

MONICA DE SIMONE

Profili giuridici della gestazione per altri fra precedenti storici e prospettive moderne

ABSTRACT

Il fenomeno della gestazione per altri costituisce oggi uno dei temi più delicati al centro del dibattito giuridico. La complessità che lo caratterizza a più livelli rende necessario operare attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata e in adesione ai principi che emergono a livello sovranazionale. Un'analisi della questione in prospettiva storica, inoltre, aiuta a impostare meglio i termini del dibattito alla luce della natura intrinsecamente storica del diritto, da intendere come strumento funzionale a rendere possibile la convivenza pacifica, in una società libera, i cui valori tuttavia sono destinati a mutare nel tempo. L'articolo presenta un quadro dell'antichità che è tracciato ampliando l'orizzonte di analisi a prassi che emergono da testimonianze provenienti già dalle più antiche culture mesopotamiche, dalla cultura ebraica dell'Antico Testamento, da qualche notizia relativa alla cultura greca, per poi approdare all'analisi delle numerose fonti che attestano la prassi della c.d. cessione della moglie nella cultura romana arcaica e classica, con possibili echi ancora nel Tardoantico.

The phenomenon of surrogacy represents nowadays one of the most sensitive topics in the legal debate. Its multi-level complexity requires a constitutionally oriented interpretation that aligns with principles emerging at a supranational level. Moreover, the analysis of this issue from a historical perspective helps to better frame the terms of the debate, in light of the intrinsically historical nature of law. The latter should be seen as a tool for enabling peaceful coexistence in a free society, whose values, however, are bound to change over time. The article presents an overview of antiquity, broadening the scope of analysis to practices that emerge from testimonies dating back to the earliest Mesopotamian cultures, the Hebrew culture of the Old Testament and some references to Greek culture. It then proceeds to the examination of the numerous sources that attest to the practice of the so-called cession of the wife in archaic and classical Roman culture, with potential echoes even into Late Antiquity.

PAROLE CHIAVE

Gestazione per altri, Codice di Hammurabi, Antico testamento, *filii communes*, *Marcia*, *Laudatio Turiae*.

KEY WORDS

Gestation for others, Code of Hammurabi, Old Testament, filii communes, Marcia, Laudatio Turiae.

MONICA DE SIMONE*

*PROFILI GIURIDICI DELLA GESTAZIONE PER ALTRI FRA
PRECEDENTI STORICI E PROSPETTIVE MODERNE*

SOMMARIO: 1. Premessa: cenni al problema della gestazione per altri. 2. L'importanza della prospettiva storica. 3. Il codice di Hammurabi e la prassi dell'antica Mesopotamia. 4. La prassi ebraica dell'Antico Testamento. 5. L'antica Grecia. 6. La prassi della c.d. cessione della moglie nell'antica Roma. Dalla *lex regia* di Numa fino alla cessione di Marcia. 7. Gli echi della cessione di Marcia fino ai nostri giorni. 8. La cessione di Livia, futura moglie di Ottaviano, e la vicenda di Turia. 9. I *filii communes* di Agostino d'Ippona e la *κοινωμία παιδῶν* di Plutarco. 10. Cenni a possibili prassi nel Tardoantico. La vicenda di Valentiniano I. 11. Conclusioni.

1. Premessa: cenni al problema della gestazione per altri

Il fenomeno indicato nella legislazione italiana con le parole ‘maternità surrogata’, ma che si preferisce qui indicare con la più idonea espressione ‘gestazione per altri’, costituisce uno dei temi più complessi e delicati che i giuristi sono oggi chiamati a discutere¹.

Si ha gestazione per altri nell'ipotesi in cui una donna abbia accettato liberamente di procreare allo scopo di contribuire alla realizzazione di un progetto genitoriale altrui, rinunciando pertanto al riconoscimento della propria maternità e accettando che il nato diventerà figlio di chi abbia ideato tale progetto.

* Università degli Studi di Palermo.

¹ V. di recente S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli 2017; F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli 2018; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli 2020; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino 2022; M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle sezioni unite*, in *Studi in memoria del notaio Prof. Ubaldo La Porta*, Napoli 2023, 1014 ss.

La normativa italiana si occupa della gestazione per altri, al solo scopo di vietarla, nella legge n. 40 del 2004, intitolata 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'. Essa consente il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, al fine di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1). Il fine della legge, indicato espressamente nello stesso art. 1, consiste nell'assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti nella realizzazione del meccanismo riproduttivo, compreso il concepito².

Nell'intenzione del legislatore, dunque, si pone in primo piano il fine della tutela del concepito, unico espressamente menzionato fra i diversi possibili soggetti coinvolti nella complessa dinamica della procreazione medicalmente assistita. Ai concepiti è dedicato, in particolare, l'art. 8 della legge, rubricato 'Stato giuridico del nato', che attribuisce loro «lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia»³.

Dunque, la procreazione medicalmente assistita è ammessa soltanto per superare i problemi di sterilità o infertilità della madre ed è stata estesa, grazie all'intervento della Corte Costituzionale, sulla scia della Corte Europea per i diritti dell'Uomo, anche alle «coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili»⁴. Tale apertura ha determinato il venir meno del principio del divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, originariamente espresso dal comma 3 dell'art. 4 della legge.

A norma dell'art. 5, il ricorso a tale tecnica è riconosciuto soltanto alle coppie di soggetti maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi⁵. È evidente, dunque, che lo

² Art. 1: Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

³ Art. 8: I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.

⁴ Sent. n. 95/2015.

⁵ Art. 5: Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di

spettro entro il quale ha operato il legislatore è quello della famiglia c.d. tradizionale, costituita dall'unione tra un uomo e una donna uniti in matrimonio, alla quale viene equiparata la 'coppia convivente anch'essa formata da un uomo e una donna'. La legge, di conseguenza, vieta il ricorso alla procreazione medicalmente assistita ai *singles* e alle coppie omoaffettive.

La sanzione per la violazione delle disposizioni legislative ha natura amministrativa e pecuniaria. Essa è inflitta, secondo il comma 2 dell'art. 12, rubricato 'Divieti generali e sanzioni', a soggetti ai quali la norma fa riferimento con l'espressione «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'art. 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita ...»⁶. Sembra doversi dedurre che a subirla non sarebbero né il *single* che eventualmente ricorresse alla procreazione medicalmente assistita né la coppia omoaffettiva composta da due donne. Rimane fuori inoltre dalla previsione legislativa il problema dello stato giuridico del genitore o dei genitori che ricorrono a tale tecnica, c.d. genitori intenzionali, e del nato da procreazione medicalmente assistita vietata.

Come si diceva, questo stesso articolo 12 contiene il riferimento al fenomeno della gestazione per altri. Al comma 6 esso si limita a utilizzare la laconica espressione 'maternità surrogata', allo scopo di punire la pratica cui allude, senza aver fatto in precedenza alcun riferimento esplicito alla fattispecie di reato, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, e senza tener conto delle diverse modalità attraverso le quali essa può realizzarsi:

Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

maggiores di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

⁶ Art. 12 co. 2: Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.

Rispetto alla fattispecie di reato amministrativo, l'espressione 'Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza [...] la surrogazione di maternità' sembra allargare la sfera dei soggetti punibili, ma attraverso una formulazione che non tiene conto della molteplicità di ipotesi che in concreto possono integrare la fattispecie: la gestante, madre surrogata, può provvedere alla sola gestazione, o anche al concepimento dell'embrione, con l'apporto del proprio materiale genetico; la coppia di genitori intenzionali può essere 'di sesso diverso', coniugata o convivente, oppure può essere una coppia omoaffettiva, femminile o maschile, o ancora può trattarsi di un *single*. Uno dei due genitori intenzionali può aver contribuito con un proprio gamete, oppure i gameti essere estranei a tutti. Il disposto normativo, inoltre, non contiene alcun cenno alla distinzione fra la surrogazione solidale e la surrogazione c.d. commerciale.

Ad aggravare ancora tale incerto quadro di definizione giuridica del fenomeno è giunta quest'anno l'approvazione, prima alla Camera dei deputati (19 luglio 2024), poi al Senato (16 ottobre 2024), del disegno di legge che inserisce alla fine del comma 6 il seguente periodo:

Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana.

La surrogazione di maternità, dunque, diviene nel nostro ordinamento un reato universale, in ragione di una scelta legislativa che forza la *ratio* propria di questo genere di reato, il quale fonda la scelta di rendere universale la giurisdizione penale sulla necessità di perseguire crimini gravissimi contro lo Stato o contro l'umanità. In Italia, invece, la maternità surrogata è un reato molto meno grave, consistente in una fattispecie peraltro non universalmente riconosciuta all'estero come illecita. Qualora un cittadino italiano ricorresse alla gestazione per altri in un Paese straniero che la considerasse lecita, sarebbe punibile in Italia anche a prescindere dall'applicabilità del principio della doppia incriminazione⁷.

⁷ V. le analisi condotte già con riferimento ai diversi progetti che si sono susseguiti negli ultimi anni fino all'approvazione odierna di quello dell'on. Varchi, per esempio da: M. PELLISSERI, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306*

Tutte le questioni alle quali si è accennato sono destinate a emergere in futuro nel concreto operare della normativa, la quale più che assumere un effetto deterrente sembra destinata a creare un ulteriore aggravamento del danno sui nati da surrogazione di maternità vietata, a partire dal riconoscimento del loro stato giuridico. A tacere di altri aspetti, infatti, è sul piano del diritto civile che la legge lascia irrisolta la delicatissima questione della condizione giuridica del nato e della relativa genitorialità⁸.

