



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Lorenzo Franchini

**Lo *status* dell'ermafrodita ed il problema della
determinazione del sesso prevalente**

Numero IX Anno 2016

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Redattori

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), N. Donadio (Univ. Milano), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'Accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa di considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.



LO STATUS DELL'ERMAFRODITA ED IL PROBLEMA DELLA DETERMINAZIONE DEL SESSO PREVALENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. Attualità del tema trattato – 2. L'epoca della persecuzione degli androgini: sfera privata e sfera pubblica – 3. L'epoca successiva: soggetti di diritto dal sesso determinabile.

1. *Premessa. Attualità del tema trattato.*

Al giorno d'oggi, ai fini della definizione del sesso di appartenenza, è sempre più diffusa la tendenza ad attribuire rilievo alla volontà, alla libera scelta del soggetto interessato. E' ormai universalmente nota la c.d. 'teoria del gender', secondo la quale una vera e propria distinzione, di 'genere', non andrebbe più fondata sulle differenze di natura biologica o fisica, ma su elementi di natura sociale, culturale e comportamentale¹.

Tale teoria ha già in parte sortito, a nostro avviso, effetti rilevanti nell'ordinamento italiano, ispirando un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa in materia di

¹ Per una lucida sintesi delle posizioni che sorreggono questa teoria, particolarmente avversata in ambito cattolico, vd. qui, tra i più recenti, ad esempio *Identità sessuale e identità di genere*, a cura di F. D'Agostino, Milano, 2012; S. SALUCCI, *La differenza sessuale e l'ideologia del 'genere' (Gender Theorie): un excursus tra filosofia e diritto*, in *Iustitia*, LXVI, 2013, 87 ss.; M.L. DI PIETRO, *Dalla sessualità al gender: una rivoluzione antropologica e semantica*, in *Rivista di scienze dell'educazione*, LIII, 2015, 40 ss.

transessualismo². La Corte Costituzionale³, a salvaguardia del ‘diritto all’identità di genere’, ha infatti di recente ribadito che, per il cambio di sesso, non è sempre necessario il ricorso all’intervento chirurgico sui genitali, rientrando nel c.d. percorso di transizione tutta una serie di accorgimenti di carattere psicologico, comportamentale e fisico non in astratto predeterminabili, ma ricavabili dal caso concreto.

Diverso è un altro fenomeno, quello del c.d. intersessualismo⁴, che analogamente implica la rettificazione degli atti dello stato civile⁵, quando alla nascita sia stato erroneamente attribuito un sesso ad un individuo che invece spontaneamente, col passar degli anni, e specie col raggiungimento della pubertà, abbia sviluppato le caratteristiche proprie del sesso opposto⁶.

² Testo di riferimento è, come si sa, la l. 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione dell’attribuzione di sesso); ma vd. anche l’art. 54 della l. 18 giugno 2009, n. 69.

³ Con sentenza n. 221 del 2015; ma vd. anche Cass. 20 luglio 2015, n. 15138.

⁴ Si parla anche di ‘disturbi della differenziazione sessuale’: così per esempio il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), in un importante Parere emesso il 25 febbraio 2010, leggibile in http://presidenza.governo.it/bioetica/pareri_abstract/disturbi_differenziazione_25022010.pdf, con presentazione di Francesco Paolo Casavola, allora Presidente del Comitato.

⁵ Oggi in linea generale prevista dagli artt. 95 ss. del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396.

⁶ Sull’‘intersessualismo’, connesso a casi particolari di pseudoermafroditismo (cfr., per tutti, A. LENZI – G. LOMBARDI – E. MARTINO – R. VIGNERI, *Endocrinologia clinica*, Torino, 2010, 206; CNB, *Parere*, cit., specialmente 5 ss.), e sulla sua disciplina, vd. qui per esempio A. WACKE, *Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen. Zur Stellung von Zwittern in der Rechtsgeschichte*, in *Festschrift K. Rebmann*, a cura di H. Eyrich,

Naturalmente, si tratta spesso di persone per le quali è fin da principio difficile dire con esattezza se siano maschi o femmine, perché il loro fenotipo è incerto, ambiguo; ma il nostro ordinamento obbliga ad iscriverle comunque all'anagrafe come neonati dell'uno o dell'altro sesso⁷.

Del resto anche nell'esperienza romana gli androgini dovevano essere necessariamente ascritti al genere maschile o femminile, ché non erano ammesse terze soluzioni⁸. Il fenomeno è antico quanto l'uomo, ma nei secoli passati non si possedevano ancora quelle conoscenze mediche che consentissero un'attribuzione basata su parametri scientifici, ossia su di un riscontro rigoroso del cariotipo di un individuo, che rende oggi

W. Odersky e F.J. Säcker, München, 1989, 898; P.M. VECCHI, voce *Transsexualismo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXIV, Roma, 1994, 1, 4, 7; R. GILBERT, 'Strange Notions': *Treatments of Early Modern Hermaphrodites*, in *Madness, Disability, and Social Exclusion: the Archaeology of Anthropology of Difference*, a cura di J. Hubert, London, 2000, 144 ss.; A. PATURET, *Ambivalence sexuelle et identité juridique à travers les âges*, in *Journal of Research in Gender Studies*, II, 2012, 20 ss.. In merito ad episodi di cambiamento spontaneo del sesso nell'antichità vd. soprattutto oltre, § 2 e nt. 26; ma vd. in generale fin d'ora, per esempio, M. DELCOURT, *Hermaphrodite. Mythes et rites de la bisexualité dans l'antiquité classique*, Paris, 1958, 66; G.F. OSMUN, *Changes of Sex in Greek and Roman Mythology*, in *The Classical Bulletin*, LIV, 1978, 78.

⁷ Ciò, al contrario di quanto già accade in altri paesi, quali l'Australia, la Nuova Zelanda o la Germania, ove è consentito, in questi frangenti, di rinviare nel tempo la scelta. Sul tema vd. per esempio A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 20 ss.; CNB, *Parere*, cit., 22, con forti riserve circa l'opportunità di adottare questa linea, considerata contraria all'interesse del minore, che andrebbe incontro ad una sorta di stigmatizzazione legale dalla portata discriminatoria; S. VALLAR, *Les hermaphrodites: l'approche de la Rome antique*, in *RIDA*, LX, 2013, 201.

⁸ Cfr. oltre, § 3.

possibile classificarlo come pseudoermafrodita⁹ maschio o femmina (essendo l'ermafroditismo puro di per sé rarissimo)¹⁰. E' allora lecito chiedersi se, fra i criteri utilizzati per la scelta, potesse già esservi l'interiore sentire della persona in questione, al quale oggi, come si è visto, si accorda importanza per finalità anche ulteriori rispetto a quelle consistenti nella determinazione del sesso originario.

A questo quesito tenterà di dare risposta l'indagine alla quale ci accingiamo e che riteniamo possa essere ritenuta meritevole, sul piano ideologico, da tutte le 'parti in causa'¹¹: ricordiamo infatti che alla scelta spontanea dell'ermafrodita e ai comportamenti

⁹ Si conserva, qui, la terminologia tradizionale, che è tuttora invalsa in scritti medico-scientifici, sebbene da taluni cominci ad essere ritenuta superata (vd. per esempio CNB, *Parere*, cit., 9 s.), a favore di altre classificazioni, che tengano conto dei diversi quadri clinici.

¹⁰ E con la precisazione che anche l'ermafroditismo vero non consiste certo nella compresenza, nello stesso individuo, di pene e vulva/ovaio, contrariamente a quanto talora opinavano scienziati di epoche passate (vd. per esempio, molto significativo, Ps. Gal. *def. med.* 448), che debbono essere pertanto rivisti alla luce delle più aggiornate acquisizioni della medicina: per tutti, vd. qui G. FAGLIA, *Malattie del sistema endocrino e del metabolismo*², Milano, 1997, 232, e soprattutto A. LENZI – G. LOMBARDI – E. MARTINO – R. VIGNERI, *Endocrinologia*, cit., 205 s. Ben consci della impossibilità di una totale ambivalenza anatomica appaiono, tra gli studiosi dell'esperienza romana, per esempio M. DELCOURT, *Hermaphrodite*, cit., 66; D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, 1978, 27.

¹¹ È da rimarcare la circostanza che il già citato *Parere* del CNB, nel quale si fa più volte riferimento alla inclinazione spontanea rivelata dall'interessato come uno - quantunque non il solo - dei fattori di cui tener conto ai fini delle decisioni da prendere, sia stato votato all'unanimità, come sottolinea il prof. Casavola nella parte introduttiva (p. 2).

conseguenti si riconosceva rilievo, già in epoca medievale, in seno a quegli stessi ambienti, ispirati dalla dottrina cristiana¹², oggi alquanto diffidenti verso la libera volontà di qualsivoglia individuo, in tema di orientamento sul genere.

2. *L'epoca della persecuzione degli androgini: sfera privata e sfera pubblica.*

Nella storia di Roma, per molti secoli il problema se l'androgino dovesse ritenersi, a seconda dei casi, e ai fini dell'applicazione delle norme del diritto, maschio o femmina, non

¹² Se infatti ancora Sant'Agostino (*civ.* 16.8.2) reputava che, nel dubbio, dovesse farsi prevalere il sesso 'migliore', ossia quello maschile, autori di secoli successivi (come ad esempio Pietro Cantore, di cui vd. *Verbum abbreviatum*, I, ediz. Turnhout, 2012, cap. 125) attribuivano espressamente rilievo all'interiore sentire dell'androgino, al suo maggiore o minore coinvolgimento emotivo e psicologico in un senso o nell'altro, ed in qualche caso persino al suo aspetto, alla cura della persona, al ruolo sociale assunto: sul tema, vd. per esempio A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 881, 884; Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, in *Storia delle donne in Occidente. L'antichità*, a cura di P. Schmitt Pantel, Roma-Bari, 1990, 105, 167, nt. 5; G. CRIFÒ, *'Prodigium' e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in *Index*, XXVII, 1999, 116 s., il quale rammenta anche la glossa e il diritto feudale; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 14 ss. Per un puntuale riscontro delle numerose discussioni acceses, nel corso dei secoli, e delle soluzioni proposte in seno alla dottrina canonistica vd. qui ad esempio, per tutti, P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze, 1952, 91 ss. (ripreso in ID., voce *Identità di sesso ed ermafroditismo*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 960 ss.), da cui emerge che almeno in casi estremi, afferenti ai c.d. *hermaphroditi perfecti*, sulla legittimità di una libera – sebbene poi irreversibile – *electio sexus* da parte dell'interessato non vi erano dubbi per nessuno.

si pose affatto, per il semplice motivo che, giuridicamente, non era una persona. Egli era infatti ricondotto alla categoria dei *monstra*, dei nati affetti da deformità o anomalie considerate così gravi¹³ da precludere all’interessato l’acquisto di qualsiasi *status*, della stessa capacità giuridica.

