporale, dalle modalità di prova dell'intervenuta nascita o del cd. nato morto sarebbero dipese di fatto le sorti della successione.

La soluzione accolta da Giustiniano e già propria del pensiero sabiniano era più aderente alla multiforme realtà, riconoscendo e consentendo di fatto l'accertamento della vita con qualsiasi mezzo, dando massimo rilievo alla nascita e perciò alla vita umana, senza che le maggiori difficoltà processuali costituissero motivo per sovrapporre alla realtà umana una prestabilita concezione giuridica, medica, filosofica, probatoria, incapace di rappresentare la realtà quando questa divergesse dal consueto. In altre parole, il fatto che fosse più frequente il vagito non autorizzava a desumere in via esclusiva da esso la vita, che ne era il presupposto e costituiva la verità sostanziale.

Così interpretata la *ratio* sottesa alla discussione giurisprudenziale e alla conseguente costituzione, le correnti dottrinali non vanno intese come «precisazioni oziose di giuristi», ma assumono un risvolto pratico notevole, considerato che «la venuta ad esistenza, anche se seguita subito dalla morte, può portare a spostamenti patrimoniali non irrilevanti soprattutto nell'ambito del fenomeno successorio»<sup>373</sup>.

Nel termine della Costituzione, si scorge un altro elemento che funge da requisito costitutivo dell'essere umano, ma che, al contrario dell'accertamento empirico della vita, non pare aver rappresentato motivo di diatriba tra i giuristi, posto che l'imperatore conclude ribadendo che il nato, per rompere il testamento, dev'essere vivo e aver completato il processo gestazionale, cioè essere un parto maturo e *ad nullum declinans monstrum vel prodigium*, senza soffermarsi, né proporre una definizione o un

---

<sup>372</sup> Ulp. 24 *ad ed.* D. 25.4.1.10.

<sup>373</sup> V. GIUFFRÈ, *Il diritto*, cit., 78; cfr. anche. U. ROBBE, *I postumi*, cit., 47.

chiarimento dell'assunto. Si giunge così alla forma umana, al fulcro della presente ricerca, ossia all'importanza del corpo umano per l'attivazione del *ius personarum*.

2.5. Il 'monstrum': la mancanza di forma umana a proposito del Senatoconsulto Tertulliano.

Un momento di tensione nel *ius personarum* sorge quando, al termine della gravidanza e nel processo dell'*editio partus*, venga alla luce un *monstrum* o un *prodigium*. Come per i casi analizzati precedentemente, in cui erano la vita e la maturità gestazionale a mancare e, quindi, a non permettere al diritto di ricollegare conseguenze alla presunta 'nascita', così dinanzi a un parto privo di forma umana la natura multiforme ha imposto alla giurisprudenza romana di vagliare se si trattasse di un *homo* o di qualcosa di diverso e se ricollegare a quell'apparizione gli effetti giuridici – primi fra tutti quelli ereditari – che spettavano ad esempio al nato postumo.

Sebbene il tema appaia oggi più un caso di scuola e privo di rilevanza nella prassi, le fonti antiche contengono testimonianze che sostanzialmente attraversano la storia romana, dalle origini<sup>374</sup> sino all'età giustiniana, come è già stato ricavato dall'avvenuto cenno a C. 6.29.3 pr.-1.

Rileva innanzi tutto un testo tratto dalle Pauli Sententiae:

---

<sup>374</sup> Cfr., ad esempio, quanto riportato da Dionigi di Alicarnasso (Dionys. *ant.* 2.15.2; cfr. FIRA 1.6) riguardo all'ordine di Romolo rivolto agli abitanti di Roma di allevare i maschi e le primogenite femmine, di non sopprimere nessun nato di età inferiore ai tre anni, a meno che non fosse deforme fin dall'*editio partus*; Cic. *leg.* 3.8.19 (*Deinde quom esset cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer ...*); a proposito v. la singolare interpretazione della disposizione decemvirale data da G.B. VICO, *Principi di una scienza nuova. D'intorno alla comune natura delle nazioni*, Firenze, 1847, 101, che ritiene vada ridimensionata l'importanza del *corpus* ai primordi della *civitas* e nel ricordare quanto scritto da Antonio Fabro nella *Giurisprudenza papiniana*, desume che «si dicono 'mostri' i parti nati da meretrice, perch'hanno natura d'uomini, insieme, e proprietà di bestie d'esser nati da' vagabondi o sieno incerti concubiti ... i quali la legge delle XII Tavole (nati da donna onesta senza la solennità delle nozze) comandava che si gittassero nel Tevere». Le suggestioni di Vico sono state poi riprese da F. MAROI, *L'interpretazione dei 'monstra' nella legislazione decemvirale secondo G.B. Vico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1956, 659 ss., per il quale in età regia e decemvirale i *monstra* di cui si occupano le disposizioni avrebbero compreso tanto gli esseri fisicamente mostruosi, quanto i mostri mistici, sino a comprendere il parto gemellare, il parto che veniva alla luce con una posizione inconsueta, o ancora il parto avvenuto in giorni nefasti, o generato da vestali. Tuttavia, come rilevato da L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, 401, le molteplici esemplificazioni sono «desunte pressoché esclusivamente dalle risultanze dell'etnologia giuridica, ma non vi sono nelle fonti elementi che supportino adeguatamente l'ipotesi».

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

Oggetto delle considerazioni esposte è a noi già noto, posto che Paul. Sent. 4.9 è stato richiamato a proposito dell'aborto (Paul. Sent. 4.9.6) e della durata normale della gestazione (Paul. Sent. 4.9.5 e 4.9.1), del *ius liberorum*, del numero e dei requisiti dei parti affinché la donna ne potesse godere, secondo le previsioni del Senatoconsulto Tertulliano<sup>375</sup>.

Dopo aver considerato il parto trigemellare inidoneo a configurare il *ter peperisse*, fornendo un'interpretazione restrittiva del testo del s.c., il giurista egualmente esclude che la nascita di un essere mostruoso o prodigioso potesse giovare alla donna, poiché non sono annoverabili tra i figli coloro che sono procreati *contra formam humani generis*. Dalla prima parte del brano si desume, quindi, che gli esseri privi di forma umana non sono figli, poiché figlio è *homo*, ossia colui che ha membra umane.

Posto che ai fini dell'esistenza di un uomo era necessaria la presenza di un corpo dotato di aspetti tipicamente umani, non qualsiasi difformità sarebbe parsa bastevole a traslitterare il nato entro gli esseri mostruosi. Nel discorrere del passo, pertanto, viene conteggiato tra i figli<sup>376</sup> il nato con una quantità di membra eccedenti rispetto al consueto, seppur entro determinati limiti, da valutarsi con tutta probabilità nel caso concreto, a seconda della parte somatica divergente. Entro tale ipotesi, si crede di poter inserire il nato complessivamente di forma umana con un'anomalia confinata a una

---

<sup>375</sup> A commento del passo, cfr. la bibliografia citata da C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 82, nt. 170.

<sup>376</sup> La seconda parte del brano non sembra affatto introdurre un'eccezione rispetto a quanto sostenuto da Paolo nell'*incipit* del testo (come ipotizzato da G. TROMBETTA, *Brevi note ricostruttive del regime giuridico dei 'monstra vel prodigia' secondo le fonti romane*, in *filodiritto.com*, 30 ottobre 2010) per cui il giurista avrebbe inteso scindere lo *status* di figlio dalla rilevanza del nato deforme ai fini del *ius liberorum*, intravedendo nel testo una soluzione di minor rigore e di benevolenza per favorire la madre conteggiando il nato con anomalie ai fini del *ius liberorum*, pur escludendone lo *status* di *filius*. La costruzione dell'intero passo è lineare: colui che aveva una forma del tutto divergente dall'essere umano non assumeva lo *status* di figlio e perciò non avrebbe giovato alla madre ai fini del Senatoconsulto, mentre colui che presentava sembianze umane con anomalie (*ampliatio membrorum*) era conteggiato, in quanto la forma anatomica, seppur in parte compromessa, lo rendeva uomo. *Status* di figlio e vantaggio per la madre si trovano in rapporto di consequenzialità in tutto il brano, giovando alla madre solo chi era figlio, di talché il nato con divergenze minori era a tutti gli effetti figlio. Conforme, D. DALLA, *'Status' e rilevanza dell'ostentum*, in *Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli, 1984, 521 ss.

parte corporea, come agli arti o al viso, **financo all'apparato sessuale**, come avviene per l'ermafrodita e di ciò si crede di rinvenire un valido supporto probatorio nelle fonti a cui progressivamente si approderà, ma è prima necessario guardare alla stessa fonte per com'è riportata entro le Pandette, nel libro d'apertura dedicato alla condizione degli uomini, contenitore delle coordinate del *ius personarum*.

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

Evidenti sono le modifiche operate dai bizantini, sebbene la conclusione rimanga conforme al testo ispiratore. Grazie all'inserimento del brano all'interno del I libro *De statu hominum* e all'estirpazione del riferimento alla madre e al *ius liberorum*, che aveva rappresentato l'occasione del responso<sup>377</sup>, il pensiero classico nella formulazione giustiniana è elevato a principio cardine valevole in ogni ambito del diritto<sup>378</sup>. Ciò che sembra immediatamente interessare ai compilatori è che gli esseri con tratti somatici contrari al genere umano non sono figli, non sono protagonisti e destinatari di alcun settore del *ius personarum*.

La duplicità di problematiche rinvenibile in Paul. Sent. 4.9.3-4 – da un lato, la possibilità per la madre di conteggiare e di succedere al nato mostruoso e, dall'altro, lo status del *monstrum* come figlio<sup>379</sup> – è condensata nella formulazione compilatoria<sup>380</sup> esplicitante le caratteristiche imprescindibili ai fini dell'appartenenza al genere umano. Il fatto che la madre non potesse succedere al mostro era una delle plurime conseguenze

---

<sup>377</sup> Tra i molti, D. DALLA, 'Status', cit., 523 s.; ID., D. 50.16.135: *sui perché di una 'lex specialis'*, in *Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 343; C. TERRENI, 'Quae Graeci', cit., 86 s.; A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 28 s.

<sup>378</sup> Cfr. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali: contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*. Parte generale, Cortona, 1933, 143 e nt. 3.

<sup>379</sup> Da alcuni indici testuali, ossia l'utilizzo del verbo *connumerari*, G. TROMBETTA, *Brevi note*, cit., par. II, ha desunto che Paolo non stesse disquisendo della «soggettività del nato con più membra», bensì si limitasse a equiparare il deforme al *filiius* «ai fini dello *ius liberorum*», ferma restando la qualifica di *monstrum*. Per Trombetta, quindi, «si può leggere D. 1.5.14 non come la declaratoria di soggettività per il mostro dal sembiante comunque umano contro il mostro totalmente disumano, quanto la mera computabilità del primo ai fini del solo *ius liberorum*, contrapposta all'irrelevanza completa del secondo».

<sup>380</sup> Cfr. L. MONACO, *Percezione*, cit., 410 s.

dipendenti dall'esclusione del non *homo* dal *ius personarum* e dalle questioni successorie<sup>381</sup>, in quanto l'esistenza del *monstrum* non è analoga a quella di un *fillius*. Riformulando il passo paolino in termini sillogistici, apparirebbe recitare che ogni figlio è *homo*; nessun *homo* è *monstrum*; nessun figlio è *monstrum*. La forma esteriore è assunta a tratto imprescindibile comune agli esseri umani e che li distingueva dagli dei e da altri esseri animati, tra i quali i nati da donna le cui membra erano tanto dissimili dall'uomo da non poter essere inclusi nel medesimo *genus*. Quando, invece, l'anomalia nel corpo era minima, la natura umana non subiva un pregiudizio fisiologico tale da ripercuotersi sul diritto, come avranno cura di ribadire anche i Basilici negli Scolii, nei quali a titolo esemplificativo si parlava del nato con sei dita<sup>382</sup>.

## 2.6. Presunti contrasti tra Paolo e Ulpiano: verso il corpo superabile.

Parte della dottrina isola all'interno della giurisprudenza classica soluzioni antitetich<sup>383</sup>, tali da mettere in dubbio che il *monstrum* fosse escluso dal *ius personarum* e da suggerire un atteggiamento più prudente, così separandosi la *persona* dalla forma esteriore.

---

<sup>381</sup> La stessa *ratio* condurrà Giustiniano a escludere l'applicazione dell'*agnatio postumi* a seguito della nascita di un *monstrum*: cfr. C. 6.29.3 pr.-1.

<sup>382</sup> Bas. 46.1.11 sch. 1 (Heimbach 4.549). Così, nello schiavo la presenza di dita in eccedenza non costituiva vizio (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.10.2). Solo le deviazioni intollerabili fanno venir meno l'*homo*: cfr. L. MONACO, *Percezione*, cit., 409 ss., la quale nota che «se per Servio *monstrum* è *quod humanam excedat formam*, per i giuristi invece, che si pongono nell'ottica del rilievo giuridico, non ogni deviazione ... comporta esclusione di personalità», con la conseguenza che anche il neonato con due teste e tutte le ipotesi di gemelli siamesi sarebbero state collocate da Paolo tra i figli (411, nt. 75). Cfr. D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 343, nt. 3 per esempi di mera *ampliatio membrorum*; E.M. POLO ARÉVALO, *'Conceptus'*, cit., 49 e nt. 69, la quale esplicita che il nato per essere giuridicamente persona avrebbe dovuto avere «*apariencia de humanidad*» e che «*no afectan a la apariencia de humanidad algunos defectos físicos presentes en el recién nacido, como la carencia de un miembro*».

<sup>383</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., 191, cita come testi dai quali emergono antinomie anche D. 50.16.135, Paul. Sent. 4.9.3, D. 28.2.12.1, su cui v. oltre; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 13; D. DALLA, *'Status'*, cit., 525 s.; ID., *D. 50.16.135*, cit., 345 s. «Evidente contrasto di opinioni fra giuristi», in particolare fra Ulpiano e Paolo, è intravisto da R. ASTOLFI, *La 'Lex'*, cit., 175, nt. 25; similmente M. ZABŁOCKA, *Il 'ius'*, cit., 370, secondo la quale le divergenze «rispecchiavano probabilmente i vari punti di vista della giurisprudenza romana»; C. FAYER, *La 'Familia'*, cit., 589 ss. Recentemente, sulla divergenza tra Paolo e Ulpiano a proposito della necessità della forma umana per aversi una *persona*, M.-E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Nacimiento de la persona: pasado y presente*, in *Foro. Nueva época*, XVI.2, 2013, 154 ss.; EAD., *El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del Código Civil*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, XVII, 2013, 585 ss.



Il testo che ha intrattenuto a lungo gli studiosi appartiene al commento di Ulpiano alle *leges Iulia et Papia* e conservato nell'ultimo libro del Digesto.

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

Ipotizza il giureconsulto che una donna avesse dato alla luce un prodotto portentoso, mostruoso, debole, con fattezze o vagito singolari, carente di sembianze umane e simile agli animali. L'interrogativo giuridico riguardava gli effetti che una tale nascita potesse determinare sui genitori: in particolare ci si chiedeva se potessero trarre giovamento da un simile accadimento e la risposta positiva fornita era inevitabile per il giurista, poiché sarebbe ingiusto accollare agli ignari e impotenti genitori l'esito inedito del parto.

Si è, tuttavia, dubitato sull'attendibilità del pensiero ricavabile da questo passo<sup>384</sup>. Basti considerare che il giurista accosta anomalie di differente entità – dal nato bestiale al *debilis*, carente di vitalità, passando per ipotesi che non avrebbero intaccato i tratti somatici umani –, mentre ben dimostra di conoscere la molteplicità delle variazioni somatiche e le conseguenze giuridiche delle stesse in un altro suo famoso passo, conservato sempre nell'ultimo libro del Digesto (Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38<sup>385</sup>). Non convince, inoltre, il passaggio dal singolare al plurale: il soggetto che potrebbe trarre giovamento dapprima è la madre, mentre sul finire sono entrambi i genitori a essere resi

---

<sup>384</sup> Cfr. *'Index Interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur'*, III, a cura di E. Levy ed E. Rabel, Weimar, 1929, cc. 586 s.

<sup>385</sup> Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38: *'ostentum' Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant.* In tale passo, oggetto di analisi nel corso dell'esposizione, Ulpiano riprende la definizione labeoniana di *ostenta*, individuando poi due *species*: la prima, comprensiva di tutto ciò che nasce con una parte del corpo contraria alla natura; la seconda, relativa al *prodigium*.

oggetto di considerazione da parte del giurista. Il suo responso quindi potrebbe risultare in forma rimaneggiata<sup>386</sup>.

Tuttavia, autorevole dottrina ha eccepito che una modifica bizantina in materia di *ius liberorum* e di leggi caducarie sarebbe risultata carente di pragmaticità, poiché progressivamente il numero di figli aveva perso rilevanza giuridica<sup>387</sup>.

Neppure ritiene convincente e logicamente sostenibile l'ipotesi avanzata da altra parte della dottrina di un rimaneggiamento avvenuto in epoca pregiustiniana Giambattista Impallomeni<sup>388</sup>, per il quale non bisogna dimenticare come le Pauli Sententiae abbiano mantenuto autorevolezza nel corso dell'età postclassica. Di tal ché sarebbe contrario alla logica ipotizzare che Ulpiano avesse originariamente espresso un principio conforme a quello sostenuto nelle autorevoli Pauli Sententiae (il *monstrum* non è *homo* e non ha rilevanza neppure ai fini delle leggi augustee) e che il suo pensiero sia stato stravolto successivamente da un glossatore, con la creazione di un'artificiosa antitesi tra i due giuristi<sup>389</sup>.

Più probabile per l'insigne romanista supporre che le incoerenze sintattiche rinvenibili in D. 50.16.135 siano dovute alla sintesi del pensiero originario, nel quale ben avrebbero potuto essere contenute delle esemplificazioni, con l'esposizione degli effetti derivati al padre e alla madre dalla nascita di un *monstrum*, senza spingersi a un rimaneggiamento sostanziale della soluzione originariamente prospettata. La stessa collocazione del passo all'interno del *De significatione verborum*, titolo vocato per lo più all'illustrazione e alla spiegazione di vocaboli, potrebbe far supporre che il pensiero

---

<sup>386</sup> La tesi è stata sostenuta da B. KÜBLER, *Über das 'ius liberorum' der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, in ZSS, XXX, 1909, 159 s. e riportata da E. ALBERTARIO, *Recensione a B. KÜBLER, 'Vocabularium iurisprudentiae romanae'*, Berlin, 1931, in BIDR, XL, 1932, 250; R. AMBROSINO, *In tema di interpolazioni*, Milano, 1939, 5 ss.

<sup>387</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 283. Fin dal 396 con la costituzione di Arcadio e Onorio l'elargizione del *ius liberorum* venne svincolata dal numero di figli, per venire concessa a chi ne avesse fatto richiesta (C.Th. 8.17.1); quanto alle leggi augustee, risale al 320 la soppressione a opera dell'imperatore Costantino dell'*incapacitas* dei celibi e degli orbi e al 410 con intervento di Onorio e Teodosio quella fra coniugi privi di discendenza. Successivamente, con Giustiniano il requisito del *ius liberorum* cessò di essere richiesto ai fini dell'applicabilità del Senatoconsulto Tertulliano (C. 8.58[59].2; I. 3.3.4; specificamente per la successione dei liberti cfr. C. 6.4.4. e I. 3.7.3).

<sup>388</sup> Tesi ipotizzata da D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 346, prova dell'influenza della dottrina teologica.

<sup>389</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 283.

ulpiano abbia subito una compressione imputabile ai giustiniani per assumere un tenore tendenzialmente definitorio anziché discorsivo<sup>390</sup>.

Ritenendo convincenti le argomentazioni di carattere storico-giuridico addotte a favore dell'autenticità di D. 50.16.135, non resta che riportare il contenuto a *Paul. Sent.* 4.9.3-4 = D. 1.5.14 mettendo in luce dapprima gli elementi dai quali è stato desunto un contrasto giurisprudenziale in materia somatica e le ragioni per le quali i giustiniani avrebbero deciso di conservarne memoria.

Ripensando infatti all'abolizione del *ius liberorum* realizzata dallo stesso Giustiniano, la rilevanza pratica della soluzione espressa in D. 50.16.135 si ridurrebbe a un'ipotesi di scuola, a un precedente «di carattere storico»<sup>391</sup>, che testimonierebbe la compresenza in età classica di un *ius controversum* ormai superato di cui si farebbe menzione perché il Digesto, oltre a essere un testo legislativo, è un «serbatoio di opinioni»<sup>392</sup>.

Allo stesso tempo, dai passi emergerebbe «una certa umanità del legislatore: ne conseguirebbe quasi un suggerimento d'ordine legislativo per l'interprete a propendere, in caso di incertezza circa eventuali questioni concrete, per la soluzione più benevola»<sup>393</sup>. Collocando e dando rilevanza «in luoghi e contesti chiave»<sup>394</sup> ai due responsi – ad apertura e a chiusura del Digesto –, si comprenderebbe come la regola coincidesse con l'irrilevanza giuridica del mostro (in quanto mai *homo*), mentre in D. 50.16.135 si affaccerebbe un'altra via<sup>395</sup>: non solo «un astratto indirizzo ermeneutico», ma «un generico e sussidiario 'suggerimento' per l'interprete»<sup>396</sup>, una «norma immediatamente operante nel sistema giustiniano», seppur d'applicazione secondaria e marginale, poiché destinata a intervenire in fattispecie che richiedono maggiore

---

<sup>390</sup> Cfr. D. DALLA, *'Status'*, cit., 530 (v., però, la nt. 26, contenente i limiti di un simile ragionamento). Per C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 90, il passo contiene «una matrice eventualmente classica», sottoposta successivamente a due modifiche: l'una consistente nella menzione dei *parentes* e l'altra nell'aggiunta della chiusa finale *neque debet*.

<sup>391</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 282.

<sup>392</sup> D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 347; similmente, ID., *'Status'*, cit., 532.

<sup>393</sup> G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 282.

<sup>394</sup> D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 346.

<sup>395</sup> Cfr. D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 346. Per C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 90, da D. 50.16.135 «può ... trarsi una sola conclusione sicura», ossia l'intento giustiniano di non valutare come *liberi* i nati privi di fattezze umane, «ma di realizzare una politica di benevola apertura nei confronti, se non altro, della madre».

<sup>396</sup> D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 347 s.

clemenza suggerita, quali la liberazione dal giuramento del liberto e l'adozione muliebre, secondo la tesi proposta da Danilo Dalla<sup>397</sup>.

Le diverse tesi ivi richiamate, però, presuppongono tutte un contrasto tra i giuristi: un divario che in epoca giustiniana sarebbe stato superato, ma che avrebbe attraversato l'età classica.

Altri studiosi, più cautamente, pur non negando una certa disparità di opinioni tra Paolo e Ulpiano, non si spingono a tal punto da teorizzare una divergenza sullo *status* di *monstrum* come non *persona* per Paolo e come *persona* per Ulpiano, bensì un'inclinazione del secondo a computare il deforme quando venissero in rilievo dei potenziali benefici per i genitori. Fermo e comune il presupposto che il *monstrum contra formam generis humani* non è *homo* e non è *filius*, per Paolo la conseguenza era che tali nascite fossero del tutto indifferenti e invece per Ulpiano conteggiabili, poiché l'ottenimento dei vantaggi non era radicato sull'esistenza di un figlio, ma sull'evento del parto in sé considerato. Accanto a Paolo, che correlava lo *status* di *monstrum* ai benefici,

---

<sup>397</sup> Cfr. D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 348 (la cui opinione è condivisa da C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 88 ss.). L'autore, sul punto, innova il suo precedente lavoro (D. DALLA, *'Status'*, cit., 532), dove, invece, interpretava il passo come contenente un mero «criterio di astratta benignità», privo di reali applicazioni pratiche e giustificato dal diffondersi delle opinioni teologiche intorno all'anima e alla resurrezione. Un'ipotesi che avrebbe potuto essere oggetto di un intervento benevolo è, in materia di giuramento, la liberazione del liberto dagli obblighi eventualmente prestati qualora avesse *in sua potestate ... duos pluresve a se genitos* (Paul 2 *ad l. Iul. et Pap.* D. 38.1.37 pr. e C. 6.7.3.1). Se si fosse applicato il rigido responso paolino, nel caso in cui il liberto avesse generato un mostro, non sarebbe stato liberato. La linea di tendenza giurisprudenziale rinvenibile sul punto, tuttavia, dimostra un certo favore nei confronti del liberto, giungendo a conteggiare anche i figli premorti al giuramento e a ritenere idoneo alla rottura del giuramento anche un solo figlio purché di età superiore al lustro: pertanto, non è escluso che la nascita del mostro fosse in età giustiniana un elemento a favore del liberto. Raccordando il Digesto alle Istituzioni giustiniane, in queste si rinvengono dei passi dedicati all'adozione muliebre, che per benevolenza del principe sarebbe stata concessa a colei che non ha figli, ma che ha conosciuto la maternità (I. 1.11.10), ossia a favore della donna che sia parsa fertile e che abbia perso i figli avuti. È quindi possibile che i compilatori, nella stesura del Digesto, abbiano ricordato tale ipotesi, concludendo che «a fine consolatorio e terapeutico» sarebbe stato preferibile ammettere che anche la partoriente un mostro potesse adottare (cfr. D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 350 ss., ntt. 30-32 e 36, il quale richiama a sostegno della tesi anche I. 3.3.4 e C. 6.58.12, e dove si legge che D. 1.5.14 conterrebbe la regola, mentre D. 50.16.135 «è generico criterio ermeneutico e aggancio per la legislazione speciale, materia per l'approfondimento degli studi», fra cui rientra la condizione della madre adottante). Tra le ipotesi in cui il numero di figli rileva ancora in età giustiniana, Dalla ricorda che nel Digesto è previsto l'esonero della tutela muliebre a favore delle donne che avessero tre o quattro figli (se liberte): tuttavia, come ha cura di precisare lo stesso studioso, si tratta di un'ipotesi priva di risvolto pratico, posto che giovano solo i figli vivi al momento dell'*excusatio* ed è del tutto improbabile che il *monstrum* abbia un'esistenza prolungata, «anzitutto per motivi biologici» (ID., *D. 50.16.135*, cit., 348).

vi era Ulpiano, che senza rinunciare all'incompatibilità tra *monstrum* e *homo* riusciva a scindere i due profili<sup>398</sup>.

Soffermandosi attentamente sulle espressioni utilizzate da Ulpiano, si scorge che il frutto delle nascite portentose e mostruose non è mai definito né figlio, né uomo. La circostanza mi fa ipotizzare che il rapporto di filiazione non avesse intrattenuto il giurista e che, conformemente a Paolo, per Ulpiano fosse sussistente qualora l'anomalia non avesse pregiudicato la riconoscibilità umana, di talché dai passi analizzati non è desumibile alcun contrasto circa i requisiti costitutivi dell'essere umano. L'accostamento in Ulpiano di deformità del tutto disomogenee – dal nato con fattezze bestiali al non vitale – è possibile perché, ai fini della fattispecie ipotetica affrontata, è indifferente che si trattasse della nascita di un *homo*<sup>399</sup>. Fermo restando che la legislazione augustea è pensata per incentivare le persone a sposarsi e a procreare, Ulpiano ritiene opportuno computare qualsiasi nascita, poiché prova che i genitori non si sono sottratti alla previsione legislativa anche quando per fattori che esulavano dal controllo umano la gravidanza sia sfociata in un *quid* non umano. Le sanzioni e l'*incapacitas*, per il giurista, avrebbero dovuto applicarsi esclusivamente a quanti si sottraevano alla gestazione e al parto<sup>400</sup>.

Nei termini delineati, si può concludere che per Ulpiano, al pari di Paolo, il nato totalmente mostruoso non fosse rilevante ai fini del Senatoconsulto Tertulliano, perché non era *homo* e non avrebbe trasmesso diritti di cui non era titolare in ragione della mancanza di forma umana. Né è possibile escludere a priori che in materia di applicazione delle leggi augustee Paolo adottasse un criterio simil-ulpiano, in assenza di passi sul punto.

In ogni caso, quindi, se si vuole individuare una diversità di opinioni tra i giuristi, il pensiero giurisprudenziale va circoscritto agli istituti rispetto ai quali Paolo e Ulpiano prendevano posizione (il Senatoconsulto e le *leges Iulia et Papia*), come ha peraltro sostenuto altra parte della dottrina<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> Cfr. L. MONACO, *Percezione*, cit., 412.

<sup>399</sup> Cfr. L. MONACO, *Percezione*, cit., 413.

<sup>400</sup> Della stessa opinione sembra essere C. FADDA, *Diritto*, cit., 31.

<sup>401</sup> Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, 106; J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Barcelona, 1958, 102, per il quale non bisogna dimenticare che i giuristi muovevano da questioni

La tesi non è andata esente da critiche, dal momento che per Danilo Dalla sarebbe «poco convincente, giacché le due soluzioni sarebbero motivate da ragioni relative al diverso ambito di applicazione, che davvero non si riescono a scorgere»<sup>402</sup>. Nel prosieguo degli studi, tuttavia, lo stesso studioso ha ridimensionato la sua conclusione, ammettendo che «in effetti, nell'interpretazione attorno al Tertulliano, il conflitto tra la madre e le attese del gruppo agnatizio avrebbe potuto suggerire a Paolo una maggiore severità»<sup>403</sup>. Sono proprio queste ragioni, se non mi inganno, a condizionare un sistema casistico quale quello romano e che non possono essere sottaciute se si voglia comprendere il più rigido atteggiamento paolino.

### 2.7. *L'ipotizzato contrasto in tema di rottura del testamento: il 'non integrum animal, cum spiritu'.*

La materia ereditaria, come già emerso a più riprese nel capitolo dedicato al concepito richiamando le ricerche di Francesca Lamberti, è una di quelle più ricche di casi ipoteticamente prospettati dai giuristi da cui si può desumere indirettamente la concezione giuridica del concepito e del nato la quale, se non mi inganno, risulta essere condizionata proprio dalla dimensione corporea nascosta nel primo e fisiologicamente presente o divergente nel secondo. Per ora, tuttavia, la ricerca non ha condotto a intravedere uno statuto del corpo nella giurisprudenza classica, ovvero non ha permesso di collocare entro una delle categorie esistenti di *res* e *persona* il corpo umano in sé e per sé considerato. Ha piuttosto permesso di inserire il corpo tra gli elementi costitutivi dell'*homo* condizionanti l'estrinsecazione del *ius personarum*. In altre parole, l'individuo risulta delimitato entro il mondo giuridico dal suo confine biologico (la nascita), che permette contestualmente di svelare il confine spaziale (il corpo umano o

---

pratiche; J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, *Sallio el fijo, visto et oydo*, in *AHDE*, LV, 1985, 406, tesi da ultimo giudicata plausibile da C. TERRENI, *Quae Graeci*, cit., 92.

<sup>402</sup> D. DALLA, *Status*, cit., 526. Lo stesso Impallomeni aveva escluso tale congettura, scorgendo invece una disparità di opinione tra giuristi (cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 283 s.), poiché anche il Senatoconsulto Tertulliano «vuole essere favorevole alla donna» e, quindi, «difficilmente avrebbe aggravato a suo danno le regole in tema di *ius liberorum*, rispetto ai principi già da tempo sanzionati dalla legge Giulia e Papia», seguito pedissequamente da L. MONACO, *Percezione*, cit., 412.

<sup>403</sup> Cfr. D. DALLA, *D. 50.16.135*, cit., 345.

mostruoso) del nato. Si è pertanto ipotizzato che il *ius personarum* romano sia caratterizzato da una tendenza doppiamente limitata: dalla forma e dalla vita.

Tuttavia, questa parziale conclusione, che pare per ora pervadere financo l'**esistenza intrauterina**, potrebbe essere sovvertita da un altro passo ulpiano, molto discusso in dottrina, tratto dal commentario *ad Sabinum*, dal quale potrebbe dedursi una maggior apertura del giurista verso il *monstrum*, che – per usare una terminologia moderna – sarebbe talvolta un soggetto di diritto, capace di avere diritti e di trasmetterli. È quanto sembra emergere in tema di *agnatio postumi* da:

Ulp. 9 *ad Sab.* D. 28.2.12 pr.: *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. 1. Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit.*

Dopo aver specificato che il nato da taglio cesareo è figlio legittimo ed erede del padre, il giurista si sofferma sulle conseguenze determinate dalla nascita di un *non integrum animal, cum spiritu tamen*, pervenendo alla conclusione che l'eventuale **testamento privo dell'istituzione o della diseredazione del postumo** sarebbe stato invalidato a vantaggio della successione legittima.

Il lessico a cui ricorre Ulpiano, però, non consente *prima facie* di comprendere chi o cosa sia nato: non compaiono infatti le tipiche espressioni riferibili al nato mostruoso – come *monstrum, portentum, prodigium, ostentum*<sup>404</sup> – pur utilizzate a più riprese dal giurista in altri passi già esaminati; né sovengono in aiuto i vocaboli incontrati a proposito del feto abortito, né tanto meno sembra rientrare tra i casi che pongono difficoltà circa la prova della vita, non facendosi cenno al vagito, a movimenti corporei, né a controversie circa l'esistenza del nato, come parrebbe desumersi dal complemento introdotto dal *cum*.

Dinanzi alle parole ulpiane tutt'altro che chiarificatrici, quindi, lo studioso moderno si trova a dover risalire ai caratteri del parto cui ha inteso riferirsi Ulpiano.

---

<sup>404</sup> Sul cui significato, però, cfr. il cap. IV.

Soccorrono i plurimi studi condotti sull'uso entro le fonti giuridiche ed extragiuridiche di *animal* e di *spiritus*, ai quali è opportuno fare cenno prima di proporre un'ipotesi interpretativa.

Partendo da quest'ultimo, *spiritus*<sup>405</sup>, vi sono almeno due attestazioni entro il Digesto associate agli esseri umani<sup>406</sup> e tra l'altro il comune contesto è correlato ma antitetico rispetto a D. 28.2.12.1, poiché è pacificamente riferibile al fine vita. In entrambi i passi Ulpiano<sup>407</sup> e Marciano<sup>408</sup> stanno affrontando rispettivamente le conseguenze giuridiche nelle ipotesi in cui il donante e il donatario o il pupillo e il fratello venissero a mancare nel corso dello stesso evento e non risultasse la premorte dell'uno all'altro (*spiritum emisit* e *spiritum posuit*). La cessazione dello *spiritus* coincide con il momento in cui si completa il mutamento di stato dall'essere vivente al cadavere; per converso, chi mantiene ancora lo *spiritus* è dotato di funzioni vitali, vive e respira<sup>409</sup>.

Pertanto, considerato che Ulpiano in D. 28.2.12 pr. delinea le ripercussioni sul testamento paterno determinate dall'apparizione di un *animal cum spiritu* e posto che nei due passi richiamati lo *spiritus* è ciò che viene meno al sopraggiungere della morte, si deve desumere che quel che ipoteticamente è nato dal corpo materno presentasse la vita, fosse cioè un essere vivente<sup>410</sup>. Del resto, la conclusione non potrebbe fondatamente divergere, poiché entro l'intero *ius personarum* risulta attestato in via pacifica che il nato morto fosse privo di qualificazione e rilevanza giuridica, in quanto non si potrebbe dire morto chi non ha manifestato per alcun istante la sua esistenza extrauterina.

---

<sup>405</sup> Si sofferma sui molti significati che può assumere *spiritus* M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 103 s.

<sup>406</sup> Per completezza, si rileva che all'interno del Digesto il termine *spiritus* è utilizzato anche da Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.5 a proposito dell'accessione e della confusione fra *corpora* e da Pomp. 30 *ad Sab.* D. 41.3.30 circa la tripartizione dei *corpora*, su cui v. almeno G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose – contratti*, a cura di L. Lantella, Torino, 1974, 71 ss.

<sup>407</sup> Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.14.

<sup>408</sup> Marc. 3 *reg.* D. 34.5.18 pr.

<sup>409</sup> Nelle fonti extragiuridiche, l'ultimo respiro del morente viene simbolicamente accolto con un bacio dalla moglie, dal marito o da un parente che assiste al momento, conservando così lo spirito vitale del *de cuius* (Svet. *Aug.* 99; Cic. *Verr.* 2.5.118; Sen. *cons. ad Marc.* 3; Virg. *Aen.* 4.684).

<sup>410</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 278.



Tali argomenti inducono a giudicare ultronea, viceversa, l'interpretazione di *spiritus* come anima la cui paternità risale ad Ambrosino, che intravede in ciò l'attestazione compilatoria di un influsso cristiano<sup>411</sup>.

Maggiori problemi interpretativi, originati dall'ampia gamma di significati che il termine assume, derivano dall'impiego da parte del giurista di *animal*<sup>412</sup>. Recentemente, Massimo Brutti *animal* entro il suo manuale ha proposto la traduzione di «deforme», ma «sorretto da uno spirito umano»<sup>413</sup>. Dalle parole ulpianee emergerebbe, quindi, un nato in cui si contrappone la forma esteriore – il corpo bestiale – e lo spirito tipicamente umano, che dallo studioso è inteso come «‘spirito vitale’ che governa le membra (*spiritus hos regit artus*)», «una entità individuale compiuta e non scindibile», la «sostanza pneumatica, che tiene insieme il corpo ed ogni entità materiale vivente»<sup>414</sup>.

Poste queste premesse, lo studioso rapporta il passo ulpiano a quello paolino conservato in D. 1.5.14 e rinviene una diversità di valutazioni tra i due giuristi sugli elementi costitutivi della *persona*. Per «Paolo il criterio di distinzione tra chi è persona e chi non lo è va ricercato nella forma del corpo e nelle sue condizioni fisiche», mentre Ulpiano «definisce la condizione [dei deformati] con uno sguardo che va oltre l'apparenza del corpo» e «(qui con uno scatto innovativo rispetto ad altri testi, tra i quali quello di Paolo che abbiamo letto [D. 1.5.14]) suggerisce di guardare più allo spirito che alla struttura corporea», poiché «lo spirito è costitutivo della persona»<sup>415</sup>.

In diritto romano, quindi, per il nato deforme, «non esiste un criterio certo in base al quale stabilire se sia o no persona e se possa esser parte di relazioni giuridiche», «il diritto romano non fissa regole» e «le soluzioni sono mutevoli», poiché spetta al giudice, «usando le proprie categorie mentali, che derivano dalla cultura di cui è parte,

---

<sup>411</sup> Cfr. R. AMBROSINO, *Il requisito*, cit., 4 e 14 ss., criticato da C. TERRENI, *Quae Graeci*, cit., 93, 96, per la quale Ulpiano si sta semplicemente riferendo all'essere nato vivo, pur non perfettamente formato: l'autrice, quindi, non coglie alcun contrasto, se non apparente, tra questo e i frammenti analizzati d'epoca classica e invita a ridimensionare anche l'ipotesi di un influsso cristiano rinvenibile nella legislazione giustiniana.

<sup>412</sup> Per le varie accezioni, cfr. P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 170 ss.; ID., *Dall'animale vivo all'animale morto: modelli filosofico-giuridici di relazioni fra gli esseri animati*, in *Diritto @ Storia*, VII, 2008, II.2.a e ntt. 57 ss.

<sup>413</sup> M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 103.

<sup>414</sup> M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 103.

<sup>415</sup> M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 102 ss.

... valutare se nel caso concreto esista un individuo: concetto che cambia secondo i tempi e le sensibilità»<sup>416</sup>.

Tuttavia, lo studioso non nega che «i giuristi concettualizzano sia pure sommariamente l'idea di individuo dalla quale bisogna partire» e richiedono che «il suo aspetto non appa[ia] *contra formam generis humani né contra naturam*», sul punto basandosi rispettivamente su un frammento di Paolo e su uno di Ulpiano<sup>417</sup>. Ma proprio da quest'imprescindibile figura umana emergente tanto dal primo quanto dal secondo giurista si deve desumere che il corpo umano è elemento costitutivo dell'uomo per il *ius personarum*.

Massimo Brutti, allora, sembra voler dire che, ferma restando la pacifica esclusione dal *ius personarum* del nato privo di aspetto umano sia per Paolo che per Ulpiano e ammessa altrettanto pacificamente quella del nato con divergenze limitate, da D. 28.2.12.1 affiora una propensione per Ulpiano a includere tra gli uomini anche il nato che presenta modifiche sensibili rispetto alla fisiologia. Dinanzi alla difficoltà di **esemplificare e dare forma all'espressione *animal non integrum***, per tutta una fascia di casi dubbi astrattamente configurabili l'atteggiamento suggerito da Ulpiano risulta di minor rigore rispetto a quello paolino.

Numerosi studi hanno del resto dimostrato che *animal* non presenta univocità di significato ed è utilizzato per alludere «a ogni essere animato»<sup>418</sup>. In particolare, Ulpiano è ricorso al termine *animal* non solo per l'essere bestiale originato da un parto mostruoso (com'era in D. 50.16.135, *magis animalis quam hominis*) in opposizione all'*homo*<sup>419</sup>, ma anche per indicare l'essere umano *in fieri*, già concepito, sulla scorta di quanto rilevato da Giuseppe Gandolfi<sup>420</sup> e da Giambattista Impallomeni<sup>421</sup>.

Alla luce degli studi finora condotti, sono rinvenibili almeno tre interpretazioni di *animal non integrum*. Per alcuni indicherebbe il parto venuto alla luce prima del

---

<sup>416</sup> M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 102 ss.

<sup>417</sup> Cfr. M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 102, che nelle ntt. 41 s. cita Paul. 4 *sent.* D. 1.5.14 e Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38, il quale sarà oggetto di successiva analisi.

<sup>418</sup> P.P. ONIDA, *Studi*, cit., 171.

<sup>419</sup> Cfr. P.P. ONIDA, *Studi*, cit., 185.

<sup>420</sup> Cfr. G. GANDOLFI, voce *Nascita (storia)*, cit., 510.

<sup>421</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 278, che a proposito ricorda Ulp. 46 *ad ed.* D. 38.8.1.8.

completamento del ciclo gestazionale necessario per raggiungere un adeguato sviluppo umano, un mero aborto seppur venuto alla luce ‘vivo’<sup>422</sup>.

L’assunto, tuttavia, sembra privo di pregio. Se è senza dubbio rinvenibile l’esclusione del nato morto dall’intero *ius personarum*, l’aborto, in quanto privo dei requisiti minimi per avere una vita autonoma<sup>423</sup>, non avrebbe raggiunto la condizione fisiologica minima per consentire al diritto di attivarsi. Il *ius personarum* infatti richiede una vita extrauterina mancante all’aborto e sarebbe del tutto paradossale che venisse escluso il nato morto – il prodotto con forma umana di una gravidanza avanzata o addirittura completata e per qualsiasi ragione (complicanze, intervento tardivo) venuto alla luce privo di vita – ammettendo viceversa che fosse *persona* un parto avvenuto per ipotesi a pochissimi mesi dall’inizio della gestazione, con uno sviluppo del feto dal punto di vista fisiologico e organico incompleto<sup>424</sup>. Del resto, se così fosse stato, non si spiegherebbero neppure le precisazioni sulla maturità fetale viste nei paragrafi che precedono e coinvolgenti lo stesso Ulpiano<sup>425</sup>.

Ritengo maggiormente probabile, allora, che il giurista fornisca la sua opinione in merito a un altro problema che ha intrattenuto le discussioni dei *prudentes*, afferente all’assenza di vitalità del nuovo nato. *Animal non integrum* era il nato capace di respiro «e tuttavia non vitale in senso lato, o per difetto congenito; o per lesione da parto; o, in caso di morte della puerpera, per ritardo nell’intervento cesareo; o, pur nella tempestività dell’intervento, per la eccessiva brevità della gestazione dimostratasi in concreto insufficiente, ancorché in linea teorica essa fosse stata sufficiente a giustificare il tentativo di salvataggio del feto, perché già entrata nel centoottantaduesimo giorno»<sup>426</sup>. Mantenendo coerenza con l’impianto sistematico generale, posto che l’istante di vita di un essere umano era bastevole ai fini dell’applicazione del *ius personarum*, in particolare nella declinazione ereditaria assunta entro i principali passi

---

<sup>422</sup> Tale ipotesi è stata sostenuta da R. AMBROSINO, *Il requisito*, cit., 14, per il quale però il testo è stato rimaneggiato in età postclassica; S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., 190, parla di «feto immaturo», seguito da B. BIONDI, *Istituzioni*, cit., 106 s.

<sup>423</sup> Cfr. Paul. Sent. 4.6.9: *Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur*.

<sup>424</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 279, che esclude tale interpretazione, non avvalorata da altre fonti, un *unicum* all’interno del Digesto e del Codice, dove pacificamente «l’aborto non ha personalità».

<sup>425</sup> Ulp. 14 *ad Sab.* D. 38.16.3.12.

<sup>426</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 279, seguito da P.P. ONIDA, *Studi*, cit., 186.

analizzati, il nato è *homo* indipendentemente dalla sua capacità di sopravvivere a breve, medio o lungo termine<sup>427</sup>. La congettura, secondo Giambattista Impallomeni, presenta coerenza con l'intero passo ulpiano nel quale compare l'espressione ivi commentata. All'inizio di D. 28.2.12, infatti, Ulpiano disquisisce della nascita mediante taglio cesareo «con esito felice» e nel successivo § 1 potrebbe aver ritenuto utile soffermarsi sul caso speculare di un'«estrazione con risultato finale negativo», a causa della quale è stata compromessa la vitalità del nato pur venuto alla luce vivo<sup>428</sup>.

La non integrità a cui allude il giurista, poi, non è detto acquisisca significato esclusivamente entro il campo della vitalità, prestandosi a descrivere in termini somatici anche il corpo umano mancante di qualche membro<sup>429</sup> e, tuttavia, vivo e riconoscibile come essere umano: non, quindi, un *monstrum*, un essere del tutto deforme, bensì un *homo* privo di una parte corporea o con deficienze rispetto alla quantità di membra del corpo umano. In altre parole, si tratterebbe dell'ipotesi speculare e inversa rispetto alle nascite con membra in eccedenza – di cui il giurista tratta in Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38 (... *tribus manibus ... aut pedibus ...*)<sup>430</sup> – senza tuttavia precludere la proiezione fisica umana. Tanto colui che ha più membra, quanto colui che ne ha meno, può essere egualmente *homo* e destinatario del *ius personarum*, purché non abbia l'aspetto del *prodigium*.

Va, infine, considerato che se vi fosse stata una diatriba classica sui requisiti dell'*homo* – come *corpus* e *spiritus*, piuttosto che mero *corpus* o *spiritus* –, vista l'importanza della materia, Giustiniano ne avrebbe fatto certamente menzione. Invece, in C. 6.29.3 l'imperatore accennava solo a un contrasto giurisprudenziale in merito alla prova della vita, mentre il fatto che il mostro non fosse *homo* era posto a chiusura della costituzione, come dato pacifico<sup>431</sup>.

---

<sup>427</sup> Cfr., sulla vitalità quale requisito non necessario ai fini dell'esistenza di un *homo*, J.C. MOREIRA ALVES, *A Forma Humana no Direito Romano*, Rio de Janeiro, 1960, 12 e 31 s.; ID., *Direito Romano*, Rio de Janeiro, 2008, 101 s.

<sup>428</sup> Ancora G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 279.

<sup>429</sup> Quest'interpretazione emerge da R.G. POTHIER, *Le Pandette*, V, cit., 50 e nt. 1 (dove, a titolo esemplificativo, si considera il nato a cui «manca una mano, un piede»).

<sup>430</sup> Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38: '*ostentum*' *Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant.*

<sup>431</sup> Imp. Justinianus A. Iuliano pp. C. 6.29.3.1: *... si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium* (a. 530).

Ulteriore conferma deriva, infine, dall'esegesi di Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38, più volte richiamato e che, tuttavia, intrecciando aspetti attinenti alla nascita, alla morte e alla sepoltura dell'uomo e del *monstrum*, oltre a rendere opportune delle preventive nozioni in merito all'ermafrodita che verranno fornite oltre e fungeranno da argomentazioni della tesi conclusiva proposta, verrà integralmente esplicitato in seguito.

2.8. *Un corpo parzialmente difforme: l'ermafrodita. Cenni sull'evoluzione sociale e giuridica da 'monstrum' a 'persona'.*

Tra i nati con aspetto somatico parzialmente difforme dal consueto genere umano sono da annoverarsi gli ermafroditi, testimoni e protagonisti tra l'altro di una vera e propria evoluzione sociale e giuridica culminante in epoca classica con un lavoro giurisprudenziale che vede coinvolti, tra i giuristi già citati a proposito della nascita con deformità, Paolo e Ulpiano.

In epoca arcaica, al pari dell'essere mostruoso, l'ermafrodita è considerato una manifestazione della collera divina e della rottura della *pax deorum*, di quell'armonia tra uomini e divinità, che avrebbe permesso il fisiologico andamento degli eventi. Come chiaramente si constaterà in ambito medico nel prossimo capitolo, gli unici esseri in grado di incidere sulla natura, tanto comprensiva del ciclo biologico degli uomini, come singoli o comunità, quanto degli eventi atmosferici, erano le divinità, mentre al genere umano residuava la possibilità di cogliere nei segnali inviati dei messaggi al fine di restaurare la pace violata.

Un indice di ciò, invero, risulta già dal ricco vocabolario rinvenibile nelle fonti per identificare l'essere dalle sembianze somatiche non umane, contenente una chiave etimologica religiosa<sup>432</sup>. Prescindendo dalle originarie sfumature di *monstrum*, *portentum*, *prodigium* e *ostentum*<sup>433</sup>, come testimonia la definizione di Varrone, e

---

<sup>432</sup> Cfr. L. MONACO, *Percezione*, cit., 396 s. e nt. 1, per la quale le caratteristiche fisiche innate (o dovute a malattie) erano considerate premi o punizioni divine. Per l'autrice, il fenomeno non dovette essere di scarso rilievo e, se le testimonianze sono scarse, è dovuto probabilmente «all'alta mortalità, indotta o naturale, dei nati deformati»; recentemente C. TERRENI, *Quae Graeci*, cit., 56, nt. 69.

<sup>433</sup> Diffusamente, sul significato dei termini citati e sull'etimologia, B. CUNY-LE CALLET, *Rome et ses monstres: Naissance d'un concept philosophique et rhétorique*, Grenoble, 2005, 48 ss.; A. ALEMÁN MONTERREAL, *Precisiones terminológicas sobre 'ostentum', D. 50.16.38 (Ulpianus libro 25 'ad edictum')*, in *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, a cura di P. Resina Sola, Almería, 2012, 50

dall'uso promiscuo e talvolta sinonimico operato da letterati e giuristi<sup>434</sup>, in ciascun sostantivo è rinvenibile una radice mistico-sacrale, che riflette la connessione tra il mondo umano e quello divino.

*Monstrum*, grazie alla radice di *monstrare*<sup>435</sup> e di *moneo*, richiama la dimensione del «'consiglio', un 'avvertimento' dato dagli dei» attraverso «una cosa che esce dall'ordinario; a volte qualche cosa di orribile, che viola in modo ripugnante l'ordine naturale delle cose, un 'mostro', *monstrum horrendum*, dice Virgilio»; o, con Festo, «si chiamano *monstra* quelle cose che escono dal mondo naturale», come «un uomo con due teste»<sup>436</sup>. *Portentum* è utilizzato per indicare «una serie di presagi che annunciano un seguito di avvenimenti che si succedono nel tempo»<sup>437</sup>; vi è poi «il prodigio di una voce divina che si fa sentire tra gli altri segni» e l'*ostentum*, un messaggio visibile agli uomini e da questi interpretabile<sup>438</sup>.