Fino a oggi la criminalizzazione della surrogazione così mal concepita sul piano del diritto penale ha determinato la crescita della dimensione internazionale del fenomeno, determinando il problema gravissimo della trascrizione in Italia dell'atto di nascita straniero, con genitorialità imputata ai genitori intenzionali. La recente qualificazione come reato universale non sembra potrà costituire un deterrente per fermare tale pratica, con conseguente riproposizione del problema di cui per esempio si è occupata di recente la sentenza Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

La pronuncia delle sezioni unite civili nega la rettifica della trascrizione dell'atto di nascita di un minore, generato in Canada grazie alla gestazione per altri. La modifica concerne l'indicazione della genitorialità riconosciuta dal Canada in capo non solo al padre biologico (come nella versione originaria), ma anche al padre intenzionale, coniugati, con matrimonio avvenuto in Canada e trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. Il mancato riconoscimento si pretende fondato sulla contrarietà dell'atto straniero ai principi dell'ordine pubblico internazionale. Il divieto di surrogazione di maternità viene considerato dalla Corte un principio di rango costituzionale, contenuto sì in una norma ordinaria ma che «invera l'ordinamento costituzionale».

(Meloni), *Camera dei deputati*, in *Sistema Penale*, 29 giugno 2021; A. VALLINI, *La rana che voleva farsi bue e il reato di surrogazione di maternità che voleva farsi universale*, in *GenIUS. Rivista di Studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 20 febbraio 2024; G.L. GATTA, *Surrogazione di maternità come 'reato universale'? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema Penale*, 2 maggio 2023.

⁸ V.G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I 'piccoli passi' delle Sezioni Unite*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 39.2 (2023) 377 ss.

Non è possibile soffermarsi sull'analisi della motivazione della sentenza. Essa, in ogni caso, sembra contrastare con le diverse sentenze della Corte Europea per i diritti dell'uomo che, con riferimento a questioni analoghe, ha riconosciuto preminente il principio del '*best interest of the child*'⁹.

Il piano sul quale si continua a operare in Italia, dunque, è quello della chiusura totale e della sola prospettiva della criminalizzazione espressione di un diritto penale simbolico che arriva a impiegare la nozione del reato universale. La complessità del fenomeno, invece, meriterebbe un approccio di analisi e di regolamentazione del tutto differente.

Il problema della costruzione della fattispecie e della sua qualificazione giuridica, la considerazione della sua liceità o illiceità a seconda delle possibili diverse modalità di attuazione, il problema della condizione giuridica del procreato, lo *status* giuridico della gestante, del genitore naturale, del genitore o dei genitori c.d. intenzionali, oppure dell'unico genitore naturale o intenzionale, degli eventuali donatori di gameti rappresentano tutte questioni complesse. Non a caso esse sono molto dibattute, perché implicano anzi tutto la necessità di guardare alla contemporanea tutela di diversi diritti individuali coinvolti e potenzialmente lesi.

La gestazione per altri, inoltre, coinvolge aspetti di tipo culturale, etico, religioso e che per loro natura possono non essere unanimemente condivisi e che proprio per tale ragione non possono essere disciplinati da un panpenalismo, meno che mai di stampo ideologico.

⁹ V.P. GIUNTI, *Il best interest of the child. Una conquista del presente in dialogo con il passato*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele II*, Mantova 2017, 67 ss.; M.C. VENUTI, *Ordine pubblico vs. interesse del minore generato tramite gestazione per altri in Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Questione giustizia*, 27 giugno 2023; G. CASCIO, *Il superiore interesse del minore: il complesso bilanciamento fra Corte europea dei diritti umani e il sistema italiano*, in M. VARVARO (a cura di), *Human Rights Reloaded*, Palermo 2024, 227 ss., con altra bibliografia.

2. L'importanza della prospettiva storica

Di fronte a tale complessità è allora necessario che il giurista operi attraverso un'interpretazione che guardi sia ai principi costituzionali che reggono l'ordinamento interno, sia ai principi di livello sovranazionale che presidiano la tutela dei diritti fondamentali, allo scopo di orientare l'interpretazione della norma vigente, la proposta di una sua modifica o la creazione di nuove discipline, che sappiano adeguare il dato normativo positivo alle esigenze di una società in continuo mutamento.

Un'altra irrinunciabile prospettiva è quella che tenga conto dell'intrinseca natura storica del diritto, uno strumento sempre funzionale a rendere possibile la convivenza in una società libera, i cui valori tuttavia mutano continuamente nel tempo. È questa, infatti, la ragione per la quale il tema della gestazione per altri si presta in modo particolare a essere indagato anche in una prospettiva storica. Guardare al passato, dunque, fornisce una prospettiva di analisi indispensabile, allargando l'orizzonte della riflessione alla considerazione di fenomeni per molti versi analoghi a quelli attuali, ma sviluppatisi in connessione a istituti giuridici e prassi sociali di società profondamente diverse dalla nostra.

La ragione per la quale è utile, anzi necessario, conoscere il passato non è certo legata a una mera esigenza culturale, né alla necessità di individuare, in funzione comparatistica, possibili modelli cui ispirare la nostra attuale condotta. Essa risiede piuttosto nella considerazione che la conoscenza della storia è lo strumento che più efficacemente è in grado di fare emergere l'intrinseca storicità del diritto quale fenomeno relativo, il quale muta e deve mutare di fronte alle esigenze nuove che si presentano. Verrà presentato dunque un quadro dell'antichità che sarà tracciato ampliando l'orizzonte di analisi a prassi che emergono da testimonianze provenienti già dalle più antiche culture mesopotamiche, dalla cultura ebraica dell'Antico Testamento, da qualche notizia relativa alla cultura greca, per poi approdare all'analisi delle numerose fonti che attestano la prassi della c.d. cessione della moglie nella cultura romana arcaica e classica, con possibili echi ancora nel Tardoantico.

3. Il codice di Hammurabi e la prassi dell'antica Mesopotamia

Com'è noto il codice di Hammurabi¹⁰ contiene una raccolta di disposizioni di natura casistica nel campo del diritto privato, penale, amministrativo, tutte espressioni di antichi costumi e assetti giuridici ancora anteriori al regno del sovrano (XVIII secolo a.C.). Nella parte dedicata ai rapporti matrimoniali sono contenute alcune disposizioni che mostrano la prassi codificata dell'uso da parte della moglie di dare una propria schiava al marito perché possa generare figli¹¹:

§ 144: Se un uomo ha sposato una donna consacrata, e questa donna consacrata ha dato a suo marito una schiava che gli ha generato dei figli, se quest'uomo (a sua volta) decide di sposare una concubina, a quest'uomo non sarà permesso, egli non potrà sposare una concubina.

§ 145: Se un uomo ha sposato una donna consacrata e la donna consacrata non gli ha partorito dei figli, se si propone di prendere una concubina, quest'uomo può prendere una concubina; egli può farla dimorare nella sua casa; ma la concubina non sarà uguale (*non avrà gli stessi diritti della*) donna consacrata.

§ 146: Se un uomo ha sposato una donna consacrata ed ella ha donato a suo marito una schiava, e poi questa schiava si comporta come se fosse uguale alla sua padrona, poiché ella ha fatto nascere dei figli, la sua padrona non può più venderla. Le si inciderà un marchio e la rimanderà fra le schiave.

§ 147: Se una schiava ha generato figli, la sua padrona può venderla.

Il matrimonio al quale si allude è quello con una donna consacrata, probabilmente al dio Marduk, unica a essere autorizzata a sposarsi senza

¹⁰ V. *Le leggi di Hammurabi re di Babilonia (2285-2242 a.C.), con note e prefazione del prof. Pietro Bonfante*, Milano 1903; F. MARI, *Il codice di Hammurabi e la Bibbia*, Roma 1903; A. ZOCCO-ROSA, *Il codice delle leggi di Hammurabi*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche* 36 (1903) 371 ss.; C. SAPORETTI, *Antiche leggi: i «codici» del Vicino Oriente antico*, Milano 1998; L. TORRE, *Il codice di Hammurabi. Testo sumero a fronte*, Napoli 2008.

¹¹ Si riporta la traduzione dal sumero di Torre, *Il codice di Hammurabi* cit., 80 s.

avere figli¹². Ella poteva evitare tuttavia che il marito prendesse legittimamente una concubina come seconda moglie e la accogliesse nella casa coniugale¹³ offrendogli una propria schiava che avrebbe partorito al suo posto. La schiava non avrebbe mutato la propria condizione e se avesse preteso di rivestire nella casa coniugale la stessa posizione della moglie, non avrebbe potuto essere venduta ma sarebbe stata marchiata come schiava indegna. Se la schiava non avesse partorito figli avrebbe potuto essere venduta.

