



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO

XXXVI CICLO

Il nondum natus

Tesi di dottorato di:
Sofia Scalisi

Docente supervisore:
Chiar.ma Prof.ssa Giovanna Coppola Bisazza

Giovanna Coppola Bisazza

Coordinatore del corso di dottorato:
Chiar.ma Prof. ssa Concetta Parrinello

Anno Accademico 2022/2023

Ad maiorem Dei gloriam

Indice

Introduzione

Capitolo primo

1. La posizione di La Pira.
2. La posizione dei successivi fautori della teoria della realtà: Catalano, Baccari e Lubrano.
3. Il *curator ventris*: una tutela propria del nascituro?
4. La rubrica giustiniana *de verborum significatione*: argomentazione di tipo sistematico, (ma temporalmente decontestualizzata).
5. Gli approdi dell'ultimo ventennio della teoria della realtà: Ferretti e Terreni.
6. Correnti di pensiero che subordinano l'esistenza del concepito a diversi presupposti: la qualifica di soggetto di diritto o il termine di quaranta giorni dal concepimento

Capitolo secondo

1. Il pensiero dell'Albertario: la condizione del concepito nel diritto romano classico.
2. (*segue*) la condizione del concepito nel diritto romano post-classico.
3. (*segue*) la teorica dell'interpolazionismo.

4. Ricostruzione sistematica della regola dell'Albertario e prosecuzione dell'indagine.
5. (*segue*) le ragioni metagiuridiche del cambiamento.
6. La natura giuridica del concepito.

Capitolo terzo

1. Le moderne codificazioni: in particolare quella italiana.
2. Una suggestiva pronuncia della Corte costituzionale.

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

Negli ultimi anni si è registrato un crescente interesse per la figura del concepito nel sistema giuridico romano. A tutt'oggi, infatti, le interpretazioni possibili e le collocazioni dogmatiche prospettate sono molteplici e ciascuna, poi, presenta al suo interno un'estrema varietà di sfumature.

Basti pensare che nel corso di circa un secolo e dall'interpretazione delle medesime fonti, il concepito è stato da taluni considerato come un essere dotato di un'autonoma rilevanza, e da talaltri come una mera parte del corpo della donna, incapace di esistere autonomamente. Ed ancora, taluni hanno attribuito al concepito una rilevanza solo giuridica, e talaltri, invece, hanno individuato nel concepito una capacità di esistere persino sul piano naturalistico.

In particolare, soprattutto negli ultimi anni, l'interpretazione prevalente si è mossa a favore del riconoscimento di una piena soggettività al concepito, sino ad attribuire allo stesso una precisa ed autonoma connotazione nel mondo naturale, distinta dalla madre e dagli interessi della *familia*. Ciò in ragione della sempre più pressante esigenza di rileggere le fonti romane con una visione attualizzante e moderna del diritto e delle categorie dogmatiche.

Tuttavia, al fine di ricostruire un valido percorso esegetico, che ci consentirà di collocare il concepito all'interno del pensiero giuridico

romano, sembra opportuno ricostruire lo stato dell'arte fino ad oggi esistente.

Il panorama interpretativo è, senza dubbio, complesso ed articolato, ma può esser ricondotto su due binari principali.

Ed infatti, secondo il più risalente orientamento interpretativo, il concepito non può considerarsi come un'autonoma esistenza, distinta dalla madre, almeno sul piano naturalistico. Al contrario, sul piano giuridico è possibile attribuire al concepito una forma di soggettività tale da consentirgli la titolarità dei tre *status* e di alcuni diritti successori.

Questo primo indirizzo, seppur al suo interno si colora di un'ampia gamma di sfumature, potrebbe unitariamente definirsi come la "teoria della finzione". Ciò in ragione del fatto che l'esistenza del concepito nel pensiero romano e nelle applicazioni giurisprudenziali è esistente solo attraverso una *fictio iuris*, grazie alla quale può divenire titolare di diritti, ancor prima di esser nato.

Diversamente, un più recente orientamento riconosce al concepito un'autonoma esistenza, già sul piano naturalistico, prima ancora che giuridico. Il concepito, dunque, rappresenta una porzione della realtà, distinta dalla madre, dalla *familia* e dalla *res publica*, ma ad esse funzionale.

Questo secondo indirizzo, colorito anch'esso da diverse sfumature al suo interno, può unitariamente definirsi come la "teoria della realtà". Ciò in ragione del fatto che, attraverso una rimodulazione interpretativa delle

fonti, attribuisce al concepito la capacità di essere *in rerum natura*, ossia di essere una realtà naturale empiricamente esistente.

Tuttavia, questa tradizionale distinzione tra le teorie interpretative deve essere superata attraverso una lettura più onesta e concreta delle fonti, attraverso il ripristino di un'importante chiave di lettura.

Ed infatti, muovere dalla premessa assoluta che il concepito esiste o non esiste è sicuramente un importante indicatore della contraddizione esistente nelle fonti. Ma, al tempo stesso, è un punto di partenza fuorviante e poco coerente con l'impostazione del pensiero romanistico.

Devono tenersi presenti, infatti, due dati fondamentali.

Innanzitutto, l'intera produzione romanistica è imperniata sulla concretezza e sulla risoluzione di casi pratici, e non già sull'elaborazione di categorie generali e di astratti istituti giuridici. In tal senso, è esemplificativa l'impostazione romanistica secondo cui non possono esistere, né riconoscersi diritti, se non vi è un'azione a tutela dei medesimi. Siffatta impostazione è di difficile comprensione per il giurista moderno, che modula il suo pensiero con il costante obiettivo di attribuire al soggetto posizioni giuridico-soggettive differenziate e qualificate, grazie a cui poter garantire una tutela giurisdizionale. In altre parole, la logica è ribaltata. Così, nel pensiero giuridico romano un diritto può esser riconosciuto in capo ad un soggetto, se esiste una tutela. Al contrario, nel pensiero giuridico moderno, una tutela esiste, se è riconosciuto un diritto in capo al soggetto.

Inoltre, occorre considerare che il pensiero giuridico romano non ci è pervenuto “vergine”. Invero, le fonti, di cui ci occuperemo sul concepito, così come gran parte delle fonti romane, nel corso dei secoli, hanno subito rimodulazioni ed alterazioni, di cui occorre tener conto. In tal senso, il sistema normativo odierno ci consente di distinguere la norma (ossia la regola generale) e le sue diverse interpretazioni. Al contrario, nell’analisi del sistema romanistico, ciò non è possibile *ictu oculi*. È, infatti, necessaria una più attenta analisi delle contraddizioni presenti nelle fonti e della semantica dei termini utilizzati, spesso spia di interpolazioni successive.

Sulla scorta di tali precisazioni, sembra che una valida chiave di lettura per dirimere le contraddizioni sulla figura del concepito possa essere la cd. “regola dell’Albertario”, per lungo tempo, forse, trascurata.

Grazie a tale regola è possibile avere tutti gli strumenti utili per comprendere quale sia la posizione dei giuristi romani sull’esistenza o meno del concepito e dare una ragionevole giustificazione alle apparenti contraddizioni.

In altre parole, occorre dare nuova vita alla visione dell’Albertario e non ridurre la sua interpretazione ad una mera *fictio iuris*, poco coerente con il sistema romanistico, ma soprattutto non in linea con il pensiero dello stesso autore. A questa visione, poi, si tenterà di applicare un correttivo, in modo da risalire non solo alla regola generale, ma anche alla sua *ratio*.

Vi è, però, una notazione finale da tener in conto, ossia l’odierna considerazione del concepito nel nostro sistema giuridico. Ed infatti, il più recente orientamento, che suole riconoscere al concepito autonoma

esistenza, muove da un inevitabile condizionamento moderno, secondo cui il concepito non può non esser considerato esistente. Tuttavia, tale considerazione non può e non deve alterare una schietta analisi del pensiero romanistico. Invero, non possono forzarsi le fonti per esprimere un principio, forse coerente con l'evoluzione biomedica e con l'odierno sentire morale, ma sicuramente estraneo all'ordinamento giuridico romano.

In siffatti ipotesi, dunque, sembra non esservi alcun corso o ricorso storico "vichiano", ma più semplicemente una linea retta di progressiva evoluzione della civiltà e delle conoscenze, giuridiche e metagiuridiche.

Non si nasconde che il percorso esegetico, che s'intende proporre, è frutto di un lavoro interiore, fortemente combattuto ed a tratti, contraddittorio. La scelta ha oscillato continuamente tra: la convinzione personale dell'esistenza del concepito e della sacralità della vita, in qualsiasi stadio, da una parte; e l'oggettiva lettura delle fonti, solo apparentemente contraddittorie, dall'altra.

Né può negarsi che, persino in tale occasione, la tentazione di dar voce alla propria moralità ed al più intimo sentimento cristiano aveva in origine condotto ad un percorso esegetico diametralmente opposto. Ed anzi, giunti al termine di quel percorso esegetico, che ci avrebbe condotto all'affermazione di una piena autonomia del concepito sin dalle più antiche origini del pensiero romanistico, si è avvertita l'esigenza di ricercare un percorso più oggettivo e coerente con l'assetto delle fonti.