Il fatto che questi vocaboli siano tutti associabili al nato con fattezze inconsuete testimonia l'idea del segnale sovranaturale che appare agli uomini e la cui origine è avvertita come divina in quanto tradisce gli schemi fisiologici ed esula dal controllo

---

ss.; A. MAIURI, *Il lessico latino del mostruoso*, in 'Monstra'. *Costruzione e percezione delle entità ibride e mostruose nel Mediterraneo antico*, II. *L'antichità classica*, a cura di I. Baglioni, Roma, 2013, 166 ss.; recentemente A. Palma, *Il nascituro*, cit., 21, guardando alle fonti letterarie e giuridiche, conclude che non ha «un significato univoco», ma complessivamente assume il «senso di segno incredibile e terrificante, e, più specificamente, di fenomeno contro natura».

<sup>434</sup> La definizione di Varrone è riportata, tra gli altri, da Serv. *Aen.* 3.366: *modico fine discernuntur, sed confuse pro se plerumque ponuntur*; a riguardo, cfr. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, Torino, 1976, 478; D. DALLA, 'Status', cit., 519; O.M. PÉTER, 'Olim in prodigiis nunc in deliciis'. *Lo statuto giuridico dei 'monstra' nel diritto romano*, in 'Iura antiqua, iura moderna': *Festschrift für F. Benedek zum 75. Geburtstag*, a cura di G. Hamza, I. Kajtár, A. Pókecz Kovács e J. Zlinszky, Pécs, 2001, 210. Dubitano che esistesse un rigoroso criterio distintivo A. CHALUPA, *The Religio-Political Change in the Reign of Augustus: the Disappearance of Public Prodigies*, in *Graeco-Latina Brunensia*, XVII.2, 2012, 57, nt. 1; J.C. MOREIRA ALVES, *A Forma*, cit., 59 s. e 67 («partus monstrosi, prodigiosi ou portentosi – se essas expressões traduziam, efetivamente, idéias diversas, as fontes não nos permitem emitir opinião defensável»); ID., *Direito*, cit., 99.

<sup>435</sup> Ripreso da A.N. SHARPE, *Foucault's Monsters, the Abnormal Individual and the Challenge of English Law*, in *Journal of Historical Sociology*, XX.3, September 2007, 385, a proposito di 'monster'.

<sup>436</sup> E. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 478 s. Cfr. anche G. SOLIMANO, 'Monstrum' in *Seneca*, in *Grammatica e lessico delle lingue morte*, a cura di U. Rapallo e G. Garbugino, Alessandria, 1998, 233 e nt. 1; A. MAIURI, 'Enorme monstrum', cit., 525, ntt. 1 s.

<sup>437</sup> E. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 480 s.

<sup>438</sup> Cfr. E. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 484. Per un approfondimento circa la terminologia latina citata, cfr. R. BLOCH, *Les prodiges dans l'antiquité classique*, Paris, 1963, 79 ss.; E. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 477 ss., che ne ricostruisce l'etimologia; recentemente, C. TERRENI, 'Quae Graeci', cit., 56 ss.

umano<sup>439</sup>.

Il rimando all'ordine religioso del nato deforme, come evidenza sanzionatoria per la *pax deorum* violata, perde progressivamente rilevanza fino a divenire un lontano eco<sup>440</sup>, per rafforzarsi invece l'idea laica che il *monstrum*, al di là della sua origine e del suo significato, non appartenesse al genere umano e al *ius personarum*, essendo originariamente incapace di costituire l'espressione tangibile dell'*homo*, identificato dal *corpus* morfologicamente umano.

Per l'ermafrodita si è verificato il processo inverso e, abbandonata la chiave interpretativa arcaico-religiosa<sup>441</sup>, egli ha trovato accoglimento nel *ius personarum* e, a mio avviso, è la presenza in lui di un corpo complessivamente umano a permetterne l'inclusione. La forma umana ha costituito il tramite grazie al quale l'ermafrodita è stato dalla giurisprudenza romana riconosciuto *homo*.

In età arcaica, infatti, la contestuale presenza negli androgini dell'apparato sessuale femminile e di quello maschile<sup>442</sup> era percepita come una divergenza fisica estremamente grave, la «mostruosité par excellence»<sup>443</sup>, poiché involgeva il carattere sessuale e la capacità procreativa<sup>444</sup>, introducendo una rottura nella suddivisione tra

---

<sup>439</sup> Per scongiurare l'inimicizia con gli dei e preservare in salute i nuovi nati, anticamente si invocavano diverse divinità, ciascuna delle quali avrebbe vigilato su una particolare attività dell'esistenza umana, dal concepimento, passando per l'*editio partus* sino alla morte (cfr. M. PERFIGLI, '*Indigitamenta*'. *Divinità funzionali e Funzionalità divina nella Religione Romana*, Pisa, 2004, 35 ss.; C. DE FILIPPIS CAPPALÀ, *Medici e medicina in Roma antica*, Torino, 1993, 35 ss.). In questo contesto, la malattia e la deformità (tra cui rientra il *monstrum*) sono interpretate come segni della potenza divina. Cfr. anche A. BARTOLONI SAINT OMER, '*Religio*', *magia e 'superstitio*'. *Credenze e pratiche superstiziose nella Roma antica*, Bologna, 2007, 21 ss. e 27 ss., per le varie tipologie di prodigi e per le fonti dalle quali si desume come siano ritenuti indici, nella concezione romana, di rottura dell'armonia tra gli uomini e gli dei.

<sup>440</sup> A. MAIURI, '*Enorme monstrum*', cit., 540, conclude che il «*monstrum* resta tale, ma la sua nascita ormai non è più valutata all'interno di un meccanismo sanzionatorio di colpe parentali da parte del divino, poiché l'accaduto viene ormai ricondotto solo a imponderabili ragioni fatali (il che motiva l'impiego dell'avverbio *fataliter*)» da parte di Ulpiano nel già analizzato D. 50.16.135.

<sup>441</sup> Concorde A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 23.

<sup>442</sup> V., per l'esatta definizione medica di ermafroditismo, D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, 1978, 26 ss. e nt. 37, con la citazione di altri autori (come Pseudo Galeno, *definitiones medicae* CDXLVIII; Gell. *Noct. Att.* 11.4.16; Agostino *De civitate Dei* XVI.8.2); per il significato estensivo che il termine ha assunto in epoca antica, cfr. C. TERRENI, '*Quae Graeci*', cit., 80, nt. 165; A. PARÉ, *Mostri e prodigi*, Roma, 1996, 48 ss.

<sup>443</sup> M. DELCOURT, *Stérilités mystérieuses et naissances maléfiques*, Paris, 1938, 5 ss.

<sup>444</sup> Sul preciso ruolo esercitato dalla sessualità nel mondo antico e sulla repulsione che gli ermafroditi generavano a causa della doppia natura, cfr. L. BRISSON, *Sexual Ambivalence. Androgyny and Hermaphroditism in Graeco-Roman Antiquity*, Berkeley - Los Angeles - London, 2002, 42 ss.; E. CANTARELLA, *The Androgynous and Bisexuality in Ancient Legal Codes*, in EAD., *Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Milano, 2011, 783 ss.; EAD., *Identità, genere e sessualità nel mondo antico*, in *Identità, genere e sessualità nel mondo antico*, in '*Homo, caput*,

maschi e femmine e, di conseguenza, usciva inevitabilmente dagli schemi percepiti come fisiologici. Di tal ché vennero annoverati tra i *prodigia*<sup>445</sup>.

Già all'epoca di Plinio, però, furono considerati a tutti gli effetti esseri umani, tanto che lo scrittore latino, opponendo la concezione antica (*olim*) a quella a lui contemporanea (*nunc*), così si esprime:

Plin. nat. 7.3.34: *Gignuntur et utriusque sexus quos hermaphroditos vocamus, olim androgynos*<sup>446</sup> *vocatos et in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis*<sup>447</sup>.

Dalle sue parole si desume che addirittura venivano considerati strumenti di piacere e ciò testimonia quindi che era venuto meno il timore con cui si guardava loro a causa della presunta derivazione soprannaturale e si era invece sviluppata una concezione laica e razionale la quale non ha affatto tardato a ricevere accoglimento dalla giurisprudenza, la cui materia privilegiata è il genere umano.

Pertanto, dall'iniziale esclusione dal *ius personarum* in ragione della contrarietà del loro carattere sessuale alla natura umana, ci si dovette interrogare sulle modalità utilizzabili al fine di desumere il loro sesso: del resto non era indifferente che gli ermafroditi venissero inclusi tra i *viri* o tra le *mulieres*, tenute a mente le conseguenze e le molte prerogative dipendenti dal sesso. Tra queste vanno annoverate, ad esempio, la facoltà di testimoniare per un testamento, alla quale erano ammessi solo gli uomini. Proprio questa circostanza ha rappresentato l'occasione del responso paolino, in base al quale è il sesso funzionante a decretare l'appartenenza al genere maschile o femminile e, di conseguenza, a fornire la risposta giuridica:

---

*persona*'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 79.

<sup>445</sup> Cfr. Cic. *de divin.* I.43-98; Liv. 27.11.4; 27.37.5; 31.12.6; 39.22.5.

<sup>446</sup> Per i vocaboli utilizzati, cfr. anche Agostino *De civitate Dei* XVI.8.2.

<sup>447</sup> Cfr. D. DALLA, *L'incapacità*, cit., 26 ss.; G. CRIFO, 'Prodigium' e diritto: il caso dell'ermafrodita, in *Index*, XXVII, 1999, 115; S. VALLAR, *Les hermaphrodites: L'approche de la Rome antique*, in *RIDA*, LX, 2013, 201 ss., per l'evoluzione e l'approccio giurisprudenziale.



Paul. 3 *sent.* D. 22.5.15.1: *Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit*<sup>448</sup>.

In tema di istituzione di erede postumo, è Ulpiano a prendere parola, nel commentario a Sabino, ammettendo che l'ermafrodita potesse procedervi, qualora in lui prevalesse il carattere maschile<sup>449</sup>:

Ulp. 3 *ad Sab.* D. 28.2.6.2: *Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalebunt, postumum heredem instituere poterit*<sup>450</sup>.

Ancora Ulpiano, rispondendo all'interrogativo riguardante il sesso al quale si debba assimilare l'ermafrodita, individua come parametro quello del sesso morfologico prevalente.

Ulp. 1 *ad Sab.* D. 1.5.10: *Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet*<sup>451</sup>.

Com'è stato rilevato in dottrina, «i criteri a cui ispirarsi nella definizione del sesso non risultano comunque codificati in termini puntuali», sia per la «difficoltà implicita

---

<sup>448</sup> Cfr. sul passo D. DALLA, *L'incapacità*, cit., 158 s. e nt. 78, 207, nt. 14, in cui richiama il passo come esempio di applicazione del criterio del sesso prevalente; C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 81, che a proposito scrive invece: «L'uso del termine *incalescentis* sembra riferirsi anche alla scelta del sesso già operata per impulso personale, nonché al sentimento intimo personale di appartenenza a quello, che abitualmente corrisponde al cosiddetto sesso sociale»; A. WACKE, *Del hermafroditismo a la transexualidad*, in *Id.*, *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, 48.

<sup>449</sup> Cfr. M.P. FAGGIONI, *Gli stati intersessuali*, in *'Studia Taurinensia'*, II. *Dalla parte della vita. Itinerari di bioetica*, a cura di E. Larghero e G. Zeppegno, Torino, 2008, 363 ss., secondo cui «il sesso prevalente dovrà ... essere valutato in base al maggiore o minore avvicinarsi di una certa complessione genito-somatica al sesso virile accertato attraverso l'*inspectio corporis*». Sulla necessaria appartenenza al genere maschile o femminile, cfr. P.A. D'AVACK, voce *Identità di sesso ed ermafroditismo*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 962 ss.; A. WACKE, *Del hermafroditismo*, cit., 47; Y. THOMAS, *La divisione dei sessi*, in *Storia delle donne*, cit., 105.

<sup>450</sup> Cfr. U. ROBBE, *I postumi*, cit., 176 ss., per il quale il testo appartiene all'epoca bizantina, mentre il brano originario si sarebbe occupato dello spadone; *contra* G.G. ARCHI, *L'epitome Gai'*. *Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano, 1937, 171, nt. 23; v. anche i richiami effettuati da D. DALLA, *L'incapacità*, cit., 152 ss. e nt. 67.

<sup>451</sup> Sui passi, cfr. A. WACKE, *Del hermafroditismo*, cit., 46 s.; A. DUNCKER, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700-1914*, Köln, 2003, 261; C. TERRENI, *'Quae Graeci'*, cit., 78 ss.; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 215 ss.

in una tale opera definitoria»<sup>452</sup>, sia per la diversità di tematiche e di istituti rispetto ai quali sorgeva il problema.

Infatti, se il lessico paolino adoperato a proposito dell'idoneità pubblica alla testimonianza sembra richiamare un criterio sessuale al contempo morfologico e tendenzialmente sociale, desumibile dal ruolo e dal «comportamento che l'ermafrodito ha di fatto intrapreso nella comunità e nella vita di relazione»<sup>453</sup>, per l'istituzione testamentaria si guarda invece al mero carattere morfologico, dando realizzazione «ad un istituto di diritto successorio accessibile all'ascendente di sesso maschile»<sup>454</sup>.

Seppur allora le testimonianze analizzate non permettano di ricavare un preciso criterio per la definizione del sesso, o meglio non consentano di comprendere la modalità operativa del 'sesso prevalente', posto che necessariamente il caso concreto avrebbe imposto un adattamento in base ai caratteri specifici del singolo ermafrodita, la sua ricomprensione entro il *ius personarum* come *homo*, indipendentemente dal sesso poi constatato, è sufficiente a testimoniare che la visuale giuridica laica classica considera la difformità nell'ermafrodita non alla stregua della mostruosità, poiché le membra corporee complessivamente intese consentivano di riconoscere in esso una *persona*. È quindi l'aspetto somatico a fungere da discriminine tra gli *homines* e i non *homines*, i primi assoggettati al *ius personarum*, i secondi esclusi<sup>455</sup>. Ovviamente, presentando dei tratti in parte divergenti dal consueto ordine fisiologico, gli ermafroditi avrebbero ricevuto collocazione entro quelle categorie elaborate da Paolo e da Ulpiano, comprensive di soggetti con corpi parzialmente difformi dal genere umano<sup>456</sup>.

---

<sup>452</sup> C. TERRENI, 'Quae Graeci', cit., 81. V. anche G. EISENRING, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wien, 2002, 78; F. TREGGIARI, *Le ossa di Bartolo*, I. *Giuristi tra scienza e pratica*, Perugia, 2009, 40.

<sup>453</sup> C. TERRENI, 'Quae Graeci', cit., 81.

<sup>454</sup> C. TERRENI, 'Quae Graeci', cit., 82.

<sup>455</sup> Cfr. anche G. CRIFÒ, 'Prodigium', cit., 117; A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 24.

<sup>456</sup> Su tale aspetto, cfr. l'ultimo capitolo, in cui l'ermafrodita sarà rapportato al passo D. 50.16.38 e agli altri passi già oggetto di analisi nei paragrafi dedicati ai *monstra*.

## CAPITOLO III

### IL CORPO AMBIGUO E I SUOI MALANNI

#### 3.1. *Il corpo e la medicina: realtà e strategia biopolitiche.*

In una ricerca giuridica sul corpo umano è doveroso introdurre un riferimento al rapporto esistente in Roma tra la medicina e il diritto. Com'è già emerso nelle pagine iniziali, infatti, molteplici sono i tentativi condotti soprattutto da filosofi e storici del diritto miranti a radicare nella Roma antica l'origine della biopolitica, la strategia sovrana rivolta all'uomo nella sua dimensione animale e resa possibile attraverso l'attrazione nelle mani del potere pubblico dell'intimità umana, oggetto di disposizioni legislative e di gestione del patologico.

Fondamentali risultano i citati studi di Michel Foucault, il quale, a più riprese, ha descritto come evidenze della strategia biopolitica i luoghi di cura, di internamento, di sorveglianza, dalla clinica alla prigione, il controllo della sessualità e dell'anormalità per giungere al binomio medicina-diritto, sviluppatosi in seno alla società moderna nella visione del professore francese<sup>457</sup>. Echeggiano in particolar modo le famose parole inserite in una ricerca volta alla ricostruzione della nascita della medicina e delle quali è debitrice il titolo del presente paragrafo: «Il corpo è una realtà bio-politica; la medicina è una strategia bio-politica»<sup>458</sup>.

Considerato che il corpo è il luogo della vita, la cura del patologico e la preservazione del fisiologico divengono privilegiati punti d'osservazione al fine di comprendere quando sia proliferato l'interessamento pressante da parte del potere verso il corpo umano; se, come ha ipotizzato Jean-Pierre Baud, l'epoca romana abbia abilmente occultato il biologico, creando una scissione tra la *persona* e il corpo; o se, ancora, la nuda vita abbia costituito già oltre due millenni orsono il vero destinatario di ogni forma di potere, come vorrebbe Giorgio Agamben, che traccia una linea ininterrotta tra sacertà antica e condizioni moderne di vita animale, come il paziente in

---

<sup>457</sup> Cfr., *ex multis*, M. FOUCAULT, *La nascita*, cit.; ID., *La volontà*, cit.; ID., *La politica*, cit.; ID., *Crisi*, cit.; ID., *Nascita*, cit.; ID., *Storia*, cit.; ID., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Torino, 2014; ID., *Gli anormali. Corso al College de France (1974-1975)*, trad. it., Milano, 2000.

<sup>458</sup> M. FOUCAULT, *La nascita*, cit., 222.

stato comatoso, in balia della medicina e delle decisioni politiche, poiché al sovrano compete definire quale sia la vita giuridicamente rilevante e quando questa cessi.

Si intravede, perciò, come, almeno nelle età a noi più prossime, la commistione tra vita e diritto sia sigillata dall'evoluzione della medicina e dalla capacità da parte di questa di creare stadi vitali di matrice artificiale, in cui il corpo viene tenuto in vita mediante apparecchi e financo scorporato dall'uomo, il quale tradizionalmente ha costituito un tutt'uno con il suo corpo. In particolare, le avanguardie scientifiche hanno prodotto una natura somatica mutevole la cui madre è la medicina che rivendica il potere di svezzare le sue creature: così facendo, il corpo, luogo naturale della vita e della malattia, è affare di rilevanza necessariamente pubblica, perché il corpo del singolo è metro di salute e alimento della comunità<sup>459</sup>.

Chi interviene sul corpo si trova inevitabilmente a godere di un potere tendenzialmente illimitato, poiché si rende creatore di vita e di morte: dinanzi alla caducità e alla vulnerabilità del corpo, colui che condiziona la dimensione somatica è in grado di favorire il benessere, ma anche di comprometterne il recupero, financo di cagionare la morte o di condurre l'uomo in uno stadio intermedio. Dare la vita e dare la morte, controllare il ciclo biologico sono le tante declinazioni del potere che toglie alle leggi della natura la dimensione originaria corporale, per elevarsi a sovrano della vita. In un ordinamento così concepito, non è la natura a svelare quando c'è la vita e quando interviene la morte, ma è il potere giuridico a tracciare i confini dell'essere umano e a stabilire cos'è il corpo e cosa si può fare con esso. La distinzione tra essere vivente, non più vivente e non ancora vivente è demandata a una disposizione normativa variabile a seconda delle scoperte, delle esigenze della comunità economico-scientifica e del legislatore. Si capisce, perciò, che la medicina e il diritto finiscono per spartirsi e condividere la stessa materia, il corpo, tradizionalmente caratterizzato da un'autoevidenza sconfinante nella banalità, estraneo ai testi legislativi e alle aule dei tribunali, come se l'uomo stesso – portatore di vita biologica – ne fosse escluso.

È ancora Michel Foucault, nel ripercorrere le fasi che hanno permesso di giungere alla pangiuridicizzazione e alla panmedicizzazione del corpo a descrivere i due miti

---

<sup>459</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Gli anormali*, cit., 29; ID., *La volontà*, cit., 122; J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 152 s.

implicati nel processo biopolitico e a collocare temporalmente negli anni della rivoluzione francese la loro diffusione: una professione medica pubblica, con poteri sulla salute e sul corpo simili a quelli che tradizionalmente la religione esercita sulle anime; una relegazione della malattia dalla famiglia al sovrano politico e alla scienza medica<sup>460</sup>.

L'autore introduce quindi un parallelismo tra religione e medicina/sovranità, ripreso più recentemente anche da Jean-Pierre Baud<sup>461</sup>: il medico, in altre parole, assume un compito sacro e completa la vocazione della chiesa, la quale cura l'uomo come essere spirituale. Nel corpo l'uomo è soccorso dalla medicina, scienza alimentata e alimentante la politica, che ne consente il progredire mediante una rete di controllo istituzionale degli esercenti la professione e delle procedure, rendendosi coautrice e garante dell'arte medica: questo, almeno, il panorama proprio dell'epoca moderna.

### *3.2. Un'ipotesi: il corpo, espressione dell'uomo incarnato e della famiglia.*

Da quanto detto pare desumersi che, prima dell'esplosione della scienza medica e dell'inedito e recente carattere biopolitico, il corpo abbia costituito innanzi tutto il luogo del privato, dell'identità, della famiglia, dell'uomo incarnato, il quale rimane definito temporalmente e limitato nei propri confini spaziali dalla forma umana e non luogo del diritto. Di conseguenza, si deve ipotizzare che nell'ordinamento sociale e giuridico romano il corpo afflitto da impedimenti psicofisici originasse innanzi tutto una questione domestica. Se la vita ha rilevanza nella famiglia, significa che a maggior ragione quando la vita vacilla, continua a essere la famiglia l'organo che rivendica la competenza sul corpo moribondo, mentre un intervento esterno decreterebbe l'incapacità e l'impotenza del *pater* di ben governare i suoi sottoposti.

La tesi abbozzata pare essere confermata da quanto è stato detto a proposito della nascita e del periodo prenatale: in quelle occasioni ne è emerso un diritto che attende, un diritto spettatore e che rifugge dalle definizioni di vita umana, tendenzialmente descrittivo di quanto avviene in natura e cauto nell'aderire a concezioni mediche in

---

<sup>460</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita*, cit., 20, 30, 44 s., 51.

<sup>461</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita*, cit., 45; J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 147 ss.

materia di gravidanza e nascita, che non si adagia sul lessico medico, non perché i giuristi non lo conoscessero, bensì – ipotizzo – perché i fatti biologici anticipano il diritto e lo condizionano nella sua attivazione. Si crede, quindi, che un ordinamento così concepito sia diretta derivazione dell'idea che il potere pubblico non eccede tendenzialmente i limiti biologici, ma ne è condizionato. È un diritto concreto, in primo luogo, perché abbisogna di qualcosa di reale su cui intervenire.

*3.3. Quale miglior medico per il corpo malato? La concezione tradizionale del dio come inventore e detentore del potere salvifico.*

Com'è prevedibile dopo queste pagine introduttive, nella storia giuridica della corporeità proposta da Jean-Pierre Baud un capitolo è integralmente riservato al corpo medicalizzato e, più nel dettaglio, l'autore propone una ricostruzione della nascita della salute pubblica<sup>462</sup>. Non stupiscono poi, pur non essendo mai richiamato espressamente il pensiero del conterraneo Michel Foucault, i rilevanti punti di contatto tra i due e la tendenziale adesione da parte di Jean-Pierre Baud agli studi del professore del Collège de France, almeno nella scansione temporale degli eventi.

Baud rinviene tracce di salute pubblica in seno alla cristianità con una progressiva estensione della politica sanitaria internazionale nei secoli più recenti; non viene scomodata, invece, l'epoca romana, tanto cara allo storico del diritto da dedicare oltre metà del suo studio all'influsso che l'architettura giuridica antica avrebbe avuto sui sistemi civilistici di tradizione romanistica. A tal punto egli non reputa interessante il sistema di cura esistente nell'antica Roma da soffermarsi incidentalmente con pochi cenni: «La nozione di salute non può intervenire in un sistema che, come ha fatto la civiltà romana, ha disincarnato il diritto»<sup>463</sup>, attribuendo invece al sistema canonico il fulcro della stessa<sup>464</sup>.

E invero chi volesse cercare in Roma il principio della salute pubblica rimarrebbe deluso e forse lo stupore sarebbe il primo atteggiamento che coglie lo studioso moderno

---

<sup>462</sup> Cfr. J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 147 ss.

<sup>463</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 152 s.

<sup>464</sup> Del resto, alla parte relativa *Alle origini della salute pubblica*, l'autore fa precedere il capitolo *Definizione canonica di un corpo oggetto di cure, finalizzato all'emersione e all'acquisizione dell'importanza del corpo nel sistema canonico* (cfr. J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 131 ss.).

di fronte al *medicus*, tanto è pronunciata l'eterogeneità con l'odierno professionista la cui medicina assurge a sapere legato inevitabilmente oggi alle vicende politico-scientifiche.

La storia della medicina antica e il suo rapporto con il potere pubblico, però, non risultano passibili di una rapida archiviazione, sulla scia di Jean-Pierre Baud, poiché anche dai caratteri che appartengono loro è possibile desumere il ruolo assunto dal corpo nella storia giuridica romana. In altre parole, il fatto che non si sia radicata la concezione medica a noi familiare non significa che manchi l'idea di corpo come oggetto di cura, né che questa dimensione sia occultata per effetto della disincarnazione giuridica. Inoltre, qualora emergesse una totale carenza della nozione di salute e di medico nel tempo antico, ciò ancora non permetterebbe di avvalorare la tesi di Jean-Pierre Baud (non c'è salute, perché non c'è corpo), se non dopo aver vagliato altre letture potenzialmente discendenti dal fenomeno.

Per queste ragioni l'ambito d'indagine degli scriventi paragrafi comprende la concezione della salute, come bene privato o garantito dallo Stato, soffermandosi sul *medicus*, per analizzare l'eventuale relazione esistente fra *corpus-ius-medicina* e rispetto agli altri capitoli, per lo più di carattere esegetico, in questo si farà cenno in plurime occasioni agli albori della *civitas*, per poi approdare all'età classica, senza guardare alle novità in tema di assistenza umana determinate dall'influsso del Cristianesimo, e si evocheranno fonti letterarie per fornire un'immagine della medicina antica nel suo rapporto con le istituzioni.

Nell'età monarchica e repubblicana le testimonianze inducono a escludere l'esistenza di un'attività organizzata di cura: per sei secoli dalla fondazione di Roma, riferisce Plinio il Vecchio, la figura del *medicus*<sup>465</sup> non ha dimorato nella società romana.

---

<sup>465</sup> Plin. *nat.* 29.5.11: ... *ceu vero non milia gentium sine medicis degant nec tamen sine medicina, sicuti populus Romanus ultra sexcentimum annum, neque ipse in accipiendis artibus lentus, medicinae vero etiam avidus, donec expertam damnavit.* Per il *medicus* assente, cfr. M. PADOVAN, *Medicina e corpo tra privato e pubblico*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Ospedaletto - Pisa, 2015, 132 ss. I Romani hanno conosciuto, come ogni altro popolo, una medicina fondata su erbe e rimedi naturali con effetti benefici sul corpo e sulla salute (Cels. *med. proem.* 1); sullo sviluppo della medicina e la diffusione di medicinali in Roma, cfr. C. PENNACCHIO, *Della Medicina. Storia breve di poche idee di salute, malattia, medicinali e architri nelle fonti e nella letteratura non medica*, I. *Strumenti*, Napoli, 2012, 10 ss. Uno studio storico-antropologico sulla medicina antica, con molteplici richiami a Plinio e a Celso è contenuto in A. DEBRU, *Altération et démembrément: corps romains médicalisés*, in *Corps romains*, a cura di P. Moreau, Grenoble, 2002, 77 ss.

Per rinvenire la prima forma di medicina cronologicamente operante nell'Urbe si deve lasciare, allora, la matrice umana, per volgersi a quella religioso-sacrale. Nei capitoli che precedono, del resto, è emersa la connessione tra corpo e divinità, quando la declinazione umana cede a forme di mostruosità e di divergenza rispetto alla consueta natura. Il ciclo biologico, quindi, e l'ordine cosmico sono elementi preesistenti all'uomo che solo parzialmente controlla<sup>466</sup>; similmente, se una calamità avesse afflitto l'intera comunità, in virtù della trascendenza dell'evento rispetto alla volontà umana, esso sarebbe stato letto come segnale ostile d'origine sovranaturale<sup>467</sup>. Pertanto, la comunità avrebbe dovuto, *ex post*, fare quanto necessario per ristabilire la *pax deorum* e con lei il fisiologico ordine umano, o agire in via preventiva, mantenendo un rapporto di pacifica convivenza con le divinità, alcune tra l'altro vigilanti proprio sulla *salus* degli uomini, altre su processi biologici determinati<sup>468</sup> o su singole parti corporee.

Con le parole di Stefano Tafaro, i Romani «inserivano se stessi in un 'ciclo' che non dipendeva dagli uomini ma era preordinato da leggi che erano di valore cosmico. Questo 'ciclo della vita' imponeva una profonda religiosità, intesa come consapevolezza di appartenere ad un ordine trascendente dell'universo, che abbracciava in un unico afflato le stagioni dell'uomo: la nascita, la fanciullezza, la maturità, la vecchiaia erano ritenute scansioni universali e valide sia per gli uomini sia per le città»<sup>469</sup>.

Gli dei, quindi, divengono attori del ciclo vitale, espressioni dell'ordine biologico e al contempo inventori e detentori del potere curativo<sup>470</sup>, evocato dai nomi e dagli

---

<sup>466</sup> Cfr., sul ciclo della vita come ordine preconstituito e insopprimibile e sulle conseguenze giuridiche, G. PUGLIESE, *Il ciclo*, cit., 55 ss.

<sup>467</sup> Una raccolta di fonti da cui si desume la religiosità romana in rapporto alla collera divina intravista nei fenomeni che esulano dal comune è proposta da R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *'Superstitio' y 'magia': atentados a la observancia religiosa de la 're publica'*, in *RDR*, V, 2005, 1 ss.

<sup>468</sup> Un processo dall'esito incerto e spesso rivelantesi mortale anziché portatore di vita è la gravidanza: molte sono le divinità invocabili a presidio della fecondità e del concepimento, come Giano, della gestazione, dell'*editio partus* e dello sviluppo morfologico del neonato, dell'emissione dei primi vagiti e dell'allattamento, data l'estrema delicatezza del processo di crescita. Cfr. M. PERFIGLI, *'Indigitamenta'*, cit., 35 ss., per una panoramica sulla «folla di dei e dee» legata alla nascita.

<sup>469</sup> S. TAFARO, *Persona, città, famiglia e matrimonio: dal diritto romano ad oggi*, in *Persona. Revista electrónica mensual de derechos existenciales*, XLVIII, 2005, par. IV, il quale prosegue osservando come «l'attenzione all'uomo ed alle leggi fisiologiche ed universali che ne regolavano il ciclo [fosse] penetrante, al punto che persino la vita della *Civitas*, struttura di confluenza dei singoli, era considerata in termini di sviluppo fisiologico» di un organismo vivente.

<sup>470</sup> Plin. *nat.* 29.1.3: *dis primum inventores suos adsignavit et caelo dicavit, nec non et hodie multifariam ab oraculis medicina petitur. auxit deinde famam etiam crimine, ictum fulmine Aesculapium fabulata, quoniam Tyndareum revocavisset ad vitam, nec tamen cessavit narrare alios revixisse opera sua, clara Troianis temporibus, a quibus fama certior, vulnerum tamen dumtaxat remediis*; Cic. *Tusc.* 3.1: ...



epiteti che li definiscono: si pensi solo a Minerva detta risanatrice<sup>471</sup>, ad Apollo Medico<sup>472</sup> e alla dea *Salus*<sup>473</sup>. A questi va affiancato il dio greco Asclepio, accolto a Roma con il nome di Esculapio già intorno al 295/293 a.C.<sup>474</sup>, quando la città per tre anni rimase in balia di una terribile pestilenza seminante morte. Il senso umano di impotenza emerge bene dal racconto di Valerio Massimo<sup>475</sup>, il quale sottolinea che i tentativi di carattere umano e divino fallirono miseramente. Non potendo tollerare oltre gli effetti devastanti dell'epidemia, interrogati i Libri Sibillini, i sacerdoti consigliarono di affidare Roma alla protezione di Esculapio figlio di Apollo. Per questo, una delegazione raggiunse Epidauro, dove aveva la dimora natale il dio: nei pressi del tempio a lui dedicato la rappresentanza romana fu colta da un'aurea sacrale e da un serpente<sup>476</sup>, segno interpretato come manifestazione del dio. Passato un triduo, il rettile raggiunse da sé l'imbarcazione romana e venne perciò condotto nell'Urbe. Dopo una prima

---

*atque eius utilitas deorum immortalium inventioni consecrata ...*; Ov. *met.* 1.521: *inventum medicina meum est ...* (parole pronunciate da Apollo). Per una disamina delle divinità a protezione della salute, cfr. G. PINTO, *Storia della medicina in Roma al tempo dei re e della Repubblica. Investigazioni e studi*, Roma, 1879, 47 ss.; P. DE FRANCISCI, *'Primordia civitatis'*, Roma, 1959, 277 ss.; G. PENSO, *La Médecine romaine: l'art d'Esculape dans la Rome antique*, Paris, 1984 (*La medicina romana. L'arte di Esculapio nell'antica Roma*, trad. it., Saronno, 1985, 13 ss., da cui si cita). Sulla connessione tra religione e medicina, cfr. C. DE FILIPPIS CAPPAL, *Medici*, cit., 35 ss. Di elementare empirismo intrecciato a elementi magico-religiosi parla G. COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, 36 ss., per la quale la medicina antica era appannaggio degli dei, che si servivano di mortali quali intermediari tra loro e i malati e meri interpreti del volere divino.

<sup>471</sup> Cic. *div.* 2.123: *... et si sine medico medicinam dabit Minerva ...*

<sup>472</sup> Venerato dal IV secolo a.C., ad Apollo Medico venne innalzato un tempio votivo in occasione di un'epidemia che aveva afflitto Roma; i suoi oracoli, poi, continuarono a essere consultati durante le calamità pubbliche. Cfr., sul dio, Macr. *Sat.* 1.17.15; Ov. *fast.* 3.825 e *met.* 1.521 (*... opiferque per orbem / dicor ...*). Recentemente, su Apollo Medico e sulla medicina teurgica, M.R. DE PASCALE, *Dall'Apollon medice' delle Vestali all'ars fructosior' di Plinio. Considerazioni sociali e giuridiche*, in *TSDP*, VII, 2014, 4 ss.; J.-M. ANDRÉ, *La médecine à Rome*, Paris, 2006, 70 ss.

<sup>473</sup> Liv. 9.43.25, a proposito del tempio che le venne dedicato nel 306 a.C.

<sup>474</sup> Per un approccio archeologico e storico-religioso, cfr. *Il culto di Asclepio nell'area mediterranea. Atti del Convegno (Agrigento, 20-22 novembre 2005)*, a cura di E. De Miro, G. Sfameni Gasparro e V. Cali, Roma, 2010.

<sup>475</sup> Val. Max. 1.8.2: *Sed ut ceterorum quoque deorum propensum huic urbi numen exequamur, triennio continuo vexata pestilentia civitas nostra, cum finem tanti et tam diutini mali neque divina misericordia neque humano auxilio inponi videret, cura sacerdotum inspectis Sibyllinis libris animadvertit non aliter pristinam recuperari salubritatem posse quam si ab Epidauro Aesculapius esset accersitus. itaque eo legatis missis unicam fatalis remedii opem auctoritate sua, quae iam in terris erat amplissima, impetraturam se credidit ...*; la vicenda di Esculapio, con talune differenze rispetto a Valerio Massimo, è raccontata dettagliatamente da Ov. *met.* 15.626-728, dove viene messo in luce in particolare il carattere salvifico del dio, e brevemente da Plin. *nat.* 29.8.16.

<sup>476</sup> Il potere benefico del serpente, utilizzato per la cura del corpo, emerge a più riprese nelle fonti latine: cfr., *ex multis*, Cato *agr.* 82.73; Plin. *nat.* 29.18.65-29.21.70; 29.38.119-122.

favorevole accoglienza riservata al dio<sup>477</sup>, il culto si estese in breve tempo in tutta la città e tra i templi a lui dedicati si suole ricordare quello eretto nell'Isola Tiberina<sup>478</sup> in onore del voto fatto dalla popolazione e della sparizione del morbo, divenuto meta successivamente per i malati che invocavano la potenza risanatrice<sup>479</sup> del dio e che, oltre a rivolgere suppliche e a compiere riti, passavano talvolta la notte in attesa che nel sogno o tramite i sacerdoti si desumessero le opportune prescrizioni dai caratteri religiosi e igienico sanitarie<sup>480</sup>.

### 3.4. *La medicina domestica del 'pater familias'. Il corpo custodito nel privato.*

Oltre alla connotazione mistico-sacrale della medicina antica, le fonti permettono di rinvenire un ulteriore aspetto determinante l'intero sviluppo del sistema sanitario romano e di cui è giunta testimonianza attraverso le parole di autori d'età repubblicana e imperiale: ossia, il carattere privatistico della cura del corpo e l'assenza di una regolamentazione da parte del potere pubblico.

Sin dalla nascita di Roma, infatti, fu prerogativa del *pater familias*, quale depositario di un sapere empirico da tramandare ai posteri, soccorrere in qualità di *medicus* i familiari. Egli, a sua volta, aveva appreso norme igieniche, alimentari, proprietà benefiche di erbe, credenze magico-sacrali e precetti di diversa natura dalla propria famiglia, secondo un'usanza che parrebbe essere seguita da Catone, il quale

---

<sup>477</sup> Circa il legame tra la *gens Ogulnia* e il culto per Esculapio, attraverso il quale si manifesta «il deciso accoglimento da parte dei Romani di valori culturali e scientifici esteri» e, in particolare, l'apertura «alla scienza medica greca», F. D'IPPOLITO, *Gli 'Ogulni' e il serpente di Esculapio*, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, II, a cura di G. Franciosi, Napoli, 1988, 164 ss.

<sup>478</sup> Sulla vicenda di Esculapio, dio dei semplici e dei poveri e delle guarigioni presso il tempio, cfr. M. GUARDUCCI, *L'isola Tiberina e la sua tradizione ospitaliera*, in EAD., *Scritti scelti sulla religione greca e romana e sul Cristianesimo*, Leiden, 1983, 180 ss.; M. DE FILIPPIS CAPPALÀ, *Il culto di Asclepio da Epidauro a Roma: medicina del tempio e medicina scientifica*, in *Civiltà Classica e Cristiana*, XII.3, 1991, 271 ss. Circa Esculapio, eroe benefattore elevato al cielo per i suoi meriti, cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma - Bari, 1987, 94 ss., con i passi ciceroniani attinenti (*Cic. nat. deor.* 2.62; *leg.* 2.19).

<sup>479</sup> Su Asclepio quale anti Zeus, dio che pone in crisi la separazione tra i vivi e i morti, D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica*, Milano, 1988, 19 ss., come a sottolineare che l'intervento risanatore del dio introduce un elemento di confusione nel ciclo biologico.

<sup>480</sup> Specificamente sull'*incubatio*, S. FELICI, *Medicina religiosa, medicina magica, medicina scientifica nella civiltà classica greca e latina*, in *Cultura e promozione umana. La cura del corpo e dello spirito nell'antichità classica e nei primi secoli cristiani. Un magistero ancora attuale? Convegno internazionale di studi Oasi 'Maria Santissima' (Troina, 29 ottobre-1 novembre 1997)*, a cura di E. Dal Covolo e I. Giannetto, Troina, 1998, 77 s.

compone un prontuario dallo sfondo medico per il figlio<sup>481</sup>. Dal ritratto che fornisce Plinio, Catone temeva la pericolosità insita nella pratica medica, poiché si sarebbe potuta tramutare in mezzo di congiure, tanto da consigliare al figlio di fuggire dai medici stranieri, *in primis* da quelli greci<sup>482</sup>. Lo stesso argomento è del resto ricorrente in satire, epigrammi e commedie, come suggeriscono i riferimenti presenti in Giovenale e Marziale, dai quali, talvolta esasperando e portando all'eccesso alcune vicende e con l'invettiva che li contraddistingue, figura l'idea radicata nella società di un medico venale, facilmente corrompibile, d'origine straniera, inesperto e improvvisato nel mestiere, operante al limite tra la vita e la morte, non solo e non tanto perché chiamato in situazioni in cui il corpo è debilitato, ma piuttosto perché la sua arte gli permette di favorire malesseri, l'interruzione di processi biologici<sup>483</sup> – come la gestazione –, financo assecondare le perverse richieste di mogli dai decadenti costumi, indaffarate ad architettare la morte dei mariti con intrugli e veleni preparati dalle stesse o da medici<sup>484</sup>, secondo un topos caro alle opere letterarie di plurimi autori<sup>485</sup>.

---

<sup>481</sup> Plin. *nat.* 29.8.15: ... *subicit enim qua medicina se et coniugem usque ad longam senectam perduxerit, his ipsis scilicet, quae nunc nos tractamus, profiteturque esse commentarium sibi, quo medeatur filio, servis, familiaribus, quem nos per genera usus sui digerimus.*

<sup>482</sup> Plin. *nat.* 29.7.14: *Dicam de istis Graecis suo loco, M. fili, quid Athenis exquisitum habeam et quod bonum sit illorum litteras inspicere, non perdiscere. vincam nequissimum et indocile genus illorum, et hoc puta vatem dixisse: quandoque ista gens suas litteras dabit, omnia conrumpet, tum etiam magis, si medicos suos hoc mittet. iurarunt inter se barbaros necare omnes medicina, sed hoc ipsum mercede faciunt, ut fides iis sit et facile disperdant. nos quoque dictitant barbaros et spurcius nos quam alios ὄπικῶν appellatione foedant. interdixi tibi de medicis.*

<sup>483</sup> Cfr. Iuv. *sat.* 3.75-78 (*quemvis hominem secum attulit ad nos: / grammaticus, rhetor, geometres, pictor, aliptes, / augur, schoenobates, medicus, magus, omnia novit / Graeculus esuriens: in caelum iusseris ibit*), in cui i Greci per sete di denaro si improvvisano capaci di tutto; farmaci abortivi, medici greci che aiutano le donne ad avvelenare i mariti o a facilitare i tradimenti compaiono in Iuv. *sat.* 6.46, 6.370, 6.595; Marz. 1.30 (*chirurgus fuerat, nunc est uispillo Diaulus: / coepit quo poterat clinicus esse modo*), in cui il protagonista era un chirurgo convertito al mestiere del necroforo; Marz. 5.9 (*languēbam: sed tu comitatus protinus ad me / uenisti centum, Symmache, discipulis. / Centum me tetigere manus aquilone gelatae: / non habui febrem, Symmache, nunc habeo*), sul medico che nelle visite si fa assistere da una moltitudine di discepoli, i quali con superficialità stazionano intorno al paziente, ne toccano il corpo, sino a cagionargli la febbre. Un medico di dubbia professionalità, facilmente aggirabile, posto che cade in un equivoco scambiando due gemelli, uno dei quali sano e l'altro pazzo, è descritto in Plauto nei *Menaechmi*.

<sup>484</sup> Una rassegna dei 'preparatori di farmaci' e della varietà di unguenti, medicinali e droghe è contenuta in A. RUSSO, *I preparatori di farmaci nella società romana*, in *From Epidaurus to Salerno*, a cura di A. Krug, Belgium, 1991, 265 ss.

<sup>485</sup> Oltre a quelli già citati, cfr. Liv. 8.18.6, per il ricorso a pozioni e veleni da parte delle donne romane. Tra la bibliografia, v. F. CAVAGGIONI, *'Mulier rea'*, cit., 53 ss., sul *veneficium*; 55 ss., sulle donne creatrici e utilizzatrici di *venenum* da intendersi come «insieme variegato di elementi e di pratiche caratterizzati da un potere metaforico, indifferentemente realizzabile *in bonam* o *in malam partem*», in quanto *vox media*, al cui interno trovano collocazione «incantesimo/filtro amoroso, medicina, veleno, rimedio abortivo, cosmetico/colorante»; C. RUSSO RUGGERI, *'Cognatorum decreta' e 'veneficia matronarum' nel II secolo a.C.*, in *'Iuris Antiqui Historia'*, I, 2009, 225; A. BARTOLONI SAINT OMER,

Non sono, quindi, solo i medici greci ad attirare la diffidenza degli ambienti aristocratici romani e lo scherno nelle satire, perché appartenenti a un popolo entro cui la tradizione medica aveva favorito il proliferare di scuole dalle contrastanti teorie, ma la categoria dell'esercente la medicina, più per un carattere insito nell'arte stessa che per l'elemento soggettivo: o meglio, questo è un ulteriore aspetto connesso e in un certo qual senso dipendente dalla concezione di medicina e di corpo diffusa a Roma.

Qui il sostrato fisico assurge a dimensione esposta al pericolo, su cui gli eventi naturali e gli interventi di terzi impediscono di garantire all'uomo incarnato di esercitare un controllo pieno ed esclusivo. Chi permettesse spontaneamente a un terzo (il medico) la cura di sé e dei propri famigliari avrebbe di fatto attuato una sorta di resa o favorito un'espropriazione del potere di vita e di morte<sup>486</sup> detenuto dal *pater*. Pervade la società romana un «intellectual ideal of the self-sufficient *pater familias*»<sup>487</sup> e quanto più ci si

---

*'Religio'*, cit., 33 ss.; L. MONACO, *'Veneficia matronarum'. Magia, medicina e repressione*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1984, 2013 ss.; E. CANTARELLA, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1996, 70 ss., sui processi contro le donne per l'uso di *velenum malum*; G. RIZZELLI, *'Adulterium'*, cit., 39 ss., con indicazione dei vari processi in età augustea; L. PEPE, *Processo a un'avvelenatrice: la prima orazione di Antifone*, in *Index*, XL, 2012, 131 ss., per il medesimo tema in ambito greco, pur affermando che «indubbiamente, il fenomeno delle 'donne avvelenatrici' non ebbe ad Atene le proporzioni preoccupanti che assunse invece a Roma, ove in diversi momenti storici moltissime matrone furono coinvolte in procedimenti conclusi con altrettante condanne capitali».

<sup>486</sup> Indirettamente, la concezione della famiglia come istituzione primaria che poteva e doveva occuparsi dei suoi componenti emerge altresì dal trattamento previsto per il malato di mente, prioritariamente domiciliare, sotto la vigilanza dei congiunti, e, solo in caso di impossibilità, in carcere (cfr. Ulp. 7 *de off. proc.* D. 1.18.13.1: su cui v. almeno E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, 46 ss., 79 ss., specificamente sul ruolo principe della famiglia nell'assistenza e nella custodia del malato). A proposito delle malattie mentali e del rapporto tra medicina e diritto, F. STOK, *Follia e malattie mentali nella medicina romana*, in *ANRW*, II.37.3, 1996, 2297, conclude che non vi era nulla di simile all'internamento moderno, sanzionato dall'autorità del medico, certificante la condizione del paziente e con implicazioni di carattere giuridico, poiché «il diritto romano ... era interessato, più che alla tutela dei malati di mente, ai risvolti patrimoniali che la malattia mentale comportava ... La diagnosi medica, inoltre, era del tutto indifferente alla prospettiva giuridica, per la quale la malattia mentale costituiva una condizione di fatto, riconosciuta a prescindere non solo da quella che in età moderna è la perizia psichiatrica, ma anche da specifici parametri o da particolari garanzie ... Trattamento medico ed intervento della legge costituiscono, in altri termini, eventualità diverse e distinte ... e non necessariamente coincidenti» e ciò traspare dalla «norma tradita dalle XII tavole, elaborata nell'ambito di una società agricola, quale misura che originariamente doveva interessare la famiglia o la *gens*, senza intervento della magistratura». In termini analoghi, già S. SOLAZZI, *'Furor vel dementia'*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, 623 ss., per il quale «la questione [del riconoscimento dell'infermità], che è puramente di fatto, non si trova mai trattata dai giuristi. Il giudice si sarà tolto d'impaccio, come meglio poteva e sapeva». Cfr. anche E. NARDI, *Squilibrio*, cit., 60, il quale ben evidenzia che «la pronuncia di infermità mentale (con le conseguenze proprie della fattispecie) era compito del giudice utilmente adito in rapporto al '*casus*': in civile, su richiesta dell'interessato e in forza di attendibili prove da lui fornite (è interessante rilevare che mai si parla – eppure i Romani ben le conoscevano e le usavano: ma evidentemente non qui! – di perizie o consulenze tecniche)».

<sup>487</sup> R. JACKSON, *Doctors and Diseases in the Roman Empire*, London, 1988, 10.

addentra nel luogo del biologico, tanto più la tensione all'autosufficienza domestica e al *pater* come autorità principe della famiglia si fa più pressante, a riprova che «nelle tappe essenziali del *ciclo della vita* fu collocata la *familia*, intesa come organismo autonomo ed insostituibile, autosufficiente nella sua composizione di persone e di beni»<sup>488</sup>. Essenzialità di processi vitali, autonomia, insostituibilità e autosufficienza della famiglia, quindi, i tratti rinvenibili nella condizione del corpo umano in Roma. Per comprendere perché sussista un rapporto direttamente proporzionale tra il corpo malato e la sovranità domestica e dove risieda l'elemento di saldo congiungimento tra i due, può essere utile richiamare il significato più antico della radice indoeuropea \**med-* dalla quale sono derivati, per l'ambito di nostro interesse, *medicina/medicus*, ma anche vocaboli di matrice magistratuale, come *meddix*.

Emile Benveniste conclude che \**med-* rimanda all'atto di «prendere con autorità le misure che sono appropriate a una difficoltà attuale; riportare alla norma ... un problema»<sup>489</sup>. La radice, quindi, evoca l'autorità; una disfunzione di carattere eterogeneo che necessita di essere eliminata. Del resto, la medicina ben si presta, per il momento in cui interviene, a costituire lo strumento attraverso cui ristabilire la fisiologica natura umana, superando il problema; a chi compete l'elaborazione della cura, inoltre, è attribuito o riconosciuto un carattere autoritario, decisorio, definitorio. Egli può decidere, perché è dotato del potere di farlo, è nella posizione di vagliare la situazione e di porvi rimedio. La cura effettuata – l'intervento sul corpo umano – è, perciò, una forma di manifestazione del potere, che quindi presuppone nell'esercente la qualifica di autorità.

Così intesa, la medicina originariamente è il sapere che permette a un soggetto dotato di potere e in forza di quel potere di gestire il biologico nelle sue affezioni morbose (il problema da riportare alla norma) e costui pertanto coincide con il *pater*, l'autorità della *familia*. Del resto, già si era evocato più volte l'intimo legame tra corpo come dimensione di manifestazione del ciclo vitale e destinatario di interventi miranti a ripristinare la salute (il mantenimento della vita) o a cagionare la morte. Nel fisiologico ordine degli eventi è il *pater* che sui suoi sottoposti mantiene il *ius vitae ac necis* e a

---

<sup>488</sup> S. TAFARO, *Persona*, cit., par. IV.

<sup>489</sup> E. BENVENISTE, *Il vocabolario*, II, cit., 381.

maggior ragione lo preserva e lo esplica dinanzi al morbo o ad altri eventi, naturali e non, che fanno vacillare la vita stessa.