La prassi che emerge dalle disposizioni del codice di Hammurabi si riscontra anche in alcune tavolette cuneiformi di epoca coeva provenienti da diverse città della Mesopotamia. Così, per esempio, nell'ambito delle disposizioni di un contratto di adozione rinvenuto a Nuzi, viene fatto riferimento a una analoga prassi di età accadica, in un tratto che qui si riporta in traduzione inglese:

Furthermore, Kelim-ninu has been given in marriage to Shennima. If Kelim-ninu bears (children), Shennima shall not take another wife; but if Kelim-ninu does not bear, Kelim-ninu shall acquire a woman of the land of Lullu as wife for Shennima, and Kelim-ninu may not send the offspring away¹⁴.

Dunque, la donna sterile poteva dare al marito una propria schiava che egli avrebbe preso come moglie per potere generare dei figli. Tali figli sarebbero stati considerati figli legittimi e la prima consorte non avrebbe potuto allontanarli dalla casa.

¹² Così S. DÉMARE-LAFONT, *Droits du Proche-Orient ancien*, in *Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences historiques et philologiques*, 150, 2019, 13; v. L. BARBERON, *Les religieuses et le culte de Marduk dans le royaume de Babylone*, Paris 2012.

¹³ È probabile che questa disposizione alludesse al matrimonio della stessa persona con due sorelle, entrambe consacrate, come dimostrano diversi documenti della pratica. Così ancora DÉMARE-LAFONT, *Droits du proche-orient ancien* cit., 13, che richiama R. WESTBROOK, *Old Babylonian Marriage Law*, Horn 1988, 104 ss.

¹⁴ J.B. PRITCHARD, *Ancient Near Eastern Texts. Relating to the Old Testament*³, Princeton 1969, 220.

Analoga prassi si trova anche in un contratto di matrimonio inciso su una tavoletta assira, oggi conservata presso il Museo Archeologico di Istanbul, ove (in traduzione inglese) si legge:

ll. 9-11: Laqipum has married Hatala, daughter of Enishru. In the country Laqipum (i.e. Central Anatolia) may not marry another (woman) – (but) in the City (i.e. Ashur) he may marry a hierodule. If within two years, she (i.e. Hatala) does not provide him with offspring, she herself will purchase a slave woman, and later, after she will have produced a child by him, he may then dispose of her by sale where-so-ever he pleases. Should Laqipum choose to divorce her (*text*: ‘*him*’), he must pay (*her*) five minas of silver – and should Hatala choose to divorce him, she must pay (*him*) five minas of silver. Witnesses: Masa, Ashurishtikal, Talia, Shupianika¹⁵.

La società assira superava dunque i problemi di infertilità attraverso lo strumento della concessione di una ierodula, senza compromettere l’integrità della famiglia, poiché la sterilità non era considerata causa di divorzio.

4. La prassi ebraica dell’Antico Testamento

Anche nel libro della Genesi è testimoniata la prassi della moglie sterile che offriva al marito la propria schiava, perché potesse procreare dei figli. L’episodio più noto è quello di Sara, moglie di Abramo, che diede al marito la propria schiava Agar:

Gen. 16.1-2: Sarai, moglie di Abram, non gli aveva dato figli. Avendo però una schiava egiziana chiamata Agar, Sarai disse ad Abram: ‘Ecco, il Signore mi ha impedito di aver prole; unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli’¹⁶.

¹⁵ A.B. TURP *et alii*, *Infertility and surrogacy first mentioned on a 4000-year-old Assyrian clay tablet of marriage contract in Turkey*, in *Gynecological Endocrinology* 34.1 (2017) 25 ss.

¹⁶ La traduzione in italiano dei passi riportati dalla *Nova Vulgata. Bibliorum sacrorum editio*, è quella dell’edizione della CEI, Città del Vaticano 1998.

Concedendo al marito la propria schiava, dunque, Sara avrà, 'da lei' un figlio proprio. Dall'unione tra la schiava Agar e Abramo nascerà Ismaele. Sara partorirà poi Isacco.

Un altro episodio è quello di Rachele, moglie di Giacobbe, riferito in

Gen. 30.1-3: Rachele, vedendo che non le era concesso di procreare figli a Giacobbe, divenne gelosa della sorella e disse a Giacobbe: 'Dammi dei figli, se no io muoio!'. Giacobbe s'irritò contro Rachele e disse: 'Tengo forse io il posto di Dio, il quale ti ha negato il frutto del grembo?'. Allora essa rispose: 'Ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei'.

Rachele dà a Giacobbe la propria schiava Bila perché per il suo tramite possa avere figli propri. Attraverso il rito del parto compiuto sulle ginocchia, la moglie sterile diveniva madre del figlio del proprio marito.

Anche la prima moglie di Giacobbe, Lia, sorella di Rachele, aveva dato al marito la propria schiava perché procreasse un figlio:

Gen. 30.9: Allora Lia, vedendo che aveva cessato di aver figli, prese la propria schiava Zilpa e la diede in moglie a Giacobbe.

Come nella prassi testimoniata dal codice di Hammurabi e dalle tavolette cuneiformi di epoca contemporanea provenienti da diverse città dell'antica Mesopotamia, anche nella cultura ebraica testimoniata nell'Antico Testamento la schiava costituiva lo strumento attraverso il quale la moglie sterile poteva generare dei figli giuridicamente legittimi.

Tali figli, di conseguenza, sarebbero stati considerati non solo del marito ma anche della moglie sterile¹⁷.

5. L'antica Grecia

In un tratto della comparazione delle vite di Licurgo e Numa Plutarco tratta della prassi che egli indica con l'espressione 'comunanza di mogli e

¹⁷ Da ultimo, con ampia bibliografia precedente, D.J. ZUCKER, *In/Voluntary Surrogacy in Genesis*, in *The Asbury Theological Journal* 76.1 (2021) 9-24.

figli' e che riscontrava sia nella prassi greca dell'età di Licurgo sia in quella del re Numa.

Plut. *Comp. Lyc. et Numae* 3.1.1: τῆς δὲ περὶ τοὺς γάμους καὶ τὰς τεκνώσεις κοινωνίας τὸ ἀζηλότυπον ὀρθῶς καὶ πολιτικῶς ἐμποιοῦντες ἀμφοτέρω τοῖς ἀνδράσιν οὐ κατὰ πᾶν εἰς τοῦτο συνηρέχθησαν.

Quanto al comunismo delle mogli e dei figli, Licurgo e Numa intendevano entrambi, con questo provvedimento accorto e politicamente efficace, eliminare dal cuore dei mariti la gelosia; ma non concordarono affatto nel mezzo per raggiungere lo scopo¹⁸.

Entrambi i re avevano emanato un provvedimento il quale, poiché era stato finalizzato a eliminare dal cuore dei mariti la gelosia, era da Plutarco definito in entrambi i casi 'accorto e politicamente efficace'. Il contenuto dei due provvedimenti fu tuttavia diverso. Il provvedimento di Numa sarà analizzato in seguito. Secondo quanto disposto da Licurgo il rimedio all'infertilità di una coppia si realizzava attraverso la volontà di un uomo:

Plut. *Comp. Lyc. et Numae* 3.1.3: ὁ δὲ Λάκων, οἴκοι τῆς γυναικὸς οὐσῆς παρ' αὐτῶ καὶ τοῦ γάμου μένοντος ἐπὶ τῶν ἐξ ἀρχῆς δικαίων, μετεδίδου τῶ πείσαντι τῆς κοινωνίας εἰς τέκνωσιν.

Il marito spartano, invece rendeva partecipe alla convivenza con la propria moglie chi, per avere figli, lo avesse convinto a farlo; ma la moglie continuava a vivere insieme col marito, nella sua casa, e il matrimonio conservava sempre la sua validità giuridica originaria¹⁹.

Dunque, un cittadino sposato poteva accogliere nella propria casa coniugale un altro uomo che desiderasse avere dei figli, permettendogli

¹⁸ La traduzione dei paragrafi di questo testo di Plutarco che verranno trascritti è tratta da A. MERIANI, R. GIANNATTASIO ANDRIA (a cura di), Plutarco. *Vite*, VI, Torino 1998.

¹⁹ V. anche Plut., *Numa* 25.3; Plut., *Lyc.* 15.12-15; Plut., *Mor.* 242b; Xen. *Resp. Lac.* 1.7-9. Sulla prassi greca v. S. PERENTIDIS, *Réflexions sur la polyandrie à Sparte dans l'Antiquité*, in RHDFF 75 (1997) 7 ss.; E. LÉVY, *Sparta. Storia politica e sociale fino alla conquista di Roma* (tr. it. a cura di G. Schilardi di Sparte. *Histoire politique et sociale jusqu'à la conquête romaine*, Paris 2003), Lecce 2006, 64 s. Sul rapporto fra la prassi di Roma e quella di Sparta v. M. SALVADORE, *Due donne romane. Immagini del matrimonio romano*, Palermo 1990, 14 e nt. 3.

così di generare dei figli con la propria moglie che continuava a vivere nella cosa coniugale senza che il vincolo matrimoniale si rompesse.

In questo testo l'espressione 'comunanza (κοινωνία) di mogli e figli' doveva alludere, piuttosto che a un regime giuridico di contitolarità di poteri familiari, a una prassi di solidarietà sociale sorretta dallo scopo di rendere possibile la procreazione di nuova linfa vitale per l'intera società. La prassi permetteva a uomini giovani e forti, infatti, di 'seminare come in un terreno fertile' e procreare così figli che sarebbero divenuti comuni all'intera città, appartenenti all'intera città²⁰.