In altre parole, la strada originariamente scelta avrebbe accolto la corrente più estrema della teoria della realtà, riconoscendo tanto l'esistenza autonoma del concepito, quanto l'attribuzione della qualità di soggetto di diritto. Invero, dall'indagine delle fonti, si sarebbe pervenuti all'affermazione per cui il concepito era un autonomo centro d'imputazione di interessi, distinti da quelli della madre, della *familia* o della *res publica*. Ciò attraverso un percorso a ritroso dal risultato alla ricerca delle fonti più utili ad esso.

Poi, il netto cambio di rotta verso un'indagine più sincera delle fonti e verso un risultato non prestabilito a monte dalla morale o dalle convinzioni personali.

Tuttavia, il cambio di rotta non è correlato ad un mutamento del proprio sentire o dei propri valori, piuttosto è una scelta di ricerca specifica, che ci conduce ad una presa di coscienza.

Ed infatti, se è pur vero che secondo il pensiero dei giuristi romani di epoca classica, il concepito non è *in rerum natura* o *in rebus humanis*, è altrettanto vero che la scienza biomedica e la bioetica, oggi, ci conducono ad affermazioni diverse. In altre parole, questa è l'occasione per apprezzare, e non già per biasimare, l'evoluzione dei tempi e le miglorie cui conduce.

Capitolo I: La teoria/e della realtà

SOMMARIO: 1. La posizione di La Pira. - 2. La posizione dei successivi fautori della teoria della realtà: Catalano, Baccari e Lubrano. – 3. Il *curator ventris*: una tutela propria del nascituro? – 4. La rubrica giustiniana *de verborum significatione*: argomentazione di tipo sistematico, (ma temporalmente decontestualizzata). – 5. Gli approdi dell'ultimo ventennio della teoria della realtà: Ferretti e Terreni. – 6. Correnti di pensiero che subordinano l'esistenza del concepito a diversi presupposti: la qualifica di soggetto di diritto o il termine di quaranta giorni dal concepimento

1. La posizione di La Pira

Uno dei primi fautori della cd. “teoria della realtà” è sicuramente La Pira, che in un articolo rivoluzionario chiarisce la sua netta posizione di contrasto contro le pratiche abortive¹. L'articolo è intitolato in modo

¹ G. La Pira, *Di fronte all'aborto*, in *L'osservatore Romano*, 19-20 marzo 1976, ed anche *L'aborto non è soltanto l'uccisione di un nascituro ma uno sconvolgimento nel piano della storia*, in *Prospettive*, VII, 1975, pp. 1 e ss., ripubblicati nel volume postumo Id., *Il sentiero di Isaia*, Firenze, 1979, pp. 661 e ss. Vedi già Id., *La successione intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, p. 87, ove l'A. afferma che: “Il concepimento determina il sorgere di un nuovo posto di *suus* nella *familia*”. Altresì, per un approfondimento del pensiero dell'illustre romanista, si rimanda a: P. Catalano, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova, 2003, pp. 98 e ss.; al volume 34 di *Index* (2006), che raccoglie gli atti del Convegno per il centenario della nascita di Giorgio La Pira: *La cattedra “strumento sacro” - Incontro dei romanisti*, Roma 11-13 novembre 2004; E.

piuttosto neutrale, ma il suo contenuto non cela, neppure velatamente, la posizione di aperto conflitto con il coevo disegno di legge sulla legalizzazione dell'aborto. Lo scritto è d'interesse ai nostri fini, soprattutto per le considerazioni di partenza su cui l'autore fonda l'intero suo pensiero, di matrice chiaramente romanistica.

La Pira, infatti, individua le radici del riconoscimento dell'autonoma esistenza del concepito nell'ordinamento giuridico romano, grazie allo spunto offerto da D. 1.5.26 e da D. 1.5.7.

In tal proposito,

D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.): *qui in utero sunt in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*

D. 1.5.7 (Paul. l. sing. de port. quae lib. damn. conced.): *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

Da tale ultima fonte i giuristi di età medievale ne estrapoleranno, poi, il notissimo brocardo, secondo il quale “*conceptus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur*”.

In altre parole, l'autore propone al lettore inesperto una visione della concezione romanistica del concepito piegata al raggiungimento del suo

Bianchi, *Astrazioni e finzioni in tema di «personae». Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in *Index* 34, 2006, pp. 111 e ss.

scopo primario, ossia sensibilizzare l'opinione pubblica all'autonoma esistenza di un essere, ancor prima della sua nascita.

Si elabora, dunque, con formule icastiche il principio di antiche origini secondo cui il concepito deve ritenersi esistente² in quasi tutto il diritto civile, sempreché ne derivi ad esso un vantaggio. Principio che “la giurisprudenza romana creativa del tempo augusteo introdusse (...) nel sistema dello *ius civile*, operando davvero un mutamento qualitativo nelle strutture del pensiero sociale e giuridico non solo romano ma altresì dell'intera civiltà umana (...)”.³

² L'affermazione è condivisa anche da: W. Waldstein, *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin 1982, p. 21. Cfr. anche Id., *Zur Stellung des nasciturus im römischen Recht*, in *A bonis bona discere, Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc, 1998, pp. 48 e ss.; Id., *Teoria generale del diritto. Dall'antichità ad oggi*, Roma, 2001, pp. 166 e ss. Nei suoi scritti l'A. afferma che il concepito è titolare di una propria capacità giuridica, in ragione dei diritti ad esso attribuiti, e ciò impedisce di considerarlo una parte dell'altrui corpo. Infatti, afferma che: “das Kind selbst existiert vielmehr bereits als selbständiges Rechtssubjekt im Uterus”. Altresì, come si vedrà in seguito, la medesima posizione verrà assunta da P. Catalano, *Osservazioni sulla “persona” dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rassegna di diritto civile*, I, 1988, ora in Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, pp. 202 e ss. Cfr., inoltre, Id., *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997, pp. 87 e ss.; Id., *Il concepito “soggetto di diritto” secondo il sistema giuridico romano*, in *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del Convegno di Roma (31 gennaio 2005)*, Fasano, 2005. Seguono questo indirizzo, tra gli altri, G. Fontana, *Qui in utero sunt. Concetti antichi e considerazione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino, 1994, pp. 1 e ss.; M. Lubrano, *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino 2002.

³ G. La Pira, *Di fronte all'aborto*, cit., 19-20 marzo 1976.

Le fonti selezionate diventano, così, il manifesto del diritto alla vita, un baluardo contro l'aborto, che "è, per definizione, atto estintivo della vita di una persona umana"⁴.

I confusi e dissacranti intenti del legislatore dell'epoca vengono, dunque, combattuti con fermezza di argomentazioni, di alta levatura morale e religiosa⁵, piuttosto che di spessore strettamente giuridico. Questo rivela molto delle risultanze sul piano giuridico cui l'autore è pervenuto⁶. Insomma, il nobile fine da raggiungere ha giustificato una maliziosa selezione delle fonti ed un utilizzo delle stesse completamente decontestualizzato.

2. La posizione dei successivi fautori della teoria della realtà: Catalano, Baccari e Lubrano

Considerazioni simili potrebbero farsi per i fautori successivi di tale teoria, quali il Catalano, la Baccari e la Lubrano⁷.

⁴ G. La Pira, *Di fronte all'aborto*, cit., 19-20 marzo 1976.

⁵ Sul punto, molti autori, sostenitori dell'esistenza naturale, prim'ancora che giuridica del concepito, ritengono sia fallace la distinzione tra "pensatori laici" e "pensatori cristiani". Utilissimi, in tal senso, gli *Atti del XIV Seminario "Da Roma alla Terza Roma" su Laicità tra diritto e religione da Roma a Costantinopoli a Mosca* (Campidoglio, 21-23 aprile 1994); P. Catalano, *Elementi romani della cosiddetta laicità*, in *Index*, XXIII (nel nome di G. La Pira), 1995, pp. 447 e ss.; vedi nello stesso senso anche AA. VV., *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino imperatore tra Oriente e Occidente*, CNR, Progetto strategico sistemi giuridici del Mediterraneo, Torino, 2003, pp. 3 e ss.

⁶ Per comprendere a pieno il pensiero dell'A., devono rammentarsi le parole del Cardinale G. Benelli, per il quale: "Nulla può essere capito di Giorgio La Pira se non è collocato sul piano della fede"

⁷ P. Catalano, *Osservazioni sulla 'persona' dei nati alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rassegna di diritto civile*, I, cit., p. 45 ss. (ora Id., *Diritto e persone*, Torino, 1991, p. 195 ss.); Id., *Il concepito 'soggetto di diritto' secondo il sistema giuridico romano*, in *Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del*

Questi, seppur arricchiscono con ulteriori argomentazioni la tesi del La Pira, mantengono la medesima impostazione di fondo⁸.

In modo quasi uniforme nella scelta delle fonti e nelle risultanze raggiunte, i tre giungono alla considerazione del concepito come un'esistenza autonoma e distinta dalla madre, ossia come una persona, dotata di soggettività giuridica⁹.

