

A LACTE CUNISQUE.
ALCUNE NOTAZIONI SU NEONATI E INFANTES*

GAETANA BALESTRA**

SINTESI: L'analisi si focalizza sul significato giuridico attribuito al vagito, inteso come qualsiasi suono emesso dal neonato nell'ambiente circostante. Partendo dall'esame di C. 6,29,3, si mette in luce come la questione del vagito, in caso di *ruptio testamenti* del postumo preterito, abbia interessato a lungo il dibattito giurisprudenziale quale prova di vitalità del bambino morto subito dopo la nascita. Al contrario, le fonti relative alla concessione del *ius liberorum* evidenziano una assenza di controversie giurisprudenziali paragonabili a quelle sviluppatasi intorno alla *vocis emissio* del postumo preterito.

RESUMEN: El análisis se centra en el significado jurídico atribuido al llanto, entendido como cualquier sonido emitido por el recién nacido en su entorno. Partiendo del examen de C. 6,29,3, se destaca como la cuestión del llanto, en caso de *ruptio testamenti* del *postumus praeteritus*, haya suscitado interés durante mucho tiempo en el debate jurisprudencial como prueba de vitalidad del niño que falleció inmediatamente después del nacimiento. Por el contrario, las fuentes relativas a la concesión del *ius liberorum* evidencian una ausencia de controversias jurisprudenciales comparables a las que se desarrollaron en torno a la *vocis emissio* del *postumus praeteritus*.

PAROLE CHIAVE: *infans*; *vocis emissio*; Ulpiano; *Pauli Sententiae*; *ius liberorum*.

PALABRAS CLAVE: *infans*; *vocis emissio*; Ulpiano; *Pauli Sententiae*; *ius liberorum*.

SOMMARIO: 1. C. 6,29,3: il vagito come prova di vitalità. – 2. Il vagito e la conformità al genere umano nel contesto del *ius liberorum*. – 3. Considerazioni conclusive.

1. C. 6,29,3: *il vagito come prova di vitalità*

Nella maggior parte delle società antiche, i neonati e gli infanti erano considerati intrinsecamente fragili, soggetti ad una condizione particolare che li differenziava dagli adulti. Visti come esseri deboli e vulnerabili a forze oscure¹ o

* Il presente contributo rielabora la relazione tenuta ai *Seminari Romanistici di Bressanone* 2024 (Bressanone, 13-15 settembre 2024).

** Assegnista di ricerca nell'Università del Salento.

¹ In generale, sulle divinità minori a protezione dell'infanzia, cfr. G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, Paris, 1966, 47 ss. Sulle presenze sinistre e le pratiche rituali magiche, *ex multis*, S.I. JOHNSTON, *Defining the Dreadful: Remarks on the Greek Child-Killing Demon*, in AA.VV., *Ancient Magic and Ritual Power*, edited by R. GORDON – F.M. SIMON, Leiden-New York-Köln, 1995, 361-

malattie², osservati attraverso una lente che ne enfatizzava i difetti e le mancanze rispetto agli adulti, essi vivevano in uno stato liminale fino a quando non erano pienamente accolti all'interno della società.

Platone, in particolare, vedeva il bambino come incarnazione del disordine, preda dei bisogni e delle emozioni, dotato di una fisicità irrequieta che necessitava di essere domata³. Per Aristotele i neonati erano poco graziosi con visi arrossati, pochi capelli⁴ e una visione annebbiata dal colore blu opaco degli occhi, conseguenza della debolezza successiva al parto⁵. I bambini nei primi mesi di vita erano considerati dal filosofo come esseri fisicamente deformi molto simili ai nani, per via della sproporzione tra la parte superiore del corpo, più sviluppata, e quella inferiore. Questa caratteristica li costringeva a gattonare, come gli animali, al contrario dell'uomo adulto che, nella sua razionalità e perfezione fisica, si muoveva in posizione eretta⁶. Tale squilibrio, in particolare la testa smodatamente grande, influiva negativamente sulla memoria; poiché il cervello era concepito come parte destinata a raffreddare l'organismo bilanciando il calore prodotto dal cuore, l'eccessivo freddo generato da un organo sproporzionato rispetto al resto del corpo rendeva i neonati inclini – nelle prime settimane di vita – a dormire di più. Questa tendenza accentuava la loro marginalità perché il sonno era avvertito dallo Stagirita come una fase intermedia di sospensione tra vita e non vita⁷.

Nell'ambito della suddivisione tradizionale delle età della vita umana, però, la stessa definizione dell'infanzia ha origine da una mancanza, quella della paro-

387; I. KACZOR, *Magic in Private and Public Lives of the Ancient Romans*, in *Collectanea Philologica*, 23, 2020, in part. 62 ss. Per la figura della *strix*, cfr., tra gli altri, A.S. SCOBIE, *Strigiform Witches in Roman and Other Cultures*, in *Fabula*, 19, 1978, 74-101; L. CHERUBINI, 'Strix'. *La strega nella cultura romana*, Torino, 2010; L. D'AMATI, *Nutrici e streghe tra mito e realtà*, in *TSDP*, 17, 2024, in part. 17 ss.

² V. DAESSEN, *Childbirth and Infancy in Greek and Roman Antiquity*, in *A Companion to Families in the Greek and Roman World*, edited by B. RAWSON, Oxford, 2010, 294 ss. Il problema delle cause della mortalità infantile analizzate attraverso le testimonianze del medico Galeno è affrontato da D. GOUREVITCH, *I giovani pazienti di Galeno: per una patocenosi dell'impero romano*, Bari, 2001.

³ PLATONE, *Le leggi*, 7.808D4-7: «Il bambino è senza dubbio il più difficile a trattare fra tutti gli altri animali: quanto più la sua fonte del pensiero non ha ancora raggiunto un suo ordine, tanto più diviene insidioso, scaltro, il più ribelle di tutti gli animali».

⁴ PSEUDO-ARISTOTELE, *De coloribus*, 6.797b24-30.

⁵ ARISTOTELE, *De generat. anim.*, 5.1.779a-780b.

⁶ ARISTOTELE, *De partib. anim.*, 686b: «Tutti gli animali in confronto all'uomo, sono simili a nani. È proprio del nano l'aver la parte superiore grande, quella che sopporta il peso e provvede alla locomozione invece piccola. La parte superiore è il cosiddetto tronco, che va dalla testa fino all'orifizio di uscita del residuo. Ora negli uomini questa parte è proporzionata a quella inferiore, e negli individui perfettamente formati essa è molto più piccola; nei neonati, al contrario, la parte superiore è grande, quella inferiore piccola, e perciò vanno carponi, non potendo camminare. All'inizio anzi non si muovono neppure carponi, ma stanno immobili. Tutti i neonati sono infatti nani; ma procedendo verso la maturità, le parti inferiori si accrescono».

⁷ ARISTOTELE, *De generat. anim.*, 5.1.778b28.

la⁸. *Infans* deriva dal participio presente del verbo arcaico *fari* (parlare), accompagnato dal prefisso negativo 'in' che conferisce alla parola il significato di non parlante, come spiega Varrone in:

Varr., *de ling. Lat.*, 6,52: *Fatur is qui primum homo significabilem ore mittit vocem. Ab eo, ante quam ita faciant, pueri dicuntur infantes; cum id faciunt, iam fari.*

I bambini sono detti *infantes*⁹ quando ancora non sono in grado di articolare una voce dotata di significato, di coordinare il pensiero e la parola in modo da emettere un suono attraverso il quale essi riescono ad esprimere e affermare la loro volontà. L'ingresso nel mondo della parola richiede però più di una semplice emissione di suoni: sebbene l'infante non sia ancora in grado di parlare, non lo si può definire propriamente silenzioso¹⁰; i neonati emettono una varietà di suoni e, col tempo, iniziano a formare parole sempre più articolate, che però non possono essere ancora considerate uno strumento comunicativo. L'incapacità di parlare, percepita come una limitazione anatomica, viene gradualmente superata dal bambino con lo sviluppo della ragione, che porta al passaggio da un'espressione priva di consapevolezza a una comunicazione dotata di senso e significato¹¹.

⁸ S. NEGEL – S. VECCHIO, *Il bambino, la parola, il silenzio nella cultura medievale*, in *Quaderni Storici*, 19, 57(3), 1984, 721.