In proposito bisogna però distinguere tra un’epoca, compresa all’incirca tra la fondazione di Roma e la metà del III secolo a.C., per la quale mancano fonti specifiche in tema di ermafroditi, e l’epoca immediatamente successiva, fino all’inizio del I secolo a.C., per la quale queste fonti ci sono, ed anche piuttosto numerose.

Riguardo all’età più remota, è ragionevole supporre che i nati dal sesso incerto fossero annoverati fra i *τέρατα* di cui a *lex Romuli* 4¹⁴ e fra gli *insignes ad deformitatem* di cui a *lex duodecim Tabularum* 4.1¹⁵:

¹³ Il fatto che il requisito della ‘gravità’ fosse già richiesto in età arcaica è evincibile, in particolare, dall’espressione *insignes ad deformitatem* utilizzata in Tab. 4.1 (su cui torneremo fra breve). A conferma, vd. Per esempio D. DALLA, *Status e rilevanza dell’ ‘ostentum’*, in *‘Sodalitas’*. Studi A. Guarino, II, Napoli, 1984, 521, che parla di deformità particolarmente rilevante; E. CANTARELLA, *L’hermaphrodite et la bisexualité à l’épreuve du droit dans l’antiquité*, in *Diogène*, CCVIII, 2004, 5; L. MONACO, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, 411.

¹⁴ Dion. Alic. 2.15.2: Εἰς ἀνάγκην κατέστησε τοὺς οἰκήτορας αὐτῆς ἅπασαν ἄρρενα γενεὰν ἐκτρέφειν καὶ θυγατέρων τὰς πρωτογόνους, ἀποκτινύναι δὲ μηδὲν τῶν γεννωμένων νεώτερον τριετοῦς, πλὴν εἴ τι γένοιτο παιδίον ἀνάπηρον ἢ τέρας εὐθύς ἀπὸ γονῆς. Ταῦτα δ’οὐκ ἐκώλυσεν ἐκπιθέσαι τοὺς γειναμένους ἐπιδείξαντας πρότερον πέντε ἀνδράσι τοῖς ἔγγιστα οἰκοῦσιν, ἐὰν κάκεινοῖς συνδοκῆ. Κατὰ δὲ τῶν μὴ πειθομένων τῷ νόμῳ ζημίας ὤρισεν ἄλλας τε καὶ τῆς οὐσίας αὐτῶν τὴν ἡμίσειαν εἶναι δημοσίαν.

¹⁵ Cic. leg. 3.8.19: *cito [necatus] tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem*.

nel primo caso era consentito al *pater familias* di esporli anche entro i primi tre anni dalla nascita, senza tema di andare incontro a sanzioni, purché l'anomalia fosse fatta constatare ad almeno cinque tra i vicini di casa¹⁶; nel secondo caso era invece fatto obbligo di metterli a morte¹⁷. Come si comprende, la disciplina in questione,

¹⁶ La sanzione consisteva più esattamente nella confisca di metà del patrimonio, che con ogni probabilità sarà stato utilizzato per fini di culto, come è normale nel quadro delle *leges regiae* (da ritenersi fonti propriamente di *ius sacrum*); d'altronde, la procedura che imponeva di appellarsi a cinque vicini testimoni ricorda molto l'*endoploratio* di cui a Tab. 8.13, la quale, come rivela la parola stessa, era un'antica forma di preghiera. Sul tema vd. ad esempio qui, per tutti, M. DELCOURT, *Stérilités mystérieuses et naissances maléfiqes dans l'antiquité classique*, Paris, 1938, 49 ss.; O.M. PÉTER, 'Olim in prodigiis nunc in deliciis'. *Lo status giuridico dei 'monstra' nel diritto romano*, in *Iura antiqua, iura moderna*. *Festschrift F. Benedek*, a cura di G. Hamza, I. Kajtár, A. Pókecz Kovács e J. Zlinszky, Pécs, 2001, 208, 211 s.; E. CANTARELLA, *L'hermaphrodite*, cit., 5; L. MONACO, *Percezione*, cit., 398, 403 ss.; A. MAIURI, 'Enorme monstrum': *deformità e difformità nel mondo greco-romano*, in *Venuste noster*. *Scritti L. Gamberale*, a cura di M. Passalacqua, M. De Nonno e A.M. Morelli, Hildesheim, 2012, 531; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 205 s., 213; C. TERRENI, *Quae Graeci γυναικώματα vocant*. *Riflessioni sulla vita e la forma umana nel pensiero giuridico romano*, Pisa, 2013, 71 ss.; M. PADOVAN, *Nascita e natura umana del corpo*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2016, 36 ss., alla quale si rinvia per una rassegna particolarmente aggiornata (nt. 96) in merito alle opinioni espresse sulla attendibilità della testimonianza di Dionigi.

¹⁷ Per la verità Cicerone fa solo un cenno fugace alla disposizione, che, secondo alcuni (vd. per esempio O.M. PÉTER, 'Olim in prodigiis', cit., 212), pur attribuita alle XII tavole, sarebbe stata di natura consuetudinaria; ma, replicheremmo noi, la legge decemvirale altro non aveva fatto che sancire, per lo più laicizzandole, condotte pregresse, diffuse nella prassi. A commento, vd. comunque, per esempio, M. DELCOURT,

che non prevedeva l’intervento di alcun organo pubblico, rilevava esclusivamente dal diritto privato, sacro o profano che fosse¹⁸; le due norme erano, nel merito, solo apparentemente diverse, perché esporre un neonato malformato equivaleva ad ucciderlo, dato che quasi sicuramente nessuno lo avrebbe poi raccolto¹⁹, e perché comunque la valutazione sul carattere *insignis* o meno dell’handicap sarà certo, assai discrezionalmente, spettata al *pater*²⁰; per questa

Stérilités, cit., 51 s., la quale, soffermandosi sul termine *cito*, sottolinea come fosse avvertita l’urgenza di sbarazzarsi di simili pericolose sozzure; D. DALLA, ‘Status’, cit., 521; G. CRIFÒ, ‘Prodigium’, cit., 115; O.M. PÉTER, ‘Olim in prodigiis’, cit., 208, 211 s.; E. CANTARELLA, *L’hermaphrodite*, cit., 5; G. TROMBETTA, *Brevi note ricostruttive del regime giuridico dei ‘monstra vel prodigia’ secondo le fonti romane*, in *Filodiritto.com*, 30 ottobre 2010, § 1-2; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*², Torino, 2011, 104; L. MONACO, *Percezione*, cit., 398 s., 404 ss.; A. MAIURI, ‘Enorme monstrum’, cit., 532; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 207, 213; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 37.

¹⁸ Sacro, con particolare riferimento alla *lex regia* (ove si fa infatti menzione, più che dell’uccisione del nuovo nato, della sua esposizione, alla quale può essere per certi versi ricondotta la misura sacerdotale dell’abbandono, imposta in tempi successivi); profano, con particolare riferimento alla legge tavolare (ove si parla di vera e propria *necatio*). Cfr. per esempio L. BRISSON, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphroditisme dans l’antiquité gréco-romaine*, Paris, 1997, 33; L. MONACO, *Percezione*, cit., 403.

¹⁹ Così, condivisibilmente, per esempio E. CANTARELLA, *L’hermaphrodite*, cit., 6; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 104; L. MONACO, *Percezione*, cit., 403, 408.

²⁰ Giacché, come si è visto, il confine non era stato autoritativamente fissato, con precisione. Il *pater*, in caso di dubbi, avrebbe potuto chiedere consulto all’unico pontefice delegato dal collegio (vd. Pomp. D. 1.2.2.6) per assistere i privati, in campo tanto sacro quanto profano. Sull’argomento, cfr. per esempio O.M. PÉTER, ‘Olim in prodigiis’, cit., 208; E. CANTARELLA, *L’hermaphrodite*, cit., 5; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 104, per cui non esisteva un criterio certo, ma determinabile di caso in caso, ad

ragione la stessa dialettica tra la facoltà e l'obbligo suddetti, che potrebbero sembrare nettamente contrapposti fra loro, si sarà in realtà di fatto attenuata, la norma tavolare divenuta in parte desueta²¹, ed insomma la sorte di questi esseri sventurati, nella sfera familiare, non sempre fatalmente segnata, dato che, come vedremo, anche nei secoli successivi, caratterizzati da intensa attività repressiva, si sa di parecchi la cui esistenza era stata tollerata e che per questo erano cresciuti alquanto d'età.

Tale, in base al diritto per così dire 'comune', dovette essere la condizione dell'ermafrodita per molto tempo, forse addirittura fin verso la fine della repubblica²²; ma, come si diceva, già dalla seconda metà del III secolo, per l'incidenza della giurisprudenza di diritto sacro pubblico, si ritenne necessario far fronte di volta in volta al fenomeno con provvedimenti ben più drastici, che implicavano l'intervento diretto degli organi dello stato.

Tutto trasse origine dalla guerra annibalica, che sancì una forte crisi anche religiosa²³, dato che i Romani attribuirono a cause

opera innanzi tutto del padre, e poi semmai del giudice; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 207, 213; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 43 ss.

²¹ Ciò, al pari di altri precetti decemvirali che, come per esempio Tab. 3.5-6, prevedevano la morte cruenta di determinati soggetti: sul punto vd. in generale il nostro *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, specialmente 62 ss.; ma vd. qui in particolare M. DELCOURT, *Stérilités*, cit., 53; G. TROMBETTA, *Brevi note*, cit., § 2; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 213.

²² Plausibile, in proposito, la posizione assunta da L. MONACO, *Percezione*, cit., 406 ss., qui in disaccordo con O.M. Péter; sulla stessa linea, a nostro avviso, tendenzialmente M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 104; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 213.