Le fonti da cui si trae la regola generale circa l'esistenza del concepito sono le medesime, ossia D. 1.5.26 e D. 1.5.7. Pertanto, il concepito deve

Convegno, Roma 31 gennaio 2005, cit.; M.P. Baccari, *Concetti ulpiani per il 'diritto di famiglia'*, Torino, 2000, p. 6 ss., p. 29 ss.; Id., *Sette note per la vita*, in *SDHI*, LXX, 2004, pp. 507 e ss.; Id., *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004; Id., *Diritto alla vita tra 'ius' e biotecnologie I. La difesa del concepito (con lezioni di A. Baldassarre, J. Herranz, S. Mancuso, G. Sirchia)*, Torino, 2006; M. Lubrano, *Persona e «homo» nell'opera di Gaio*, cit., pp. 1 e ss.

⁸ Per una visione sistematica delle posizioni della dottrina sul tema, si veda S. Tafaro, *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009, p. 39 e ss.

⁹ Tale risultanza, oltre che da argomentazioni di tipo sostanziale e sistematico, si fonda anche su un argomento di tipo lessicale. Si evidenzia, infatti, che il concepito viene sempre indicato nelle fonti con una terminologia semplice e concreta, come, ad esempio, *qui in utero est*, *partus* e *venter*. Sulla terminologia romana vedi: P. Catalano, *Diritto e persone*, I, cit., pp. 226 e ss.; G. Fontana, *Qui in utero sunt*, cit.; M. P. Baccari, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Torino, 2006, pp. 1-10; in generale, per un'indagine terminologica e concettuale sugli usi e significati di *persona* e di *homo* negli scritti di Gaio vedi M. Lubrano, *Persona e homo nell'opera di Gaio*, cit., pp. 3 e ss. Ed ancora, sulla contrapposizione tra terminologia concreta e mere astrazioni concettuali, cfr.: R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 404 e ss.; M. P. Baccari, *Cittadini, popoli e comunione nella legislazione nei secoli IV-VI*, Torino, 1996, pp. 3 e ss.; Id., *Concetti ulpiani per il "diritto di famiglia"*, cit., pp. 6 e ss., 29 e ss., 90 e ss.; P. Catalano, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12 in Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2000, pp. 97 e ss.

ritenersi *in rerum natura*, ossia esistente sul piano naturalistico, al pari del nato, qualora ne possa derivare ad esso un vantaggio¹⁰.

Tutte le altre fonti, ove sembra che possa contraddirsi tale regola vengono abilmente evitate¹¹, o tutt'al più giustificate in virtù del criterio del *commodum*¹². Invero, si riconosce che, seppur vi possano essere ipotesi in cui il nascituro non venga considerato *in rerum natura*¹³, non vi sono mai circostanze in cui il nascituro possa esser danneggiato.

Così, seppur l'*in rerum natura esse* del concepito sembra esser apertamente contraddetto da alcune ipotesi eccezionali in

¹⁰ P. Catalano, *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)* in *Rassegna di diritto civile*, cit., pp. 202 e ss.: "Secondo i *Digesta* di Giustiniano, la parità del concepito e del nato è principio di carattere generale, salve le eccezioni di alcune parti del diritto (...) Il principio di carattere generale è chiaramente affermato nel I libro, titolo V (*de statu hominum*) e trova rispondenza terminologica nell'ultimo libro, titolo XVI (*De verborum significatione*) (...). È opportuno chiarire che il principio della parità non è conseguenza di una finzione, cioè di una costruzione imperativa, bensì della constatazione di una realtà da parte dell'interprete".

¹¹ Per un'abilissima ricostruzione critica in tal senso si veda F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta Iuridica. Scritti dedicati dalla facoltà di giurisprudenza a Francesco Grelle*, I, Napoli, 2011, pp. 303 e ss.

¹² Cfr. la ricostruzione fornita da F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 310. Qui, l'A. tenta di razionalizzare il criterio del *commodum* ed evidenzia la totale decontestualizzazione operata dalla ricostruzione dei fautori della teoria della realtà. Questa afferma, infatti, che: "Il riconoscimento della 'individualità' del *conceptus* avrebbe luogo, sin da età adrianea, seguendo il criterio del *commodum* del nascituro (anche se la compiuta formulazione di esso risalirebbe ed epoca severiana, con esplicitazione nel già citato D. 1.5.7)."

¹³ P. Catalano, *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri*, cit., p. 204; v. anche M. P. Baccari, *Sette note per la vita*, cit., pp. 509 e ss.; Ead., *Diritto alla vita*, cit., p. 4.

D. 25.4.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*): *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum,*

D. 35.2.9.1 (Pap. 19 *quaest.*): *circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur,*

mai ed in nessun caso, l'esistenza del concepito viene affermata per imputargli un *incommodum*; oppure, al contrario, viene negata quando si tratti di attribuirgli un *commodum*.

In tal senso, le occasioni prospettate dalle fonti sono innumerevoli.

Si pensi, ad esempio, alle circostanze in cui le fonti sembrerebbero riconoscere davvero una “tutela risalente del diritto del concepito alla vita”¹⁴, tutelandolo contro le pratiche abortive della madre¹⁵.

Così, infatti, veniva condannata all'esilio la donna che si procurava volontariamente l'aborto

D. 48.8.8 (Ulp. 33 *ad ed.*): *Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget*

D. 47.11.4 (Marc. 1 *reg.*): *Divu Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*

¹⁴ E. Costa, *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925, pp. 161 e ss.

¹⁵ C. A. Maschi, *Il concepimento e il procurato aborto nell'esperienza antica*, in *IUS*, XXII, 1975, pp. 383 e ss, ove ampia bibliografia. Si vedano, altresì, E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971, pp. 778 e ss.

D. 48.19.39 (Tryph. 10 disp.): *sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est*

Le ultime due testimonianze sono particolarmente emblematiche, poiché attestano che la pena dell'esilio per la donna che praticava l'aborto era disposta in un rescritto degli imperatori Settimio Severo ed Antonino Caracalla. È circostanza nota, infatti che l'imperatore Caracalla è intervenuto con un celebre editto nel 212 d. C. per estendere la cittadinanza romana a *qui in orbe Romano sunt*; ma, al tempo stesso, ha derogato alla sua politica d'inclusione, condannando all'esilio le donne, che praticavano l'aborto. L'esigenza di tutela del concepito era, dunque, 'sì tanto forte da derogare alla sua stessa politica¹⁶.

Altresì, il concepito viene tutelato anche oltre il corpo della madre, ogniqualevolta quest'ultima deve essere sottoposta a tortura, condanna a morte o sepoltura, fintanto che è gravida.

In proposito, infatti,

D. 11.8.2 (Marc. 28 dig.): *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*¹⁷.

¹⁶ In tal senso, anche M. P. Baccari, *La difesa del concepito nel diritto romano*, cit., p. 8.

¹⁷ Per una diesamina sulla paternità di tale *lex regia*, assai controversa, cfr. J. Carcopino, *Les prétendues lois royales*, in *Mélanges d'archéologie et d'Histoire*, LIV, 1937, pp. 344 e ss.; M. Bartos, *La spes en droit romain*, in *RIDA*, II, 1949, pp. 19 e ss., in part. p. 29; S.

Nel passo si evince che, secondo una legge regia, la donna gravida non possa esser seppellita, se prima non viene estratto il *partus*, ossia il feto¹⁸.

L'affermazione non è di poco rilievo. Ed infatti, se il concepito è solo una *portio mulieris vel viscerum* non vi sarebbe ragione logica per escludere la sepoltura della donna gravida. Cioè, se il feto è davvero una parte del corpo

Tondo, *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*, XXXVII, 1971, pp. 1 e ss., in part. p. 12, nt. 32; E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 30 e ss.; P. Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990, p. 102, nt. 89; O.M. Peter, *Spes nascendi come diritto alla vita? Il nascituro nelle fonti giuridiche classiche in Roma antica*, in *Le mond antique et les droits de l'homme (Actes de la 50 Session de la Société internationale Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité. Bruxelles, 16-19 septembre 1996)*, Bruxelles, 1998, pp. 291 e ss., in part. p. 307 e ss. (più in generale, Ead., *Il parto cesareo nelle fonti letterarie e giuridiche in Roma antica*, in *Le radici del nostro futuro, Temi di storia della medicina*, Bologna, 1977); Z. Bujuklic, *Leges regiae: pro et contra*, in *RIDA*, XLV, 1998, pp. 89 e ss., in part. p. 102; G. Franciosi, *Leges regiae*, Napoli, 2003, p. 209; G. Oliviero, *Il diritto di famiglia delle leges regiae*, in *SDHI*, LXXIV, 2008, pp. 559 e ss.; E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur»*. (*Fondamenti arcaici e classici*), Milano, 2009, pp. 1 e ss.