⁹ S. MONDA, *Personalità del bambino e rappresentazione dell'infanzia nella Roma antica*, in AA.VV., *Il fanciullo antico. Soggetto tra formazione e religio*, a cura di G. MARCONI, Alessandria, 2008, 125 s. e nt. 6; F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni riguardo all'età dell'impubere nelle fonti giuridiche romane*, in EAD., *La famiglia romana e i suoi volti*, Torino, 2014, 56 s. e nt. 13.

¹⁰ S. NEGEL – S. VECCHIO, *Il bambino, la parola, il silenzio nella cultura medievale cit.*, 725 s.

¹¹ Affascinante, in tal senso, l'uso del termine *fante* da parte di Dante in *Purgatorio* 25,61-62, in un dialogo che si svolge tra il sommo poeta, Virgilio e Stazio, in cui la parola diviene segno distintivo dell'uomo, animale ragionevole che – in quanto essere pensante – sente il bisogno di comunicare all'altro i propri pensieri: *Ma come d'animal divegna fante, / non vedi tu ancor: quest'è quel punto, / che più savio di te fè già errante ...* Su preghiera di Virgilio, Stazio espone a Dante la teoria della generazione del corpo e dell'anima, articolata in tre parti: vegetativa, sensitiva e razionale. L'anima, inizialmente vegetativa, con lo sviluppo del feto si trasforma in anima sensitiva. Quando il cervello completa la sua formazione, Dio interviene direttamente infondendo nell'essere umano l'anima razionale. Si tratta di un punto su cui un filosofo ben più 'savio' di Dante, l'arabo Averroè, era stato tratto in inganno. Averroè aveva, infatti, distinto tra l'intelletto possibile (o razionale) e l'anima sensitiva. L'intelletto possibile è un'entità eterna e immateriale, preposta alla comprensione dei concetti universali; unico per tutta l'umanità, rappresenta la predisposizione universale alla ricezione del pensiero, e non la capacità individuale di pensare. L'anima sensitiva è, invece, sede delle sensazioni e delle funzioni vitali; essendo intimamente vincolata al corpo, ne condivide la sua fragilità e mortalità. Per tale ragione, con la dissoluzione del corpo, anche l'anima sensitiva cessa di esistere, poiché indissolubilmente legata alla materia che la sostiene. Si trattava di una teoria inaccettabile per Dante, perché negava il dogma cristiano dell'immortalità dell'anima individuale infusa direttamente da Dio. Cfr. G. ROSSI, «*Ma come d'animal divegna fante*»: *Dante tra Alberto Magno e Tommaso*, in *Critica del testo*, 13, 2010, 191-209, in part. 194 ss. Cfr. voce *fante* in *Vocabolario dantesco* (<http://www.vocabolariodantesco.it/voce_tab.php?id=5752>). Sulla teoria dell'anima di Averroè, ex multis, M.-R. HAYOUN – A. DE LIBERA, *Averroè e l'averroismo*, Milano, 2005, 33 ss.;

Nonostante l'etimologia del termine rimandi all'incapacità di parlare, tra la fine della Repubblica e l'inizio del Principato, le testimonianze letterarie impiegano il termine *infans* anche per qualificare il feto ancora nel grembo materno.

Nel V libro del suo *De rerum natura*, Lucrezio¹² – a partire dal verso 772 – inizia a descrivere gli stadi di sviluppo della civiltà, introducendo il motivo della generazione spontanea della vita dalla giovane terra madre, che crea il genere umano e quello animale. In particolare, ai vv. 807-810, viene presentata l'immagine di grembi che crescono abbarbicati sul terreno fertile:

Lucr., *de rer. nat.*, 5,807 ss.: *hoc ubi quaeque loci regio opportuna dabatur, / cre-scebant uteri terram radicibus apti; / quos ubi tempore maturo pate fecerat aetas / infantum, fugiens umorem aurisque petessens, / convertebat ibi natura foramina terrae / et sucum venis cogebat fundere apertis / consimilem lactis, sicut nunc femina quae-que / cum peperit, dulci repletur lacte, quod omnis / impetus in mammas convertitur ille alimenti.*

La madre terra, prospera e feconda, crea le condizioni ottimali perché i grembi – quando il tempo è maturo – possano dischiudersi per permettere la nascita degli esseri viventi, che sono allattati attraverso delle vene nelle quali scorre una sostanza, simile al latte. In questo contesto, l'impegno del termine *infans* è collegato allo sviluppo di entità organiche primordiali, che emergono dalla terra. L'età degli 'infanti' rappresenta dunque il momento in cui queste entità, giunte a maturazione, si schiudono per dare origine a nuove forme di vita, umane e animali. L'espressione è qui utilizzata in senso metaforico, rinviando ad un momento di transizione, di passaggio da una forma di vita iniziale a una forma più com-

V. SORGE, *Averroismo*, Napoli, 2007; L. BIANCHI, *L'averroismo di Dante: qualche osservazione critica*, in *Le Tre Corone*, 2, 2015, 71-109; C. CERAMI, *Génération et substance. Aristote et Averroès entre Physique et Métaphysique*, Boston-Berlin, 2015; A. CATALFAMO, *Censura e repressione dell'averroismo nella cultura e nella letteratura italiana delle origini*, in AA.VV., *Letteratura e Potere/Poteri. Atti del XXIV Congresso dell'ADI (Associazione degli Italianisti). Catania, 23-25 settembre 2021*, a cura di A. MANGANARO – G. TRAINA – C. TRAMONTANA, Roma, 2023, 2-10. Sulle nozioni di anima e corpo nella giurisprudenza romana alla luce delle influenze filosofiche, cfr. P. LAMBRINI, 'Corpus' e 'animus' da Lucrezio a Labeone, in AA.VV., 'Noctes iurisprudentiae'. *Scritti in onore di Jan Zablocki*, a cura di P. NICZYPORUK – A. TARWACKA, Białystok, 2015, 155-164.

¹² In generale su Lucrezio, *ex multis*, E. PARATORE, *Lucrezio (nel bimillenario della morte)*, Roma, 1946; A. TRAGLIA, *Sulla formazione spirituale di Lucrezio*, Roma, 1948; E. PASOLI, *Ideologia della poesia. Lo stile di Lucrezio*, in *Lingua e stile*, 5, 1970, 367-386; E.J. KENNEY, *Lucretius*, Oxford, 1977; C. SALEMME, *Strutture semiologiche nel De rerum natura di Lucrezio*, Napoli, 1980; I. DIONIGI, *Lucrezio. Le parole le cose*, Bologna, 1988; C. SEGAL, *Lucretius on Death and Anxiety. Poetry and Philosophy in De rerum natura*, Princeton, 1990; A. SCHIESARO, *Didaxis, Rhetoric and the Law in Lucretius*, in *Classical Constructions: Papers in Memory of Don Fowler, Classicist and Epicurean*, edited by S.J. HEYWORTH, Oxford, 2007, 63-90; P. LAMBRINI, 'Corpus' e 'animus' da Lucrezio a Labeone cit., in part. 1-5; H. SHEARIN WILSON, *The Language of Atoms. Performativity and Politics in Lucretius' De rerum natura*, New York-Oxford, 2015.

pressa: la nascita da uteri primordiali è paragonata alla nascita dall'utero materno, con una forte carica evocativa.

L'utilizzo di *infans* come essere non ancora formato si ritrova anche in Ovidio, in particolare in alcuni versi del terzo libro delle sue *Metamorfosi*¹³:

Ovid., *Metam.*, 3,310-312: *imperfectus adhuc infans genetricis ab alvo / eripitur patrioque tener (si credere dignum est) / insuitur femori maternaque tempora complet.*

Ovidio racconta lo sviluppo di Bacco dopo la tragica morte di sua madre Semele, vittima di un inganno orchestrato da Giunone, gelosa della relazione tra Giove e la fanciulla, che aspettava un figlio dal dio. Giunone, travestita da nutrice, indusse Semele, la mortale principessa di Tebe, a chiedere al padre degli dèi di mostrarsi a lei in tutta la sua maestà divina. Non potendo rifiutare una richiesta fatta alla sua amata dopo aver giurato sullo Stige¹⁴, il dio assecondò la richiesta della ragazza; essendo però la visione della divinità troppo intensa per una mortale, Semele ne fu incenerita. Per salvare il figlio ancora nel grembo materno, Giove estrasse il feto, l'*infans imperfectus*, per inserirlo nella propria coscia, permettendo così la continuazione e il compimento della gestazione.