²³ Tale circostanza è ben nota: a conferma ci sia consentito rinviare qui a L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli, 2008, *passim*.

non soltanto umane, ossia all'ira degli dei, la impressionante sequela di sconfitte inflitte loro dai Cartaginesi. In ragione di ciò, qualsiasi fatto anormale si verificasse, da ritenersi *prodigium*, segno di rottura della *pax deorum*, li inquietava più che in passato, compresa la nascita di un bimbo straordinario, com'era l'ermafrodito²⁴, o la scoperta della sua sopravvivenza²⁵ ovvero quella, a sua volta attestata²⁶, dell'improvviso cambiamento di sesso di una persona. La sensazione di essere stata abbandonata dalle divinità spingeva la *civitas* a cercare rimedi rituali sempre più nuovi e sofisticati per placarle, facendo anche ricorso ad una scienza sacerdotale diversa da quella pontificale tradizionale²⁷, qual era

²⁴ Per le fonti, vd. in generale oltre, alle ntt. 35-36.

²⁵ Vd. qui in particolare Liv. 31.12.8; 39.22.5; Obseq. 34; 36; Diod. 32.12.2; cfr. Obseq. 47; 48; 53. Circa il significato attribuibile al fatto che vi fossero ermafroditi avanti nell'età, la cui esistenza era stata evidentemente tollerata, cfr. soprattutto oltre, testo e nt. 44; comunque sia, una volta scoperti, per ovvie ragioni dovevano essere propriamente uccisi, e non soltanto abbandonati sulle acque, ché c'era altrimenti il rischio che sopravvivessero.

²⁶ Vd. Liv. 24.10.10; Plin. *nat.* 7.4.36 (= Gell. 9.4.15); cfr. Diod. 32.11-12. Vd. anche per esempio L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 32 s., 35, 142, nt. 60, 143, nt. 71; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 211; C. TERRENI, *Quae Graeci?*, cit., 77 s. Come si diceva sopra (testo e nt. 6, in merito all'«intersessualismo»), si tratta di un fenomeno oggi scientificamente studiato, da ricondurre a determinate ipotesi di pseudoermafroditismo.

²⁷ Ai *pontifices* spettava la competenza per così dire 'ordinaria' in materia di *procuratio prodigiorum*: a conferma vd. Liv. 1.20.7; cfr. per la dottrina, tra i più recenti, ad esempio Y. BERTHELET, *Le rôle des pontifes dans l'expiation des prodiges à Rome, sous la République: le cas des 'procurations' anonimes*, in *Cahiers 'Mondes anciens'*, II, 2011, 1 ss.; F. SANTANGELO, *'Pax deorum' and Pontiffs*, in *Priests and State in the Roman World*, a cura di J. Richardson e F. Santangelo, Stuttgart, 2011, 161 ss.

quella dei *decemviri sacris faciundis*²⁸ o addirittura degli aruspici²⁹ (che non erano sacerdoti dei Romani, ma degli Etruschi, i quali, alleati

²⁸ Riguardo agli ermafroditi, essi risultano coinvolti in almeno quattro circostanze: vd. Liv. 27.37.5-15; 31.12.6-14 (due casi); Phleg. *mirab.* 10. Come noto, il numero dei membri di questo collegio mutò a seconda delle epoche, e corrispondentemente ne mutò anche la denominazione: *IIviri, Xviri, XVviri sacris faciundis*. Su di essi, custodi anche dei libri sibillini, e sul ruolo assai importante che svolsero ai fini della integrazione del sistema culturale romano, vd. per es. D. ENGELS, *Das römische Vorzeichenwesen (753-27 v. Chr.)*, Stuttgart, 2007, 739 ss.; J. SCHEID, *Rito e religione dei Romani* (trad. ediz. 2002), Bergamo, 2009, 36, 44 ss., 113 s., 125; C. FÉVRIER, ‘*Diis placandis*’. *Les destinataires de la ‘procuratio prodigiorum’*, in *Kentron*, XXIV, 2009, 167, 173; EAD., ‘*Supplicare deis*’. *La supplication expiatoire à Rome*, Turnhout, 2009, 133 ss.; M. DE SOUZA, *L’utilisation de livres dans les rites romains*, in *Neronia VIII. Bibliothèques, livres et culture écrite dans l’empire romain de César à Hadrien*, Bruxelles, 2010, 168 ss.; Y. BERTHELET, *Colère et apaisement des dieux de Rome. Remarques sur la réponse graduelle des autorités républicaines à l’angoisse suscitée par les prodiges*, in *Mythos*, IV, 2010, 15 ss.; E.M. ORLIN, *Foreign Cults in Rome*, Oxford, 2010, specialmente 86 ss.

²⁹ Riguardo agli ermafroditi, essi risultano coinvolti in almeno tre circostanze: vd. Liv. 27.37.5-15; Obseq. 22; Plin. *nat.* 7.4.36 (= Gell. 9.4.15); di esse, come vedremo, la prima, risalente al 207, riveste un’importanza enorme. L’attività degli aruspici - proprio perché non erano formalmente *sacerdotes populi Romani*, incardinati nell’apparato amministrativo della religione di stato, ma meri consiglieri esterni - rilevava più sul piano, per così dire, politico-culturale che non su quello giuridico-sacrale. L’arte degli aruspici era penetrata in Roma nel VI secolo, ma, una volta cacciati gli Etruschi e divenuti questi nemici della città, gli aruspici furono circondati per molto tempo da sospetti e diffidenze (vd. in proposito Gell. 4.5, ove addirittura si riferisce di aruspici messi a morte dalle autorità romane). Fino al III secolo erano consultati assai di rado; poi, venuto meno ogni residuo motivo di

sfiducia verso gli Etruschi, rimasti fedeli anche al tempo delle guerre puniche, il prestigio degli aruspici crebbe. Sempre più spesso il senato li convocò a Roma dall'Etruria, o di propria iniziativa, presupponendo l'impotenza degli altri sacerdoti, o perché i pontefici, posti di fronte ad esigenze nuove della coscienza religiosa romana, dichiaravano di non potere o di non volere occuparsi della questione e rinviavano agli aruspici; alcuni di loro, poi, si stabilirono in città, assistendovi i magistrati o accompagnandoli durante le campagne militari, tanto che si sviluppò una specifica disciplina etrusco-romana, distinta, in qualche modo, da quella originaria. Ciò nonostante, gli aruspici, per tutta l'età repubblicana, non si organizzarono in un collegio sacerdotale ufficiale, e la loro consultazione avvenne sempre, pertanto, in via ufficiosa. La scienza *haruspicina* vera e propria tradizionalmente consisteva, come noto, nell'osservazione delle viscere delle vittime, da cui potevano trarsi spunti sui comportamenti da adottare, ma col passar del tempo gli aruspici si specializzarono anche nello studio dei fulmini e dei lampi e, più in generale, nella espiazione dei prodigi, specie di quelli particolarmente gravi ed inquietanti (quali certamente erano gli androgini ed, in generale, i *monstra*). A conferma ed integrazione di quanto detto sopra, e con particolare riguardo, sempre, al caso degli ermafroditi, in cui, più che in ogni altro, gli aruspici esplicarono in maniera significativa le loro funzioni a Roma, vd. ad esempio A. BOUCHÉ-LECLERCQ, voce '*Haruspices*', in *DS*, IV, Paris, 1900, 17 ss.; A. ABAECHERLI BOYCE, *The Expiatory Rites of 207 B.C.*, in *TAPhA*, LXVIII, 1937, 162 ss, 167; R. BLOCH, *Origines étrusques des Livres Sybillins*, in *Mélanges A. Ernout*, Paris, 1940, 25, nt. 1; J. COUSIN, *La crise religieuse de 207 avant J.-C.*, in *RHR*, CXXVI, 1942-1943, 19, 34; A. GRENIER, *Les religions étrusque et romaine*, Paris, 1948, 16 ss.; B. MAC BAIN, *Prodigy and Expiation. A Study in Religion and Politics in Republican Rome*, Bruxelles, 1982, 56 ss., 65, secondo il quale peraltro il peso degli aruspici, in questa tormentata fase della storia militare romana, dipendeva anche da ragioni politiche; J. CHAMPEAUX, *Pontifes, haruspices et décevirs. L'expiation des prodiges de 207*, in *REL*, LXXIV, 1996, 71 e nt. 14, 72 e nt. 17, 78; M.L. HAACK, *Haruspices publics et privés: tentative d'une distinction*, in *REA*, CII, 2002, 111 ss.; EAD., *Les*

ora preziosi, perché rimasti oltre ogni aspettativa fedeli, erano disposti a fornire financo questo tipo di assistenza)³⁰. Nell'ottica degli aruspici il fatto che fosse venuto alla luce un bambino dal sesso incerto era da considerarsi un *foedum ac turpe prodigium*³¹, tale da mettere a repentaglio l'ordine biologico, e perciò il futuro stesso della comunità³²: fu soprattutto la vicenda del 207, narrata nei particolari da Liv. 27.37.5-15³³, a fare da precedente per ogni altra,

haruspices dans le monde romain, Bordeaux, 2003; A. ALLELY, *Les enfants malformés considérés comme 'prodigia' à Rome et en Italie sous la république*, in *REA*, CV, 2003, 138, 140, 148 e nt. 154, 156.

³⁰ Bene quindi fanno autori come O.M. PÉTER, *'Olim in prodigiis'*, cit., 211, 214 s. (per lo più seguita da L. MONACO, *Percezione*, cit., 397, 405; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 217, e M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 39; ma vd., già a suo tempo, per esempio M. DELCOURT, *Stérilités*, cit., 65 s.) ad individuare, nella periodizzazione dell'età repubblicana, una seconda fase caratterizzata da recrudescenza persecutoria verso gli androgini dovuta all'influenza etrusca: l'unica osservazione che noi muoveremmo a questa impostazione è che, per contare sul piano giuridico, tale influenza aveva bisogno di 'istituzionalizzarsi', ossia di incidere sul contenuto di provvedimenti assunti dagli organi cittadini, che poi (soltanto) come tali facevano giurisprudenza.

³¹ L'espressione è contenuta nel passo trascritto oltre, alla nt. 33.

