

LE VIE DEL DIRITTO

I6

Direttori

Mario FIORENTINI
Università degli Studi di Trieste

Maria MICELI
Università degli Studi di Palermo

Comitato redazionale

Anna BELLODI ANSALONI
Università di Bologna

Paola BIANCHI
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Laura D'AMATI
Università degli Studi di Foggia

Maurilio FELICI
Università LUMSA di Palermo

Paolo FERRETTI
Università degli Studi di Trieste

Mario Giuseppe FERRANTE
Università degli Studi di Palermo

Aniello PARMA
Università del Salento

Mariagrazia RIZZI
Università degli Studi di Milano–Bicocca

Francesco Maria SILLA
Università degli Studi di Foggia

Simona TAROZZI
Università degli Studi di Bologna

LE VIE DEL DIRITTO

La collana "Le vie del diritto" si propone di presentare al pubblico opere editoriali di carattere pubblicistico e privatistico, con particolare attenzione all'interdisciplinarietà e alla comprensione del fenomeno storico nella sua unitarietà. La metafora delle vie del diritto in alternativa a quella a noi più familiare di fonti del diritto ci induce ad una più articolata riflessione sul rapporto intercorrente tra 'interpretazione' e 'creazione del diritto', tra fenomeni istituzionali e formali che danno vita al diritto e, altri, concreti e fattuali che ne determinano l'effettiva attuazione. Si tratta di cogliere, sul modello delle 'viae iuris constituendi' dei giuristi romani, una visione allargata del fenomeno giuridico, includendo nel suo ambito anche le forme concrete e fattuali di sviluppo dello stesso che sfuggono a una visione solo formalistica e dogmatica, ma si propongono di indagare e cogliere anche le forme storiche attraverso le quali specificamente si manifesta e realizza. Tale concezione sottende anche la centralità dell'interpretazione e del ruolo del giurista, come elemento determinante nella comprensione, creazione e sviluppo del fenomeno giuridico, in connessione alla necessità di una scienza giuridica comune che sostenga l'operato di tutti coloro che vivono concretamente la vita del diritto. Il pluralismo delle forme di produzione e d'interpretazione del diritto, che ne determina la ricchezza inesauribile, va sostenuto dal rigore della scienza, che ne garantisce l'universalità e la certezza.

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Teramo – facoltà di Giurisprudenza, proc. prot. segn. n. 6743 s.s.d. IUS 18.

Luigi Sandirocco

**La famiglia e il diritto
alla discendenza**

Aspetti giuridici e interpretativi
in Roma antica





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-3183-1

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: maggio 2020

*I miei ringraziamenti sono rivolti
a quanti hanno seguito da vicino la stesura del presente elaborato.*

Roma, 20 aprile 2020

Ai miei genitori

Indice

13 *Presentazione*

Parte I **Il nucleo familiare**

17 Una genesi tra mito e diritto

25 Tre percorsi d'indagine

31 Una microsocietà assolutista

Parte II **La perpetuazione della stirpe**

39 Ruolo sociale e configurazione della pratica dell'aborto

45 La famiglia come elemento costitutivo dell'identità romana

55 Processo alla pratica dell'interruzione della gravidanza

57 Il danno della mancata nascita

71 Un rapporto biunivoco tra pubblico e privato

77 *Postfazione*

81 *Abbreviazioni*

85 *Bibliografia*

Presentazione

La nascita in una famiglia romana è un evento che va oltre la sfera privatistica degli affetti, perché va a investire la struttura stessa della società romana. Si tratta di avvenimento generazionale, di continuità dinastica e nello stesso tempo di ricambio e di continuità statale. Il nuovo cittadino romano perpetua tanto la sua stirpe quanto l'Urbe di cui è elemento, rappresentante, soldato, portatore di valori e di un'eredità spirituale.