Per riassumere, era preferibile – o addirittura inevitabile – che la gestione del *corpus* rimanesse personale e familiare, un affare privato, rispetto al quale il *pater*, oltre a essere dotato dell'indispensabile *auctoritas*, risultava il medico più affidabile, poiché era al contempo depositario e custode degli antichi *mores maiorum* in quanto cittadino romano ed era interessato a che i suoi *filii* e i suoi servi fossero in condizioni tali da poter espletare i loro compiti, senza peraltro perseguire alcun fine di lucro sull'attività di cura eventualmente fornita.

Queste sono, quindi, le linee direttive entro cui si inserisce la medicina tradizionale, emblematiche, del resto, della concezione umana della *civitas* condizionante anche l'ordinamento giuridico romano. Quali dirette conseguenze di tali assunti, sono da annoverare lo sviluppo tardivo e spontaneo della professione medica da parte di soggetti appartenenti a classi sociali inferiori d'origine straniera, elemento soggettivo già emerso nelle opere letterarie richiamate; la connaturata diffidenza verso l'esercizio retribuito della medicina; l'assenza di un organico e preventivo controllo pubblico sugli esercenti<sup>490</sup>.

3.5. *La medicina straniera laica: lo sguardo diffidente della società e del potere pubblico dinanzi al medico che invade il corpo.*

Seguendo la tradizione e, in particolare le informazioni annotate da Cassio Emina alle quali Plinio riferisce di attingere<sup>491</sup>, eccettuata la medicina cd. sacrale e domestica, appannaggio delle divinità, dei sacerdoti e dei *patres*, la società romana viene nel 219 a.C. in contatto con il medico Arcagato, il quale dal Peloponneso giunse nell'Urbe preceduto dalla fama di essere un abile *vulnerarius*, tanto che la comunità gli riserva una buona accoglienza, se è attendibile che egli ricevette la cittadinanza e del denaro per acquistare una *taberna* in cui esercitare la sua arte. Presto, però, l'apertura della

---

<sup>490</sup> Sulla «tradition anti-médicale romaine» e sulla resistenza di Roma alla medicina straniera, cfr. J.-M. ANDRÉ, *La Médecine*, cit., 17 ss.

<sup>491</sup> Plin. *nat.* 29.6.12: ... *Cassius Hemina ex antiquissimis auctor est primum e medicis venisse Romam Peloponneso Archagathum Lysaniae filium L. Aemilio M. Livio cos. anno urbis DXXXV, eique ius Quiritum datum et tabernam in compito Acilio emptam ob id publice.*

città si tramutò in diffidenza, poiché egli si rendeva pioniere di una sorta di rivoluzione curativa: il suo disinvolto metodo di cura, infatti, consistente nel tagliare e nel bruciare parti del corpo (*saevitia secandi urendique*), gli valse il nuovo epiteto di *carnifex*<sup>492</sup> e il rapido rientro nelle terre d'origine.

Dal racconto sembra che Plinio voglia opporre alla singolarità e alla brevità del fatto la riluttanza dei Romani in ambito medico nell'età monarchica e proto repubblicana e persistente nel secolo e mezzo seguente all'esperienza di Arcagato: intervallo di tempo durante il quale nessun medico straniero riuscì a dimorare a Roma per esercitarvi con successo il mestiere<sup>493</sup>.

Alcuni elementi mi inducono poi ad attribuire alla testimonianza pliniana valenza eziologica, come se fosse elaborata o quanto meno ricordata con dovizia di particolari per giustificare la tardiva commistione della medicina autoctona con quella straniera e in particolare greco-ellenistica. Suppongo, poi, che sia poco credibile che Roma non fosse venuta in contatto prima con medici stranieri, se con questo termine si intendono individuare soggetti in possesso di esperienza medica e proponenti rimedi curativi: si pensi solo agli schiavi provenienti dall'oriente, alcuni dei quali senz'altro venuti a contatto nella terra natia con scuole o tradizioni ivi diffuse per quanto primitive o carenti di scientificità. La peculiarità di Arcagato, quindi, potrebbe essere determinata da un triplice fattore innovativo: il riconoscimento pubblico della sua professione, la

---

<sup>492</sup> Plin. *nat.* 29.6.13: *vulnerarium eum fuisse egregium, mireque gratum adventum eius initio, mox a saevitia secandi urendique transisse nomen in carnificem et in taedium artem omnesque medicos, quod clarissime intellegi potest ex M. Catone, cuius auctoritati triumphus atque censura minimum conferunt; tanto plus in ipso est. quam ob rem verba eius ipsa ponemus. Carnifex* rimanda letteralmente al macellaio, a colui che lavora e maneggia la carne (*caro* e *facere*; cfr. C. DU FRESNE, meglio noto come DU CANGE, voce '*Carnifex*', in '*Glossarium mediae et infimae latinitatis*', II, Paris, 1842, c. 190: *Lanius qui carnes vendit et facit, vulgo nostris 'Boucher' ... Carnifex, homicida, vel macellator, vel Carnifex dicitur, qui facit carnes*), sino a indicare colui che esegue le sentenze di condanna a morte. Alcuni metodi curativi di Arcagato sono ricordati da Cels. *med.* 5.19.27.

<sup>493</sup> Per G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 105 s., l'episodio di Arcagato testimonia la rilevanza sociale dell'esercizio della medicina, al pari dell'attività dei giureconsulti; tuttavia, l'epilogo raccontato da Plinio non sarebbe storicamente attendibile, ma tramandato a giustificazione dell'atteggiamento conservatore diffuso a Roma. Secondo R. BOZZONI, *I medici ed il diritto romano*, Napoli, 1904, 9, invece, l'insuccesso di Arcagato e l'ostilità dimostrata da Catone, da Plinio e dai Romani conservatori potrebbero essere dettati da una ragione politica, poiché il medico era probabilmente un protetto di Scipione. Secondo la tesi di L. GIL, *Arcagato, Plinio y los médicos*, in *Habis*, III, 1972, 87, i racconti di Plinio sulla vicenda di Arcagato e sugli esercenti la professione medica sono carenti di rilievo storico, considerato che questi a Roma non avrebbero avuto molta libertà, ma sarebbero stati assoggettati a un pressante controllo pubblico.

provenienza straniera e la condizione libera, come buona parte della dottrina ha ipotizzato<sup>494</sup>.

Peraltro, il trattamento da lui ricevuto presenta una sostanziale analogia con quello ottenuto nel corso del secolo successivo dal giurista Gaio Scipione Nasica, a favore del quale Pomponio ricorda essere stato concesso un locale lungo la sacra via, affinché potesse venire raggiunto comodamente da quanti cercassero un suo responso. L'analogia, secondo Giovanna Coppola, testimonierebbe la rilevanza sociale acquisita dall'attività medica, al pari di quella del giureconsulto<sup>495</sup>.

Tuttavia, seppur i due trattamenti siano parificabili, altre considerazioni di carattere generale impediscono di aderire integralmente alla visione della studiosa e ancora una volta suggeriscono di essere cauti nell'approcciarsi alle notizie a riguardo tramandate da Plinio e nell'estrapolare da singoli eventi concezioni sociali reggenti la *civitas*. Infatti, sembra precoce far risalire al 219 a.C. un intervento pubblico a favore di un chirurgo straniero, se si pensa che la professione continuò per molti secoli a svilupparsi in forma privata, in assenza di un controllo del potere sul titolo, sulla diffusione e sulla qualità dei medici, e senza che fossero individuabili esercenti privilegiati, inseriti nell'amministrazione o da questa dipendenti.

Poiché, però, non è nemmeno suffragabile una datazione posteriore, né decretabile l'inattendibilità del racconto, si può cautamente concludere che per la prima volta con Arcagato «il Senato romano si comportava non diversamente dai consigli delle città ellenistiche, per le quali quella di medico pubblico era una carica ed una istituzione ben consolidata», specificando che non sono state perpetrate «forme di evergetismo sanitario» quanto meno sino alla prima fase imperiale<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> Cfr. V. NUTTON, *Continuity or Rediscovery? The City Physician in Classical Antiquity and Medieval Italy*, in *The Town and State Physician in Europe from the Middle Ages to the Enlightenment*, a cura di A.W. Russell, Wolfenbüttel, 1981, 18; concordemente, R.P.J. JACKSON, *Roman Medicine: the Practitioners and their Practices*, in *ANRW*, 1993, II.37.1, 81; C. DE FILIPPIS CAPPALÀ, *Medici*, cit., 50 s., per la quale è del tutto probabile che Roma avesse già conosciuto altri medici, ma certamente non altri medici pubblici. Per R. BOZZONI, *I medici*, cit., 2 ss., è da «escludere recisamente la possibilità che in Roma sia mancata per tanto tempo un'assistenza medica, sia pure primitiva», tuttavia riconosce di non poter avvalorare l'ipotesi con alcuna fonte; per l'autore la medicina a Roma avrebbe avuto origine sannita e sarebbe stata esercitata in forma domestica da schiavi, mentre i primi liberi esercenti potrebbero essere stati i Greci, il primo dei quali Arcagato.

<sup>495</sup> Pomp. *I. s. enchir.* D. 1.2.2.37; sul punto, G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 104 s. e nt. 152.

<sup>496</sup> M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina e l'igiene*, in *Storia di Roma*, IV. *Caratteri e morfologie*, Torino, 1989, 394. Il concetto è stato recentemente ripreso da M.R. DE PASCALE, *Dall'«Apollo medice»*, cit., 8, nel notare che il diretto coinvolgimento del potere centrale rispetto alla medicina e all'allocatione



3.6. *Origine, caratteristiche sociali, fama e arricchimento dei medici dopo Arcagato. L'emergere dell'ambivalenza.*

È ancora Plinio un'importante fonte delineante la storia della medicina dopo Arcagato, specificamente soffermandosi su alcune figure che, al contrario del chirurgo carnefice, riuscirono a ottenere fama e ricchezza. Alla fine del II secolo a.C., opera Asclepiade di Prusa<sup>497</sup>, acculturato e con un passato da retorico, capace con queste sue doti di supplire le carenze cognitive mediche<sup>498</sup> e di guadagnare la fiducia di molti romani<sup>499</sup>, proponendo cure fondate sull'empirismo e terapie non invasive simili alla loro concezione medica tradizionale.

Se, quindi, per esperienza e formazione i medici giunti a Roma erano eterogenei, nell'ultimo secolo della Repubblica e nel primo impero erano accomunati dall'origine

---

del medico è rimasto un *unicum* nella storia romana. Del resto, «non esisteva una medicina ufficialmente riconosciuta; lo stato non si rendeva garante nei confronti del cittadino» (C. DE FILIPPIS CAPPALÀ, *Medici*, cit., 65). L'assenza di un sistema sanitario per i *cives* perdurante nel I secolo d.C. emerge indirettamente anche dal racconto di Tac. *ann.* 4.62.1-4.63.2: ... *ceterum sub recentem cladem patuere procerum domus, fomenta et medici passim praebiti, fuitque urbs per illos dies quamquam maesta facie veterum institutis similis, qui magna post proelia saucios largitione et cura sustentabant*, dov'è descritto il disastro avvenuto nel 27 d.C., a causa del cedimento dell'anfiteatro di Fidene, che non resse il peso della grande folla. I presenti riportarono ferite e molti morirono. Tacito non riferisce di alcun intervento pubblico da parte di medici, bensì dell'aiuto fornito spontaneamente dai presenti, i quali hanno aperto le loro case e messo a disposizione medici, evento paragonato dall'autore a quando un tempo, dopo le battaglie, ci si prodigava a fornire cure ai feriti e a dare loro denaro.

<sup>497</sup> Plin. *nat.* 26.7.12: *Durabat tamen antiquitas firma magnasque confessae rei vindicabat reliquias, donec Asclepiades aetate Magni Pompei orandi magister nec satis in arte ea quaestuosus, ut ad alia quam forum sagacis ingenii, huc se repente convertit atque, ut necesse erat homini, qui nec id egisset nec remedia nosset oculis usuque percipienda, torrenti ac meditata cotidie oratione blandiens omnia abdicavit totamque medicinam ad causas revocando coniecturae fecit.* Le terapie proposte sono contenute in Plin. *nat.* 26.7.13-20.

<sup>498</sup> Plin. *nat.* 26.8.12 e 14.

<sup>499</sup> Plin. *nat.* 26.7.13: ... *universum prope humanum genus circumegit in se non alio modo quam si caelo demissus advenisset ...* Cfr., sul punto, J. SCARBOROUGH, *Roman Medicine*, London, 1969, 41. Tuttavia, I. MAZZINI, *La medicina dei Greci e dei Romani*, I. Letteratura, lingua, scienza, Roma, 1995, 36, ricorda come nonostante questo Plinio (indignato dal successo di Asclepiade: Plin. *nat.* 26.7.13-15) e Galeno abbiano mantenuto atteggiamenti ostili nei suoi confronti (similmente, J. SCARBOROUGH, *Roman Medicine*, cit., 39). L'adesione ai valori tipici della classe dirigente romana sembra rinvenibile nell'epitaffio del medico CIL XI.3943: *C(aius) Calpurnius Asclepiades Prusa ad Olymum, medicus, / parentibus et sibi et fratribus civitates VII a divo Traiano / impetravit, natus III non(as) Mart(ias) Domitiano XIII co(n)s(ule), eadem die / quo et uxor eius Veronia Chelidon, cum quo vixit annis LI, / studiorum et morum causa probatus a viris clarissimis, adseduit magis / tratibus ita ut in aliis et in provincia Asia custodiar(ius) / [tabellarum?] in urna iudicum; vixit annis LXX*, rispetto al quale v. A. CRISTOFORI, *Medici 'stranieri' e medici 'integrati' nella documentazione epigrafica del mondo romano*, in *Medicina e società nel mondo antico. Atti del convegno (Udine, 4-5 ottobre 2005)*, a cura di A. Marcone, Firenze, 2006, 112 e nt. 5.

straniera e il dato induce ad avvalorare la tesi secondo la quale a Roma la cura del corpo non assurgeva a professione alla quale terzi sarebbero stati dediti. Infatti, sebbene nessuno, neppure dagli ambienti di stampo più tradizionale, dubitasse dell'utilità della medicina come contributo grazie al quale la cagionevole natura umana avrebbe potuto ricevere soccorso<sup>500</sup>, la natura lucrativa della professione associata alla materia sulla quale il medico opera (il corpo) costituiva un sovvertimento inaccettabile dei valori fondanti la *civitas* al quale certo non si sarebbe prestato un *bonus vir*, un *pater familias*. Costoro si dedicano alla comunità d'appartenenza privi di alcuna finalità lucrativa e, nel farlo, mantengono vive l'*auctoritas* e la tradizione<sup>501</sup>. Chi, invece, non aderisce al sistema valoriale romano, perché ad esempio peregrino, potrebbe non rifuggire l'esercizio della medicina e anzi praticarla come un qualsiasi mestiere, attratto dalla mercede. L'ipotesi riceve presto conferma grazie alle informazioni desumibili dalle fonti epigrafiche e dalle iscrizioni funerarie in ricordo di medici o da essi dedicate ad altri: nella maggioranza, i dati anagrafici consentono di evincere la provenienza straniera, l'estrazione sociale umile, l'origine servile o lo stato di liberto<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> Lo stesso Plin. *nat.* 29.8.16 non condanna il sapere medico, ma l'idea che i medici mercanteggino con la vita umana. Per M.R. DE PASCALE, *Dall'Apollonia medice'*, cit., 45 s., l'ostilità di Plinio verso i medici greci, più che essere dovuta alla remuneratività del mestiere, è connessa alla politica commerciale imperiale, tesa a importare materie prime, in particolare spezie, necessarie per preparare anche i medicinali, alle spese di finanziamento e ai rischi a tal proposito sostenuti da Roma. Per M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 409, invece, deriverebbe dall'impossibilità di accettare un modello di medico «non integrato nel corpo dei *cives*, che non appartiene né alla famiglia né alla *res publica*», alla cui tesi si aderisce.

<sup>501</sup> Secondo Plin. *nat.* 29.8.17, la scarsità di medici di provenienza romana è dovuta al fatto che le *artes liberales* non sono compatibili con la *romana gravitas*. Per il monopolio di medici stranieri, in particolare Greci, a Roma v. TH. MOMMSEN, *Storia di Roma*, IV. *Dalla sottomissione di Cartagine alla sottomissione della Grecia*, Roma, 1934, 278. Dettagliatamente, sulla condizione dei *medici peregrini* e sui *servi medici*, F. KUDLIEN, *Die Stellung des Arztes in der römischen Gesellschaft. Freigeborene Römer, Eingebürgerte, Peregrine, Sklaven, Freigelassene als Ärzte*, Stuttgart, 1986, 71 ss., 92 ss.; J. SCARBOROUGH, *Roman Medicine*, cit., 113, parla di un «social puzzle».

<sup>502</sup> Cfr., *ex multis*, CIL V 870; V 2530; VI 3982; VI 3985 (*Tyrannus Liviae medicus*); VI 4450; VI 6319; VI 8896; VI 8900; XI 6232. Per una disamina delle iscrizioni epigrafiche contenenti informazioni sulla professione medica, cfr. A. CRISTOFORI, *Medici*, cit., 115 ss., 139 ss.; una recente raccolta del materiale epigrafico sui medici è contenuta in A. MASTINO, *Scritto sulle epigrafi: premessa per una ricerca su malattie, cause di morte e medici in età imperiale romana*, in *Diritto @ Storia*, XII, 2014; sulla documentazione epigrafica dell'Italia settentrionale dal I secolo a.C. fino al III secolo d.C. e sulla mobilità sociale, v. A. BUONOPANE, *Ceti medi e professioni: il caso dei medici*, in *Ceti medi in Cisalpina. Atti del Colloquio Internazionale (Milano, 14-16 settembre 2000)*, a cura di A. Sartori e A. Valvo, Milano, 2002, 79 ss. e 83 s.; per le iscrizioni relative all'origine schiavile e straniera dei medici cfr. R. BOZZONI, *I medici*, cit., 18 s., nt. 2. Circa lo stato sociale dei medici nel primo periodo imperiale, M. KOBAYASHI, *The Social Status of Doctors in the Early Roman Empire*, in *Forms of Control and Subordination in Antiquity*, a cura di T. Yuge e M. Doi, Leiden - New York - København - Köln, 1988, 416 ss.; H.W. PLEKET, *The Social Status of Physicians in the Graeco-Roman World*, in *Clio medica*, XXVII, 1995, 27 ss. Cfr. le percentuali

Convivono, quindi, nell'arte medica l'utilità dell'intervento sul corpo, l'onestà con la quale può essere praticata, e l'originaria estraneità della stessa all'aristocrazia senatoria come ceto presso cui sono custodite le virtù dei *viri boni*. Questo emerge da Cicerone il quale, sebbene non faccia trasparire dalle sue opere l'atteggiamento ostile rivenuto, ad esempio, in Catone e in Plinio, ribadisce come i Romani si distinguano dai popoli a loro vicini per non impegnarsi nella professione medica che si addiceva a persone dalla condizione sociale inferiore<sup>503</sup>.

Del resto, com'è stato anticipato, la prima tipologia di medico conosciuta a Roma dovette essere quella del *servus medicus* straniero, in possesso magari di proprie nozioni, al quale il *dominus* avrebbe contribuito a conferire un'ulteriore istruzione, per impiegarlo ad esempio nelle attività curative a beneficio della *familia*. Certamente, però, il rapporto di dipendenza e di assoggettamento del *servus* al padrone avrebbe determinato una limitata autonomia del primo, il quale sarebbe stato indotto a operare seguendo le indicazioni ricevute<sup>504</sup>.

L'origine umile degli esercenti la medicina riceve poi testimonianza dalla mole di passi giuridici attinenti alle *operae* prestate dal *servus medicus* e ai beneficiari delle stesse, dallo schiavo in procinto di essere manomesso e dal liberto. Non era infrequente che il *servus medicus*, dopo aver fedelmente operato a servizio del *dominus*, riuscisse a ottenere la manomissione, continuando a curare la casa padronale, gli amici e i terzi, secondo le condizioni stabilite con il *patronus*. Tali informazioni sono riportate da vari giuristi attivi in anni differenti, fra i quali Scevola, Alfeno Varo, Giuliano e Papiniano, da cui si desume anche la diffusione progressiva della professione e le attese economiche<sup>505</sup>.

---

elaborate da J. KORPELA, *Das Medizinpersonal im antiken Rom. Eine sozialgeschichtliche Untersuchung*, Helsinki, 1987, 35 ss., in materia di *status* del personale medico.

<sup>503</sup> Cic. *off.* 1.151: *quibus autem artibus aut prudentia maior inest aut non mediocris utilitas quaeritur, ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, eae sunt iis, quorum ordini conveniunt, honestae*. Cfr. F. STOK, *L'ars medica' e il suo esercizio nell'ideologia ciceroniana*, in *Index*, XI, 1982, 27 ss., sul rinvenimento di una dimensione sociale comunque subalterna della professione medica a Roma nelle opere ciceroniane; G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 111.

<sup>504</sup> Sen. *const. sap.* 1.1: *Ceteri sapientes molliter et blande, ut fere domestici et familiares medici aegris corporibus, non qua optimum et celerrimum est medentur sed qua licet*.

<sup>505</sup> Scev. 4 *resp.* D. 40.5.41.6, sugli schiavi medici ai quali si vorrebbe concedere la libertà sotto fiducia, temendo che possano non prestare le cure a favore del padrone; Alf. 7 *dig.* D. 38.1.26 pr.; Iul. 65 *dig.* D. 38.1.25 pr.-2; Iul. 1 *ex Minic.* D. 38.1.27; Pap. 8 *resp.* D. 33.1.10.3.

In particolare, come è attestato nel passo di Alfeno Varo, tratto dal VII libro dei *Digesta* e collocato in D. 38.1.26, poteva accadere che il *patronus* fosse un *medicus* e avesse avviato alla medesima professione i propri liberti<sup>506</sup>.

Nel preoccuparsi delle ripercussioni pregiudizievoli derivate dall'attività esercitata in proprio da questi, al *patronus* sorse l'interrogativo se fosse consentito imporre loro di adiuvarlo nell'espletamento delle cure e se potesse essere loro vietato lo svolgimento di prestazioni mediche in modo autonomo. Nell'un caso, infatti, i liberti, dovendo assistere il *patronus* nelle visite, avrebbero goduto di un tempo inferiore per offrire cure a suo danno; nell'altro caso, agli stessi sarebbe stato precluso il mestiere, evitando di alterare la potenziale clientela del patrono.

La soluzione ipoteticamente prospettata era a favore del *patronus*, il quale avrebbe potuto introdurre limiti ai propri liberti e regolare la tipologia di opere dovute a suo favore, purché fossero esclusivamente *liberae operae* e non precludessero il riposo e la conservazione della salute e dell'onore. Il passo, poi, proseguiva affrontando in ottica risarcitoria per l'ipotesi in cui i liberti si fossero rifiutati di prestare le opere e si dovesse stimare l'ammontare della condanna: misura identificata nell'utilità che gli stessi avrebbero fornito mediante la corretta assistenza al *patronus* e non nel vantaggio che sarebbe derivato a costui nel caso di astensione dall'esercizio della professione da parte dei primi<sup>507</sup>.

Del resto, Giuliano rilevava come per il padrone o il *patronus* fosse possibile trarre un'utilità dagli schiavi o dai propri liberti solo attraverso la fruizione costante dell'attività medica, ossia esclusivamente per mezzo della locazione a terzi (... *operis perpetuo uti non aliter possunt, quam ut eas locent*)<sup>508</sup>. Sebbene il *servus medicus*, al pari

---

<sup>506</sup> Alf. 7 *dig.* D. 38.1.26 pr.: *Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id ius est nec ne? respondit ius esse, dummodo liberis operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret. 1. Item rogavi, si has operas liberti dare nollent, quanti oporteret aestimari. respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset.*

<sup>507</sup> Cfr. G. LAVAGGI, *Nuovi studi sui liberti*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Milano, 1956, 78 ss., il quale, anche dalla fonte citata, coglie la circostanza che originariamente il liberto fosse tenuto a prestare al patrono qualsiasi opera gli venisse richiesta. Secondo l'autore, Alfeno è il primo giurista a considerare ciò iniquo, pur non sottraendosi al riconoscimento dei poteri patronali.

<sup>508</sup> Iul. 65 *dig.* D. 38.1.25.2: *Item plerumque medici servos eiusdem artis libertos perducunt, quorum operis perpetuo uti non aliter possunt, quam ut eas locent. ea et in ceteris artificibus dici possunt; Iul. 1 ex Minic. D. 38.1.27: Si libertus artem pantomimi exerceat, verum est debere eum non solum ipsi patrono, sed etiam amicorum ludis gratuitam operam praebere: sicut eum quoque libertum, qui medicinam exercet,*

degli altri schiavi mestieranti, avesse un'utilità specifica e diretta per il padrone, viste le mansioni alle quali veniva destinato verso i membri della *familia*, al *pater familias* non poteva essere impedita la locazione a terzi, altrimenti i servizi di cui avrebbe goduto sarebbero stati circoscritti a quelli eventualmente resi in occasione di una malattia entro la *domus*.

I brani ricordati, oltre ad essere rilevanti perché in essi sono affrontati problemi giuridici attinenti alla locazione di opere, al rapporto tra *patronus* e *libertus* e all'origine umile dei medici<sup>509</sup>, attestano altresì la crescente competizione fra gli esercenti, interessati a soddisfare personalmente una clientela vasta, considerata l'alta remuneratività, e le controversie affini. Peraltro, una fotografia dell'ambiente estremamente concorrenziale traspare pure dalle opere mediche e, in particolare, da Galeno di Pergamo, operativo nella seconda metà del II secolo d.C., quando i medici affermati iniziavano a dimostrarsi riluttanti a insegnare la professione agli aspiranti allievi o a farli assistere alle visite, quasi fosse controproducente nel medio periodo<sup>510</sup>.

Non si deve però pensare che l'ostruzionismo di questi bastasse a impedire l'aumento di presunti medici. Due erano probabilmente le ragioni che si sono opposte: l'assenza di un controllo preventivo sugli esercenti; la speranza di guadagno, se sono vere le attestazioni storiografiche ed epigrafiche nelle quali i medici sono ricordati come titolari di ingenti ricchezze ottenute in brevi lassi temporali<sup>511</sup>. Proprio la seconda ragione, poi, unita alla difficoltà di formarsi in modo adeguato, favoriva il proliferare di 'medici apparenti', convertitisi quasi per caso all'arte curativa senza aver maturato

---

*verum est voluntate patroni curaturum gratis amicos eius. neque enim oportet patronum, ut operis liberti sui utatur, aut ludos semper facere aut aegrotare*, in cui il servizio del medico è parificato a quello del pantomimo. Cfr. anche Varro *rust.* 1.16.3.

<sup>509</sup> Cfr. K.-H. BELOW, *Der Arzt im römischen Recht*, München, 1953, 12 ss., con il commento dei passi sopra richiamati.

<sup>510</sup> Stando a quanto dice Plin. *nat.* 29.1.2, non è esistita alcuna arte più remunerativa. Sulla rivalità fra i medici e gli aspiranti medici, raccontata da Galeno nelle sue opere, cfr. M. VEGETTI, *Lo statuto epistemologico della medicina in Galeno*, in *ANRW*, 1993, II.37.2, 1675. Sulla concezione di salute di Galeno in prospettiva multidisciplinare, cfr. *Studi su Galeno. Scienza, filosofia, retorica e filologia. Atti del seminario (Firenze, 13 novembre 1998)*, a cura di D. Manetti, Firenze, 2000.

<sup>511</sup> Cfr. Plin. *nat.* 29.5.7, circa l'enorme eredità lasciata dal medico Stertinio Senofonte; Plin. *nat.* 29.8.22, a proposito del medico Carmine, il quale, pur essendo stato condannato dall'imperatore Claudio a restituire il quintuplo di quanto ottenuto dal paziente, in poco tempo riuscì a guadagnare di nuovo la somma. Fra le iscrizioni epigrafiche, cfr. CIL XI 5400, risalente al I secolo d.C., a proposito dei guadagni ottenuti da Decimo Merula, grazie ai quali ebbe la libertà, finanzia opere pubbliche e lasciò una grande eredità.

alcuna esperienza e incapaci di fornire interventi appropriati<sup>512</sup>. Era quindi sul campo, nell'atto pratico, che il medico si autolegittimava e si rendeva fautore del proprio destino professionale in base agli effetti delle prescrizioni e dei farmaci somministrati.

Un sistema di tal genere, quindi, contribuiva inevitabilmente a rapportarsi con medici principianti, con cui, tra l'altro si faticava a comunicare a causa della provenienza straniera<sup>513</sup>; o a medici che, profittando del loro ruolo di supremazia – astrattamente capaci di giovare ma anche di nuocere alla salute altrui<sup>514</sup> – inducevano il paziente ad agire in un modo difforme dalla sua volontà, compiendo scelte per lui pregiudizievoli a vantaggio del medico, come descrive Ulpiano<sup>515</sup>.

Infine, non di rado ci si rivolgeva a ciarlatani, utilizzatori di metodi magico-religiosi per la guarigione del corpo altrui. Nel trattare della *cognitio extra ordinem*<sup>516</sup>, Ulpiano dichiara sussistente la competenza del preside della provincia quando la lite

---

<sup>512</sup> Sulla responsabilità dei medici a seguito delle cure fornite, cfr., *ex multis*, E. GÓMEZ-ROYO - G. BUIGUES-OLIVER, *Die Haftung der Ärzte in den klassischen und nachklassischen Quellen*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 167 ss. Relativamente alle fonti in cui si lamenta l'imperizia medica, cfr. Ulp. 1 *opin.* D. 1.18.6.7; circa la colpa per aver trascurato la cura dopo un'operazione o per aver usato erroneamente una medicina, cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.8; nel caso in cui il paziente sia un servo, cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.7.8. e Alf. 2 *dig.* D. 9.2.52 (specularmente sulle cure non date dal padrone allo schiavo, poi deceduto, o se il padrone si era rivolto per sua colpa a un medico incapace, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.31.12).

<sup>513</sup> Plin. *nat.* 29.8.17, circa i medici greci: ... *et ipsi statim ad Graecos transfugae, immo vero auctoritas aliter quam Graece eam tractantibus etiam apud inperitos expertesque linguae non est, ac minus credunt quae ad salutem suam pertinent, si intellegant.*

<sup>514</sup> L'ambivalenza del medico, capace di giovare e di nuocere alla salute, è la stessa che emerge dal vocabolo *medicamentum*, che di per sé non è dotato di un significato positivo, ma viene qualificato dall'aggettivo al quale si accompagna (ad esempio, *bonum* o *malum*), potendo essere tanto benefico per la salute, quanto dannoso, allo stesso modo di quanto avviene per *venenum* e *φάρμακον* (cfr. Gai. 4 *ad XII tab.* D. 50.16.236 pr.: *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 ...*; Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18.1.35.2); per il significato ambiguo di *φάρμακον* e dei vocaboli da esse derivati, v. L. PEPE, *Processo*, cit., 131 ss. *Sull'ambiguità dei termini citati*, cfr. C. PENNACCHIO, *Farmaco, un Giano bifronte. Dei veleni e medicamenti, ovvero breve storia di un ossimoro*, in *SDHI*, LXXX, 2014, 117 ss. e, in particolare, 132 ss. In merito a *φάρμακον* come vocabolo impiegato in ambito medico e giuridico-politico e alla sua ambivalenza, cfr. R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 145 ss. Sulla medicina e sul rischio insito da sempre nella stessa, poiché «uccide, ha sempre ucciso e ha avuto coscienza di farlo», M. FOUCAULT, *Crisi*, cit., 206.

<sup>515</sup> La posizione di supremazia del medico esponeva il cliente malato a subire comportamenti contrari alla buona fede da parte del primo, il quale, nel caso prospettato da Ulpiano, dicendo di poter compromettere ulteriormente la vista già precaria del paziente con l'uso di *adversa medicamenta*, aveva indotto il cliente paziente a vendergli i possedimenti: un *incivile factum* che avrebbe comportato la condanna del medico alla restituzione (Ulp. 5 *opin.* D. 50.13.3). Sempre Ulpiano parla di *incuria vel insidiis medici* (Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.5.5.3).

<sup>516</sup> Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50.13.1.3: *Medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicuius partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium. non tamen si incantavit, si inprecatus est, si, ut vulgari verbo impostorum utar, si exorcizavit: non sunt ista medicinae genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum praedicatione adfirment.*

riguardava la mercede di precettori di *studia liberalia* (retorica, grammatica o geometria), specificando poi che alla condizione dei professori, i quali avevano cura degli studi, dovesse essere giustamente parificata quella dei medici, in quanto dediti alla cura della salute umana<sup>517</sup>.

Infine, egli proponeva degli esempi su chi fosse *medicus*:

Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50.13.1.2: *Sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur. 3. Medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicuius partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium. non tamen si incantavit, si inprecatus est, si, ut vulgari verbo impostorum utar, si exorcizavit: non sunt ista medicinae genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum praedicatione adfirment.*

Dapprima Ulpiano esplicitava che certamente l'ostetrica si annoverasse fra i *medici*, poiché pur sempre dedita alla medicina: una conclusione coerente con lo stato della professione, esercitata parimenti da uomini e da donne, queste ultime soprattutto **con riferimento** all'assistenza fornita in fase gestazionale e durante il parto, aspetto che emerge a più riprese nelle fonti giuridiche coeve e posteriori<sup>518</sup>. Veniva, poi, compiuta una distinzione tra chi doveva reputarsi medico e chi, invece, non lo era, con le relative conseguenze in tema di tipologia di giudizio applicabile. Medici erano coloro che offrivano di curare una parte del corpo o di alleviare un dolore; al contrario, non lo erano quei soggetti che facevano uso di incantesimi e di esorcismi, sebbene taluno affermasse di averne tratto giovamento: questi, piuttosto, erano degli impostori<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50.13.1 pr.: *Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. liberalia autem studia accipimus, quae graeci eleuveria appellant: rhetores continebuntur, grammatici, geometrae. 1. Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod iustior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet.*

<sup>518</sup> In particolare, i medici di sesso femminile svolgevano un importante ruolo nell'ispezione del ventre, nell'assistenza al parto e nella cura delle patologie femminili (sulle ostetriche, cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.9 pr.-1; Ulp. 24 *ad ed.* D. 25.3.4.1). Di medici, *masculi* e *feminae*, nel Codice giustiniano, si occupano C. 6.43.3.1; C. 7.7.1.5 pr. Oltre a operare come ostetriche e ginecologhe, non è escluso – in assenza di divieti a riguardo – che fossero dedite allo svolgimento di plurime prestazioni.

<sup>519</sup> Similmente, vi erano dei soggetti che utilizzavano le nozioni mediche o pseudo mediche di cui erano in possesso per somministrare bevande abortive o amatorie, conducendo talvolta alla morte della donna o dell'uomo (Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.5). In generale, per il confine talvolta labile tra medicina e

Del resto, l'assenza di una qualifica pubblica per esercitare la professione medica comportava non solo il sorgere di dubbi in merito al giudizio da esperire contro i presunti guaritori, ma soprattutto che la cura del corpo, ancora nel II e nel III secolo d.C., potesse essere affidata a chiunque si presentasse come medico<sup>520</sup>, nel persistere della mancanza di una chiara indicazione sui requisiti e sulle pratiche rientranti entro l'ambito sanitario<sup>521</sup>. Le parole ulpianee, quindi, a mio avviso potrebbero indicare come non vi fosse una disposizione definitiva del lavoro del medico<sup>522</sup>.

Questi aspetti problematici erano evitabili non rivolgendosi *ex ante* a un *medicus sic et simpliciter*, ma a un *medicus amicus*: anzi, è quest'ultimo il vero *medicus*, espressione che si fa ricorrente nelle fonti d'età tardo repubblicana e figura caldeggiata negli ambienti più colti da filosofi, letterati, nonché da medici illuminati. Dal punto di vista medico, come scrisse Celso<sup>523</sup>, era preferibile un amico piuttosto di un estraneo, poiché la conoscenza intima delle caratteristiche del malato, della sua storia e dello stile di vita avrebbe permesso una diagnosi in tempi celeri e la predisposizione di una cura più efficace; inoltre, il vero medico avrebbe dovuto perseguire la conoscenza e la

---

pratiche magico-superstiziose, nonché sulla legislazione contro queste ultime, v. A. BARTOLONI SAINT OMER, *'Religio'*, cit., 53 ss.

<sup>520</sup> Hor. *epist.* 2.1.114 invitava a scegliere il medico con cura; Gal. *meth. med.* 1.83 e 10.5.19 presentava come anti-medico Tessalo, dedito all'adulazione dei ricchi e corrotto dal desiderio di potere e di denaro, emblema della decadenza della medicina dell'epoca, il quale professava di insegnare l'arte medica in soli sei mesi a soggetti totalmente inesperti e senza cultura, attraendo persone prive di scrupoli e depravati.

<sup>521</sup> Dal I secolo a.C. iniziarono a diffondersi diverse sette e scuole mediche, ciascuna delle quali proponeva una teoria sull'origine delle malattie e rimedi curativi diversi. In ogni caso, si trattava di scuole nate spontaneamente e nessuna di queste ricevette un vaglio statale, né divenne necessario frequentarle per esercitare la professione. Sulle scuole attive, soprattutto tra il I secolo a.C. e il I secolo d.C., cfr. I. MAZZINI, *La medicina dei Greci e dei Romani*, II. *Scienza*, Roma, 1997; circa il rapporto tra le *sectae* e le dottrine filosofiche, cfr. E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 94 ss.

<sup>522</sup> Non si concorda con I. ISRAELOWICH, *Patients and Healers in the High Roman Empire*, Baltimore, 2015, 11 ss. e nt. 77, secondo cui Ulpiano, in questo brano, «offered a legal definition of 'physician'», definizione che era necessaria per capire a chi spettassero i privilegi accordati ai medici. Le parole ulpianee avrebbero certamente costituito una direttiva nel panorama medico, quanto meno poiché sarebbero stati esclusi coloro che si servivano di pratiche magico-sacrali per curare il corpo, ma non sembrano contenere un criterio autosufficiente all'individuazione del medico, per cui la criticità sarebbe rimasta. Sul punto, cfr. anche E. SANDRINI, *La professione medica nella dottrina del diritto comune: secoli XIII-XVI*, Padova, 2009, 45 ss. e nt. 11.

<sup>523</sup> Cels. *med. proem.* 73: ... *cum par scientia sit, utiliore tamen medicum esse amicum quam extraneum*; il buon medico, inoltre, deve seguire con costanza il malato e non avere troppi pazienti da curare nello stesso momento (Cels. *med.* 3.4.9); le qualità invocate da Celso sono riprese da Scribonio Largo, nella *praefatio 3 Compilationes* (c. 22 p. 22.1; c. 199 p. 92.1; c. 38 p. 28.1), per il quale il medico deve essere pieno di misericordia e di umanità.



trasmissione della verità, come il filosofo, curando con onestà e dedizione il paziente e rendendolo partecipe della sua attività, senza essere spinto dal fine utilitaristico, secondo la connotazione filosofica a cui aderiva Galeno<sup>524</sup>.

Gli stessi valori erano condivisi e auspicati da Cicerone<sup>525</sup> e da Seneca<sup>526</sup>, i quali distinguevano i tanti medici che si occupavano meramente della salute fisica e, quindi, trattavano i malati come meri clienti, da quelli che con benevolenza e coraggio fornivano assistenza e nel momento della malattia dimostravano *fidelitas* e *humanitas*, *suavitas* e *amor*. Il medico ideale, ancora una volta, era l'incarnazione dei valori romani e univa competenze scientifiche all'amicizia e alla premura con cui prestava il gratuito servizio, era un *bonus vir*, il quale non applicava rimedi occulti e non sperimentava ai danni del paziente, ma intesseva con esso una relazione familiare<sup>527</sup>. Non è, quindi, il medico estraneo, non appartenente alla *familia* e alla *civitas*, bensì un soggetto preparato dal punto di vista terapeutico e moralmente in sintonia con la persona da soccorrere, capace di auto legittimarsi e di distinguersi dalla massa impreparata, poiché la medicina sarebbe altrimenti degradata a un lavoro meramente manuale e artigianale.

L'esigenza di una normalizzazione professionale era tanto più urgente e drammatica proprio a causa della «perdurante carenza di ogni garanzia istituzionale, di ogni regolamentazione pubblica della professione», che «rendeva dal canto suo pressoché impossibile la costituzione in medicina di una qualsiasi forma di 'comunità

---

<sup>524</sup> Quanto alla concezione galenica della medicina e alle qualità del vero medico, M. VEGETTI, *Lo statuto*, cit., 1672 ss.

<sup>525</sup> Cic. Att. 15.1.1: ... *quid mihi iam medico? aut si opus est, tanta inopia est? amorem erga me, humanitatem suavitatemque desidero ...*; fam. 13.20.1: *Asclapone Patrensi, medico, amorem familiariter eiusque quum consuetudo mihi iucunda fuit, tum ars etiam, quam sum expertus in valetudine meorum; in qua mihi quum ipsa scientia, tum etiam fidelitate benevolentiaque satisfacit.*

<sup>526</sup> Sen. *de ben.* 6.16.1-6 contrappone il rapporto tra il medico e il cliente (6.16.2: *Itaque medico, si nihil amplius quam manum tangit et me inter eos, quos perambulat, ponit sine ullo adfectu facienda aut vitanda praecipiens, nihil amplius debeo, quia me non tamquam amicum videt, sed tamquam imperatorem*) al rapporto tra il medico amico e l'amico malato (6.16.4: *Quid ergo est, quare istis multum debeamus? non quia pluris est, quod vendiderunt, quam emimus, sed quia nobis ipsis aliquid praestiterunt. Ille magis pependit, quam medico necesse est; pro me, non pro fama artis extimuit; non fuit contentus remedia monstrare: et admovit; inter sollicitos adsedit, ad suspecta tempora occurrit; nullum ministerium illi oneri, nullum fastidium fuit; 5. gemitus meos non securus audivit; in turba multorum invocantium ego illi potissima curatio fui; tantum aliis vacavit, quantum mea valetudo permiserat: huic ego non tamquam medico sed tamquam amico obligatus sum*).

<sup>527</sup> Sul concetto di *medicus amicus*, cfr. F. STOK, '*Medicus amicus*': la filosofia al servizio della medicina, in *Humana.Mente*, 9 April 2009, 77 ss.; R.S. KILPATRICK, '*Amicus Medicus*': Medicine and Epicurean Therapy in '*De Rerum Natura*', in *Memoirs of the American Academy in Rome*, XLI, 1996, 69 ss.; E. ROMANO, *Medici e filosofi. Letteratura medica e società alto imperiale*, Palermo, 1991, 37 ss., sul medico filosofo; 91 ss., sul medico amico; K. DEICHGRÄBER, '*Medicus gratiosus*', in *AAWM*, III, 1970, 4 ss.

scientifico' fondata sul consenso intorno a comuni canoni epistemologici e regole terapeutiche»: tale situazione aveva spinto il medico Galeno nel II secolo d.C. a rendersi autore di un embrionale «tentativo di istituzionalizzazione volontaria e 'dal basso', dunque, nella carenza di garanzie stabili e pubbliche, da ottenersi mediante la precisa individuazione degli *items* che ogni medico degno della *techne* dovrebbe essere in grado di soddisfare»<sup>528</sup> e dei criteri in base ai quali il malato avrebbe dovuto procedere alla scelta del buon medico.

### 3.7. La concessione dell'ambivalente 'immunitas' e l'estraneità della vita e della medicina dal potere pubblico.

Pur in assenza di un'organica regolamentazione in merito all'esercizio della medicina a Roma e all'istituzione di una rete sanitaria, sono comunque rinvenibili alcuni interventi pubblici, a partire dal I secolo a.C., attraverso i quali la medicina si è sviluppata in modo spontaneo evolvendo in alcuni settori di rilevanza pubblica<sup>529</sup>.

Nel 46 a.C., con Giulio Cesare venne concessa la cittadinanza ai medici stranieri di condizione libera (oltre che agli insegnanti) presenti a Roma. Svetonio individua la *ratio* di ciò nell'intento di incentivare l'afflusso di medici nell'Urbe e di intrattenere quelli presenti<sup>530</sup>, senza peraltro istituire «medici con cariche di pubblici funzionari»<sup>531</sup>. Un'iniziativa che – eccettuata la dubbiosa vicenda di Arcagato con un privilegio concesso *ad personam* – ha per la prima volta portata generale e tuttavia lascia non poche zone d'ombra circa la sua ricaduta pratica nella *civitas*. Le parole di Svetonio,

---

<sup>528</sup> M. VEGETTI, *Lo statuto*, cit., 1674, 1681; ID., *L'immagine del medico e lo statuto epistemologico della medicina in Galeno*, in *Dialoghi con gli antichi*, a cura di S. Gastaldi, F. Calabi, S. Campese e F. Ferrari, Sankt Augustin, 2007, 227 ss. Secondo E. ROMANO, *Medici*, cit., 111, il modello del medico proposto da Galeno era intriso dell'etica del dominio imperiale: le virtù auspiccate e il disinteresse del medico, dedito al bene altrui senza fini egoistici, «è omologo al disinteresse del *princeps*»; «il *beneficium* del medico corrisponde all'evergetismo degli imperatori; e come questo tende ad una affermazione di dominio. Il modello finale del rapporto medico-malato è quello imperatore-suddito».

<sup>529</sup> Questo modo di procedere del potere nei confronti della medicina è stato definito da M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 395, «di tipo liberistico»; similmente M.R. DE PASCALE, *Dall'Apollon medice*, cit., 8.

<sup>530</sup> Svet. *Iul.* 42.1.

<sup>531</sup> Per G. PENSO, *La medicina*, cit., 103, si tratta di un punto di svolta, in quanto è il primo intervento pubblico nei confronti dei medici, fino a quel momento abbandonati alla loro iniziativa. Cfr. A. PAZZINI, *L'organizzazione sanitaria in Roma imperiale*, Roma, 1940, 5, sulla limitazione dell'editto ai soli medici stranieri di condizione libera e non anche agli schiavi.

poi, non possono essere rapportate né precisate da altre fonti, silenti tutte sul punto. In particolare non è indifferente – e anzi costituisce fondamentale strumento interpretativo – comprendere su che base avvenisse l’attribuzione della cittadinanza, quali fossero cioè le modalità di individuazione degli aspiranti cittadini medici. Se fosse risultata sufficiente un’autodichiarazione degli interessati, si arriverebbe all’esito paradossale che chiunque avrebbe potuto invocare la professione medica per ottenere la cittadinanza e l’assunto non pare così esasperante la realtà se si ricorda che non vi era un controllo sul titolo, non vi era affatto un titolo medico, né un filtro preventivo all’accesso della medicina. Come chiunque, si è visto, avrebbe potuto sul campo dirsi medico proponendosi ai pazienti, anche se inesperto o poco pratico, così al momento della richiesta della cittadinanza chiunque avrebbe potuto dichiararne la qualità dinanzi all’autorità.

Più comprensibile alla luce del contesto in atto la misura che introduce mezzo secolo più tardi, nel 6 d.C., Augusto, sebbene ancora rimangano aperti gli interrogativi circa la modalità di riconoscimento dei medici. Infatti, l’impero si trovava in un momento critico, con il diffondersi di una grave carestia: così, per limitare gli effetti dannosi sui cittadini, l’imperatore decise di cacciare tutti i *peregrini* presenti a Roma e un grande numero di schiavi. Un trattamento di favore, però, venne previsto per i medici e i maestri, i quali avrebbero potuto permanere nell’Urbe<sup>532</sup>, intervento da cui si desume, ancora, come fra gli esercenti la medicina ve ne fossero molti d’origine straniera e in condizione servile; inoltre, gli venne concessa l’esenzione dal pagamento dei tributi, un primo assaggio della politica immunitaria che verrà perpetrata per i decenni a venire.

Durante la seconda metà del I secolo d.C., perdurante l’assenza di medici pubblici, venne avviata una politica d’esenzione da diversi oneri a favore dei medici, al pari di quanto previsto per altre categorie di soggetti. Risale all’anno 74 l’*Edictum*

---

<sup>532</sup> Svet. *Aug.* 42.3; Dio. Cass. 53.30.3. L’intervento imperiale venne probabilmente favorito dalla gratitudine personale sviluppata da Augusto nei confronti dei medici dopo essersi affidato alle cure benefiche del suo medico personale Antonio Musa, grazie al quale aveva recuperato la salute compromessa da una malattia particolarmente debilitante.

*Vespasiani de privilegiis medicorum et magistrorum*<sup>533</sup>, in base al quale i medici, i massaggiatori e i professori non sarebbero stati tenuti a versare i *tributa* (*neque tributa ... exigi*) e avrebbero goduto dell'esenzione dai *munera personalia*, quali ad esempio la concessione di ospitalità a magistrati, funzionari e soldati.

Il potere imperiale con Adriano proseguì in senso analogo, con la conferma dei privilegi già previsti dal predecessore e di cui è conservata dettagliata memoria in Modestino<sup>534</sup>, il quale riportò parte di un'epistola di Antonino Pio, contenente le immunità che il padre aveva mantenuto mediante editto. Fra queste sono ricordate la dispensa dalle cariche sacerdotali, dalle ginnasiarchie, dalla cura dell'*annona urbana*, dal servizio di ospitalità ai soldati, dagli obblighi di acquistare olio e cereali a scopo pubblico, di assumere l'*officium* di giudice e di ambasciatori, di arruolarsi, nonché dall'imposizione di ogni altro servizio in provincia contro la volontà degli interessati.

L'aumento di medici immuni e le conseguenze fiscali delle politiche di favore potrebbero aver indotto successivamente Antonino Pio a prevedere un numero massimo di medici esentati a seconda delle dimensioni della città in cui avrebbero operato<sup>535</sup>. Stando ancora alle parole di Modestino, il regime dell'*immunitas* nelle piccole città era concesso al massimo a cinque medici, a sette in quelle medie e sino a dieci nei centri maggiori. Il riconoscimento limitato ad alcuni degli esercenti la professione deve aver portato i consigli municipali a effettuare una scelta in base a parametri quali la perizia, l'esperienza e la moralità del medico, favorendo la nascita di

---

<sup>533</sup> FIRA 1.73 per il testo dell'editto; Arcad. *l. s. de mun. civil.* D. 50.4.18.30. Per un'analisi dei testi, cfr. G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 414 ss.; specificamente sulla politica imperiale a favore dei medici, cfr. K.-H. BELOW, *Der Arzt*, cit., 22 ss.

<sup>534</sup> Mod. 2 *excusat.* D. 27.1.6.8, su cui cfr. almeno V. NUTTON, *Two Notes on Immunities: Digest 27,1,6,10 and 11*, in ID., *From Democedes to Harvey: Studies in the History of Medicine*, London, 1988, 60 ss. Per l'esenzione dall'obbligo di prestare tutela alle vedove e agli orfani, cfr. Mod. 2 *excusat.* D. 27.1.6.1.

<sup>535</sup> Per la politica immunitaria e i problemi lasciati aperti dalle fonti, cfr. K.-H. BELOW, *Der Arzt*, cit., 22 ss.; J.-M. ANDRÉ, *Être médecin à Rome*, Paris, 1995, 140 ss.; V. NUTTON, *Two Notes*, cit., 60 ss., che ribadisce la poca chiarezza intorno al regime delle immunità e ai provvedimenti multipli che susseguendosi diminuivano i soggetti esentabili, com'è evidente nel numero chiuso previsto da Antonino Pio; G.W. BOWERSOCK, *Greek Sophists in the Roman Empire*, Oxford, 1969, 30 ss., il quale si sofferma sul reale motivo per cui furono introdotti limiti agli immuni, considerata la prosperità delle province; M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 395 ss.

una categoria in privilegiata, perché, in un certo qual modo, riconosciuta ‘degn’ di *immunitas*<sup>536</sup>.