³² In quest'ottica procedere ritualmente contro l'ermafrodito, mostro per eccellenza, essere abietto e quant'altri mai contro natura, che minando la distinzione dei sessi metteva a rischio la sopravvivenza biologica del genere umano, era davvero un affare di stato. In proposito, vd. per esempio M. DELCOURT, *Stérilités*, cit., 52 ss.; F. ZUCCOTTI, *'Furor haereticorum'*, Milano, 1992, 214, 242; L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 18, 27, 36; O.M. PÉTER, *'Olim in prodigiis'*, cit., 212, 216; E. CANTARELLA, *L'hermaphrodite*, cit., 6; L. MONACO, *Percezione*, cit., 398, 405 s., 408.

³³ *Liberatas religione mentes turbavit rursus nuntiatum Frusinone natum esse infantem quadrimo parem nec magnitudine tam mirandum quam quod is quoque, ut Sinuessae biennio ante, incertus mas an femina esset natus erat. Id vero haruspices*

tanto che da allora, secondo un orientamento fatto proprio dalla stessa giurisprudenza dei *pontifices*, si consoliderà la prassi di destinare gli androgini alla morte per annegamento, oltre che di celebrare alcune determinate cerimonie di carattere espiatorio e purificatorio³⁴. Ogni decisione in tal senso spettava precisamente al

ex Etruria acciti foedum ac turpe prodigium dicere: extorrem agro Romano, procul terrae contactu, alto mergendum. Vivum in arcam condidere provectumque in mare proiecerunt. Decrevere item pontifices ut virgines ter novenae per urbem euntes carmen canerent. Id cum in Iovis Statoris aede discerent conditum ab Livio poeta carmen, tacta de caelo aedis in Aventino Iunonis Reginae; prodigiumque id ad matronas pertinere haruspices cum respondissent donoque divam placandam esse, aedilium curulium edicto in Capitolium convocatae quibus in urbe Romana intraque decimum lapidem ab urbe domicilia essent, ipsae inter se quinque et viginti delegerunt ad quas ex dotibus stipem conferrent; inde donum pelvis aurea facta lataque in Aventinum, pureque et caste a matronis sacrificatum. Confestim ad aliud sacrificium eidem divae ab decemviris edicta dies, cuius ordo talis fuit. Ab aede Apollinis boves feminae albae duae porta Carmentali in urbem ductae; post eas duo signa cupressea Iunonis Reginae portabantur; tum septem et viginti virgines, longam indutae vestem, carmen in Iunonem Reginam canentes ibant, illa tempestate forsitan laudabile rudibus ingeniis, nunc abhorrens et inconditum si referatur; virginum ordinem sequebantur decemviri coronati laurea praetextatique. A porta Iugario vico in forum venire; in foro pompa constitit et per manus reste data virgines sonum vocis pulsu pedum modulantes incesserunt. Inde vico Tusco Velabroque per Boarium forum in clivum Publicium atque aedem Iunonis Reginae perrectum. Ibi duae hostiae ab decemviris immolatae et simulacra cupressea in aedem inlata. Tra gli scritti espressamente dedicati ai fatti del 207 vd. qui per esempio A. ABAECHERLI BOYCE, *The Expiatory Rites*, cit., 151 ss.; J. COUSIN, *La crise*, cit., 15 ss.; J. CHAMPEAUX, *Pontifes*, cit., 67 ss.; vd. anche, tra i più recenti, per esempio L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 29; G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 114 s.; L. FRANCHINI, *Aspetti*, cit., 214 ss.; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 209.

³⁴ Per l’esattezza, l’impianto cerimoniale del 207 risulta essere complessivamente ripreso in sette occasioni (databili al 200, al 133, al 125, al 119, al 117 e al 92 a.C.: per le rispettive fonti vd. oltre, alle ntt.

senato, che poteva far di volta in volta consultare di nuovo, o meno, i collegi sacerdotali.

Dalle testimonianze forniteci, soprattutto, da Tito Livio³⁵ e Giulio Ossequente³⁶ apprendiamo che, fino al 92, si verificarono almeno sedici casi di questo tipo³⁷. Tali autori, che attingono

35-36); ma la pratica dell'abbandono sulle acque del mare o del fiume - la quale molto ricorda l'antica *expositio* privata, con la cautela aggiuntiva, specificamente etrusca, che il mostro non contaminasse mai, col suo corpo o col suo sangue, la terra, simbolo di fecondità - ebbe da allora in poi generale applicazione (se ne ha infatti riscontro in almeno dieci occasioni, databili, oltre che al 207, due volte al 200, al 142, al 133, al 122, al 117, al 98, al 97 e al 95 a.C.; per le rispettive fonti vd. oltre, alle ntt. 35-36, ma è immaginabile che tale rimedio sia stato attuato in tutti i casi in cui l'androgino non fosse cresciuto d'età). A commento, vd. per esempio M. DELCOURT, *Stérilités*, cit., 55 ss.; L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 29 s.; G. CRIFÒ, *'Prodigium'*, cit., 114; L. FRANCHINI, *Aspetti*, cit., 234 s. e ntt. 467-468 (con ampi richiami alla letteratura pregressa); S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 208 ss.; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 53 e nt. 132.

³⁵ Liv. 27.11.4-6 (209 a.C.); 27.37.5-15 (207 a.C.); 31.12.6-14 (200 a.C., due episodi); 39.22.5 (186 a.C.). Si noti che il primo caso di ermafroditismo è antecedente al 207, e non aveva destato particolare apprensione (forse per la diversa congiuntura politico-militare?), tanto da essere spiato, pur nell'ambito del *sacrum publicum*, attraverso rimedi del tutto ordinari (in Liv. 27.11.4-6 non si fa infatti cenno né di provvedimenti sacerdotali né della sorte riservata al nuovo nato). Vd. anche Liv. 24.10.10, in ordine ad un altro prodigio simile, un caso di cambio di sesso, verificatosi sette anni prima e ritenuto probabilmente meno grave.

³⁶ Obseq. 22 (142 a.C.); 27a (133 a.C.); 32 (122 a.C.); 34 (119 a.C.); 36 (117 a.C.); 47 (98 a.C.); 48 (97 a.C.); 50 (95 a.C.); 53 (92 a.C., due episodi).

³⁷ Per una rassegna ordinata vd. ad esempio L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 28, ove compare una tabella riassuntiva. Tradizionalmente si indica il numero di sedici, comprendendo il caso riferito da Flegonte di Tralles

direttamente o indirettamente a fonti annalistiche³⁸, appaiono per lo più rispettosi, nell'illustrare i fatti, della tradizione religiosa romana; non così per esempio Diodoro Siculo³⁹, che con approccio

(*mirab.* 10) e risalente al 125 a.C.; ma nella nostra ottica possono esserne presi in considerazione almeno altri tre: uno è l'episodio narrato da Diodoro Siculo, di cui diremo tra breve, e che, secondo la dottrina, è difficile identificare in uno di quelli verificatisi nel 92; gli altri due si riferiscono ad ipotesi di mutamento di sesso (Liv. 24.10.10 e Plin. *nat.* 7.4.36 (=Gell. 9.4.15), rispettivamente risalenti al 214 e al 171).

³⁸ Tito Livio, senz'altro direttamente. È appena il caso di ricordare che gli annalisti, i cui resoconti erano indispensabili per la ricostruzione dei fatti di cronaca metropolitana, si ispiravano ad un modello storiografico la cui stessa origine era pontificale. Sul tema, vd. ad esempio qui, per tutti, L. SACCHETTI, *Prodigi e cronaca religiosa. Uno studio sulla storiografia latina arcaica*, in *Atti dell'Accademia nazionale dei Lincei, Memorie Classe Scienze morali storiche e filologiche*, ser. IX.8, 1996, 155 ss., specialmente 183 ss., 210 ss., la quale soprattutto rileva come la periodica elencazione dei prodigi e delle espiazioni, presente nell'opera di Livio, si collochi, attraverso gli annalisti (ed in particolare, per la terza decade, attraverso Calpurnio Pisone, letto probabilmente tramite Valerio Anziato), in un rapporto di continuità critica con la stessa cronaca pontificale, di cui sono tendenzialmente rispettati l'impianto strutturale ed il linguaggio documentario, religioso-giuridico; cfr. S.W. RASMUSSEN, *Public Portents in Republican Rome*, Rome, 2003, specialmente 15 ss.

³⁹ Diodoro Siculo, dopo aver raccontato di frangenti vari, relativi a cambiamenti di sesso (dei quali cui uno, quello di certa Callo, divenuta poi uomo, perfezionato addirittura con intervento chirurgico: 32.11-12.1), tutti di per sé estranei all'esperienza romana, passa poi ad illustrare (32.12.2) la vicenda di un ermafrodito che, all'inizio della guerra marsica, risultava aver addirittura preso marito, prima di essere scoperto e fatto bruciare vivo dalle autorità: Κατ' ἀρχὰς γούν τοῦ Μαρσικοῦ πολέμου πλησίον τῆς Ῥώμης οἰκοῦντά φασιν Ἰταλικόν, γεγαμηκότα παραπλήσιον τοῖς εἰρημένους ἀνδρόγυνον, προσαγγεῖλαι τῇ συγκλήτῳ, τὴν δὲ

già più critico esprime forti riserve verso la delibera votata dal senato di far sopprimere qualcuno, reo soltanto di essere affetto da una simile malattia⁴⁰.

A nostro avviso, molti di codesti accorgimenti, attraverso i quali la disciplina dell'ermafroditismo era stata attratta nella sfera del diritto sacro pubblico, vennero reiterati nel tempo anche per una sorta di inerzia, in ossequio agli orientamenti interpretativi invalsi⁴¹, e specie in periodi di particolare tensione⁴², durante i quali la *nunciatio* fatta ai consoli di fenomeni anormali e preoccupanti si sarà probabilmente fatta più frequente⁴³. E' lecito pensare che

δεισιδαιμονήσασαν καὶ τοῖς ἀπὸ Τυρρηνίας ἱεροσιόποις πεισθεῖσαν ζῶντα προστάξει καῦσαι. Τοῦτον μὲν οὖν ὁμοίας κεκοινωνηκότα φύσεως, ἀλλ' οὐ πρὸς ἀλήθειαν τέρας γεγενημένον, φασὶν ἀγνοίᾳ τῆς νόσου παρὰ τὸ προσῆγον ἀπολωλέναι.