Se tuttavia volgiamo lo sguardo dalle fonti letterarie a quelle giuridiche, osserviamo come una simile accezione del termine *infans* non si rinvenga presso i giuristi. Questi ultimi, per designare il concepito in formazione, preferiscono impiegare espressioni tecniche quali *conceptus*, *uterus*, *qui in ventre est* o *qui in utero est*¹⁵. Nel linguaggio giuridico, il termine *infans* si applica invece solo al bambino già nato ma in tenerissima età, incapace di parlare e di comprendere il significato dei suoni emessi da lui stesso o da chi è in grado di esprimersi correttamente; solo nella tarda età repubblicana il sostantivo cominciò a diffondersi per indicare la prima fase della vita umana. La vita, infatti, secondo la visione romana più antica¹⁶, sarebbe suddivisa in tre età: *pueritia*, *iuventus* e *senectus*; sarebbe stato Varrone, stando alla testimonianza di Servio Onorato, a introdurre il riferimento all'*infantia* – oltre che all'*adulescentia* – come ulteriori fasi che rispettiva-

¹³ C. HINES, *Materna tempora. Gestional Time and the Ovidian Poetics of Delay*, in AA.VV., *Making Time for Greek and Roman Literature*, edited by K. GILHULY – J.P. ULRICH, London, 2023, 163 s.

¹⁴ Sullo Stige, che gli dèi prendevano a testimone dei loro giuramenti rendendoli così inviolabili, cfr.: P. GRIMAL, *L'enciclopedia dei miti. Mitologia greca e romana*, Milano, 1990, 578 s.; A. FERRARI, *Dizionario di mitologia greca e latina*, Torino, 1999, 658; D. FABIANO, *Le acque dell'aldilà greco antico. Acheronte e Stige tra opposizione e complementarità*, in *Les Études classiques*, 87, 2019, 199-217.

¹⁵ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 11 ss.; M. BEGGIATO, *Sulla condizione giuridica del concepito, con speciale riguardo al procurato aborto*, in *Diritto@Storia*, 18, 2021, 1 ss.

¹⁶ F. STOCK, *Catone e le età della vita*, in *Rivista di Cultura Classica e Medioevale*, 33, 1, 1991, 29-35; A. BALBO, *Chi è il giovane: ovvero quando comincia e quando finisce la gioventù*, in AA.VV., *Seneca e i giovani*, a cura di I. LANA, 1997, 13 ss.; F. LAMBERTI, *Su alcune distinzioni cit.*, 54.

mente precedono e seguono la *pueritia* che, prima di allora, era l'espressione usata per indicare genericamente un periodo che si estendeva dalla nascita alla pubertà:

Serv., *ad Aen.*, 1,5 v. 295: *aetates omnes Varro sic dividit: infantiam, pueritiam, / adulescentiam, iuventam, senectam.*

Fino a quando l'infante non avesse acquisito la capacità di esprimere parole dotate di significato, rimaneva completamente estraneo al mondo degli adulti, un mondo governato dal linguaggio. Questa estraneità si rifletteva nel trattamento riservato ai bambini morti in tenera età¹⁷; anche le pratiche funerarie¹⁸ rispecchiavano la percezione che la società aveva di neonati e infanti, considerati esseri ancora imperfetti rispetto agli adulti. Non essendo in grado di parlare o di comprendere, i bambini erano relegati a un ruolo marginale, semplici spettatori fermi sulla soglia di un'esistenza che non avevano ancora iniziato a vivere pienamente¹⁹. La visione sociale dell'epoca giustificava la limitazione o l'esclusione totale di qualsiasi manifestazione pubblica del dolore: le famiglie piangevano i loro bambini privatamente, senza il coinvolgimento di una comunità di cui ancora non erano completamente parte.

Esseri deboli e intrinsecamente fragili, già nei primissimi istanti di vita e nei giorni immediatamente successivi alla nascita, i neonati erano destinatari di cure e attenzioni da parte delle ostetriche, la cui presenza non si limitava esclusivamente all'assistenza durante il parto. Dopo aver tagliato il cordone ombelicale, l'ostetrica procedeva con il primo bagno del bambino, un rito di purificazione²⁰ in cui l'acqua, mescolata col sale, rimuoveva ogni traccia del periodo trascorso nel grembo materno²¹. Il corpo del neonato – malleabile come cera²² – era poi fasciato dalla levatrice con delle bende di lana o di lino in modo da assicurarne uno sviluppo armonioso secondo canoni che erano propri della cultura del tempo²³. La dedizione manifestata fin dalla più tenera età si scontrava però con la delicatezza

¹⁷ Cfr.: P. BOYANCÉ, *Funus acerbum*, in *Etudes sur la religion romaine*, 9, Rome, 1972, 73-89; C. DE FILIPPIS CAPPAL, *Imago mortis*, Napoli, 1997, in part., 87-93; D. GOROSTIDI PI, 'Too Young to Die'. *Grief and Mourning in Ancient Rome*, in *Thersites* 9, 2019, 71-88; E. ZOCCA, *Acerba funera. 'Pagani' e cristiani di fronte alla morte infantile*, in *Augustinianum*, 61, 2021, 527-552.

¹⁸ In generale, L. D'AMATI, *Dis manibus (sacrum). La sepoltura nel diritto della Roma pagana*, Bari, 2021.

¹⁹ L.F. PIZZOLATO, *Morir giovani. Il pensiero antico di fronte allo scandalo della morte prematura*, Milano, 1996, *passim*.

²⁰ I. MAÑAS ROMERO – J.N. SAIZ LÓPEZ, *Pueri nascentes: Rituals, Birth and Social Recognition in Ancient Rome*, in *AA.VV., Ages and Abilities*, edited by K. REBAY-SALISBURY – D. PANNY-KUCERA, Oxford, 2020, 241 ss.

²¹ V. DAESSEN, *Childbirth and Infancy* cit., 300.

²² A.M. URSO, *Corpo*, Roma, 2023, 42-44.

²³ La fasciatura è ricondotta ad una pratica di antropopoiesi da M. LENTANO, *Premessa a A.M. URSO, Corpo* cit., 15.

di neonati e infanti, esposti ad un elevato rischio di mortalità per diverse cause²⁴. In un contesto segnato da elevati tassi di mortalità neonatale, i giuristi si trovarono nella condizione di dover stabilire con certezza quando un neonato potesse considerarsi nato in vita, specie là dove la morte sopraggiungesse a ridosso della nascita. La voce²⁵, intesa in senso ampio come qualsiasi emissione di suono dal corpo del neonato nell'ambiente circostante, fu allora individuata da alcuni giuristi come l'unico indicatore inequivocabile della nascita e dell'ingresso del bambino nel mondo dei vivi.

Questo aspetto sembra emergere in C. 6,29,3 pr.-1, dove si menziona una controversia che aveva interessato i giuristi antichi (*veteres*) e su cui Giustiniano intervenne con una propria decisione, ponendo così fine ad un lungo dibattito.

C. 6,29,3 (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.): 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 nascento 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 nulum declinans monstrum vel prodigium. D. xv k. Dec. Costantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. Conss (a. 530).*

La *lex* fa parte del gruppo di provvedimenti conosciuti come *Quinquaginta decisiones*, emanati dall'imperatore dopo la pubblicazione del primo Codice. Queste decisioni furono introdotte con lo scopo preciso di risolvere questioni giuridiche che erano state oggetto di *ius controversum*, su cui da tempo insistevano dubbi e contrasti interpretativi: l'intento di Giustiniano era di eliminare le incertezze che avevano dominato in passato, ottenendo – nell'ambito del suo progetto di sistemazione e codificazione – una maggiore stabilità e uniformità nell'applicazione del diritto.

²⁴ Tra le cause principali, malattie infettive, malnutrizione e complicazioni legate al parto. Cfr. B. RAWSON, *Children and Childhood in Roman Italy*, Oxford, 2003, 95 ss.; M. CARROLL, *Infancy and Earliest Childhood in the Roman World. 'A Fragment of Time'*, Oxford, 2018, 147 ss.

²⁵ Il vagito sarebbe protetto dal dio *Vaticanus*, secondo la testimonianza di Sant'Agostino (*De civ. dei*, 4,8; 4,11; 4,21); tale interpretazione sembra però essere messa in discussione da Aulo Gellio (*N.A.*, 16,17), che riporta due diverse etimologie per il termine *Vaticanus*. Sui problemi, anche relativi alla tradizione manoscritta, con la variazione tra le forme *Vaticanus* e *Vagitanus*, in part. Y. LOUIS, *Vaticanus, dieu du vagissement? Aulu-Gelle en contrepoint de Saint Augustin*, in *Eruditio Antiqua*, 8, 2016, 95-108.