La possibilità di accedere ai privilegi fiscali a seguito di una decisione effettuata dal senato locale, del resto, avvicinò gli esercenti immuni romani ai medici pubblici greci, tuttavia permasero notevoli differenze, tali da non consentire di qualificare come pubblici i medici *intra numerum* e da provare, ancora una volta, «il carattere del tutto privatistico dell’organizzazione sanitaria romana»<sup>537</sup>.

Costoro, infatti, continuarono a essere dei professionisti privati e il costo della loro attività non gravò sulle casse dell’impero, né furono previsti degli stipendi pubblici, la cerchia dei pazienti, le cure espletabili e le tariffe richiedibili. L’unico obbligo a cui vennero assoggettati fu l’esercizio del mestiere entro il circondario di avvenuto riconoscimento, perdendo altrimenti i privilegi, mentre ogni altra decisione venne rimessa alla discrezionalità del singolo.

Non difforme appariva lo statuto dei medici personali degli imperatori, alcuni dei quali divenuti famosi per il successo delle terapie, come Antonio Musa, in onore del quale venne eretta una statua accanto a quella di Esculapio<sup>538</sup>, per le fortune accumulate e per il prestigio acquisito dopo aver salvato la vita ad Augusto. I medici di corte non avevano una posizione ufficiale fra il personale amministrativo, ma erano meri operatori privati<sup>539</sup>, non necessariamente dediti in modo esclusivo alla famiglia imperiale. La loro condizione non mutò neppure a seguito dell’attribuzione loro dell’epiteto di archiatri, associato a partire da Nerone ad alcuni dei medici imperiali, ma non direttamente connesso all’incarico di funzionari, né a una peculiare condizione di favore<sup>540</sup>.

---

<sup>536</sup> Ulp. 3 *opin.* D. 50.9.1, in merito alla *probitas morum* e *peritia artis* del *medicus*; Mod. 2 *excusat.* D. 27.1.6.4 chiarisce che le esenzioni erano concedibili solo a chi non operava con negligenza, pertanto un medico precedentemente abilitato avrebbe potuto essere successivamente escluso a causa della mancanza di diligenza (Mod. 2 *excusat.* D. 27.1.6.6). V. anche Mod. 11 *pand.* D. 50.4.11.3.

<sup>537</sup> M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 396; similmente M.R. DE PASCALE, *Dall’Apollo medice’*, cit., 33 s. *Contra*, R. BOZZONI, *I medici*, cit., 104.

<sup>538</sup> Svet. *Aug.* 59. Quanto ai successi e agli insuccessi dei medici imperiali, alle terapie fornite e al ruolo esercitato, cfr. G. MARASCO, *Medici alla corte dei Cesari: funzioni e metodi terapeutici*, in *Medizinhistorisches Journal*, XXXII, 1997, 279 ss.

<sup>539</sup> *Ex multis*, G. PENSO, *La medicina*, cit., 104, 111. Concorda, da ultima, M.R. DE PASCALE, *Dall’Apollo medice’*, cit., 25.

<sup>540</sup> Differente è l’archiatria popolare: nella seconda metà del IV secolo d.C. con Valentiniano e Valentino (C.Th. 13.3.8) divenne un titolo, non solo associato al prestigio e all’onore già propri dei medici imperiali, ma comportante per il medico il dovere di fornire cure ai malati del distretto e il diritto a una retribuzione pubblica. In ogni caso, non era vietata l’accettazione di onorari spontaneamente dati dai

Tra gli interventi attuati dal potere imperiale nei confronti degli esercenti la medicina, uno si presta, a mio avviso, a riassumere il singolare rapporto tra l'ordinamento giuridico e l'arte curativa e a imprimere un elemento utile alla ricostruzione della condizione giuridica del corpo in Roma antica: la previsione del regime immunitario.

Come già emerso nel corso dell'esposizione e dalle citazioni bibliografiche effettuate, sono vari gli studi di matrice storica e giuridica volti a delineare la realtà politica del tempo e gli effetti dei provvedimenti sulla scienza medica e, ancor più, sul mestiere del medico<sup>541</sup> e alcuni di questi presentano considerazioni sull'entità delle immunità e sul motivo che ha indotto gli imperatori a tornare a più riprese su ciò, rivedendo di volta in volta la tipologia di esenzioni e i potenziali beneficiari<sup>542</sup>. Le misure politiche in ambito medico romano, poi, non sono passate inosservate neppure a un filosofo più volte evocato nel corso della ricerca, Roberto Esposito, la cui sensibilità al mondo romano e alla biopolitica pervade i suoi studi. La disciplina politica medica è in particolare richiamata in *'Immunitas'. Protezione e negazione della vita, all'interno della lunga introduzione*<sup>543</sup>. Il titolo svela la parola chiave dell'opera – *immunitas* – e il fulcro della biopolitica – la vita, con la protezione e il suo contrario – e presto è detto dall'autore che il concetto immunitario è declinabile in due aree lessicali: quella medico-corporale e quella giuridico-politica<sup>544</sup>, aree che talvolta si intersecano, dando origine a una commistione. La prima storicamente rinvenibile è identificata nell'immunità prevista a favore dei medici della Roma imperiale. Il filosofo, richiamando i provvedimenti visti sopra ed escluso che «una questione tutto sommato minore»<sup>545</sup> avesse intrattenuto a lungo gli imperatori, invita ad abbandonare la tradizionale modalità con la quale si è il più delle volte guardato al fenomeno tesa a ricostruire le

---

pazienti. I medici dotati di questo incarico erano numericamente limitati (a Roma ve ne erano diciassette, uno per ciascuna delle quattordici città rionali, uno per Sisto, uno per Porto e infine uno per le Vestali) ed era previsto un sistema di selezione la cui competenza spettava a un collegio di architri; seguiva eventualmente la nomina da parte dell'imperatore (cfr., sul contenuto della costituzione, G. COPPOLA, *Cultura*, cit., 355 ss.). Diffusamente, in tema di evoluzione storica dell'architria (palatina e popolare), cfr. C.F.C. HECKER, *Storia filosofica della medicina*, II, trad. it., Firenze, 1844, 41 ss.

<sup>541</sup> Cfr. la bibliografia presente in nota citata entro l'intero capitolo.

<sup>542</sup> Cfr., *ex multis*, J. SCARBOROUGH, *Roman Medicine*, cit., 110 ss.; J.-M. ANDRÉ, *Être médecin*, cit., 140 ss.; G.W. BOWERSOCK, *Greek Sophists*, cit., 30 ss.; V. NUTTON, *Two Notes*, cit., 62.

<sup>543</sup> Cfr. R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 22 ss.

<sup>544</sup> Cfr. R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 22.

<sup>545</sup> R. ESPOSITO, *'Immunitas'*, cit., 23.

ragioni economiche, storiche e locali, tutte finora risultate insoddisfacenti perché non bastevoli a giustificare una tale attenzione da parte del potere, e a riflettere piuttosto o almeno al contempo sull'essenza dell'immunità, il cui statuto è «di per sé ambiguo ed oscillante»<sup>546</sup>.

Il suggerimento del filosofo era invero almeno implicitamente contenuto nella *Storia di Roma*, nel capitolo in cui Vegetti e Manuli, ripercorrendo le principali tappe storico-politiche della medicina e dell'igiene a Roma, individuano un «significato socialmente ambiguo» del regime politico imperiale immunitario<sup>547</sup>. L'ambivalenza era già emersa nel riportare la fama e la ricchezza raggiunte da alcuni medici, tanto che la professione si è diffusa con la crescente competizione tra gli esercenti, alla diffidenza da parte della società romana e alla estraneità della medicina al sistema valoriale romano; l'utilità del mestiere alla condizione subalterna dei medici. Carattere oscillante che nel regime immunitario si palesa ulteriormente e che, se non m'inganno, è condizionato e dipendente dalla concezione del corpo umano descritta nelle pagine che precedono, dalla modalità del diritto di rapportarsi al corpo e quindi alla medicina. Financo il carattere immunitario permette di comprendere la distanza che separa la biopolitica dall'ordinamento romano.

Grazie alle esenzioni, innanzi tutte quelle fiscali, è innegabile che i medici avrebbero ottenuto dei risparmi notevoli, avrebbero cioè tratto un giovamento: questo è il carattere positivo dell'immunità, che potrebbe aver avuto come effetto l'aumento dei medici operanti a Roma. D'altro canto, però, questi non avrebbero ricevuto, ma anzi avrebbero visto irrimediabilmente precluso, il riconoscimento sociale e gli onori che si addicevano a quanti erano soggetti ai *munera civilia*, né avrebbero raggiunto incarichi politici primari. In ciò emerge l'elemento negativo dell'immunità, poiché la sua presenza priva il beneficiario di una serie di altri poteri, facoltà e cariche di rilevanza pubblica. Tanto quando l'immunità era rivolta genericamente a tutti i medici, tanto paradossalmente quando il privilegio veniva concesso in numero limitato, il carattere privativo dell'immunità si manifestava in modo analogo. La prova è facilmente

---

<sup>546</sup> R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., 23.

<sup>547</sup> M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 395, per i quali la scelta di concedere immunità e privilegi rispondeva all'esigenza di accrescere il numero di medici esercenti a Roma ed è carica di ambiguità.

raggiungibile verificando come neppure i medici *intra numerum*, proprio quelli che si sottoponevano a una sorta di giudizio positivo circa la loro perizia e l'integrità nei costumi di fatto superando il vaglio pubblico e la diffidenza sociale, e altri esponenti della medicina di alto profilo riuscirono a conseguire una «piena integrazione negli strati superiori della società romana», oltre a non avere «mai appartenuto al ceto dirigente repubblicano e imperiale»<sup>548</sup>.

Il regime immunitario, allora, e il susseguirsi di provvedimenti imperiali a riguardo mi suggeriscono che il potere politico non realizza mai un'osmosi con il potere medico, non ostacolando in modo diretto lo sviluppo della medicina, favorendo in alcuni momenti la permanenza dei medici nell'impero, ma lasciando che la medicina rimanesse confinata per lo più nell'ambito privato. Già Giulio Cesare, del resto, se avesse voluto realizzare un'integrazione effettiva dei medici entro la società civile e politica, avrebbe non solo concesso la cittadinanza, bensì istituito una categoria di medici pubblici; i suoi successori, poi, non avrebbero perpetrato una politica immunitaria, bensì permesso l'inserimento nella classe dirigenziale dei medici.

Quest'interpretazione, inoltre, pare essere coerente con la concezione giuridica del corpo emersa sinora: ovvero questo anticipa e permette l'attivazione del diritto, è la dimensione su cui altri detengono una sorta di originario dominio preclusa al pubblico; di tal ché anche la medicina, destinata a operare sul corpo, viene mantenuta a distanza dalla politica.

### 3.8. *Figure di medici dallo statuto incerto.*

Dubbi sull'esistenza di medici pubblici operanti nell'alto impero o comunque con un regime peculiare sotto il diretto controllo del potere politico sono stati sollevati con riferimento al *medicus a bybliothezis* e al *medicus vigilum*.

Per il primo, va premesso che in nessun testo giuridico e letterario è tramandato l'uso dell'espressione, la quale compare esclusivamente su un'iscrizione epigrafica<sup>549</sup>

---

<sup>548</sup> M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 395 ss.

<sup>549</sup> CIL VI 8907: *Dis Manibus / Claudiae Eutychiae / coniugi sanctissim(ae) / bene merenti et Q. / Domitio Helici ti Claudius / Aug. I(ibertus) Hymenaeus medicus / a bybliothezis et Domitia Pannychis / sibi et suis posterisque eorum.*



risalente al I secolo d.C., dedicata a una coppia di coniugi defunti dai signori Domizia Pannichis e Tiberio Imeneo, quest'ultimo definito *medicus a bybliothecis*.

In assenza di una precisa indicazione sul compito esercitato dallo stesso, le ipotesi sono principalmente tre: secondo la prima, si sarebbe trattato di un medico al quale era affidato il compito di conservare i testi di medicina presenti nelle biblioteche esistenti, poiché dotato di conoscenza in materia.

Per la seconda, invece, al medico sarebbe stato affidato lo specifico incarico di curare e assistere le persone impiegate presso le biblioteche pubbliche romane<sup>550</sup>. L'utilità di una simile previsione sarebbe sorta dalla duplice circostanza che il personale bibliotecario era esposto a rischi uniformi, connessi ai materiali organici e corruttibili, sovente utilizzati per la conservazione dei supporti scrittori. A maggior ragione, l'intervento medico doveva rivelarsi utile quando si procedeva alla preparazione dell'inchiostro, poiché il contatto e l'inalazione delle sostanze avrebbero favorito allergie e irritazioni. Il medico, quindi, avrebbe posto rimedio a eventuali situazioni d'emergenza con un intervento curativo e si sarebbe interessato al reperimento di nuovi preparati non nocivi o più duraturi.

Infine, vi è chi ha ipotizzato che il riferimento ai libri e alle biblioteche non fosse da intendersi come indicativo dell'ambiente destinatario delle cure, bensì della modalità d'insegnamento della medicina: una teorica, appresa sui testi (*medicus a bybliothezis*), l'altra pratica, effettuata mediante la visita dei malati (*medicus a valetudinario*), a cui si è fatto cenno nel descrivere i medici rinomati che con crescente riluttanza permettevano agli aspiranti medici di seguirli<sup>551</sup>.

Tuttavia, la circostanza che ne sia fatta menzione in un'unica fonte, oltre a non consentire di suffragare con certezza alcuna delle tesi formulate, induce a ipotizzare che fosse venuta a crearsi una ragione contingente ed emergenziale per la quale il medico bibliotecario fosse risultato necessario, per poi successivamente scomparire<sup>552</sup>.

In ogni caso, se anche si fosse trattato di un soggetto alle dipendenze pubbliche, l'attività sanitaria sarebbe stata destinata esclusivamente agli impiegati delle biblioteche

---

<sup>550</sup> Cfr. R. BRIAU, *L'Assistance médicale chez les Romains*, Paris, 1869, 63 ss.; L. PIACENTE, *Medici, libri e biblioteche nella Roma imperiale*, in *Scienza antica in età moderna. Teoria e immagini*, a cura di V. Maraglino, Bari, 2012, 305 ss. Non prende posizione G. PENSO, *La medicina*, cit., 114.

<sup>551</sup> Cfr. A. PAZZINI, *L'organizzazione*, cit., 15.

<sup>552</sup> Cfr. L. PIACENTE, *Medici*, cit., 308 s.

per cause connesse alle mansioni degli stessi, rimanendo ancora assente la figura del medico pubblico, prestante la sua attività alla collettività.

Maggiori attestazioni testimoniano poi l'esistenza del servizio svolto dal *medicus vigilum*, da taluno considerato il primo *medicus publicus*<sup>553</sup> per l'utilità pubblica perseguita offrendo le cure gratuitamente all'intera *civitas*.

Per comprendere il suo operato, bisogna fare cenno all'evoluzione descritta dai *prudentes* in merito al *praefectus vigilum* a capo delle sette coorti istituite da Augusto, imperatore che introdusse una riforma in materia di competenza sugli incendi sviluppatasi nell'Urbe. Nella sua opera dedicata proprio al *de officio praefecti vigilum*, di cui la Compilazione riporta alcuni passi, Ulpiano riferisce di come anticamente i triumviri furono preposti alla vigilanza sugli incendi, adiuvati, in caso di necessità, dagli edili e dai tribuni della plebe. Inoltre, alla porta della città e in alcuni punti delle mura venivano disposte delle squadre di servi pubblici, con la funzione di estinguere gli eventuali incendi entro il circondario; un servizio simile, gratuito o dietro pagamento di una mercede, veniva offerto da servi privati<sup>554</sup>.

Senonché, per Augusto tale settore, da cui dipendeva in ultima istanza la salvezza della *res publica*, doveva essere gestito dall'imperatore, non credendo che altri potessero espletare meglio un simile servizio: per questo, vennero predisposte in luoghi opportuni sette coorti a protezione dei quartieri della città, con al comando i tribuni e, sopra tutti, il *praefectus vigilum*, avente cognizione nei confronti di incendiari, rapinatori, ladri e scassinatori e vigilante per l'intera notte, pronto a sovrintendere l'ordine pubblico e a salvaguardare i cittadini dai pericoli connessi<sup>555</sup>.

Contestualmente alla creazione delle coorti dei vigili, comparve il *medicus vigilum*. Fra il materiale epigrafico vi sono, infatti, due iscrizioni, rispettivamente riferite

---

<sup>553</sup> Cfr. R. BOZZONI, *I medici*, cit., 88 s.

<sup>554</sup> Paul. *I. sing. de off. praef. vig.* D. 1.15.1: *Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo, quod excubias agebant nocturni dicti sunt: interveniebant nonnumquam et aediles et tribuni plebis. erant autem familia publica circa portam et muros disposita, unde si opus esset evocabatur: fuerant et privatae familiae, quae incendia vel mercede vel gratia extinguerent, deinde divus Augustus maluit per se huic rei consuli.*

<sup>555</sup> Cfr. sul punto Ulp. *I. sing. de off. praef. vig.* D. 1.15.2; Paul. *I. sing. de off. praef. vig.* D. 1.15.3 pr.-5. Diffusamente, sulle coorti dei vigili e sull'evoluzione in materia, R. SABLAYROLLES, *'Libertinus miles'. Les cohortes de vigiles*, Roma, 1996, *passim*.

alla quinta e alla seconda coorte e in ciascuna sono citati quattro *medici*<sup>556</sup>. La circostanza ha indotto gli studiosi a interrogarsi sulla funzione espletata dai medici a servizio delle coorti e sul perché si fosse resa necessaria una tale previsione numerica.

Tra le principali tesi elaborate, si ricordano quella secondo cui si sarebbe trattato di un'assistenza necessaria destinata ai vigili, poiché gli interventi notturni li avrebbero esposto a molteplici rischi, ferite e infortuni<sup>557</sup>. Pertanto, la pericolosità del servizio reso a favore della pubblica sicurezza avrebbe indotto l'imperatore a prevedere una rete sanitaria efficiente, con un numero di medici che tenesse conto dei frequenti soccorsi.

Secondo un'altra congettura, invece, i *medici vigilum* sarebbero i primi medici pubblici istituiti a Roma a beneficio dei cittadini, il cui nome sarebbe evocativo dell'occasione nella quale avrebbero operato, ossia nel corso dello spegnimento di incendi e di altre calamità. Tuttavia, l'attività di cura non sarebbe stata destinata tanto e solo al corpo militare, quanto piuttosto a qualsiasi soggetto colpito dalle conseguenze pregiudizievoli del fatto: una forma di pubblica assistenza, seppur embrionale, poiché «limitata alle prime cure nei casi di infortunio»<sup>558</sup>.

La tesi, però, non è avvalorata da alcuna fonte e, considerato il complessivo stato del servizio sanitario romano, non sembrano esserci validi elementi per qualificare i *medici vigilum* dei medici pubblici di primo soccorso. Anzi, è del tutto coerente con la politica perpetrata in materia che l'assistenza sanitaria fosse stata introdotta in epoca imperiale esclusivamente a favore dei soggetti impiegati in un servizio pubblico e dai quali dipendeva la sicurezza dei *cives* e la salvezza della *res publica*, ovvero, primi fra tutti, i *milites*.

---

<sup>556</sup> CIL VI 1058: *Coh. V vig. ... C. Runnius Hilaris C. Iulius Hermes Q. Fabius Pollux S. Lutatius Ecarpus medici*; CIL VI 1059: *Coh. II vig. ... medic. coh. II vig. Claudi Thamyra Flavi Pan(fil)e (Iuli Ep)aphrodite Aureli Hegumene*.

<sup>557</sup> Per K.J. MARQUARDT, *De l'organisation militaire chez les Romains*, Paris, 1891, 299 e ntt. 3 s., infatti, la previsione dei medici nelle coorti era dovuto al fatto che il compito dei militari vigili era «particulièrement dangereux», con la conseguenza che «rendait souvent nécessaire l'intervention médicale».

<sup>558</sup> La tesi è stata avanzata da R. BOZZONI, *I medici*, cit., 80 s.

3.9. *Il corpo lasciato nella sua dimensione naturale. L'assenza dell'ospedale come luogo di gestione e di controllo del patologico.*

Proseguendo sulla scia della tesi proposta nel paragrafo introduttivo, ovvero che il sistema romano non aveva competenza sulla cura del corpo posto che questo era immagine della dimensione umana assoggettata a un ordine cosmico prima ancora che giuridico, nonché con le conclusioni parziali a cui si è aderito a proposito dell'assenza di medici pubblici, si dovrebbe ipotizzare che manchino anche luoghi di medicalizzazione destinati al ricovero e alla cura di quanti si trovassero in precarie condizioni di salute.

L'assunto va integrato con le informazioni a nostra conoscenza a proposito della prassi da parte dei medici giunti a Roma di adibire una porzione di abitazione a bottega medica<sup>559</sup> per la ricezione dei pazienti e non è del tutto da escludere che vi fosse una stanza in cui i pazienti impossibilitati a rientrare immediatamente a casa avrebbero potuto trascorrere la notte. La prima *taberna medica* di cui le fonti tramandano memoria è quella di Arcagato<sup>560</sup>, ma, del tutto analoga per funzione alle *tabernae* dei secoli successivi, rimase un *unicum* nella storia romana per il carattere pubblicistico circa la fonte di provenienza del denaro.

Né questa, né le botteghe ambulatoriali private, in ogni caso, sono paragonabili agli ospedali, sia per le dimensioni limitate che le contraddistinguevano, sia per l'assenza di personale qualificato e controllato, sia per la loro funzione primaria, ossia la ricezione di malati e l'esecuzione di cure, senza la lungodegenza del paziente e l'assistenza sino alla completa guarigione.

Di dimensioni più ampie e certamente pensati anche per il pernottamento, sono i *valetudinaria*, locali privati in cui dal I secolo a.C. venivano portati gli schiavi temporaneamente debilitati<sup>561</sup>. Si deve perciò ipotizzare che nelle grandi famiglie, nelle quali era impiegato un rilevante numero di schiavi, si fosse avvertita l'esigenza di

---

<sup>559</sup> Per alcuni rinvenimenti archeologici, cfr. G. GHIRETTI, *Un ambulatorio medico antico*, in *Papyrotheke*, I, 2010, 83 s.

<sup>560</sup> Plin. *nat.* 29.6.12: ... *Cassius Hemina ex antiquissimis auctor est primum e medicis venisse Romam Peloponneso Archagathum Lysaniae filium L. Aemilio M. Livio cos. anno urbis DXXXV, eique ius Quiritum datum et tabernam in compito Acilio emptam ob id publice.*

<sup>561</sup> Cfr. Colum. 11.1.18; 12.3.7-8; Tac. *dial.* 21.1.

destinare un'area allo stazionamento degli inabili al lavoro, per malnutrizione, sovraccarico di lavoro o altre cause transeunti e che, in prosieguo, schiavi provenienti da altre famiglie venissero affidati ai *valetudinaria* vicini, dietro pagamento di un corrispettivo. Del resto, nel I secolo d.C. Columella nel *De re rustica* consigliava i proprietari di grandi tenute di ricorrere a tale rimedio per rinvigorire gli schiavi<sup>562</sup>: una scelta conveniente in un periodo in cui la disponibilità di lavoro servile iniziava a essere carente<sup>563</sup>.

Tuttavia, neppure questi edifici sono paragonabili agli ospedali, in assenza di fonti che riferiscano della presenza di personale medico e della tipologia di cure apprestate. La testimonianza fornita da Aulo Cornelio Celso, autore del primo trattato medico scritto in latino, non è, infatti, positiva e il giudizio non sarebbe stato tale se nei *valetudinaria* fosse stata esercitata la vera arte curativa con del personale medico a servizio del paziente<sup>564</sup>.

Una maggiore attenzione per l'esperienza sanitaria venne a crearsi, invece, in ambito militare, secondo un percorso evolutivo, circoscritto e mai esteso alla *civitas*. La gradualità emerge chiaramente dal fatto che sino al II secolo a.C. i soldati durante le battaglie erano reciprocamente dediti alle medicazioni e in modo autonomo provvedevano a soccorrere se stessi e compagni feriti o malati, mediante i pochi strumenti di cui erano dotati e le conoscenze mediche tramandate loro dalle generazioni precedenti e acquisite sul campo. Sino alla fine dell'età repubblicana, nel migliore dei casi, i soldati impossibilitati a proseguire la battaglia sarebbero stati affidati alle città

---

<sup>562</sup> Colum. 11.1.18; 12.3.7-8. Il provvedimento assunto dall'imperatore Claudio, decretando che gli schiavi infermi abbandonati dai loro padroni nell'isola Tiberina sarebbero stati considerati liberi, se sopravvissuti, testimonia, però, l'esistenza della prassi di non sottoporre a cura i servi malati (Svet. *Claud.* 25.2).

<sup>563</sup> Concordemente, I. ANDORLINI - A. MARCONE, *Medicina, medico e società nel mondo antico*, Firenze, 2004, 97. Quanto ai vizi fisici e alle malattie che avrebbero potuto affliggere gli schiavi, il Digesto conserva una grande quantità di fonti, a testimonianza del dibattito giurisprudenziale sorto in relazione alla responsabilità edilizia, in quanto lo schiavo era una *res Mancipi* e il suo valore variava in base alle disfunzioni, alle malattie e ai vizi corporei presenti, sino a costituire causa di redibitoria (cfr. D. 21.1, intitolato *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*, a commento del quale cfr. almeno R. ORTU, *'Aliunt aediles ...'*. *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto 'de Mancipiis emundis vendundis'*, Torino, 2008, in particolare 167 ss.; v. anche, a proposito dei vizi dell'animo, J.-J. AUBERT, *'Vitia animi'. Tares mentales, psychologiques, caractérielles et intellectuelles des esclaves en droit romain*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, 236 ss.).

<sup>564</sup> Cels. *med. proem.* 65: ... *et qui ampla valetudinaria nutriunt, quia singulis summa cura consulere non sustinent, ad communia ista confugiunt.*

alleanze vicine e ivi curati, o avrebbero fatto rientro a casa<sup>565</sup>. Non vi era cioè una forma assistenziale diversa da quella di cui tutti i *cives* romani avrebbero potuto godere nella quotidianità, e, di conseguenza, non vi era neppure un luogo attrezzato per la degenza dei feriti più gravi. Del resto, poca utilità avrebbe avuto una simile previsione in assenza di personale medico pubblico adibito alla cura dei *milites*, mancanza ricavabile indirettamente anche dallo storico Polibio il quale, nella dettagliata descrizione di un accampamento militare, rimane silente sull'organizzazione sanitaria<sup>566</sup>.

Altrettanto similmente al processo di diffusione della medicina professionale nella società civile, in cui i *cives* iniziarono ad affidarsi alle cure di medici privati, schiavi e peregrini, fonti storico-letterarie testimoniano che nel corso dell'età cesariana alcuni comandanti militari solevano farsi assistere durante le campagne da medici privati<sup>567</sup>. L'iniziativa, quindi, era rimessa alla spontaneità dei generali e conforta la ricostruzione in base alla quale ancora mancasse un apparato medico militare; inoltre, era certamente insufficiente a supplire alle esigenze sanitarie di un'intera legione. Del resto, l'intervento del *medicus* sarebbe stato prevalentemente rivolto al generale, senza divergere per qualità dalle attività offerte dai medici privati nelle *tabernae*.

Tuttavia, con lo stabilizzarsi dell'esercito, alla presenza eventuale dei medici privati si affiancarono i *militum medici*<sup>568</sup>, il cui numero venne specificamente stabilito da Augusto, inseriti tra il personale militare e sottoposti al controllo del *praefectus*

---

<sup>565</sup> Liv. 40.33.1: *Sauciis deinde in oppidum Aeburam devectis per Carpetaniam ad Contrebianam ductae legiones*. La conseguenza del persistere della rudimentale o assente rete medico-sanitaria nelle legioni si tradusse nel primato del numero di soldati morti a causa di ferite, infezioni contratte e cure inadeguate rispetto ai caduti in combattimento raggiunti da colpi mortali (cfr. Liv. 9.32.12: *et apud Romanos tantum vulnerum fuit ut plures post proelium saucii decesserint quam ceciderant in acie*).

<sup>566</sup> Pol. 6.27. Quanto al processo di medicalizzazione dell'esercito, cfr. J. SCARBOROUGH, *Roman Medicine*, cit., 66 ss.

<sup>567</sup> Vell. 2.114.1 ricorda la *Caesaris cura* verso i malati dimostrata nel mettere a disposizione la sua lettiga e i medici a servizio dei militari che ne avessero bisogno. Su episodi dai quali emerge una maggiore attenzione da parte degli imperatori e dei comandanti verso i feriti, cfr. R. BOZZONI, *I medici*, cit., 67 s., con le relative fonti. M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 393, sottolineano che «se la presenza di medici al seguito della legione è infatti attestata a partire da Cesare, è altrettanto certo che non è mai esistito un vero e proprio corpo di medici militari»; G.B. RISSE, *Mending Bodies, Saving Souls. A History of Hospitals*, Oxford, 1999, 41 s.

<sup>568</sup> Per R. BOZZONI, *I medici*, cit., 67 e 85 s., l'istituzione di medici militari è da collocarsi fra Augusto e Claudio; per una disamina dell'organizzazione sanitaria militare, 74 ss. Cfr. sul sistema medico esistente nell'esercito romano, P.A. BAKER, *Medicine, Death and Military Virtues*, in *'Formae mortis'. El tránsito de la vida a la muerte en las sociedades antiguas*, a cura di F.M. Simón, F. Pina Polo e J. Remesal Rodríguez, Barcelona, 2009, 25, nt. 1 (con ulteriore bibliografia), 31 ss.; J.C. WILMANN, *Der Arzt in der römischen Armee der frühen und hohen Kaiserzeit*, in *Clio medica*, XXVII, 1995, 171 ss.

*castrorum*, l'ufficiale equestre al quale competeva l'organizzazione dell'accampamento, la gestione delle provviste e dell'apparato di cura e del quale fornisce testimonianza Publio Flavio Vegezio, nell'*Epitoma rei militaris*, attingendo dalle opere precedenti nella stessa materia e dalla regolamentazione imperiale augustea, traiana e adrianea<sup>569</sup>. I *medici* erano affiancati da alcuni ausiliari, massaggiatori e addetti ai medicinali, sui quali vigilava l'*optio*, un soldato incaricato dal comandante ed esentato dai doveri della truppa.

Entro le *Pandette* sono conservati almeno due passi dedicati ai *militum medici* e agli operatori che all'interno dell'apparato militare erano dediti a servizi assistenziali eterogenei. L'espressione *militum medici* compare in un frammento di Modestino<sup>570</sup>, all'interno del titolo dedicato alle cause per le quali i maggiori di venticinque anni avrebbero beneficiato della reintegra. Si era posto per via edittale un rimedio alla lesione di un diritto avvenuta in un arco temporale in cui un soggetto fosse assente, poiché stava prestando la sua opera *causa rei publicae* o era in stato di difficoltà *adverso casu*<sup>571</sup>. In particolare, per quanto attiene ai *militum medici*, si rientrava nella prima ipotesi, ossia all'assenza dovuta allo svolgimento di un servizio a favore della repubblica, come esponeva Modestino, nel *Liber singularis de enucleatis casibus*, fornendo un'esemplificazione dei soggetti soccorsi dalla clausola generale edittale e di quanti, invece, ne rimanevano esclusi:

Mod. *I. s. de enucl. cas.* D. 4.6.33.2: *Militum medici, quoniam officium quod gerunt et publice prodest et fraudem eis adferre non debet, restitutionis auxilium implorare possunt.*

Mentre erano impiegati nell'esercito per fornire assistenza, i medici militari eseguivano un'opera a giovamento dell'intera comunità; di talché, concludeva il giurista, quel servizio non avrebbe dovuto recar loro alcun pregiudizio e, a tale scopo, era invocabile il rimedio della reintegrazione.

---

<sup>569</sup> Veg. *mil.* 2.10.3: *Praeterea aegri contubernales et medici, a quibus curabantur, expensae etiam, ad eius industriam pertinebant.* L'autore attinge dalle opere di Catone il Vecchio, di Aulo Cornelio Celso, di Varrone, di Sesto Giulio Frontino e di Tarrunteno Paterno.

<sup>570</sup> Mod. *I. S. de enucl. cas.* D. 4.6.33.2.

<sup>571</sup> *Ulp.* 12 *ad ed.* D. 4.6.1 pr.

Altre informazioni sulla condizione dei medici militari sono conservate in un passo appartenente alla penna di Tarruntenio Paterno e tratto dal primo libro della sua opera *De re militari*, conservato in D. 50.6.7. In ragione del gravoso ufficio, i *medici militum* e i loro ausiliari, gli infermieri e i veterinari (nonché altri esercenti mestieri esulanti dall'ambito sanitario) erano considerati *omnes inter immunes*<sup>572</sup>. Tali benefici sarebbero venuti meno con il cessare dell'impiego, eccettuato il caso dei medici che avrebbero goduto dei privilegi per altro titolo, se rientranti fra i medici *intra numerum*.

Il sistema sanitario di cui potevano fruire i *cives* e la medicina militare, poi, iniziano a divergere grazie alla predisposizione di un locale adibito a infermeria, cura e pernottamento dei malati o feriti, riservato ai soldati e previsto entro l'accampamento permanente, sino ad assumere forma e collocazione tipiche<sup>573</sup>. Dai ritrovamenti archeologici e dalle ipotesi a tal proposito elaborate<sup>574</sup> pare ricorrere un edificio di forma quadrata, per lo più costruito lungo il corridoio centrale dell'accampamento, affinché fosse favorito il celere raggiungimento da parte dei soldati da ogni punto, suddiviso in stanze di dimensioni simili poste lungo il perimetro: luogo del resto più

---

<sup>572</sup> Tarrunt. Pat. 1 *milit.* D. 50.6.7: *Quibusdam aliquam vacationem munerum graviorum condicio tribuit, ut sunt mensores, optio valetudinarii, medici, capsarii, et artifices et qui fossam faciunt, veterinarii, architectus, gubernatores, naupegi, ballistrarii, specularii, fabri, sagittarii, aerarii, bucularum structores, carpentarii, scandularii, gladiatores, aquilices, tubarii, cornuarii, arcuarii, plumbarii, ferrarii, lapidarii, et hi qui calcem cocunt, et qui silvam infidunt, qui carbonem caedunt ac torrent. in eodem numero haberi solent lani, venatores, victimarii, et optio fabricae, et qui aegris praesto sunt, librarii quoque qui docere possint, et horreorum librarii, et librarii depositorum, et librarii caducorum, et adiutores corniculariorum, et stratores, et polliones, et custodes armorum, et praeco, et bucinator. hi igitur omnes inter immunes habentur.*

<sup>573</sup> Da Veg. *mil.* 2.10.1-6, 3.2.1-12 possono essere tratte indicazioni sull'importanza di mantenere in salute i soldati e su come doveva essere costruito l'accampamento per consentire le cure ed evitare che si diffondessero epidemie.

<sup>574</sup> Una ricostruzione dei *valetudinaria* si trova in R.W. DAVIES, *Service in the Roman Army*, Edinburgh, 1989, 218 ss. e in V. NUTTON, *Ancient Medicine*, London, 2009, 18 (limitatamente a quello di Novaesium); per una descrizione dei *valetudinaria* militari, cfr. R.A. GABRIEL - K.S. METZ, *A History of Military Medicine. From Ancient Times to the Middle Ages*, New York, 1992, 170 ss.; N. HANEL, *Military Camps, 'Canabae', and 'Vici'. The Archaeological Evidence*, in *A Companion to the Roman Army*, a cura di P. Erdkamp, Oxford, 2007, 406; partendo dallo studio di un papiro egiziano risalente al II secolo d.C., ipotizza l'esistenza di un *valetudinarium* in Cappadocia M. CASSIA, *Il confitto e la tregua: un 'valetudinarium' sul 'limes' di Cappadocia?*, in *Ricerche di Storia Antica*, I, 2008-2009, 240 ss. Osservazioni critiche rispetto alla loro identificazione e alla funzione ospedaliera sono proposte da P.A. BAKER, *Medicine, Death and the Military Virtues*, in *'Formae mortis': el tránsito de la vida a la muerte en las sociedades antiguas*, a cura di F.M. Simón, F. Pina Polo e J. Remesal Rodríguez, Barcelona, 2009, 30 s.; EAD., *The Roman Military 'valetudinaria': Fact or Fiction?*, in *The Archaeology of Medicine Proceedings of the Theoretical Archaeology Group 1998*, a cura di R. Arnott, Oxford, 2002, 69 ss., per la quale alcune strutture chiamate *valetudinaria* avrebbero in realtà avuto funzioni diverse, come la conservazione di derrate; EAD., *Medical Care for the Roman Army on the Rhine, Danube and British Frontiers in the First, Second and Early Third Centuries AD*, New Castle, 2000, 180 ss.



arieggiato e illuminato. La dimensione, la gestione degli spazi e lo scopo di cura rendevano i *valetudinaria* militari i locali che più ricordano gli ospedali che si svilupperanno in conseguenza dell'influenza cristiana.

Difficile, allo stato delle fonti, è risalire alla funzione originaria e primaria di tali strutture, ossia infermerie, luoghi di assistenza e di convalescenza dei malati o piuttosto centri di ristoro, in cui i soldati avrebbero beneficiato di condizioni igieniche efficienti, quali l'acqua potabile e i bagni. In ogni caso credo che la presenza di un luogo dotato di maggiori servizi di quelli esistenti nelle aree circostanti abbia permesso in prosieguo ai medici di praticare interventi più complessi e di effettuare cure di maggiore efficacia.

La natura anfibia di ricovero e di luogo di ristoro trova conferma nel significato che il termine *valetudinarium* assunse nel linguaggio extramilitare, a indicazione dell'edificio destinato agli schiavi debilitati e, nell'uso celsino<sup>575</sup>, dell'edificio dalle dimensioni notevoli, in cui l'ospite però non sarebbe stato assistito personalmente da figure professionali addette alla cura.

Il medico militare con i suoi ausiliari stabilmente inseriti nell'esercito e il *valetudinarium* furono degli strumenti grazie ai quali accrescere la qualità e l'efficienza delle truppe e i *milites* ottennero questi vantaggi in ambito sanitario «not only because of their importance in fighting the enemy and preserving the boundaries of the Empire, but also because the survival of individual emperors depended on the loyalty and well-being of their troops»<sup>576</sup>. In altre parole, la loro condizione fisica – il loro corpo – era una materia di cui il potere pubblico avrebbe dovuto interessarsi per preservare se stesso.

Un ospedale per gli *homines* e i *cives* al di fuori dell'esercito, per converso, non è esistito<sup>577</sup>.

---

<sup>575</sup> Cels. *med. proem.* 65.

<sup>576</sup> Principio espresso in V. NUTTON, *Ancient Medicine*, cit., 186, al termine del capitolo dedicato alla medicina per le truppe militari, dove scrive che «the soldiers in the Roman army would have benefited from these improvements in general surgery as well as from the extra attention devoted to their medical needs by the provision of hospitals, doctors and medical attendants»; v. anche G.B. RISSE, *Mending Bodies*, cit., 47.

<sup>577</sup> Circa l'assistenza medica agli indigenti e l'influenza del Cristianesimo, cfr. R. BRIAU, *L'Assistance médicale*, cit., 93 ss.; J. SCARBOROUGH, *Roman Medicine*, cit., 77 s., il quale afferma che «the Romans had no concept of a public hospital to care for the sick. The Roman in the non-military world of the early Empire assumed that sick citizens were cared for in the traditional way»; per l'inammissibilità di *valetudinaria* pubblici, *ex multis*, si sono espressi A. PAZZINI, *L'organizzazione*, cit., 16; G. CONSIGLIO, *Il soldato romano: carriera militare e vita privata*, in *Ager Veleias*, V.07, 2010, 20. Cfr., *ex multis*, circa la

3.10. *Motivi addotti a giustificazione dell'assenza di un sistema di cura generale.*  
*Considerazioni finali.*

I motivi tradizionalmente addotti a spiegazione della mancanza di un sistema terapeutico generale sono molteplici e, tuttavia, passibili di essere ulteriormente riletti alla luce della concezione giuridica del corpo umano emersa nelle considerazioni esposte finora, senza dover per forza aderire alla teoria di Jean-Pierre Baud sull'interdipendenza tra occultamento del corpo e assenza del concetto di salute<sup>578</sup>.

Oltre alla ricostruzione dello storico, altre sono le ipotesi desunte dalla dottrina radicate sui diversi elementi ricordati entro il presente capitolo e che meritano di essere vagliate.

Roma, dalle origini, presenta una costituzione domestica con la *familia* quale organismo autosufficiente e capace di provvedere a tutti i bisogni dei componenti, tra i quali certamente la cura del corpo che, infatti, viene per lo più lasciata al *pater*. Di competenza pubblica, invece, erano la religione, la guerra e l'amministrazione della giustizia<sup>579</sup>. Questi ambiti tematici distinti potrebbero, quindi, bastare a spiegare perché nel periodo monarchico e repubblicano un servizio di sanità destinato a tutti e gestito dal potere pubblico non sia affatto rinvenibile.

Inoltre, per i secoli a venire, l'onerosità derivante dal mantenere un'organizzazione sanitaria diffusa sarebbe parsa ingiustificata e in fondo priva di utilità, tanto considerando le classi sociali più ricche, quanto lo stato dei più poveri. Le prime, in particolare le famiglie altolocate, avrebbero beneficiato dell'intervento di

---

nascita dei primi ospedali (o, quanto meno, dei primi esperimenti) nel IV secolo d.C., ad iniziativa dei cristiani già C. SPRENGEL, *Storia prammatica della medicina*, II, trad. it., Napoli, 1825, 187; G.F.C. HECKER, *Storia*, cit., 315 ss.; R. BOZZONI, *I medici*, cit., 154 ss. Sull'impossibilità di qualificare i *valetudinaria* come veri ospedali e sulla nascita di questi durante l'impero bizantino grazie all'influenza cristiana, cfr. T.S. MILLER, *The Birth of the Hospital in the Byzantine Empire*, Baltimore - London, 1985, 38 ss., 50 ss.; A. MARCONE - I. ANDORLINI, *Salute, malattia e 'prassi ospedaliera' nell'Egitto tardo antico*, in *Poveri ammalati e ammalati poveri. Dinamiche socio-economiche, trasformazioni culturali e misure assistenziali nell'Occidente romano in età tardo antica. Atti del Convegno di Studi (Palermo, 13-15 ottobre 2005)*, a cura di R. Marino, C. Molè e A. Pinzone, Catania, 2006, 15 ss. Una storia della cura e degli ospedali prima e dopo il Cristianesimo è contenuta in G.B. RISSE, *Mending Bodies*, cit., 3 ss.

<sup>578</sup> Cfr. J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 152 s.

<sup>579</sup> Cfr. R. BOZZONI, *I medici*, cit., 103.

medici privati<sup>580</sup>, istruiti, fidati e con continuità al servizio dei bisogni dei componenti della *domus*; a questi si affiancavano i *valetudinaria*, propri o altrui, gestiti privatamente dalle grandi famiglie latifondiste ai quali i padroni si sarebbero rivolti per gli schiavi debilitati. Quanti, invece, erano più legati alla tradizione della medicina sacrale e domestica avrebbero preferito impiegare i rimedi loro tramandati dagli avi, nel perpetuarsi del rifiuto di affidare il corpo a figure esterne alla *familia*, e ai propri *servi medici*, imbevuti del resto dell'inevitabile influenza della scienza medica delle terre di provenienza e dei rimedi acquisiti a Roma.

Gli strati sociali inferiori, invece, rappresentavano la popolazione con maggiore difficoltà di reperire un medico istruito, considerate le limitate disponibilità economiche che precludevano loro di rivolgersi a uno dei medici la cui perizia era ormai divenuta celebre: pertanto, aumentava il rischio di affidarsi a medici inesperti o *ciarlatani* e un'istituzione sanitaria pubblica sarebbe stata certamente utile. Tuttavia, sino all'influenza cristiana, la logica assistenziale era estranea a Roma e la dispendiosità di un sistema terapeutico aperto alla popolazione e agli indigenti si impose sulle considerazioni di carattere umanitario<sup>581</sup>.

Infine, altra parte della dottrina, sottolineando la totale estraneità del rispetto della vita umana caratterizzante la società romana, ha concluso che l'irrilevanza della salute da parte del potere politico è la logica e naturale conseguenza della mancanza di attenzione verso la sofferenza e la miseria, perpetrata da un popolo privo di sentimenti filantropici che il fine salvifico dell'arte medica invece presupponeva<sup>582</sup>. Le poche forme di assistenza medica rinvenibili, quali i *valetudinaria* per gli schiavi, sarebbero un'ulteriore conferma del fatto che venisse prevista laddove vi fosse un interesse patrimoniale.

---

<sup>580</sup> Tali spese gravavano sul singolo cittadino beneficiario, fermo restando che, nel caso di lesione del corpo del *liber*, a seguito del quale si fosse resa necessaria una cura medica, questo avrebbe potuto agire in giudizio e nel risarcimento del danno avrebbero trovato ristoro le spese sanitarie sostenute, al contrario delle deformità e delle cicatrici (cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.1.3; Gai. 6 *ad ed. prov.* D. 9.3.7 pr.; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.61 pr.; su quanto speso per la cura della malattia del servo Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13.7.8 pr.; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.52.4; sul marito che deve farsi carico delle spese mediche e della somministrazione della medicina alla moglie diventata pazza Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.3.22.8).

<sup>581</sup> Cfr. G.F.C. HECKER, *Storia*, cit., 313 ss.; M. VEGETTI - P. MANULI, *La medicina*, cit., 394.

<sup>582</sup> Cfr. G. PENSO, *La medicina*, cit. 99 s.

I motivi a cui si è fatto cenno, a ben vedere, presentano tutti aspetti argomentativi a loro favore e neppure sono incompatibili; anzi possono coesistere e completarsi vicendevolmente, sino a essere passibili di trovare sintesi nel filo conduttore del presente lavoro. Pare, infatti, che la concezione della dimensione fisica umana accolta tradizionalmente nell'ordinamento romano e fatta propria dagli interventi pubblici e dalla giurisprudenza possa rappresentare quel dato non tralasciabile capace di legare i processi vitali e curativi.

Per predisporre un ospedale civile o una medicalizzazione della società sarebbe stato necessario che il potere centrale creasse un preventivo titolo abilitativo della professione medica o introducesse una garanzia pubblica rispetto agli esercenti: elementi tutti che costituiscono forme pubbliche di una presa in carico del corpo di tutti gli abitanti dell'impero, ossia della loro dimensione biologica. La persistente estraneità della medicina dalla politica romana si spiega, quindi, per il fatto che il corpo dell'uomo, in particolare del libero, non era la materia privilegiata dal diritto romano, ma il presupposto per l'applicazione della politica e del diritto stesso, senza divenire un mezzo attraverso cui operare. Ciò spiega l'apparente contraddizione tra l'attenzione del potere alla salubrità pubblica, che si manifestava all'esterno delle mura domestiche con la predisposizione di acquedotti, reti fognarie, terme, tutti strumenti utili per aumentare il benessere della popolazione e limitare i contagi, e l'assenza di un sistema sanitario pubblico coinvolgente direttamente il corpo, segno dell'arresto del potere alla soglia fisica umana.

## CAPITOLO IV

### LA SCOMPARSA DELL'UOMO E IL DISSOLVERSI DEL SUO CORPO

#### 4.1. Qualche considerazione preliminare. La morte fisica e la sua definizione.

Con la cessazione delle funzioni vitali, si verifica il procedimento biologico inverso a quello che aveva consentito al concepito di divenire *homo* e di affacciarsi nel mare giuridico e, similmente, non è indifferente per il diritto constatare l'avvenuta morte collocandola temporalmente. Dal decesso derivano infatti molteplici conseguenze giuridiche, poiché esso coincide con la fuoriuscita dell'*homo* dal *ius personarum* e la titolarità dei rapporti giuridici rimane orfana. Eppure il modo in cui procede la scienza giuridica romana dinanzi al sopraggiungere della dipartita umana diverge dall'attuale sistema, diretto discendente dell'osmosi ormai consolidata tra medicina e diritto, sconosciuta o rifiutata – com'è emerso nel capitolo precedente – nei tempi antichi. Poche parole, quindi, bastano a descrivere l'interazione tra morte fisica e diritto e invero l'esiguità delle osservazioni pare legittimata dalla scarsità di fonti in materia e, in particolare, dall'assenza di una definizione legale di morte. Non stupisce che il *ius personarum* preferisca assistere all'evento biologico costituito dalla morte gestendone le conseguenze familiari e patrimoniali, senza rendersi autore o coautore di definizioni<sup>583</sup>.

I due caratteri propri della medicina antica, infatti, risuonano nel tempo luttuoso

---

<sup>583</sup> Circa l'assenza di nozioni medico-giuridiche a riguardo, cfr. L. GAROFALO, *Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz*, in *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso Barbero, Madrid, 2014, 107 s., ora in ID., *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 27 ss., da cui si cita. Nascita e morte erano esempi di fatti naturali per eccellenza (cfr. G. PURPURA, *Brevi riflessioni sull'humanitas*, in *AUPA*, LII, 2009, 290). Sull'intervento del giurista dopo l'avvenuta morte a fini meramente testamentari e successori e sul mancato interesse della giurisprudenza riguardo all'esatto istante della morte (se non nei casi di commorienza, limitatamente all'ordine dei decessi, su cui v. almeno R. LAMBERTINI, *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Milano, 1984, *passim*; B. ALBANESE, *Le persone*, cit. 14; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 116), cfr. M. DUCOS, *Le juriste romain et la mort*, in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain. Actes du colloque (Caen, 20-22 novembre 1985)*, a cura di F. Hinard, Caen, 1987, 145 ss. Le stesse iscrizioni epigrafiche e le indicazioni sul giorno della morte ricavabili dai testi letterari non assolvono a una funzione di accertamento legale della morte, né sono riportate a fini giuridici, bensì per tramandarne la memoria o per arricchire la notizia dal punto di vista storiografico. Cfr., *ex multis*, per cenni fondamentali sulle questioni relative alla prova della morte, alle presunzioni di commorienza, alla morte presunta e alla dichiarazione di assenza C. FADDA, *Diritto delle persone*, cit., 33 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004, 70; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 48; A. BURDESE, *Manuale*, cit., 139; A. CORBINO, *Diritto*, cit., 226; D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2006, 53.

dominandolo: medicina sacrale e domestica – si era detto –, sfera religiosa e familiare che rivendicano la competenza sul corpo umano soprattutto nel suo stato debilitato; estraneità dei rappresentanti della compagine pubblica, ritrosia della politica a farsi carico del biologico; ambivalenza della medicina e dei provvedimenti pubblici a lei riservati.

Lungo questi binari avanza pure la morte e all'avvicinarsi di questa retrocede il *ius personarum*, finendo per dissolversi nell'istante del trapasso e ripristinarsi nell'attimo immediatamente successivo.

Già sono stati preannunciati, nel corso dell'esposizione sul corpo nato, due passi di Ulpiano<sup>584</sup> e Marciano<sup>585</sup> contenuti nelle Pandette che colgono il sopraggiungere della morte biologica. *Spiritum posuit* e *spiritum emisit* le espressioni che indicano il decesso<sup>586</sup>, un lessico che mira a evocare quanto avveniva in natura: la morte è la cessazione dello *spiritus*, l'esalazione dell'ultimo respiro, ma, ancor meglio, il venir meno della vita complessivamente intesa<sup>587</sup>.

