

## LA LEGISLAZIONE

Questo capitolo potrà sembrare un po' più complesso di quelli precedenti. In fondo quando si parla del diritto, inteso nell'accezione più ampia di insieme di norme e loro interpretazioni, entriamo in un ambito poco conosciuto e dove pochi riescono a orientarsi; e se questo è vero per quanto riguarda il diritto contemporaneo, figuriamoci per quello antico. La difficoltà, per quanto riguarda il diritto vigente oggi, sta soprattutto nella enorme mole di norme e nel linguaggio estremamente tecnico utilizzato; per il diritto del passato, paradossalmente, i problemi sono proprio dovuti alla conoscenza di pochi frammenti (soprattutto per il diritto più antico) o al linguaggio che, se non estremamente tecnico, fa però riferimento a istituti oggi sconosciuti o di cui ci rimane solo una pallida memoria (si pensi ad es. alla multa dotale in caso di divorzio o alla schiavitù).

Tutto questo comporta nello studio del diritto antico una attenzione particolare ai problemi linguistici (lo vedremo subito) e alla sistemazione delle norme all'interno di un contesto sociale e giuridico che è molto diverso da quello odierno. Circa questa ultima considerazione è utile sapere che i moderni studi sociologici sul diritto hanno mostrato come, dal fatto che esista una norma, non discenda pacificamente il suo utilizzo o la sua sostanziale vigenza. Il diritto, insomma, non fotografa esattamente l'organizzazione di una società ma ne traccia un semplice profilo - più o meno chiaro, più o meno sintetico -, e di questo bisogna tenere conto nella lettura che segue.

Tratteremo brevemente del diritto greco, di cui peraltro non abbiamo molte fonti dirette a cui riferirci; poi si passerà a quello romano, che alla Grecia deve gran parte dei propri istituti (si pensi alla leggenda che vuole le leggi delle 12 tavole, base culturale e storica di tutto il diritto romano, redatte da un gruppo di saggi inviati ad Atene per studiarvi l'ordinamento giuridico e prenderne spunto proprio per trasferirne gli istituti fondamentali a Roma); infine si parlerà di Giustiniano, che può essere considerato il grande restauratore del diritto romano all'interno di un contesto imperiale che non faceva più differenza (almeno nelle intenzioni) tra oriente e occidente, tra latini e greci.

### Diritto Greco

La maggior parte degli storici è convinta che in antica Grecia l'aborto non fosse punito in quanto tale ma solo se comprometteva il desiderio di filiazione del padre; il nascituro dunque non aveva nessuna protezione legale diretta ma solo una tutela indiretta sulla base della salvaguardia di un diritto attribuito al padre. L'aborto non era perciò considerato omicidio, semplicemente i Greci ritenevano inammissibile togliere al padre quella che gli stoici chiamavano "spes hominis", la speranza della prole (è per questo che si puniva la donna per aborto nascosto al marito); d'altro canto questo dato è confermato altresì dal fatto che non ci sono pervenuti documenti riguardanti casi di sanzionamento verso donne senza nessun vincolo parentale con alcun uomo: a quanto pare queste ultime potevano abortire liberamente.

Altri storici sono al contrario del differente avviso che l'aborto fosse punito anche fuori del matrimonio e fuori dalla effettiva consistenza di una spes hominis del marito. Si citano a tal proposito il giuramento di Ippocrate, il sanzionamento culturale al tempio di Filadelfia e un richiamo di Musonius Rufus (storico romano) che ricorda l'intenzione del legislatore greco di punire in assoluto l'aborto a causa del forte calo demografico.

Circa i primi due punti (per il contenuto del giuramento e del sanzionamento culturale si rimanda rispettivamente al capitolo sulle concezioni mediche e filosofiche e a quello sulle concezioni religiose, dove se ne è parlato più diffusamente) basta dire qui che per entrambi i casi si tratta di restrizioni aventi ambiti talmente specifici, la medicina e la religione, da non consentire un'induzione logica che allarghi il campo dell'efficacia a tutto il diritto greco. Inoltre sappiamo che Ippocrate rifiutava l'aborto solo se l'utilizzo dei mezzi abortivi fosse stato pericoloso per la vita della donna, non rigettando in assoluto l'aborto anche se non terapeutico (si pensi all'episodio dei "salti della cantante"). Per quanto riguarda il tempio di Filadelfia, le preoccupazioni dei sacerdoti erano più di ragione culturale che etica: l'aborto in sé non era punito, ma lo era solo la situazione di impurità conseguente all'aborto (anche se, lo abbiamo visto, una certa riprovazione morale era presente).

Per quanto riguarda infine il terzo punto sappiamo che le preoccupazioni demografiche, se vi erano, erano però diversificate tra Sparta (che voleva accrescere la popolazione per motivi militari) e Atene (che invece non aveva interesse a ciò perché vi era una crescita costante della popolazione), e comunque la tesi di Musonius Rufus poggia su basi poco solide - non cita fonti esatte, è vago,

generalizza ogni sua dichiarazione a tutti i legislatori greci senza differenziare - tanto che G.Glotz ritiene il Rufus spinto più da ragioni filosofiche che storiche, giustificato nelle sue affermazioni dalle letture di Platone e Aristotele che ponevano le basi di uno Stato ideale da cui lui ricava senza giustificazione dati storici poco attendibili.

### Diritto romano

In antica Roma la regolamentazione dell'aborto ha percorso cammini tortuosi legati, inevitabilmente, alle diverse concezioni di nascituro che si sono accavallate nei secoli.

Si possono distinguere a grandi linee quattro momenti fondamentali:

- periodo arcaico (dalle origini alla Repubblica: 753-21 a.C.);
- periodo di influenza stoica (Dominato e Impero: 21 a.C. - 198 d.C.);
- periodo di trapasso (da Caracalla alla decadenza: 198-476 d.C.).
- periodo di influenza cristiana (Giustiniano: VI secolo d.C.).

Del primo periodo si sa veramente poco: tutto si basa su semplici congetture, spesso antitetiche, che rendono incerta qualunque conclusione. Sicuro è comunque che l'aborto veniva sanzionato se provocato accidentalmente a causa di un urto da parte di una seconda persona o da un suo animale.