La questione, a cui l'imperatore pone fine con una propria *decisio*²⁶, concerneva la possibilità di considerare il neonato, non contemplato nel testamento, *heres suus* del padre, nell'ipotesi in cui quel bambino fosse morto subito dopo la nascita senza emettere alcun suono (*voce non emissa*). Considerare infatti il *partus editus* come nato comportava l'attribuzione a lui della qualifica di *postumus* e il verificarsi della *ruptio testamenti*, con l'apertura della successione *ab intestato*. Su tale questione si erano fronteggiate due posizioni contrastanti: l'espressione *veteres*²⁷ contenuta nel brano, che riporta esclusivamente la posizione dei Sabiniani, sembrerebbe alludere²⁸ alla diversa interpretazione di questi ultimi rispetto ai Proculiani riguardo al valore da attribuire alla *vox* come segno distintivo della venuta ad esistenza del neonato²⁹. Per i Sabiniani sarebbe stata sufficiente una qualunque espressione di vita, perché colui che *in ventre portabatur – praeteritus* nel testamento paterno – fosse in grado di provocarne la *ruptio*; si adduceva infatti l'irrilevanza del fatto che il neonato non avesse *emissa* la propria *vox* al momento del parto, considerando che il testamento paterno avrebbe potuto essere invalidato, ad esempio, anche dalla nascita di un bambino muto (ciò, verosimilmente, se fosse sopravvissuto per un certo tempo dopo la nascita, circostanza che permetteva di accertarne l'assenza di voce)³⁰. È evidente che fosse presente una opinione contraria, probabilmente quella dei Proculiani, che ritenevano all'opposto necessaria la *vocis emissio* al momento della nascita. Giustiniano, per dirimere il con-

²⁶ Sostantivo che – con il verbo *decido* – permette alla letteratura di affermare, in base al criterio formale, l'appartenenza della costituzione al gruppo delle *Quinquaginta Decisiones*. Cfr. M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta Decisiones*, in *AUPA*, 46, 2000, 377 ss. e 409 nt. 90. Sui dubbi relativi all'utilizzo del criterio sostanziale e cronologico, C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano, 1999, 16 ss. (su cui J. PARICIO, *Rec.* a C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones cit.*, in *Labeo*, 2000, 501-509). L'A. (23 ss.) ritiene unico criterio affidabile quello formale, che permette di individuare un numero consistente di *decisiones* dalle quali trarre comunque informazioni relative a collocazione temporale e finalità dell'opera.

²⁷ Sull'uso dell'espressione *veteres*, D. MANTOVANI, *Quando i giuristi diventarono 'veteres'. Augusto e Sabino, i tempi del potere e i tempi della giurisprudenza*, in *Augusto. La costruzione del Principato. Atti del Convegno 4-5 dicembre 2014, Roma, Accademia dei Lincei*, Roma, 2017, 249-317, *passim*. Per Mantovani – che prende le distanze, tra le altre, dalla tesi formulata da F. Horak – con *veteres* sono indicati i giuristi fino a Labeone (compreso). Il primo giurista ad utilizzare l'espressione è Nerazio Prisco (p. 279) – secondo quanto riferito da Paolo in D. 45,1,140,1 –, in un'epoca in cui parallelamente anche gli oratori iniziarono ad impiegare la medesima espressione per distinguere i *veteres* dai contemporanei. Ragioni sociopolitiche, esterne ed interne alla giurisprudenza, portarono ad una nuova consapevolezza storica e culturale che i giuristi avevano di se stessi. Fondamentale fu la nascita delle scuole, con gli *iurisperiti* che si sentivano sempre più legati alle figure dei propri *praeceptores* e ai rispettivi indirizzi.

²⁸ In tal senso, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 271 nt. 15.3.

²⁹ Per G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Id.*, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 271 nt. 8, si potrebbe anche supporre la mancanza di un preciso orientamento sostenuto dai Proculiani o che, all'interno di questa stessa scuola, vi fossero delle soluzioni divergenti.

³⁰ G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana cit.*, 271 ss.

trasto, avrebbe accolto l'opinione dei Sabiniani, ritenendo vivo il postumo che in qualsiasi modo potesse reputarsi *vivus*, sia pure in assenza di vagito, a condizione che il neonato al momento della nascita fosse *natus perfecte*.

Oggetto di *ius controversum* sarebbe stata l'individuazione di segni esteriori che potessero provare la venuta ad esistenza dell'*infans*. Per i Proculiani può ipotizzarsi che il vagito non rappresentasse un semplice segno di vita, ma una manifestazione concreta dell'esistenza *in rebus humanis*: il passaggio dalla vita intrauterina a quella extrauterina sarebbe stato sì rappresentato dalla respirazione, ma quella che trovasse espressione nel primo suono emesso alla nascita. Senza il vagito, il neonato non avrebbe completato (nell'opinione opposta a quella sabiniana) quel processo di manifestazione della vita nel mondo naturale, non potendosi dunque considerare 'vitale'. Per converso, i Sabiniani – per i quali si discute in dottrina su una possibile influenza delle argomentazioni della scuola stoica³¹ – ritenevano che qualsiasi segno di vita fosse sufficiente per riconoscere la venuta ad esistenza dell'*infans*. Essi attribuivano importanza a situazioni potenziali³², in grado di indicare una possibile presenza di vita, come un semplice movimento corporeo, perché ogni *pneuma* è il respiro dal quale ha origine la vita³³. Può fondatamente ipotizzarsi che la rilevanza della *vox*, quale *discrimen* per stabilire l'esistenza o meno del neonato preterito ai fini della rottura del testamento, sia argomento emerso in ambito processuale. In tale scenario, infatti, possiamo immaginare che da un lato vi fosse l'erede nominato nel testamento, interessato a far valere l'assenza di vagito nel neonato come indicatore di 'mancata nascita' del postumo al fine di conservare la propria posizione ereditaria; dall'altro, coloro che sostenevano la *ruptio*, vale a dire gli eredi *ab intestato*, i quali affermavano che, con la propria nascita, essendo stato vivente, sia pure per brevissimo tempo, il postumo avesse invalidato il testamento.

2. Il vagito e la conformità al genere umano nel contesto del *ius liberorum*

La controversia sul valore da attribuire al vagito non si limitò solo alle ipotesi di *ruptio testamenti* per via di nascita del postumo preterito, ma finì per assumere rilevanza anche in un contesto diverso, relativo alla concessione del *ius liberorum*. È quanto emerge in un frammento attribuito ad Ulpiano, tratto dal commentario alla *lex Iulia et Papia*³⁴:

³¹ O. BEHREND, *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, in *RHDFE*, 68, 3, 1990, 346 e nt. 32.

³² G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, 120 s.

³³ O. BEHREND, *Anthropologie juridique* cit., 346 e nt. 32.

³⁴ Sulla *lex Iulia et Papia* cfr., *ex multis*, P. JÖRS, *Ueber das Verhältnis der Lex Iulia de maritandis ordinibus zur Lex Papia Poppaea*, Bonn, 1882 [= ID., *Iuliae rogationes. Due studi sulla legislazione matrimoniale augustea*, con nota di lettura di T. SPAGNUOLO VIGORITA, Napoli, 1985]; V. ARANGIO-RUIZ, *La Legislazione*, in 'Augustus'. *Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma,

D. 50,16,135 (Ulp. 4 *leg. Iul. et Pap.*): *Quaeret aliquis si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae, qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.*

Fu sollevata la questione se un essere privo di sembianze umane – un *portentum* o un *monstrum* – o un essere fragile o comunque che alla vista o nel vagito apparisse più simile a un animale che ad un uomo, potesse essere conteggiato per beneficiare la donna, madre di più figli. Ulpiano dava al quesito risposta positiva, forse trovando la soluzione in un precedente giurista o ispirandosi a casi simili già discussi tra i *prudentes*. Egli argomentava che i neonati dovessero apportare benefici ai genitori, non potendosi biasimare la madre che avesse fatto tutto il possibile per rispettare le leggi, penalizzandola per un evento al di fuori del suo controllo. L'utilizzo ripetuto nel frammento della particella disgiuntiva *vel* attribuisce a ciascuna delle differenti condizioni che può caratterizzare il neonato pari rilevanza: che sia *portentosum*, *monstrosum* o *debilem*, o con caratteristiche inusuali nell'aspetto o nella voce (*vel qualem visu vel vagitu novum*), quel bambino sarà comunque rilevante ai fini degli obblighi procreativi imposti dalla legge.