La cerchia familiare è espressione di una serie di matrici identitarie che si perdono nelle radici oscure della storia di Roma: da una dimensione magico-spirituale l'albero della famiglia estende i suoi rami su una natura di carattere sociale, statale e religioso, unendo e fondendo le componenti sotto la supervisione della più singolare e apicale figura del *paterfamilias*. Egli è il garante di un mondo che lui stesso perpetua attraverso il culto dei numi protettori e degli avi, che pervade l'ambito domestico in maniera fortemente caratterizzante e che tramanda per linea maschile. Il *paterfamilias* investe sulla discendenza un patrimonio morale e materiale, e nutre di conseguenza aspettative ad ampio spettro, in proiezione presente e futura, per la continuità gentilizia, per le ambizioni personali e familiari, per la gestione del potere pubblico.

Il concetto stesso di eredità di sangue con il passaggio generazionale di padre in figlio comporta pertanto un riflesso tutt'altro che secondario nell'assetto istituzionale e politico, andando a investire l'insieme delle leggi che disciplinano struttura e funzionamento dell'Urbe. Se la nascita comporta lo scaturire di diritti e rapporti giuridici frutto della consuetudine e della codificazione, la mancata nascita è un *vulnus* che non riguarda solo il perimetro ristretto della famiglia, ma si allarga in maniera sistemica alla collettività. Occorre pertanto non solo focalizzare cause e natura dell'evento, ma va altresì effettuata una riflessione giuridica sulle conseguenze che ne derivano. Di qui la necessità di isolare alcuni elementi nodali, a partire dalla caratterizzazione del danno, ovvero se ricada sul figlio, perché non vede la luce, o sul padre, privato del diritto alla discendenza. Ne consegue, poi, il regime di repressione del *crimen*.

L'itinerario evolutivo del diritto non è quasi mai lineare e consequenziale, ma piuttosto evidenzia lo sforzo dei giuristi di andare al di là delle cognizioni medico-scientifiche dell'epoca per individuare nel nascituro il titolare di diritti che vanno oltre quelli della famiglia e della società romana.

Parte I

IL NUCLEO FAMILIARE

Una genesi tra mito e diritto

Ci sono argomenti nel diritto romano che da secoli attirano l'attenzione degli studiosi e innescano filoni di indagine e interpretativi tali da aggiungere la fascinazione all'interesse meramente professionale. La famiglia, senza alcun dubbio, è uno dei temi più frequentati dai romanisti, proprio perché non solo si tratta dell'elemento istituzionale più risalente e presente nell'esperienza romana, ma è anche uno dei più rilevanti per la nascita e l'affermazione dell'Urbe in senso omnicomprensivo. Non c'è aspetto dell'impalcatura giuridica che possa prescindere in forma diretta e in forma mediata dalla struttura familiare, e ciò vale sia da un'angolazione storica sia da quella del mito fondativo di Roma nelle sue articolazioni. Ciò che appare quindi strutturalmente non complesso, si rivela invece un territorio tutt'altro che arido per le esplorazioni esegetiche e per la costruzione interpretativa della qualità stessa dell'istituto familiare, della causa aggregativa e della sua natura essenziale.

È acclarato che l'elemento concettuale della *familia* abbia accompagnato ogni esperienza della parabola romana, dall'epoca monarchica a quella repubblicana, dal principato all'impero, come alfa e omega identitarie, destinata a sopravvivere persino al declino e allo sgretolamento del sistema. Sono le *gentes* le unità più antiche e aristocratiche dell'Urbe, quelle che facevano risalire le loro origini, in qualche caso, alle tribù semileggendarie che si riunirono intorno ai Sette Colli, sulle rive del Tevere. La *gens* era formata da quanti si ritenevano discendenti di un unico antenato fondatore della stirpe, spesso appartenente alla mitologia (emblematico il caso di Cesare che si proclamava discendente di Iulo, come testimonia il *nomen*). Il mattone basilare della costruzione sociale è quindi la famiglia, che nel mondo romano è rigorosamente esogamica¹:

¹ Sul punto, in particolare, cfr.: G. FRANCIOSI, *La famiglia romana*, Torino 2010. Si rinvia, inoltre, a L. SANDIROCCO, *Matrimoni romani tra diritto e realtà. Monogamia, esogamia, etnogamia*, Roma 2016, 73-131; ID., *Il mito del potere. Teodora e Giustiniano tra pubblico e privato*, Roma 2019, 96-98.