*Spiritus* è il vocabolo incontrato in un frammento ulpiano dedicato alla nascita di un *animal non integrum, cum spiritu*, e in tal caso si era abbozzata la traduzione come

---

<sup>584</sup> Ulp. 33 ad ed. D. 24.1.32.14: *Si ambo ab hostibus capti sint et qui donavit et cui donatum est, quid dicimus? et prius illud volo tractare. oratio, si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit: ergo si ambo decesserint quid dicemus, naufragio forte vel ruina vel incendio? et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio: sin vero non appareat, difficilis quaestio est. et magis puto donationem valuisse et his ex verbis orationis defendimus: ait enim oratio 'si prior vita decesserit qui donatum accepit': non videtur autem prior vita decessisse qui donatum accepit, cum simul decesserint. proinde rectissime dicetur utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit: sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt: nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere neutri datam conditionem: locupletes igitur heredes donationibus relinquunt. secundum haec si ambo ab hostibus simul capti sint amboque ibi decesserint non simul, utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint? an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium? an spectamus, uter prius decesserit, ut in eius persona non valeat donatio? an uter rediit, ut eius valeat? mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tunc defecerint: quod si alter redierit, eum videri supervixisse, quia redit.*

<sup>585</sup> Marc. 3 reg. D. 34.5.18 pr.: *Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit, an frater fratri existat heres an contra: vel si duo invicem necessarii substituti sunt et una perierint, an heredes exstitisse videantur: vel alter alteri (hoc est si invicem) hereditatem rogati fuerint restituere. in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.*

<sup>586</sup> Cfr. anche D. 29.5.22, con riferimento alla volontà del soldato manifestata nell'ultimo istante di vita (*sic espiravit*); C. 2.3.19 (*super ultimo vitae spiritu*). Anche in oggetti inanimati si rinviene il sostantivo *spiritus* per indicare una cosa complessivamente unita (D. 6.1.23.5). In ambito obbligatorio vocaboli simili si ritrovano per il venir meno di un'obbligazione (D. 45.1.58: *obligatione spirante*).

<sup>587</sup> Similmente, D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni*, cit., 53, e M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 117, in cui gli uni e l'altro si limitano a identificare la morte con la «cessazione delle funzioni vitali».

presenza di vita umana<sup>588</sup>: l'*editio partus* coincide con l'inizio dello *spiritus*, in senso analogo e inverso, la morte coincide con la sua perdita. Nessun'altra indicazione nelle fonti giurisprudenziali si desume sull'istante della morte come nozione giuridica e su controversie circa le modalità di prova ammessa. Unanime dottrina, quindi, si limita a constatare come i romani ne curassero «l'accertamento secondo l'ordine naturale delle cose»<sup>589</sup>.

La limitatezza dei riferimenti al biologico nelle fonti giuridiche costituisce uno spaccato della concezione sociale della morte, la cui constatazione era rimessa ai familiari ed eventualmente al *medicus* privato, al *medicus amicus*, ai vicini presenti al capezzale del malato in fin di vita, i quali avrebbero osservato empiricamente il corpo umano e da esso colto i segnali del decesso, come se la caducità umana si imponesse tanto al diretto interessato e alla sua famiglia, quanto all'eventuale medico e di conseguenza al diritto, in quanto questione pregiuridica, rispetto alla quale qualsiasi determinazione legislativa e financo medica sarebbe parsa arbitraria e incapace di aderire alla multiforme realtà. Per questo, conformemente alla natura e alla tradizionale visuale domestico-sacrale della morte, «les prudents parlent sans doute de la mort, mais ils n'ont pas cherché à la définir et essaient encore moins d'énumérer les signes qui la traduisent»<sup>590</sup>.

La questione non è da sottovalutare al fine della presente ricerca, perché costituisce un ulteriore segnale della prudenza giuridica innanzi al corpo e ai suoi cambiamenti di stato e dalla quale traspare invero una concezione sociale della morte, oltre che giuridica, propria del mondo antico e dimenticata e financo rifiutata dall'epoca moderna. Ancora, quanto è stato detto a proposito dell'idea di cura e di intervento sul corpo malato nell'antichità, ben si presta a essere ivi richiamato, quasi che, senza soluzione di continuità, l'uomo romano in ogni istante della sua esistenza sino all'ultimo alito di vita fosse nient'altro che un uomo e, sempre, innanzi tutto e a prescindere dallo stato fisico e giuridico, almeno un uomo, senza mediatori e intenti

---

<sup>588</sup> Cfr. D. 28.2.12.1.

<sup>589</sup> U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. Corso*, cit., 14; v., anche, *ex multis*, V. GIUFFRÈ, *Il diritto*, cit., 44, che parla a tal proposito di morte «empiricamente individuata con l'ultimo respiro»; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 14, il quale rileva che non sono esistite regole giuridiche per l'accertamento della morte.

<sup>590</sup> M. DUCOS, *Le juriste*, cit., 146.

giuridicizzanti, senza interventi esterni che avrebbero confinato il soggetto in un luogo o in tempo diversi da quelli della natura umana.

In altre parole, a Roma il luogo della morte era la *domus*, i soggetti chiamati a parteciparvi erano altri *homines*, familiari, anche medici, ma in quanto *homines* non superiori alla caducità umana che si manifestava loro e non presenti come depositari di un sapere medico-sacrale che li legittimasse a interpretare o mutare il corso degli eventi. La morte allora non veniva celata alla società pubblica, bensì preservata e vissuta nella sua tradizionale dimensione.

Nell'epoca moderna, invece, è l'ospedale il luogo «prediletto per abbandonarsi alla morte», finendo per privare il morente della sua morte<sup>591</sup>, 'spossessato' dal suo corpo e dalla sua nuda vita, di fatto affidati ad altri saperi: primo fra tutti la medicina, poi il diritto. Sono i tribunali, i giudici, ma anche talvolta il legislatore a invadere campi che erano lasciati – e, si anticipa, consapevolmente lasciati – in ambito extra giuridico, secondo una tendenza che Luigi Garofalo definisce la «'pangiuridicizzazione' del trattamento del 'corpo umano'»<sup>592</sup>.

Sul finire del percorso esistenziale, che coincide con il termine del contributo, allora, l'arresto dinanzi alla morte e al mero corpo induce a chiedersi se vi sia entro il *ius personarum* l'oggetto del nostro ricercare, il tanto reclamato statuto giuridico corporale, o se piuttosto sia mancante e volutamente sia silente il *ius personarum*. Interrogativo a cui finora la dottrina ha dato risposte antitetiche, fra le quali si intende segnalare quella più aderente allo stato delle fonti.

#### 4.2. La dimensione domestica della morte e del cadavere.

La dimensione domestica funge quindi da scenario in cui si snodano i diversi rituali sul corpo che, adagiato sulla terra dei vivi, raggiunge il mondo dei morti, in un

---

<sup>591</sup> Il mutamento di prospettiva dal morente ai terzi e l'idea che la morte debba oggi essere celata agli occhi dei familiari e relegata all'ospedale, sancendone una lontananza fisica dal luogo della vita, sono ben descritti da P. ARIÈS, *Storia della morte in occidente*, Milano, 2015, 68 ss., che parla di morte come «fenomeno tecnico» anziché processo biologico; ID., *La mort inversée*, in *Archives européennes de sociologie*, VIII, 1967, 169 ss., di cui è disponibile la traduzione italiana *La morte capovolta. Il cambiamento delle attitudini davanti alla morte nelle società occidentali*, in *Storia della morte*, cit., 187 ss.

<sup>592</sup> L. GAROFALO, *Principi*, cit., 29.



processo sacrale scandito e rigorosamente partecipato di cui le fonti letterarie e storiografiche permettono un'adeguata ricostruzione. A queste è opportuno fare cenno, per essere meglio in grado di cogliere le ragioni della scelta giuridica e la fondatezza delle teorie proposte in dottrina sullo statuto del corpo e ancorate al fine vita.

Si narra che, almeno quando la morte non si sopraggiungeva all'improvviso, ma era preannunciata da una malattia o da una debilitazione progressiva, si radunavano i familiari e gli amici del morente nella sua stanza, attendendo l'avvicinarsi dell'ultimo respiro, l'estremo istante di vita, colto dal bacio sulla bocca dato dal coniuge o da un familiare caro, quasi a custodirne l'essenza<sup>593</sup>.

Chiusi gli occhi e la bocca, il corpo privo di vita rimaneva sotto lo sguardo dei presenti, i quali ne conclamavano il nome, nel tentativo di instaurare una relazione con il defunto e scongiurare di renderlo vittima di morte apparente, uno stato di dormienza temporaneo del familiare<sup>594</sup>. La circostanza era molto temuta dagli antichi e oggetto di racconti che spesso poco conservano del reale per sconfinare nel leggendario<sup>595</sup>. Per questo l'osservazione del cadavere costituiva un momento irrinunciabile, tanto da parte dei familiari, quanto dei medici.

Neppure questi, infatti, avevano elaborato una definizione di morte, ma piuttosto un decalogo che avrebbe consentito di prendere atto dell'intervenuto decesso mediante la constatazione di plurimi *indicia mortis*: nelle opere mediche si rinviene una minuziosa raccolta delle concrete conseguenze che la morte avrebbe determinato sul corpo e la cui presenza avrebbe inequivocabilmente svelato la cessazione delle funzioni vitali in

---

<sup>593</sup> Cfr. Verg. *Aen.* 4.684: *et, extremas si quis super halitus errat, ore legam*; Svet. *Aug.* 99; Cic. *Verr.* 2.5.118; Sen. *cons. ad Marc.* 3. Cfr. J. DAVIES, *Death, burial and rebirth in the religions of antiquity*, London - New York, 1999, 149, il quale ipotizza che nel caso la madre del defunto fosse viva spettasse a lei l'ultimo bacio; v. anche, recentemente, I. CESAROTTO, *Cadavere e sepoltura*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Ospedaletto - Pisa, 2015, 286 ss. per la procedura seguita dopo il decesso sino ai funerali.

<sup>594</sup> Cfr. Cfr. Serv. *Aen.* 9.218: *Plinius in naturali historia dicit hanc esse causam ut mortui et calida abluantur et per intervalla conclamantur, quod solet plerumque vitalis spiritus exclusus putari et homines fallere. Denique refert quendam superimpositum pyrae abhibitis ignibus erectum esse nec potuisse liberari*; Lucan. 2.21.3: *Sic funere primo/ ... cum corpora nondum / conclamata iacent*; Serv. *Aen.* 6.218: *... et post ultimam conclamationem conburebantur*. Sull'isteria, una malattia femminile insidiosa, perché determinante stadi 'comatosi' facilmente scambiabili per il decesso, cfr. L. MONTANINI, *Le donne romane e la morte*, in *Ager Veleias*, IV.12, 2009; A. ROUSSELLE, *Sesso e società alle origini dell'età cristiana*, Roma - Bari, 1985, 23; C. DE FILIPPIS CAPPALÀ, *Medici*, cit., 188.

<sup>595</sup> Cfr., sulle morti apparenti e sulle fonti che ne trattano – tra cui Plin. *nat. hist.* 7.52; 7.37.124; Val. Max. 1.8.12; Cels. *med.* 2.6.15; Apul. *Flor.* 19 –, D. BALDI, *Morti favolose degli antichi*, Macerata, 2010, *passim*.

via irreversibile<sup>596</sup>. Per allontanare affrettati giudizi, soprattutto tra le famiglie di ceti sociali medio alti, era invalsa la prassi di posticipare le esequie funebri di qualche giorno, da tre a sette, durante i quali il corpo avrebbe mutato la forma esteriore, la temperatura, il colorito e l'elasticità degli arti<sup>597</sup>.

Il secondo carattere della dimensione umana, la sacralità nell'accezione di assoggettamento dell'uomo al ciclo vitale dominato da regole trascendenti la volontà umana, che ha pervaso la medicina e che accompagna l'uomo romano sin dalla fase prenatale, ritorna al momento del riscontro del decesso, quando il cadavere veniva adagiato a terra<sup>598</sup>. Questo è un altro di quei momenti in cui la nascita e la morte manifestano il loro carattere biologico e la loro vicinanza nella concezione romana, espressioni dell'immanenza delle leggi della natura sulle quali si innesta l'opera giuridica. Se, dopo l'*editio partus*, il neonato veniva poggiato a terra, quasi a simboleggiare la provenienza dell'uomo dalla Madre Terra, prima di essere reso eventualmente destinatario dell'atto di sollevamento del *pater*<sup>599</sup> (ancora si coglie

---

<sup>596</sup> Cels. *med.* 2.6.1-18, titolo interamente riservato agli *indicia mortis*. Il tema è approfondito da M.D. GRMEK, *Les 'indicia mortis' dans la médecine gréco-romaine*, in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain. Actes du colloque (Caen, 20-22 novembre 1985)*, a cura di F. Hinard, Caen, 1987, 129 ss.

<sup>597</sup> Cfr. Serv. *Aen.* 6.218: ... *cadavera septem diebus...* L'esposizione del cadavere in decomposizione in un luogo angusto, di piccole dimensioni o affollato a causa degli abitanti della *domus*, privo di sufficiente aerazione, così come una malattia presumibilmente contagiosa avrebbero invece suggerito la sepoltura o la cremazione in tempi rapidi: cfr. sul punto le osservazioni di J.M.C. TOYNBEE, *Morte e sepoltura nel mondo romano*, Roma, 1993, 31, nt. 129, a proposito delle classi sociali più povere (con il richiamo a Cic. *pro Cluent.* 9.27: *puer ... ante noctem mortuus et postridie, antequam luceret, combustus est*). Cfr. D. DUTSCH, '*Nenia*': *Gender, Genre and Lament in Ancient Rome*, in *Lament. Studies in the Ancient Mediterranean and Beyond*, a cura di A. Suter, Oxford, 2008, 259, nt. 8. Per l'esatto intervallo tra il decesso e la sepoltura e i cambiamenti ipotizzati nel corso delle epoche, cfr. J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, Torino, 1992, 77.

<sup>598</sup> Cfr. J. PRIEUR, *La morte nell'antica Roma*, Genova, 1991, 18; V.M. HOPE, *Roman Death. The Dying and the Dead in Ancient Rome*, London, 2009, 71; J.M.C. TOYNBEE, *Morte*, cit., 29 s., collocano temporalmente il gesto dopo l'intervenuta morte.

<sup>599</sup> Sul *tollere liberos*, in testo solo accennato, due sono le teorie elaborate. Per la prima è un gesto carico di valenza giuridica costitutivo del rapporto di filiazione: cfr. J. DÉCLAREUIL, *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale a Rome*, in *Mélanges P.F. Girard*, I, Paris, 1912, 315 ss.; E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di 'tollere liberos'*, in *Festschr. F. Schulz*, Weimar, 1951, 388 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici con una nota di M. Talamanca*, II, *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, 217 ss.); ID., *Ancora in tema di 'tollere liberos'*, in *Iura*, III, 1952, 216 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, II, cit., 275 ss.); L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Tollere liberos*', in *MEFRA*, CII.1, 1990, 107 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino, 1989, 58 ss.; N. SANTORO, *Sul 'tollere liberos'*, in *Index*, XXVIII, 2000, 273 ss. Per l'orientamento contrario, cfr. S. PEROZZI, '*Tollere liberum*', in *Studi in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1915, 215 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 95 ss.); F. LANFRANCHI, '*Ius exponendi*' e *obbligo alimentare*, in *SDHI*, VI, 1940, 5 ss.; ID., *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 741 ss.; ID., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, II.

l'interazione tra religione e famiglia nel processo vitale); a quella divinità ambivalente, principio e fine dell'uomo, forza generatrice e sepolcro di tutti<sup>600</sup>, si ritorna con la morte dopo il completamento dei riti funebri e della sepoltura, permettendo il passaggio al mondo dei Mani<sup>601</sup>.

In attesa che, trascorsi i giorni prestabiliti, si provvedesse al funerale, nel persistere della *conclamatio*, dell'osservazione del corpo e del lamento funebre<sup>602</sup>, il cadavere veniva mondato e cosperso di unguenti affinché la decomposizione e l'odore putre tardassero a venire. Alla vestizione e all'abbellimento della salma<sup>603</sup> seguivano la

---

*La cd. presunzione di paternità*, Bologna, 1964, 5 ss.; A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 77 ss. Suggestiva l'interpretazione di A. ROMANO, 'Tollere liberos': uomo, donna e potere, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli, 1984, 885 ss.

<sup>600</sup> Cfr. Lucr. *rer. nat.* 5.259-260; con la sepoltura, poi, la dazione del corpo alla terra è definitiva: cfr. Cic. *leg.* 2.22.56, per il quale in particolare con l'inumazione il corpo viene restituito alla terra ed è come se venisse avvolto tutto intorno da sua madre; cfr. anche per altri testi contenenti il medesimo principio *Testi gnostici in lingua greca e latina*, a cura di M. Simonetti, Milano, 1993, 397.

<sup>601</sup> Simbolicamente il trapasso è rappresentato da una moneta inserita nella bocca del defunto come obolo: cfr. J. DAVIES, *Death*, cit., 149; M. BORDA, 'Lares'. *La vita familiare romana nei documenti archeologici e letterari*, Città del Vaticano, 1947, 149, con ritrovamenti archeologici; C. DE FILIPPIS CAPPALÀ, *Imago mortis*, Napoli, 1997, 55 ss. e nt. 60, la quale raccoglie le fonti letterarie che conservano memoria di questa usanza giunta probabilmente a Roma dalla Grecia tramite l'influsso etrusco. Sul mito di Caronte come traghettatore del defunto, cfr. H. BORZA, *Le mythe de l'obole à Charon et le symbolisme actuel de la monnaie dans le cercueil*, in *Orbis*, IV, 1955, 134 ss.; K. GRINDER HANSEN, *Charon's Fee in Ancient Greece? Some Remarks on a Well-Known Death Rite*, in *Acta Hyperborea*, III, 1991, 207 ss.; R. PERA, *La moneta antica come talismano*, in *Moneta o non moneta, Atti del Convegno Internazionale di Studi Numismatici in occasione del Centenario della Società numismatica italiana (1892-1992)*, in *Rivista Italiana di Numismatica*, XCV, 1993, 345 ss.; A.B. SCHWARZ, voce 'Charon', *RE*, III.2, 1899, 2177 s.; G. IMPALLOMENI, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 23 ss., ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 242, nt. 60, da cui si cita.

<sup>602</sup> Cfr., *ex multis*, per osservazioni epigrafiche, M. BORDA, 'Lares', cit., 149 ss.; J.M.C. TOYNBEE, *Morte*, cit., 29, nt. 115. Sul lamento funebre e sui soggetti partecipanti, v. E. DE MARTINO, *La ritualità del lamento funebre antico come tecnica di reintegrazione*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, XXVI, 1955, 15 ss.; F. CHIARI, 'Praeficae' e musici. I protagonisti 'sonori' delle liturgie di morte alto-imperiali, in *Ager Veleias*, VII.8, 2012; A.G. AMATUCCI, 'Neniae' e 'laudationes funebres', in *Rivista di Filologia e di Istruzione Classica*, XXXII, 1904, 626 ss.; F. PRESCENDI, *Klagende Frauen. Zur weiblichen Trauerhaltung in Rom*, in *Frauenwelten in der Antike. Geschlechterordnung und weibliche Lebenspraxis*, a cura di B. Wagner Hasel, T. Späth, Stuttgart - Weimar, 2000, 10 ss.; D. DUTSCH, 'Nenia', cit., 258 ss.; C. KUNST, *Die Römer und der Tod, in Potsdamer Laintage 2011 - 2013. Antike Geschichtsschreibung. Tod und Jenseits. Römische Religion*, a cura di U. Gärtner, Potsdam, 2015, 59 s.; J.A. NORTH, *Roman Funeral Rituals and the Significance of the 'Neniae'*, in *Religion in the Roman Empire*, I.1, 2015, 114 ss.

<sup>603</sup> Cfr. Verg. *Aen.* 6.218-222: *pars calidos latices et aena undantia flammis / expediunt, corpusque lavant frigentis et unguunt. / fit gemitus. tum membra toro defleta reponunt / purpureasque super vestis, velamina nota, / coniciunt*, per la pulizia del corpo e la vestizione. Dettagli sui vestiti ed eventuali ornamenti presenti nel defunto, in base alla condizione sociale, sono contenuti in. Martial. *epigr.* 9.57.8: *nec pallens toga mortui tribulis*; Iuv. *Sat.* 3.171-2: *pars magna Italiae est, si vero admittimus, in qua / nemo togam sumit nisi mortuus*; Cic. *leg.* 2.24.60: *Cetera item funebria quibus luctus augetur XII sustulerunt ... 'Ne sumptuosa respersio, ne longae coronae nec acerrae praeferantur'. Illa iam significatio est laudis ornamenta ad mortuos pertinere, quod coronam virtute partam et ei qui peperisset et eius parenti sine fraude esse lex impositam iubet.*

preparazione del letto funebre<sup>604</sup>, in cui veniva adagiato il corpo con gli arti inferiori rivolti verso l'uscio, come se venisse avviato fisicamente alla fuoriuscita dalla *domus*; la cerimonia<sup>605</sup> e la sepoltura del cadavere per inumazione o cremazione<sup>606</sup>. In quest'ultimo caso, Cicerone testimonia la necessità di recidere un osso, probabilmente una falange, al defunto prima di avviarlo alla cremazione: la parte del corpo – *os resectum* – così conservata sarebbe stata sepolta con le ceneri e su di essa si sarebbe gettata una manciata di terra, a simboleggiare appunto il ritorno dell'uomo in stato cadaverico alla madre Terra<sup>607</sup>.

Il completamento dei riti era richiesto per consentire al defunto di trovare pace, ma in realtà grazie a ciò era l'intera comunità a godere di armonia, nella convinzione che lo spirito del morto avrebbe altrimenti vagato e tormentato i vivi, intrappolato in una zona indefinita come fosse privo di propria dimora<sup>608</sup>: escluso dal mondo dei vivi, che popolano la terra; non affidato agli dei Mani, che presiedono il regno dei morti. Per questo, dopo la preparazione della salma e la camera ardente, il cadavere veniva avviato

---

<sup>604</sup> Sui soggetti incaricati a preparare la salma, *libitinarii* e *pollinctores* per i più benestanti, *vespillones* per i ceti più poveri, e sugli addetti alla sepoltura, cfr. K. HOPKINS, *Death and Renewal*, II, London, 1993, 201 s.; J. DAVIES, *Death*, cit., 149; J.M.C. TOYNBEE, *Morte*, cit., 31 e ntt. 133 s.; I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 286 s., nt. 24; H. LINDSAY, *Death-pollution and Funerals in the City of Rome*, in *Death and Disease in the Ancient City*, a cura di V.M. Hope e E. Marshall, London, 2000, 156 ss. Cfr., sui *pollinctores*, Martial. *epigr.* 10.97.1-4: *Dum levis arsura struitur Libitina papyro, / dum murrum et casias flebilis uxor emit, / iam scrobe, iam lecto, iam pollinctore parato, / heredem scripsit me Numa: convaluit;* sui *libitinarii* e sui responsabili delle cerimonie dei facoltosi, i *dissignatores*, Sen. *ben.* 6.38.4; v. anche Martial. *epigr.* 2.81.1-2 e Svet. *Domit.* 17 per i *vespillones*.

<sup>605</sup> Pers. 3.103-5: *tandemque beatulus alto / compositus lecto crassisque lutatus amomis / in portam rigidas calces extendit.* V. diffusamente, circa la preparazione del cadavere ai riti funebri e alla successiva inumazione, *ex multis*, A. ALLARA, 'Corpus' et 'cadaver', *la gestion d'un nouveau corpus*, e L. DESCHAMPS, *Rites funéraires de la Rome républicaine*, entrambi in *La mort au quotidien dans le monde Romain*, a cura di F. Hinard e M.F. Lambert, Paris, 1995, rispettivamente 69 ss. e 171 ss.; I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 287 ss., con la descrizione del rito, il tempo e il luogo in cui avveniva e le differenze tra le cerimonie riservate ai ceti più alti e quelle destinate alle classi più umili.

<sup>606</sup> Cic. *leg.* 2.22.56 e Plin. *nat. hist.* 7.55 ipotizzano che il rito rinvenibile sin dall'origine di Roma fosse costituito dall'inumazione del corpo, affiancato poi dalla cremazione, la quale in taluni momenti era addirittura più diffusa della prima. Cfr. E. CUOQ, voce '*funus*', in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, a cura di C. Daremberg ed E. Saglio, Paris, 1896, 1393 ss.; recentemente, I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 283, nt. 16.

<sup>607</sup> Cic. *leg.* 2.22.55; per altre fonti sulle pratiche effettuate contestualmente alla cremazione, v. Verg. *Aen.* 6.224-228; Paul.-Fest. voce '*Membrum abscidi mortuo*' (Lindsay, 135). Cfr. J.M. RIBAS ALBA, *Persona*, cit., 107.

<sup>608</sup> Cfr. J. SCHEID, *La religione a Roma*, Bari, 1983, 25, che scrive come «nel caso si verifici una dimenticanza o qualche irregolarità, o se per caso un morto per incidente non possa essere ritrovato o sotterrato ... il defunto rimarrà fantasma inquieto finché i parenti prossimi non gli abbiano reso giustizia»; V.M. HOPE, *Death*, cit., 106; J.J. LENNON, *Pollution and Religion in Ancient Rome*, New York, 2014, 136 ss., 159 ss.

alle esequie<sup>609</sup>.

Già si sono preannunciate la partecipazione in procinto dell'ultimo respiro dei familiari e la dimensione domestica della morte, con la conseguenza che era la famiglia innanzi tutto a venire investita da uno stato funesto cagionante una contaminazione bisognosa di essere mondata. Il morto, in altre parole, mantiene uno stato peculiare<sup>610</sup>, non è assimilabile a nient'altro di esistente e di non esistente, al contempo è contagioso, vincolo di *pollutio*<sup>611</sup>, intriso di potenza e persiste in questa dimensione sino alla sepoltura: il suo non più essere *homo* lo rende inadatto a stare fisicamente tra gli uomini, all'interno della famiglia e della *civitas* e la sua posizione ambigua – già uomo, ora cadavere – pervade anche quanti lo circondano. In quest'ottica possono essere simbolicamente interpretate le disposizioni relative al luogo di sepoltura e di cremazione, che, fin dalle XII Tavole, ne prevedevano il divieto entro la *civitas*<sup>612</sup>, come se alle ragioni igienico-sanitarie e di sicurezza si affiancasse l'idea che la città era il luogo degli *homines*, che vi dimorano dalla nascita sino all'ultimo istante di vita<sup>613</sup>.

Dopo i riti funebri, la *domus* nella quale il corpo morente aveva ricevuto dimora viene ripulita e l'intera famiglia avrebbe riacquisito lo stato di purezza al termine della

---

<sup>609</sup> Serv. *Aen.* 11.143. Cfr. sulle esequie, che anticamente rifuggivano dalla luce del dì e dalla vista di esponenti sacerdotali e magistratuali, I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 287 ss. e nt. 26; nota l'autrice come il costume si sia preservato per la processione funebre degli appartenenti a classi umili e di infanti, mutandosi invece con l'avanzare della repubblica per i personaggi illustri e per le famiglie più ricche.

<sup>610</sup> Cfr. per una panoramica sui riti e sul trattamento del cadavere dai quali si desume la particolare considerazione religiosa e giuridica nell'ambiente romano, A. BURDESE, voce *Cadavere* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 763 ss.

<sup>611</sup> Cfr. F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, Napoli, 1958, 81 ss.; G. DUMEZIL, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano, 1977, 320, sul significato di *funestus* associato alla famiglia colpita dal lutto, che si trova in un tempo di impurità e di potenziale contagio destinato a venire meno quando i membri abbiano riacquisito la condizione di *familia pura*. Perciò in qualche modo la famiglia doveva venir reintegrata nella società attraverso riti di passaggio (cfr. A. VAN GENNEP, *I riti di passaggio*, Torino, 2012, 128). Cfr., sul concetto di contagio associato al cadavere, J.J. LENNON, *Pollution*, cit., 136 ss.; sul trattamento che dev'essere riservato al corpo morto come essere contagioso, V.M. HOPE, *Contempt and Respect: the Treatment of the Corpse in Ancient Rome*, in *Death and Disease in the Ancient City*, a cura di V.M. Hope e E. Marshall, London, 2000, 104 ss.; H. LINDSAY, *Death-pollution*, cit., 152 ss., 165 ss., per il processo di purificazione a cui si sottopone la famiglia; E. FANTHAM, *Purification in Ancient Rome*, in *Pollution and Propriety: Dirt, Disease and Hygiene in the Eternal City from Antiquity to Modernity*, a cura di M. Bradley e K. Stow, New York, 2012, 62 s.

<sup>612</sup> Tab. 10.1, Cic. *leg.* 2.23.58, con delle eccezioni per la sepoltura di uomini celebri e di indubbia caratura politica, come gli imperatori; per le varie ipotesi di esclusione dal divieto, V.M. HOPE, *Death*, cit., 92. V. I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 288 ss. per considerazioni sul campo Marzio, il quale, essendo all'esterno del *pomerium*, non veniva considerato dentro le mura cittadine. Per l'esistenza di fosse comuni, cfr. Var. *ling.* 5.25; Hor. *Sat.* 1.8.10.

<sup>613</sup> Cfr. H. LINDSAY, *Death-pollution*, cit., 169 ss.

cena novendiale<sup>614</sup>.

Che l'istante della morte e la morte biologica in se stessa non siano materie giuridiche, bensì piuttosto espressioni della caducità umana precedente il diritto umano, e dominate dall'ambiente domestico anziché dal pubblico, dal diritto divino anziché dal diritto umano, non comporta che quest'ultimo rimanga del tutto silente, come se le sfere religiosa e umana fossero non comunicanti e l'operatività dell'una impedisse l'interazione dell'altra.

Così, richiamando le parole di Luigi Garofalo a proposito dei principi elaborati da Fritz Schulz, l'ordinamento giuridico si impone come «*ars* autonoma rispetto a contigui campi del sapere speculativo e pratico ... benché, comunque, a essi non irrelata»<sup>615</sup>, con la conseguenza che, «in forza della sua originale apertura alla vita dell'uomo in tutti i rispettivi momenti, contiene al proprio interno, onnicomprensivamente, tanto i rapporti intercorrenti tra gli uomini solamente, quanto i rapporti intrattenuti dagli uomini con le divinità, sì che l'intero cosmo vi viene rappresentato come '*una civitas communis deorum atque hominum*'»<sup>616</sup>.

Ed invero, nel corso dell'esposizione, a proposito della nascita dell'essere mostruoso, già è stato fatto cenno al cardine fondamentale della *pax deorum*<sup>617</sup>, quell'armonia tra gli uomini e gli dei che la *civitas* aveva interesse a mantenere e all'uopo ristabilire per garantire la sua stessa sopravvivenza, come se la rottura del patto amichevole rappresentasse il patologico, un germe che, non curato, avrebbe condotto alla morte della *civitas*. In altre parole, l'ordinamento romano preserva se stesso grazie all'equilibrio con gli esseri sovrannaturali, senza essere ostaggio di una rivelazione divina, né di una rivelazione legislativa, ma interpretando la realtà con gli occhi della scienza giuridica, la quale è capace di cogliere nel quotidiano anche quanto gli dei

---

<sup>614</sup> Cfr. ad esempio M. MESLIN, *L'uomo romano. Uno studio di antropologia*, Milano, 1984, 171; per i riti successivi al funerale v., ad esempio, V.M. HOPE, *Death*, cit., 167; A. PALMA, voce *Sepolcro e sepoltura (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 13 s.; K. HOPKINS, *Death*, cit., 227 s.

<sup>615</sup> L. GAROFALO, *Principi*, cit., 21.

<sup>616</sup> L. GAROFALO, *Principi*, cit., 22 s.

<sup>617</sup> Cfr., per una raccolta di studi sulla *pax deorum* in generale, la nota bibliografica presente in L. GAROFALO, *Principi*, cit., 24, nt. 30; il prodotto di un ordinamento così concepito è innanzi tutto l'*homo sacer*, figura alla quale già nell'introduzione si è fatto cenno nel descrivere la tendenza da parte dei filosofi contemporanei di individuare nel passato l'origine dell'interesse alla nuda vita e della creazione di meri corpi viventi, e opportunamente studiata con rigoroso metodo giuridico da Luigi Garofalo, il quale invece ha permesso di evidenziare come dalla sacertà emerga un ordinamento monolitico e non fondato sulla «netta separazione tra previsioni giuridiche e religiose» (25 s.).

abbiano inteso comunicare.

Le considerazioni svolte dall'insigne romanista paiono illuminanti a proposito della vita che si esaurisce all'intervenire della morte e che priva di fatto l'uomo di uno di quegli elementi costitutivi grazie ai quali avrebbe continuato a essere presupposto e destinatario del *ius personarum*: lo *spiritus*. Ebbene, non si deve affatto pensare che, all'intervenire del decesso, si sarebbe completamente sospeso il diritto umano a favore dell'immediata attivazione del diritto divino, quanto piuttosto che il corpo morente, il cadavere e i familiari sarebbero stati avviati a una procedura di purificazione, a una sorta di rito di passaggio il quale, oltre a segnare la traduzione dell'uomo al regno dei defunti<sup>618</sup>, avrebbe altresì rappresentato un periodo di tempo in cui il diritto umano stesso prendeva atto della situazione coinvolgente la famiglia e predisponendo alcuni accorgimenti giuridici a partire dall'intervenuto decesso sino all'espletamento di tutti gli adempimenti funebri.

Di questi ne rimane traccia anche all'interno della Compilazione giustiniana, dove spicca nel commentario ulpiano all'editto l'esclusione dall'*in ius vocatio*, tra gli altri, di coloro che erano impegnati nelle cerimonie religiose purificatorie conseguenti al lutto e che avevano dato sepoltura al defunto o a questo rivolto gli onori funebri<sup>619</sup>. La circostanza dimostra, da un lato, la separazione che si verificava tra la *civitas* – intesa come spazio vitale – e il cadavere con quanti ne fossero entrati in contatto; dall'altro, testimonia che il corpo morto è protagonista di culti e di riti che avrebbero riversato conseguenze sulla *civitas*, sulla tranquillità della stessa, altrimenti popolata da larve e fantasmi privi di dimora<sup>620</sup>. Ancor più da questa si evince che il completamento del ciclo

---

<sup>618</sup> Cfr. A. VAN GERNEP, *I riti*, cit., 128.

<sup>619</sup> Ulp. 5 *ad ed. D.* 2.4.2: *In ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci: nec pontificem dum sacri facit: nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. Praeterea in ius vocari non debet qui uxorem ducat aut eam quae nubat: nec iudicem dum de re cognoscat: nec eum dum quis apud praetorem causam agit: neque funus ducentem familiare iustave mortuo facientem.* Cfr. M. MESLIN, *L'uomo*, cit., 171, per il quale l'importanza dei riti di purificazione dopo il decesso è provata dal fatto che l'ordinamento la inserisse tra le cause per le quali si era legittimati a non presentarsi in tribunale. Nell'opera di Aulo Gellio (Gell. 16.4.4), la partecipazione alla cerimonia funebre e alle *feriae denicales* compare tra i motivi che avrebbero condotto alla posticipazione del giuramento dei soldati di nuova leva al giorno seguente.

<sup>620</sup> Cfr., ad esempio, J. SCHEID, *La religione*, cit., 25; V.M. HOPE, *Death*, cit., 106; I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 284. Per i casi in cui il corpo del defunto non fosse stato rinvenuto a causa della morte in circostanze particolari, come un naufragio, v. Cic. *leg.* 2.22.57.

vitale e la fuoriuscita definitiva dalla *civitas* da parte del defunto avrebbe permesso di preservare quella *pax deorum* tanto essenziale per la *salus civitatis*, e avrebbe perciò imposto di espletare i riti funebri e le feste religiose, di rispettare il culto dei morti<sup>621</sup>, senza che attività di carattere processuale o giuridico-pubblico costituissero un ostacolo al rispetto del diritto divino.

Al di là di credenze, superstizioni e concezioni arcaico-sacrali tramandatesi nei secoli, inoltre, il ritorno fisico del defunto alla terra attraverso la serie di gesti e parole brevemente richiamata determinava altresì effetti sul regime giuridico del luogo in cui il cadavere veniva definitivamente posto, segnale ancora del concorso tra *ius personarum* e *ius divini iuris*.

4.3. *Un'ipotesi ricostruttiva: il corpo è 'res religiosa'? L'uomo e il 'ius personarum' oltre la morte umana.*

Descrivendo la normazione francese degli anni Novanta, Jean-Pierre Baud lamentava un silenzio della scienza giuridico-legislativa in materia di corpo, estendendo le sue considerazioni a tutti i paesi di ascendenza romanistica, contraddistinti dall'occultamento della dimensione somatica e il cui comune denominatore sarebbe costituito dalla giurisprudenza romana, artefice dell'invenzione della persona giuridica e dell'esclusione della persona fisica e dei suoi tratti costitutivi: il corpo e la vita biologica compresi tra la nascita e la morte<sup>622</sup>.

Il meccanismo rinvenuto dall'autore si svelerebbe al momento del decesso umano, accompagnato dalla qualificazione giuridica dei *sepulcra*, quei luoghi sottratti al commercio in quanto ospitanti il cadavere, dopo i rituali brevemente descritti nel paragrafo precedente.

Secondo lo storico del diritto, del resto, per comprendere la materialità umana, è imprescindibile collocarsi *post mortem*, quando dell'uomo residua il suo corpo e nulla più: non lo *spiritus*, non l'appartenenza alla *civitas* e lo stato sociale, non il sesso e l'età,

---

<sup>621</sup> Cfr., ad esempio, Ov. *fast.* 2.547-556, il quale racconta, seppur con qualche incredulità, episodi di pestilenze e *prodigia* di vario genere determinati dal mancato rispetto del culto degli antenati da parte della *civitas* impegnata nelle battaglie.

<sup>622</sup> Cfr. J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., *passim*.



tutti elementi che, mentre è in vita, concorrono a definire la persona entro il diritto umano e a dimenticare che ella è (o ha) pure il corpo. Un uomo è anche un corpo; il cadavere è solo un corpo<sup>623</sup>, che incute timore e religiosità, ma pur sempre un corpo. Per questo lo studioso mai avrebbe accettato di iniziare una ricerca partendo dal concepito e dalle nascite prive di corpo umano, né dagli aborti o dai nati morti, dove non vi era mai stato un uomo. Egli infatti colloca nel cuore del suo libro «la *fine* ... prima di tutto» per passare solo poi «dal cadavere al corpo vivente»<sup>624</sup>, ritenendo che la risposta al suo interrogativo non potesse non risiedere nella carne e nelle ossa inermi, la forma più pura del corpo liberato dall'interferenza della vita.

Concorde con Jean-Pierre Baud nella constatazione che il corpo non ha incontrato l'interesse giuridico per svariati secoli fino a emergere con dirompenza nel ventesimo secolo, mi sono chiesta perché ciò fosse avvenuto, ponendomi l'interrogativo inverso rispetto a quello dello studioso. Egli si domandava perché non si sia studiato a lungo il corpo, finendo per cercare chi ne fosse responsabile e quando fosse sorta l'irrelevanza, intravedendo nel diritto romano l'origine e la causa dell'attualità; io invece perché il corpo abbia iniziato a rappresentare un'attrattiva per il giurista e il legislatore moderni<sup>625</sup>. Una prospettiva negativa la sua: il non interessamento; positiva la mia: l'inizio dell'interessamento.

Tra le due mi pare sia più ardua la prima, che finisce per accomunare i paesi di tradizione romanistica e appiattare due millenni di storia dovendo rinvenire la ragione forzosamente nelle radici comuni del presente (l'ordinamento romano). Inoltre, collocare in un certo momento storico il principio che avrebbe governato indisturbato per venti secoli non basta a spiegare perché questo sia stato in grado di sopravvivere al succedersi di concezioni politiche, sociali, normative e religiose tanto varie, perché sia stato indifferente all'avanzare della storia e bastevole a disciplinarla.

---

<sup>623</sup> Scrive J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 33: «Un cadavere resterà sempre tale, e inoltre, in qualche modo esso rappresenta il corpo per eccellenza: *il vivente è un uomo, il morto è un corpo*».

<sup>624</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 33 e 47, v. anche 32: «Esige prima di tutto che l'esistenza dell'uomo sia considerata a partire dal suo limite estremo. Perché, se il giurista vuole seguire l'esempio dell'anatomopatologo, comprenderà l'essenziale attraverso l'autopsia del cadavere».

<sup>625</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., *passim*, pur nella diversa prospettiva, è ben conscio dei motivi che hanno permesso la riscoperta del corpo e che hanno evidenziato l'incapacità della gestione del somatico (v., ad esempio, 31, in cui si parla dell'«esplosione delle biotecnologie» come fenomeno svelante l'insufficienza delle categorie di *res* e *persona*), tuttavia queste considerazioni rimangono sullo sfondo e non vengono reputate sufficienti a spiegare il presente.

In altre parole, se è certamente suggestiva l'ipotesi prospettata dallo studioso e lineare nel ragionamento, appare del tutto semplicistica, poiché pone a basamento un dogma: ciò che non viene definito dal diritto è oggetto di suo occultamento, il silenzio è colpevole ed è comunicativo.

Questo è infatti il filo conduttore che intreccia ogni pagina del libro e la non presenza, la mancanza, il silenzio serbati dal diritto romano sono trasformati dall'autore in parole e in principi in forza di un 'dover essere'. Senz'altro i giuristi erano consci della condizione del corpo, senz'altro avevano riconosciuto e collocato il corpo e la nuda vita entro le loro categorie, senz'altro li avevano definiti e, se nelle fonti questo non si vede, è perché hanno provveduto a nascondere la realtà e a produrre una nuova dimensione giuridica a-somatica.

Eppure, come si è constatato trattando della medicina e della definizione di morte, ma anche della vita nascente, il silenzio può essere voluto e non diretto a tacere la realtà, può essere cioè discendente da una dimensione familiare, giuridica e financo sacrale che non avrebbe permesso una disciplina diversa.

Oltre a ciò, la ricostruzione dell'autore presenta una lacuna che vizia irrimediabilmente la conclusione cui perviene. Egli non propone un'adeguata esegesi delle fonti, ma da queste estrapola dei brocardi, tanto generici quanto fallaci, allo stesso modo di quanto si era riscontrato in talune ricerche condotte sul concepito. Sono allora le fonti classiche a costituire il miglior antidoto sia alla creazione di dogmi, che al rinvenimento di brocardi.

Tra gli elementi «particolarmente solidi» che lo storico francese desume dallo studio del cadavere egli colloca: «Il cadavere è una cosa. Il cadavere è una cosa sacra»<sup>626</sup>.

Partendo dall'aggettivo qualificativo – la sacralità del cadavere che è mero corpo, quindi la sacralità del corpo<sup>627</sup> – egli scorge nel diritto romano un'automaticità tra

---

<sup>626</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 46, ma già 34.

<sup>627</sup> Nel diritto romano, però, è meglio parlare di religiosità, posto che il sepolcro è inserito tra le *res religiosae* e non tra le *res sacrae*. Nel contributo Jean-Pierre Baud ricorre a religiosità e sacralità in ottica sinonimica, a-tecnica, come già rilevato, ad esempio, da I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 279 s., nt. 10, 280 s., nt. 12 per l'elenco delle cose religiose e l'esatta definizione. Cfr. Ael. Gal. Fr. 10 Bremer, per la distinzione tra *sacrum*, *sanctum*, *religiosum*, e per l'inserzione entro quest'ultimo del *sepulcrum, ubi mortuus sepultus aut humatus sit*, oggetto di analisi, da ultimo, in I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 280 ss. Nel Digesto, v., in particolare, Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2.5, su cui si dirà oltre. Per la sottrazione alla circolazione delle *res divini iuris* e, in particolare della *res religiosa*, cfr. I. 2.1.7-10. Sulle opinioni espresse

presenza del corpo in un luogo e acquisto di religiosità del luogo, sostenendo che «a causa della sacralità che conferiva al luogo della sua sepoltura, il cadavere diventava intoccabile ... Le tombe (*res religiosas*) erano tra le cose dette di diritto divino. Così i cadaveri sepolti erano rigorosamente protetti, ma erano anche esclusi dal commercio giuridico, e non solo dal commercio lucrativo: le tombe non potevano essere oggetto di nessun contratto. Siccome la sacralità della tomba era solo la conseguenza della sacralità del cadavere, questa ‘protezione da esclusione dalla legge civile’ si applicava *a fortiori* al corpo del defunto»<sup>628</sup>.

Se è vero che il sepolcro è *res religiosa* ed è perciò assoggettato al relativo regime giuridico, tra cui la non commerciabilità, in forza dell'appartenenza alla divinità e non a un *dominus* terreno, l'autore traslascia completamente l'analisi del titolo del Digesto dedicato al *locus* ospitante il cadavere e dal quale si evince l'assenza di qualsivoglia elemento che consenta di concludere sia il corpo a essere religioso e capace di trasmettere il suo carattere al fondo<sup>629</sup>. Al contrario, vari sono gli indici che permettono inequivocabilmente di ricostruire i passaggi necessari per pervenire alla religiosità del sepolcro.

Conviene pertanto partire dalla definizione di sepolcro trasmessa entro il titolo VII del libro XI ed estratta da un passo ulpiano, originariamente appartenente al suo commentario all'editto del pretore:

Ulp. 10 *ad ed.* D. 11.7.1.5: *Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est.*

Ulpiano afferma che il sepolcro è il luogo in cui sono deposti il corpo umano o le sue ossa. Il primo requisito richiesto ai fini del riconoscimento della tomba è, quindi, la presenza di un corpo umano e, pertanto, tutti coloro che in vita sono stati accomunati

---

dagli studiosi in merito alla categoria delle *res religiosas*, cfr. B. ALBANESE, '*Bidental, mundus, ostium orci*' nella categoria delle '*res religiosas*', in *Jus*, XX, 1969, 205 ss.

<sup>628</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 43.

<sup>629</sup> Cfr., ad esempio, le osservazioni concordi di F. DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Milano, 1963, 50: «N'est à notre connaissance aucun texte qui attribue le caractère religieux aux restes humains considérés soit en eux-mêmes, soit ensemble avec le tombeau».

dall'appartenenza al genere umano saranno cadaveri al tempo della morte, a prescindere dallo *status* assegnato dal *ius personarum* mentre erano in vita. Per questo Ulpiano, nel medesimo libro del commentario, richiama il pensiero di Aristone, il quale sosteneva:

Ulp. 10 *ad ed.* D. 11.7.2 pr.: *Locum in quo servus sepultus est religiosum esse Ariston ait.*

Questa è infatti la diretta conseguenza di quanto si è appena detto a proposito della presenza del corpo umano come elemento bastevole per essere degli *homines*. In presenza dei riti funebri e della sepoltura, quindi, il corpo dell'uomo libero e quello dello schiavo sono idonei a rendere religioso il luogo in cui giacciono, quel sepolcro che costituirà la loro dimora e che li separa dai viventi<sup>630</sup>.

La circostanza è letta dal già citato Jean-Pierre Baud come la dimostrazione che la categoria della *persona* è un'abile creazione giuridica grazie alla quale l'uomo viene separato dal proprio corpo e traslitterato mentre è in vita – vita giuridica, ossia ciò che il diritto ritiene essere di volta in volta vita giuridicamente rilevante – nella dimensione amorfa e, dalla morte, quando cade lo *status* sociale, emerge con dirompenza la realtà religiosa dell'uomo, la sua innata appartenenza alle cose. Scrive infatti: «È perché il corpo dello schiavo e quello dell'uomo libero sono ugualmente delle cose, che la loro sacralità si esprime allo stesso modo dopo la morte»<sup>631</sup>, rendendo egualmente religioso il luogo. Nella morte si dissolverebbe la *persona* e rimarrebbe il corpo umano, svelando la vera scissione giuridica predisposta dall'ordinamento: non quella tra liberi e schiavi – come siamo soliti pensare –, bensì la dicotomia interna all'uomo, «attraverso la

---

<sup>630</sup> Sulle tombe come *loca religiosa*, cfr. almeno F. DE VISSCHER, *Le droit*, cit., 50 ss.; M. DUCOS, *Le tombeau, 'locus religiosus'*, in *La mort au quotidien dans le monde Romain*, a cura di F. Hinard e M.F. Lambert, Paris, 1995, 135 ss. Il soggetto tenuto a conferire la sepoltura allo schiavo era innanzitutto il *dominus*, come si evince da Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.31.1: *Qui servum alienum vel ancillam sepelivit, habet adversus dominum funerariam actionem*, nella quale Ulpiano riconosce a favore del terzo che ha provveduto ai riti funerari dello schiavo altrui l'azione funeraria contro il padrone. Sull'*actio funeraria* (Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.12.2), cfr. almeno P. DE FRANCISCI, *La legittimazione attiva nell'azione funeraria*, in *Il Filangieri*, XL, 1915, 5 s.; ID., *La legittimazione passiva nell'azione funeraria*, in *Ann. Perugia*, XXXII, 1920, 277 ss.; G. DONATUTI, '*Actio funeraria*', in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, 641 s.; R. REGGI, voce '*Actio funeraria*', in *Nov. dig. it.*, I, 1957, 266 s.

<sup>631</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 94.

distinzione tra persona e corpo»<sup>632</sup>.

Mi chiedo, però, se sia questa l'unica spiegazione possibile e, se guardando esclusivamente al momento della sepoltura e in particolare al frammento ulpiano, ciò non sia piuttosto escludibile. Ripercorrendo allora alcuni elementi emersi nella ricerca sembra legittimarsi un'ipotesi diversa.

Il *ius personarum*, come dice la parola stessa, riguarda le *personae* ed è creato in loro funzione. Provando a dimenticare l'odierna categoria di persona e le implicazioni giuridiche che essa comporta, la *persona* del diritto romano pare essere, fin dalla nascita, quella che manifesta un'esistenza autonoma e che presenta i tipici caratteri umani, primi fra tutti il corpo e le sue componenti che la rendono riconoscibile e appartenente a un genere comune. La comunanza deriva quindi dall'essere tutti assoggettati a un medesimo ciclo vitale, dall'eguaglianza biologica e somatica, dalla presenza di vita umana e tanto basta a includere il nato tra gli uomini mentre è in vita e tra i cadaveri umani dalla morte.

Se a questa considerazione si aggiunge che, finora, l'intervento del *ius personarum* è stato caratterizzato da una sorta di finitezza e limitatezza, tanto che sembra un mero spettatore della nascita prima della quale interviene con accorgimenti prudenti volti a preservare eventualmente la speranza della nascita e le pretese patrimoniali, arrestandosi similmente alla morte, posto che nessuna definizione legale è stata finora rinvenuta, credo sia considerabile fisiologico che, dopo la morte, le suddivisioni interne al *ius personarum* vengano a cadere. Libero e schiavo, ad esempio, *sui iuris* e *alieni iuris*, e così via, non hanno più ragione di esistere non tanto perché la *persona* – intesa come persona giuridica – permetta di svelare il motivo per cui sarebbe stata elaborata, quanto piuttosto perché dopo la morte il *ius personarum* si trova privo della materia vivente per la quale è pensato, presupposto del suo operare.

Dinanzi alla dimensione biologica finita umana, anche il diritto si dimostra finito, disciplinando non la morte – fatto biologico – bensì le conseguenze patrimoniali – fatto giuridico –, ma questa limitatezza, coerentemente a quanto avveniva durante la vita umana, non può non cogliere nel corpo dell'uomo libero e dello schiavo la medesima natura. Di talché i due nella morte non potranno che essere eguali e pure nelle

---

<sup>632</sup> J.-P. BAUD, *Il caso*, cit., 89.

conseguenze della loro sepoltura sul fondo, entrambi assoggettati allo stesso culto, poiché anche lo schiavo è appartenente alla famiglia, partecipe delle cerimonie che la riguardavano e destinatario infine dei riti funebri<sup>633</sup>.