6. La prassi della c.d. cessione della moglie nell'antica Roma. Dalla *lex regia* di Numa fino alla cessione di Marcia

Anche nell'antica Roma, come si diceva, è testimoniata una prassi analoga. Essa fu relegata entro confini in qualche modo contigui al sistema giuridico, in quella sfera spesso ambigua nella quale la liceità di prassi sociali che sembrano essere accettate, seppure a volte discusse, discende dall'assenza di una specifica regolamentazione. Si tratta del fenomeno della c.d. cessione della moglie, in base alla quale il marito poteva cedere la propria moglie fertile ad un altro uomo che la chiedesse, allo scopo di permettergli di procurarsi dei figli. La moglie avrebbe dovuto divorziare dal marito, contrarre un nuovo matrimonio e contribuire alla procreazione di figli legittimi. Realizzato lo scopo, avrebbe potuto essere ripresa in moglie dal primo marito.

Si trattò di una prassi accettata in ambito sociale e non perseguita come illecita in campo giuridico in ragione della considerazione della donna quale strumento per la realizzazione dello scopo fondamentale che rivestiva il *matrimonium* in diritto romano, quello di procreare dei figli legittimi (*filii familias*) che potessero in quanto tali entrare a far parte della comunità sociale e politica di Roma, perché appartenenti alle comunità familiari che ne costituivano le singole cellule sociali²¹.

²⁰ V. Plut., *Lyc.* 15.14.

²¹ Celebre la nota definizione del matrimonio in Cic., *Off.* 1.54 come *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*.

Secondo quanto testimoniato da più fonti, i censori erano soliti imporre al futuro marito la prestazione di un solenne giuramento (*iusiurandum*) con il quale doveva promettere di prendere moglie allo scopo di procreare figli: *'uxorem se liberorum quaerundum gratia habiturum'*²².

Una prima notizia è contenuta nel passaggio della comparazione delle vite di Licurgo e Numa già analizzata con riferimento alla prassi greca²³:

Plut. *Comp. Lyc. et Numae* 3.1.2: ἄλλ' ὁ Ῥωμαῖος μὲν ἀνὴρ ἰκανῶς ἔχων παιδοτροφίας, ὑφ' ἑτέρου δὲ πεισθεὶς δεομένου τέκνων, ἐξίστατο τῆς γυναικός, ἐκδόσθαι καὶ μετεκδόσθαι κύριος ὑπάρχων.

Il marito romano che avesse generato un sufficiente numero di figli poteva cedere alle preghiere di un altro che non ne aveva, e si separava dalla moglie, ma rimaneva pur sempre padrone di lasciargliela definitivamente o di riprendersela.

Plutarco tramanda la notizia di una *lex regia* di Numa che attribuiva al marito che avesse generato un sufficiente numero di figli dalla propria moglie ancora fertile il diritto di cederla a un altro uomo l'avesse chiesta allo scopo di generare dei figli. Il marito doveva tuttavia interrompere il rapporto matrimoniale, salva la possibilità di riprendere con sé la donna in futuro. L'approvazione sociale di tale prassi trovava fondamento nell'esigenza di permettere che un altro concittadino potesse contrarre matrimonio con la donna e procreare così dei figli, i quali sarebbero stati così considerati legittimi e quindi capaci di continuare la linea di

²² Il giuramento è attestato in diverse fonti: Plaut., *Aul.* 148; Plaut., *Capt.* 889; Macrobi., *Sat.* 1.16.18; Fest., s.v. *quaeso* (312 L.); Gell. 4.3.2 e 17.21.44.

²³ Per una analisi esegetica più puntuale delle fonti che verranno di seguito indicate si rimanda a M. DE SIMONE, *Sulle tracce di un'antica prassi: la c.d. cessione della moglie*, in AUPA 54 (2010-2011) 7 ss., con bibliografia citata a p. 9 nt. 1, cui adde: P. GIUNTI, ... *PER TE TAMEN HABEREM* ... *Modelli antichi e moderni tra maternità biologica e maternità sociale*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2011, 243 ss.; F. STURM, *La maternité pour autrui dans l'Antiquité*, in *Droit, Administration et Justice. Mélanges en l'honneur des professeurs Marie-Thérèse Allemand-Gay et Jean Gay*, Nancy 2011, 606 ss., e in C. MASI DORIA, G. STURM (a cura di), *Ausgewählte Schriften zum Recht der Antike II*, Napoli 2018, 811 ss.

discendenza della famiglia di appartenenza. A Sparta, come si è visto, il marito non scioglieva i vincoli matrimoniali con la propria moglie, ma le permetteva la convivenza dell'uomo nella casa coniugale.

La notizia plutarchea è confermata dall'espressione 'secondo un antico costume dei Romani' contenuta in

Strabo *Geog.* 11.9.1.10: ιστοροῦσι δὲ περὶ τῶν Ταπύρων ὅτι αὐτοῖς εἶη νόμιμον τὰς γυναῖκας ἐκδιδόναι τὰς γαμετὰς ἑτέροις ἀνδράσιν, ἐπειδὴν ἐξ αὐτῶν ἀνέλονται δύο ἢ τρία τέκνα, καθάπερ καὶ Κάτων Ὀρτησίῳ δεηθέντι ἐξέδωκε τὴν Μαρκίαν ἐφ' ἡμῶν κατὰ παλαιὸν Ῥωμαίων ἔθος.

Si racconta che presso il popolo dei Tapiri era costume cedere le proprie mogli agli altri uomini perché avessero da loro due o tre figli, come fece da noi anche Catone il quale, secondo un antico costume dei Romani, diede Marcia ad Ortensio che la richiedeva.

Nell'undicesimo libro della *Geografia* Strabone descrive l'Asia Minore. Nell'ambito della parte dedicata alla Partia, il tratto riportato riferisce la prassi del popolo dei Tapiri di cedere le proprie mogli agli altri uomini per permettere loro di avere dei figli. Strabone coglie l'occasione del racconto di tale prassi per ricordare un episodio ben noto ai suoi tempi: quello della cessione da parte di Catone l'Uticense della moglie Marcia all'amico Ortensio.

Lo stesso Plutarco, che nella comparazione delle vite di Numa e Licurgo aveva considerato la cessione della moglie un istituto di origine arcaica, nella vita di Catone offre una dettagliata descrizione dell'episodio al quale Strabone accenna soltanto:

Plut., *Cato min.* 251.12: 1. Εἴτα ἔγημε θυγατέρα Φιλίππου, Μαρκίαν, ἐπεικὴ δοκοῦσαν εἶναι γυναῖκα, περὶ ἧς ὁ πλεῖστος λόγος: καὶ καθάπερ ἐν δράματι τῷ βίῳ τοῦτο τὸ μέρος προβληματῶδες γέγονε καὶ ἄπορον. 2. Ἐπράχθη δὲ τοῦτον τὸν τρόπον, ὡς ιστορεῖ Θρασέας, εἰς Μουνάτιον, ἄνδρα Κάτωνος ἑταῖρον καὶ συμβιωτὴν, ἀναφέρων τὴν πίστιν. 3. Ἐν πολλοῖς ἔρασταῖς καὶ θαυμασταῖς τοῦ Κάτωνος ἦσαν ἑτέρων ἕτεροι μᾶλλον ἐκδηλοὶ καὶ διαφανεῖς, ὧν καὶ Κόϊντος Ὀρτήσιος, ἀνὴρ ἀξιώματός τε λαμπροῦ καὶ τὸν τρόπον ἐπεικῆς, 4. ἐπιθυμῶν οὖν τῷ Κάτωνι μὴ συνήθης εἶναι μηδὲ ἑταῖρος μόνον, ἀλλ' ἀμῶς γέ πως εἰς οἰκειότητα καταμιζαὶ καὶ κοινωνίαν πάντα τὸν οἶκον καὶ τὸ γένος, ἐπεχείρησε συμπεῖθειν ὅπως τὴν θυγατέρα Πορκίαν, Βύβλῳ συνοικοῦσαν καὶ πεποιημένην ἐκεῖνῳ δύο παῖδας, αὐτῷ πάλιν ὥσπερ εὐγενῆ χώραν ἐντεκνώσασθαι παράσχη. 5. Δόξη μὲν γὰρ ἀνθρώπων ἄτοπον εἶναι τὸ τοιοῦτον, φύσει δὲ καλὸν καὶ πολιτικόν, ἐν ᾧρα καὶ ἀκμῇ γυναῖκα μῆτε ἀργεῖν τὸ γόνιμον ἀποσβέσασαν, μῆτε πλείονα τῶν