⁴⁰ Sull'approccio più laico, nelle intenzioni persino scientifico, di Diodoro, vd. per esempio M. DELCOURT, *Hermaphrodite*, cit., 67; L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 10, 32 s., 142, nt. 60, 35 s.; L. MONACO, *Percezione*, cit., 408 s.; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 14, 23, nt. 24; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 212 s.

⁴¹ Circa il criterio tradizionalistico, che ispirava la giurisprudenza romana di diritto sacro, e per cui nel dubbio le pratiche rituali del passato andavano sempre ripetute come tali, si rinvia qui al nostro *Principi di 'ius pontificium'*, in *Religione e diritto romano. La coerenza del rito*, a cura di S. Randazzo, Tricase, 2014, 267 ss.

⁴² Di quest'avviso, condivisibilmente, G. CRIFÒ, *'Prodigium'*, cit., 114; L. MONACO, *Percezione*, cit., 406 ss.; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 212, i quali rilevano come alcuni degli episodi in questione risalgano all'epoca della guerra annibalica, della seconda guerra macedonica, della crisi dei Bacchanali, della crisi graccana, della guerra italica.

⁴³ Solo a seguito di segnalazioni, provenienti per lo più dai privati, i consoli avrebbero potuto apprendere di simili accadimenti e, sottoponendo la questione all'attenzione del senato, dare avvio alla c.d.

quando gli organi cittadini non fossero stati sollecitati, sul punto, nessuno si prendesse la briga di andare in cerca di bimbi dai caratteri sessuali ambigui, ed il loro destino dipendesse, come in passato, dal *pater familias*, che li avrà esposti o fatti sopravvivere⁴⁴. Quest'ultima eventualità, in epoca tardo-repubblicana, sarà senz'altro divenuta meno rara, dati i cambiamenti nel frattempo intervenuti nel campo della morale, e della stessa amministrazione del culto⁴⁵.

procuratio prodigiorum. Si tratta di un assunto unanimemente condiviso, anche perché basato su fonti innumerevoli.

⁴⁴ Come è d'altronde intuibile anche dalla circostanza che, col passar del tempo, si erano fatti più frequenti i casi di messa a morte di androgini 'scoperti' quando erano già cresciuti, o l'età dei quali non viene specificata dalle fonti, ma è presumibile che non sia quella neonatale: in proposito vd. sopra, alla nt. 36 ed alla nt. 37 (con richiamo allo schema stilato da Brisson); cfr. per esempio G. TROMBETTA, *Brevi note*, cit., § 2, che, pur in rapporto ai *monstra* in generale, parla di sorte spesso segnata dalla *pietas* del padre, fuori da qualsiasi contesto giuridico; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 104; L. MONACO, *Percezione*, cit., 406 ss., la quale, criticando la posizione assunta dalla Péter, ricorda come il *iux exponendi* del *pater* non fosse mai venuto meno; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 213 ss.; C. TERRENI, *Quae Graeci?*, cit., 77.

⁴⁵ In particolare, è ragionevole ipotizzare che l'*interpretatio* favorevole alla soppressione per annegamento si sarà esaurita nel tempo. Lo stesso Diodoro Siculo fa cenno, come si è visto, di un provvedimento di contenuto diverso, senza precedenti, quantunque pur sempre letale per il soggetto interessato. Più in generale si rammenta che i collegi sacerdotali persero, con l'impero, gran parte della propria autonomia, tanto che il *princeps* era, come si sa, a capo del più importante di essi per questo genere di cose, ossia il collegio dei pontefici.

3. *L'epoca successiva: soggetti di diritto dal sesso determinabile.*

In età imperiale si assiste, quanto al trattamento degli ermafroditi, ad un mutamento di indirizzo che è in effetti abbastanza impressionante e che alcuni studiosi hanno trovato difficile spiegare⁴⁶: su di esso si sofferma Plinio il Vecchio⁴⁷, il quale

⁴⁶ Vd. O.M. PÉTER, '*Olim in prodigiis*', cit., 207 ss., la quale giudica brusco il cambiamento descritto da Plinio (riportato alla nt. successiva), certo non giustificabile soltanto alla luce del venir meno dell'influenza etrusca e difficile da comprendere anche considerando l'incidenza di certo razionalismo greco e della decadenza della morale sessuale romana (tutti fattori, questi, che, con la massima intensità, avrebbero dovuto coagire tra di loro). Tale impostazione, cui per esempio S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 217, sembra nel complesso aderire, è stata criticata, come si diceva, soprattutto da L. MONACO, *Percezione*, cit., 398-407, sulla base del fatto che già nel I secolo a.C. (epoca, tutto sommato recente, alla quale andrebbe riferito l'*olim* pliniano) non si sarebbe più proceduto ad una sistematica persecuzione dei nuovi nati, che di fatto, secondo M., spesso crescevano all'interno delle loro famiglie.

⁴⁷ Plin. *nat.* 7.3.34: *Gignuntur et utriusque sexus quos hermaphroditos vocamus, olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis.* Nell'ampio contesto in cui il passo si colloca - quello del settimo libro della *Naturalis historia*, che A. MAIURI, '*Enorme monstrum*', cit., 537, ha definito «catalogo antropologico del 'diverso'» - non ci pare che Plinio denunci la trasformazione in questione con polemico disgusto, come pur si è detto in dottrina (vd. per esempio D. GOUREVITCH, *Au temps des lois Julia et Papia Poppaea, la naissance d'un enfant handicapé est-elle une affaire publique ou privée?*, in *Ktéma*, XXIII, 1998, 466 s. e nt. 44; L. MONACO, *Percezione*, cit., 407), ma neppure con soddisfazione; semmai, ne dà conto con obiettività, forse accompagnata da una qualche disapprovazione verso determinati eccessi, d'altronde avvertibile anche in Plin. *nat.* 11.109.262. Sul tema, vd. per esempio M. DELCOURT, *Stérilités*, cit., 60 s.; L. BRISSON,

osserva che questi esseri, in passato eliminati come prodigiosi, erano ai suoi tempi preservati addirittura come oggetto di piacere.

Non ci pare però che il cambiamento possa considerarsi del tutto inspiegabile. Sul piano religioso, la società si era infatti in parte secolarizzata⁴⁸, in parte sempre più aperta a riti e culti esterni, fossero essi greci (vi rientrava, lo si ricordi, il mito di Ermafrodito, di cui già ci riferisce ampiamente un poeta augusteo come Ovidio)⁴⁹ o ancor più esotici. Sul piano del costume, e della morale sessuale in particolare, è ben noto che all’antica austerità romana si sostituì,

Le sexe, cit., 37 ss.; G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 115; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 214; C. TERRENI, ‘*Quae Graeci*’, cit., 78.

⁴⁸ Troviamo tutto sommato condivisibile l’opinione secondo cui ciò sarebbe stato, in questo campo, il portato di certo razionalismo greco, di cui si ha già traccia in Diod. 32.11-12, il quale, come si è visto, considera l’androginia una malattia, curabile anche a mezzo di interventi medico-chirurgici (sulla cui opportunità fermerà la sua attenzione, secoli dopo, anche Paolo d’Egina, nell’opera sulla Chirurgia: vd. 6.46;69-70): in proposito, cfr. per esempio L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 37 ss., che parla di reazione razionalista contro la superstizione; G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 115, per cui cambia la ragione scientifica, oltre che giuridica; O.M. PÉTER, ‘*Olim in prodigiis*’, cit., 214 s., secondo la quale il processo di razionalizzazione, avviatosi nel I secolo a.C., dette luogo ad una sorta di ‘illuminismo romano’; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 217, che si rifà a Péter.

⁴⁹ Ovid. *met.* 4.285-388. Su Ermafrodito, immortalato anche in una famosa statua di Policlete, di cui fa menzione lo stesso Plinio (*nat.* 34.19.80), e su altri androgini compresi nella tradizione mitologica vd. qui per esempio M. DELCOURT, *Hermaphrodite*, cit., specialmente 65 ss., 73 ss., 83; G.F. OSMUN, *Changes*, cit., 75 ss.; E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, 1988, 270 ss.; EAD., *L’hermaphrodite*, cit., 3 ss.; L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 41 ss.; R. GILBERT, ‘*Strange Notions*’, cit., 144; L. MONACO, *Percezione*, cit., 404 ss.; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 11 s.

specie negli ambienti metropolitani e di corte, un *modus vivendi* assai più libero, incline ad ammettere financo l'omosessualità passiva, prima tollerata solo se praticata da schiavi e liberti⁵⁰. In quell'epoca, ci risultano essersi diffusi comportamenti che denotavano ambiguità sessuale, come quello di uomini che si vestivano o si prendevano cura del corpo alla maniera femminile⁵¹: il che, sebbene

⁵⁰ Riguardo alla morale romana, fondata più sulla dialettica attività-passività sessuale, che non su quella etero-omosessualità, ed alla sua progressiva evoluzione vd. qui soprattutto F. GONFROY, *Homosexualité et idéologie esclavagiste chez Cicéron*, in *Dialogues d'histoire ancienne*, IV, 1978, 219 ss.; D. DALLA, 'Ubi Venus mutatur'. *Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano, 1987, specialmente 9, 13 ss., 37 ss., 51 ss., 215 ss.; A.D. MANFREDINI, 'Qui commutant cum feminis vestem', in *RIDA*, XXXII, 1985, 261; E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., specialmente 127 ss., 152 ss., 157 ss., 199 ss., 221 ss.; EAD., *L'hermaphrodite*, cit., 7 ss.; L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 60 ss.; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 12 s., con ampia citazione di fonti. Se ne ricava chiaramente che la c.d. *impudicitia* (passività) di un uomo libero, sebbene tuttora oggetto di satire e dileggi, era costume ormai diffuso e per certi versi accettato.