¹⁸ Per una più precisa contestualizzazione e qualificazione di tale estrazione, cfr. M.V. Sanna, *Spes nascendi- spes patris*, in *AUPA*, LV, 2012, p. 521, nt. 3: “L'estrazione del feto veniva, dunque, praticata con un cesareo che, per poter salvare la vita del figlio, doveva avvenire subito dopo la morte della madre. Non appare condivisibile l'affermazione di Peter, secondo la quale la circostanza che D. 11.8.2 cerchi di ricondurre, anche se in maniera vaga, le origini dell'intervento ad un'era così remota come quella delle *leges regiae* permette di trarre la conclusione, «forse non esageratamente avventata», che quello che oggi chiamiamo parto cesareo in qualche forma fosse esistito e applicato già nel periodo iniziale della storia di Roma. Pare, infatti, opportuno porre in rilievo che l'intervento «che oggi chiamiamo parto cesareo» viene effettuato su una donna viva, mentre nel caso ricordato in D. 11.8.2 è praticato *post mortem matris*, dal momento che nel passo si afferma che la madre è morta *praegnas*. Ritiene, invece, il Marino che nell'antichissima norma sacrale che proibiva di seppellire la madre incinta prima dell'estrazione del feto - allo scopo di salvarne la vita, secondo la spiegazione che ne dà il giurista Marcello - non si precisa l'avvenuta morte della madre prima dell'estrazione, ma ciò sarebbe sottinteso, in quanto è da escludere che nell'antichità si procedesse a taglio cesareo come intervento terapeutico su gestante viva.”

della donna¹⁹, questo dev'essere seppellito insieme ed al pari delle altre parti del corpo della donna. Ed invece, ciò viene escluso e se ne dà anche una giustificazione. Nel medesimo passo, infatti, si legge che la sepoltura della donna gravida equivale ad una *spes animantis cum gravida peremisse videre*. La sepoltura della donna gravida, dunque, spegne la speranza di un vivente insieme con la madre.

Ed allora, il concepito è una *spes animantis*, autonoma rispetto alla madre ed in quanto tale destinataria di un'autonoma tutela, che supera anche l'esistenza della madre²⁰.

¹⁹ Tradizionalmente, infatti, si riteneva che secondo il pensiero dei giuristi di epoca classica il concepito fosse solo una parte del corpo della madre (*portio mulieris*), come si legge nel noto passo di Ulpiano in D. 25.4.1.1. In tal senso, cfr.: M. Roberti, *Il nascituro e l'età nelle fonti patristiche*, in AG, XCI, 1924, pp. 73 e ss.; Id., "Nasciturus pro iam nato habetur" nelle fonti cristiane primitive, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, pp. 65 e ss.; G.G. Archi, v. 'Concepimento', in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 354 e ss. (= *Scritti*, I, Milano 1981, pp. 193 ss.); P. Sardi, *L'aborto ieri e oggi*, Brescia, 1975, pp. 31 e ss.; A. Lefebvre-Teillard, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *RHDFE*, LXXII, 1994, pp. 499 e ss.; C.A. Maschi, *Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*, cit., pp. 383 e ss., in part. p. 388, nt. 9; V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, p. 146; J. Plescia, *The Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA*, XXIV, 1987, pp. 265 e ss., in part. p. 290; O.M. Peter, *Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem. Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'antichità*, in *SDHI*, LVIII, 1992, pp. 215 e ss., in part. p. 225; G. Galeotti, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003, pp. 23 e ss.

²⁰ Tale affermazione dell'autonoma rilevanza del nascituro rispetto alla madre è riconosciuta in modo manifesto da: G. Fontana, *Qui in utero sunt*, cit., pp. 62 e ss., il quale afferma chiaramente che "emerge ancora una volta la tutela giuridica apprestata all'esistenza del nascituro"; P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano 2008, 83 ss. Diveramente, secondo altri autori, il sintagma '*spem animantis cum gravida peremisse videtur*' sarebbe giustificato da un intervento manipolativo dei Compilatori, al fine di rafforzare l'affermazione del giurista (Marcello). Così, C. Terreni, *Me puero venter erat solarium, Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, pp. 58 e ss.

Questo passo, forse più degli altri, evidenzia una riflessione rivoluzionaria per i traguardi medici dell'epoca, ossia il riconoscimento di un'esistenza naturale del feto distaccata dall'esistenza della madre. A tutt'oggi, è indiscutibile che l'esistenza del *partus* sia inscindibilmente collegata alla madre, che lo porta in grembo e lo nutre per nove mesi. Invece, in questo passo, si arriva persino ad immaginare una speranza di vita al di fuori dall'utero materno ed anche oltre la vita della madre²¹.

Il riconoscimento dell'autonoma esistenza del concepito è evidente, anche se come *spes animantis*; così come lo è il riconoscimento di una tutela propria del concepito²².

Allo stesso modo, anche il gruppo di fonti che tutela il *partus* dall'esecuzione della pena capitale o da eventuali torture nei confronti della madre, ancora gravida. In tali casi, infatti, è rispettivamente fatto divieto di eseguire la pena capitale, sottoporre la madre gravida ad interrogatorio o avanzare l'accusa di adulterio,

D. 1.5.18 (Ulp. 27 *ad sab.*): *Imperator Hadrianus publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris*

²¹ Anche se deve riconoscersi che, molto plausibilmente, al momento della sua introduzione la *lex regia* realizzava una finalità meramente religiosa.

²² Sul punto si veda *infra* cap. III.

D. 48.19.3 (Ulp. 14 *ad sab.*): *Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est.*

D. 37.9.8 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Si filius ad hostibus captus sit, uxor eius praegnas in possessionem soceri bonorum mittenda est: nam aliquo casu spes est id quod nascitur inter suos heredes futurum, ut puta si pater eius apud hostes decedat.*

Sempre nella medesima logica di riconoscere il concepimento come un momento di per sé rilevante ai fini dell'attribuzione al nascituro di un *commodum*, viene anche ripreso il passo

D. 1.9.7 (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*): (...) *si quis conceptus quidem sit, antequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est ut quasi senatoris filius intellegatur: tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit*²³

ove il nato conserva tutti i diritti spettanti al figlio di un senatore, anche se il padre è morto o ha perso la sua qualifica, prima della sua nascita. Ed allo stesso modo, per l'acquisto dello *status civitatis e libertatis*²⁴.

²³ Si legga anche D. 23.2.44 *pr.* (Paul. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Lege Iulia ita cavetur: qui senator est, quive filius, neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. Neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato [nata] libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram fecit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto.*

²⁴ Sul punto R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1996, pp. 98 e ss.; F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 348; poi, sul divieto di

3. Il *curator ventris*: una tutela propria del nascituro?

Vi è, poi, un particolare istituto, al quale la Baccari ha prestato molta attenzione, ossia il *curator ventris*.

Come vedremo nel corso del nostro percorso attraverso le fonti, ogni passo utilizzato da tale indirizzo interpretativo verrà riletto alla luce di un diverso criterio diacronico e ciò ci condurrà a risultati diversi. Purtuttavia, l'istituto del *curator ventris* è forse l'argomentazione più valida per riconoscere il concepito come autonomo centro d'interessi.

L'istituto nasce grazie all'opera dei pretori nell'età repubblicana²⁵ per assolvere ad una "funzione di supplenza nei confronti del popolo"²⁶. Un'analisi dell'istituto del *curator ventris*²⁷ ci è offerta prevalentemente

connubium fra *senatores* e libertini, *ex multis*, B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, pp. 59 e ss.

²⁵ La collocazione temporale dell'istituto pretorio non è affatto pacifica. Ed infatti, secondo alcuni autori, tale previsione potrebbe risalire ai tempi di Labeone e Sesto Pedio. Ciò si potrebbe desumere da alcuni passi di Ulpiano in D. 37.9.1.5 e D. 37.9.1.28, (così, A. Bellodi Ansaloni, *Partus alendus est*, in *Tesserae iuris*, III, 2, 2022, p. 65). Diversamente, il Metro rileva che il provvedimento pretorio potrebbe essere collocabile ai tempi di Quinto Mucio Scevola e di Servio Sulpicio Rufo. Ciò in ragione dell'indicazione fornita da altri passi di Paolo in D. 41.2.3.23 e di Ulpiano in D. 37.9.1.24, (così A. Metro, *La datazione dell'editto "De inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, 1964, p. 947). Ed ancora, secondo il Lanfranchi, l'intervento pretorio potrebbe collocarsi in un'epoca prossima a quella adrianea, (così, F. Lanfranchi, *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano*, in *Studi Volterra*, IV, Milano 1971, pp. 105-136).

²⁶ F. Gallo, *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'*, in *SDHI*, LXII, 1996, p. 55 (trasfuso in *L'officium del pretore nella produzione ed applicazione del diritto*, Torino, 1997, pp. 121 e ss). Una definizione di *ius pretorium* è contenuta in D.1.1.7 "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*".

²⁷ Per un maggiore approfondimento sulla figura del *curator ventris*, si vedano: S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1940, pp. 19e ss.; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., pp. 12 e ss.; Id., *Le situazioni possessorie nel*

da Ulpiano (giurista solitamente dedito ai temi del diritto di famiglia), specificatamente collocato nel titolo IX del libro XXXVII del Digesto, rubricato “*De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*”.

D. 37.9.1.23 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Eligitur autem curator aut ex his, qui tutores dati sunt postumo, aut ex necessariis adfinibusque aut ex substitutis aut ex amicis defuncti aut ex creditoribus, sed utique is, qui idoneus videbitur: aut si de personis eorum quaestio moveatur, vir bonus eligitur.*

Il *curator ventris* viene nominato dal magistrato, su richiesta della gestante. La scelta del *curator* ricade all’interno di specifiche categorie di soggetti. Questo, infatti, viene scelto: tra chi era stato nominato tutore dal postumo, o tra parenti e affini, o tra sostituti e amici del *de cuius*, oppure tra i creditori. Tuttavia, è necessario pur sempre valutare l’idoneità di tali soggetti ad assolvere le funzioni di *curator ventris*. In alternativa, ove non ricorrono i necessari requisiti, si renderà necessaria la nomina di un *vir bonus*.