1938 [= ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1977]; B. BIONDI, *La legislazione di Augusto*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965; G. LONGO, *La lex Iulia de maritandis ordinibus et Lex Papia Poppaea*, in *NNDI*, 9, Torino, 1965; M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972; R. ASTOLFI, *Note per una valutazione storica della lex Iulia et Papia*, in *SDHI*, 39, 1973; P. CSILLAG, *The Augustan Laws on Family Relations*, Budapest, 1979; D. NÖRR, *The Matrimonial Legislation of Augustus. An Early Instance of Social Engineering*, in *The Irish Jurist*, 16, 1980; L.F. RADITSA, *Augustus' Legislation concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery*, in *ANRW*, 2, 13, Berlin-New York, 1980; K. GALINSKI, *Augustus' Legislations on Morals and Marriage*, in *Philologus*, 125, 1981, 126-144; P. VOCI, *Linee storiche del diritto ereditario romano*. 1. *Dalle origini ai Severi*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York, 1982, 392-448; M. ZABŁOCKA, *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia*, in *BIDR*, 89, 1986, 379-410; A. METTE-DITTMANN, *Die Ehegesetze des Augustus: eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart, 1991; S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges' from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford, 1991; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1996; Ph. MOREAU, *La législation matrimoniale d'Auguste. Quelques remarques de technique législative*, in *RHD*, 81, 2003, 461-477; C. FAYER, *La 'familia romana'. Aspetti giuridici ed antiquari*. *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, 563 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *'Casta domus'. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 2010; M.A. FINO, *La legislazione matrimoniale augustea. Un'occasione per valutare le potenzialità dell'analisi del diritto condotta nella prospettiva dell'ecologia umana. Valutazioni preliminari*, in *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, a cura di M.A. FENOCCHIO – F. ZUCCOTTI, Milano, 2018, 97-112; F. BONIN, *Vannissimas Papias leges exclusit. Note intorno ai limiti di età nella lex Iulia e nella lex Papia*, in *QLSD*, 8, 2018, 175-206; *Id.*, *Intra legem Iuliam et Papiam'. Die Entwicklung des augusteischen Eherechts im Spiegel der Rechtsquellenlehren der klassischen Zeit*, Bari, 2020.

Il frammento in esame ha sollevato in letteratura non poche perplessità riguardo a possibili interpolazioni o glosse³⁵. È evidente come mentre nella prima parte del brano ulpiano l'attenzione si focalizza sulla madre, nella seconda parte la risposta del giurista si estende ad entrambi i genitori, per poi concludersi nuovamente con un riferimento alla donna, creando una certa discordanza sintattica; per questa ragione si è ritenuto in passato che il brano fosse originale solo in minima parte. Tuttavia, si è sottolineato al tempo stesso come un intervento così incisivo dei compilatori sarebbe stato poco ragionevole, considerando le modifiche cui andò incontro la *lex Iulia et Papia* a partire da Costantino³⁶; le anomalie del brano potrebbero essere dovute piuttosto ad una sintesi operata dai compilatori su un più ampio responso di Ulpiano, che ne avrebbe alterato in parte la coerenza interna, senza tuttavia incidere in modo sostanziale sul contenuto.

Il frammento ulpiano pare porsi in contrasto³⁷ con quanto rinveniamo invece nelle *Sententiae* paoline³⁸:

P.S. 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.*

Nell'ambito di un discorso inserito nel titolo dedicato al *SC. Tertullianum*³⁹, si afferma che non sarà riconosciuto alcun beneficio alla donna che darà alla luce

³⁵ Cfr. *Index interpolationum*; 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*, 30, 1909, 159 s.; G.F. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 239; E. ALBERTARIO, *Rec. a B. KÜBLER, Vocabularium iurisprudentiae romanae*, t. V, fasc. III, in *BIDR*, 40, 1932, 245 ss.; G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana cit.*, 283 ss.

³⁶ Cfr. C.Th. 8,16,1= C,8,57(58),1; C.Th. 8,16,1= C,8,57(58),2; C.Th. 8,17,3= C,8,58(59),1; C.Th. 8,17,1; C. 6,4,4; I. 3,7,3; C. 8,58(59),2; I. 3,3,4; C. 7,6,1. Cfr. G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana cit.*, 282 s.; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia, cit.*, 132 ss.; F. LAMBERTI, *I senatus consulta Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra 'anziani'*, in *AA.VV.*, *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, a cura di I. FARGNOLI, Milano, 2024, 471 ss.

³⁷ E. BISIO, *Il «ius liberorum»: tra procreazione e concessione imperiale. Una prima ricognizione delle fonti*, in *RDR*, 20, 2020, (n.s. V), 141 s.

³⁸ Sui problemi relativi all'autenticità delle *Pauli Sententiae, ex multis*, M. LAURIA, *Ricerche su Pauli sententiarum libri*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 6, 1930; E. LEVY, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca-New York, 1945; D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in *ZSS*, 112, 1995, 151-171; ID., *Die pseudopaulinischen Sentenzen II. Versuch einer neuen Palingenesie, Ausführung*, in *ZSS*, 113, 1996, 132-242; V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale*, in *Studi Storici*, 48.4, 2007, 927-964; D. LIEBS, *Die Rolle der Paulussentenzen bei der Ermittlung des römischen Rechts*, in *AA.VV.*, *Ermeneutik der Quellentexte des römischen Rechts*, herausgegeben von M. AVENARIUS, Köln, 2008, 157-175; I. RUGGIERO, *Immagini di ius receptum nelle Pauli Sententiae*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, 425-472; EAD., *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017 (ivi ulteriore bibliografia).

³⁹ P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 463.

una creatura mostruosa o prodigiosa, perché coloro che nascono con sembianze diverse da quelle umane non possono essere considerati *liberi*. Al contrario, un neonato che possieda funzionalità duplicate rispetto alle normali caratteristiche umane (*qui membrorum humanorum officia duplicavit*), verrà considerato figlio, apportando di conseguenza benefici alla donna⁴⁰.

Se per Ulpiano, quindi, un piccolo *portentosum vel monstrosum* con aspetto o voce insoliti ‘più animale che umana’ poteva essere considerato figlio ai fini delle agevolazioni riconosciute dalla *lex Iulia et Papia*, ai sensi delle *Sententiae* paoline – riguardanti il SC. *Tertullianum*⁴¹ (che, come noto, presupponeva l’acquisto del *ius liberorum* da parte della madre per ammetterla tra i successori *ab intestato* del proprio figlio) – il nato *monstruosum aut prodigiosum* non era conteggiabile fra i *liberi*.

Per spiegare il contrasto tra i due brani, si è supposta la necessità, nelle *Sententiae*, di una interpretazione più rigorosa di fronte ad un ‘conflitto di interessi’ tra la madre e le aspettative del gruppo agnatizio⁴²; o ancora, si è sottolineata la natura premiale del Tertulliano, a fronte di una componente anche sanzionatoria della *lex Iulia et Papia*, che giustificerebbe le diverse conclusioni dei due giuristi⁴³.

Il testo delle *Sententiae* è stato successivamente rielaborato dai commissari giustiniane e inserito in:

D. 1,5,14 (Paul. 4 sent.): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosam aliquid aut prodigiosum enixa sit. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur*⁴⁴.

Il brano, collocato nel titolo *De statu hominum*, esclude i nati privi di fattezze umane dal novero dei figli, perché non riconducibili al genere umano. Tuttavia, coloro che alla nascita presentano caratteristiche inusuali che comporta-

⁴⁰ D. DALLA, ‘Status’ e rilevanza dell’ostentum’, in Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino, II, a cura di V. GIUFFRÈ, Napoli, 1984, 521 ss.

⁴¹ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, 17 ss.; F. PULITANÒ, *Modelli successori ed equilibri familiari nel III d.C. tra giurisprudenza e costituzioni imperiali*, in *Tesseræ iuris*, 4.1, 2023, 195 ss.