⁵¹ Si parlava, in questi casi, di *venustas*, sulla quale sono adducibili numerose testimonianze: vd. per esempio D. 34.2.23.2; 34.2.33; Paul. Sent. 3.6.80; Cic. *off.* 1.36.130; *Att.* 1.13.3; Sen. *contr.* 5.6; 9.2.17; Sen. *benef.* 7.9.5; *nat.* 7.31.1-3; *epist.* 122.7; Mart. 12.38; Tac. *ann.* 2.33.1; Iuv. 2.67-90; Svet. *Aug.* 40.5; *Cal.* 52; Macr. 2.3.9; Gell. 6.12.4-5; Hist. Aug. *Heliog.* 5; Dio 57.15.1. Cfr. per esempio M. DELCOURT, *Hermaphrodite*, cit., specialmente 5 ss., 24, 35 e nt. 1; V.A. TRACY, *Roman Dandies and Transvestites*, in *Echos du Monde Classique*, XX, 1976, 60 ss.; F. GONFROY, *Homosexualité*, cit., 219 ss.; D. DALLA, 'Ubi Venus', cit., 18 ss.; A.D. MANFREDINI, 'Qui commutant cum feminis', cit., 257 ss. (scritto espressamente dedicato all'argomento); E. CANTARELLA, *Secondo natura*, cit., 227 s.; A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 890 ss.; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 12 s.

denigrato, era ritenuto, almeno privatamente, senz'altro lecito⁵². Tutto ciò, per non dire di alcuni clamorosi eccessi, quale la celebrazione, più o meno farsesca, di nozze tra persone dello stesso sesso, peraltro sprovviste di qualsiasi valore giuridico, di cui si ha talvolta notizia⁵³.

Sul piano del diritto, se vogliamo ancora ricondurre gli androgini alla categoria dei *monstra*⁵⁴, va detto che il confine tra quelli le cui anormalità erano da ritenersi gravi, e quindi tali da

⁵² Assai di meno in pubblico o da parte di chi esercitasse pubbliche funzioni: vd. ancora in particolare, D. 34.2.23.2; Paul. Sent. 3.6.80; Sen. *contr.* 5.6; 9.2.17; Tac. *ann.* 2.33.1; Iuv. 2.67-90; Dio 57.15.1, con la dottrina citata alla nt. precedente.

⁵³ Vd. Tac. *ann.* 15.37.4 e Svet. *Nero* 28-29, a proposito dell'imperatore Nerone; Mart. 12.42 e Iuv. 2.117-138 (il quale esprime persino il timore che una volta o l'altra simili grotteschi riti possano assumere valore legale), a proposito di persone comuni. Cfr. per esempio D. DALLA, '*Ubi Venus*', cit., 63 ss.; A.D. MANFREDINI, '*Qui commutant cum feminis*', cit., 257 ss.; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 14, 23, nt. 27.

⁵⁴ È infatti per lo più nel contesto di studi dedicati ai *monstra* che gli studiosi trattano di ermafroditi: essi sono già stati in gran parte citati nel corso di questo scritto, ma vd. qui in particolare per esempio M. DELCOURT, *Stérilités*, cit., 29 ss.; G. IMPALLOMENI, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in *Iura*, XXII, 1971, 99 ss.; D. DALLA, *Status*, cit., 519 ss.; ID., *D. 50.16.135: sui perché di una 'lex specialis'*, in *Iuris vincula? Studi M. Talamanca*, II, Napoli, 2001, 341 ss.; D. GOUREVITCH, *Au temps*, cit., 459 ss.; O.M. PÉTER, '*Olim in prodigiis*', cit., 207 ss.; G. TROMBETTA, *Brevi note*, cit.; L. MONACO, *Percezione*, cit., 396 ss.; A. MAIURI, '*Enorme monstrum*', cit., 525 ss.; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 5 ss. Si tratta di un approccio plausibile; ma dobbiamo anticipare che, nella riflessione dei giuristi romani, il tema dell'ermafrodito sembra aver poi acquisito una sua specifica autonomia, che implica la risoluzione di questioni affatto peculiari, sulle quali è in questa sede incentrata la nostra attenzione.

pregiudicare in ogni modo la forma umana, e quelli per cui ciò non valeva, si era molto dilatato: di ciò si ha riscontro non solo nei pronunciamenti dei giuristi, da Labeone fino a Paolo ed Ulpiano⁵⁵,

⁵⁵ Le testimonianze di cui disponiamo concernono lo *status* di figlio, come tale riconosciuto ovviamente soltanto a chi non presentasse malformità troppo gravi, specie ai fini della applicazione del senatoconsulto Tertulliano e del *ius liberorum* (per il quale si era anche diffusa l’opinione che, invece, potesse esser sufficiente il solo fatto di aver partorito), oltre che delle norme in materia di *locus religiosus*: vd. Paul. D. 1.5.14 (=Paul. Sent. 4.9.3-4): *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosam aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur*, Ulp. D. 50.16.38: ‘*Ostentum*’ Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant, Ulp. D. 50.16.135: *Quaeret aliquis si portentosum vel monstrosam vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet*; cfr. Ulp. D. 28.2.12pr.-1 (riportato oltre, alla nt. 80); C. 6.29.3.1. Come si sa, esiste in dottrina un vivace dibattito circa le classificazioni accolte, in particolare, da Paolo ed Ulpiano, nei primi due passi sopra trascritti, e circa la possibilità di considerarle reciprocamente sovrapponibili, o almeno compatibili: sul punto ci paiono convincenti le conclusioni ultimamente raggiunte da M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 11 ss., specialmente 32 ss.; ma vd. anche per esempio G. IMPALLOMENI, *In tema di vitalità*, cit., 99 ss., 114 ss., 118 ss.; D. DALLA, *Status*, cit., 519 ss.; ID., *D. 50.16.135*, cit., 341 ss.; A. PALMA, ‘*Humanior interpretatio*’, Torino, 1992, 68 ss., 80; D. GOUREVITCH, *Au temps*, cit., 459 ss.; G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 115; O.M. PÉTER, ‘*Olim in prodigiis*’, cit., 213 s.; E.

ma anche nella circostanza che, nonostante qualche severo richiamo all'opportunità di sopprimerli ancora⁵⁶, fosse ad un certo punto diventato persino di moda esibire, in occasioni pubbliche, nani, sciancati ed altri soggetti affetti da deformità varie⁵⁷. L'ipotesi

CANTARELLA, *L'hermaphrodite*, cit., 5 s.; G. TROMBETTA, *Brevi note*, cit.; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 104 ss., che peraltro rileva come, in mancanza di una linea di demarcazione chiara, i giuristi romani, e di conseguenza i giudici, tendessero a decidere caso per caso circa l'inclusione o meno del nuovo nato nel *ius personarum*; L. MONACO, *Percezione*, cit., 408 ss., la quale ricorda che nei secoli variò la valutazione della intollerabilità delle anomalie; A. MAIURI, '*Enorme monstrum*', cit., 539 s.; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 204, 213; C. TERRENI, '*Quae Graecè*', cit., specialmente 55 ss.

⁵⁶ Così Sen. *dial.* 3.15.2, che invoca l'antica pratica dell'affogamento, considerandola socialmente utile; cfr. per esempio Tib. 2.5.80. A commento vd. per esempio M. DELCOURT, *Stérilités*, cit., 60; D. DALLA, *Status*, cit., 520; L. BRISSON, *Le sexe*, cit., 37; D. GOUREVITCH, *Au temps*, cit., 463; O.M. PÉTER, '*Olim in prodigiis*', cit. 213; E. CANTARELLA, *L'hermaphrodite*, cit., 6; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 104, secondo cui Seneca riprendeva l'antica norma delle XII tavole; L. MONACO, *Percezione*, cit., 403; A. MAIURI, '*Enorme monstrum*', cit., 534.

⁵⁷ Vd. per esempio Quint. *inst.* 2.5.11; Tac. *ann.* 15.34.2; Iuv. 8.32-34; Svet. *Aug.* 80; Dom. 4.2; Hist. *Aug. Comm.* 9.6. Si può dire che fosse sorta una vera e propria passione, una curiosità morbosa per tutto ciò che sapeva di strano, di esotico, favorita anche dal fatto che ora probabilmente i padri, alla nascita, tendevano a minimizzare le difformità dei figli di un certo tipo (sul punto, vd. per esempio Hor. *sat.* 1.3.43-48), i quali dunque crescevano e circolavano in numero assai superiore rispetto al passato. La stessa circostanza che, come vedremo, i giuristi romani si siano specificamente occupati degli ermafroditi dimostra che non dovevano esservene tanto pochi, se è vero che, secondo quanto rammenta G. CRIFÒ, '*Prodigium*', cit., 116, citando Iul. D. 1.3.10, il diritto disciplina *l'id quod plerumque accidit*. Sulla materia in generale vd. per

che agli ermafroditi fosse ormai riconosciuta la dignità di persona perché assimilati agli *ostenta*⁵⁸ dalle caratteristiche meno anormali di altre ci trova inevitabilmente concordi; ma non ci spingeremmo a ritenere questo argomento il più calzante - nel senso che il nostro caso sarebbe in particolare riconducibile a quelli di *ampliatio membrorum*, secondo quanto convintamente sostiene una parte della dottrina⁵⁹ -, sia in generale perché gli androgini non compaiono mai espressamente citati nel contesto di quelle classificazioni, sia, nello specifico, perché, in base alle odierne conoscenze scientifiche, si può affermare che è impossibile in natura la compresenza nel medesimo individuo di 'entrambi' gli organi sessuali, pene e vagina al tempo stesso⁶⁰.

esempio D. GOUREVITCH, *Au temps*, cit., 468 ss., che opportunamente ricorda come lo stesso imperatore Claudio avesse difficoltà fisiche; O.M. PÉTER, '*Olim in prodigiis*', cit., 213; L. MONACO, *Percezione sociale*, cit., 398, 407, 414; A. MAIURI, '*Enorme monstrum*', cit., 535, che parla di teorie di deformi utilizzati per scopi apolaustici, esibitori, per suscitare ilarità; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 213.

⁵⁸ In ciò, adottandosi la terminologia labeoniana: vd. Ulp. D. 50.16.38 (trascritto sopra, alla nt. 55).

⁵⁹ Tra gli studiosi, riconducono alla *ampliatio membrorum*, di cui al citato Paul. D. 1.5.10pr., la fisiologia ambigua dell'androgino per esempio D. DALLA, *Status*, cit., 522 ss., secondo cui quello dell'ermafrodito sarebbe anzi il caso tipico; ID., D. 50.16.135, cit., 341, nt. 3; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 204; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 12, nt. 22, 33.