Si legge, altresì,

diritto privato romano, Palermo, 1985, pp. 71 e ss.; F. Betancourt, *La defensa pretoria del 'missus in possessionem'*, in *AHDE*, LII, 1992, pp. 373 e ss.; F. Arcaria, “*Missio in possessionem*” e «*cognitio*» fedecommissaria, in *BIRD*, LXXXIX, 1986, pp. 245 e ss.; C. Brancati, *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 2001, pp. 184 e ss.; L. D’Amati, *A proposito del curator bonorum captivi*, in *BIRD*, CIII-CIV, 2000-2001, pp. 223 e ss., spec. p. 244, nt. 100; G. Viarengo, *Gli sviluppi della “bonorum possessio” del figlio emancipato dall’età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Riv. Dir. Rom.*, XVIII, 2018, pp. 1 e ss.

D. 26.5.20pr. (Mod. 7 diff.): *Ventri tutor a magistratibus populi romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est.*

Il passo ulpiano, poi, si sofferma ampiamente sui presupposti e sulle funzioni assolute dall'istituto.

Quanto ai presupposti²⁸,

D. 37.9.1.1 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo nec dicere se praegnatem sufficit: quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnas fuit et mortis tempore et eo, quo mitti in possessionem petit.*

È necessario, dunque, che la madre si trovi in uno stato di gravidanza²⁹. Tuttavia, la semplice affermazione della donna non è ritenuta sufficiente, poiché se dovesse, in seguito, accertarsi che la donna non era gravida al momento della morte del *de cuius* o al momento della domanda del *curator ventris*, la *missio in possessionem* dei beni non viene concessa.

Nel prosieguo, poi, è chiarito che la tutela del concepito è prevalente anche laddove sorgano dubbi circa un'eventuale diseredazione, oppure circa la

²⁸ Per un maggior approfondimento, cfr. A. Metro, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 14 e ss

²⁹ In particolare, poi, se la donna asserisce di essere incinta del defunto marito, deve sottoporsi ad una procedura di *inspectio*, per verificare la veridicità della sua affermazione. Ampia analisi della procedura prevista dall'editto pretorio, riportata in D. 25.4.1pr.- 10 (Ulp. 24 *ad ed.*), in P. L. Carucci, *Questioni di paternità nel diritto di età imperiale*, in *SDHI*, LXVIII, 2012, pp. 60 e ss.

paternità del *de cuius*. Pertanto, anche in siffatte ipotesi³⁰, *venter in possessionem mittetur*. Così,

D. 37.9.1.3 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Quare et si ita exhereditio facta sit: " si mihi filius unus nascetur, exheres esto", quia filia nasci potest vel plures filii vel filius et filia, venter in possessionem mittetur: satius est enim sub incerto eius qui edetur ali etiam eum qui exhereditatus sit, quam eum qui non sit exhereditatus fame necari: ratumque esse debet, quod deminutum est, quamvis is nascatur, qui repellitur.*

D. 37.9.1.14 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum carboniani edicti. et ita divus hadrianus claudio proculo praetori rescripsit, ut summatim de re cognosceret et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. idemque est et si status mulieri controversia fiat.*

³⁰ Sulla scorta dell'editto Carboniano. Quest'ultimo è un provvedimento adottato dal Pretore Papirio Carbone ed ha come fine il riconoscimento all'impubere del possesso sui beni acquisiti, fino al compimento della maggiore età. Questa forma di possesso è detta appunto *bonorum possessio Carboniana*. Per un approfondimento dell'argomento, si veda S. Segnalini, *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007.

Le funzioni assolate dal *curator ventris*³¹, invece, si concentrano per lo più nella *missio in possessionem ventris*³². Il *curator*, infatti, deve provvedere ai bisogni della gestante, al fine di consentire il buon esito della gestazione, che porti alla nascita del *venter* (ossia del concepito), nonché *heres suus* (del *de cuius*). Ma, soprattutto, egli è tenuto a richiedere al magistrato di essere immesso nel possesso e, dunque, nel godimento della porzione dei beni del *de cuius*, spettanti al *venter*, ossia al nascituro³³.

³¹ Sui compiti del *curator ventris*, si veda A. Bellodi Ansaloni, *Partus alendus est*, cit., pp. 75, nt. 23. Qui, l'A. in chiave di sintesi ricostruisce tutti i ruoli del *curator ventris*, affermando che “le funzioni del *curator ventris* spaziano dalla cura della persona (da intendendosi nel senso di tutelare la possibilità di venire alla luce del concepito, ma anche la vita della madre, a quella del patrimonio (D. 37.9.1.17-18 – Ulp. 41 *ad ed.*). In particolare, oltre alla funzione di erogare gli alimenti (mediante la quale tutelava la vita di madre e concepito), il curatore doveva amministrare il patrimonio dei beni del nascituro (D. 37.9.1.22 – Ulp. 41 *ad ed.*) e redigerne un inventario (D. 37.9.1.26 – Ulp. 41 *ad ed.*), oltreché prestare una *satisdatio* per la restituzione dei beni stessi (D. 27.10.8 – Ulp. 6 *de off. proc.*)”.

³² Sull'istituto della *missio in possessionem ventris nomine*, ma soprattutto sulla dibattuta questione della differenziazione tra quest'ultimo e la *bonorum possessio* successoria, si vedano, *ex multis*: S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, cit., p. 20; A. Metro, *La datazione dell'editto "De inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, cit., p. 946, nt. 12; B. Albanese, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, cit., p. 71; C. Brancati, *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, cit., p. 185; A. M. Giomaro, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in *Studi Urbinati*, LXIX, 2002, p. 11, nt. 33.

³³ Invero, l'istituto del *curator ventris* diviene una prova ulteriore per avvalorare il riconoscimento del concepito come un autonomo centro d'imputazione di interessi, dotato di “una sorta di personalità giuridica potenziale”, come si legge in B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 12. Insomma, il nascituro è destinatario di alcuni diritti fin dal suo concepimento e la *possessio ventris nomine* è lo strumento per tutelare tali diritti, almeno sino al momento della sua nascita. In questa ricostruzione, la riscoperta centralità del ruolo del concepito porta ad oscurare il ruolo della madre. Ciò in antitesi rispetto all'orientamento tradizionale che vedeva il *venter* come una mera parte delle viscere della madre. Sul punto si vedano, tra i tanti: A. M. Giomaro, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, cit., p. 12, n. 37; M. Balestri Fumagalli, *Spes vitae*, in *SDHI*, XLIX, 1983, p. 339. Più in generale sul tema si veda F. Glück, *Commentario alle Pandette*, Milano, 1888, pp. 18 e ss.

D. 37.9.7.1-2 (Ulp. 47 *ad ed.*) *Interdum non passim, sed cum causae cognitione mitti venter in possessionem debet, si qui sit, qui controversiam referat. sed hoc tantum ad eum ventrem erit referendum, qui cum liberis admittitur. ceterum si mittatur unde legitimi vel qua alia ex parte, dicendum est non esse causae cognitionem necessariam: nec enim aequum est in tempus pubertatis ventrem vesci de alieno in tempus pubertatis dilata controversia. sed enim placet omnes controversias, quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri, sed non ut in possessione sit status controversia dilata, sed sine possessione. Quamvis autem praetor ventrem in possessionem mittat cum his, quibus possessionem dederit, attamen etiam solus venter admittetur ad bonorum possessionem.*

L'ambito naturale degli istituti del *curator ventris* e della *bonorum possessio ventris nomine* è il diritto successorio³⁴. Ed in ragione delle forti conseguenze pregiudizievoli, che l'istituto potrebbe comportare, è anche prevista una scrupolosissima procedura per la preparazione del parto.

Si pensi, ad esempio, alla previsione della *summa supplicio* per l'ostetrica nelle ipotesi di *partum supponere*, in

Pauli Sent. 2.24.9 Obstetricem, quae partum alienum attulit, ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit.

Tuttavia, all'infuori del diritto successorio, è riconosciuta una forma di tutela del concepito anche nelle ipotesi di divorzio. In tali ipotesi, infatti,

³⁴ C. Terreni, *Me puero venter erat solarium*, cit, p. 311.

si garantisce al *venter* il sostentamento alimentare³⁵, nonché il diritto di esser, nei confronti del padre, *suus in omnibus causis*, una volta nato.