Il secondo periodo è caratterizzato dall'influenza della filosofia stoica, che porterà il diritto romano dapprima unicamente a riconoscere (e solo successivamente a sanzionare sul piano privato) la perdita della speranza del padre nel futuro nascituro: si tratta comunque di una tutela che su quest'ultimo ricade solo indirettamente, vero soggetto di diritto è il padre.

Il terzo periodo può essere definito di trapasso in quanto si apre con la prima sanzione pubblica per aborto - il che dimostra un'elevazione a interesse statale, e dunque più vicina al diritto penale, della problematica - e prosegue con una commistione di diverse tendenze filosofiche (soprattutto stoicismo e cristianesimo) che si incontrano-scontrano nel diritto.

Il quarto periodo è controverso: la maggioranza degli storici propendono per vedere in Giustiniano colui che, in tema di aborto, riuscì a fondere diritto romano e cristianesimo; altri invece, la minoranza, trovano in lui un semplice restauratore del diritto romano antico (e il concetto, ancora presente nel suo Digesto, di nascituro come "speranza" ne fornirebbe la prova).

### IL PERIODO ARCAICO (753-21 A.C.)

#### *Una legge regia di Romolo?*

La più antica forma di repressione dell'aborto nel mondo latino sembra essere attribuibile addirittura a Romolo. Ce ne parla Plutarco, autore greco, nella *Vita Romuli* dove cita il contenuto della *legge regia* n° 9 che vietava alla moglie di ripudiare il marito mentre concedeva questa possibilità all'uomo nel caso di *adulterio, falsificazione di chiavi* o utilizzo di *farmaci per i bambini*. E' utile precisare che queste leggi non possono essere definite tali in senso tecnico e nemmeno è storicamente esatto attribuirle proprio a Romolo; si tratta piuttosto di un precipitato di consuetudini accumulate col tempo che testimoniano semplicemente, e a grandi linee, la sistemazione del diritto e lo sviluppo della società nelle epoche più primitive della storia romana. Ciò non toglie che abbiano una loro portata storica; la loro origine però porta a numerosi dubbi di carattere interpretativo: è quello che vedremo tra poco.

Per quanto riguarda l'adulterio, non abbiamo nulla da dire in quanto non interessa ai nostri fini e perchè il significato del termine è palese. Problemi invece sorgono in relazione ai seguenti due presupposti di legge, per i quali sono state avanzate diverse interpretazioni antitetiche:

#### *La falsificazione di chiavi*

Qui Romolo dovette riferirsi, molto probabilmente, alle chiavi della cantina, luogo in cui generalmente era conservato il vino del quale era vietata la consumazione alle donne.

Ebbene, alcuni storici del diritto hanno voluto vedere in questo un sanzionamento indiretto dell'aborto in quanto, tradizionalmente, il vino era considerato un potenziale anticoncettivo e persino abortivo. Altri autori invece preferiscono non scomodare l'aborto e giustificare la norma con un ragionamento che affonda le radici in altre prescrizioni: visto che la consumazione del vino da parte delle donne era punito in certi casi con la pena di morte - il che vuol dire che tale delitto aveva

rilevanza pubblica - tanto più era considerabile giusta causa per un ripudio - che è un fatto avente rilevanza semplicemente privata.

### *Farmaci per bambini*

Qui il discorso si fa ben più complesso, diventa filologico, e riguarda le diverse traduzioni che si possono effettuare di un brano antico. Bisogna dire infatti che i Greci solevano scrivere senza segni di interpunzione e senza spazi tra le parole, per cui oggi, in certi casi, diviene molto difficile trovare il significato univoco di uno scritto: come si sa, basta lo spostamento di una virgola per cambiare il contenuto di una frase, e in questo caso ci troviamo in una situazione più o meno simile.

Per alcuni la parola *farmaci* si riferisce ai *bambini*, e allora si può dire con sicurezza che Romolo si riferisse all'aborto.

Per altri, *farmaci* dovrebbe essere isolato e costituire presupposto di ripudio a sè, mentre la parola *bambini* verrebbe riferita al termine *falsificazione* (che sarebbe da collegare così sia alle chiavi che ai bambini). Il significato della norma allora cambia radicalmente: la donna avrebbe potuto essere ripudiata anche solo per la preparazione o il semplice uso di farmaci, mentre al presupposto della falsificazione delle chiavi si aggiungerebbe quello della falsificazione (= sostituzione) dei figli; l'aborto, a questo punto, non centra proprio niente.

Questa ultima tesi sarebbe corroborata inoltre da precisi dati storici. L'utilizzo, pericoloso per gli uomini, di droghe e di veleni da parte delle donne è infatti una attività di cui si perdono le tracce indietro nel tempo: si suppone che delle droghe venisse incoraggiato l'uso nel culto dei Carmenta e di Bona Dea (tanto da ritenere che in queste pratiche religiose, di matrice schiettamente femminile, abbia origine la fonte principale delle conoscenze mediche delle donne romane); Tito Livio riporta la notizia di una condanna nel IV secolo a.C. di 170 donne per una sorta di congiura dei veleni; non era raro inoltre l'avvelenamento dei mariti da parte delle mogli insoddisfatte. Tutto questo giustificerebbe dunque la norma romulea.

Fig.1 I problemi di traduzione della legge regia di Romolo

#### **Frase in greco:**

"...Farmakéia **teknón** é **kleidón** upobolé..."  
farmaci **dei figli** la **delle chiavi** falsificazione

Che secondo la sintassi italiana diventa:

"farmaci dei (=per) figli la falsificazione delle chiavi"

#### **Possibili interpretazioni:**

"... Farmakéia , teknón e kleidón upobolé..."  
(farmaci) (falsificazione delle chiavi e dei figli)

"... Farmakéia teknón , e kleidón upobolé..."  
(farmaci per figli) (falsificazione di chiavi)

Come si può notare il significato delle frasi cambia radicalmente anche solo mutando la posizione della virgola

### *Il danno risarcibile*

Per quanto riguarda il periodo che corre tra il V e il IV secolo a.C. non ci sono pervenute fonti indirette, né tantomeno dirette, sulla regolamentazione dell'aborto. Tutto quello che si può dire deriva da mere congetture basate su dati storici successivi a questo periodo. Tutto quello che segue si può definire dunque semplicemente "molto plausibile", ma non accertato.