⁶⁰ Vd. in proposito quanto già si anticipava sopra, alla nt. 10. Vd. ancora qui, in particolare, A. LENZI – G. LOMBARDI – E. MARTINO – R. VIGNERI, *Endocrinologia*, cit., 205 s., per cui, nell'ipotesi di ermafroditismo vero, si ha, al più, contemporanea presenza di tessuto ovarico e testicolare (quest'ultimo in genere collocato nell'ovaio destro, in soggetti dal cariotipo femminile, mentre sono più rari i casi di soggetti dal cariotipo maschile, con relativi genitali non sempre emersi esternamente, ed un abbozzo di utero), non essendo ad oggi note le

D'altronde, che gli ermafroditi fossero assurti alla dignità di *personae* appare affatto pacifico, ed anzi il presupposto incontestato di ciò su cui invece si controverteva, ossia il sesso a cui essi - imprescindibilmente, e senza terze soluzioni⁶¹ - dovessero essere di volta in volta attribuiti, in vista di certi effetti. In proposito, si è soliti addurre tre fonti, che anche noi passiamo ad esaminare.

Si veda anzitutto:

Ulp. *libro primo ad Sabinum* D. 1.5.10: *Quaeritur: ermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet.*

cause della mancata piena differenziazione sessuale. Per il resto si tratta di pseudoermafroditi, ossia di soggetti dal genotipo sicuramente riferibile ad un sesso determinato, ma dal fenotipo anormale, tale da ingenerare, allo sguardo, incertezza anche grave: per un approfondimento vd. ad esempio, G. FAGLIA, *Malattie*, cit., 235; A. LENZI – G. LOMBARDI – E. MARTINO – R. VIGNERI, *Endocrinologia*, cit., 205 ss.

⁶¹ Così si esprime, non senza qualche rammarico, per esempio Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 103 s., che parla di operazione dicotomica messa in opera dal diritto. L'idea di un *tertium genus hominum*, che pur ad esempio affiora in Hist. Aug. *Alex.* 23.7 (a proposito degli eunuchi), non è in alcun modo contemplata dalla scienza giuridica romana, senza che per questo sia lecito affermare, come faceva B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. di C. Fadda e P.E. Bensa, I, Torino, 1925, 157 e nt. 2a, che il diritto romano non conosceva affatto l'ermafroditismo: sul tema vd. ad esempio F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico*, in *Studi E. Volterra*, IV, Milano, 1971, 131, nt. 70; A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 872; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 13.

Da questo passo si evince, anche in forza della sua collocazione (sotto il titolo 1.5, ‘*De statu hominum*’)⁶² che la *quaestio iuris* circa la natura umana o meno dell’ermafrodito si era ormai risolta in senso pienamente positivo e che semmai, per l’appunto, si discuteva (*magis puto*)⁶³ se egli dovesse essere equiparato all’uomo o alla donna: Ulpiano adotta qui il criterio, evidentemente non da tutti condiviso, della ‘prevalenza’, senza peraltro specificare in che cosa essa esattamente consistesse⁶⁴.

⁶² È senz’altro significativo che il frammento in questione (forse originariamente inerente ad un caso di *testamenti factio*, al pari di Ulp. D. 28.2.6: cfr. O. LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, 1020, n. 2425), sia stato inserito dai compilatori in uno dei titoli di apertura del Digesto e per di più di portata così generale: è un modo per certificare la piena afferenza di questi singolari esseri dalla sessualità ambigua al novero di quegli *homines* ‘*quorum causa*’, lo si ricordi, nell’ottica giustiniana *omne ius constitutum est* (Herm. D. 1.5.2). In merito, vd. per esempio F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., 130; A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 879, nt. 89; G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 116 s., il quale osserva come in quel titolo, riguardo alla capacità delle persone, si definiscano le coordinate fondamentali del sistema, essendo fra l’altro il nostro passo collocato subito dopo quello relativo alla donna (D. 1.5.9); A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 12 s., che appunta la sua attenzione sul pronome *cui*, sempre riferibile ad una persona, di contro all’*aliquid* che figura in D. 1.5.14; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 215.

⁶³ Sulla valenza di questa espressione, indubbiamente indicativa dell’esistenza di un *ius controversum*, vd. qui per esempio A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 880; L. MONACO, *Percezione*, cit., 415.

⁶⁴ Per la verità in dottrina, come vedremo, si tende per lo più ad identificare detto criterio con quello adottato da Paolo e Ulpiano negli altri due frammenti che esamineremo. Per una rassegna di opinioni su D. 1.5.10, in sé considerato, vd. generalmente per esempio F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., 130, secondo cui il principio della prevalenza fa proprio un punto di vista medico; D. DALLA, *L’incapacità*,

Si legga inoltre:

Paul. *libro tertio sententiarum* D. 22.5.15 (=Pauli Sent. 3.4^a.14-15): *Repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest. 1. Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.*

Paolo si sta occupando della capacità di fungere da testimoni in un testamento, che era esclusa in tutta una serie di casi, riferibili a soggetti determinati⁶⁵: tra questi le donne, essendo tradizionalmente quello in questione un *officium virile*⁶⁶. Si pone allora il problema se l’ermafrodito ‘possa’ (in termini affermativi) esservi utilizzato, il che (corrispondentemente) dipenderà dall’accertamento della sua natura virile: essa, secondo il giurista severiano, è dimostrata dalle caratteristiche assunte dai genitali esterni in stato di eccitazione⁶⁷, il che implica che si debba

cit., 159 e nt. 78, 207, nt. 14; ID., *Status*, cit., 522, che parla di soluzione razionalistica; A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 879, per il quale, inevitabilmente senza fondamento nella genetica, si aveva riguardo al fenotipo e a che cosa prevalessse; Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 105; G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 116, 118, nt. 1; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 12 s., secondo cui quel criterio farà scuola per i tempi a venire; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 215; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 32.

⁶⁵ Si trattava, come si sa, di pazzi, muti, sordi, prodighi, schiavi, impuberi, etc., oltre a chi ne fosse escluso per legge (*inprobus intestabilisque*): a conferma vd., per tutti, ad esempio G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 116, e L. MONACO, *Percezione*, cit., 414, con le fonti da questi autori richiamate.

⁶⁶ Vd. D. 28.1.20.6. Cfr. per esempio Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 164 ss.; G. CRIFÒ, ‘*Prodigium*’, cit., 116; L. MONACO, *Percezione*, cit., 414; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 14.

⁶⁷ Più precisamente il verbo *incalescere* indica un riscaldarsi, qui riferibile al *sexus*, inteso come organo sessuale. Tra gli studiosi parla per esempio

procedere ad una *inspectio corporis* diretta a valutare se la persona, debitamente sollecitata sul piano sessuale⁶⁸, sia in grado di erigere il pene⁶⁹, ammesso che di pene evidentemente si tratti⁷⁰. Di solito si dà per scontato⁷¹ che il criterio adottato da Paolo, che è

di 'sesso funzionante' D. DALLA, *L'incapacità*, cit., 159 e nt. 78; ID., *Status*, cit., 522; di 'libido prevalente' A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 881, il quale aggiunge che la funzione testimoniale era conseguentemente esclusa per quegli ermafroditi che non evidenziassero pulsioni di alcun genere; di 'organi genitali eccitati' Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 105; di 'sessualità che si attiva' G. CRIFÒ, *Prodigium*, cit., 116; di 'libido che si attiva' L. MONACO, *Percezione*, cit., 415; di 'organi in stato di eccitazione' A. MAIURI, *Enorme monstrum*, cit., 539; di 'organi sessuali riscaldati' A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 14; di 'sesso in stato di eccitazione' S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 215 s.

⁶⁸ Come questo potesse in concreto avvenire, suscita perplessità: vd. per esempio A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 879, che sottolinea la delicatezza della situazione; A. MAIURI, *Enorme monstrum*, cit., 538, che definisce 'curioso' il suggerimento impartito da Paolo sul punto; A. PATURET, *Ambivalence*, cit., 12 s., che parla di cruda verifica dell'apparato sessuale.

⁶⁹ Esattamente questo consentirà, come si è detto, di dare conferma di quel *possit*.

⁷⁰ Si sarebbe anche potuto trattare di un caso di clitoride ipertrofico, già riscontrato dalla medicina antica (vd. per esempio il già citato Paolo d'Egina, *Chirurgia*, 70) e ben noto, ovviamente, a quella odierna, che vi identifica un'ipotesi di pseudoermafroditismo femminile, spesso accompagnato da fusione delle grandi labbra (per tutti, vd. ad esempio A. LENZI – G. LOMBARDI – E. MARTINO – R. VIGNERI, *Endocrinologia*, cit., 206).

⁷¹ Così, tendenzialmente, per esempio F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., 130; D. DALLA, *L'incapacità*, cit., 159 e nt. 78, 207, nt. 14; ID., *Status*, cit., 522; A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 881; A.

interamente di tipo organico-funzionale, coincida con quello della prevalenza cui genericamente alludeva Ulpiano nel passo in precedenza esaminato: a rigore, non ci pare che si possa parlare di perfetta coincidenza, anche perché, come detto, non si sa bene che cosa precisamente significasse quel *praevalere*.

Si veda infine:

Ulp. *libro tertio ad Sabinum* D. 28.2.6: *Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit Cassius et Iavolennus posse: nam et uxorem ducere et adoptare potest: spadonem quoque posse postumum heredem scribere et Labeo et Cassius scribunt: quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est. 1. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituire, quo iure utimur. 2. Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalebunt, postumum heredem instituire poterit.*

In questo frammento Ulpiano si interroga sulla possibilità che persone affette da difficoltà generative istituiscano eredi postumi⁷²: sul punto, vi erano da molto tempo discussioni tra i giuristi, ed il fatto che Ulpiano prenda espressamente in considerazione anche l’ipotesi dell’ermafrodito, in un passo escerpito dall’*ad Sabinum*⁷³, dimostra quanto risalente dovesse

PATURET, *Ambivalence*, cit., 12 ss.; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 215 s.; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 34.

⁷² È appena il caso di ricordare che non potevano essere postumi *alieni*, bensì figli che sarebbero caduti, in condizioni normali, sotto la potestà del *pater*, con tanto di *testamenti ruptio* nell’ipotesi di mancata istituzione. A conferma, basti qui vedere ad esempio M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 682.