Cic., *de off.* 1.17.54: «prima societas in ipso coniugio est [...] deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicae».

Essa si pone in posizione preliminare rispetto alla organizzazione sociale nel suo complesso e quindi a suo fondamento idealizzato, come entità politica o piccolo regno, prima ancora che si costituisse la Città-Stato², poiché le radici dell'istituto giuridico affondano nel terreno della leggenda, si perdono nell'immemoriale e sono ammantate di simbolismo magico-religioso. Elemento, questo, che sposta la prospettiva di studio oltre quelle consuete che fissano nella famiglia la pietra fondante dell'esperienza di Roma e del suo potere economico prima ancora che militare e istituzionale.

La famiglia è emanazione delle *gentes* con un capostipite mitico, dalle quali nacque Roma – oltre la leggenda di Romolo e Remo e di quella di Enea messa in forma poetica da Virgilio – grazie all'incontro e alla fusione in comunità delle originarie tribù. I membri della *gens*³ erano legati da una parentela senza gradi attraverso il *nomen gentilium* al fianco del *praenomen* individuale, ed è in quest'ambito che si afferma il concetto di famiglia, da intendere come unione fondata sul matrimonio monogamico e sulla privatizzazione della ricchezza collettiva. Il termine stesso di *familia* deriva dall'osco *familus*, che nel linguaggio giuridico più antico stava a indicare l'insieme degli schiavi appartenenti ai gruppi *urbana* (al servizio della *domus* e dei suoi abitanti) e *rustica* (utilizzati nella coltivazione del podere di campagna), tanto che *familia pecuniaque* era il complesso di schiavi e di bestiame che misurava la ricchezza del nucleo⁴. Roma va considerata come una timocrazia, poiché il governo era attribuito a un'oligarchia che si basava sul potere economico derivante dalla suddivisione delle *familiae* in classi di reddito, in una sorta di successione orizzontale di aziende domestiche⁵ che si ricomponavano in senso verticale gerarchico. Nel corso dei secoli la ricchezza, a Roma, non sarà più celata: si ostentava, anche se ciò determinava la soggezione a una tassa-

² P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, Torino 1916, 89.

³ Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.4-6.

⁴ Su famiglia e successioni, nonché sulla *patria potestas*, cfr.: C. FAYER, *La vita familiare dei romani antichi: dalla nascita al matrimonio*, Roma 2016; ID., *La "familia" romana. Aspetti giuridici e antiquari*, I, Roma 1994, *passim*.

⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, Messina 1914, 426.

zione più gravosa, perché il patrimonio era potere, così come lo era l'appartenere a una *gens* importante. Il senso di appartenenza contiene in sé il marchio di origine e l'orgoglio dell'aristocrazia, paradigmatico nella sua quasi immutabilità del modo di essere e di mostrarsi all'esterno.

Lo schema della *familia proprio iure* aveva al suo vertice il *paterfamilias* (persino la lingua ne evidenzia l'assoluta arcaicità con il genitivo alla greca, -as invece di -ae), che non conosce affiancamento ma solo il vincolo di subordinazione che da lui si estende verso moglie, figli e congiunti, quindi verso servi, ancelle e clienti⁶. Un'autorità assoluta, *qui in domo dominium habet*

Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.2: «Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus».

incarnazione di un patriarcato imperituro a garanzia dell'esistenza della famiglia da tramandare generazionalmente. La sua *potestas* non è in discussione e abbraccia tutto l'arco della vita e della morte: dal *ius tollendi ac exponendi*⁷, ovvero il diritto di accogliere o di abbandonare il figlio (destinato ad arrivare sino al IV secolo d.C.), al *vitae necisque ius*, sancito dalle leggi delle XII Tavole. Dionigi di Alicarnasso⁸ riporta che sarebbe stato il legislatore dei romani, Romolo, a concedere al padre ogni potestà sul figlio e per tutto il tempo della sua vita⁹. La ribellione al despota familiare non solo è impensabile, ma è considerata un crimine gravissimo, addirittura il più grave¹⁰, e pertanto punito con il peggiore dei supplizi¹¹.