In altre parole, in vita il libero e lo schiavo erano inseriti nel *ius personarum*, in quanto innanzi tutto *personae* dal punto di vista biologico e almeno *personae*, distinte dagli esseri sovranaturali e da quelli subumani. Però l'aspetto meramente biologico funge da presupposto e non da materia invasa dal diritto e, quindi, il diritto delle persone non può che riconoscere tutti gli uomini come assoggettati a quel ciclo vitale pervaso di religiosità. Si è, ad esempio, fatto cenno alle molteplici divinità a protezione del concepimento, della gravidanza, della nascita e di ogni istante della vita, sino all'intervento degli dei Mani. Emerge perciò l'idea che l'uomo sia, in quanto tale e indipendentemente dal diritto, sottoposto a un ordine cosmico solo in parte controllabile, ma per lo più dipendente da fattori naturali estranei al potere umano e similmente al potere giuridico. In forza di questa dimensione cosmica si crede sia concepibile la religiosità del sepolcro dello schiavo e del libero, caratterizzati dall'umanità che presentano e che – se vogliamo – rimane spogliata di qualsiasi vestizione giuridica nell'istante della morte: non di quella della persona giuridica, come se fossero dei soggetti di diritto astratti, bensì da tutte quelle classificazioni che nel corso della vita hanno permesso di inserire ciascuno entro un certo ambito e ricavarne la disciplina applicabile. È come se con la morte sia tolto «di mezzo il carattere di cosa piuttosto che di persona che aveva lo schiavo: anch'esso ha un suo nume, il dio Mane che occuperà lo spazio in cui il cadavere è sepolto»<sup>634</sup>.

Le considerazioni di Jean-Pierre Baud paiono, quindi, solo in parte sostenibili, nel senso che il libero e lo schiavo sono uomini e il diritto non impone una diversa visuale al momento della morte, tuttavia questa considerazione non permette di desumere la realtà religiosa né l'occultamento doloso del corpo umano, ma solo di riconoscere che «era qui questione di esperienza diretta: perché il cadavere dello schiavo è tale e quale a quello dell'uomo libero»<sup>635</sup>.

---

<sup>633</sup> Cfr. ad esempio I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 291 ss.

<sup>634</sup> U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle 'res pseudo-marciana che non ha ne capo ne coda*, I, Milano, 1979, 53.

<sup>635</sup> V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 162; U. ROBBE, *La differenza*, cit., 53, per il quale l'eguaglianza fra i due emerge dal fatto che «il potere malefico è identico in ambedue».

E, infatti, se è vero che la presenza del corpo umano è idonea a rendere religioso il luogo di sepoltura, è altresì da considerare che altri elementi servivano affinché ciò avvenisse e con precisione sono individuati dal *ius personarum*, che cessa di operare nei confronti del morente, non nei confronti di tutto ciò e di tutti coloro che all'istante della sua morte esistono. Quindi, vi sarà un concorso tra elementi di diritto civile ed elementi di diritto divino che si innestano dando origine alla disciplina del sepolcro.

Alla sepoltura, del resto, si giunge dopo aver compiuto il rito funebre e aver seguito i dettami stabiliti dalla religione: questo è il primo elemento che, nell'istante della morte, si adagia sul *ius personarum* e impedisce di riconoscere al corpo una realtà sacrale. Si è infatti notato che, con il decesso, avviene una contaminazione fisica tra il mondo dei vivi e il cadavere, il quale con il rito e la sepoltura raggiunge una differente dimensione in cui non è il *ius personarum* a rivendicare competenza, bensì il diritto divino: prima dei riti nulla consente di dire che il cadavere è *res* e tanto meno *res religiosa* dal punto di vista giuridico. Il compimento delle esequie come preventivo e necessario affinché il luogo di deposizione potesse assurgere a sepolcro e, quindi, a *res religiosa*, è del resto ben sottolineato da Cicerone, tanto per le sepolture mediante inumazione, quanto per quelle mediante cremazione. Per queste ultime, in particolare, l'arpinate ricorda che la superficie in cui avveniva la combustione del corpo non diveniva sepolcro, poiché era necessario restituire alla madre Terra in via definitiva il defunto: dazione che avveniva coprendo con un tumulo di terra il frammento osseo precedentemente reciso e compiendo il sacrificio di un maiale<sup>636</sup>. In assenza della sequenza descritta, il luogo ancora non avrebbe potuto considerarsi sepolcro. Da un lato, quindi, riemerge l'importanza del corpo umano come oggetto di riti e presenza idonea a conferire la religiosità al fondo; dall'altro, l'insufficienza del corpo a

---

<sup>636</sup> Cic. leg. 2.22.57: *Quod haud scio an timens <ne> suo corpori posset accidere, primus e patriciis Corneliis igni voluit cremari. Dedarat enim Ennius de Africano: 'Hic est ille situs', vere, nam siti dicuntur ii qui conditi sunt. Nec tamen eorum ante sepulcrum est quam iusta facta et porcus caesus est. Et quod nunc communiter in omnibus sepultis venit usu <ut> humati dicantur, id erat proprium tum in iis quos humus iniecta contexerat, eumque morem ius pontificale confirmat. Nam prius quam in os iniecta gleba est, locus ille ubi crematum est corpus nihil habet religionis; iniecta gleba tum et ille humatus est et sepulcrum vocatur, ac tum denique multa religiosa iura complectitur. Itaque in eo qui in nave necatus, deinde in mare proiectus esset, decrevit P. Mucius familiam puram, quod os supra terram non extaret; porcā heredi esse contrac<tam>, et habendas triduum ferias et porco femina piaculum faci<undum>. Si in mari mortuus esset, eadem praeter piaculum et ferias.*

trasmettere religiosità al terreno senza esequie e sepoltura rituale, a testimonianza che il corpo prima della sequenza rituale non è affidato alle divinità dei Mani e quindi manca del carattere religioso.

Non solo. Neppure la sepoltura basta a conferire il carattere di extra patrimonialità al fondo in cui il corpo o le sue ceneri sono collocati. Ciò significa che non è rinvenibile neppure un'automaticità tra il contatto del corpo sepolto dopo le esequie e la terra, la quale ancora può non divenire religiosa. E invero è facilmente comprensibile perché questo non possa verificarsi. Il fondo, essendo una *res*, è in base alla sua collocazione e alla sua appartenenza una cosa sulla quale il *ius civile* ha competenza: è in proprietà di un certo soggetto, il quale ne può – in quanto *dominus* – disporre a piacimento, mediante l'utilizzo diretto, la costituzione di servitù, la conclusione di contratti, l'alienazione a qualsiasi titolo. La sua sfera patrimoniale è quindi costituita anche dal fondo e se la presenza di un corpo umano da chiunque condotta contro o in assenza del suo consenso fosse bastevole a decretarne l'appartenenza alle *res religiosas* con i vincoli giuridici conseguenti, egli, di fatto, verrebbe spogliato del suo *dominium*.

E infatti così non è e molte sono le ipotesi tramandate nel Digesto, dalle quali emerge che sono giuste sepolture quelle effettuate su disposizione dell'esclusivo proprietario:

Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2.7: *Si usum fructum quis habeat, religiosum locum non facit. sed et si alius proprietatem, alius fructum habuit non facies locum religiosum nec proprietarius, nisi forte ipsum qui usum fructum legaverit intulerit, cum alium locum inferri tam opportune non posset: et ita Iulianus scribit. Alias autem invito fructuario locus religiosus non fiet: sed si consentiat fructuarius, magis est ut locus religiosus fiat.*

Nel passo, Ulpiano affronta il caso in cui sul fondo interessato coesista, accanto al diritto reale di proprietà, quello di usufrutto e conclude che la sepoltura compiuta dall'usufruttuario non rende il luogo religioso, analogamente a quanto avviene per quella condotta dal nudo proprietario, a meno che l'usufruttuario non abbia acconsentito: è preferibile – per Ulpiano – che il *locus* divenga *religiosus*, secondo un



principio di *favor* per la religione che il giurista esprime anche altrove<sup>637</sup>.

Inoltre, nel caso in cui il nudo proprietario avesse sepolto il testatore che aveva lasciato l'usufrutto in legato, in assenza di altri luoghi in cui l'erede avrebbe potuto seppellire il defunto in modo altrettanto degno, il luogo diviene religioso, come già Giuliano aveva ritenuto<sup>638</sup>.

Tra le altre ipotesi che pongono problemi di consenso, segue quella attinente al fondo servente:

Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2.8: *Locum qui servit nemo religiosum facit, nisi consentiat is cui servitus debetur. sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa id fieri, et ideo religiosus fit: et sane habet hoc rationem.*

In assenza del consenso del titolare del fondo dominante, il luogo di sepoltura non sarebbe divenuto religioso. Tuttavia, se dalla presenza della sepoltura colui che si trova a essere avvantaggiato dalla servitù può continuare a usufruirne comodamente, la religiosità viene acquisita, secondo una decisione conforme a ragione. Del resto, il titolare del fondo dominante non subisce pregiudizio dalla sepoltura la quale, quindi, non è stata effettuata per cagionare un danno.

Complessivamente pare quindi imprescindibile, ai fini della religiosità, che la sepoltura avvenga a opera del titolare del diritto di proprietà o da altri ma con il suo consenso, quando nel fondo non insistano diritti reali limitati. Se, invece, esistono dei diritti reali limitati tendenzialmente è necessario il consenso del *dominus* e del titolare del diritto minore se questi subisca un pregiudizio nell'esercizio del suo diritto. Risulta sufficiente il consenso del proprietario se non vi è danno per il terzo titolare del diritto o se venga sepolto il testatore in assenza di altri luoghi idonei alla sepoltura. Quando poi vi sia una comproprietà, per seppellirvi dei terzi, tutti i condomini devono darvi

---

<sup>637</sup> Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.17 pr.: *Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario: et hoc verum est favore religionis. sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest: finge enim eum testatorem inferre, cum non esset tam opportune, ubi sepeliret.* Cfr., sui due, R. SCEVOLA, 'Utilitas publica', II., *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, 171 ss.

<sup>638</sup> V. anche a proposito di legato Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.4, ultima parte, con la previsione della religiosità del luogo oggetto di legato in cui l'erede dia sepoltura al testatore in assenza di altri luoghi degni di sepoltura.

consenso, unanimità che non è invece necessaria se sia sepolto uno dei comproprietari stessi<sup>639</sup>.

Se la sepoltura avviene senza il rispetto delle indicazioni ivi descritte, e quindi al di fuori dei casi consentiti, il cadavere non è idoneo a trasmettere religiosità al luogo, poiché la carenza degli elementi previsti dal *ius personarum* si ripercuote necessariamente sugli effetti giuridici e tuttavia quel corpo sepolto abusivamente è pur sempre un corpo, una dimensione peculiare che partecipa della natura umana e divina (già *homo*; cadavere affidato ai Mani). Di tal ché non è lecito neppure per il *dominus* disseppellire il corpo riposto nel suo fondo in assenza o contro il suo consenso, ma – come testimonia Ulpiano nel ricordare il pensiero labeoniano<sup>640</sup> – sarebbe stato necessario ottenere previamente un'autorizzazione dal principe o un decreto del pontefice, esponendosi altrimenti ad un'*actio iniuriarum*.

Gli esempi proposti e le considerazioni svolte permettono di cogliere altre contro argomentazioni alla tesi di Jean-Pierre Baud sulla realtà e sulla sacralità del corpo. Dalle fonti emerge come dopo la morte il corpo venga mondato e affidato agli dei Mani con i riti funebri e la sepoltura definitiva: ritengo, pertanto, che, se si voglia riconoscere la qualifica religiosa al corpo – su cui però le fonti nulla dicono, limitandosi a prevedere la religiosità del *locus* e non del corpo<sup>641</sup> –, questa certamente non venga assunta prima del termine e mai indipendentemente dai riti religiosi<sup>642</sup>. Se allora sono questi procedimenti a concorrere alla religiosità del sepolcro, significa che non è un carattere

---

<sup>639</sup> Cfr. Call. 2 *inst.* D. 11.7.41. Nel caso della costituzione di pegno su un fondo, questo non preclude la religiosità del luogo limitatamente al caso in cui conferisca sepoltura a un suo familiare (cfr. Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2.9).

<sup>640</sup> Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.8: *Ossa quae ab alio illata sunt vel corpus an liceat domino loci effodere vel eruere sine decreto pontificum seu iussu principis, quaestionis est: et ait Labeo exspectandum vel permissum pontificale seu iussionem principis, alioquin iniuriarum fore actionem adversus eum qui deiecit.* Per una panoramica sui problemi di carattere epigrafico, religioso e giuridico posti dalla *translatio cadaveris*, cfr. Y. THOMAS, 'Corpus' aut 'ossa' aut 'cineres'. *La chose religieuse et le commerce*, in *Micrologus*, VII, 1999, 99 ss.; N. LAUBRY, *Le transfert des corps dans l'empire romain. Problèmes d'épigraphie, de religion et de droit romain*, in *MEFRA*, CXIX.1, 2007, 149 ss., in part. 159 per il passo citato e per l'appartenenza agli dei Mani del sepolcro ospitante il defunto; 176 ss., per un ricco apparato bibliografico. V., per alcune riflessioni sul concorso di diritto civile e diritto sacro basate sul passo, I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 295 s.

<sup>641</sup> Cfr. a proposito l'interpretazione all'epigrafe con iscrizione in greco proveniente da Nazareth e pubblicata solo nel 1930 di G. PURPURA, *L'Editto di Nazareth 'De violatione sepulchrorum'*, in *Iuris Antiqui Historia*, IV, 2012, 133 ss. e, in part., 136, nt. 4 (con indicazione della tomba come *res religiosa* e dei corpi dei defunti come *sacri*), 148 ss., in cui lo studioso parla dello sviluppo di una «sacralità quasi divina» dei *corpora sepulta*.

<sup>642</sup> Concorde la posizione assunta recentemente da I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 302 s.

innato del corpo, bensì un'attribuzione che proviene dalla religione, dalla sequenza di *gesta* ai quali il cadavere era sottoposto e in assenza dei quali sarebbe rimasto in uno stato indefinito e incompiuto come intrappolato in una zona di passaggio<sup>643</sup>.

#### 4.4. *Un corpo umano per un uomo; un sepolcro per un corpo umano.*

Un luogo destinato alla sepoltura, privo del corpo umano, sia nel caso in cui ancora nessuno sia stato riposto, sia in ipotesi di inumazione e successivo spostamento del cadavere, non è *res religiosa* e ciò suggerisce che è il contatto del corpo con la terra a rappresentare lo strumento che consente l'acquisizione della religiosità al fondo<sup>644</sup>.

È interessante perciò soffermarsi brevemente sull'importanza del corpo e della forma umana rilevante per il diritto anche al momento della morte. Nel passo di Ulpiano richiamato in tema di sepolcro<sup>645</sup>, infatti, veniva riportato il pensiero di Celso, grazie al quale il giurista specificava che la religiosità del terreno non era estesa a tutto lo spazio impegnato dal corpo, da eventuali monumenti ornamentali, da decorazioni e dal corredo, bensì solo dalla porzione occupata dal corpo umano – *non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est* –, ragionevolmente individuata con una certa elasticità, ma di certo non estesa all'intera area dedicata al culto del defunto<sup>646</sup>. È quindi il corpo destinatario dei riti religiosi che

---

<sup>643</sup> Sull'importanza e sull'urgenza della sepoltura, sull'*utilitas publica* della stessa, a prescindere dall'idoneità al conferimento della religiosità al fondo, cfr. almeno le osservazioni proposte da R. SCEVOLA, '*Utilitas*', cit., 168 ss. e nt. 108, 177 ss., in particolare con analisi di Pap. 8 *quaest.* D. 11.7.43, sull'interdetto *de mortuo inferendo*, considerazioni recentemente riprese da I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 296 ss.; A. TRISCIUOGGIO, *Dispersione delle ceneri del cadavere: considerazioni romanistiche in margine a Mod. 8 resp. D. 28.7.27 pr.*, in *TSDP*, V, 2012, 1 ss., 21 ss., a proposito del «bene comune (qui consistente nella memoria collettiva della caducità della condizione umana)» garantita dal sepolcro (nel caso affrontato da Modestino si disquisiva del caso particolare che vedeva protagonista un erede istituito in testamento sotto condizione di gettare in mare i resti del defunto contro l'erede legittimo; quest'ultimo lamentava come l'erede avesse dato sepoltura al corpo e dovesse perciò essere privato dell'eredità: il comportamento tenuto dall'erede istituito è giudicato lodevole e utile dal giurista; sul medesimo frammento, v. recentemente I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 297); L. MINIERI, *L'insepoltura nel mondo antico*, in *Iura and Legal Systems*, II, 2015, 129 ss.

<sup>644</sup> Cfr. Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.6.5 sul cenotafio e il rescritto dei *divi frates* contenuto in Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.6.1.

<sup>645</sup> Ulp. 10 *ad ed.* D. 11.7.1.5: *Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est.* Sul significato nelle fonti dei vocaboli *corpus*, *ossa* e *cineres*, associati al corpo privo di vita e ai problemi connessi alla sepoltura, cfr. Y. THOMAS, '*Corpus*', cit., 73 ss.; A. ALLARA, '*Corpus*', cit., 69 ss.

<sup>646</sup> Cfr. G. LONGO, *Sul diritto sepolcrale*, in *Iura*, XL, 1964, 139 s.; V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 167 s.; F. DE VISSCHER, *Le droit*, cit., 57 s.; I. CESAROTTO, *Cadavere*, cit., 282.

acquisisce con la sepoltura una nuova dimensione d'appartenenza alle divinità sotterranee<sup>647</sup>, potenzialmente trasmissibile al luogo in cui è custodito, tanto che il suo spostamento fa cessare la qualifica religiosa dell'ex sepolcro. È nel corpo o nelle sue ceneri che è riconoscibile ciò che rimane dell'uomo, come se la materia umana costituisse il luogo in cui risiede l'identità. L'idea proposta sembra infatti ricavabile da un passo di Paolo, il quale si trova ad affrontare l'ipotetico caso di sepoltura in diversi luoghi del medesimo cadavere:

Paul. 3 *quaest.* D. 11.7.44: *Cum in diverisis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, inde cognoscimur. cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse.*

Poiché il cadavere è uno, non incide – ai fini della religiosità del luogo – che parti del suo corpo vengano sepolte in plurimi spazi, come se ciascun frammento corporeo fosse idoneo a conferire il carattere di *res religiosa* a ogni ambiente in cui è custodito. Per Paolo è certo che a un cadavere corrisponda una sepoltura e l'idoneità a rendere religioso un solo luogo nel sussistere degli altri elementi richiesti dal *ius personarum*.

Il problema è quindi capire come decidere quale sia religioso e il giurista propone che sia tale il luogo in cui giace la parte principale del corpo, cioè la testa, poiché è da questa che si è riconosciuti. In altre parole, il corpo complessivamente inteso costituisce il tratto comune agli esseri umani e mediante le caratteristiche somatiche sono individualizzabili.

Il cadavere quindi rappresenta nella sua complessiva unitarietà l'essere stato uomo e poco importa che venga privato della sua interezza, ridotto in cenere o che giaccia disgiunta una singola componente: è per la sua umanità a essere assoggettabile ai riti funebri e sepolto. Di tal ché il corpo, considerato come residuo, mera porzione di materia, insieme di parti, non è *res religiosa*, altrimenti ogni luogo in cui viene

---

<sup>647</sup> G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una nota di lettura di F. Gallo*, in *RDR*, I, 2001, 10, per il quale attraverso l'obbligo della sepoltura e il terrore reverenziale che provoca il cadavere, «se ne perpetua una esclusione dal mondo delle cose»

inumata una sua componente dovrebbe divenire tale. Il fatto che ciò non avvenga mi induce a ritenere che il corpo umano nella concezione giuridica e religiosa romana era nella sua interezza e anche nella sua scomposizione dopo la morte una singolarità, poiché permette di ricondurre a un solo essere umano, è ciò che resta dell'essere umano e poiché questi in vita si caratterizza in base alla sua *imago*, allora anche da morto sarà ancora il corpo e la parte più ricca di tratti espressivi e identitari, quella che si percepisce prima di ogni altra, ossia il *caput*, ad assurgere da criterio razionale per scegliere quale luogo sia religioso. In altre parole il diritto limita i luoghi religiosi riconoscendo potenzialmente che a ogni persona competa un sepolcro e non più d'uno.

Nelle fonti non sono conservate diatribe sul punto e probabilmente l'opinione di Paolo ha rappresentato l'idea più diffusa o quella che nelle epoche successive si è consolidata, ma nulla esclude che in casi specifici possano essere sorti plurimi indirizzi volti a individuare un diverso criterio di scelta: del resto Paolo, nel proporre il *caput* come parametro principe, dice '*mibi autem videtur*', quasi per sottolineare che sta fornendo la sua opinione subito correlata dalla motivazione (la riconoscibilità del singolo essere umano).

Al di là del caso ipoteticamente prospettato dal giurista, però, ritorna l'idea della forma umana come uno dei cardini della *persona*: la *persona* è o ha, mentre è in vita, necessariamente un corpo e anche dopo la sua morte, con la sepoltura, continua a essere un unico cadavere, un soggetto uscito dal mondo dei viventi e dal *ius personarum*, tanto radicata era l'idea che l'uomo già in vita non potesse che essere delineato dall'intera conformazione somatica e risultasse impossibile nella realtà fattuale prima ancora che giuridica e religiosa ipotizzare un uomo senza le membra o scisso da queste. Le parti corporee, in altre parole, rimanevano irrimediabilmente associate all'uomo e una volta separate da questo, in vita o in morte, non acquisivano una dimensione autonoma, né carattere patrimoniale, non divenivano cose dal punto di vista giuridico dotate di esistenza e rilevanza indipendenti dal corpo dal quale provenivano.

In altre parole, il *ius personarum* pare limitare lo sguardo al corpo e alla dimensione biologica umana, alla nuda vita, come elemento imprescindibile al fine di individuare l'*homo* e la sua *imago*, non giungendo mai a scindere il corpo dal suo biologico possessore, dal soggetto incarnato in esso e, al momento della morte, quando

intervengono elementi di diritto umano e di diritto religioso, persiste l'idea che a un unico corpo, seppur scomposto o decomposto, trasformato in cenere e deposto in luoghi distinti, dovesse essere associato un solo sepolcro, poiché un solo cadavere trapassa al mondo dei defunti ed è, nella sua interezza, definitivamente affidato ai Mani: *locus religiosus* sottratto all'umano commercio e oggetto di tutela popolare contro violazioni da chiunque effettuate<sup>648</sup>.

4.5. *L'individuazione dell'operatività del 'ius personarum' guardando all'ostentum': la sepoltura di corpi umani e mostruosi.*

Nell'affrontare il tema della mancanza di forma umana come ostacolo all'attivazione del *ius personarum*, è stato appositamente tralasciato un importante passo ulpiano, contenente informazioni dalle quali si riscontra l'irrilevanza giuridica del *monstrum*, inaugurata alla nascita, al momento della sua scomparsa. Mentre la sepoltura del *corpus* di un *homo* è idonea a rendere religioso il luogo in cui giace (*corpus ossave*

---

<sup>648</sup> Sull'*actio sepulchri violati* e sul carattere popolare dell'azione e sulle fonti giuridiche a ciò vocate (Ulp. 25 *ad ed.* D. 47.12.3 *pr.*, con indicazione dell'editto: *Praetor ait: 'cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet, ei centum aureorum actionem dabo. si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit: in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo'*), cfr. G. GIORGI, *Le multe sepolcrali in diritto romano*, Bologna, 1910, 3 ss., per il quale «la offesa alla tomba lede ormai un sentimento generale, la pubblica religiosità, lede la coscienza pubblica, in quanto a tutta la comunità importa la tutela e la difesa di quella»; F. CASAVOLA, *Studi*, cit., in part. 17 ss., 73 ss., per il quale l'azione è posta a tutela «dell'interesse dei cittadini alla sicurezza e al rispetto delle tombe» e ha costituito il paradigma di tutte le azioni popolari (55), a cui aderisce A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romani tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 744 e nt. 85, ma v. anche 715 ss. più in generale per l'interesse sotteso alle azioni popolari, né pubblico né privato, le quali sanzionano comportamenti che offendono il singolo «appartenente a una collettività in cui è inserito»; sinteticamente, A.O. ALBANESE, *L'azione popolare da Roma a noi*, Roma, 1955, 61; C. FADDA, *L'azione popolare*, Roma, 1972, 34 ss.; M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *TSDP*, V, 2012, 46 ss.; P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, 18 ss.; E.A. LOZANO, *Competencia de los 'recuperatores' en la 'actio de sepulchro violato' y en otras acciones populares*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1487 ss. V. anche più in generale sul concetto di azione popolare e l'interesse sotteso, con richiami alla modernità, D. BORGHESI, voce *Azione popolare*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 1 ss.; L. PALADIN, voce *Azione popolare*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, 88 ss.; X. GUODONG, *Le azioni popolari in diritto romano e la causa di interesse pubblico in Cina*, in *Diritto @ Storia*, IX, 2010, § 2.

*hominis*)<sup>649</sup>, si crede di poter dire che non accadesse lo stesso per quanto concerne il mostro, in quanto privo di forma umana, non *homo*.

È ancora Ulpiano, nel XXV libro del commentario *ad edictum*, a dover risolvere la questione attinente alla qualificazione giuridica del sepolcro e in tale contesto riproponeva la definizione labeoniana di *ostentum*, operando delle precisazioni:

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

Secondo la ricostruzione proposta da Lenel nella sua *Palingenesia*<sup>650</sup>, il passo va rapportato a un altro brano, appartenente al medesimo libro e relativo alla sepoltura del corpo di uno schiavo, che è opportuno analizzare per primo, poiché il suo contenuto risulta già familiare:

Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2 pr.: *Locum in quo servus sepultus est religiosum esse Aristo ait.*

In adesione al pensiero di Aristone, Ulpiano affermava che il corpo morto di un servo avrebbe conferito religiosità al *locus*. A testimonianza del fatto che lo schiavo e il libero erano egualmente appartenenti al genere umano, poiché costituiti da *corpus* e *spiritus* e accomunati dalla dimensione biologica spazio-temporale, la loro sepoltura, avvenuta nel rispetto dei riti religiosi, avrebbe impresso il carattere religioso al sepolcro.

Nella nascita e nella morte emergeva con dirompenza come la divisione tra schiavi e liberi fosse una mera costruzione giuridica, la quale non andava a scalfire la natura umana, ma, anzi, la presupponeva. Pertanto, venuta meno l'esistenza, il diritto delle

---

<sup>649</sup> Passo chiarificatore è ancora Ulp. 10 *ad ed.* D. 11.7.1.5: *Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est.*

<sup>650</sup> Cfr. O. LENEL, '*Palingenesia*', II, cit., c. 560.

persone avrebbe cessato per lasciare posto alle leggi della natura, intervenendo in seguito come diritto successorio. In altre parole, il defunto, a partire dal momento del decesso, non era più protagonista diretto del *ius personarum*, perché era venuto meno lo *spiritus*, la vita autonoma, uno dei requisiti che nel capitolo dedicato alla nascita è stato individuato come costitutivo dell'essere umano e mancante, ad esempio, al nato morto.

Nel primo passo citato, Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38, il giurista severiano si stava con ogni probabilità occupando delle conseguenze della sepoltura di un *ostentum*, un corpo dalla forma non perfettamente umana, con una parte alterata rispetto alla natura e financo con un aspetto totalmente mostruoso.

Soffermandosi sulla struttura del brano, risulta dapprima collocata la definizione labeoniana di *ostentum*, comprensivo di tutto ciò che era generato e fatto in contrasto con la natura delle cose. Segue l'enucleazione di due categorie di *ostenta*: nel primo *genus ostentorum* dovevano collocarsi le nascite con qualcosa di contrario alla natura<sup>651</sup> e il giurista corroborava la classificazione mediante alcuni esempi (*tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est*); diversamente, il secondo genere di *ostentum* era il *prodigium* (*cum quid prodigiosum videtur*). Infine, a chiusura della versione pervenuta, il termine *ostentum* viene reso dal giurista mediante l'impiego del vocabolo greco φάντασμα (*duo genera autem sunt ostentorum ... quae Graeci φαντάσματα vocant*).

La struttura del passo appare perciò del seguente tenore: in apertura si trova la spiegazione che Labeone aveva dato al vocabolo *ostentum*; si continua con una specificazione<sup>652</sup>, che potrebbe essere frutto dell'elaborazione ulpiana e non presente

---

<sup>651</sup> Sul concetto di *prodigium* come essere contrario alla natura e, in particolare, sul termine *natura*, cfr. F. GUILLAUMONT, *La nature et les prodiges dans la religion et la philosophie romaines*, in *Le concept de nature à Rome. La physique. Actes du séminaire de philosophie romaine de l'Université de Paris XII-Val de Marne (1992-1993)*, a cura di C. Lévy, Paris, 1996, 54 ss.; sulla *natura* come essenza, realtà delle cose, normalità e sulla frequenza dell'espressione nelle fonti, in quanto «l'ordine giuridico non è astrazione, ma qualche cosa che si adegua alla realtà della vita nei suoi molteplici aspetti», cfr. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 41 s.; in relazione al significato che assume nelle fonti il termine *natura*, cfr. C. LANZA, *D. 21.1: 'res se moventes' e 'morbus vitiumve'*, in *SDHI*, LII, 2004, 135 ss.

<sup>652</sup> Quanto alla presenza nelle fonti giuridiche di *definitiones*, «con combinazioni tra sussunzione nel *genus* e ripartizione in specie o parti», cfr. F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI*, LV, 1989, 126, che quale esempio cita anche Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38.



già nel pensiero labeoniano<sup>653</sup>, grazie alla quale il lettore viene reso edotto dell'esistenza di due generi di *ostenta*, ambedue tradotti con φαντάσματα. Sebbene il termine greco possa indurre a pensare soprattutto a qualcosa di immateriale, incorporeo, spirituale, a ciò che è privo di materia, è chiaro che Ulpiano non alludesse affatto a una larva o a un'apparizione<sup>654</sup>, posto che impiegava il medesimo vocabolo pure per il primo genere di *ostenta*, ossia ai nati con più membra. In altre parole, lo utilizza all'interno di una problematica involgente i corpi, conformati o contrari alla forma tipica, ossia porzioni fisiche, in relazione alle quali astrattamente avrebbe potuto porsi la questione della sepoltura.

Pur non essendo pervenuto il brano integrale, Lenel dedusse che «*locus in quo ostentum sepelitur religiosus non fit*»<sup>655</sup>. La conclusione apparentemente sembra coerente con l'impostazione del *ius personarum* accolta da Ulpiano e condivisa dalla giurisprudenza romana per quanto riguarda l'essere totalmente privo di sembianze umane. Questo non era annoverabile fra gli uomini, di talché come alla nascita il *ius personarum* non interveniva – se non per escluderlo –, così a seguito della morte la sua ipotetica inumazione non avrebbe reso religioso il luogo in cui giaceva.

Tuttavia, alla nota di Lenel si rende opportuna una precisazione terminologica e contenutistica<sup>656</sup>, sorretta da una serie di considerazioni finora non oggetto d'indagine

---

<sup>653</sup> Il condizionale è d'obbligo, perché l'assunto rimane allo stato delle fonti un'ipotesi. Per O. LENEL, 'Palingenesia', I, cit., c. 556, n. 386, la paternità labeoniana si esaurisce nella prima proposizione del passo ('*Ostentum*' ... *factumque*).

<sup>654</sup> Per i plurimi significati assunti dal termine greco e, in particolare, per quello emergente dal passo ulpiano, cfr. E. NARDI, *Case 'infestate da spiriti' e diritto romano e moderno*, Milano, 1960, 55 s.; recentemente, L. PAPARRIGA-ARTEMIADI, *D. 50.16.38: 'Ὀντα «contra naturam» και «prodigiosa quae Graeci φαντάσματα vocant»*, in *Festschrift für Spyros N. Troianos zum 80. Geburtstag (auf griechisch)*, a cura di V.A. Leontaritou, K.A. Bourdara ed E. Sp. Papagianni, Athen, 2013, 1368 ss.

<sup>655</sup> O. LENEL, 'Palingenesia', II, cit., c. 560, nt. 3, dove D. 50.16.38 è collocato subito dopo D. 11.7.2 pr. Stessa conclusione è accolta da M. MOREL, *Le 'sepulchrum'. Étude de Droit romain*, Paris, 1928, 30, dove, a proposito dell'inumazione di un corpo, l'autore scrive che «seul est susceptible de devenir religieux l'endroit où est inhumée la dépouille humaine. L'*ostentum*, dont Ulpien, d'après Labéon, nous donne une définition, n'est pas, sous ce rapport, considéré comme un être humain».

<sup>656</sup> Un suggerimento a indagare in tale direzione è desumibile da G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 285, il quale, accennando molto brevemente alle parole di Lenel, conclude che si tratta di un «asserto estremo come probabilissimo» e che con ogni probabilità la distinzione fra *ostenta* avrebbe avuto per Ulpiano ripercussioni giuridiche. Tale congettura, che nell'autore rimaneva priva di analisi e di supporto argomentativo, conteneva un'intuizione che ritengo corretta e coerente con i risultati della ricerca sovra esposti e sviluppati in questo paragrafo. Considerazioni in merito all'annotazione di Lenel e al pensiero di Impallomeni sono svolte anche da L. PAPARRIGA-ARTEMIADI, *D. 50.16.38*, cit., 1373 ss.; A. PALMA, *Il nascituro*, cit., 28, nt. 44, il quale esclude certamente la religiosità del luogo quando si trattava di *ostentum* equiparabile a un *prodigium* e almeno implicitamente pare lasciar aperta la questione dell'altra categoria di *ostenta*, seppur non si soffermi sull'annotazione di Lenel.

sistematica, risultando altrimenti fuorviante alla luce della struttura del passo ulpiano sopra enunciata e al contesto dal quale è tratto.

Gli esempi proposti da Ulpiano svelano che, nel primo *genus ostentorum*, veniva inserito il nato con anomalie circoscritte a una parte del corpo, il quale, quindi, in parte divergeva dall'essere umano con proiezione fisica perfettamente conforme alla natura, e al contempo manteneva un aspetto complessivamente umano. Distinto vi era l'essere del tutto privo di forma umana, poiché in esso non era riconoscibile nulla di appartenente all'*homo*: in altre parole, era pregiudicata l'identità umana, sconfinando nel *prodigium*.

Premesse queste considerazioni sull'articolazione del passo, ritengo che il giurista avesse avvertito l'esigenza di operare un distinguo e di apportare alcuni esempi pratici alla definizione fornita mosso da un'esigenza pragmatica. Infatti, dopo aver espressamente chiarito che il corpo dell'uomo libero e quello dello schiavo avrebbero determinato le stesse conseguenze giuridiche sul luogo di sepoltura, in relazione all'*ostentum* Ulpiano abbisognava di far precedere la conclusione da una specificazione in base alla fattispecie di *ostentum* oggetto di analisi. È ipotizzabile, quindi, che l'inumazione di un cadavere, effettuata nel rispetto delle prescrizioni giuridico-religiose, avrebbe conferito religiosità al *locus*, qualora si trattasse di un corpo umano rientrante nel primo genere di *ostenta*. Questo, al pari di un corpo perfettamente rispondente alla fisiologia umana, aveva una forma riconoscibile, seppur con annessa una parziale divergenza. L'identità corporea in vita lo aveva reso *homo* e dopo la morte mero corpo umano, pertanto la sua sepoltura sarebbe stata non solo possibile, ma necessaria e idonea a rendere il sepolcro religioso.

Al contrario, la seconda tipologia di *ostentum* – ossia il *prodigio*, l'essere bestiale –, mancando totalmente delle sembianze umane, non avrebbe conferito alcuna religiosità. In forza della rilevanza del corpo umano ai fini dell'applicazione del *ius personarum*, il *prodigium* non era mai entrato a far parte della compagine umana e come la sua vita non era parificabile a quella di un *homo*, dalla sua morte non sarebbero scaturite le medesime conseguenze giuridiche sull'eventuale luogo di inumazione. Ipotesi, del resto, che sicuramente nella fase arcaica romana non era neppure immaginabile, poiché non era consentita la sepoltura dei *monstra*, i quali, in ragione

della loro provenienza sovraumana, dovevano eliminarsi mediante annegamento o precipitazione per evitare che il loro contatto con il suolo infestasse irrimediabilmente il mondo degli uomini<sup>657</sup>.

Per altro verso, l'interrogativo che sta alla base del passo ulpiano – la religiosità del sepolcro degli *ostenta* – potrebbe testimoniare indirettamente che in epoca classica e post-classica, con lo svilupparsi di una concezione laica del *monstrum*, fosse consentito l'interramento dell'essere prodigioso o fosse quanto meno sorta una discussione sul punto. L'astratta possibilità di seppellire corpi con anatomia contraria alla forma umana, seppur nati da donna, potrebbe aver ulteriormente indotto Ulpiano a specificare che solo il nato umano parzialmente difforme dalla proiezione somatica comune avrebbe conferito religiosità al sepolcro.

Anche alla luce di tale passo, quindi, sembra desumersi che i giuristi operassero una distinzione in base alla gravità dell'alterazione del corpo, escludendo dal novero degli *homines* e dal *ius personarum* il nato totalmente mostruoso, ossia il prodigioso.

È pur vero che il lessico emergente da D. 50.16.38 potrebbe riferirsi non a una classificazione di *ostenta* generati da donna, bensì a un'esemplificazione rispetto al *genitum factumque* labeoniano. Ulpiano, cioè, intenderebbe dire che fra gli eventi straordinari rientravano tanto l'*ostentum genitum* – ossia il nato nel quale era rinvenibile qualcosa di contrario alla natura – quanto il *prodigiosum factum* – un accadimento naturale che nulla avrebbe in comune con il nato mostruoso<sup>658</sup>. Addirittura, si potrebbe

---

<sup>657</sup> Livio racconta che i *monstra* avrebbero dovuto essere annegati (in particolare, a proposito di un androgino, cfr. Liv. 27.37.6: ... *alto mergendum* ...; 31.12.8); cfr. anche Sen. *de ira* 1.15.2, che utilizza il verbo *mergere* associato ai parti mostruosi; Obseq. 27 (... *androgynus ... in flumen deiectus* ...), 34 e 48 (... *androgynus ... mari demersus* ...), 36 (... *androgynus ... in mare deportatus* ...); Tib. 2.5.80 (*prodigia indomitae merge sub aequoribus*). In alternativa, i *prodigia* venivano bruciati (Macr. *Sat.* 3.20.3). Sulla fine dei *monstra* e sulla necessità di evitare spargimento di sangue, cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2011, 223, 283 s.; C. TERRENI, *Quae Graeci*, cit., 76; circa le modalità di eliminazione degli ermafroditi, cfr. E. NARDI, *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, Milano, 1980, 47 s., nt. 6, 121 (con il raffronto con la morte riservata ai parricidi); diffusamente S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 207 ss. Sulla competenza in materia di *procuratio prodigiorum*, cfr. R. BLOCH, *Les prodiges*, cit., 119 ss.; C.M.A. RINOLFI, *Livio 1.20.5-7: pontefici, 'sacra', 'ius sacrum'*, in *Diritto @ Storia*, IV, 2005, par. VIII e ntt. 209 ss.; LENTANO M., *Sbatti il mostro in fondo al mare: Caligola e le 'spintriae' di Tiberio*, in *I Quaderni del Ramo d'Oro*, III, 2010, 292 ss.

<sup>658</sup> Lo stesso D. DALLA, *'Status'*, cit., 528 s., nel concludere che «una soluzione definitiva, in ordine alla letterale indicazione del frammento, può essere certo opinabile», precisa però che in ogni caso è possibile «scorgere una tendenza di Ulpiano a un distinguo» e «che dal pensiero di Ulpiano vada in sostanza ricavata, analogamente alle altre fonti citate, l'idea di una dicotomia avente ad oggetto (anche, quanto meno) il parto mostruoso o prodigioso, lo suggeriscono anche i Basilici», oltre al contesto del *locus religiosus* da cui è tratto il frammento.

supporre che l'*ostentum* labeoniano-ulpiano riguardasse esclusivamente esseri viventi non umani (come gli animali e non i parti da donna) ed eventi straordinari e che, quindi, Lenel non solo avesse errato a chiosare l'*ostentum* come *monstrum* ai fini della non religiosità del sepolcro, ma avesse connesso due passi autonomi dal punto di vista tematico: Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2 pr., trattante la religiosità del sepolcro dello schiavo morto; Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38, riguardante fenomeni non umani, per i quali certamente non si sarebbe posto un problema di sepoltura.

Tale congettura potrebbe essere avvalorata, oltre che dal *genitum factumque* presente nella definizione labeoniana, dal prosieguo del testo, in cui per il primo genere di *ostenta*, che pacificamente riguardava un corpo nato, non era specificato se si trattasse di un parto da donna e, inoltre, si faceva uso del genere neutro (... *quid contra naturam nascitur* ...). Il fatto poi che venisse proposto l'esempio di *pedes* e *manus* in numero dispari non è di per sé elemento dal quale desumere il riferimento a una nascita esclusivamente umana, posto che con i medesimi termini il giurista avrebbe potuto fare riferimento anche alle zampe degli animali.

A una simile interpretazione, tuttavia, ostano due considerazioni. Innanzitutto, è il contesto descritto – la sepoltura di un corpo morto, del libero e dello schiavo, o dell'*ostentum* – a indurmi a ritenere che Ulpiano proponesse una classificazione relativa ai casi di nascita (e di morte) prospettabili<sup>659</sup>. A tal proposito, vi sono sufficienti elementi per aderire alla ricostruzione tematica di Lenel ed escludere, invece, che l'ambito originario del passo potesse essere del tutto differente e privo di alcuna connessione con Ulp. 25 *ad ed.* D. 11.7.2 pr. sulla sepoltura dello schiavo.

È interessante, infatti, leggere i passi provenienti dal XXV libro ulpiano *ad edictum* e di cui il Digesto tramanda memoria, onde verificare se sia isolabile un'unica macroarea affrontata dal giurista, o se affiorino molteplici questioni, non riconducibili a unità e se, eventualmente, da queste sia evincibile un'altra sfera giuridica entro la quale inserire la classificazione ulpiana di *ostenta*.

Ebbene, sono in totale ottantatré i passi tratti dal medesimo libro e, nella quasi totalità, concernono inequivocabilmente questioni attinenti alla morte di un essere umano, ai funerali e ai soggetti sui quali gravano le relative spese, all'inumazione di un

---

<sup>659</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 285; concordemente L. MONACO, *Percezione*, cit., 413.

corpo morto, alla religiosità o meno del fondo e ai requisiti necessari affinché avvenisse la mutazione del terreno a *res sottratta all'umano commercio e, infine, alla violazione del sepolcro*. Per questo, sono conservati entro il titolo VII dell'XI libro<sup>660</sup> ed entro il titolo XII del XLVII libro<sup>661</sup> del Digesto, a ciò dedicati.

Alla luce del contenuto attualmente noto del XXV libro *ad edictum*, quindi, l'ipotesi più accreditabile è che Ulpiano, nel prendere in esame l'*ostentum* in D. 50.16.38, si stesse occupando del frutto del parto umano e dell'inserzione entro la specie umana o entro il *monstrum* dei *duo genera ostentorum*, enunciando poi le rispettive conseguenze sulla religiosità del fondo. Di talché si può ben ritenere che nella definizione labeoniana – ma, per ipotesi, anche ulpiana – la categoria degli *ostenta* comprendesse tanto le nascite da esseri umani, quanto quelle da animali e infine gli eventi naturali straordinari, tutti fenomeni accumulati dalla loro singolarità o difformità dal consueto ordine naturale. Tuttavia, nel panorama degli *ostenta*, Ulpiano necessitava di isolare quelli partoriti da donna, gli unici che avrebbero posto un problema giuridico connesso alla loro inumazione.

In secondo luogo, è rinvenibile un valido elemento per escludere che il giurista si occupasse di nascite umane solo nel primo genere di *ostenta*, intravedendo un parallelismo nel testo rispettivamente tra il *genitum labeoniano* e l'*unum (genus ostentorum)* e tra il *factum* e l'*alterum (genus ostentorum)*, come se nella categoria del *prodigium* non potessero trovare spazio i parti da donna.

---

<sup>660</sup> Cfr. D. 11.7.2 pr.-9, D. 11.7.4 pr., D. 11.7.6 pr.-1 (ripreso pure in D. 1.8.7 pr., collocato a seguito di un passo di Marc. 3 *ist.* D. 1.8.6 e dedicato al *locus religiosus*), D. 11.7.8 pr.-5, D. 11.7.10 pr., D. 11.7.12 pr.-6, D. 11.7.14 pr.-17 (il cui § 1 è ripreso in D. 50.17.137 pr.), D. 11.7.16 pr., D. 11.7.20 pr.-2, D. 11.7.22 pr., D. 11.7.24 pr., D. 11.7.27 pr.-2, D. 11.7.31 pr.-2. Concordemente con Lenel, si ritiene che anche D. 21.2.50 pr., relativo alla vendita per mezzo di ausiliari di cose pignorate, fosse originariamente riconducibile alle spese funerarie, posto che espressamente in D. 11.7.14.6 è analizzato il caso della determinazione delle spese del funerale sulla base del denaro presente nell'eredità e, in ipotesi di carenza, si sarebbe proceduto mediante la vendita o il pignoramento degli oggetti preziosi per ricavare il denaro necessario (cfr. O. LENEL, *'Palingenesia'*, II, cit., c. 564).

<sup>661</sup> Cfr. D. 47.12.3 pr.-12, D. 47.23.6 pr. I pochi passi che ne restano esclusi (D. 27.3.9 pr.-7) attengono alla nomina del tutore e ben si accordano ad altri passi ulpiane, presenti nel Digesto e tratti tutti dal XXXV libro *ad edictum* ulpiano: per questo si potrebbe pensare che appartenessero a tale libro e non al XXV (cfr. a tal proposito O. LENEL, *'Palingenesia'*, II, cit., cc. 662 s.). In ogni caso, collocando D. 27.3.9 pr.-7 nel XXV libro, risulta arduo e improbabile associare Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38 alla tematica della tutela o ipotizzare un contesto diverso a proposito del quale Ulpiano avesse avvertito la necessità di introdurre la definizione di *ostenta*. Allo stato delle fonti, la quantità notevole di passi provenienti da Ulp. 25 *ad ed.* e attinenti al cadavere e alla sepoltura mi induce a ritenere che oggetto del pensiero ulpiano fosse l'*ostentum* nato da donna, il quale, a seconda della sua proiezione fisica, avrebbe potuto ricevere sepoltura.

Un falso indice, in tal senso, potrebbe essere desunto da una superficiale lettura del brano: da un lato, vi sarebbe l'*ostentum contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est*; dall'altro, il prodigio naturale, come i fenomeni atmosferici straordinari, a cui seguirebbe *quae Graeci φαντάσματα vocant*. In altre parole, si potrebbe rinvenire una costruzione simile tra il primo pronome *quae*, che introduce una proposizione relativa esplicativa del primo *genus ostentorum* e il secondo pronome *quae*, la cui posizione potrebbe indurre a ritenerlo esplicativo solo del *quid prodigiosum videtur*, con la conseguenza che φάντασμα sarebbe stato richiamato nella sua accezione di entità incorporea, apparente, e non di porzione definita di materia.

Tale conclusione, però, è facilmente confutabile. A tal proposito, si presti attenzione al pronome relativo utilizzato – *quae (Graeci φαντάσματα vocant)* – e al plurale φαντάσματα. Il genere neutro e il caso accusativo plurale del pronome possono raccordarsi esclusivamente a *duo genera ... ostentorum*. Se, invece, la proposizione relativa fosse riferita solo al secondo genere di *ostenta (quid prodigiosum)*, certamente il pronome sarebbe stato *quod* e il termine greco avrebbe mantenuto il singolare φάντασμα, come al singolare è l'intera frase *cum quid prodigiosum videtur*.

Vieppiù. Se l'*ostentum genitum* – e, quindi, la nascita di *ostenta* – si esaurisse nel primo genere trattato dal giurista, ossia «nelle fattispecie in cui vi siano mere parti del corpo contrarie alla natura», come quelle che presentano membra in eccedenza (o anche il difetto di membra rispetto al consueto, come nel caso del *non integrum animal* in D. 28.2.12.1, secondo l'interpretazione prima esposta), i nati totalmente mostruosi, dai tratti più animaleschi che umani, di cui Ulpiano riferiva in D. 50.16.135 con ricchezza di lessico, rimarrebbero privi di collocazione, non essendo parificabili a coloro che hanno sembianze umane riconoscibili e mere alterazioni alla proiezione fisica<sup>662</sup>.

Di talché, ritengo che entrambi i *genera* di *ostenta* a cui Ulpiano pensava attenessero con ogni probabilità al parto umano o, quanto meno, pur potendo identificare altresì fenomeni e manifestazioni *contra naturam* (non solo umana), venissero ivi richiamati per gli interrogativi giuridici che una parte di queste nascite

---

<sup>662</sup> Cfr. D. DALLA, 'Status', cit., 528.

avrebbe potuto creare al momento della morte e della sepoltura. Il giurista, quindi, avrebbe considerato *persona* il nato del *genus ostentorum* parzialmente *contra naturam* e *prodigium* il nato le cui membra erano del tutto pregiudicate.

Non sono rinvenibili, poi, elementi dai quali desumere che l'atteggiamento di chiusura del *ius personarum* nei confronti dell'essere privo di forma umana abbia subito un allentamento in epoca post-classica e giustiniana.

In termini dubitativi, invece, si è espresso Giambattista Impallomeni, il quale ha ipotizzato che nella compilazione non fosse stato riportato l'intero brano di Ulpiano, dal quale si sarebbe evinta la non religiosità del luogo in cui si trovavano le spoglie del *monstrum*, poiché in epoca postclassica la posizione del diritto sarebbe divenuta più benevola. L'ipotesi sarebbe avvalorata dalla circostanza che in nessun passo veniva espressamente disconosciuta la religiosità del sepolcro del *monstrum*. Da questo, l'autore deduce l'intento di Triboniano di pronunciarsi in ogni caso per la religiosità del *locus*<sup>663</sup>.

La tesi, tuttavia, oltre a non poter essere avvalorata da alcuna fonte, risulta contrastante con la persistente esclusione del *monstrum vel prodigium* dal genere umano. Come già si è anticipato, l'imperatore, infatti, esclude pacificamente la rottura del testamento paterno in conseguenza della nascita di un *monstrum*, poiché non *homo*<sup>664</sup>. Pertanto, se la religiosità del *locus* era conseguenza dell'inumazione di un corpo in cui fosse rinvenibile un'identità fisica umana e che, mediante i riti funebri, trapassava dal *ius personarum* al diritto religioso, è da escludere che la presenza di un essere mostruoso potesse portare al conferimento della religiosità del fondo, poiché quell'essere non aveva mai preso parte al *ius personarum*. Di talché, l'eventuale sepoltura del *monstrum* avrebbe continuato a non rendere religioso il sepolcro.

Se si riconosce che in Ulp. 25 *ad ed.* D. 50.16.38 il luogo di sepoltura assumeva carattere religioso in presenza del primo genere di *ostenta*, poiché in esso si annoveravano gli esseri con una parte contraria alla natura, ma complessivamente con sembianze umane, verrebbe ulteriormente attenuato il divario di opinioni che taluno ha

---

<sup>663</sup> Cfr. G.B. IMPALLOMENI, *In tema*, cit., 285.