D. 25.3.1.16 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnatem, tametsi custodes non miserit, non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit. quae causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiaverit, cum de hoc agetur quod ex eo praegnas fuerit nec ne, in ea causa esse, ut agnosci debeat: sive filius non fuit sive fuit, esse suum.*

L'attenta analisi dell'istituto del *curator ventris* non deve considerarsi un mero esercizio ricostruttivo, ma piuttosto è utile per delineare meglio i confini dell'autonoma rilevanza riconosciuta al concepito dalla teoria della

³⁵ In tema di obbligazioni alimentari, si legga A. Saccoccio, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti all'obligatio ex lege*, in *Periodico Roma e America. Diritto romano comune*, 2014, p. 1, nt. 1: "In verità il concetto stesso di 'obbligazione' alimentare è stato tutt'altro che esente da discussioni: già i pandettisti, infatti, rilevavano come in questo caso ci troveremmo di fronte ad «*anomalische Rechte*», trattandosi piuttosto di diritti che si radicano in un *officium*, a cui corrisponderebbe non una normale *obligatio*, non diritti di per se stessi, ma piuttosto doveri morali resi coattivi dall'ordinamento". Cfr., altresì: G. Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht, mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*, I, Tübingen, 1871, pp. 229 e ss.; G. Hartmann, *Die Obligation. Untersuchungen über ihrer Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 145; A. Cicu, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, XIV, 1910, pp. 145 e ss. Per una visione sul diritto agli alimenti nel diritto moderno, cfr. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, II, Milano, 1965, p. 230; M. Giorgianni, *L'obbligazione (La parte generale del rapporto)*, I, Milano, 1968, p. 74 e ss.; P. Rescigno, s.v. "Obbligazioni", in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milano, 1979, pp. 146 e ss.; F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, pp. 23 e ss.

realtà³⁶. Da tale ricostruzione, potrebbe ritenersi che il reale titolare della tutela apprestata dal *curator ventris* sia il *nondum natus*.

Ciò emerge chiaramente in

D. 37.9.1 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. nam et ac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis*

In tal senso, sembrerebbe che il *nondum natus* sia realmente titolare di un' autonoma posizione giuridico-soggettiva, distinta da quella della madre. Sembrerebbe persino che sia riconosciuto e tutelato un diritto alla vita del concepito, o quantomeno un diritto agli alimenti³⁷, oltrech ,

³⁶ Per una pi  attenta analisi delle criticit  riscontrate in relazione al *curator ventris* ed anche sulle differenze con il *curator bonorum*, si vedano: S. Solazzi, v. "Tutela e curatela" (*Diritto romano*), in "Noviss. Dig. It.", XIX, 1937, pp. 912-918; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 12 e nt. 23; L. Desanti, *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995, pp. 296 e ss.; P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identit  del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., pp. 127 e ss.; B. Biscotti, *Curatore e "amministrazione interimistica" dell'eredit  giacente. Spunti per una riflessione storico-comparatistica*, in *Scritti per Alessandro Corbino* (ed. I. Piro), I, 2016, pp. 245-276., spec. pp. 260 e ss.; Ead., *Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditore e debitore. Aspetti generali*, Milano, 2019, spec. pp. 172 e ss., 206 e ss.

³⁷ Sul tema degli *alimenta* e sul relativo obbligo (agli alimenti) si vedano, *ex multis*: A. De Francesco, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, XLVII, 2001, pp. 28 e ss.; Id., *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, 2002, pp. 93 e ss.; D. A. Centola, *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *SDHI*, LXXII, 2006, pp. 169 e ss.; Id., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare*, in *Teoria e storia del diritto privato*, VI, 2013, pp. 1 e ss.; M. P. Baccari, s.v. "Alimenti", in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2009, pp. 300-311; I. Cao, *Alimenta. Il racconto delle fonti*,

chiaramente, un diritto successorio nei confronti del patrimonio del *pater* defunto.

Sembrerebbe, inoltre, che la tutela apprestata al concepito non sia legata all'evento nascita, ma al contrario esaurisca i suoi effetti con il medesimo.

Ed infatti, ogniqualvolta è possibile individuare dalle fonti un diritto in capo al concepito, questo è legato al quando e se nascerà. Nell'ipotesi del *curator ventris*, invece, la nascita è il momento in cui cessa la curatela e non già quello in cui sorge. A tal proposito il giurista è chiaro

D. 37.9.1.27 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Tamdiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatem.*

In altre parole, il diritto del concepito ad esser tutelato da un *curator* è imputato al *venter*, fintanto che sia *venter*, ossia fintanto che sia nascituro e non nato. Ancor più chiaramente, il nascituro, e non il nato, è titolare di una situazione giuridico-soggettiva sua propria.

Quindi, pur se astrattamente condivisibile, questa logica non è del tutto pacifica. Nel pensiero dei pretori dell'età repubblicana il vero destinatario

Padova, 2009, pp. 1 e ss.; A. Saccoccio, *Victus e alimenta nelle fonti giuridiche romane: storia di una evoluzione dogmatico-concettuale*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXIII, 2012 (pubbl.2013), pp. 139 e ss.; Id., *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti all'obligatio ex lege*, cit., pp. 3 e ss.; L. Sandirocco, *Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras*, in *Rivista di Diritto Romano*, XIII, 2013, pp. 1 e ss.; L. D'amati, *Ancora su parentes alere*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune*, XXXIX, 2018, pp. 289 e ss.; I. Fagnoli, *I piaceri della tavola a Roma antica. Tra alimentazione e diritto*, Torino, 2021, pp. 60 e ss.; R. Perani, *Il nutrimento dell'infante*, in *Rivista di Diritto Romano*, XXII, 2022, pp. 1 e ss.

della tutela del *curator ventris* non era di certo il *venter*, almeno non direttamente.

Gli interessi da tutelare erano ben altri³⁸.

Come si evince dal passo di Ulpiano, il *curator ventris* è chiamato a tutelare in primo luogo l'interesse della *res publica*³⁹ e della sua crescita.

Il riferimento è emblematico in

D 37.9.1.15 (Ulp. 41 ad ed.): (...) *partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

³⁸ A. Bellodi Ansaloni, *Partus alendus est*, cit., pp. 65 e ss, ove ampia bibliografia sul tema.

³⁹ A. Bellodi Ansaloni, *Partus alendus est*, cit., pp. 68, nt. 10, nella parte in cui evidenzia il comune riconoscimento (in dottrina) della rilevanza di ragioni politiche e sociologiche, sottese alla tutela del nascituro: “E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 449, nt. 350, sottolinea come nel passo ulpiano in D. 37.9.1.15 risuoni il pensiero espresso da Cicerone in *Cluent.* 11.32. La famiglia completa di figli era infatti considerata il nucleo primario non solo della società, ma dello stesso Stato: *prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, ... id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae* (Cic., *de off.* 1.17.54). La qualità dei rapporti familiari, la legittimità della prole e l'aumento della popolazione costituivano, come noto, punti chiave nella logica della Roma repubblicana, poiché in tal modo le città si riempivano di *cives*: D. 24.3.1 (Pomp. 15 ad Sab.). Sul punto, M. Balestri Fumagalli, *Spes vitae*, cit., p. 354, sottolinea che il favore verso i matrimoni prolifici che emerge dal passo costituisce un'attestazione del “modo limitato strumentale di intendere la dignità femminile”. In quest'ottica, la *missio in possessionem ventris nomine* accordata alla madre incinta “es la protección pretoria al nasciturus”: così F. Betancourt, *La defensa pretoria del 'missus in possessionem'*, cit., p. 381 nt. 20. P. L. Carucci, *Questioni di paternità nel diritto di età imperiale*, cit., pp. 43 e ss., afferma che nel caso di specie “un interesse pubblico avrebbe permeato la soluzione di diritto prescelta”, anche a proposito della *bonorum possessio Carboniana*. In tal senso, si veda P. Pavòn, *Marginación y mujer en el Imperio Romano*, Roma, 2018, p. 282. In questa visuale, anche la capacità della donna di dare la vita non era valutata solo da un punto di vista biologico o successorio, ma in una precisa ottica politica e sociologica: vi confluivano, infatti, accanto a importanti valori individuali legati alla prosecuzione della famiglia, anche un marcato senso civico di responsabilità verso lo Stato alla cui prosperità si contribuiva fornendo nuovi cittadini.”

Né deve stupire che l'aumento demografico del popolo romano rappresenti un interesse particolarmente meritevole di tutela. Si pensi, ad esempio, all'Editto di Caracalla, che ha realizzato tale interesse attraverso l'estensione della cittadinanza⁴⁰.

In secondo luogo, poi, il *curator ventris* è chiamato a tutelare l'integrità del patrimonio del *de cuis*, e, dunque, gli interessi della *familia*.

In terzo luogo, inoltre, è chiamato a tutelare la *dignitas* della donna, nei cui confronti deve assicurare *cibum, potum, vestitum e tectum*⁴¹, come emerge in

⁴⁰ M. P. Baccari, *La difesa del concepito nel diritto romano*, cit., p. 8, ove si afferma che: "(...) è significativo che proprio quest'ultimo imperatore (Antonino Caracalla) abbia 'aumentato' la *civitas* concedendo la cittadinanza romana a *qui in orbe Romano sunt*."