Probabilmente non esistevano norme che direttamente reprimessero l'aborto (a parte quelle di Romolo di cui al paragrafo precedente, se si accettano le tesi a favore della repressione), anche perchè non sembra che il fenomeno fosse socialmente molto rilevante. Inoltre quando si fosse verificato, sicuramente l'aborto sarà stato liberamente praticato solo dalle donne indipendenti (es. prostitute) e non certo da quelle sottoposte a potestà per le quali era necessario il consenso del marito o del padre. Non bisogna dimenticare infatti che come il padre, per tradizione, aveva diritto di vita e di morte sui propri discendenti - a significare la completa sottomissione delle generazioni più giovani verso il capostipite - così era per l'uomo che si sposava: prendeva in moglie una donna che entrava a far parte della propria famiglia "come una figlia", che mai avrebbe potuto abortire senza consenso maritale.

Nel III secolo a.C. però abbiamo una novità storicamente accertata. Nel 286 venne promulgata la legge Aquilia che, sanzionando il danneggiamento ingiusto e il relativo risarcimento, disciplinò alcune fattispecie di *ruptum*, come veniva chiamato in latino il danno arrecato tramite colpi alla schiava altrui: l'uccisione comportava il risarcimento del valore massimo che ella aveva avuto nell'anno precedente; le semplici lesioni comportavano il pagamento del valore massimo limitato però al solo ultimo mese. Quello che ci interessa è che la dottrina cominciò a interpretare questa ultima fattispecie come comprendente anche l'aborto della schiava. Il testo è riportato nel *Digesto* di Giustiniano (una raccolta del VI secolo d.C. contenente tutto il diritto giurisprudenziale romano, di cui parleremo più oltre):

*"Se percuoti una donna con un pugno, o con un colpo di una [tua] cavalla, e questa abortisce, Bruto dice che si è tenuti [a risarcire il danno] come per il 'ruptum'"(9.2.27.22)*

La ragione di questa norma è intuibile: la schiava era paragonabile a una "cosa" produttiva; così il nascituro altro non era se non il "frutto" che da quella cosa al padrone spettava di diritto (come nel caso di qualunque altro animale); dunque la perdita di quel diritto doveva essere risarcito con del denaro.

Il collegamento con la norma biblica di Esodo 21,22-23 è palese, anche là infatti non si sanzionava l'aborto in sè ma solo perchè commesso da un'azione ingiusta altrui; la differenza è che se là si poteva interpretare il sanzionamento anche alla luce di un diritto naturale posto dalla divinità (e dunque sommando all'interpretazione letterale quella del contesto teologico in cui la norma si poneva), qui tutto questo non può essere fatto. Risultato: in Esodo si poteva parlare di difesa del nascituro; qui si può parlare solo di difesa degli interessi del padrone della schiava, del nascituro non importava niente a nessuno (v. a tal proposito il capitolo sulle concezioni religiose).

## INFLUENZA DELLO STOICISMO (21 a.C - 198 d.C.)

### *L'arringa di Cicerone*

Nel I secolo a.C. la filosofia stoica aveva pervaso la mentalità del popolo romano, per cui non poteva nemmeno profilarsi l'idea di una repressione dell'aborto in quanto tale. In Grecia però già da tempo si discuteva e si erano date risposte, anche se antitetiche, a tale quesito: Ippocrate con il giuramento antiabortivo; Platone con il suo progetto di Stato ideale, seguito e superato poi dal suo allievo Aristotele; Pericle con le sue leggi demografiche. Si trattava di un terreno fertile che non poteva non portare i propri benefici, o semplicemente i problemi, anche a Roma.

Il primo esempio di uno sguardo che da Roma si volgeva a Oriente lo abbiamo in una arringa di Cicerone (il *Discorso in favore di Cluenzio*).

Agli inizi del I secolo a.C., in Roma l'aborto volontario aveva raggiunto ormai altissimi livelli e veniva praticato in maniera sempre più indiscriminata e con frequenza dilagante. Le cause erano le più varie: c'era chi si preoccupava di sciupare la propria bellezza; chi aveva paura di rivelare con il parto una relazione colpevole; e chi, addirittura, vedeva nel nascituro un ostacolo all'acquisizione di un'eredità particolarmente ambita e allora non ci pensava due volte... e se ne liberava. Di quest'ultimo caso se ne occupò, appunto, Cicerone in una sua requisitoria nella quale, per difendere un proprio cliente, mise sulla piazza tutte le nefandezze dell'avversario, un certo Statius Abbius Oppianicus, uomo di pochi scrupoli e dedito al delitto.

La vicenda è la seguente.

Cnaeus Magius, cognato di Oppianicus, aveva istituito erede il proprio figlio nascituro prevedendo che, se questi per qualunque motivo non avesse potuto succedergli, tutta l'eredità sarebbe passata

nella mani del nipote per parte di sorella (il figlio di Oppianicus); Magius, inoltre, aveva previsto che fosse versata alla moglie una quota considerevole come legato gravante sull'eredità. Ebbene Oppianicus semplicemente pagò alla donna quel legato chiedendo in cambio l'aborto del nascituro: la donna, avida di denaro, accettò e abortì (in fondo il guadagno, per lei era stato lo stesso, anzi lo aveva ottenuto in anticipo). Così tutta l'eredità passò al nipote di Magius, figlio di Oppianicus.

Ma c'è di più. Questo Oppianicus non si fermò nemmeno davanti al proprio sangue: avido di denaro, decise di uccidere tutta la famiglia di suo fratello (questo compreso) per acquisirne di diritto, come parente più prossimo, l'eredità.