ικανῶν ἐπιτίκτουσαν, ἐνοχλεῖν καὶ καταπτωχεύειν οὐδὲν δεόμενον, 6. κοινουμένους δὲ τὰς διαδοχὰς ἀξίους ἀνδράσι τὴν τε ἀρετὴν ἄφθονον ποιεῖν καὶ πολύχυτον τοῖς γένεσι, καὶ τὴν πόλιν αὐτὴν πρὸς αὐτὴν ἀνακεραυνῶναι ταῖς οἰκειότησιν. 7. Εἰ δὲ πάντως περιέχοιτο τῆς γυναικὸς ὁ Βύβλος, ἀποδώσειν εὐθὺς τεκοῦσαν, οἰκειότερος αὐτῷ τε Βύβλω καὶ Κάτωνι κοινωνία παίδων γενόμενος. 8. Ἀποκριναμένου δὲ τοῦ Κάτωνος ὡς Ὀρτήσιον μὲν ἀγαπᾷ καὶ δοκιμάζει κοινωνὸν οἰκειότητος, ἄτοπον δὲ ἡγεῖται ποιεῖσθαι λόγον περὶ γάμου θυγατρὸς ἐτέρῳ δεδομένης, 9. μεταβαλὼν ἐκεῖνος οὐκ ὤκνησεν ἀποκαλυψάμενος αἰτεῖν τὴν αὐτοῦ γυναῖκα Κάτωνος, νέαν μὲν οὖσαν ἔτι πρὸς τὸ τίκτειν, ἔχοντος δὲ τοῦ Κάτωνος ἀποχρῶσαν διαδοχὴν. 10. Καὶ οὐκ ἔστιν εἰπεῖν ὡς ταῦτα ἔπραττεν εἰδὼς οὐ προσέχοντα τῇ Μαρκίᾳ τὸν Κάτωνα. 11. κύουσαν γὰρ αὐτὴν τότε τυγχάνειν λέγουσιν. ὁ δὲ οὖν Κάτων ὁρῶν τὴν τοῦ Ὀρτησίου σπουδὴν καὶ προθυμίαν οὐκ ἀντεῖπεν, ἀλλ' ἔφη δεῖν καὶ Φίλιππῳ ταῦτα συνδόξαι τῷ πατρὶ τῆς Μαρκίας. 12. Ὡς οὖν ὁ Φίλιππος ἐντευχθεὶς ἔγνω τὴν συγχώρησιν, οὐκ ἄλλως ἐνεγγύησε τὴν Μαρκίαν ἢ παρόντος τοῦ Κάτωνος αὐτοῦ καὶ συνεγγυῶντος. ταῦτα μὲν οὖν, εἰ καὶ χρόνοις ὕστερον ἐπράχθη, μνησθέντι μοι τὸ τῶν γυναικῶν προλαβεῖν ἔδοξε.

1. In seguito sposò Marcia, figlia di Filippo, che godeva di buona reputazione. Di lei si fa un gran parlare: questo periodo della vita di Catone, proprio come il complesso intreccio di un dramma, è problematico e controverso. 2. Secondo Trasea, che segue Munazio (uno dei più cari amici di Catone), i fatti si svolsero così. 3. Tra i numerosi amici ed estimatori di Catone, vi erano personaggi di grande prestigio, tra i quali Quinto Ortensio, di nobile famiglia ed amabile carattere. 4. Egli aspirava a qualcosa di più di una semplice amicizia con Catone; Ortensio desiderava “mescolare”, per così dire, la propria famiglia con quella di Catone per unirle più profondamente. Perciò, cercò di convincere Catone a concedergli in moglie la figlia Porcia, sposa di Bibulo e madre di due figli, che al pari di un terreno fertile, gli avrebbe dato una nuova discendenza. 5. Una proposta del genere era certamente al di fuori degli schemi convenzionali della società, ma alla luce della legge naturale, poteva considerarsi buona e “politica”: una donna nel fiore degli anni in questa maniera non avrebbe esaurito subito la propria capacità di procreare e, d'altra parte, dando al marito più figli di quanto fossero necessari, avrebbe ridotto in precarie condizioni economiche, con una prole numerosa, una famiglia che non ne aveva bisogno. 6. Se, invece, uomini di nobile lignaggio se la fossero divisa, la loro virtù si sarebbe riversata copiosamente nelle famiglie e la città intera, in virtù di queste unioni, si sarebbe rinsaldata in vincoli più stretti. 7. Subito dopo il parto Ortensio avrebbe reso la moglie a Bibulo, se egli desiderava riaverla con sé quanto prima; in compenso, grazie al fatto di avere dei figli in comune, i legami tra Ortensio, Bibulo e Catone sarebbero diventati più stretti. 8.

Alla proposta di Ortensio Catone rispose che, per quanto grande fosse il suo affetto nei confronti di colui che considerava un vero amico, trovava strano sentir parlare di matrimonio per una figlia che era già moglie di un altro. 9. Senza alcuna esitazione, Ortensio cambiò tattica e gli chiese di cedergli la moglie Marcia, che era ancora abbastanza giovane per poter mettere al mondo dei figli, considerato anche che la discendenza di Catone era assicurata. 10. Certo egli sapeva bene quanto affetto Catone nutrisse per Marcia 11. che – si dice – in quel periodo era incinta. Visto l'ardore con cui Ortensio gli faceva la proposta, Catone non fece opposizione ma si limitò ad obiettare che la decisione doveva essere approvata da Filippo, il padre di Marcia. 12. I tre si incontrarono e Filippo consentì a che la figlia si fidanzasse con Ortensio a patto che Catone fosse d'accordo e partecipasse al fidanzamento²⁴.

L'episodio, indicato dallo stesso Plutarco come 'problematico e controverso' avvenne intorno al 56 a.C. Ortensio, amico di Catone, il quale desiderava «mescolare completamente stirpe e discendenza in una parentela e in una comunanza», chiese all'amico di avere in sposa sua figlia Porcia, sposata a sua volta con Bibulo e madre di due figli.

Sebbene «fuori dagli schemi convenzionali della società», la richiesta di Ortensio era considerata buona e di interesse generale in base alla legge naturale. La valutazione positiva della pratica 'non convenzionale' risiedeva nello scopo da essa perseguito, quello di rendere feconda le stirpi degli uomini nobili e di creare una comunanza che avrebbe rafforzato la stessa città. La comunanza dei figli avrebbe dunque rinsaldato i legami tra Ortensio, Bibulo e Catone.

Dal punto di vista giuridico l'Uticense avrebbe certamente potuto accogliere la richiesta dell'amico. Avrebbe infatti potuto esercitare la facoltà di *abducere filiam*, di interrompere cioè il matrimonio della figlia. Tale facoltà costituiva uno dei contenuti della *patria potestas*, che evidentemente non era venuta meno poiché il matrimonio di Porcia era stato un *matrimonium sine manu*²⁵.

Ma Catone non accettò. Ortensio cambiò allora il proprio piano: chiese di avere ceduta la moglie di Catone, Marcia. La donna aveva già assicurato

²⁴ La traduzione è di M.L. AMERIO, D.P. ORSI, *Plutarco. Vite*, ed. UTET.

²⁵ Sull'istituto dell'*abductio filiae* v. M. DE SIMONE, *Una congettura sull'arcaico filiam abducere*, in AUPA 55 (2012) 321 ss., con bibliografia precedente.

a Catone una discendenza ed era ancora una fertile, probabilmente già incinta. Catone accolse la proposta, approvata anche da Filippo, il padre di Marcia: Catone e Marcia divorziarono.

L'episodio della cessione di Marcia è tramandato anche da altri autori. Il brano di Lucano è forse il più celebre. Si tratta di un tratto della *Pharsalia* (nota anche come *Bellum civile*):

Luc., *Bell. civ.* 2.326-345: *Interea Phoebos gelidas pellente tenebras / pulsatae sonuere fores, quas sancta relicto / Hortensi maerens inrupit Marcia busto. / Quondam virgo toris melioris iuncta mariti, / mox, ubi conubii pretium mercesque soluta est / tertia iam suboles, alios fecunda penatis / inpletura datur geminas et sanguine matris / permixtura domos. Sed, postquam condidit urna / supremos cineres, miserando concita voltu, / effusas laniata comas contusaque pectus / verberibus crebris cineresque ingesta sepulchri / (non aliter placitura viro), sic maesta profatur: / "dum sanguis inerat, dum vis materna, peregi / iussa, Cato, et geminos excepi feta maritos: / visceribus lassis partuque exhausta revertor / iam nulli tradenda viro. Da foedera prisci / inlibata tori, da tantum nomen inane / conubii: liceat tumulo scripsisse: "Catonis / Marcia" (...) nec dubium longo quaeratur in aevo, / mutarim primas expulsa an tradita taedas.*

Nel frattempo, mentre il sole scacciava le fredde tenebre, risuonarono le porte, attraverso cui irruppe piangendo la veneranda Marcia, che aveva lasciato i funerali di Ortensio. Unita vergine un tempo, ad un marito migliore, successivamente – allorché ebbe adempiuto all'unione generando un terzo figlio – fu concessa per popolare con la sua fecondità un'altra casa e per riunire due famiglie con il sangue materno. Ma dopo aver riposto nell'urna le ceneri di Ortensio, anelante nel misero volto, strappandosi le chiome scarmigliate e battendosi con frequenti colpi il petto, con la cenere del sepolcro addosso (non altrimenti sarebbe piaciuta al primo marito) così si espresse tristemente: «Finché potevo contare sul sangue e sull'energia di madre, o Catone, ho adempiuto i tuoi comandi e ho concepito figli da ambedue i mariti: con le viscere esauste e sposata dai parti ritorno, ma in condizione di non poter essere più ceduta ad un ulteriore marito. Ridonami i casti patti del primo matrimonio e dell'unione concedimi soltanto il nome: mi sia consentito far scrivere sulla mia tomba: 'Marcia di Catone' e nei lunghi tempi a venire non si rimanga in dubbio se ho mutato il primo matrimonio cacciata o ceduta»²⁶.