⁴¹ Per un'analitica disamina sul punto, si riporta A. Bellodi Ansaloni, *Partus alendus est*, cit., p. 75, nt. 24: "In proposito può qui ricollegarsi un testo di Ermogeniano in tema di *munera civilia*, che il giurista distingue in *personalia* e *patrimonialia*. Dopo aver spiegato che *munus* personale è quello che si esplica con sollecitudine e vigilanza, senza risparmio di fatica fisica, mentre quello patrimoniale è quello che, nella sostanza, si occupa di spese, il giurista diocleziano aggiunge un elenco dei primi: D. 50.4.1.4 (Hermog. 1 *epit.*): *Aequae personale munus est tutela, cura adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia*. Rispetto al testo ulpiano, l'elenco dei beni è leggermente diverso: qui, infatti, scompare il termine *vestitum*, mentre compare l'espressione di chiusura *et similia*. Ciò non pare destare particolari problemi, poiché, anzi, l'aggiunta *et similia* è idonea ad evitare capziose interpretazioni dirette a delimitare indebitamente la prestazione alimentare, mentre difficilmente risulta possibile escludere i *vestimenta*, da ritenersi inclusi proprio in virtù della genericità della formula stessa, inadeguata a diminuire l'ampiezza degli alimenti. Si noti che la bipartizione *munera personalia* e *munera patrimonii* è analoga a quella di Ulpiano in D. 50.4.6.3 (4 *de off. proc.*), ma diversa da Arcadio Carisio che opera invece una tripartizione in D. 50.4.18*pr.* (*l.s. de mun. civ.*). Il passo di Ermogeniano, inoltre, prosegue esprimendo l'indicazione di nominare un curatore *custodiendis relictis*, affinché si evitino l'usucapione dei beni e l'estinzione dei crediti, verosimilmente dettata non tanto dalla volontà di preservare il patrimonio per l'eventuale erede, quanto dall'intento di tutelare possibili creditori."

D. 37.9.1.19 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris.*

Da ultimo, residualmente, veniva tutelato il nascituro, ma solo nella misura in cui dovevano tutelarsi i predetti interessi della *res pubblica*, della *familia* e della *mulier*.

Ben si comprende che, seppur valida, l'argomentazione del *curator ventris* dev'esser, fin d'ora, abbandonata. Ed infatti, l'istituto potrebbe spiegarsi anche attraverso una visione diacronica. Tuttavia, una lettura oggettiva delle fonti, forse, potrebbe condurci ad abbandonare l'idea che l'istituto fosse realmente e specificatamente volto alla tutela del concepito. Negando questo, non può certo affermarsi che il concepito è titolare di una posizione giuridico-soggettiva qualificata e differenziata, tutelata in via diretta dal *curator*.

4. La rubrica giustiniana *de verborum significatione*: argomentazione di tipo sistematico, (ma temporalmente decontestualizzata).

Vi è, poi, un'argomentazione di tipo sistematico⁴², di cui si avvale la teoria della realtà, che viene desunta da

⁴² M. P. Baccari, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, cit., p. 6.

D. 50.16.153 (Clem. 11 *ad l. Iul. et Pap.*): *Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est,*

D. 50.16.231 (Paul. *l. sing. ad sen. cons. Tertull.*): *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non potest nisi natus.*

per il loro contenuto, ma soprattutto per la loro collocazione.

I testi, infatti, non sono particolarmente significativi per il loro contenuto, poiché ribadiscono ciò che già è più chiaramente affermato in D. 1.5.26. Al contrario, è piuttosto significativa la loro collocazione.

La rubrica *de verborum significatione* è una collocazione particolarmente prediletta dai compilatori per esprimere nuovi principi regolatori. Si potrebbe ritenere che nel *de verborum significatione* quasi ci si allontani dal tipico metodo casistico dell'ordinamento giuridico romano⁴³.

Invero, la collocazione dei testi sotto tale rubrica viene letta come affermazione di un principio regolatore generale. Sicché, “si afferma l'esistenza autonoma di *qui in utero est*, spiegando che ‘è da comprendersi’ (*intelligere*) che colui che è stato lasciato nell'utero, c'è realmente al

⁴³ Così, E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, in *BIDR*, XXXIII, 1923, p. 27: “Se si eccettua il passo di Celso- inserito nel titolo 38.16 sotto la rubrica *de suis et legitimis heredibus-*, degli altri, due (D. 1.5.7; D. 1.5.26) sono posti sotto la rubrica *de statu hominum*, cioè nella *sedes materiae*: il terzo (D. 50.16.231) sotto la rubrica *de verborum significatione*, cioè in una sede prediletta dai compilatori giustiniani per annunciare i nuovi principi, per raccogliere i nuovi spiriti della nuova legislazione”.

tempo della morte”⁴⁴. E nel passo successivo, si considera che il nascituro sia *superstes* se ciò sia conveniente allo stesso non a terzi.

In sintesi, si ritiene che il concepito esiste come una porzione della realtà naturale, autonoma e distinta dalla madre, dalla *familia* o dalla *res publica*, purché da tale riconoscimento possa derivargli un vantaggio. Questo criterio di lettura dell’intero sistema delle fonti, non subisce deroghe, almeno così composto, e prospetta un traguardo di evoluzione, addirittura, maggiormente avanguardistico rispetto all’attuale sistema normativo italiano.

Insomma, ancora una volta, ci si pone l’obiettivo di riconoscere al concepito autonoma esistenza, come se questo rappresentasse un assioma certo ed assoluto, e da qui si inizia la ricerca e la selezione delle fonti più “comode” allo scopo⁴⁵. In altre parole, viene utilizzato un metodo di tipo induttivo, ossia dal risultato voluto alla ricerca dei mezzi utili al suo raggiungimento; piuttosto che un metodo di tipo deduttivo, ossia dall’analisi delle fonti al risultato, pur quando quest’ultimo possa risultare immorale ed anacronistico.

Altresì, si consideri che la rubrica *de verborum significatione* sia opera dei Compilatori giustiniani e, pertanto, sia collocabile in epoca post-classica. A motivo di ciò non è possibile trarne un’indicazione utile per ricostruire

⁴⁴ M. P. Baccari, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell’imperatore Giustiniano*, cit., p. 4.

⁴⁵ Per un’illuminante ricostruzione critica di tale metodo si veda F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell’esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, cit., pp. 303 e ss.

il pensiero della giurisprudenza romana di epoca classica. Diversamente, si rischia di effettuare una totale decontestualizzazione temporale della problematica, ma di ciò si dirà meglio in seguito⁴⁶.

5. Gli approdi dell'ultimo ventennio della teoria della realtà: Ferretti e Terreni

All'incirca nell'ultimo decennio, la teoria della realtà è stata accolta anche dal Ferretti⁴⁷ e, in modo più cauto, dalla Terreni⁴⁸.

Questi, però, fondano il loro pensiero su una diversa ricostruzione delle fonti. Così, da una parte il Catalano e le sue allieve (Baccari e Lubrano) leggono le fonti come un sistema di regola-eccezioni, ove la regola è rappresentata dall'esistenza del concepito, correlata al *commodum*, e tutte le altre ipotesi in contrasto sono, invece, mere eccezioni. Dall'altra parte, invece, il Ferretti riconduce ogni antinomia ad unità, non ritenendo che vi sia alcuna eccezione all'esistenza del concepito. Egli rileva, infatti, un'apparente antinomia nelle fonti, che al termine del suo lavoro riconduce ad unità attraverso la teorizzazione dell'esistenza di coloro che non sono ancora nati⁴⁹. Invero, conclude il suo pensiero affermando che il concepito esiste, nonostante il suo non essere ancora nato.

⁴⁶ Sul punto si veda meglio *infra*, cap. II, par. 4 e ss.

⁴⁷ P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., pp. 31 e ss.

⁴⁸ C. Terreni, *Me puero venter erat solarium, Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 15 e ss.

⁴⁹ In modo assai sintetico, nelle sue conclusioni il Ferretti afferma che: "Nell'espressione *in rebus humanis esse*, aderendo alla opinione comune, abbiamo visto l'individuo già nato. Paolo, scegliendo *in rebus humanis esse*, avrebbe tracciato un rapporto tra il concepito e il nato: che il concepito ricevesse lo stesso trattamento del nato ogniqualvolta

Tuttavia, si anticipa, qui, che lo stesso autore dichiara quasi nelle primissime battute del suo pensiero un suo limite, non superabile, ossia di seguire un criterio tematico e non temporale⁵⁰. A noi sembra che sia un compito arduo ed assai rischioso non seguire un percorso temporale in una scienza comunque storica.

La teorica sul concepito del Ferretti inizia con un raffronto tra due diversi gruppi di fonti, apparentemente in contrasto, traendo, chiaramente, spunto dall'analisi di Albertario.

Da una parte, i passi in cui il concepito *in rerum natura non est* ed *in rebus humanis non est*, ove, dunque, viene disconosciuta autonoma rilevanza al medesimo:

Gai 2.203: *Ea quoque res quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

venisse in considerazione il suo *commodum*. E questo rapporto secondo noi sarebbe stato suggerito dal bisogno di introdurre un argine alle conseguenze innescate dalla teorizzazione giuliana e celsina dell'esistenza del nascituro. Giudicando inopportuno che il nascituro risultasse utile anche a terzi (i quali forse avevano iniziato a reclamare questa 'esistenza' a loro vantaggio), occorreva inserire un limite. Da qui sarebbe sorto il criterio del *commodum*, con cui veniva circoscritta ai soli casi favorevoli per il concepito la sua parificazione all'individuo già nato. *In rerum natura esse* e *in rebus humanis nondum esse*, esistere e non essere ancora nato, dunque. Questi a noi sono parsi i fuochi della riflessione giurisprudenziale classica in tema di concepito.”

⁵⁰ P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., p. 13. Qui, l'A. dichiara apertamente: “In quest'esposizione non seguiremo un criterio di ordine temporale, ma tematico”.