⁴² D. DALLA, *D,50,16,135: sui perché di una ‘lex specialis’*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, 345: «nell’interpretazione attorno al senatoconsulto Tertulliano, il conflitto tra la madre e le attese del gruppo agnatizio avrebbe potuto suggerire a Paolo una maggiore severità».

⁴³ Così, M.V. SANNA, *Nascita, vitalità, forma umana. Monstra vel prodigia*, in *Studi economico-giuridici*, 54, 1, 2023, 216 ss.

⁴⁴ L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte generale*, Cortona, 1931, 143. Dal confronto tra PS 4,9,3-4 e D. 1,5,14 Palma, tra l’altro, osserva: «Risulta omessa, infatti, la prima parte *mulier ... proficit* e mancano le parole *quia hac ratione*, alla cui soppressione si accompagna un cambiamento sintattico, in quanto *videtur* assume *partus* (usato, con piena evidenza, per designare il nato) come soggetto, con conseguente modifica di *effectus* in *effectus*». A. PALMA, *Il nascituro come problema ‘continuo’ nella storia del diritto*, in *TSDP*, 7, 2014, 28.

no un ampliamento delle funzioni del corpo (*qui membrorum humanorum officia ampliavit*), possono essere considerati *liberi*. Rispetto a PS. 4,9,3-4, si elimina in particolare il riferimento alla madre nella parte finale del brano e si sottolinea la netta distinzione tra coloro che nascono privi di sembianze umane e la qualifica di *liberi*; in tal modo, i compilatori, coerentemente con il titolo in cui il brano è inserito, correlano indissolubilmente la condizione di figlio a quella di essere umano, rendendo il principio generale, decontestualizzando così l'assenza di riferimenti all'attribuzione o meno del *ius liberorum* alla madre⁴⁵.

Si è talora interpretata la divergenza tra D. 1,5,14 (= PS. 4,9,3-4) e D. 50,16,135 come una controversia fra i due giuristi⁴⁶; ma vi è chi ha ritenuto che i due frammenti sarebbero espressione, in relazione alle ipotesi considerate, di un invito implicito rivolto all'interprete a valutare caso per caso le diverse ipotesi, soprattutto di fronte a situazioni complesse e variabili come quelle legate alle diverse malformazioni alla nascita⁴⁷. La coerenza interna del Digesto, che conserva due frammenti che appaiono contraddirsi, sarebbe garantita non solo dal fatto che i passi in questione sono inseriti in due libri che trattano argomenti molto diversi tra loro (*De statu hominum* il primo, in cui si fissa la regola, e *De verborum significatione* il secondo, che contiene possibili alternative⁴⁸), ma anche considerando che le affermazioni di Ulpiano potrebbero riguardare solo casi residuali in cui il computo dei figli poteva ancora assumere rilievo ai tempi di Giustiniano, come l'ipotesi del giuramento prestato dal liberto o quella dell'adozione da parte di madri che avevano subito la perdita dei propri figli⁴⁹.

I due giuristi convergono nell'opinione che sia il *monstrum* che il *prodigium*⁵⁰ non possano essere considerati *homines*⁵¹. Ulpiano era pienamente consapevole delle anomalie riscontrate in alcune nascite, come risulta da

D. 50,16,38 (Ulp. 25 *ad ed.*): *'Ostentum' Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte*

⁴⁵ Cfr. D. DALLA, *D. 50,16,135 cit.*, 343 nt. 4; A. PALMA, *Il nascituro cit.*, 28 s.

⁴⁶ G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana cit.*, 282; M. ZABŁOCKA, *Il ius trium liberorum*, in *BIDR*, 30, 1988, 370.

⁴⁷ G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana cit.*, 282 ss.

⁴⁸ D. DALLA, *D. 50,16,135 cit.*, 346.

⁴⁹ D. DALLA, *D. 50,16,135 cit.*, 348 ss.

⁵⁰ A. ALLÉLY, *Les enfants malformés et considérés comme prodigia à Rome et en Italie sous la République*, in *Revue des Études Anciennes*, 105, 2003, 1, 127-156.

⁵¹ Cfr. L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in AA.VV., *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. MAFFI – L. GAGLIARDI, Sankt Augustin, 2011, 412; C. TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant. Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa, 2013, 87 ss.; A. PALMA, *Il nascituro cit.*, 30 ss.; M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo*, in AA.VV., *Il corpo in Roma antica*, a cura di L. GAROFALO, Pisa, 2015, 17 ss.

*corporis, quae natura contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant*⁵².

Nell'opinione di Labeone, l'*ostentum* è ogni cosa generata o fatta contro natura. In particolare, ai fini della qualificazione di un nato quale *ostentum* rilevano le anomalie fisiche (i nati con un numero maggiore di arti o con una forma del corpo contraria a natura); per quanto attiene ai *facta contra naturam*, si qualificano tali alcuni fenomeni prodigiosi (eventi o apparizioni soprannaturali). Si reputa che, nell'ambito di un discorso relativo al *sepulchrum* e al *mortuum inferre*⁵³, che non improbabilmente riguardava a quale essere poteva attribuirsi la qualifica di *mortuus* (e dunque di nato – vivo – e poi defunto), Ulpiano si soffermasse sulla definizione di Labeone, per riprenderla e precisarla ('*Ostentum*' *Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque*). L'esigenza era verosimilmente quella di tracciare i confini tra una deformità che consentisse comunque di riconoscere i tratti compatibili con la natura umana e una assoluta degenerazione del corpo. Ulpiano riprende e precisa la definizione labeoniana⁵⁴ ad apertura del frammento, facendola seguire da una specificazione di due tipologie di *ostenta*.

Ostenta, monstra, prodigia sono espressioni che, pur presentando diverse sfumature di significato, sono spesso utilizzate in maniera sinonimica⁵⁵ dalle fonti, accomunate tutte dal loro riferimento a fenomeni contro l'ordine naturale.

Il *monstrum*⁵⁶ non è solo un'anomalia biologica, ma espressione di una rottura del corso naturale degli eventi. La sua apparizione incute timore, perché presagio di accadimenti futuri che generano paura e incertezza; è uno strumento attraverso cui il divino comunica con l'umano, invitandolo a riconoscere nuovamente la supremazia degli dèi e a ripristinare quell'ordine superiore a cui tutti gli

⁵² Sul passo, *ex multis*, D. DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum* cit., 519 ss.; L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici* cit., 396 ss.; C. TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant* cit., 89 ss.; A. PALMA, *Il nascituro* cit., 30; M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo* cit., 24 ss.; M.V. SANNA, *Nascita, vitalità, forma umana* cit., 208 ss.

⁵³ M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo* cit., 24 ss.; L. D'AMATI, *La sepoltura non è per tutti*, in AA.VV., *Liber amicorum et amicorum. Scritti in onore di Leo Peppe*, a cura di E. HÖBENREICH, M. RAINER, G. RIZZELLI, Lecce, 2021, 147 ss.

⁵⁴ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsia 1889, coll. 556 n. 386.

⁵⁵ A. ALEMÁN MOTERREAL, *Precisiones terminológicas sobre ostentum D. 50,16, 38 (Ulpianus libro 25 ad edictum)*, in AA.VV., *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*, editor P. RESINA SOLA, Almería, 2012, 49 ss.

⁵⁶ Paul-Fest. 147 L.: *Monstra dicuntur naturae modum egredientia, ut serpens cum pedibus, avis cum quattuor alis, homo duobus capitibus, iecur cum distabuit in coquendo*.

uomini devono sottostare⁵⁷. Il *prodigium*⁵⁸ è un segnale straordinario, manifestato anche attraverso malformazioni fisiche o anomalie del neonato, che trasmette indirettamente informazioni su eventi futuri riguardanti l'uomo⁵⁹.

Il contrasto tra la testimonianza ulpiana e quella tradita dalle *Pauli Sententiae* si spiega in ragione della differenza dei temi affrontati. La riflessione contenuta in PS. 4,9,3-4, incentrata sulla conformità al genere umano, esclude i nati con caratteristiche 'contro natura'; si tratta di un approccio più restrittivo, perché solo coloro che rispondono a determinati criteri possono considerarsi figli (nel contesto originario, ai sensi del SC. Tertulliano). Un certo margine di elasticità è ammesso solo per quei neonati che possedano caratteristiche atipiche, ma non tali da essere considerate (alla luce probabilmente di un giudizio che si basa sulla

⁵⁷ A. MAIURI, *Il lessico latino del mostruoso*, in AA.VV., *Monstra. Costruzione e percezione delle entità ibride e mostruose nel Mediterraneo antico*, a cura di I. BAGLIONI, Roma, 2013, 166. Nel sottolineare la comune radice del sostantivo *monstrum* e del verbo *monstro*, Maiuri evidenzia (p. 169): «se *monstrum* è passato a connotare anomalia, eccezionalità, anormalità, *monstro* invece ha serbato il senso generico di 'mostrare', senza implicazioni speciali. Come *monitum* (italiano 'monito'), dunque, anche *monstrum* vuol dire 'richiamare alla memoria', nel senso di 'far pensare', 'inviare un' ammonizione', la cui natura concreta è data proprio dal suffisso. Il campo elettivo di specializzazione del vocabolo resta, in ogni caso, quello della religione».