<sup>664</sup> Cfr. C. 6.29.3.1, costituzione analizzata nel capitolo dedicato al corpo nato.

intravisto in merito ai requisiti costitutivi dell'essere umano tra Paolo e Ulpiano e di cui già si è detto.

Sia sufficiente ricordare che Paolo, in Paul. Sent. 4.9.3-4 e in D. 1.5.14<sup>665</sup>, distingueva il parto mostruoso e prodigioso, che non era *filii* in quanto *contra forma humani generis*, dal nato *qui membrorum humanorum officia duplicavit ... aliquatenus*, che avrebbe giovato alla madre ai fini del Senatoconsulto Tertulliano in quanto *homo* e *filii*. Ebbene, alcune considerazioni mi inducono a ritenere che i casi che Paolo avrebbe collocato in questa seconda categoria fossero i medesimi che Ulpiano situava nel primo *genus ostentorum*<sup>666</sup> e che per entrambi fossero *homines*, pur riconoscendo, sia Ulpiano che Paolo, che il loro corpo era parzialmente contrario a natura a causa della difformità (*membrorum humanorum officia duplicavit*) eccedente o divergente dalla fisiologia umana.

Sebbene Paolo non corroborasse con esempi la fattispecie considerata, suggerendo piuttosto una valutazione da effettuarsi presumibilmente caso per caso con la verifica di quale fosse la parte del corpo interessata dall'anomalia e quanto eccedesse dalla forma umana – come sembra desumibile dall'utilizzo di *aliquatenus* –, mentre Ulpiano prescindeva dalla parte del corpo inconsueta, purché non fosse pregiudicata la riconoscibilità umana, le opinioni dei giuristi espresse in merito all'ermafrodita e già oggetto di ricerca permettono di avvalorare la tesi che tra gli stessi vi fosse sostanzialmente una convergenza di vedute.

Agli ermafroditi si intende ancora una volta fare cenno, poiché, considerata l'evoluzione sociale e giuridica in materia, essi in età classica vennero inseriti tra gli *homines*, come attestano proprio passi di Paolo<sup>667</sup> e di Ulpiano<sup>668</sup>, i due giuristi dei quali già molto si è detto a proposito del loro approccio giuridico al fenomeno dei parti

---

<sup>665</sup> Paul. 4 sent. D. 1.5.14: *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.*

<sup>666</sup> Cfr. D. DALLA, 'Status', cit., 537; L. MONACO, *Percezione*, cit., 411, nt. 75, 413; C. TERRENI, 'Quae Graeci', cit., 89.

<sup>667</sup> Paul. 3 sent. D. 22.5.15.1: *Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.*

<sup>668</sup> Ulp. 1 ad Sab. D. 1.5.10: *Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet; Ulp. 3 ad Sab. D. 28.2.6.2: Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalerent, postumum heredem instituere poterit.* Sui passi, cfr. A. WACKE, *Del ermafroditismo*, cit., 46 s.



mostruosi e alle presunte contraddizioni che talvolta la dottrina ha in essi rinvenuto circa il corpo come requisito costitutivo dell'essere umano o come elemento superabile mediante l'astrazione giuridica dalla forma umana.

Ai fini della presente indagine, risulta utile interrogarsi entro quale tipologia di nascite i due collocassero l'ermafrodita, constatato che per l'uno e per l'altro si trattava di un essere umano e perciò si adoperarono per elaborare il criterio in base al quale stabilire il sesso d'appartenenza.

È del tutto presumibile che Paolo lo inserisse tra i casi *qui membrorum humanorum officia duplicavit*, posto che il nato presentava ambo gli organi sessuali o caratteri misti, con funzioni riproduttive alterate<sup>669</sup>, e che Ulpiano lo collocasse entro il primo genere di *ostenta*, ossia fra coloro che avevano una parte del corpo contraria a natura – come un membro in più – e che conservavano un'identità umana ed erano quindi destinatari del *ius personarum*. Di talché, per entrambi i giuristi la riconoscibilità della forma umana fungeva da discrimine tra il *monstrum* e la *persona*.

Corollario di quanto detto è che la giusta sepoltura dell'ermafrodita sarebbe stata certamente idonea a rendere il luogo religioso, al pari di quella di qualsiasi altro uomo, in quanto inserito entro il *ius personarum*. Non pare sussistere alcun motivo per dubitare della religiosità del sepolcro di coloro che, come l'ermafrodita, presentavano complessivamente sembianze umane, ma per qualche aspetto ne divergevano.

Ciò avvalora, quindi, l'interpretazione di D. 50.16.38 come contenente una definizione di *ostenta* dal carattere eminentemente pratico e dal connotato giuridico, perché necessaria per distinguere se la sepoltura di un *ostentum* – umano o prodigioso – trasmettesse la religiosità al *locus*.

Del resto, l'inesistenza di alcun contrasto circa gli elementi costitutivi dell'essere umano tra i giuristi è desumibile altresì dal lessico utilizzato dagli stessi nei passi analizzati. In particolare, Paolo, in D. 1.5.14, per indicare l'essere *contra forma humani generis* estraneo al *ius personarum*, ricorreva ad *aliquid monstruosum aut prodigium*, e non a *ostentum*, utilizzato da Ulpiano in D. 50.16.38, comprensivo tanto di esseri umani quanto di *prodigia*.

---

<sup>669</sup> Concordemente, cfr. D. DALLA, 'Status', cit., 523; si esprime, invece, in termini dubitativi, L. MONACO, *Percezione*, cit., 415 e nt. 100.

Si deve perciò concludere che, da un lato, vi erano i *monstra* e i *prodigia*, con aspetto contrario al genere umano ed esclusi dal *ius personarum*, tanto per Ulpiano (il quale li inserisce nella seconda categoria di *ostenta*), quanto per Paolo e financo per Giustiniano data, in C. 6.29.3.1, l'assodata irrilevanza del *monstrum vel prodigium*. Dall'altro, vi erano gli *ostenta* – prendendo a prestito il lessico ulpiano –, i φαντάσματα, espressione più generica, capace di ricomprendere tutti i nati con divergenze rispetto al corpo perfettamente umano: tanto quelli nei quali non era pregiudicata la forma umana, fra cui il tipico caso dell'ermafrodita, tanto coloro che sconfinavano nel *prodigium*. Ciò spiegherebbe anche il motivo per cui Ulpiano, solo in questo passo, fa uso del termine *ostentum*, reso in greco non con i termini con i quali veniva indicato il *monstrum* – ad esempio τέρας – ma con φάντασμα, l'uno e l'altro derivanti rispettivamente da *ostendo* e φαίνω e indicanti in questo contesto semplicemente qualcosa che si manifesta, appare, si rende visibile.

Alla luce di tutte le considerazioni sovra esposte, ne consegue che quanto scritto da Lenel a proposito di D. 50.16.38 – il luogo di sepoltura dell'*ostentum* non è religioso – potrebbe risultare del tutto corretto esclusivamente per la definizione di *ostenta* labeoniana e per il pensiero di Labeone, di cui, però, non ci è giunta conoscenza. Ben potrebbe, per giunta, essere che il distinguo tra *genera ostentorum* appartenesse già all'elaborazione di Labeone e fosse stato solo richiamato da Ulpiano.

Viceversa, e indipendentemente dall'originalità della classificazione di *ostenta*, per quanto attiene all'opinione ulpiana, risulta fuorviante ricorrere alle già ricordate parole di Lenel e concludere che la sepoltura dell'*ostentum* non avrebbe prodotto la religiosità del sepolcro, poiché il significato che il giurista attribuiva a *ostentum* non ha la parvenza di essere sinonimico a quello di *monstrum* e *prodigium*. *Ostentum* era un *genus* all'interno del quale dall'essere umano parzialmente difforme veniva distinto il *prodigium*, ossia l'essere privo di aspetto umano. È in forza di questa gamma semantica più estesa che, coerentemente con Ulpiano, né Paolo, né Giustiniano accostavano a *monstrum vel prodigium* l'*ostentum*, poiché si trattava di un *genus* che non si esauriva nella *species* del *prodigium*, ma indicava anche *homines*.

Le precedenti considerazioni elaborate dall'analisi di D. 50.16.38 permettono, infine, di svolgere un raffronto con l'altro passo ulpiano esaminato nel corso della

presente trattazione, Ulp. 4 *ad l. Iul. et Pap.* D. 50.16.135<sup>670</sup>. In esso, il giurista accostava ipotesi gravi di mostruosità ai nati non vitali, ritenendo che tutte le nascite giovassero parimenti ai genitori ai fini delle leggi caducarie augustee. Ebbene, la circostanza che Ulpiano in altro luogo distinguesse due *genera* di *ostenta* e che presumibilmente riconoscesse conseguenze diverse in relazione alla religiosità del luogo di sepoltura a seconda che il nato fosse *homo* o *prodigium*, suffraga l'interpretazione prima proposta in base alla quale la trattazione congiunta di nascite con anomalie di diversa entità, alcune delle quali sconfinanti nel *prodigium* e altre – come il *debiles* – rientranti fra gli *homines*, non è indicativa del fatto che Ulpiano reputasse tutti egualmente *personae*. Piuttosto, ai fini della concessione di alcuni vantaggi augustei, per il giurista era sufficiente che fosse stata portata a termine la gravidanza, a prescindere dall'*editio partus* di un *homo*. Del resto, se la *persona* sussistesse indipendentemente dalla presenza di forma umana, Ulpiano non avrebbe introdotto alcuna classificazione di *ostenta* attribuendo significati distinti a *prodigium* e a *ostentum*, perché ogni nato da donna sarebbe stato egualmente destinatario del *ius personarum* e per ciò conferente religiosità al luogo di sepoltura dopo i riti e l'inumazione.

---

<sup>670</sup> Ulp. 4 *ad l. Iul. et Pap.* D. 50.16.135: *Quaeret aliquis si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.*



## RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Nelle riflessioni preliminari è emerso che le nuove problematiche attinenti al corpo coinvolgono necessariamente gli studiosi del diritto in un dibattito filosofico, bioetico e socio-politico sulla rilevanza della corporeità e sull'esistenza di uno statuto giuridico di questa nell'ordinamento. Com'è stato anticipato, tra gli studiosi che hanno navigato il sostrato umano, non è mancato chi ha rinvenuto i germi dell'attuale inadeguatezza giuridica, lessicale e categoriale, già nei tempi antichi. Da un lato, quindi, appare evidente e non contestabile che giurisprudenza e dottrina moderne faticino a domare la materialità umana; dall'altro, la spiegazione più ragionevole – nel silenzio dei giuristi – sembra destinata irrimediabilmente a retrocedere nei secoli: contestualmente alla nascita della *scientia iuris* e delle categorie di *res* e *persona* sarebbe sorta la deficienza giuridica protrattasi ininterrottamente fino ad oggi.

In particolare, a proposito della ricostruzione di Jean-Pierre Baud, già si è detto di quel diritto romano che si sarebbe fatto creatore delle *personae* sulle quali intendeva esercitare la sovranità. Il dispositivo della persona sarebbe uno strumento plasmato per vestire di giuridicità un corpo che, nella sua essenza reale, sarebbe pervaso di sacralità e sottratto alla competenza del civilista. Mediante la persona, viene creato uno scarto tra la soggettività giuridica (astrazione) e il corpo (concretezza umana), tanto che la persona può nascere e morire indipendentemente dalle sorti fisiche e dai limiti biologici umani.

Per vedere in che modo l'uomo sarebbe stato disincarnato dal proprio corpo, si è guardato all'imprescindibilità o alla superficialità dell'esistenza fisica nell'attivazione del *ius personarum*, iniziando dal corpo nascosto del concepito.

Infatti, accanto al filone di studi che individua nel diritto romano il creatore della persona astratta e l'occultatore del corpo, un'attenzione incalzante è rivolta da parte della dottrina al *nondum natus* perché nella disciplina ad esso riservato si conserverebbe la prova della tutela giuridica dell'esistenza umana dal momento gestazionale declinata come diritto all'esistenza, diritto a nascere, diritto a essere riconosciuto soggetto autonomo dalla madre pur nell'assenza di un corpo visibile e di una vita autonoma. Il *ius personarum*, quindi, si aprirebbe alla fase prenatale in quanto anch'essa dimora di

vita umana, motivo per cui entro il primo libro del Digesto, contenente le coordinate dell'ordinamento in materia di persone, vi sono molteplici riferimenti tanto ai nati quanto ai concepiti.

A ben considerare le due linee di tendenza a cui si è fatto cenno, pur nella loro diversità tematica, conservano un comune denominatore: l'utilizzo costante del lessico personale, la cui portata pertanto dev'essere definita.

Grazie agli evocati studi della dottrina romanistica sul concepito e all'analisi di alcuni istituti attivabili durante la fase intra uterina, nel primo capitolo è emersa l'impossibilità di rinvenire nel *nondum natus* uno statuto giuridico, tanto reale, quanto personale. Le fonti hanno, infatti, evidenziato il ricorso a un lessico prettamente fisico ed evocativo della condizione celata del concepito entro il corpo muliebre e, ciò nonostante, la sua irriducibilità al nulla, senza che venga definita in termini esistenziali lo stadio uterino. Il processo biologico in corso ha, infatti, costituito il sostrato naturale su cui sono stati elaborati e innestati degli accorgimenti e dei meccanismi di riserva, soprattutto in ambito ereditario, per consentire al concepito, una volta nato, di essere riconosciuto figlio ed erede dell'avo.

Ipotesi peculiari in cui si veniva a trovare la pregnant – vedova, divorziata – hanno poi rappresentato l'occasione per introdurre nell'ordinamento degli strumenti capaci di tutelare al contempo molteplici interessi, talvolta confliggenti, facenti capo a soggetti diversi, come nel caso dell'immissione del ventre nel possesso e del curatore. Proprio dai presupposti in presenza dei quali si sarebbe potuta attivare la procedura (tra cui l'inesistenza di una clausola di pacifica e assoluta diseredazione del postumo), si è escluso che fosse la vita del concepito a costituire il bene in ultima istanza preservato, quanto piuttosto dei principi familiari di carattere successorio.

Inoltre, discutendo della parità tra il concepito e il nato, è emerso come lo sguardo giuridico sia sempre volto alla nascita, come se il diritto procedesse nel ragionamento collocandosi dopo l'*editio partus*, arrivando tutt'al più ad attribuire al nato uno *status* che, a seconda del suo *commodum*, può trovare fondamento in circostanze esistenti in un momento qualsiasi posteriore al concepimento.

Neppure la legislazione imperiale sull'aborto e le più o meno antiche disposizioni attinenti alla procrastinazione della sepoltura, dell'esecuzione capitale, della tortura e

della condanna di adulterio riservata alla donna pregnant conducono a conclusioni difformi, avviando la ricerca all'*editio partus*.

Il *ius personarum*, infatti, in questo momento si trova dinanzi all'esito della gestazione, che può sfociare nella nascita di uno o più uomini, nell'espulsione di un aborto, di un nato morto, di un essere parzialmente o totalmente difforme dal genere umano. Tra le ipotesi prospettate, l'ordinamento non giunge a riconoscere alcuna rilevanza all'aborto, né al nato morto, poiché mai hanno assunto un'esistenza autonoma, l'unica che permette l'attivazione giuridica. Si è così evidenziato come la nascita, per considerarsi tale, richiedesse l'esistenza dello *spiritus*, delle funzioni vitali, e come sia una contraddizione linguistica definire morto colui che non è mai nato.

Ai fini, poi, dell'accertamento della vita, si è proposta un'interpretazione della costituzione giustiniana C. 6.29.3 pr. come attinente esclusivamente alla prova della vita e non diretta né a richiedere un'attitudine concreta a protrarre l'esistenza extra uterina (teoria della vitalità) né a introdurre una definizione giuridica sulla vita. A tal proposito sono stati richiamati il contesto in cui sarebbe intervenuto il parto, l'alta mortalità neonatale e la non indifferenza per il *ius personarum* di un istante di vita autonoma, posto che l'esistenza o meno del nato avrebbe condizionato le vicende anzitutto successorie.

Di seguito, sono stati collocati dei passi in cui dedicati al nato con declinazioni mostruose per verificare l'eventuale memoria di contrapposizioni giurisprudenziali, in particolare tra Paolo e Ulpiano, circa i requisiti somatici indispensabili per essere inseriti entro il *ius personarum*. La contestualizzazione, il ricco lessico rinvenibile – *monstrum, portentum, ostentum, animal non integrum, prodigium* –, i cenni etimologici, l'evoluzione giuridica in tema di ermafroditi e la presunta collocazione originaria dei passi mi hanno indotto a ritenere che non sia testimoniato alcun superamento del carattere corporeo umano da parte di Ulpiano e che, seppur con un'analisi da condursi inevitabilmente sul singolo nato deforme, tendenzialmente Paolo e Ulpiano avevano un pensiero comune, distinguendo i *monstra* (non *homines*) da coloro che presentavano deficienza o eccedenza di membra pur mantenendo un aspetto umano (*homines*), come gli ermafroditi. Il fatto di non essere uomini nella nascita avrebbe comportato l'incapacità da parte dell'ordinamento giuridico di attribuire le medesime conseguenze

alla sepoltura di *homines* e di *monstra*, come se il corpo umano rappresentasse il presupposto e il limite del procedere giuridico.

Tra la nascita e la morte, è stato posto un capitolo volto a evidenziare i caratteri della medicina antica come sapere che si insinua sul corpo e a più riprese indagato dagli studiosi in ottica biopolitica, sulla scia di Michel Foucault. Ambito sacrale e dimensione domestica paiono governare il corpo malato e la professione medica; pur essendo un mestiere redditizio e in taluni momenti favorito nel suo operare dal potere, rimane per lo più appannaggio di uomini di condizione subalterna ed estranei ai valori romani incarnati e trasmessi dal *pater, medicus* della propria famiglia e autorità della stessa. Il lessico medico suggerisce l'idea ambivalente che l'arte curativa si insinua nel luogo più intimo, il corpo in cui risiede la vita, potendone condizionare le sorti biologiche: di talché il medico più fidato è il *bonus vir*, l'*amicus*. L'oscillazione della medicina si riscontra nell'interpretazione fornita del regime immunitario riservato ad alcune categorie di persone, tra cui i medici, espressione di un beneficio che finisce però per escludere dalla classe dirigenziale politica i medici immuni, come se tra l'una e gli altri si volesse preservare uno iato.

Non si è rinvenuto, poi, un sistema di assistenza pubblica, introdotto invece progressivamente per i *militēs*, dal benessere dei quali sarebbe dipesa la sopravvivenza della *civitas* e dell'imperatore stesso. Nel riproporre le varie tesi dottrinali circa i motivi dell'assenza, si è individuato come filo conduttore di ciascuna il rilievo che il corpo umano ha avuto nel sistema sociale e giuridico romano, in particolare nei suoi confini temporali come presupposti operativi.

A proposito della morte, nessuna definizione è conservata nelle fonti giuridiche che paiono utilizzare un linguaggio, ancora una volta, non debitore di alcuna ideologia medica, ma evocante l'ordine naturale delle cose. Il processo biologico che interessa il corpo morente è scandito da sequenze rituali che vedono, tra i protagonisti, i familiari coinvolti dal lutto in un concorso tra diritto umano e diritto divino.

Infine, percorrendo la suggestiva ipotesi dello statuto reale e sacrale (*rectius*: religioso) del corpo proposta da Jean-Pierre Baud, sono giunta a escludere il rinvenimento di chiari indici di questo entro l'ordinamento giuridico romano. Per lo storico, con la morte verrebbe meno la *persona* e residuerebbe un mero corpo capace



di imprimere al luogo di sepoltura carattere religioso. Tuttavia, le fonti giuridiche bene evidenziano le fasi irrinunciabili affinché il fondo possa assumere la qualifica di *res religiosa* e inducono tutt'al più a ipotizzare che siano i riti funebri e la sepoltura definitiva a conferire un tale carattere al sepolcro, nel concorrere con presupposti di *ius civile*.

Pare, piuttosto, accostando le conseguenze della sepoltura del libero e dello schiavo a quello del *monstrum*, che sia proprio il corpo umano a permettere ai primi due di essere destinatari di *ius personarum* e al terzo di rimanere inevitabilmente escluso, in quanto non *homo* e non partecipe della stessa natura biologica. Il fatto, poi, che per ciascun cadavere possa esservi un solo sepolcro affidato ai Mani, sebbene il corpo sia sepolto in luoghi diversi, suggerisce la naturale equivalenza e corrispondenza di un corpo ad un uomo, la cui individualità, mentre era in vita, era resa visibile nella sua immagine corporea.

Rifiuta la condizione reale del corpo, non credo sia doveroso e inevitabile includerlo nella categoria della *persona*. Piuttosto e più prudentemente sono da accogliere le considerazioni di Andrea Trisciuglio, il quale – guardando in particolare al corpo dell'uomo libero, posto che lo schiavo partecipa di una natura anfibia – giunge alla conclusione della mancanza di uno statuto giuridico del corpo in Roma<sup>671</sup>.

Con questa ricerca, e in particolare dall'analisi della concezione della medicina, dalla mancata definizione di morte e dal prudente operare del diritto dinanzi al processo prenatale in attesa della nascita, si pensa possa essere rinvenuto un suggerimento circa un principio che parrebbe silenziosamente pervadere le scelte giurisprudenziali antiche, gli interventi del potere pubblico e financo giustificare i silenzi. Il corpo umano – dimora della vita biologica – mantiene una dimensione appositamente indefinita, non è cioè dai giuristi né inserito entro alcuna categoria giuridica, eppure ben presente in ogni momento della vita umana. È una scelta consapevole e tutt'altro che occulta quella operata dal *ius personarum*, che si attiva lì dove un corpo umano è venuto alla luce per arrestarsi lì dove lo *spiritus* è venuto meno, come se intervenire prima e dopo quei

---

<sup>671</sup> Cfr. A. TRISCIUGLIO, *Il corpo*, cit., 394 ss., il quale scrive che «il corpo dell'uomo vivente è eventualmente qualificabile, dal punto di vista ontologico, come una *res* materiale; dal punto di vista giuridico, per contro, non è collocabile in alcuna categoria di *res*, men che meno nella categoria delle *res extra commercium*»; «in altre parole, per quanto riguarda la qualificazione giuridica del corpo umano vivente nella riflessione giurisprudenziale romana, dobbiamo accontentarci di un esito dell'indagine di carattere negativo».

confini temporali e definirne la portata rappresentasse un'indebita intromissione nel luogo del biologico, nel ciclo vitale, che non è materia di per sé giuridica, ma è il presupposto per l'attivazione del diritto.

Del resto, le categorie di *res* e *persona* in base alle quali siamo abituati a rileggere il diritto antico non costituivano per i giureconsulti delle maglie in cui necessariamente ogni manifestazione in natura dovesse essere inclusa, qualora non si percepisse l'esigenza di qualificare il corpo umano, poiché la possibilità fattuale ancora era limitata e non permetteva il sorgere di questioni giuridiche rispetto alle quali il corpo o le singole componenti<sup>672</sup> reclamassero uno statuto autonomo rispetto a quello dell'uomo.

Del resto, il corpo dell'uomo vivente non era mai pensabile in modo separato dall'uomo, tanto che quando non vi era il corpo umano, non vi era neppure l'*homo*, non si attivava il *ius personarum* né nella nascita né al momento del decesso, com'è emerso analizzando la disciplina riservata al *monstrum*.

Un'ulteriore precisazione va infine effettuata. Sin dalle riflessioni introduttive, si sono evidenziate le tendenze a includere entro le categorie di tradizione bimillenaria ogni fenomeno: ciò è emerso, ad esempio, in tema di *conceptus*, diviso tra chi lo qualifica come *homo* e chi lo relega alle *res*, in quanto porzione di materia; ma, anche in tema di parti con difformità dal genere umano, si è constatato come una parte della dottrina cercasse nelle fonti degli indici di personalità, sino a intravedere contrasti tra i giuristi, alcuni proiettati oltre il corpo, con attribuzione di soggettività anche al deforme, e altri ancorati al sostrato umano, con esclusione dal *ius personarum* del nato da donna contrario alla forma umana. Si sarebbe cioè dinanzi a un diritto creatore il quale conferirebbe lo statuto di persona – e quindi di soggetto giuridico – a entità financo prive di corpo.

Del resto, secondo l'ipotesi ricostruttiva proposta da Jean-Pierre Baud, l'ordinamento romano avrebbe inventato la categoria personale proprio per scindere l'uomo dal suo corpo: nella natura vive l'uomo con il suo corpo; nel diritto vive la persona creata per operare nel mondo giuridico<sup>673</sup>, senza che i suoi confini spazio-

---

<sup>672</sup> Cfr. ad esempio i rilievi di G. GROSSO, *Corso*, cit., 10, il quale evidenzia che non è un problema proposto dai romani quello riguardante parti staccate del corpo umano come oggetto di rapporti giuridici.

<sup>673</sup> Si inseriscono in questa linea di pensiero, seppur ciascuno operando precisazioni, O. SACCHI, *'Persona' e diritto romano. Elementi per un'archeologia giuridica del concetto*, in *La persona, il suo diritto*,

temporali divengano dei limiti per il diritto stesso. In altre parole, è il diritto a scegliere quando c'è persona, quando nasce e quando muore e ciò può avvenire prima o dopo la morte del corpo, elemento occultato dal diritto e relegato all'esterno. La persona 'astratta' e scissa dal corpo umano a cui pare fare cenno Jean-Pierre Baud, però, meglio si presta a descrivere la persona moderna, e non quella romana, e la mera omonimia tra le due non può essere intesa quale prova dell'eguaglianza di significato, come se la *persona* di ieri fosse figlia del diritto romano e quella di oggi sua diretta nipote<sup>674</sup>.

L'analisi delle fonti alle quali nel corso della ricerca ci siamo approcciati permette a mio parere di avvalorare una tendenziale sinonimia di *homo* e *persona*, un sostrato di concretezza nell'uno e nell'altra costituito, appunto, dal corpo imprescindibile per l'attivazione definitiva del *ius personarum*.

---

la sua continuità nell'esperienza tardoantica. *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno Internazionale in onore di G. Crifò*, II, a cura di S. Giglio, 1253 ss., che ravvisa qualcosa di paragonabile alla soggettività giuridica ottocentesca quanto meno dall'età adrianea; S. TAROZZI, *Il termine 'persona' nelle Istituzioni di Giustiniano e la sua traduzione nella parafrasi di Teofilo*, in *Persona e persone nella società e nel diritto della Tarda Antichità. Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVIII Convegno Internazionale in onore di R. Martini*, a cura di S. Giglio, Roma, 2012, 74, per la quale, accanto al significato predominante in età classica di persona come essere umano ne sono rinvenibili altri «ricchi di astrattismo», considerabili «prodromici di quello di soggetto titolare di diritti, in senso moderno». Per U. VINCENTI, *'Persona' e diritto: trasformazioni della categoria giuridica fondamentale*, in G. BONIOLO - G. DE ANNA - U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano, 2007, 143 ss., la nozione di *persona* sembra trasportare gli uomini in una dimensione artificiale, quella delle regole e del consequenziale *status* giuridico, e nella narrazione giuridica le *personae* hanno un ruolo, una parte «in una vita artificiale (quella che vuole il diritto)». Secondo J.F. STAGL, *Da 'qualcosa' a 'qualcuno', da 'qualcuno' a 'qualcosa'. Percorsi esatti ed errati del concetto di persona*, in *'Fontes Iuris'. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten (Lecce, 30-31 marzo 2012)*, Napoli, 2013, 102 ss., *persona* dall'età classica avrebbe indicato il soggetto di diritto.

<sup>674</sup> Tuttavia, per definire i caratteri della categoria antica, non si guarda entro il panorama giuridico antico, al contesto sociale, culturale, filosofico e financo religioso in cui la predetta *persona* avrebbe operato, onde desumerne le conseguenze giuridiche, bensì si attribuisce in via assiomatica che il soggetto di diritto odierno sia la persona antica originariamente produttrice dello scarto tra l'uomo persona e il suo corpo; né si tiene in debita considerazione l'utilizzo della categoria personale operato ad esempio dalla dottrina cristiana. Cfr., *ex multis*, sull'erroneità e sulla parificazione indebita tra *persona* e persona-soggetto di diritto, S. SCHLOSSMANN, *'Persona' und Πρόσωπον im Recht und im christlichen Dogma*, Kiel, 1906, 1 ss., che evidenzia inoltre la concezione cristiana e l'influenza avuta dalla stessa sulla moderna teorizzazione; recentemente, v. anche J.M. RIBAS ALBA, *Persona*, cit., 105 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 43; A. BURDESE, *Diritto*, cit., 133 s.; P. CATALANO, *Diritto*, cit., 169; ID., *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 116 s.; E. CANTARELLA, *Diritto*, cit., 104 s.; G. MELILLO, *'Personae' e 'status' in Roma antica*, Napoli, 2006, 12 s.; M. TALAMANCA, *Elementi*, cit., 43; G.L. FALCHI, *La persona e il suo diritto*, in *La persona, il suo diritto, la sua continuità nell'esperienza tardoantica. Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno Internazionale in onore di G. Crifò*, I, a cura di S. Giglio, Roma, 2010, 1021 ss., 1027.

Risulta, allora, necessario indugiare sui motivi che presumibilmente hanno indotto i *prudentes* a riferirsi all'*homo* in termini di *persona*<sup>675</sup> entro il mondo giuridico, riproponendo solo alcune suggestioni emerse nei capitoli che hanno preceduto e che potrebbero al contempo concorrere a suggerire perché non possa essere rinvenuto uno statuto corporeo in Roma.

Il vocabolo *homo* conserverebbe un'assimilazione al biologico, al ciclo vitale, indicando la «creatura terrena in confronto agli dei»<sup>676</sup>. Nella sua probabile derivazione da *humus*<sup>677</sup> e nell'attestata antichità della sua formazione nella lingua latina, include il genere umano femminile e maschile a livelli generalissimi, come suggerisce Paolo-Festo<sup>678</sup>, escludendo tanto gli esseri sovraumani, quanto gli esseri bestiali. Tali elementi

---

<sup>675</sup> Tra le tesi proposte circa l'origine etimologica del termine, ha trovato consenso la derivazione teatrale, con il significato di maschera che cela il volto dell'attore in scena, o della voce che attraverso la maschera viene rafforzata e trasmessa all'esterno, mediante il rinvio al verbo *personare*. Partendo dalla pregnanza primaziale del corpo morto, in particolare, Fulvio Maroi ha rifiutato l'idea di originaria astrazione che sarebbe contenuta nella parola *persona*, per sottolineare piuttosto che «si tratterebbe di un concetto giuridico che si è venuto plasmando sulla più concreta e viva realtà e in epoca coeva alle credenze animistiche della primitiva religione romana» connessa al significato che aveva la maschera degli antenati nei riti funerari (F. MAROI, *Elementi religiosi del diritto romano arcaico*, in *Arch. Giur.*, XI, 1933, 17). Per una rassegna etimologica, cfr. S. SCHIPANI, *Alcune osservazioni sulla concettualizzazione giuridica dell'uomo nel sistema romanista in Europa e in America Latina*, in *Revista Chilena de Historia del Derecho*, XVI, 1990-91, 47 ss.; M. LUBRANO, '*Persona*', cit., 37 ss.; G. MAININO, *Dalla persona alla persona giuridica: la persona in Gaio e il caso delle 'istituzioni' alimentari nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, LXX, 2004, 481 ss.; S. TAFARO, '*Ius hominum causa constitutum*', cit., 9 ss.; L.L. KOFANOV, *Origini e sviluppi del concetto di 'persona' nella Roma repubblicana*, in *Diritto @ Storia*, IX, 2010; O. SACCHI, '*Phersu*'/'*Persona*? Contributo per un'etimologia di '*prosōpon*', in *Diritto @ Storia*, IX, 2010; in particolare sulle quattro *personae* ciceroniane, S. FARO, *La maschera è il volto*, in *La persona*, I, cit., 629 ss.; sull'evoluzione del significato, C. MORESCHINI, *Oltre l'Antico. La svolta antropologica di Agostino e la definizione boeziana di persona*, in '*Homo, caput, persona*'. *La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 91 ss.

<sup>676</sup> G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, I, Bologna, 1944, 19 s.

<sup>677</sup> *Contra*, Quint. inst. 1.6.34: ... *etiamne 'hominem' appellari, quia sit humo natus? quasi vero non omnibus animalibus eadem origo, aut illi primi mortales ante nomen imposuerint terrae, quam sibi*. L'etimologia è ricordata da J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Tit. I Lib. I Digest. De Justitia et Jure*, in *Opera*, VII, Prati, 1839, c. 1854, a cui in realtà ne affianca un'altra: *ab humo*, per indicare la derivazione dalla terra e dal greco ὁμός, che esprime l'uguaglianza fra gli uomini (*quod homo natura sit peramans convictus et societatis communis*). Quanto alla prima etimologia, cfr. G. GALVANI, *Lezioni accademiche*, I, Modena, 1839, 168 s. Sulla fortuna della «falsa etimologia di *humanitas* da *humando*, seppellire, da *humus*, terra» e sul valore del nesso primordiale che esprime, cfr. G. PURPURA, *Brevi riflessioni*, cit., 295; ID., *Editto*, cit., 146, nt. 5. V. anche, in ottica analoga,

<sup>678</sup> Fest. *de verb. signif.* 89 (Lindsay), in cui *hemona humana* è la femmina e *hemon* il maschio. Tale circostanza, per G. MELILLO, '*Personae*', cit., 3 ss., andrebbe ad avvalorare la tesi di E. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 419 s., conforme a quanto sostenuto da Devoto. Cfr. anche A. DONATI, '*Homo*', cit., 102 s., nt. 178, circa le due etimologie di *homo* (*ab humo* o ὁμός); J.M. RIBAS ALBA, *Introducción a la antropología jurídica romana*, Granada, 2013, 30, che non si stupisce che il concetto di essere umano derivi dal punto di vista etimologico al terrestre e alla dimensione fisica reale.

inducono a ritenere che *homo* poggia su uno stadio pregiuridico e sulla condizione naturalistica umana, rimanendo tendenzialmente inadatto a definire un essere umano in declinazioni più specifiche, come quelle giuridiche.

Ricorrendo, oltre che a *homo*, a *persona*, allora il diritto romano, lungi dal creare astrazioni e scarti tra l'uomo biologico e il corpo umano capaci di condizionare due millenni di storia o di far nascere e far morire le persone indipendentemente dalle sorti corporali, pare suggerire che la *persona* è l'*homo* reale nel diritto, del quale entra a far parte un istante dopo la nascita e dal quale esce nell'istante della morte<sup>679</sup>, come a dire che i confini biologico-spaziali della nascita, della vita autonoma e della forma umana sono i presupposti affinché il diritto possa procedere e non l'oggetto della disciplina giuridica, essendo un volutamente finito e non invadente l'ambito della nuda vita che rimane così allo stadio naturale, necessariamente pregiuridico.

Se così intesa la *persona* romana crea un rimando all'uomo fisico e al contempo un divario in quanto non accede alla zona intangibile al diritto – i confini biologici, dai quali del resto a più riprese è emersa l'originaria connotazione sacrale sulla quale modificabile solo in parte dall'uomo –, l'eventuale germe d'astrazione in essa presente non avrebbe potuto produrre alcuna incapacità a gestire la corporeità umana che, di fatto, non era materia giuridica. Si ritiene, quindi, che quella lacuna definitoria del corpo in Roma, lungi dal costituire il lontano motivo della recente incapacità delle normazioni e dei tribunali di rispondere alle sfide corporee, abbia invece costituito il baluardo contro intromissioni giuridiche sulla nuda vita, prima ancora che venissero a esistenza la teoria dei diritti umani, principi quali l'eguaglianza e la dignità umana, in una società profondamente radicata sulla differenza di *status*, non per uno spirito umanitario, non per una tutela dell'uomo in tutte le sue forme di esistenza, ma – lo si ribadisce – per una tendenziale finitezza giuridica.

---

<sup>679</sup> Evocativi sono i due gesti posti ad apertura e a chiusura dell'esistenza umana a cui si è fatto cenno nel corso dell'esposizione: il poggiare a terra il neonato, terra alla quale tornerà nel momento della morte quando ivi viene poggiato, prima di essere definitivamente destinato alla sepoltura.



## BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN G., *'Homo sacer'. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005;
- AGAMBEN G., *L'uso dei corpi*, Vicenza, 2014;
- ALBANESE A.O., *L'azione popolare da Roma a noi*, Roma, 1955;
- ALBANESE B., *'Bidental, mundus, ostium orci' nella categoria delle 'res religiosae'*, in *Jus*, XX, 1969, 205 ss.;
- ALBANESE B., *L'amicitia' nel diritto privato romano*, in *Jus*, XIV, 1963, 130 ss.;
- ALBANESE B., *La struttura della 'manumissio inter amicos'. Contributo alla storia dell'amicitia' romana*, in *AUPA*, XXIX, 1962, 5 ss.;
- ALBANESE B., *La successione ereditaria in diritto romano antico. Saggi*, in *AUPA*, XX, 1949;
- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979,
- ALBERTARIO E., *'Conceptus pro iam nato habetur'*, in *BIDR*, XXXIII, 1923;
- ALBERTARIO E., *Recensione a B. KÜBLER, 'Vocabularium iurisprudentiae romanae'*, Berlin, 1931, in *BIDR*, XL, 1932, 250 ss.;
- ALBERTARIO E., *Studi di diritto romano, I. Persone e famiglia*, Milano, 1933;
- ALEMÁN MONTERREAL A., *Precisiones terminológicas sobre 'ostentum', D. 50.16.38 (Ulpianus libro 25 'ad edictum')*, in *Fundamenta Iuris'. Terminología, principios e interpretatio*, a cura di P. Resina Sola, Almería, 2012;
- ALLARA A., *'Corpus' et 'cadaver', la gestion d'un nouveau corpus*, in *La mort au quotidien dans le monde Romain*, a cura di F. Hinard e M.F. Lambert, Paris, 1995, 69 ss.;
- AMATO S., *Il diritto alla vita e il potere sulla vita*, in *Persona y Derecho*, LX, 2009, 169 ss.;
- AMATUCCI A.G., *'Neniae' e 'laudationes funebres'*, in *Rivista di Filologia e di Istruzione Classica*, XXXII, 1904, 626 ss.;
- AMBROSINO R., *Il requisito della vitalità per l'acquisto della capacità giuridica in diritto romano*, in *RISG*, XVIII, 1940, 4 ss.;
- AMBROSINO R., *In tema di interpolazioni*, Milano, 1939;

- ANDORLINI I. - MARCONE A., *Medicina, medico e società nel mondo antico*, Firenze, 2004;
- ANDRÉ J.-M., *Être médecin à Rome*, Paris, 1995, 140 ss.;
- ANDRÉ J.-M., *La médecine à Rome*, Paris, 2006;
- ANDREWS L. - NELKIN D., *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell'era biotecnologica*, Milano, 2002;
- ANGELETTI L.R. - GAZZANIGA V., *Storia, filosofia ed etica generale della medicina*, Milano, 2008;
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1998;
- ARANGIO-RUIZ V., *Recensione a E. ALBERTARIO, Studi di diritto romano, I. Persone e famiglia*, Milano, 1933, in *AG*, CXIII, 1935, 71 ss.;
- ARCARIA F., *Recensione a M.P. BACCARI, 'Curator ventris'. Il concepito, la donna e la 'res publica' tra storia e attualità*, Torino, 2012, in *SDHI*, LXXIX, 2013, 1333 ss.;
- ARCHI G.G., *L'epitome Gai'. Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano, 1937;
- ARCHI G.G., voce *Concepimento (diritto romano)*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 193 ss.
- ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Milano, 1996;
- ARIAS RAMOS J., *Derecho romano, I. Parte general*, Madrid, 1960;
- ARIÈS P., *La mort inversée*, in *Archives européennes de sociologie*, VIII, 1967, 169 ss., con trad. it. *La morte capovolta. Il cambiamento delle attitudini davanti alla morte nelle società occidentali*, in *ID.*, *Storia della morte in occidente*, Milano, 2015 187 ss.;
- ARIÈS P., *Storia della morte in occidente*, Milano, 2015;
- ARMAROLI L., *Ricerche storiche sulla esposizione degl'infanti presso gli antichi popoli e specialmente presso i Romani*, Venezia, 1838;
- ASTOLFI R., *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*, Padova, 1983;
- ASTOLFI R., *I beni vacanti e la legislazione caducaria*, in *BIDR*, LXVIII, 1965, 323 ss.;
- ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002;
- ASTOLFI R., *La 'Lex Iulia et Papia'*, Padova, 1970;



ATLAN H., *L'ombre de l'utérus artificiel*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 177 ss.;

AUBERT J.-J., *'Vitia animi'. Tares mentales, psychologiques, caractérielles et intellectuelles des esclaves en droit romain*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, 236 ss.

BACCARI M.P., *'Conceptus' nelle fonti giuridiche romane*, Roma, 2005;

BACCARI M.P., *'Curator ventris'. Il concepito, la donna e la 'res publica' tra storia e attualità*, Torino, 2012;

BACCARI M.P., *Alcuni principi del diritto romano per la difesa dell'uomo nella globalizzazione*, in *Teoria del diritto e dello stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, I, 2005;

BACCARI M.P., *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004;

BACCARI M.P., *Diritto alla vita tra 'ius' e biotecnologie*, I. *La difesa del concepito*, Torino, 2006;

BACCARI M.P., *Il concetto giuridico di 'civitas augescens'*, in *SDHI*, LXI, 1995, 759 ss.;

BACCARI M.P., *La difesa del concepito nel diritto romano dai 'Digesta' dell'Imperatore Giustiniano*, Torino, 2006;

BACCARI M.P., *Matrimonio e donna*, I. *Concetti ulpiani*, Torino, 2012;

BACCARI M.P., *Sette note per la vita*, in *SDHI*, LXX, 2004, 507 ss.;

BACCARI M.P., *Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira)*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 125 ss.;

BAKER P.A., *Medical Care for the Roman Army on the Rhine, Danube and British Frontiers in the First, Second and Early Third Centuries AD*, New Castle, 2000;

BAKER P.A., *Medicine, Death and Military Virtues*, in *'Formae mortis'. El tránsito de la vida a la muerte en las sociedades antiguas*, a cura di F.M. Simón, F. Pina Polo e J. Remesal Rodríguez, Barcelona, 2009;

BAKER P.A., *Medicine, Death and the Military Virtues*, in *'Formae mortis': el tránsito de la vida a la muerte en las sociedades antiguas*, a cura di F.M. Simón, F. Pina Polo e J. Remesal Rodríguez, Barcelona, 2009, 30 s.;

BAKER P.A., *The Roman Military 'valetudinaria': Fact or Fiction?*, in *The Archaeology of Medicine Proceedings of the Theoretical Archaeology Group 1998*, a cura di R. Arnott, Oxford, 2002, 69 ss.;

BALDI D., *Morti favolose degli antichi*, Macerata, 2010;

BALESTRI FUMAGALLI M., *'Spes vitae'*, in *SDHI*, 1983, XLIX, 337 ss.;

BARTOLONI SAINT OMER A., *'Religio', magia e 'superstitio'. Credenze e pratiche superstiziose nella Roma antica*, Bologna, 2007;

BAUD J.-P., *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, trad. it., Milano, 2003;

BAUD J.-P., *La réincarnation du droit. Le droit du corps humain chez les juristes français de la fin du XXe siècle*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 5 ss.;

BAYET J., *La religione romana. Storia politica e psicologica*, Torino, 1992;

BECCHI P., *Definizione e accertamento della morte: aspetti normativi*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 2053 ss.;

BELOW K.-H., *Der Arzt im römischen Recht*, München, 1953;

BENVENISTE E., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, trad. it., Torino, 1976;

BESELER G., *Beiträge zur Kritik*, in *ZSS*, LVI, 1948, 265 ss.;

BETTINI M., *'Non nato da donna'. La nascita di Cesare e il 'parto cesareo' nella cultura antica*, in *Index*, XL, 2012, 211 ss.;

BIANCHI E., *'Fictio iuris'. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997;

BIANCHI E., *A proposito del concepito e delle locuzioni 'in rerum natura esse' e 'in humanis rebus non esse'. Riflessioni e considerazioni su una recente monografia*, in *RDR*, IX, 2009, 1 ss.;

BIANCHI E., *Astrazioni e finzioni in tema di 'personae'. Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index*, XXXIV, 2006, 111 ss.;

BIANCHI E., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1 pr.-1 (Ulp. 24 ad ed.). L'espressione 'portio mulieris ... vel viscerum'*, in *RDR*, XIII, 2013;

BIANCHI E., *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'. (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009;

BIANCHI E., *Recensione a C. TERRENI, 'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, in *SDHI*, LXXVII, 2011, 637 ss.;

BIANCHI E., *Ancora in tema di concepimento: minime osservazioni lessicali ed esegetiche. A proposito della «exceptio rei iudicatae»: D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 ad ed.)*, in *RDR*, XI, 2011;

BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1952;

BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956;

BIONDI B., *La legislazione di Augusto*, Milano, 1939;

BISCOTTI B., *'Curare bona'. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditore e debitore. Aspetti generali*, Milano, 2008;

BLANCH NOUGUÉS J.M., *Der Ungeborene ('nasciturus') im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht. Ein Wertungsproblem im Lichte der Rechtstradition*, in *OIR*, VI, 2000, 102 ss.;

BLOCH R., *Les prodiges dans l'antiquité classique*, Paris, 1963;

BONACCHI G., *Corpo e storia*, in *Dialoghi di bioetica*, cit., 39 ss.;

BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1966;

BORDA M., *'Lares'. La vita familiare romana nei documenti archeologici e letterari*, Città del Vaticano, 1947;

BORGHESI D., voce *Azione popolare*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 1 ss.;

BORZA H., *Le mythe de l'obole à Charon et le symbolisme actuel de la monnaie dans le cercueil*, in *Orbis*, IV, 1955;

BOWERSOCK G.W., *Greek Sophists in the Roman Empire*, Oxford, 1969;

BOZZONI R., *I medici ed il diritto romano*, Napoli, 1904;

BRASIELLO U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937;

- BRASIELLO U., *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano*, in *SDHI*, XLII, 1976,
- BRECHT H., voce *'Partus abactio'*, in *Realencyclopädie*, XVIII.4, Stuttgart, 1949, col. 2047;
- BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari, 1998;
- BRIAU R., *L'Assistance médicale chez les Romains*, Paris, 1869;
- BRINI G., *Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano*, Bologna, 1923;
- BRISSON L., *Sexual Ambivalence. Androgyny and Hermaphroditism in Graeco-Roman Antiquity*, Berkeley - Los Angeles - London, 2002;
- BROWN P., *Il corpo e la società. Uomini, donne e astinenza sessuale nel primo cristianesimo*, trad. it., Torino, 1992;
- BRUIT ZAIDMAN L., *Le figlie di Pandora. Donne e rituali nelle città*, in *Storia delle donne in occidente*, diretto da G. Duby e M. Perrot, Roma - Bari, 1990;
- BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011;
- BUJUKLIC Z., *'Leges regiae: pro et contra'*, in *RIDA*, XLV, 1998, 89 ss.;
- BUONOPANE A., *Ceti medi e professioni: il caso dei medici*, in *Ceti medi in Cisalpina. Atti del Colloquio Internazionale (Milano, 14-16 settembre 2000)*, a cura di A. Sartori e A. Valvo, Milano, 2002;
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2010 (rist.);
- BURDESE A., voce *Cadavere (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 763 ss.;
- CALABRESI G., *In che modo e perché le parti del corpo vengono trattate diversamente*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 349 ss.;
- CALOGERO C., *Del procurato aborto*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unito del Regno d'Italia*, II.2, a cura di P. Cogliolo, Milano, 1889;
- CANALE D., *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, Milano, 2011, 1253 ss.
- CANTARELLA E., *Diritto romano*, Milano, 2010;

CANTARELLA E., *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2011;

CANTARELLA E., *Identità, genere e sessualità nel mondo antico*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 79 ss.;

CANTARELLA E., *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano, 1996;

CANTARELLA E., *The Androgynous and Bisexuality in Ancient Legal Codes*, in EAD., *Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Milano, 2011;

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *'Tollere liberos'*, in *MEFRA*, CII.1, 1990, 107 ss.;

CARCOPINO J., *La vita quotidiana a Roma*, Bari, 1983;

CARNAZZA-RAMETTA G., *Studio sul diritto penale dei romani*, Messina, 1883;

CARUCCI P.L., *Questioni di paternità nel diritto d'età imperiale*, in *SDHI*, LXXVIII, 2012, 41 ss.;

CASAVOLA F., *Studi sulle azioni popolari romane. Le 'actiones populares'*, Napoli, 1958;

CASSIA M., *Il confitto e la tregua: un 'valetudinarium' sul 'limes' di Cappadocia?*, in *Ricerche di Storia Antica*, I, 2008-2009, 240 ss.;

CASTELLO C., *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *RIDA*, III, 1950, 267 ss.;

CATALANO P., *Il concepito 'soggetto di diritto' secondo il sistema giuridico romano*, in *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del convegno di studi (Roma, 31 gennaio 2005)*, Brindisi, 2005, 107 ss.;

CATALANO P., *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, 87 ss.;

CATALANO P., *L'inizio della 'persona umana' secondo il diritto romano*, in *Valori e principi del diritto romano*, a cura di A. Triscioglio, Napoli, 2009, 31 ss.;

CATALANO P., *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rass. dir. civ.*, I, 1988, 45 ss. (= *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 195 ss.);

- CAVAGGIONI F., *'Mulier rea'. Dinamiche politico-sociali nei processi a donne nella Roma repubblicana*, Venezia, 2004;
- CAYLA O.- THOMAS Y., *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, trad. it., Milano, 2004;
- CESAROTTO I., *Cadavere e sepoltura*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Ospedaletto - Pisa, 2015, 277 ss.;
- CHALUPA A., *The Religio-Political Change in the Reign of Augustus: the Disappearance of Public Prodigies*, in *Graeco-Latina Brunensia*, XVII.2, 2012;
- CHAUVEAU A. - HÉLIE F., *Théorie du Code pénal*, II, Bruxelles, 1863;
- CHIARI F., *'Praeficae' e musici. I protagonisti 'sonori' delle liturgie di morte alto-imperiali*, in *Ager Veleias*, VII.8, 2012;
- CHIAZZESE L., *Confronti testuali: contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte generale*, Cortona, 1933;
- CONSIGLIO G., *Il soldato romano: carriera militare e vita privata*, in *Ager Veleias*, V.07, 2010;
- COPPOLA G., *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994;
- COPPOLA G., *Procreazione assistita e capacità di succedere dei concepiti 'post mortem patris'*, in *TSDP*, VIII, 2015;
- CORBINO A., *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, Padova, 2010;
- COSTA E., *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925;
- CRIFÒ G., *'Prodigium' e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in *Index*, XXVII, 1999;
- CRIFÒ G., *Ricerche sull' 'exilium'*, Milano, 1961;
- CRISTOFORI A., *Medici 'stranieri' e medici 'integrati' nella documentazione epigrafica del mondo romano*, in *Medicina e società nel mondo antico. Atti del convegno (Udine, 4-5 ottobre 2005)*, a cura di A. Marcone, Firenze, 2006;
- CUNY-LE CALLET B., *Rome et ses monstres: Naissance d'un concept philosophique et rhétorique*, Grenoble, 2005;
- CUO E., voce *'funus'*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, a cura di C. Daremberg ed E. Saglio, Paris, 1896, 1393 ss.;

- D'AVACK P.A., voce *Identità di sesso ed ermafroditismo*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 960 ss.;
- D'IPPOLITO F., *Gli 'Ogynii' e il serpente di Esculapio*, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, II, a cura di G. Franciosi, Napoli, 1988;
- DALLA D. - LAMBERTINI R., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2006;
- DALLA D., *'Status' e rilevanza dell'ostentum'*, in *Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli, 1984;
- DALLA D., *D. 50.16.135: sui perché di una 'lex specialis'*, in *Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 343 ss.;
- DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, 1978;
- DALLA MASSARA T., *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contratto e impresa – Europa*, II, 2010, 724 ss.;
- DAVIES J., *Death, burial and rebirth in the religions of antiquity*, London - New York, 1999;
- DAVIES R.W., *Service in the Roman Army*, Edinburgh, 1989;
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1985;
- DE FILIPPIS CAPPALÀ C., *'Imago mortis'*, Napoli, 1997;
- DE FILIPPIS CAPPALÀ C., *Medici e medicina in Roma antica*, Torino, 1993;
- DE FILIPPIS CAPPALÀ M., *Il culto di Asclepio da Epidauro a Roma: medicina del tempio e medicina scientifica*, in *Civiltà Classica e Cristiana*, XII.3, 1991, 272 ss.;
- DE FRANCISCI P., *'Primordia civitatis'*, Roma, 1959;
- DE FRANCISCI P., *La legittimazione attiva nell'azione funeraria*, in *Il Filangieri*, XL, 1915, 5 s.;
- DE FRANCISCI P., *La legittimazione passiva nell'azione funeraria*, in *Ann. Perugia*, XXXII, 1920, 277 ss.;
- DE GIOVANNI L., *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989;
- DE MARTINO E., *La ritualità del lamento funebre antico come tecnica di reintegrazione*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, XXVI, 1955;
- DE MIRO E. - SFAMENI GASPARRO G. - CALÌ V. (a cura di), *Il culto di Asclepio nell'area mediterranea. Atti del Convegno (Agrigento, 20-22 novembre 2005)*, Roma, 2010;

- DE PASCALE M.R., *Dall'‘Apollo medice’ delle Vestali all'‘ars fructosior’ di Plinio. Considerazioni sociali e giuridiche*, in *TSDP*, VII, 2014;
- DE VISSCHER F., *Le droit des tombeaux romains*, Milano, 1963;
- DEBRU A., *Altération et démembrement: corps romains médicalisés*, in *Corps romains*, a cura di P. Moreau, Grenoble, 2002, 77 ss.;
- DÉCLAREUIL J., *Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale a Rome*, in *Mélanges P.F. Girard*, I, Paris, 1912, 315 ss.;
- DEFANTI C.A., *La morte cerebrale. Definizioni tra etica e scienza*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, II, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 2037 ss.;
- DEICHGRÄBER K., *‘Medicus graciosus’*, in *AAWM*, III, 1970, 4 ss.;
- DELCOURT M., *Stérilités mystérieuses et naissances maléfiques*, Paris, 1938;
- DELEUZE G., *Cosa può fare un corpo? Lezioni su Spinoza*, trad. it., Verona, 2013;
- DESANTI L., *‘De confirmando tutore vel curatore’*, Milano, 1995;
- DESANTI L., *‘Restitutionis post mortem onus’*. *I fedecommessi da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003;
- DEVOTO G., *Storia della lingua di Roma*, I, Bologna, 1944;
- DICKENS B.M., *Abortion and the Law*, Bristol, 1966;
- Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12*, in *‘Iuris vincula’*. *Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 116 s.;
- DONATO BUSNELLI F., *Di chi è il corpo che nasce?*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 111 ss.;
- DONATO BUSNELLI F., *Ripensare lo statuto del corpo inanimato*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 181 ss.;
- DONATUTI G., *‘Actio funeraria’*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, 641 ss.;
- DU FRESNE (noto come DU CANGE), voce *‘Carnifex’*, in *‘Glossarium mediae et infimae latinitatis’*, II, Paris, 1842, c. 190;
- DUBY G. - PERROT M. (diretto da), *Storia delle donne in occidente*, Roma - Bari, 1990;



DUCOS M., *Le juriste romain et la mort*, in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain. Actes du colloque (Caen, 20-22 novembre 1985)*, a cura di F. Hinard, Caen, 1987, 145 ss.;

DUCOS M., *Le tombeau, 'locus religiosus'*, in *La mort au quotidien dans le monde Romain*, a cura di F. Hinard e M.F. Lambert, Paris, 1995, 135 ss.;

DUMEZIL G., *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano, 1977;

DUNCKER A., *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700-1914*, Köln, 2003;

DUTSCH D., *'Nenia': Gender, Genre and Lament in Ancient Rome*, in *Lament. Studies in the Ancient Mediterranean and Beyond*, a cura di A. Suter, Oxford, 2008;

EISENRING G., *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wien, 2002;

ESPOSITO R., *'Communitas'. Origine e destino della comunità*, Torino, 1998;

ESPOSITO R., *'Immunitas'. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002;

ESPOSITO R., *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004;

ESPOSITO R., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, 2013;

ESPOSITO R., *Il dispositivo della persona*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pisa, 2010;

ESPOSITO R., *Le persone e le cose*, Torino, 2014;

ESPOSITO R., *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007;

FADDA C., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910;

FADDA C., *L'azione popolare*, Roma, 1972;

FAGGIONI M.P., *Gli stati intersessuali*, in *'Studia Taurinensia', II. Dalla parte della vita. Itinerari di bioetica*, a cura di E. Larghero e G. Zeppegno, Torino, 2008;

FALCHI G.F., *Diritto penale romano. I singoli reati*, Padova, 1932;

FALCHI G.L., *La persona e il suo diritto*, in *La persona, il suo diritto, la sua continuità nell'esperienza tardoantica. Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XVII Convegno Internazionale in onore di G. Crifò*, I, a cura di S. Giglio, Roma, 2010, 1021 ss., 1027.