Cicerone termina la sua arringa narrando una vicenda giudiziaria di cui era venuto a sapere in un suo viaggio in Grecia e in Asia Minore e che aveva come protagonista una donna di Mileto:

*"Ricordo che una donna di Mileto, essendo io in Asia, fu condannata alla pena capitale perchè s'era praticata l'aborto dopo aver ricevuto per questo denaro dai secondi eredi; non a torto (fu condannata) in quanto aveva cancellato la speranza del padre, il ricordo di un nome, il sostegno di una razza, l'erede di una famiglia, un futuro cittadino dello Stato.*

*Ma Oppianico, rispetto alla stessa colpa, è meritevole di una pena maggiore. Se infatti quella, avendo arrecato violenza la proprio corpo, torturò se stessa, questo ha raggiunto il medesimo risultato con la morte e la tortura di un corpo altrui. (...); Oppianico è stato capace di uccidere più di una persona in un corpo solo"*

Non ci interessa qui in base a quale norma la donna di Mileto fu condannata, importante è invece la citazione che in un periodo di stoicismo imperante Cicerone fa dell'uccisione di due persone in una volta: il nascituro e la madre (lo stoicismo, invece, considerava il nascituro una parte delle viscere della madre, niente di più che un organo). Importante è anche l'elencazione dei motivi di condanna morale della madre abortista - si passa, in un crescendo magistralmente studiato, da elementi che ricadono nella sfera privata del cittadino (erede di famiglia, ricordo di un nome) a quella specificamente pubblica (ultimo fra tutti l'uccisione di un futuro "cittadino dello Stato") - che sembrano quanto meno testimoniare in Roma una sensibilità a tali tematiche. Vero è che Cicerone elenca tutti elementi "esterni" al nascituro, non facendo riferimento alcuno alla sua vita, alla sua intrinseca essenza; esso (egli?) rimane insomma pur sempre mera *spes hominis* (= speranza dell'uomo), un essere che ha valore perchè questo gli viene dato dall'esterno e non perchè lo possiede in sè.

*Lo stoicismo entra nel lessico giuridico*

Ma se Cicerone faceva uso del concetto di *spes hominis*, questo non vuol dire che a livello giuridico esso fosse riconosciuto. D'altronde Cicerone aveva difeso il proprio cliente prendendo unicamente a prestito un concetto greco, forse innovativo per il mondo romano, ma ciò non significava che i giudici lo recepissero senz'altro. A partire dalla seconda metà del II secolo d.C. invece, in modo più o meno esplicito, anche i giuristi cominciano a parlare del nascituro come "speranza" per il padre, segno che anche la scienza romana del diritto si stava avviando verso una sua, inevitabile, "stoicizzazione".

Il primo testo conosciuto è compreso all'interno delle *Istituzioni di Gaio* (138-161 d.C.) dove, in tema di successioni a causa di morte, si dice che:

*"Se la donna, da cui si sperava un postumo o una postuma, avrà abortito, nessun ostacolo per gli eredi istituiti ad adire l'eredità"(2.3.1)*

Bisogna premettere che per il diritto successorio romano la nascita di un figlio dopo la morte del padre (= postumo), che però non fosse stato chiamato dal genitore a succedergli in parte del patrimonio, "rompeva" il testamento, rendendolo inefficace e costringendo gli eredi a suddividersi i beni secondo proporzioni decise per legge. Da ciò l'evidente conseguenza che l'aborto del postumo, non portando alla nascita di nessuno bensì alla morte del nascituro, non poneva problemi di sorta in relazione alla rottura del testamento.

Detto questo, ciò che più ci interessa nel testo di Gaio è che viene usato il termine "sperava" a indicare la speranza nella nascita del figlio: si tratta di una prima forma di legittimazione ad argomentare nei processi secondo la tematica ciceroniana. Si tratta però di una norma che può fare intuire come potesse essere elusa la rottura del testamento provocando artificialmente l'aborto del nascituro, e possiamo immaginare l'utilizzo che eredi senza scrupoli ne abbiano potuto fare.

Un'ulteriore testimonianza è quella di Papiniano - giurista destinato a divenire punto di riferimento per il diritto romano dei secoli a venire - che nelle *Quaestiones* (193-211 d.C.) afferma che il nascituro è "uomo" solo potenzialmente, in quanto è tale per le scienze biologiche e in tale ruolo ha rilevanza giuridica.

Altri testi successivi sono indicativi della matrice stoica del diritto romano di questi secoli. Ad esempio un rescritto dell'imperatore Adriano (117-138 d.C.) che differiva a dopo il parto l'esecuzione capitale - e più avanti nel tempo anche la tortura o la semplice condanna - a carico di donne incinte (anche se limitatamente a quelle libere, escludendo dunque le schiave). Oppure quello compreso nei *Digesta* di Marcello (161-167 d.C.) che riporta una norma regia vietante l'inumazione della donna morta gravida senza previa asportazione del feto con un intervento cesareo.

Ma merita particolare attenzione la vicenda di Rutilio Severo e della sua ex moglie Domizia perchè incarna la portata che il sentimento di speranza nel figlio potesse avere in un latino del II secolo d.C.. Rutilio Severo aveva divorziato da Domizia, ma era convinto che lei fosse incinta; visto che la ripudiata negava assolutamente lo "stato interessante", si cercò di risolvere la questione chiedendone la risoluzione direttamente agli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero. Questi risposero, come era loro dovere fare e come era prescritto dal diritto, con un *rescritto* nel quale si disponeva che: si scegliesse "la casa di un'onestissima donna" in cui fare alloggiare Domizia; si chiamassero tre ostetriche di provata "scienza e coscienza" a esaminare lo stato della donna; che infine, nel caso che l'esame fosse risultato positivo (bastava la maggioranza dei consensi), si imponesse a Domizia un "custode" per evitare che questa, in odio al marito, provocasse un aborto volontario.