²⁶ La traduzione, a cura di Renato Badali, è quella dell'edizione Classici UTET.

Lucano tramanda un racconto della vicenda adottando la prospettiva della moglie ceduta, la quale, realizzato il fine della cessione e morto Ortensio, chiede a Catone di essere ripresa in matrimonio.

Secondo quando tramandato in

App. *Bell. civ.* 2.14.99: Μαρκία γέ τοι τῆ Φιλίππου συνὼν ἐκ παρθένου καὶ ἀρεσκόμενος αὐτῇ μάλιστα καὶ παῖδας ἔχων ἐξ ἐκείνης ἔδωκεν ὁμῶς αὐτὴν Ὀρτησίῳ τῶν φίλων τινί, παίδων τε ἐπιθυμοῦντι καὶ τεκνοποιῶ γυναικὸς οὐ τυγχάνοντι, μέχρι κάκεινῳ κηύσασαν ἐς τὸν οἶκον αὐθις ὡς χρήσας ἀνεδέξατο.

Viveva con Marcia, figlia di Filippo, da quando ella era vergine, molto amato da lei; pur avendone avuto dei figli la diede ad Ortensio, un suo amico che voleva dei figli e aveva una moglie sterile, e dopo che ella gli partorì un figlio la riprese in casa come se l'avesse prestata²⁷.

Catone accolse dunque Marcia. Il brano di Appiano è interessante perché contiene un passaggio prezioso: Marcia «fu concessa per popolare con la sua fecondità un'altra casa e per riunire due famiglie con il sangue materno». Ciò che Plutarco indicava con l'espressione 'comunanza di figli' appare realizzarsi nel testo di Lucano *sanguine matris*.

7. Gli echi della cessione di Marcia fino ai nostri giorni

L'episodio della cessione di Marcia ebbe una tale eco da divenire oggetto di scuola nella disciplina della retorica. Lo testimoniano due passi della *Institutio oratoria* di Quintiliano che tramanda come oggetto di una delle *infinitae quaestiones*:

Quint. *Inst. orat.* 3.5.11: *an Cato recte Marciam Hortensio tradiderit*
se Catone ha legittimamente ceduto Marcia a Ortensio.

Quint. *Inst. orat.* 10.5.13: "*Cato Marciam honestene tradiderit Hortensio*"
an "conveniatne res talis bono viro"?

"Catone avrà consegnato Marcia ad Ortensio comportandosi con onestà?"
e "ciò si addice ad un uomo retto?"

²⁷ La traduzione, a cura di E. GABBA e D. MAGNINO, è quella dell'edizione Classici UTET.

Catone e Marzia dovettero rimanere protagonisti delle *controversiae* sulle quali nelle scuole di retorica si esercitavano i discenti forse ancora nell'età dei comuni. È a Firenze, infatti, in una di queste scuole, che un ancora giovane Dante dovette discutere della vicenda della cessione di Marcia. Com'è noto, nella *Commedia* Dante pone Catone a presidio del Purgatorio, mentre colloca Marcia, insieme ad altre matrone romane, nel Limbo, luogo da cui proviene anche Virgilio.

Nel primo libro del Purgatorio, è Virgilio che chiede a Catone il permesso di entrare insieme a Dante, richiamando alla memoria del custode la moglie Marzia:

Purg. I, v. 76 ss.
 [...] son del cerchio ove son li occhi casti
 di Marzia tua, che 'n vista ancor ti priega,
 o santo petto, che per tua la tegni:
 per lo suo amore adunque a noi ti piega.
 Lasciane andar per li tuoi sette regni;
 grazie riporterò di te a lei,
 se d'esser mentovato là giù degni.
 "Marzia piacque tanto a li occhi miei
 mentre ch'i' fu' di là", diss'elli allora,
 "che quante grazie volse da me, fei.
 [...]
 Ma se donna del ciel ti muove e regge,
 come tu di', non c'è mestier lusinghe:
 bastisi ben che per lei mi richegge.

Ma è in un brano meno conosciuto del *Convivio* che Dante mostra la conoscenza profonda della vicenda, che riporta citando come fonte il poeta Lucano, ma in una versione che esprime appieno tutto lo spirito dell'opera. La vicenda del ritorno di Marcia nella casa di Catone, infatti, è rappresentata come simbolo dell'anima nobile che in età matura ritorna a Dio:

Convivium 4.13-19: 13. E che queste due cose convegnano a questa etade, ne figura quello grande poeta Lucano nel secondo de la sua Farsalia, quando dice che Marzia tornò a Catone e richiese lui e pregollo che la dovesse riprendere [g]ua[s]ta: per la quale Marzia s'intende la nobile anima. 14. E potemo così ritrarre la figura a veritade. Marzia fu vergine, e in quello stato si significa l'adolescenza; [poi si maritò] a Catone, e in

quello stato si significa la gioventute; fece allora figli, per li quali si significano le vertudi che di sopra si dicono a li giovani convenire; e partissi da Catone, e maritossi ad Ortensio, per che [si] significa che si partì la gioventute e venne la senettute; fece figli di questo anche, per che si significano le vertudi che di sopra si dicono convenire a la senettute. 15. Morì Ortensio; per che si significa lo termine de la senettute; e vedova fatta – per lo quale vedovaggio si significa lo senio – tornò Marzia dal principio del suo vedovaggio a Catone, per che si significa la nobile anima dal principio del senio tornare a Dio. E quale uomo terreno più degno fu di significare Iddio, che Catone? Certo nullo. 16. E che dice Marzia a Catone? “Mentre che in me fu lo sangue”, cioè la gioventute, “mentre che in me fu la materno vertute”, cioè la senettute, che bene è madre de l’alte [vertu]di, sì come di sopra è mostrato, “io” dice Marzia “feci e compiei li tuoi comandamenti”, cioè a dire, che l’anima stette ferma a le civili operazioni. Dice: “E tolsi due mariti”, cioè a due etadi fruttifera sono stata. 17. “Ora” dice Marzia “che ’l mio ventre è lasso, e che io sono per li parti vota, a te mi ritorno, non essendo più da dare ad altro sposo”; cioè a dire che la nobile anima, cognoscendosi non avere più ventre da frutto, cioè li suoi membri sentendosi a debile stato venuti, torna a Dio, colui che non ha mestiere de le membra corporali. 18. E dice Marzia: “Dammi li patti de li antichi letti, dammi lo nome solo del maritaggio”; che è a dire che la nobile anima dire a Dio ‘Dammi, Signor mio, omai lo riposo di te; dammi, almeno, che io in questa tanta vita sia chiamata tua’. E dice Marzia: “Due ragioni mi muovono a dire questo: l’una si è, che dopo di me si dica ch’io sia morta moglie di Catone; l’altra, che dopo me si dica che tu non mi scacciasti, ma di buono animo mi maritasti”. 19. Per queste due cagioni si muove la nobile anima; e vuole partire d’esta vita sposa di Dio, e vuole mostrare che graziosa fosse a Dio la sua creazione. Oh sventurati e male nati, che innanzi volete partirvi d’esta vita sotto lo titolo d’Ortensio che di Catone! Nel nome di cui è bello terminare ciò che de li segni de la nobilitade ragionare si convenia, però che in lui essa nobilitade tutti li dimostra per tutte etadi.

L’eco della vicenda di Catone e Marcia è giunta fino ai nostri giorni, molto probabilmente anche grazie a Dante Alighieri. Come di recente è stato sostenuto, Luigi Pirandello, fra i più grandi lettori del sommo Poeta in epoca moderna, dovette con buona verosimiglianza ispirarsi al passo del *Convivium* appena riportato nell’ideazione dei ‘Sei personaggi in cerca di autore’²⁸. Lo dimostra la struttura della commedia imperniata sulla vicenda

²⁸ M. MASTRODONATO, *Sei personaggi in cerca di Dante. Catone Uticense, Marzia e i loro figli: spettri sospesi nella commedia «da fare» di Luigi Pirandello*,

del ‘padre’ che consente alla propria moglie, dopo avergli dato un figlio, di abbandonare la casa coniugale per andare a vivere con ‘il segretario’, con il quale procreerà una figlia.

Non possiamo soffermarci sui numerosi drammatici risvolti delle relazioni tra i diversi personaggi della commedia pirandelliana. Ma è certo che essa rappresenta una dinamica che la storia ha continuato a riproporre anche in altri contesti.