⁷³ Dalla medesima opera ulpiana era del resto ricavato anche D. 1.5.10, sopra esaminato, che, come si è detto, originariamente ineriva, al pari del nostro passo, alla materia ereditaria (notoriamente trattata da Sabino

essere il dibattito circa le facoltà specifiche di volta in volta riconoscibili ad un essere ritenuto ormai capace⁷⁴. In questo frangente, secondo il giureconsulto severiano⁷⁵, la *testamenti factio* andrà accordata all'androgino, se in lui prevarranno 'virilia', i tratti maschili. Ebbene, in primo luogo bisogna come minimo osservare che Ulpiano fa qui proprio un criterio che è, a rigore, ancora diverso rispetto a quelli prima riscontrati, perché implicante la *potentia generandi*, di per sé distinta da quella di provare un'erezione⁷⁶.

nella parte iniziale della sua opera). In merito alla collocazione di D. 28.2.6 entro il commento ulpiano vd. per esempio G. CRIFÒ, 'Prodigium', cit., 116 s.; L. MONACO, *Percezione*, cit., 415; in merito alla sua genuinità, oggi non più messa in dubbio, vd. ad esempio F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., 131, nt. 72, con la letteratura da questo richiamata.

⁷⁴ Il commento al *ius civile* di Sabino risaliva ad un'epoca certamente antecedente alla stessa testimonianza di Plinio il Vecchio (trascritta sopra, alla nt. 47), come fanno opportunamente rilevare, per esempio, G. CRIFÒ, 'Prodigium', cit., 116; L. MONACO, *Percezione*, cit., 415; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 215 s.

⁷⁵ Il quale probabilmente riprendeva un'opinione precedente, forse attribuibile a Proculo e Giuliano, secondo Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 105, il quale aggiunge che, in base a quest'impostazione, sarebbero dovuti esistere anche ermafroditi femmine incapaci di avere eredi loro propri senza testamento; vd. anche S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 216.

⁷⁶ In dottrina, invece, si riconduce di solito il criterio qui adottato a quello di cui agli altri due passi sopra riportati, che, come si è visto, alludono ad una prevalenza generica ovvero alla *qualitas* (rivelatasi maschile) *sexus incaloescentis*, che può nella migliore delle ipotesi identificarsi nella *potentia coeundi*, e non *generandi*. Per una rassegna di autori vd. ad esempio F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., 131; D. DALLA, *L'incapacità*, cit., 26, 207, nt. 14; ID., *Status*, cit., 522, che, pur individuando nell'accertamento della *potentia* il tratto comune alle soluzioni dettate da Ulpiano e da Paolo, non opera distinzioni ulteriori tra un tipo di

In secondo luogo, ci si potrebbe addirittura chiedere perché mai, dovendosi dare per scontata la sussistenza di quella *potentia* in un soggetto che abbia evidentemente sposato e messo addirittura incinta una donna⁷⁷, fosse da considerarsi ancora in lui dubbio, e quindi suscettibile di essere accertato, il prevalere dei tratti virili⁷⁸;

attitudine e l'altra; A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 880, per il quale in questo frammento si ha applicazione della regola generale espressa in D. 1.5.10 (ma di questo a. vd. quanto diremo oltre, alla nt. 80); G. CRIFÒ, *'Prodigium'*, cit., 116; L. MONACO, *Percezione*, cit., 414 s.; A. MAIURI, *'Enorme monstrum'*, cit., 538 s. e nt. 48; S. VALLAR, *Les hermaphrodites*, cit., 216; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 34.

⁷⁷ I giuristi citati, pur discutendo tra di loro, sembrano infatti presupporre che alcuni soggetti (tra i quali viene incluso l'ermafrodita) possano, al contrario di altri (come il castrato), *uxorem ducere*: pertanto l'inserimento della locuzione *si in eo virilia praevalerunt* potrebbe suonare pleonastica, se non riferita a qualcosa di ulteriore. Sul rapporto fra la capacità matrimoniale e quella di generare un figlio da una donna soffermano, quanto meno, la loro riflessione per esempio F. LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, cit., 132; Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 105; A. MAIURI, *'Enorme monstrum'*, cit., 538.

Quanto poi all'adozione, bisogna ricordare che i *prudentes* furono sempre presi dallo scrupolo che l'istituto 'imitasse la natura', e che dunque l'adottante fosse, sul piano per così dire anagrafico-sociale, ritenuto in grado di avere un figlio. Il problema, sul quale ringrazio il prof. Giunio Rizzelli di aver privatamente richiamato la mia attenzione, è allora se la stessa considerazione possa aver ispirato la giurisprudenza anche riguardo all'ermafrodito nei suoi rapporti col postumo: probabilmente sì, ma forse proprio in ragione di ciò non bastava che l'interessato fosse in grado di generare, dovendo egli anche comportarsi 'virilmente', nelle relazioni sociali che coltivava, ché altrimenti la finzione sarebbe in qualche modo venuta meno.

⁷⁸ D'altronde il termine *virilia* è sì per lo più interpretabile in senso fisico, come parti anatomiche maschili, ma forse anche in senso figurato, se

in altri termini, in base a questa *lectio difficilior*⁷⁹, certo di per sé alternativa e incompatibile con la *lectio* precedente, nell’ascrivere l’ermafrodita al genere maschile, o invece femminile, si sarebbe potuto tener conto di caratteristiche ulteriori, forse riferibili al suo stile di vita, alla sua condotta sociale, ai suoi orientamenti in campo sessuale⁸⁰. Tutti fattori, questi, dipendenti dal suo interiore sentire, dalla sua volontà.

solo si rammenta che *virtus* ha, come noto, la medesima radice: cfr. in proposito voce ‘*virilis*’, in *Oxford Latin Dictionary*, VIII, Oxford, 1982, 2072 s.

⁷⁹ La definiamo tale perché, tutto sommato, quel *plane* posto nella parte iniziale della frase non favorisce un livello elevato di problematicità, nella *interpretatio* ulpiana.

⁸⁰ Nessuno degli autori ricordati sopra, alla nt. 77, pur implicitamente inclini, forse, a distinguere tra la virilità necessaria a sposare validamente una donna e quella necessaria ad istituire erede il *postumus, natus ex uxore*, arriva tuttavia a formulare una congettura simile alla nostra. Fa in parte eccezione, per quanto ci risulta, soltanto A. WACKE, *Vom Hermaphroditen*, cit., 881 (ora ripreso da C. TERRENI, ‘*Quae Graeci*’, cit. 81 s.), il quale tuttavia annette rilievo alle rassicurazioni eventualmente date dall’ermafrodito, circa la sessualità in cui sentisse di riconoscersi, anche in base al suo comportamento, non in merito all’applicazione della *regula* qui enunciata da Ulpiano, che per W. accorderebbe più che altro importanza all’apparenza fisica, bensì in merito a Paul. D. 22.5.15.1, in riferimento al quale tali rassicurazioni sarebbero state idonee a sostituire l’imbarazzante *inspectio corporis* colà prevista. Ora, sebbene in detto frammento nulla dia a nostro avviso adito ad ammettere quelle come equivalenti a questa, è comunque significativo che vi sia in dottrina chi, anche per l’esperienza romana, ritenga di poter porre la domanda circa il sentire della persona, che implica una significativa soggettivizzazione. Del resto è lo stesso Ulpiano a riconoscere, per altri versi, e cioè ai fini della determinazione della natura umana di un nato infelice (e della conseguente *ruptio testamenti*), il rilievo di verifiche inerenti allo *spiritus*, e

Vi sono dunque dei (labili) indizi che anche nell'esperienza romana si fossero diffuse, pur in contrasto con altre, opinioni dirette a rendere giuridicamente rilevanti, ai fini della determinazione del sesso di appartenenza, le libere scelte di un individuo come l'ermafrodita, anche a scapito della sua 'fisiologia' predominante: di ciò, se così fosse, dovrebbero prendere con interesse atto, al giorno d'oggi, per una volta uniti su questi temi, gli studiosi di tutte le impostazioni.

ABSTRACT

In questo saggio Lorenzo Franchini indaga in prospettiva storica un tema di grande attualità, quello del regime giuridico delle ambiguità sessuali alla nascita. Nell'esperienza romana per lungo tempo gli ermafroditi non furono ritenuti persone, e quindi soppressi o abbandonati a se stessi, nell'ambito delle famiglie in cui erano nati, oppure a seguito di un rituale religioso di matrice etrusca, celebrato pubblicamente e destinato a concludersi con l'affogamento del bimbo androgino. In seguito, verso l'inizio dell'età imperiale, si assiste ad un cambiamento piuttosto repentino: gli ermafroditi, spesso preservati come oggetti di piacere, acquisteranno senz'altro il *ius personarum*, e semmai si discuterà a quale dei due sessi inevitabilmente attribuirli. Il criterio

non solo alla conformazione fisica della persona: in proposito vd. D. 28.2.12pr.-1: *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et tamen rumpit;* cfr. per esempio M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 104 s.; M. PADOVAN, *Nascita*, cit., 20 ss.

per lo più adottato sarà quello della fisiologia in apparenza prevalente, ma sono forse rinvenibili nelle fonti spunti diretti ad attribuire un qualche rilievo anche ad altri fattori, di natura etico-comportamentale, che saranno comunque soprattutto culture di epoche molto successive a tenere in considerazione.

In this paper, Lorenzo Franchini inquires into historical perspective a very topical issue: the legal treatment of sexual ambiguity at birth. In the Roman experience, for a long time, hermaphrodites were not considered as people and so killed or left to themselves. Sometimes it was also publicly celebrated an Etruscan religious ritual which ended with the drowning of the newborn androgynous. Later, at the beginning of the imperial age, there was a very sudden change: the hermaphrodites, often preserved as objects of pleasure, will receive the *ius personarum*. Then the speech will focus, if anything, about their sexual classification. At first, the policy mainly adopted was that of the so-called physiology apparently prevalent but sources could offer direct insights to give relief also to other factors, ethical and behavioral, which are however prevalent and very decisive in later periods.

LORENZO FRANCHINI
Professore associato di Diritto romano
Università Europea di Roma
lorenzo.franchini@unier.it