Secondo la definizione di Ulpiano, *familia* è un insieme di persone *sub unius potestate*, quella del *paterfamilias*, che si esercita *aut natura aut iure*¹². La famiglia è tale perché frutto dell'unione e del legame tra un uomo e

⁶ E. CANTARELLA, *Personae, familia e parentela*, in *Diritto Privato Romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino 2010.

⁷ Varro, *vit. pop. rom.* 2; Sen., *contr.* 10.4.16.

⁸ Dion. Hal., *ant.* 2.26.4; 2.27.1-2.

⁹ Le facoltà essenziali sono, com'è noto, cinque: *ius vitae ac necis*, *ius vendendi*, *ius noxae dandi*, *ius exponendi* e *ius tollendi*. In argomento, in particolare, cfr.: G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Napoli 1978, 328 ss.

¹⁰ Cic., *Rosc. Am.* 14.40; Sen., *clem.* 1.23.1; Quint., *inst. or.* 7.2.31; 4.18.6; Ps. Quint., *decl.* 377.

¹¹ In argomento, cfr.: F. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992, 153 ss.

¹² Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.2.

una donna, da cui deriva la continuità attraverso la procreazione¹³, come *antiquitus placuit*¹⁴.

C.I. 6.26.11 Imp. Iustinianus A Iohanni PP., a. 531: «Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos una cum alio tertio substituit et verba testamenti ita composuerit: “quisquis mihi heres erit, et titius filio meo heres esto”, secundum quod apud Ulpianum invenimus, mortuo impubere filio quaerebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti: utrumne duo priores, qui et patri heredes fuerant scripti, in dimidiam vocantur et titius in reliquam dimidiam, an tres substituti unusquisque ex triente ad substitutionem vocantur? alia applicata dubitatione, si quis ita heredem scripserit: “titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunt”. Et in praesente etenim specie quaerebatur secundum ulpianum voluntas testantis: utrumne titium una cum suis filiis in dimidiam vocat et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem. 1. Nobis autem in prima quidem specie videtur tres substitutos unumquemque in trientem vocari, in secunda autem specie, cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur, dimidiam quidem partem titio cum filiis, alteram autem partem Sempronio adsignari».

Ciò che agli occhi dei moderni appare in una riguardosa sfera privata, per i romani aveva invece una profonda valenza pubblica, poiché sposarsi e generare figli andavano ben oltre il mero riflesso sociale. All'interno della famiglia veniva forgiato il cittadino romano, nel rispetto di ruoli che lui stesso avrebbe replicato, se maschio, quando sarebbe divenuto a sua volta *paterfamilias*; l'insieme di essi dava l'impronta alla realtà esterna. Che la famiglia fosse considerata una pietra d'angolo dell'esperienza politico-istituzionale romana è un dato storico, ma essa non può essere ritenuta alla stregua di un monolite inscalfibile, poiché vi confluiscono ulteriori aspetti che contribuiscono invece a creare la microsocietà domestica e la società di Roma nel suo complesso.

Il gruppo familiare alla morte del *pater* originava tante famiglie quanti erano i figli maschi con lo stesso *cognomen* ereditario e i suoi diritti ricadevano persino in capo al neonato, che morfologicamente e biologicamente era alieno dal poter essere tecnicamente *pater*. Nella cerchia familiare il capostipite esercita i suoi poteri di piena potestà giuridica sui beni come sulle persone, sull'educazione dei figli come sulla religione, spettandogli la titolarità delle cerimonie in onore delle divini-

¹³ G. LOBRANO, *Pater et filius eadem personam*, Milano 1984.

¹⁴ F.P. CASAVOLA, *Ius ex scripto ex non scripto*, Napoli 2013, 20 ss.