8. La cessione di Livia, futura moglie di Ottaviano, e la vicenda di Turia

Nello stesso torno di tempo in cui si colloca la vicenda della cessione di Marcia si inserisce l’episodio di Livia Drusilla, avvenuto nel 38 a.C. e riferito in:

Dio Cass. 48.44.1: ἦν δὲ θυγάτηρ μὲν Λιουίου Δρούσου, ὃς ἔν τε τοῖς ἐκτεθεῖσιν ἐν τῷ λευκώματι ἐγεγόνει καὶ ἑαυτὸν μετὰ τὴν ἐν τῇ Μακεδονίᾳ ἦταν κατεκέχρητο, γυνὴ δὲ τοῦ Νέρωνος, μεθ’ οὗ συνδιέφυγεν, ὥσπερ εἴρηται· καὶ ἐκείν γε ἐξ αὐτοῦ μῆνα ἔκτον. διστάζοντος γοῦν τοῦ Καίσαρος, καὶ πυθομένου τῶν ποντιφίκων εἰ οἱ ὅσιον ἐν γαστρὶ ἔχουσαν αὐτὴν ἀγαγέσθαι εἶη, ἀπεκρίναντο ὅτι εἰ μὲν ἐν ἀμφιβόλῳ τὸ κῆμα ἦν, ἀναβληθῆναι τὸν γάμον ἐχρήν, ὁμολογουμένου δὲ αὐτοῦ οὐδὲν κωλύει ἤδη αὐτὸν γενέσθαι, τάχα μὲν που καὶ ὄντως ἐν τοῖς πατρίοις τοῦτο εὐρόντες, πάντως δ’ ἄν, εἰ καὶ μὴ εὖρον αὐτό, εἰπόντες. ἐξέδωκε δὲ αὐτὴν αὐτὸς ὁ ἀνὴρ ὥσπερ τις πατήρ. [...] ταῦτα μὲν οὖν οὕτως ἐπράχθη, συνοικοῦσα δὲ ἤδη ἡ γυνὴ τῷ Καίσαρι τίκτει Κλαύδιον Δρούσον Νέρωνα. καὶ αὐτὸν ὁ Καῖσαρ καὶ ἀνείλετο καὶ τῷ πατρὶ ἔπεμψεν, αὐτὸ τοῦτο ἐς τὰ ὑπομνήματα ἐγγράμας, ὅτι Καῖσαρ τὸ γεννηθὲν Λιουία τῇ ἑαυτοῦ γυναικὶ παιδίον Νέρωνι τῷ πατρὶ ἀπέδωκε. καὶ ἐκεῖνος [τε] τελευτῶν <οὐ> πολλῶ ὕστερον ἐπίτροπον καὶ τούτῳ καὶ τῷ Τιβερίῳ αὐτὸν τὸν Καίσαρα κατέλιπεν. ὁ δ’ οὖν ὁμιλος ἄλλα τε ἐπὶ τούτῳ πολλὰ διεθρύλει, καὶ τοῖς εὐτυχοῦσι τρίμηνα παιδία γεννᾶσθαι ἔλεγεν, ὥστε καὶ ἐς παροιμίαν τὸ ἔπος προχωρήσαι.

(Livia) Era figlia di Livio Druso, uno dei proscrittore che si era ucciso dopo la battaglia di Filippi, e sposa di Nerone; di costui fu compagna di fuga, come ho già detto, ed era incinta di sei mesi per opera del marito. Essendo Ottaviano incerto sul da farsi, chiese ai Pontefici se gli era permesso dalle leggi divine sposare una donna incinta. Risposero che, se la

gravidanza era dubbia, il matrimonio doveva essere rinviato; se invece era certa, nulla impediva che il matrimonio avvenisse subito. I pontefici avevano forse trovato realmente nella tradizione tale usanza, ma l'avrebbero certamente anche inventata in caso contrario. Lo stesso la condusse sposa, come un padre. [...] Dunque questo accadde. Livia, quando già abitava con Ottaviano, partorì Claudio Druso Nerone. Ottaviano lo accettò e lo mandò al padre. Nei suoi ricordi dice che mandò al padre Nerone il bambino nato da Livia, sua sposa. Il padre non molto dopo, morendo, indicò Ottaviano come tutore di questo bambino e del fratello Tiberio. Il popolo per questo mise in giro molte chiacchiere, tra cui questa: "Ai fortunati nascono bambini dopo tre mesi". Il che passò anche in proverbio²⁹.

Forte del proprio potere politico, Ottaviano, futuro Augusto, fece pressione su Tiberio Claudio Nerone perché gli cedesse sua moglie, Livia. Tiberio Nerone acconsentì sebbene Livia fosse incinta e la gravidanza giunta già al sesto mese. Quando già abitava con Ottaviano, ella partorì Claudio Druso Nerone, futuro padre dell'imperatore Claudio.

Dunque, Druso nacque dopo tre mesi di matrimonio. Ottaviano lo raccolse e lo mandò al padre. Egli fu *filius familias* di Tiberio Nerone, non certo di Ottaviano.

Ancora allo stesso periodo storico è riferita un'altra testimonianza di grande interesse, costituita da un passaggio di un'epigrafe romana, probabilmente tra le più note, la c.d. *Laudatio Turiae*, un'iscrizione funebre databile tra l'8 e il 2 a.C., che contiene l'*elogium* di un marito alla propria moglie. A onta di alcune difficoltà di lettura in diversi punti del testo, in un passaggio di tale elogio risulta limpidamente tramandato il ricordo di un particolare della vita in comune dei due coniugi, espresso in un'intensa trasposizione in forma di racconto storico-filologico da Lidia Storoni Mazzolani:

²⁹ La traduzione è di G. Norcio in *Cassio Dione, Storia romana (libri XLVIII-LI), IV, trad. e note a cura di G. Norcio*, Classici della BUR, Milano 1996, 91 s. La vicenda è testimoniata anche in Tac. *Ann.* 1.10.5; Svet. *Aug.* 62; Svet. *Tib.* 4. Per l'analisi di queste fonti sia consentito rimandare a DE SIMONE, *Sulle tracce cit.*, con indicazioni bibliografiche.

Disperando di poter mettere al mondo un figlio, dolendoti che io ne fossi privo, poiché, avendo te per moglie, deposta ogni speranza di prole, avrei potuto essere infelice per questo, mi parlasti di divorzio, ti proponesti di lasciare disponibile la casa alla fecondità di un'altra donna, con nessun'altra ragione, poiché era notorio il nostro affetto reciproco, se non quella di cercare tu stessa di procurarmi un'unione al livello della mia posizione. Affermasti che avresti tenuto in comune i figli che sarebbero nati, li avresti considerati come tuoi, e non avresti diviso il patrimonio – fino a quel momento rimasto indiviso – ma anzi lo avresti lasciato sempre a mia disposizione; qualora io fossi d'accordo, ne avresti conservato la gestione. Non avresti conservato nulla in proprio; da quel momento usato verso di me i compiti doverosi e dimostrato l'affetto di una sorella, d'una suocera. [...] Potevo io avere un desiderio, una necessità così forte d'aver figli da deporre per questo la fede coniugale e cambiare il certo per l'incerto? A che dilungarmi? Rimanesti al mio fianco. Mai avrei potuto assecondarti senza mancare al mio onore, senza fare la mia infelicità e la tua. Ma d'altro canto non c'è cosa più memorabile della tua dedizione, dell'esserti adoprata affinché, non potendo io avere figli da te, ne avessi egualmente per opera tua, disperando di procreare tu stessa, d'aver cercato di procurarmi con nuove nozze la fecondità d'un'altra³⁰!

Turia, moglie sterile, era dunque pronta a rinunciare al proprio ruolo di moglie, permettendo l'ingresso nella propria casa coniugale a una donna fertile che desse figli al marito. Si trattò di un atto d'amore che l'avrebbe indotta a cercare lei stessa e a offrire una donna fertile al proprio marito. Il marito avrebbe così potuto avere dei figli non da lei, ma grazie a lei:

l. 49: *ut, quom ex te liberos ha[b]ere non possem, per te tamen [haberem ...*

Turia aveva affermato:

ll. 35-36: [...] *ac futuros liberos t[e] communes pro]que tuis habituram adfirm]ares [...]*

La moglie aveva assicurato che avrebbe considerato i futuri figli del marito *communes*, 'comuni e come se fossero propri'.

³⁰ L. STORONI MAZZOLANI, *Una moglie*⁶, Palermo 2006.

9. I *fili communes* di Agostino d'Ippona e la *κοινωνία παιδων* di Plutarco

L'aggettivo *communes* non è presente nell'epigrafe sulla quale è stata incisa la *Laudatio Turiae*, in ragione dell'esistenza di una lacuna, ma è frutto di una proposta di integrazione autorevolmente prospettata da Mommsen e probabilmente per questa ragione accettata da tutti i successivi editori della *Laudatio*.

V'è invero un testo, tardo, nel quale compare l'analoga espressione '*communes filii*'. Si tratta di:

Aug. *De bono coniugali* 15.17: [...] *Plane uxoris voluntate adhibere aliam, unde communes filii nascantur unius commixtione ac semine, alterius autem iure ac potestate apud antiquos patres fas erat [...]*.

Il brano è contenuto nella seconda parte del *De bono coniugali*, denominata *Veteris Testamenti Patres coniugati sive cum coniugatis sive cum continentibus nostri temporis conferuntur*, in un paragrafo dal titolo *Patres etiam plures uxores inculpabiliter ducebant*. Agostino, dunque, instaurava un paragone tra il matrimonio dei Padri dell'Antico Testamento e il matrimonio e la 'continenza' del proprio tempo.

Eppure non sono mancati in passato studiosi che hanno riferito l'espressione '*apud antiquos patres*' e l'intero brano all'esperienza giuridica romana, probabilmente fuorviati dall'uso di una terminologia che certamente richiama il diritto romano: *ius ac potestas* e *fas est*³¹.