FALCHI G.L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981;

FANTHAM E., *Purification in Ancient Rome*, in *Pollution and Propriety: Dirt, Disease and Hygiene in the Eternal City from Antiquity to Modernity*, a cura di M. Bradley e K. Stow, New York, 2012, 59 ss.;

FAYER C., *La 'Familia' romana: aspetti giuridici ed antiquari*, II. 'Sponsalia'. *Matrimonio. Dote*, Roma, 2005;

FEHER M. - NADDAFF R. - TAZI N., *Fragments for a History of the Human Body*, I, II, III, New York, 1989;

FELICI S., *Medicina religiosa, medicina magica, medicina scientifica nella civiltà classica greca e latina*, in *Cultura e promozione umana. La cura del corpo e dello spirito nell'antichità classica e nei primi secoli cristiani. Un magistero ancora attuale? Convegno internazionale di studi Oasi 'Maria Santissima' (Troina, 29 ottobre-1 novembre 1997)*, a cura di E. Dal Covolo e I. Giannetto, Troina, 1998;

FERNÁNDEZ BAQUERO M.-E., *Nacimiento de la persona: pasado y presente*, in *Foro. Nueva época*, XVI.2, 2013; FERNÁNDEZ BAQUERO M.-E., *El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del Código Civil*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, XVII, 2013;

FERRARY J.-L., *'Lex Cornelia de sicariis et veneficiis'*, in *Roman Statutes*, a cura di M.H. Crawford, London, 1996, 749 ss.;

FERRETTI P., *'In rerum natura esse / in rebus humanis nondum esse'*. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008;

FERRETTI P., *Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di 'qui in utero sunt'*, in *AUFE*, XIII, 1999, 97 ss.;

FERRETTI P., *Esistere e nascere: i due fuochi del pensiero giurisprudenziale classico in tema di concepiti*, in *AUFE*, XIX, 2005, 97 ss.;

FERRETTI P., *L'identità del concepito: la 'contraddizione' del pensiero giurisprudenziale classico nelle diverse letture della dottrina*, in *Diritto @ Storia*, VII, 2008;

FERRETTI P., voce *Corpo-corporeità*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, III, a cura di E. Sgreccia e A. Tarantino, Napoli, 2010, 601 ss.;

FERRINI C., *Diritto penale romano*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, I.1, a cura di P. Cogliolo, Milano, 1888;

FERRINI C., *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, I, a cura di E. Pessina, Milano, 1905;

FERRINI C., *I commentari di Terenzio, I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio 'ad legem Iuliam et Papiam'*, in ID., *Opere*, II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 259 ss.;

FINAZZI G., *'Amicitia' e doveri giuridici*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pisa, 2010, 633 ss.;

FIORI R., *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996;

FONTANA G., *'Qui in utero sunt'*, Torino, 1994;

FOUCAULT M., *Bisogna difendere la società*, trad. it., Milano, 1998;

FOUCAULT M., *Crisi della medicina o crisi dell'antimedicina?*, trad. it., in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, II. *1971-1977: Poteri, saperi, strategie*, Milano, 1997, 202 ss.;

FOUCAULT M., *Diritto di morte e potere sulla vita*, in *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I, trad. it., Milano, 2006, 119 ss.;

FOUCAULT M., *Gli anormali. Corso al College de France (1974-1975)*, trad. it., Milano, 2000;

FOUCAULT M., *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*, trad. it., Milano, 2009;

FOUCAULT M., *L'evoluzione della nozione di 'individuo pericoloso' nella psichiatria legale del XIX secolo*, in *Archivio Foucault*, III. *1978-1985: Estetica dell'esistenza, etica, politica*, trad. it., Milano, 1998, 49 ss.;

FOUCAULT M., *La nascita della medicina sociale*, trad. it., in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, II. *1971-1977: Poteri, saperi, strategie*, Milano, 1997, 220 ss.;

FOUCAULT M., *La politica della salute nel XVIII secolo*, trad. it., in *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste*, II. 1971-1977: *Poteri, saperi, strategie*, Milano, 1997, 187 ss.;

FOUCAULT M., *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I, trad. it., Milano, 2006;

FOUCAULT M., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it., Milano, 2005;

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., rist., Torino, 2014;

FOUCAULT M., *Storia della follia nell'età classica*, trad. it., Milano, 2014;

FRANCIOSI G., *'Leges regiae'*, Napoli, 2003;

FRANCIOSI G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino, 1989, 58 ss.;

GABRIEL R.A. - METZ K.S., *A History of Military Medicine. From Ancient Times to the Middle Ages*, New York, 1992;

GALEOTTI G., *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003;

GALIMBERTI U., *Il corpo*, rist., Milano, 2014;

GALLO F., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI*, LV, 1989, 127 ss.;

GALLO F., *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, LIII, 1987, 595 ss.;

GALVANI G., *Lezioni accademiche*, I, Modena, 1839;

GAMBARO A., *I beni*, Milano, 2012;

GANDOLFI G., voce *Nascita (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 507 ss.;

GANDOLFI G., voce *Nascituro*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 530 ss.;

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ J., *Sallio el fiyo, visto et oydo*, in *AHDE*, LV, 1985, 389 ss.;

GAROFALO L. (a cura di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, Ospedaletto - Pisa, 2015;

GAROFALO L., *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009;

GAROFALO L., *Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz*, in *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, a

cura di F. Reinoso Barbero, Madrid, 2014, 107 s., ora in ID., *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 27 ss.;

GAROFALO L., *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, LIV, 1990, 230 ss.;

GHIRETTI G., *Un ambulatorio medico antico*, in *Papyrotheke*, I, 2010, 83 ss.;

GIAGNORIO M., *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *TSDP*, V, 2012;

Giardina A. (a cura di), *L'uomo romano*, Roma - Bari, 1989;

GIL L., *Arcagato, Plinio y los médicos*, in *Habis*, III, 1972, 87 ss.;

GIOMARO A.M., *Per lo studio della 'calumnia'. Aspetti di 'deontologia' processuale in Roma antica*, Torino, 2003;

GIORDANI I., *Il messaggio sociale degli apostoli*, Firenze, 1938, 260;

GIORGI G., *Le multe sepolcrali in diritto romano*, Bologna, 1910;

GIOVANNINI F., *Le sepolture neonatali di età romana rinvenute nel sito archeologico di Laion (Bolzano)*, in *Atti Acc. Rov. Agiati*, CCLVII, 2007, 239 ss.;

GIUFFRÈ V., *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli, 2002;

GIULIANI G., *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione Gregoriana*, I, Macerata, 1840;

GLOTZ G., *La solidarité de la famille*, Paris, 1904;

GÓMEZ-ROYO E. - BUIGUES-OLIVER G., *Die Haftung der Ärzte in den klassischen und nachklassischen Quellen*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 167 ss.;

GRINDER HANSEN K., *Charon's Fee in Ancient Greece? Some Remarks on a Well-Known Death Rite*, in *'Acta Hyperborea'*, III, 1991;

GRMEK M.D., *Les 'indicia mortis' dans la médecine gréco-romaine*, in *La mort, les morts et l'au-delà dans le monde romain. Actes du colloque (Caen, 20-22 novembre 1985)*, a cura di F. Hinard, Caen, 1987, 129 ss.;

GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose. Con una nota di lettura di F. Gallo*, in *RDR*, I, 2001;

GROTEN A., *'Corpus' und 'universitas'. Römisches Körperschafts- und Gesellschaftsrecht: zwischen griechischer Philosophie und römischer Politik*, Tübingen, 2015;

- GUALANDI G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963;
- GUARDUCCI M., *L'isola Tiberina e la sua tradizione ospitaliera*, in EAD., *Scritti scelti sulla religione greca e romana e sul Cristianesimo*, Leiden, 1983;
- GUARINO A., *Diritto privato romano*, Napoli, 2001;
- GUILLAUMONT F., *La nature et les prodiges dans la religion et la philosophie romaines*, in *Le concept de nature à Rome. La physique. Actes du séminaire de philosophie romaine de l'Université de Paris XII-Val de Marne (1992-1993)*, a cura di C. Lévy, Paris, 1996, 54 ss.;
- GUODONG X., *Le azioni popolari in diritto romano e la causa di interesse pubblico in Cina*, in *Diritto @ Storia*, IX, 2010, § 2;
- HANEL N., *Military Camps, 'Canabae', and 'Vici'. The Archaeological Evidence*, in *A Companion to the Roman Army*, a cura di P. Erdkamp, Oxford, 2007, 406 ss.;
- HARAWAY D.J., *Biopolitica di corpi postmoderni: la costituzione del sé nel discorso sul sistema immunitario*, trad. it., in *Manifesto Cyborg*, Milano, 1995;
- HARTMANN L.M., voce '*abortio*', in *Realencyclopädie*, I.1, Stuttgart, 1893, col. 108;
- HECKER C.F.C., *Storia filosofica della medicina*, II, trad. it., Firenze, 1844;
- HERMANN-OTTO E., '*Ex ancilla natus*', Stuttgart, 1994;
- HILLMAN D. - MAZZIO C. (a cura di), *The Body in Parts: Fantasies of Corporeality in Early Modern Europe*, London, 2013 (rist.);
- HINARD F. - LAMBERT M.F. (a cura di), *La mort au quotidien dans le monde Romain*, Paris, 1995;
- HOPE V.M. - MARSHALL E. (a cura di), *Death and Disease in the Ancient City*, London - New York, 2000;
- HOPE V.M., *Contempt and Respect: the Treatment of the Corpse in Ancient Rome*, in *Death and Disease in the Ancient City*, a cura di V.M. Hope e E. Marshall, London, 2000, 104 ss.;
- HOPE V.M., *Roman Death. The Dying and the Dead in Ancient Rome*, London, 2009;
- HOPKINS A. - WYKE M. (a cura di), *Roman Bodies: Antiquity to the Eighteenth Century*, Roma, 2005;

- HOPKINS K., *Death and Renewal*, II, London, 1993;
- HUMBERT G., voce *'Abigere partum'*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, diretto da C. Daremberg ed E. Saglio, I, Paris, 1877;
- HUMBERT M., *Equité et raison naturelle dans*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani e A. Schiavone, Pavia, 2007, 419 ss.;
- HUSSERL E., *Meditazioni cartesiane. Con l'aggiunta dei Discorsi parigini*, trad. it., Milano, 2002;
- IGLESIAS J., *Derecho romano*, Barcelona, 1958;
- IMPALLOMENI G., *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano, Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996 (già in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 23 ss.);
- IMPALLOMENI G.B., *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996 (già in *Iura*, XXII, 1971, 99 ss.);
- IMPALLOMENI G.B., voce *Persona fisica (dir. rom.)*, in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 135 (già in *Noviss. dig. it.*, XII, 1965, 1015 s.);
- INGOGLIA A., *A proposito dell'influenza delle fonti cristiane primitive sulla condizione giuridica del 'nasciturus'*, in *Diritto canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio (Venezia, 22-23 maggio 1991)*, Torino, 1992, 260 ss.;
- ISNARDI F., *Principio e termine della personalità*, Torino, 1896;
- ISRAELOWICH I., *Patients and Healers in the High Roman Empire*, Baltimore, 2015;
- J.-L. NANCY, *'Corpus'*, trad. it., Napoli, 1995, 87 ss.;
- JACKSON R., *Doctors and Diseases in the Roman Empire*, London, 1988;
- JACKSON R.P.J., *Roman Medicine: the Practitioners and their Practices*, in *ANRW*, 1993, II.37.1, 81 ss.;
- JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001;
- JOBÉ-DUVAL E.M., *Le morts malfaisants ('larvae, lemures') d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, Paris, 1924;
- KAPPARIS K., *Abortion in the Ancient World*, London, 2002;

KASER M., *'Partus ancillae'*, in ZSS, LXXV, 1958, 169 ss.;

KASER M., *Das römische Privatrecht*, München, 1971;

KOBAYASHI M., *The Social Status of Doctors in the Early Roman Empire*, in *Forms of Control and Subordination in Antiquity*, a cura di T. Yuge e M. Doi, Leiden - New York - København - Köln, 1988, 416 ss.;

KOFANOV L.L., *Origini e sviluppi del concetto di 'persona' nella Roma repubblicana*, in *Diritto @ Storia*, IX, 2010;

KORPELA J., *Das Medizinalpersonal im antiken Rom. Eine sozialgeschichtliche Untersuchung*, Helsinki, 1987;

KRELLER H., *Römisches Recht*, II, Wien, 1950;

KÜBLER B., *Über das 'ius liberorum' der Frauen und die Vormundschaft der Mutter. Ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten*, in ZSS, XXX, 1909;

KUDLIEN F., *Die Stellung des Arztes in der römischen Gesellschaft. Freigeborene Römer, Eingebürgerte, Peregrine, Sklaven, Freigelassene als Ärzte*, Stuttgart, 1986;

KUNST C., *Die Römer und der Tod*, in *Potsdamer Lataintage 2011 - 2013. Antike Geschichtsschreibung. Tod und Jenseits. Römische Religion*, a cura di U. Gärtner, Potsdam, 2015;

LA PIRA G., *Di fronte all'aborto*, in *Medicina e Morale*, 1986, I, 24 ss.;

LA PIRA G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930;

LAMBERTI F., *'Studi sui postumi' nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996;

LAMBERTI F., *'Studi sui postumi' nell'esperienza giuridica romana*, II. *Profili del regime classico*, Milano, 2001;

LAMBERTI F., *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *'Serta iuridica'. Scritti dedicati dalla facoltà di giurisprudenza a F. Grelle*, I, a cura di F. Lamberti, N. De Liso, E. Sticchi Damiani, G. Vallone, Napoli, 2011, 303 ss.;

LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Milano, 1984;

LANFRANCHI F., *'Ius exponendi' e obbligo alimentare*, in SDHI, VI, 1940, 5 ss.;



LANFRANCHI F., *Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 741 ss.;

LANFRANCHI F., *Ricerche sul valore giuridico delle dichiarazioni di nascita in diritto romano*, Modena, 1951, 77 ss.;

LANFRANCHI F., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I. *L'agere ex Senatus consultus de partu agnoscendo*, Bologna, 1953;

LANFRANCHI F., *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, II. *La cd. presunzione di paternità*, Bologna, 1964, 5 ss.;

LANFRANCHI F., voce *Nascituri (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, 1965, 14

LANZA C., *D. 21.1: 'res se moventes' e 'morbus vitiumve'*, in *SDHI*, LII, 2004, 135 ss.;

LAROUSSE P., voce *'Avortement, Encyclopédie Historique'*, in *Grand Dictionnaire universel du XIXe siècle*, I, Paris, 1865;

LAUBRY N., *Le transfert des corps dans l'empire romain. Problèmes d'épigraphie, de religion et de droit romain*, in *MEFRA*, CXIX.1, 2007, 149 ss.

LAVAGGI G., *Nuovi studi sui liberti*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Milano, 1956;

LE GOFF J., *Il corpo nel Medioevo*, trad. it., Roma - Bari, 2010;

LENEL O., *'Palingenesia iuris civilis'*, I-II, Leipzig, 1889 (con supplemento di L.E. Sierl, Graz, 1960, nella versione a cura di L. Capogrossi Colognesi, con prefazione di M. Talamanca, Roma, 2000);

LENEL O., *Das Sabinussystem aus der Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Facultät zu Strassburg*, Strassburg, 1892;

LENNON J.J., *Pollution and Religion in Ancient Rome*, New York, 2014;

LENTANO M., *Sbatti il mostro in fondo al mare: Caligola e le 'spintriae' di Tiberio*, in *I Quaderni del Ramo d'Oro*, III, 2010, 292 ss.;

LEVY E., *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht. Erster Teil. Die Strafzumessung*, in *BIDR*, XL, 1938;

LEWANDOWSKI H., *Costumi sessuali dell'antica Roma*, trad. it., Roma, 1965;

LINDSAY H., *Death-pollution and Funerals in the City of Rome*, in *Death and Disease in the Ancient City*, a cura di V.M. Hope e E. Marshall, London, 2000, 152 ss.;

LONGO G., *Sul diritto sepolcrale*, in *Iura*, XL, 1964, 137 ss.;

LOZANO E.A., *Competencia de los 'recuperadores' en la 'actio de sepulchro violato' y en otras acciones populares*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1487 ss.;

LUBRANO M., *'Persona' e 'homo' nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino, 2002;

MADEIRA H.M.F., *O nascituro no Direito Romano*, São Paulo, 2005;

MAFFI A. - GAGLIARDI L. (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A., Sankt Augustin, 2011;

MAGNI B., *Il dominio scritto sul corpo: le 'Lettres persanes' di Montequieu*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 359 ss.;

MAININO G., *Dalla persona alla persona giuridica: la persona in Gaio e il caso delle 'istituzioni' alimentari nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, LXX, 2004, 481 ss.;

MAIURI A., *Il lessico latino del mostruoso*, in *'Monstra'. Costruzione e percezione delle entità ibride e mostruose nel Mediterraneo antico*, II. *L'antichità classica*, a cura di I. Baglioni, Roma, 2013;

MANETTI D. (a cura di), *Studi su Galeno. Scienza, filosofia, retorica e filologia. Atti del seminario (Firenze, 13 novembre 1998)*, Firenze, 2000;

MANFREDINI A.D., *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991;

MANTOVANI F., *Problematiche biogiuridiche di fine vita*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 197 ss.;

MARASCO G., *Medici alla corte dei Cesari: funzioni e metodi terapeutici*, in *Medizinhistorisches Journal*, XXXII, 1997, 279 ss.;

MARCONI A. - ANDORLINI I., *Salute, malattia e 'prassi ospedaliera' nell'Egitto tardo antico*, in *Poveri ammalati e ammalati poveri. Dinamiche socio-economiche, trasformazioni culturali e misure assistenziali nell'Occidente romano in età tardo antica. Atti del Convegno di Studi (Palermo, 13-15 ottobre 2005)*, a cura di R. Marino, C. Molè e A. Pinzone, Catania, 2006, 15 ss.;

MARINI G., *Il corpo nel prisma del giuridico*, in *Dialoghi di bioetica*, a cura di G. Bonacchi, Roma, 2003, 33 ss.;

- MARINO F., *D. 41.4.2.6 di Paolo: un caso di 'ius singulare'*, in *Index*, XXVII, 1999, 384 ss.;
- MAROI F., *Elementi religiosi del diritto romano arcaico*, in *Arch. Giur.*, XI, 1933, 3 ss.;
- MAROI F., *L'interpretazione dei 'monstra' nella legislazione decemvirale secondo G.B. Vico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1956, 659 ss.;
- MARQUARDT K.J., *De l'organisation militaire chez les Romains*, Paris, 1891;
- MARZANO M.M. - PARISOLI L., *Le mosse della legittimazione e le trappole del controllo: il discorso della scienza alla prova del vissuto*, in L. Andrews e D. Nelkin, *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell'era biotecnologica*, Milano, 2002;
- MASCHI C.A., *Il concepito e il procurato aborto*, in *Jus*, XXII, 1975;
- MASCHI C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937;
- MASSONEAU E., *La magie dans l'antiquité romaine*, Paris, 1934;
- MASTINO A., *Scritto sulle epigrafi: premessa per una ricerca su malattie, cause di morte e medici in età imperiale romana*, in *Diritto @ Storia*, XII, 2014;
- MASTROROSA I.G., *Calamità e prodigi nella storia di Roma repubblicana: la rilettura tardoantica di Orosio*, in *Rursus*, VIII, 2012, 2 ss.;
- MAYER S., *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer, mit Rücksicht auf die neuen Gesetzgebungen, für Juristen, Staatmänner, Theologen, Philologen, Philosophen und Geschichtsforscher in Parallelen dargestellt. Ein Beitrag zu einem Systeme und zu einer Geschichte des Universalrechts*, II. *Das privatrecht*, Leipzig, 1866;
- MAZZINI I., *La medicina dei Greci e dei Romani*, I. *Letteratura, lingua, scienza*, Roma, 1995;
- MAZZINI I., *La medicina dei Greci e dei Romani*, II. *Scienza*, Roma, 1997;
- MAZZONI C.M., *I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia*, in ID., *Psiche o la forma del corpo*, Milano, 2013, 87 ss.;
- MAZZONI C.M., *Il corpo nascosto dei giuristi*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 139 ss.;
- MAZZONI C.M., *La protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo 'in quanto tale'*, in ID., *Psiche o la forma del corpo*, Milano, 2013, 121 ss.,

- MAZZONI C.M., *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 465 ss.;
- MAZZONI C.M., *La vita nascente: il corpo del nascituro*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 215 ss.;
- MAZZONI C.M., *Psiche o la forma del corpo*, Milano, 2013;
- MCCLINTOCK A., *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, 2010;
- MELILLO G., *'Personae' e 'status' in Roma antica*, Napoli, 2006;
- MERLEAU-PONTY M., *Fenomenologia della percezione*, trad. it., Milano, 2003;
- MESLIN M., *L'uomo romano. Uno studio di antropologia*, Milano, 1984;
- MILLER T.S., *The Birth of the Hospital in the Byzantine Empire*, Baltimore - London, 1985;
- MINIERI L., *L'insepoltura nel mondo antico*, in *Iura and Legal System*, II, 2015, 129 ss.;
- MOLLARET P. - GOULON M., *Le coma dépassé*, in *Revue neurologique*, CI, 1959, 4 ss.;
- MOMMSEN TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899;
- MOMMSEN TH., *Storia di Roma*, IV. *Dalla sottomissione di Cartagine alla sottomissione della Grecia*, Roma, 1934;
- MONACO L., *'Veneficia matronarum'. Magia, medicina e repressione*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1984, 2013 ss.;
- MONACO L., *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011;
- MONPIN R.-A., *L'avortement provoqué dans l'antiquité (thèse en médecine)*, Paris, 1918; GIORDANI I., *Il messaggio sociale degli apostoli*, Firenze, 1938;
- MONTANINI L., *Le donne romane e la morte*, in *Ager Veleias*, IV.12, 2009;
- MONTANINI L., *Nascita e morte del bambino a Roma*, in *Ager Veleias*, V.XI, 2010;
- MONTERRAT D. (a cura di), *Changing Bodies, Changing Meanings: Studies on the Human Body in Antiquity*, London - New York, 1998;
- MOREAU P. (a cura di), *Corps romains*, Grenoble, 2002;
- MOREIRA ALVES J.C., *A Forma Humana no Direito Romano*, Rio de Janeiro, 1960;

- MOREIRA ALVES J.C., *Direito Romano*, Rio de Janeiro, 2008;
- MOREL M., *Le 'sepulchrum'. Étude de Droit romain*, Paris, 1928;
- MOSCATELLI A., *La condizione della donna nelle società primitive e nell'antico diritto romano studiata nei suoi rapporti colla evoluzione storica della famiglia*, Bologna, 1886;
- NARDI E., *Aborto e denaro in antichi dati*, in ID., *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, 479 ss.;
- NARDI E., *Aborto e omicidio nella civiltà classica*, in ID., *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, 487 ss.;
- NARDI E., *Case 'infestate da spiriti' e diritto romano e moderno*, Milano, 1960;
- NARDI E., *Credo stoico e portata delle leggi Cornelia e Pompeia sull'omicidio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, 315 ss.;
- NARDI E., *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Varese, 1971;
- NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983;
- NARDI E., *Storia dell'aborto*, Varese, 1971;
- NARDI E., *Tempo di formazione del feto secondo gli antichi*, in ID., *Scritti minori*, I, Bologna, 1991, 725 ss.;
- NOAILLES P., *'Fas et jus'. Études de droit romain*, I. *Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains*, Paris, 1948;
- NORTH J.A., *Roman Funeral Rituals and the Significance of the 'Neniae'*, in *Religion in the Roman Empire*, I.1, 2015, 114 ss.;
- NUTTON V., *Ancient Medicine*, London, 2009;
- NUTTON V., *Continuity or Rediscovery? The City Physician in Classical Antiquity and Medieval Italy*, in *The Town and State Physician in Europe from the Middle Ages to the Enlightenment*, a cura di A.W. Russell, Wolfenbüttel, 1981, 18 ss.;
- NUTTON V., *Two Notes on Immunities: Digest 27,1,6,10 and 11*, in ID., *From Democedes to Harvey: Studies in the History of Medicine*, London, 1988;
- ONIDA P.P., *Dall'animale vivo all'animale morto: modelli filosofico-giuridici di relazioni fra gli esseri animati*, in *Diritto @ Storia*, VII, 2008;
- ONIDA P.P., *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002;

- OPPO G., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss.;
- ORESTANO R., *Il 'problema delle persone giuridiche' in diritto romano*, I, Torino, 1968;
- ORTU R., *'Aliunt aediles ...'. Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto 'de mancipiis emundis vendundis'*, Torino, 2008;
- PADOVAN M., *Medicina e corpo tra privato e pubblico*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Ospedaletto - Pisa, 2015;
- PALADIN L., voce *Azione popolare*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, 88 ss.;
- PALAZZINI I., *Ius fetus ad vitam eiusque tutela in fontibus ac doctrina canonica usque ad saeculum XVI'*, Urbanae, 1943;
- PALMA A., *'Humanior interpretatio'. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992;
- PALMA A., *Il nascituro come problema continuo nella storia del diritto*, in *TSDP*, VII, 2014, 1 ss.;
- PALMA A., voce *Sepolcro e sepoltura (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990;
- PALMIERI V.M., *Ginecologia forense*, Bari, 1945;
- PAPARRIGA-ARTEMIADI L., *D. 50.16.38: 'ὄντα «contra naturam» και «prodigiosa quae Graeci φαντάσματα vocant»*, in *Festschrift für Spyros N. Troianos zum 80. Geburtstag (auf griechisch)*, a cura di V.A. Leontaritou, K.A. Bourdara ed E. Sp. Papagianni, Athen, 2013, 1368 ss.;
- PARÉ A., *Mostri e prodigi*, Roma, 1996, 48 ss.;
- PAZZINI A., *L'organizzazione sanitaria in Roma imperiale*, Roma, 1940;
- PENNACCHIO C., *Della Medicina. Storia breve di poche idee di salute, malattia, medicinali e architetti nelle fonti e nella letteratura non medica*, I. *Strumenti*, Napoli, 2012;
- PENNACCHIO C., *Farmaco, un Giano bifronte. Dei veleni e medicinali, ovvero breve storia di un ossimoro*, in *SDHI*, LXXX, 2014, 117 ss.;
- PENSO G., *La medicina romana. L'arte di Esculapio nell'antica Roma*, trad. it., Saronno, 1985;
- PEPE L., *Abortion in Ancient Greece*, in *XIX Symposion of Greek and Hellenistic Law*, Harvard, 2013, 1 ss.;

PEPE L., *Pregnancy and Childbirth, or the Right of the Father: some Reflections on Motherhood and Fatherhood in Ancient Greece*, in *RDE*, II, 2012, 255 ss.;

PEPE L., *Processo a un'avvelenatrice: la prima orazione di Antifone*, in *Index*, XL, 2012, 131 ss.;

PEPE L., *Processo a un'avvelenatrice: la prima orazione di Antifone*, in *Index*, XL, 2012, 131 ss.;

PEPPE L., *Fra corpo e patrimonio. 'Obligatus, addictus, ductus, persona in causa Mancipi'*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pisa, 2010, 435 ss.;

PERA R., *La moneta antica come talismano*, in *Moneta o non moneta. Atti del Convegno Internazionale di Studi Numismatici in occasione del Centenario della Società numismatica italiana (1892-1992)*, in *Rivista Italiana di Numismatica*, XCV, 1993, 345 ss.;

PERFIGLI M., *'Indigitamenta'. Divinità funzionali e Funzionalità divina nella Religione Romana*, Pisa, 2004;

PERLA L., voce *Aborto (diritto)*, in *Encl. it.*, Roma, 1949;

PERNICE A., *'Marcus Antistius Labeo'. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873;

PEROZZI S., *'Tollere liberum'*, in *Studi in onore di V. Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1915, 215 ss. (ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 95 ss.);

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928;

PESCANI P., *Il piano del Digesto*, in *BIDR*, LXXVII, 1974, 347 ss.;

PESSINA E., voce *Aborto procurato*, in *Enc. giur. it. Esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza*, I.1, diretta da P.S. Mancini, Milano, 1884, 56 ss.;

PÉTER O.M., *'Liberorum quaerendorum causa'. L'image idéale du mariage et la filiation à Rome*, in *RIDA*, XXXVIII, 1991, 304 ss.;

PÉTER O.M., *'Olim in prodigiis nunc in deliciis'. Lo statuto giuridico dei 'monstra' nel diritto romano*, in *'Iura antiqua, iura moderna': Festschrift für F. Benedek zum 75. Geburtstag*, a cura di G. Hamza, I. Kajtár, A. Pókecz Kovács e J. Zlinszky, Pécs, 2001;

PÉTER O.M., *Il parto cesareo nelle fonti letterarie e giuridiche in Roma antica*, in *Le radici del nostro futuro. Temi di storia della medicina*, a cura di D. Tramontano e G. Villone, Bologna, 1977, 60 ss.;

PIACENTE L., *Medici, libri e biblioteche nella Roma imperiale*, in *Scienza antica in età moderna. Teoria e immagini*, a cura di V. Maraglino, Bari, 2012, 305 ss.;

PIGEAUD J., *La question du cadavre dans l'antiquité gréco-romaine*, in *Micrologus*, VII, 1999, 43 ss.;

PINTO G., *Storia della medicina in Roma al tempo dei re e della Repubblica. Investigazioni e studi*, Roma, 1879;

PLEKET H.W., *The Social Status of Physicians in the Graeco-Roman World*, in *Clio medica*, XXVII, 1995, 27 ss.;

POLO ARÉVALO E.M., *'Conceptus nondum natus' en el derecho romano: régimen sucesorio*, Albacete, 2002;

PORTER J.M. (a cura di), *Constructions of the Classical Body*, Michigan, 2002;

POTHIER R.G., *Le pandette di Giustiniano riordinate ordine (versione italiana col testo a fronte)*, trad. it., a cura di D. Manin, Venezia, 1827;

PRESCENDI F., *Klagende Frauen. Zur weiblichen Trauerhaltung in Rom*, in *Frauenwelten in der Antike. Geschlechterordnung und weibliche Lebenspraxis*, a cura di B. Wagner Hasel e T. Späth, Stuttgart - Weimar, 2000;

PRIEUR J., *La morte nell'antica Roma*, Genova, 1991;

PUGLIA F., *Studi critici di diritto criminale*, IV. *L'aborto criminoso*, Napoli, 1885;

PUGLIESE G., *Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana*, in *Colloquio. Il diritto e la vita materiale. Atti dei Convegni Lincei (Roma, 22-23 novembre 1982)*, LXI, Roma, 1984;

PURPURA G., *Brevi riflessioni sull' 'humanitas'*, in *AUPA*, LII, 2009, 290 ss.;

REGGI R., voce *'Actio funeraria'*, in *Nov. dig. it.*, I, 1957, 266 ss.;

REIN W., *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian. Ein Hülfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Leipzig, 1844;

REINA A., *Contributo alla classificazione dei diritti di sepolcro*, Milano, 1947;



- REINACH S., *Cultes, mythes et religions*, III. *Morale orphique et morale chrétienne*, Paris, 1908;
- RESCIGNO P., *Frammenti da varie riflessioni nel tempo*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 149 ss.;
- RESTA G., *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, I, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 809 ss.;
- RIBAS ALBA J.M., *Introducción a la antropología jurídica romana*, Granada, 2013;
- RIBAS ALBA J.M., *Persona. Desde el Derecho Romano a la Teología Cristiana*, Granada, 2012;
- RICCIARDI VON PLATEN A., *Il corpo violato. La cosiddetta eutanasia e la psichiatria tedesca sotto il nazismo*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 397 ss.;
- RINOLFI C.M.A., *Livio 1.20.5-7: pontefici, 'sacra', 'ius sacrum'*, in *Diritto @ Storia*, IV, 2005;
- RISSE G.B., *Mending Bodies, Saving Souls. A History of Hospitals*, Oxford, 1999;
- RIZZELLI G., *'Adulterium'. Immagini, etica, diritto*, in *RDR*, VIII, 2008;
- ROBBE U., *I postumi nella successione ereditaria romani*, Milano, 1937;
- ROBBE U., *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953;
- ROBBE U., *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle 'res pseudo-marciane che non ha ne capo ne coda*, I, Milano, 1979;
- ROBERTI M., *'Nasciturus pro iam nato habetur' nelle fonti cristiane primitive*, in *Cristianesimo e diritto romano*, a cura di M. Roberti, E. Bussi e G. Vismara, Milano, 1935, 65 ss.;
- ROBERTI M., *Il nascituro e l'età nelle fonti patristiche*, in *Arch. Giur.*, XCI, 1924, 73 ss.;
- RODOTÀ S., *Il corpo e il post-umano*, in *Polemos*, II.2, 2008, 11 ss.;
- RODOTÀ S., *Ipotesi sul corpo 'giuridificato'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss.;
- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 204 ss.;

RODOTÀ S., *Trasformazioni del corpo*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 43 ss.;

RODRÍGUEZ LÓPEZ R., *'Superstitio' y 'magia': atentados a la observancia religiosa de la 're publica'*, in *RDR*, V, 2005, 1 ss.;

ROMANO A., *'Tollere liberos': uomo, donna e potere*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli, 1984, 885 ss.;

ROMANO E., *Medici e filosofi. Letteratura medica e società alto imperiale*, Palermo, 1991;

RONGA G., *Elementi di diritto romano*, I, Torino, 1870;

ROSSI S., voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Digesto – Sez. civ., Aggiornamento*, VII, Torino, 2012, 216 ss.;

ROUSSELLE A., *La politica dei corpi: tra procreazione e continenza a Roma*, in *Storia delle donne in occidente*, diretto da G. Duby e M. Perrot, Roma - Bari, 1990;

ROUSSELLE A., *Sesso e società alle origini dell'età cristiana*, Roma - Bari, 1985;

RUDORFF A.F., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1859;

RUSSO A., *I preparatori di farmaci nella società romana*, in *From Epidaurus to Salerno*, a cura di A. Krug, Belgium, 1991;

RUSSO RUGGERI C., *'Cognatorum decreta' e 'veneficia matronarum' nel II secolo a.C.*, in *'Iuris Antiqui Historia'*, I, 2009, 225 ss.;

RUSSO RUGGERI C., *Studi sulle 'quingenta decisiones'*, Milano, 1999;

SABBATUCCI D., *La religione di Roma antica*, Milano, 1988;

SABLAYROLLES R., *'Libertinus miles'. Les cohortes de vigiles*, Roma, 1996;

SACCHI O., *'Phersu'/'Persona'? Contributo per un'etimologia di 'prosōpon'*, in *Diritto @ Storia*, IX, 2010; MORESCHINI C., *Oltre l'Antico. La svolta antropologica di Agostino e la definizione boeziana di persona*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010;

SACCOCCIO A., *Il modello delle azioni popolari romani tra diritti diffusi e 'class actions'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 715 ss.;

SACHERS E., voce *Postumi*, in *PWRE*, XX.1, 1953, 956 ss.;

- SANDRINI E., *La professione medica nella dottrina del diritto comune: secoli XIII-XVI*, Padova, 2009;
- SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Catania, 1992;
- SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, edizione curata e rivista da A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli, 2002;
- SANNA M.V., '*Conceptus pro iam nato habetur*' e nozione di frutto, in *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del convegno (Cagliari, 13-14 ottobre 2000)*, a cura di F. Botta, Torino, 2003, 217 ss.;
- SANNA M.V., '*Spes nascendi - spes patris*', in *AUPA*, LV, 2012, 519 ss.;
- SANNA M.V., *Il concepito nelle XII Tavole*, in *Diritto @ Storia*, X, 2011-2012;
- SANNA M.V., *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in *SDHI*, LXXV, 2009, 147 ss.;
- SANNA M.V., *Nuove ricerche in tema di 'postliminium redemptio ab hostibus'*, Cagliari, 2001;
- SANTALUCIA B., voce *Pena criminale*, in *Studi di diritto penale*, Roma, 1994;
- SANTORO N., *Sul 'tollere liberos'*, in *Index*, XXVIII, 2000, 273 ss.
- SARTRE J.-P., *L'essere e il nulla. La condizione umana secondo l'esistenzialismo*, trad. it., Milano, 2008;
- SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1840 (1981);
- SCEVOLA R., '*Utilitas publica*', II., *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012;
- SCHEID J., *La religione a Roma*, Bari, 1983;
- SCHIAVONE A., *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma - Bari, 1987;
- SCHIPANI S., *Alcune osservazioni sulla concettualizzazione giuridica dell'uomo nel sistema romanista in Europa e in America Latina*, in *Revista Chilena de Historia del Derecho*, XVI, 1990-91, 47 ss.;
- SCHLOSSMANN S., '*Persona*' und *Πρόσωπον* im Recht und im christlichen Dogma, Kiel, 1906, 1 ss.;
- SCHULZ F., *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, 30 ss.;
- SCHWARZ A.B., voce '*Charon*', *RE*, III.2, 1899, 2177 ss.;

- SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928;
- SERAFINI F., *Istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio*, I, Roma, 1920;
- SHARPE A.N., *Foucault's Monsters, the Abnormal Individual and the Challenge of English Law*, in *Journal of Historical Sociology*, XX.3, September 2007;
- SIMON J., *Infection Protection for Risk Assessment and Xenotransplantation*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 331 ss.;
- SIMONETTI M. (a cura di), *Testi gnostici in lingua greca e latina*, Milano, 1993;
- SINOGOWITZ B., *Studien zum Strafrecht der Ekloge*, in *Pragmateiai tes Akademias Athenon Tomon XXI*, Athenais, 1956;
- SOLAZZI S., *'Curator ventris'*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1957, 67 ss.;
- SOLAZZI S., *'Furor vel dementia'*, in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, II, Napoli, 1938;
- SOLAZZI S., *Tutele e curatele*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957;
- SOLIMANO G., *'Monstrum' in Seneca*, in *Grammatica e lessico delle lingue morte*, a cura di U. Rapallo e G. Garbugino, Alessandria, 1998;
- SPAEMANN R., *Le persone. Sulla differenza tra 'qualcosa' e qualcuno'*, trad. it., Bologna, 2005;
- SPERANDII C., *Nuove frontiere della corporeità. Dal 'cyborg' alla riflessione di diritto penale*, in *Arch. Giur.*, CCXXIX.2, 2009, 223 ss.;
- SPRENGEL C., *Storia prammatica della medicina*, II, trad. it., Napoli, 1825;
- STANKIEWICZ A., *'Quaestiones de homicidio in iure poenali romano'*, in *Apollinaris*, XLIX, 1976;
- STELLA MARANCA F., *Intorno al fr. 7 Dig. 1.5 De statu hominum*, in *BIDR*, XLII, 1934, 239 ss.;
- STOK F., *'Medicus amicus': la filosofia al servizio della medicina*, in *Humana.Mente*, 9 April 2009, 77 ss.; KILPATRICK R.S., *'Amicus Medicus': Medicine and Epicurean Therapy in 'De Rerum Natura'*, in *Memoirs of the American Academy in Rome*, XLI, 1996, 69 ss.;
- STOK F., *Follia e malattie mentali nella medicina romana*, in *ANRW*, II.37.3, 1996, 2297 ss.;

- STOK F., *L'ars medica' e il suo esercizio nell'ideologia ciceroniana*, in *Index*, XI, 1982;
- STOLFI E., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, 139 ss.;
- STOLFI E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 94 ss.;
- STOLFI E., *La nozione di 'persona' nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia Politica*, III, 2007, 379 ss.;
- STUMPP E., *Prostitution in der römischen Antike – Medizinische Aspekte der Prostitution*, Berlin, 1998;
- TAFARO S., *'Ius hominum causa constitutum'*, cit., 9 ss.;
- TAFARO S., *'Ius hominum causa constitutum'. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009;
- TAFARO S., *Centralità dell'uomo (persona)*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 119 ss.;
- TAFARO S., *Diritto alla vita e 'infanticidium'*, in *Diritto @ Storia*, XI, 2013;
- TAFARO S., *La pubertà a Roma. Profili giuridici*, Bari, 1991;
- TAFARO S., *Persona, città, famiglia e matrimonio: dal diritto romano ad oggi*, in *Persona. Revista electrónica mensual de derechos existenciales*, XLVIII, 2005;
- TALAMANCA M., *Elementi di diritto romano*, Milano, 2001;
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 41;
- TALLACCHINI M., *'Habeas Corpus'? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, 531 ss.;
- TALLACCHINI M., *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in *Medicina e morale*, 1998, 499 ss.;
- TALLACCHINI M., *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, in JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, VII ss.;
- TERRENI C., *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009;
- TERRENI C., *'Quae Graeci φαντάσματα vocant'. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa, 2013;

- THOMAS J., *Le 'ventre'. Corps maternel, droit paternel*, in *Le genre humain*, XIV, 1986, 215 ss.;
- THOMAS Y., *'Corpus' aut 'ossa' aut 'cineres'. La chose religieuse et le commerce*, in *Micrologus*, VII, 1999, 73 ss.;
- THOMAS Y., *'Fictio legis'. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droit*, XXI, 1995, 17 ss.;
- THOMAS Y., *La divisione dei sessi*, in *Storia delle donne in occidente*, diretto da G. Duby e M. Perrot, Roma - Bari, 1990;
- TONDO S., *Introduzione alle 'leges regiae'*, in *SDHI*, XXXVII, 1971, 12 ss.;
- TOYNBEE J.M.C., *Morte e sepoltura nel mondo romano*, trad. it., Roma, 1993;
- TREGGIARI F., *Le ossa di Bartolo*, I. *Giuristi tra scienza e pratica*, Perugia, 2009;
- TRISCIUOGGIO A., *Dispersione delle ceneri del cadavere: considerazioni romanistiche in margine a Mod. 8 resp. D. 28.7.27 pr.*, in *TSDP*, V, 2012;
- TRISCIUOGGIO A., *Il corpo umano vivente dopo la nascita: osservazioni storico-comparatistiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 389 ss.;
- TROMBETTA G., *Brevi note ricostruttive del regime giuridico dei 'monstra vel prodigia' secondo le fonti romane*, in *filodiritto.com*, 30 ottobre 2010;
- VALLAR S., *Les hermaphrodites: L'approche de la Rome antique*, in *RIDA*, LX, 2013;
- VAN GENNEP A., *I riti di passaggio*, Torino, 2012;
- VANLAER M., *La fin d'un peuple*, Paris, 1895;
- VARVARO M., *Contributo allo studio delle 'Quinquaginta decisiones'*, in *AUPA*, XLVI, 2000;
- VEGETTI M.- MANULI P., *La medicina e l'igiene*, in *Storia di Roma*, IV. *Caratteri e morfologie*, Torino, 1989;
- VEGETTI M., *L'immagine del medico e lo statuto epistemologico della medicina in Galeno*, in *Dialoghi con gli antichi*, a cura di S. Gastaldi, F. Calabi, S. Campese e F. Ferrari, Sankt Augustin, 2007, 227 ss.;
- VEGETTI M., *Lo statuto epistemologico della medicina in Galeno*, in *ANRW*, 1993, II.37.2, 1675 ss.;

- VEYNE P., *La società romana*, trad. it., Roma - Bari, 1990;
- VICO G.B., *Principi di una scienza nuova. D'intorno alla comune natura delle nazioni*, Firenze, 1847;
- VINCENTI E. - ZANON G., *Ai confini della vita: l'inizio e la fine della persona fisica*, in *Zibaldone: riflessioni su persone, cose e giustizia*, a cura di G. Zanon, Napoli, 2008, 3 ss.;
- VINCENTI U., *Categorie del diritto romano. Corso di istituzioni*, Napoli, 2008;
- VINCENTI U., *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato*, Napoli, 2014;
- VOCI P., *Diritto ereditario romano, I. Parte generale*, Milano, 1967;
- VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004;
- VOLTERRA E., *Ancora in tema di 'tollere liberos'*, in *Iura*, III, 1952, 216 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, II, cit., 275 ss.);
- VOLTERRA E., *Un'osservazione in tema di 'tollere liberos'*, in *Festschr. F. Schulz*, Weimar, 1951, 388 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici con una nota di M. Talamanca*, II. *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, 217 ss.);
- WACKE A., *Del hermafroditismo a la transexualidad*, in ID., *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996;
- WALDSTEIN W., *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin, 1982;
- WALDSTEIN W., *Zur stellung des 'nasciturus' im römischen Recht*, in *'A bonis bona discere'. Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc, 1998, 48 ss.;
- WATSON A., *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 77 ss.;
- WATTS J., *Ovid. The law and Roman Society on abortation*, in *Acta Classica*, XVI, 1973;
- WEIL S., *La persona e il sacro*, in *Oltre la politica*, a cura di R. Esposito, Milano, 1996, 76 ss.;
- WEIL S., *Riflessioni sulle origini dell'hitlerismo*, in EAD., *Sulla Germania totalitaria*, Milano, 1990, 210 ss.
- WILMANN J.C., *Der Arzt in der römischen Armee der frühen und hohen Kaiserzeit*, in *Clio medica*, XXVII, 1995, 171 ss.;

WNUKIEWICZ-KOZŁOWSKA A., *Some Remarks on the Legal Status of Embryo in the International Perspective*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 245 ss.;

ZABŁOCKA M., *Il 'ius trium liberorum' nel diritto romano*, in *BIDR*, XXX, 1988;

ZATTI P., *Corpo morto, corpo nascente, capacità, diritti. L'art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 159 ss.;

ZATTI P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 2008, 69 ss.;

ZATTI P., *Maschere del diritto - volti della vita*, Milano, 2009;

ZUCCOTTI F., *'In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?'*, in *Vivagni. VIII*, in *RDR*, VIII, 2008, 4 ss.