Nel II secolo d.C. dunque ormai si dava per acquisito il diritto del padre a *sperare* nella nascita della prole, un diritto sancito da tutte le fonti riconosciute di allora: diritto civile, giurisprudenza e diritto dell'imperatore. Siamo comunque ben lontani dalla punizione del comportamento abortivo che però, non bisogna mai dimenticare, nel mondo romano venne sì alla luce, ma non in conseguenza di una preoccupazione etico-medica per la vita del nascituro bensì come mezzo per arginare determinati fatti che avevano origine nella vita sociale (v. più oltre il caso delle leggi demografiche di Augusto e quello della multa dotale alla divorziata abortista) o per salvaguardare determinati interessi particolari aventi però rilevanza pubblica (v. il caso dell'aborto della schiava) o più semplicemente per soddisfare, attraverso un mezzo giuridico legittimo, capricci personali (v. il caso degli aborti dinastici che coinvolse Nerone): si tratta dei primi casi di sanzionamento esplicito.

### *I primi sanzionamenti privati*

#### *Le leggi di Augusto (rinvio)*

A cavallo della nascita di Cristo Roma dovette subire un profondo calo demografico, tanto da spingere Augusto a emanare le leggi Iulia e Papia per incentivare le nascite. Il meccanismo attivato da Augusto prevedeva in sostanza aiuti economici e sgravi fiscali alle famiglie mentre ai celibi, ai divorziati o ai vedovi si richiedeva entro un determinato termine il matrimonio, pena forti sanzioni economiche.

Si ritiene, nonostante non fosse esplicitato, che tali norme prevedessero sanzioni per chi avesse abortito. Si tratta null'altro che di una interpretazione, che ha comunque un proprio fondamento nelle preoccupazioni politiche di Augusto. Per maggiori approfondimenti rimandiamo comunque all'ultima parte del libro dove si parla del rapporto tra aborto e leggi demografiche.

#### *Aborti dinastici*

Anche se le leggi di Augusto non ne parlavano esplicitamente, ci fa credere che fosse stato introdotto un sanzionamento per l'aborto una vicenda che coinvolse addirittura Nerone e sua moglie Ottavia. Il racconto è riportato da Tacito negli *Annales*.

In breve: Nerone voleva sbarazzarsi della moglie, quindi non trovò metodo migliore che macchinare una falsa congiura di palazzo nei propri confronti. Accusò dunque Ottavia di adulterio con il prefetto, poi di congiura d'accordo con questo, infine di aborto. Il risultato fu che la sventurata venne confinata nell'isola di Pandateria.

A parte il fatto che si trattava di una vera e propria montatura - si pensi che in precedenza Nerone aveva accusato la moglie di essere sterile: come avrebbe potuto allora concepire? - la vicenda è indicativa perchè mostra come l'accusa di adulterio e di aborto potesse essere lanciata anche contro

un'imperatrice (figuriamoci contro una popolana) e servire da aggravante del più grave delitto di cospirazione ai danni dell'Imperatore.

Ma lo stoicismo era ancora imperante, quindi non bisogna credere che l'utilizzo dell'aborto come aggravante fosse dovuto a una pietà per il nascituro, anzi non ci si preoccupava che di utilizzarlo ai propri fini (anche se possiamo dirlo solo nell'ambito di una vicenda che coinvolge alte personalità dello Stato).

#### *Aborto della schiava*

Nel mondo latino le persone si differenziavano in prima approssimazione in relazione al proprio status giuridico di liberi o schiavi. Questi ultimi, per il diritto civile romano, erano considerati "cose" ma i latini erano consapevoli che per il diritto naturale (che coinvolgeva non solo i Romani ma tutte le persone viventi) essi erano invece individui: ammettevano dunque, a determinate condizioni, secondo determinate procedure e a discrezione del padrone, la possibilità di riacquistare la libertà (divenendo "libertini").

Non si deve credere che tale procedura coinvolgesse chissà quali sentimenti di altruismo, molto spesso, se non sempre, si trattava di semplice calcolo economico: gli schiavi costavano caro, e dare loro la libertà voleva dire perdere tutto sommato del denaro. Possiamo ritenere perciò che si potesse sperare di divenire libertini solo quando si aveva lavorato per un tempo abbastanza lungo da aver ripagato il proprio padrone del denaro speso. Per le donne la faccenda si faceva un po' più complicata in quanto queste, oltre a lavorare (peraltro occupando mansioni non sempre faticose), potevano avere figli, i quali entravano - lo abbiamo ricordato poco sopra - nella potestà del padrone come schiavi.

A questo proposito il giurista Giuliano tratta nel suo digesto il caso di una schiava alla quale era stata promessa la libertà se avesse dato alla luce tre figli:

*"(...) se ad Aretusa sia data la libertà a condizione che partorisca tre schiavi, e sia colpa dell'erede [il padrone] che non abbia partorito (ad esempio dandole un anticoncettivo) allora ella sarebbe libera subito (...) Analogamente se l'erede avesse fatto in modo che abortisse, perchè anche con un solo parto avrebbe potuto metterne al mondo tre."*(D.40.7.3.16)

In sostanza all'aborto della schiava si faceva conseguire direttamente l'acquisto della libertà a due condizioni:

- a) promessa della libertà in cambio di tre figli;
- b) aborto procurato dal padrone.

Il testo è però interessante anche perchè mostra come fosse d'uso corrente dare anticoncettivi o fare abortire le proprie serve (d'altronde anche in Grecia assistiamo a un fatto simile nel caso, citato da Ippocrate, dell'aborto di una cantante: si trattava anche là di una schiava, che la padrona voleva fare abortire per preservarne la voce).

Un'altra norma si preoccupava di differenziare la responsabilità dell'ostetrica in caso di morte della schiava e in relazione all'introduzione del pessario abortivo: se lo strumento era stato introdotto dall'ostetrica allora questa veniva incolpata di omicidio; se invece ciò era stato fatto dalla schiava stessa allora la colpa era solo di avere procurato il "*mezzo di morte*". A quanto pare la morte delle schiave per aborto non doveva essere un fatto così infrequente.