Come si è cercato di dimostrare in uno studio già condotto anni fa³², Agostino, pur adoperando termini legati al diritto romano, alludeva alla prassi biblica che si è già analizzata, secondo cui la moglie sterile, con un proprio atto di volontà, offriva al marito la propria schiava, allo scopo di far procreare dei figli che sarebbero giuridicamente divenuti comuni ad entrambi: all'uomo, per paternità naturale, alla moglie, in ragione del proprio atto di volontà che assumeva la forma rituale del parto della schiava accolto sulle ginocchia della donna sterile:

³¹ Così per esempio M. HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et sociale*, Milano 1972, 99 nt. 26.

³² DE SIMONE, *Sulle tracce cit.*, 38 ss.

Presso i Padri dell'Antico Testamento era lecito, per volere della moglie, ricorrere ad un'altra donna affinché nascessero dei figli comuni, per unione e seme dell'uno (*il marito*), ma per appartenenza giuridica dell'altra (*la moglie, grazie alla cui volontà si realizzava la concessione della donna fertile*)³³.

Non è possibile stabilire con certezza, invece, se nella *Laudatio Turiae* l'aggettivo *communes*, proposto da Mommsen come integrazione della lacuna, corrisponda davvero a ciò che aveva scritto il marito con riferimento ai figli che sarebbero nati dall'unione con la donna fertile che Turia avrebbe voluto offrirgli. Né è possibile stabilire se Agostino nel suo *De bono coniugali* avesse mutuato l'uso dell'espressione *filii communes* dalla prassi romana, pur riferendosi a quella biblica.

Come si è visto, è però certo che un'idea di comunanza non manca in Plutarco che utilizza l'espressione *κοινωνία* e *κοινωνία παιδων* con riferimento all'esperienza sia greca sia romana.

Se mai tale espressione fu impiegata dai Romani, essa non dovette esprimere l'idea di un legame che unisse, in qualche modo, i protagonisti della vicenda della cessione della moglie (il cedente, il cessionario, la donna fertile ceduta e la donna sterile) in uno stato di comunione del nato, predicabile nei termini giuridici legati al sistema familiare di diritto privato romano. Essa avrebbe indicato piuttosto, come doveva avvenire a Sparta, la stessa idea originaria di comunanza espressa in origine dal termine latino *liberi*, che indicava proprio i *filii familias*, i figli cioè legittimi. Almeno per tutta l'epoca arcaica i figli nati a seguito della cessione della moglie sarebbero stati 'comuni' nel senso di 'comuni a tutti', in quanto appartenenti alla comunità. Se mai furono impiegate ancora nell'ultima epoca repubblicana, invece, le parole '*filii communes*' dovettero esprimere l'idea di una tessitura di legami rilevanti nel solo campo sociale e politico tra diverse famiglie.

10. Cenni a possibili prassi nel Tardoantico. La vicenda di Valentiniano I

³³ Sulle ragioni che convincono della traduzione che qui si propone si rimanda a DE SIMONE, *Sulle tracce* cit., 38 ss., ove altre indicazioni bibliografiche.

È possibile che un'eco delle ragioni che fondarono la prassi della cessione della moglie giunse ancora nel quarto secolo d.C.

Secondo quanto tramandato da Socrate Scolastico, Marina Severa, moglie di Valentiniano I, dopo aver conosciuto Giustina, aveva suggerito al marito di prenderla in moglie. Valentiniano, accolto l'invito della moglie, aveva emanato una costituzione imperiale con la quale aveva disposto che fosse lecito 'avere due mogli legittime'. Aveva sposato quindi Giustina, da cui ebbe Valentiniano il giovane e tre figlie, ma senza allontanare Severa, dalla quale aveva avuto Graziano, appena divenuto Augusto³⁴.

La vicenda, tramandata in versioni differenti anche da altre fonti³⁵, può assumere qui rilievo in ragione di un'interessante proposta di lettura che la considera erroneamente collocabile nell'ambito del fenomeno giuridico della bigamia³⁶, bensì frutto di assetti che risentirono probabilmente sia dell'eco di antichi modelli sociali e culturali romani sia delle prassi bibliche fin qui analizzate³⁷.

L'intera vicenda si spiegherebbe così con l'intento dell'imperatore di avere una prole numerosa. Nato dal primo matrimonio soltanto Graziano, Valentiniano avrebbe sciolto il vincolo matrimoniale attraverso il *repudium* di Severa, fondato su una *liberorum quaerendorum causa*³⁸, giustificato cioè dall'esigenza di contrarre un matrimonio che potesse procurare all'uomo dei figli.

La tradizione racconta che nel 230 a.C. Spurio Carvilio Ruga aveva fondato la propria richiesta di scioglimento del matrimonio che lo legava

³⁴ Socr. *Hist. Eccl.* 4.31.

³⁵ Per una limpida analisi di tali fonti si rimanda a A.D. MANFREDINI, *Valentiniano I e la bigamia*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo VII*, Milano 1987, 363 ss. V. anche: G. GUALANDI, *Intorno ad una legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci III*, Milano 1956, 173 ss.; E. VOLTERRA, *Una misteriosa legge attribuita a Valentiniano I*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli 1973, 139 ss. e in *Scritti Giuridici II. Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 321 ss.; L. SANDIROCCO, *Binae nuptiae e bina sponsalia*, in *SDHI* 70 (2004) 166 ss.

³⁶ Sulla bigamia in diritto romano v. R. ASTOLFI, *Sintesi storica della bigamia a Roma*, in *SDHI* 76 (2010) 281 ss.

³⁷ MANFREDINI, *Valentiniano I cit.*, 380 ss.

³⁸ Sul *repudium* in età tardoimperiale v, per tutti, U. AGNATI, *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli 2017, con ampia bibliografia.

alla moglie sterile sulla forza cogente del giuramento, impostogli dai censori, *'uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum'*³⁹. Valentiniano, dunque, avrebbe emanato una legge con lo scopo di rendere la causa *liberorum quaerendorum* una delle *iustae causae* di ripudio, in modo da permettergli di sciogliere il vincolo matrimoniale senza sanzioni.

Il divorzio, tuttavia, non avrebbe impedito all'imperatore di mantenere vincoli affettivi e di solidarietà con Severa, che avrebbero concorso a costruire «unità familiari allargate, vere e proprie società di sentimenti e di beni». Modelli, appunto, non estranei alla cultura romana e alla tradizione cristiana tramandata dagli *antiqui patres* dell'Antico Testamento.

11. Conclusioni

Dopo esserci immersi in una prospettiva storica che ha tentato di abbracciare più secoli e varie culture, tornare al nostro diritto positivo impone di considerarsi impegnati a indagare prassi sociali che esigono, spesso con urgenza, di essere regolate, prassi che rispondono a un'esigenza antica dell'uomo, pur manifestatasi in passato in forme diverse e in contesti diversi.

Consapevoli della storicità del diritto, poiché ogni tempo e ogni luogo è pervaso da culture e interessi a volte fra loro differenti, spesso confliggenti, è necessario trascendere ogni interesse di parte e ogni ideologia, per contribuire a creare assetti di disciplina che possano raggiungere un accettabile contenimento di tutti gli interessi coinvolti, anche tentando di superare il rigido dato normativo positivo.

Se si guarda all'attuale panorama legislativo, alla complessità del fenomeno della gestazione per altri, un dato non può non essere condiviso da tutti. La complessità del fenomeno, per i numerosi diritti coinvolti, la necessità di una loro piena tutela pur nel dovuto bilanciamento, il

³⁹ V. Gell. 4.3.2. Sulla vicenda, tramandata da più fonti, v. P. GIUNTI, *Alle origini del ripudio. Criminalità femminile e dissolubilità del matrimonio in Roma arcaica*, Firenze 1993, 88 ss.; P. GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano 2004, 120 ss.; M. DE SIMONE, *Studi sulla patria potestas. Il filius familias 'designatus rei publicae civis'*, Torino 2017, 55 ss., con altra bibliografia.

coinvolgimento di assetti di istituti consolidati nel nostro ordinamento ma per loro stessa natura necessariamente predisposti a un loro mutamento, l'importanza di principi che pervadono sfere dell'agire umano che oltrepassano i confini giuridici (come quello religioso o morale), non possono essere presi in carico da una legislazione tanto inadeguata. Il legislatore italiano si è limitato a inserire un comma in un articolo di legge nel quale non si è preoccupato di definire il fenomeno, ma ha creato una fattispecie di reato eludendo nella sostanza i principi che presiedono alla sua creazione, senza fornire cioè alcun indizio per individuare con ragionevole certezza gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie. Oggi, a conclusione di un processo di revisione che avrebbe dovuto portare a esiti ben differenti, la riforma appena varata impone a un reato già così mal concepito, una qualificazione 'universale' che concorrerà ancora di più, nel concreto operare del diritto, a lasciare privo di adeguata tutela giuridica un fenomeno sociale non arrestabile.

Conviene allora avere il coraggio di ridefinire tutti i criteri di qualificazione giuridica della gestazione per altri che attraverso una lettura costituzionalmente orientata e in adesione ai principi che emergono a livello sovranazionale sappia distinguere e disciplinare tutte le possibili ipotesi. Si potrebbe cominciare considerando la possibilità di ritenere almeno la gestazione per altri solidale strumento di creazione di una genitorialità, riconosciuta possibile grazie alla mediazione di una donna che liberamente si rende compartecipe della scelta di chi, futuro genitore, abbia l'idoneità ad assumere pienamente la responsabilità di tale funzione.