⁵⁸ Le limitate conoscenze scientifiche e le forti influenze della religione portavano fenomeni naturali insoliti o eventi straordinari ad essere interpretati come segni divini, rivelatori di una volontà superiore. Molte di queste manifestazioni – un tempo enigmatiche – poterono però trovare una spiegazione razionale con l'acquisizione di nuove conoscenze. Cicerone, ad esempio, ironizza sull'interpretazione superstiziosa delle eclissi, deridendo coloro che attribuivano a questi eventi celesti un significato mistico, perché privi di conoscenze astronomiche (Cic., *De rep.*, 1,23-25; *Nat. deor.*, 2,40,102. Si v., in part., per quanto attiene al sapere scientifico greco diffuso tra i romani: G. REGGI, *Eclissi e sismi nell'opera storiografica di Tucidide*, in *Atene e Roma. Rassegna trimestrale dell'Associazione italiana di cultura classica*, n.s. LI, 1, 2006, 5 ss.). L'«emancipazione dalla paura» poté raggiungersi là dove si riuscì a dare una spiegazione scientifica a fenomeni naturali, permettendo all'uomo di spiegare l'ignoto, offrendogli così una nuova comprensione del mondo e della realtà circostante (P. MASTRANDEA, *Introduzione* a Giulio Ossequente, *Prodigi*, Milano, 2005, X-XII). Tale percorso ha delle inevitabili ricadute sulla riflessione giuridica; emblematico, in tal senso, il caso dell'ermafrodito: Plin., *Nat. hist.*, 7,3,34: *Gignuntur et utriusque sexus quos hermaphroditos vocamus, olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis*. Cfr., *ex multis*, L. BRISON, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphroditisme dans l'antiquité gréco-romaine*, Paris, 1997; G. CRIFÒ, *Prodigium e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in *Index*, 27, 1999, 113-120; E. CANTARELLA, *L'hermaphrodite et la bisexualité à l'épreuve du droit dans l'antiquité*, in *Diogenes*, 208, 2004, 3-15; L. FRANCHINI, *Lo 'status' dell'ermafrodita ed il problema della determinazione del sesso prevalente*, in *TSDP*, 9, 2016; C. PELLOSO, *Sew It up in the Sack and Merge It into Running Waters! Parricidium and Monstrosity in Roman Law*, in AA.VV., *Monsters and Monstrosity*, edited by D. CARPI, Berlin-Boston, 2019, 63 ss.; M.J. TORRES PARRA, *La autodeterminación de género en la intersexualidad a propósito de d.1,5,10 Paul. 1 ad Sab.*, in *RDUNED*, 24, 2019, 433-456.

⁵⁹ In ciò consta la differenza con il *presagium*: pur nella affinità filologica e semantica, la sottile linea di demarcazione sta nel fatto che, mentre il *prodigium* si manifesta esteriormente, il *presagium* è un segno interno, una percezione soggettiva di eventi futuri. Cfr. A. MAIURI, *Il lessico latino del mostruoso* cit., 171 ss.

realtà dei fatti⁶⁰) malformazioni o deformità, bensì delle potenzialità inusuali: il fatto che lo stesso esempio sia ripreso in D. 50,16,38, a proposito della discussione relativa all'*ostentum*, è indizio nel senso che per determinate fattispecie, sin da Labeone, si discutesse sulla possibilità o meno di considerare 'essere umano' un nato con difformità sensibili rispetto alla 'natura delle cose', e della presenza dunque di *controversiae* sul punto⁶¹. La difficoltà nel definire la conformità al genere umano si intrecciava con la questione della vitalità, ponendo particolari problemi anche quanto alla condizione giuridica di quei neonati venuti alla luce prematuramente all'ottavo mese di gestazione. Aulo Gellio, nelle *Noctes Atticae*⁶², riporta la notizia di un importante processo celebratosi a Roma, in cui la concessione del *ius trium liberorum* fu contestata a seguito della nascita all'ottavo mese di un neonato deceduto subito dopo il parto, circostanza che aveva indotto alcuni a considerarlo un aborto. Gellio non fornisce dettagli sull'esito della controversia⁶³, che verteva proprio sulla questione della vitalità dei parti ad otto mesi, che secondo Ippocrate – con una formula enigmatica e concisa – dovevano essere considerati nati e non nati al tempo stesso⁶⁴. Questo perché, come chiarisce il suo commentatore – Sabino⁶⁵ – i neonati all'ottavo mese, pur manifestando segni apparenti di vita immediatamente dopo il parto, spesso spirano poco dopo. La loro è solo una parvenza di vitalità, non una reale capacità di sopravvivenza autonoma⁶⁶. L'incertezza sul loro ingresso nella vita extrauterina influenzava chiaramente sulla loro percezione come *filii* e, di conseguenza, sulla loro inclusione o meno nella categoria degli *homines*. Non è da escludere che la prospettiva delle *Sententiae* possa essersi sviluppata in risposta a un quesito specifico relativo al *ius liberorum* nel contesto del *SC. Tertullianum*. Allo stesso modo, anche la posizione di Ulpiano sembra scaturire da un'istanza concreta, ma di natura diversa, forse presenta-

⁶⁰ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit., 13; M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo* cit., 12.

⁶¹ Cfr. Bas. 46,1,11 sch. 1 (Heimbach 4.549), dove si parla del nato con sei dita.

⁶² Gell., *N.A.*, 3,16,21: *Memini ego Romae accurate hoc atque sollicite quaesitum negotio non rei tunc parvae postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus ius trium liberorum supplevisset, cum abortio quibusdam, non partus, videretur mensis octavi intempestivitas.*

⁶³ Sul passo, G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana* cit., 275 s.; J. ZABŁOCKI, *In decem mensibus gigni hominem*, in *Prawo Kanoniczne*, 35/3-4, 1992, 197-2010; D. GOUREVITCH, *Au temps des lois Julia et Papia Poppaea, la naissance d'un enfant handicapé est-elle une affaire publique ou privée?*, in *Ktéma*, 23, 1998, 460 s.; R. D'ALESSIO, *Studi sulle Notte Attiche*, Lecce, 2024, 153 ss.

⁶⁴ Gell., *N.A.*, 3,16,7: *Sed huius de mense octavo dissensionis causa cognosci potest in libro Hippocratis, qui inscriptus est Περί τροφῆς, ex quo libro verba haec sunt: ἔστιν δὲ καὶ οὐκ ἔστιν τὰ ὀκτάμηνα.*

⁶⁵ Gell., *N.A.*, 3,16,8: *Id tam obscure atque praecise et tamquam adverse dictum Sabinus medicus, qui Hippocratem commodissime commentatus est, verbis his enarravit: ἔστιν μὲν, φαινόμενα ὡς ζῶα μετὰ τὴν ἔκπρωσιν, οὐκ ἔστιν δὲ, θνήσκοντα μετὰ ταῦτα: καὶ ἔστιν οὖν καὶ οὐκ ἔστιν, φαντασίᾳ μὲν παρατυκὰ ὄντα, δυνάμει δὲ οὐκέτι.*

⁶⁶ Cfr. Plin., *Nat. Hist.*, 7,5,38 in cui si afferma come vi fossero, sia in Italia che in Egitto, parti vitali di otto mesi, contrariamente all'opinione degli antichi.

ta da chi si interrogava sulla possibilità di fruire del *ius liberorum* ai sensi della *lex Iulia et Papia* ai fini della *capacitas*. In tale contesto, Ulpiano adotta una prospettiva più pragmatica, legata all'applicazione pratica e alle finalità della legislazione matrimoniale augustea, considerando rilevante esclusivamente l'evento 'nascita', a prescindere dalle caratteristiche del nato⁶⁷: i genitori dovrebbero poter beneficiare dei frutti del loro sforzo procreativo, indipendentemente dalle caratteristiche del figlio, escludendo così qualsiasi responsabilità genitoriale per le anomalie del neonato. Proprio dalla diversità delle prospettive fra i due giuristi potrebbero allora essere scaturite le diverse conclusioni da loro raggiunte.