#### *Divorzio e multa dotale*

Quando una donna e un uomo si sposavano era necessario, affinché il matrimonio si perfezionasse e fosse così pienamente valido, che avvenisse lo scambio delle doti: il marito consegnava nelle mani del suocero la cosiddetta *donazione antenuziale*, mentre la moglie portava in casa la *dote* vera e propria. Se i due avessero divorziato, le doti sarebbero rispettivamente ritornate nelle mani del coniuge che le aveva originariamente donate, sempre che questi avesse agito presso un tribunale. Il diritto regolava pure le cosiddette *retentiones*: quella parte di dote che il coniuge, se la colpa del divorzio era dell'altro, poteva anche rifiutarsi di restituire. Se, ad esempio, la colpa era della moglie il marito aveva diritto a trattenere 1/6 della dote per ogni figlio nato dal matrimonio (fino a un massimo di 3/6).

Fra i presupposti elencati dalla legge per ottenere il divorzio vi era anche l'aborto nascosto al marito. Ebbene sappiamo dal giurista Paolo (II secolo d.C.) che colei che si fosse procurato l'aborto andando contro la volontà del marito, se quest'ultimo avesse proceduto a ripudiarla, si sarebbe vista

trattenere ugualmente 1/6 della dote, come se il figlio fosse realmente nato. Sembra che la donna non incorresse in altre sanzioni.

Tutto questo fino al 313 d.C., quando Costantino, regolando nuovamente la materia, non incluse questo presupposto tra le legittime cause di divorzio (e venne affiancato nel 449 da Teodosio). Successivamente Giustiniano tenterà di far rivivere l'antica norma con una costituzione imperiale del 533:

*"(...) alle colpe della moglie elencate nelle costituzioni [di Teodosio] aggiungiamo anche queste: se la moglie si sia impegnata con le proprie forze ad abortire, oppure sia così intemperante da osare lavarsi con uomini per dissolutezza, oppure abbia tentato durante il matrimonio di sposarsi con un altro."*

Dopo appena nove anni però Giustiniano stesso, con la Novella 117, torna sull'argomento e espunge dalle cause legittime di divorzio l'aborto contro il parere del marito; il fatto veniva giustificato sulla base della necessità di diminuire le cause di divorzio per impedire lo scioglimento troppo facile del matrimonio.

## IL CAMBIO DI ROTTA (198-476 d.C.)

*La prima sanzione pubblica...*

A cavallo tra il II e il III secolo d.C. venne emanato dagli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla un rescritto di fondamentale importanza per la storia dell'aborto. In via generale, il *rescritto* era la risposta a un caso controverso di particolare delicatezza del quale, proprio per questa sua natura, veniva delegata la risoluzione agli imperatori. Il diretto interessato inviava una lettera contenente il quesito alle cancellerie imperiali, le quali rispondevano con una massima giudiziaria scritta in calce alla lettera stessa. Essi avevano di regola valore solo per il caso controverso, ma di fatto - visto che gli imperatori non erano vincolati, nel rispondere, a nessuna norma vigente e potevano liberamente "creare" diritto - finivano poi per avere un'efficacia generale entrando dunque a pieno titolo nell'ordinamento giuridico romano.

Non conosciamo il testo esatto del documento, esso può essere però ricostruito sulla base dei commenti che tre importanti giuristi dell'epoca (Trifonino nelle *Disputationes*, Ulpiano nel commento *ad Edictum* e Marciano nelle *Regularum*) fecero negli anni immediatamente successivi alla pubblicazione:

*"La divorziata che abortisce per non procreare un figlio all'ex marito è punita con l'esilio temporaneo. Competente a infliggere la pena è il preside provinciale"*

Questa norma viene così ad affiancarsi a quella riguardante la multa dotale di cui abbiamo parlato poco sopra. L'elemento di novità sta comunque nella sanzione. Mentre la multa è una pena pecuniaria che ha valore "privatistico" (interessa i rapporti fra *privati*, i familiari, e non esce da questo ambito), l'esilio è al contrario una sanzione avente un forte carattere "pubblicistico": lo Stato - in questo caso la Provincia sottoposta al potere del preside - allontana il colpevole dal proprio territorio ritenendo che la sua presenza possa risultare pericolosa per la propria sicurezza interna, il fatto assume quindi rilevanza penale.

Si tratta di una vera e propria rivoluzione che però, se può essere considerata un passo in avanti verso il sanzionamento dell'aborto in sé considerato, dal punto di vista strettamente giuridico non costituisce abbandono delle vecchie posizioni stoiciste. Tutti i commentatori sono infatti d'accordo nel ritrovare la ragione di una tale norma nella tutela della *spes hominis* del padre, la speranza cioè nel proseguimento della stirpe familiare, e difatti per indicare il nascituro si fa ancora riferimento alle viscere materne - Trifonino e Ulpiano identificano esplicitamente tale relazione - il che non pone dubbi, data inoltre la vicinanza storica dei commenti alla fonte, sulla interpretazione del rescritto.

Si tratta comunque di una soluzione "apri-pista": successivamente vennero infatti poste altre sanzioni penali a carico di chi si macchiasse di quello che ormai era divenuto, seppur entro determinati limiti, un *delitto* di aborto.

... e la seconda.

In un'opera del 212 d.C. attribuita al giurista Paolo, poco posteriore dunque alla pubblicazione del rescritto di Severo e Caracalla, viene riportato il testo di una norma singolare che, prevedendo pene come la morte, i lavori forzati e la prigionia in un'isola, rappresenta un passo ulteriore verso la "penalizzazione" (anche se tuttavia indiretta) dell'aborto:

*"Chiunque somministra una bevanda abortiva o afrodisiaca, anche se non lo fa con dolo, siccome la cosa è di cattivo esempio, [è punito] tuttavia ai lavori in miniera se è di bassa estrazione sociale ovvero alla relegazione in un'isola e alla perdita di parte dei beni se è di buona estrazione sociale. Se l'uomo o la donna [a cui è stata somministrata la bevanda] muore, [allora il colpevole] è punito con la pena capitale"(D.48.19.38.5)*

La somministrazione di una bevanda dagli effetti secondari potenzialmente letali diviene reato, anche se il soggetto attivo ha agito semplicemente senza prudenza. La differenza di pena tra bassa e alta estrazione sociale è dovuta soprattutto alla nullatenenza dei poveri (cosa si potrebbe multare se questi non possiedono nulla di valore?) e alla difficile adattabilità ai lavori forzati di un aristocratico. Importante è che, comunque, viste le due sanzioni in modo unitario, esse dimostrano la necessità di isolare in qualunque modo il colpevole, di allontanarlo dalla vita civile. Questo è dimostrato laddove il legislatore precisa che la somministrazione di bevanda è comunque punibile in quanto *"la cosa è di cattivo esempio"*: interessa che altri non lo faccia; se non esistesse la punizione allora chissà quanti si metterebbero a somministrare bevande pericolose. La tutela della norma ricade dunque sull'ordine pubblico, su una preoccupazione di carattere collettivo, che è difendibile al meglio solo isolando il reo.