3. Considerazioni conclusive

Dalle fonti emerge come la riflessione giurisprudenziale si sia trovata a confrontarsi con casi-limite, dove la valutazione della 'normalità' richiedeva un'attenta ponderazione delle circostanze concrete. Tra questi, particolarmente delicato era il quesito se i suoni inarticolati emessi alla nascita, non riconducibili a quelli di un uomo, potessero comunque qualificare l'essere nato come 'umano'. La questione del vagito dovè restare per secoli al centro di un vivace dibattito, specchio della difficoltà di accettare anche manifestazioni di vitalità diverse dal canone tradizionale e più frequente, rappresentato dal primo pianto del neonato. È indubbio che, date le limitate conoscenze mediche del tempo, il vagito rappresentasse una sorta di 'protolinguaggio', la manifestazione più immediata e semplice della esistenza extrauterina del bambino. Abbracciare la teoria del vagito, però, avrebbe condotto ad un paradosso logico: se l'emissione di suoni fosse stata considerata l'unico criterio di vitalità, il muto, che le fonti tardoantiche definiscono *qui loqui nihil potest*⁶⁸, non avrebbe mai potuto provare la sua esistenza autonoma dal grembo materno, dunque, non sarebbe mai stato riconosciuto come un essere vivente indipendente. Per evidenziare ulteriormente le conseguenze pratiche cui il criterio della *vox* avrebbe condotto, possiamo spingere il ragionamento all'estremo: un bambino muto, non potendo emettere il vagito, non sarebbe stato riconosciuto come vitale e, di conseguenza, non sarebbe stato considerato umano secondo il criterio in parola. Pertanto, il muto sarebbe stato equiparato a un mostro, perché il mutismo si sarebbe posto come il polo opposto della normalità, rappresentata dal vagito.

Con l'eliminazione della *vox* quale criterio principale, il requisito essenziale (e sufficiente) era che il neonato nascesse vivo, seppur per un istante: a condizione che fosse *perfecte natus*, la sua venuta ad esistenza provocava la *ruptio testamenti*. Anche la sua morte accidentale, seppur immediata, era sufficiente, perché la durata della vita autonoma era del tutto irrilevante, purché quella manifestazione

⁶⁷ M. BRUTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2015, 102.

⁶⁸ I. 2,12,3.

di vita fosse in qualche modo chiara⁶⁹. Si potrebbe allora supporre che per armonizzare il testo ulpiano conservato in D. 50,16,135 con il dettato di C. 6,29,3, i compilatori siano intervenuti sul brano, inserendo l'espressione *vel vagitu novum*, che potrebbe far riferimento a dei casi più sfumati, in cui il neonato, pur presentando le caratteristiche fisiche della specie umana, emetteva suoni non riconducibili al tradizionale vagito.

Si può, in conclusione, ipotizzare che una riflessione giuridica sul valore del vagito sia sorta originariamente in relazione a questioni legate alla nascita dei *postumi* (deve porsi in risalto come sia documentata in ogni caso nelle fonti una attenzione al *postumus praeteritus* già per l'età medio e tardorepubblicana, come da tempo messo in luce da studi sull'argomento), e della *ruptio testamenti* per via di una *adgnatio sui heredis*⁷⁰; successivamente, con l'introduzione degli obblighi di procreazione previsti dalla legislazione matrimoniale augustea, tale dibattito si sarebbe ampliato, includendo anche la questione del calcolo dei nati ai fini dell'acquisto del *ius liberorum*. Il vagito, valutato in un contesto diverso, finì per assumere dunque un peso differente a seconda dei casi: nell'ipotesi del postumo preterito, il neonato veniva considerato giuridicamente esistente anche in assenza del vagito, purché fosse presente un qualsiasi segno vitale, come il movimento corporeo o la respirazione, anche se la morte sopraggiungeva subito dopo il parto. Al contrario, per la concessione del *ius liberorum*, pare che, almeno nel periodo a ridosso della legislazione augustea, non bastasse che il neonato fosse nato vivo e avesse dimostrato la sua capacità di vita autonoma (anche se per breve tempo), ma che fosse richiesta la sua sopravvivenza per un determinato periodo di tempo. È quanto emerge chiaramente in Tit. Ulp. 16,1a⁷¹, dove sono effettuati dei calcoli piuttosto complessi per valutare in che misura la morte dei figli nati da un matrimonio fra persone sottoposte all'obbligo di contrarre *nuptiae* potesse influire sulla successione reciproca tra coniugi:

Tit. Ulp. 16,1a: *Libera inter eos testamenti factio est, si ius liberorum a principe inpetraverint; aut si filium filiamve communem habeant, aut quattuordecim annorum filium vel filiam duodecim amiserint, vel si duos trimos, vel tres post nominum diem amiserint, ut intra annum tamen et sex menses etiam unus cuiuscumque aeta-*

⁶⁹ Sull'attuale e ancora difficile distinzione tra bambino nato vivo e bambino nato vivo e vitale, M. SERENELLA PIGNOTTI, *Tra nato vivo e nato vivo e vitale: l'accertamento della capacità di vita autonoma*, in *Recenti progressi in medicina*, 99, 2, 2008.

⁷⁰ F. LAMBERTI, *Studio sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996; EAD., *Studio sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, II, Milano, 2001.

⁷¹ In generale, sui *Tituli ex corpore Ulpiani*, F. MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli, 1997; M. AVENARIUS, *Der Pseudo-Ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung*, Göttingen, 2005; ID., *Il liber singularis regularum pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le Istituzioni di Gaio*, in *Index*, 34, 2006.

tis inpubes amissus solidi capiendi ius praestet. Item si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo pepererit, solidum ex bonis eius capit.

Dai casi considerati dallo pseudo-Ulpiano, il cui discorso (come si evince dai §§ precedenti allo stesso) attiene alle previsioni della *lex Papia Poppaea*, si deduce come non fosse sufficiente la mera procreazione: considerando l'elevato tasso di mortalità infantile⁷² che interessava la primissima infanzia, era necessario collegare il numero di figli nati dalla coppia con l'età di ciascun bambino al momento della morte; i neonati dovevano sopravvivere per alcuni giorni (almeno sino al *dies nominum*), per consentire alle coppie di ottenere i benefici loro riconosciuti dalla legge. Non ai pochi, eventuali istanti che separavano la nascita dalla morte prematura, ma alla sopravvivenza del bambino per un tempo, seppur breve, ma definito veniva data rilevanza.

Se il dibattito sulla prova della nascita viva del neonato – basata su indizi come il vagito – proseguì a lungo, fino a richiedere una decisione imperiale per risolverlo, una situazione analoga pare non si sia verificata per la valutazione del vagito come indice di vitalità in relazione al *ius liberorum*. Possiamo, con tutte le cautele del caso, supporre allora che interventi normativi successivi all'originario impianto legislativo (se non la stessa *lex Iulia et Papia*) con le determinazioni relative alla sopravvivenza dell'*infans* almeno per alcuni giorni dopo la nascita, impedissero l'insorgere di un confronto altrettanto acceso e duraturo come quello concernente la (presente o mancata) *vocis emissio* del postumo preterito.

⁷² *Ex multis*, B. FRIER, *Roman Life Expectancy: The Pannonian Evidence*, in *Phoenix*, 37, 4, 1983, 328-44; R. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*, in *Storia di Roma*, IV, a cura di A. SCHIAVONE, Torino, 1989; L. MONTANINI, *Nascita e morte del bambino*, in AA.VV., *Gli affanni del vivere e del morire. Schiavi, soldati, donne, bambini nella Roma imperiale*, a cura di N. CRINITI, Brescia, 1997, 89-107; L. CAPASSO, *Mortality in Herculaneum before Volcanic Eruption of 79 AD*, in *Lancet*, 345, 1999; ID., *I fuggiaschi di Ercolano. Paleobiologia delle vittime dell'eruzione vesuviana del 79 d. C.*, Roma, 2001; N. PILKINGTON, *Growing up Roman: Infant Mortality and Reproductive Development*, in *The Journal of Interdisciplinary History*, 44, 1, 2013, 1-35.