Questa norma può essere letta sotto due diversi, ma complementari, punti di vista: da un lato la durezza delle sanzioni dimostra quanto il fenomeno dell'avvelenamento attraverso abortivi o afrodisiaci avesse raggiunto vette talmente critiche da giustificare addirittura la persecuzione della semplice somministrazione senza volontà omicida; da un altro lato l'accostamento tra bevanda afrodisiaca e abortiva ci fa capire quanto invece l'aborto non avesse una rilevanza particolare, il fenomeno veniva colpito in quanto inserito all'interno di un più grande insieme di delitti.

E' da notare infine come di nascituro non si parli assolutamente (diversamente in fondo non poteva essere, siamo troppo vicini storicamente al commento di Trifonino e Ulpiano al rescritto di Severo e Caracalla). Un fatto è però chiaro: dopo questa norma le ostetriche non avrebbero potuto più somministrare un medicinale abortivo; e vista l'alta mortalità delle donne a causa di questi farmaci, che erano in genere letali, possiamo immaginare che le "mammane" ci abbiano pensato più volte prima di infrangere la legge (tale regolamentazione faceva sorgere un implicito ricatto: "dammi un abortivo, però sta sicura che, se muoio, i miei parenti ti denunceranno e morirai anche tu").

### *Questioni ereditarie*

In antica Roma (come anche oggi, ma lo vedremo più oltre) il nascituro era legittimato a ereditare: come si giustificava questo con la filosofia stoica? Quali erano le conseguenze in caso di aborto? Come si può capire, siamo ritornati nell'ambito del diritto privato - quello che riguarda i rapporti tra cittadini e lascia in disparte lo Stato -: nel commento di Ulpiano *ad Edictum* e in un'altro di Modestino troviamo le risposte ai nostri quesiti.

I risultati a cui i due autori giungono sono sostanzialmente gli stessi, e diversamente non poteva essere visto che vi era una consolidata tradizione in campo successorio; interessante è invece il diverso modo, anche se simile, in cui si giustifica l'eredità al nascituro.

Per Ulpiano alla base di tutto vi è - immancabile - la speranza del padre nella futura prole: questo da solo potrebbe bastare a giustificare un testamento che tenga in considerazione i figli non ancora nati. Ma Ulpiano non si accontenta e approfondisce il discorso dicendo che ad essere immesso nel possesso dei beni non è il nascituro in quanto tale (perchè è indistinguibile dalle viscere della madre) bensì il ventre stesso della donna incinta che, secondo un meccanismo di finzione giuridica, viene considerato essere vivente, i giuristi cioè "fanno finta" che il nascituro sia una persona vivente e giustificano così la successione. Ovvio che tale simulazione giuridica ha valore solo temporaneo, cioè fino a quando il nascituro non è effettivamente nato e allora può entrare in possesso, in quanto uomo, dei diritti ereditati.

Modestino semplicemente aggiunge che, anche se naturalisticamente il nascituro non può essere considerato un essere vivente, però esso è tale giuridicamente e solo nel caso in cui trarrà vantaggio

dalla situazione. Si tratta di un piccolo passo in avanti rispetto a Ulpiano: mentre quest'ultimo infatti, apertamente, dice di "fingere" sulla essenza umana del nascituro, Modestino invece afferma chiaramente che *per il diritto* il nascituro è essere umano (D.27.1.2.6). Si tratta certo di una differenza che potrà apparire "cavillosa" ma che al contrario potrebbe testimoniare un primo cambiamento di rotta, anche in campo privatistico, *verso* la tutela del nascituro.

## GIUSTINIANO (VI sec. d.C.)

### *Breve profilo storico-biografico*

Giustiniano nacque nel 482 d.C. a Tauresium, un villaggio della Dardania, regione periferica dell'Impero d'Oriente ai confini fra l'attuale Albania e l'ex Jugoslavia. Venne chiamato giovane a Costantinopoli da suo zio Giustino, alto ufficiale dell'esercito imperiale, che se ne voleva occupare per dargli un'educazione di respiro meno provinciale e per fargli intraprendere la carriera militare. Nel 518 morì l'imperatore Anastasio I e si aprì la lotta per la successione; ebbe la meglio lo zio di Giusiniano, che prese il nome di Giustino I e chiamò il nipote a ricoprire la carica di *Illustri Comes Domesticorum* (una specie di ministro dell'interno) e successivamente di console.

Aveva dunque inizio la carriera politica di Giustiniano, che si dimostrò subito sensibile alle tematiche che successivamente avrebbero caratterizzato tutta la sua politica: avvicinamento al papato romano e apertura dei rapporti diplomatici con Teodorico e il regno gotico in Italia.

Nel 524 sposa Teodora, ex attrice di teatro, ma solo dopo aver fatto abrogare una legge che vietava il matrimonio tra attrici e uomini di rango senatorio. Fin dall'inizio dunque Teodora si dimostrò capace, anche se indirettamente, di influire sulle politiche dell'impero; successivamente si dimostrerà figura indispensabile accanto al marito nella risoluzione di problemi quali la rivolta "Nika" del 532 e, più in generale, quelli riguardanti la regolamentazione del matrimonio, dell'adulterio e del divorzio.

Nel 527 Giustiniano viene nominato Augusto, carica che legittimava la sua successione al trono una volta che l'attuale imperatore fosse deceduto. E così accade: nello stesso anno muore Giustino e Giustiniano diviene imperatore.

Tre furono le direttrici politiche che perseguì, a volte dimostrando cieca caparbia, durante il suo dominio:

- nel campo della religione l'obiettivo fondamentale era la conciliazione tra Cristianesimo tradizionale (che riteneva coesistere in Cristo una natura umana e una divina) e monofisita (che al contrario vi trovava solo la natura divina);
- nel campo della politica l'obiettivo era di riunificare l'antico Impero romano attraverso la riconquista dell'Occidente, caduto sotto il dominio delle popolazioni del Nord Europa (i "barbari");
- nel campo del diritto, infine, l'obiettivo era di raccogliere in un unico corpo giuridico, avente pieno vigore, tutta la tradizione romana dalle origini ai suoi giorni.

L'unificazione giuridica fu l'unico proposito effettivamente realizzato, gli altri ebbero alterne vicende e non trovarono una soluzione. Il 7 aprile del 529 viene pubblicato il *Codex*, una raccolta di tutte le leggi degli imperatori del passato (aggiornato cinque anni più tardi con le nuove decisioni di Giustiniano); il 16 dicembre 529 viene pubblicato il *Digesto*, raccolta di tutti i pareri dei più illustri giuristi romani.

Si tratta di una fonte inesauribile di dati a cui dobbiamo tutto ciò che conosciamo del diritto romano - senza queste fondamentali opere tutto quello che sappiamo si fonderebbe su frammenti insignificanti - e a cui va il merito di avere effettivamente sistemato in modo scientifico le norme, tanto da essere utilizzata, fino a tempi a noi vicinissimi, come fonte di diritto contemporaneo.

### *Il Codex*

Il 16 novembre 529 venne pubblicata la seconda edizione del *Codex* aggiornato con le risposte di Giustiniano a casi giuridici rimasti controversi.

Ci interessa particolarmente il seguente problema:

Domanda: è possibile lasciare come fedecommesso la libertà a uno schiavo che deve ancora nascere?

[per "fedecommesso" il diritto romano antico intendeva tutto quello che viene lasciato a una terza persona non legittimata a ereditare. La sua base stava nel rapporto di fiducia esistente tra defunto e erede: nel testamento, infatti, il primo "pregava" il secondo di eseguire il fedecommesso. Attraverso

questo istituto giuridico, divenuto tale solo dopo Augusto, il testatore poteva anche chiedere all'erede di dare la libertà a uno schiavo.]

Risposta: "(...) noi, decidendo la vecchia disputa nell'interesse della libertà, riteniamo che questa, venga data sia per fedecommesso che direttamente, abbia la sua validità sia per il maschio che per la femmina ancora in gestazione nel ventre materno, così che vedano il sole in stato di libertà; [e questo] anche se la madre abbia dato alla luce ancor perdurando in schiavitù."(C.7.4.14)

La risposta è dunque positiva. Ciò che ci interessa più da vicino è comunque l'elemento che giustifica tale soluzione: la libertà - termine ripetuto in questo brano, per ben due volte - che viene in risalto indirettamente anche nell'ultima proposizione quando si fa riferimento alla madre che partorirebbe un libero anche se ella rimanesse schiava (infatti lo stato di libertà o schiavitù del figlio appena nato dipendeva dallo stato della madre).

Alcuni autori hanno voluto vedere anche in Giustiniano un fautore della filosofia stoica del bambino come spes hominis: in realtà in questo brano il nascituro non sembra essere messo in disparte come negli altri testi, egli viene al contrario per la prima volta in primo piano, sembra che abbia acquisito una specie di dignità personale, disgiunta da quella del genitore (qui il nascituro è tutelato direttamente, gli si dà infatti la libertà per fedecommesso anche se la madre rimane schiava). Carattere ancora più probante a questo proposito ha il brano subito successivo, nel Codex, a quello sopra proposto in cui si sancisce che, nel caso di parto gemellare, anche se la libertà era stata lasciata nel testamento indicando un soggetto singolare (riferendosi dunque a un solo nato), ciò non toglieva che entrambi i nati ottenessero la libertà: questa, mi sembra, è tutela dei nascituri e non dei genitori.

### *Il Digesto*

Il Digesto, giova ricordarlo, non è altro che una raccolta dei pareri giurisprudenziali dei giuristi del passato. Lo studio moderno del diritto antico ha trovato in questa opera la fonte indispensabile, se non l'unica, dei documenti del passato. Anche in questa rassegna ci siamo serviti di ciò che veniva riportato nel Digesto, per cui darne in questo paragrafo un sunto non sarebbe che ripetere buona parte di ciò che abbiamo detto fino ad ora.

Un elemento però può essere particolarmente interessante: il brano di Ulpiano riguardante la prima sanzione pubblica in caso di aborto sancita dal rescritto di Severo e Caracalla. Si tratta di un brano singolare, rispetto agli altri due che testimoniano l'esistenza di quello stesso rescritto, in quanto non vi si fa cenno al divorzio della donna né all'odio verso il marito quale movente per l'aborto, semplicemente si dice che:

*"Se risulterà che una donna abbia fatto violenza alle sue viscere per abortire, il preside della provincia la manderà in esilio"*

Inoltre il brano è inserito all'interno del capitolo riguardante i sicari e i venefici (in una parola: l'omicidio).

Tutti questi dati hanno spinto la maggior parte degli storici a vedere in tale norma un sanzionamento dell'aborto in sè, svincolato da qualunque tutela che non sia quella del nascituro: il primo sanzionamento avulso da qualunque altra preoccupazione.

Si tratta dunque di un punto di arrivo e di partenza non indifferente per la storia del diritto. Da un lato dimostra infatti il recepimento nel diritto romano maturo delle basi filosofiche della religione cristiana; dall'altro si può a ragione considerare la base su cui tutti gli ordinamenti giuridici civili occidentali oggi esistenti hanno fondato il sanzionamento dell'aborto. Si tratta di una vera e propria seconda svolta, legata alla prima di Severo e Caracalla da un inscindibile nesso, oltre che ideale, anche esegetico.