D. 35.2.9.1 (Pap. 19 *quaest.*): *Circa ventrem ancillarum nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*

D. 7.7.1 (Paul. 2 *ad ed.*): *Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur 'quod ex Arethusa natum erit'*

D. 25.4.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum (...)*

D. 37.9.1pr (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit (...)*

D. 38.16.1.8 (Ulp. 16 *ad Sab.*): (...) *nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint: idque et Iuliano et Macello placet.*

Dall'altra, i passi in cui il concepito *in rerum natura esse* ed *in rebus humanis esse*, ove, dunque, si riconosce al concepito autonoma rilevanza:

D. 38.16.7 (Cels. 28 *dig.*): *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*

Gai 1.147: *Cum tamen in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis*

testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant (...)

D. 1.5.7 (Paul. l. s. de port., quae lib. damn. conc.): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.): *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.*

Tale apparente antinomia è superata attraverso l'analisi di quattro casi riportati da Giuliano in quest'ultimo passo.

Il giurista sabiniano enuncia il noto principio per cui il concepito deve considerarsi (constatarsi)⁵¹ *in rerum natura esse* in quasi tutto il diritto

⁵¹ Si veda, esplicita sul punto, Terreni, *Me puero venter erat solarium*, *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 94: "Se non altro sotto il profilo lessicale, appare dunque assai più semplice ed affidabile la diversa lettura del frammento operata dal Catalano, il quale sottolinea l'attitudine del verbo a designare il riconoscimento della realtà da parte dell'interprete: prospettiva, questa, ben conciliabile con il fatto che, come abbiamo visto, *intelleguntur* sembra riflettere, nel medesimo tempo, un'attività ermeneutica dispiegata in rapporto al *ius civile* per far emergere un criterio valutativo in esso riscontrabile». Da tale riconoscimento, l'A. ne deduce che "la presa d'atto da parte di Giuliano della considerazione assegnata al nascituro dal *ius civile* non poteva non

civile, ossia ogniqualvolta possa derivargli un vantaggio. Poi, prosegue nell'elencazione di quattro esemplificazioni pratiche di tale principio⁵²:

- a) il concepito è contemplato nella successione legittima;
- b) al figlio nato durante la prigionia della madre, ma concepito in libertà, è concesso il *postliminum*, ossia la possibilità di tornare in patria e seguire la condizione del padre o della madre, a seconda dell'esistenza o meno di *iustae nuptiae*;
- c) il figlio della schiava, già concepito al momento del suo rapimento, non può essere usucapito dall'acquirente in buona fede della schiava gravida;
- d) l'esistenza di un figlio concepito impedisce l'estinzione del diritto di patronato, anche a seguito della morte del *pater-dominus*

Nella ricostruzione tradizionale, le quattro esemplificazioni riportate da Giuliano rappresentavano un implicito utilizzo del criterio del *commodum*, senza far ricorso all'esplicito richiamo al passo di Paolo in D. 1.5.7. Altresì, il Fabbro⁵³, evidenziando che nella terza esemplificazione dell'elencazione di Giuliano non emergeva alcun *commodum* per il nascituro, lo qualificava come eccezione

coincidere, per un verso, con la constatata presenza di lui in quella rerum natura che, all'epoca, veniva assunta come fondamento e limite dell'operare giuridico e, per l'altro, con la sua valutazione come individuo suscettibile di ricevere l'imputabilità di situazioni soggettive (...)"

⁵² P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., p. 48 e ss.

⁵³ A. Fabrus, *Rationalia in Primam et Secundam Partem Pandectarum*, I, *Coloniae Allobrogum*, 1631, p. 53.

Il Ferretti, invece, riunifica⁵⁴ le quattro esemplificazioni giuliane attraverso il diverso criterio dell'esistenza del concepito⁵⁵.

Potrebbe concludersi, dunque, che l'autore abbia portato la teoria della realtà all'estremo, predicando l'esistenza del concepito per la sua stessa esistenza, senza la necessità che ne derivi o meno un *commodum*. In altre parole, dall'analisi delle fonti se ne ricava che il concepito è considerato una realtà esistente, seppur non è ancora venuto alla luce. Ne discende che

⁵⁴ *Contra* F. Zuccotti, *Vivagni VIII. (...) In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?*, in *Rivista di diritto romano*, VIII, 2008, pp. 3 e ss. spec. p. 8, ove l'A. ritiene che: "infatti, appare viceversa alquanto più facile da credere che il giurista, di fronte ai vari casi in cui l'ordinamento riconosceva diritti al nascituro, si limitasse ad osservare che tale fenomeno era piuttosto vasto e coinvolgeva 'quasi tutto il diritto civile', come in effetti mostra l'avverbio '*paene*', che nella sua approssimazione appare deporre, al contrario, proprio nel senso della totale mancanza di un generale 'elemento qualificante' comune di tipo dogmatico ed anzi esplicitamente sotteso a tali decisioni casistiche".

⁵⁵ P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., p. 51 ss. conclude così: "Visto che l'assimilazione del nascituro al nato sul criterio del *commodum* non basta a spiegare – in questo concordiamo con Fabro – tutte le situazioni successivamente aggiunte dal giurista, occorre vedere su cosa in realtà vertesse il ragionamento giuliano (...) Ci pare che la concessione al nascituro di un posto nella successione secondo la legge, del beneficio del postliminio e del diritto di patronato, siano comprensibili assumendo che i giuristi intendessero il concepito come una esistenza dotata di autonoma rilevanza. È infatti l'esserci di una nuova individualità che può giustificare la scelta della legge in materia di successione; che consente di spiegare perché il nato in prigionia, ma già concepito al momento della cattura della madre da parte dei nemici, ottenesse il beneficio del postliminio; che permette di capire perché il liberto del defunto patrono, la cui moglie era incinta, si trovasse nella condizione di *qui patronos habent*".

il concepito, in quanto esistente⁵⁶, deve ricevere il medesimo trattamento del nato⁵⁷.

Ed allora, il *commodum* richiamato espressamente da Paolo rappresenta un “argine alle conseguenze innescate dalla teorizzazione giuliana”⁵⁸, in quanto si riteneva “inopportuno che il nascituro risultasse utile anche a terzi (i quali forse avevano iniziato a reclamare questa ‘esistenza’ a loro vantaggio)⁵⁹”.

Queste sono le conclusioni cui perviene l’autore. Ma, come ben si comprende vengono artatamente trascurati tutti i passi in cui si nega che il

⁵⁶ F. Zuccotti, *Vivagni VIII*, cit., p. 12: “Stupisce il fatto che l’autore (...) sembri sovente dimenticare il presupposto ulteriore, peraltro autoevidente, per cui il concepito, per vedersi attribuire quei diritti su cui ha un’aspettativa, deve ovviamente nascere ed essere vivo”. Nello stesso senso, F. Lanfranchi, sv. “*Nascituri (diritto romano)*”, in *NNDI*, XI, 1965, pp. 13 e ss.

⁵⁷ F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell’esperienza giuridica romana*, cit., p. 306, nt. 9: “P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 192, secondo cui già “in Giuliano e in Celso sarebbe documentato il primo momento di concettualizzazione sul nascituro. E questa concettualizzazione, lungi dal rimanere confinata nel campo della mera constatazione, si sarebbe subito tradotta in norma e avrebbe favorito l’avvio di un processo di avvicinamento tra ‘esistenze’ diverse, tra l’‘esistenza’ del nascituro e l’‘esistenza’ del nato”. Si v. altresì E. Bianchi, *Per un’indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur*, cit., p. 306: “Giuliano e gli altri giuristi non si occupano di filosofia né di scienze naturali, ma di diritto e viene, quindi, loro consequenziale trattare di ogni cosa sotto il profilo giuridico, distinguendo ciò che - per il diritto - ha rilevanza, ed è il caso del *conceptus*, da ciò che rilevanza non ha. Ma, per il concepito, alla base di questa rilevanza giuridica sta la sua materiale esistenza”. Qui, l’A., con perspicace intuizione, riporta i passaggi salienti del pensiero del Ferretti e del Bianchi, i quali sostengono l’esistenza materiale del concepito fin da epoca classica.

⁵⁸ P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 193.

⁵⁹ P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 193.

concepito possa avere una sua autonoma esistenza⁶⁰ e ciò rende l'analisi claudicante.

6. Correnti di pensiero che subordinano l'esistenza del concepito a diversi presupposti: la qualifica di soggetto di diritto o il termine di quaranta giorni dal concepimento

All'interno della corrente che attribuisce autonoma rilevanza al concepito, potrebbero, per completezza, collocarsi anche altri orientamenti.

Questi riconoscono, al pari della teoria della realtà, che il concepito possa essere un soggetto di diritto, titolare di una posizione giuridico-soggettiva differenziata e qualificata. In altre parole, riconoscono l'esistenza autonoma del concepito.

Tuttavia, a differenza della corrente "purista" della teoria della realtà condizionano tale autonomia del concepito subordinandola a determinati presupposti.

⁶⁰ Oltre ad ampia dottrina che assume posizioni diverse, ma assai complete e convincenti. Si veda, ad esempio, la parzialità dell'interpretazione del sintagma '*in rerum natura*' "specie in vista della sfumatura di eventualità e possibilità che, in relazione al significato di 'disposizione naturale', 'ordine delle cose', 'legge dell'esistente' proprio di natura, l'espressione '*in rerum natura*' assume in svariate fonti, specie ciceroniane": come afferma, F. Zuccotti, *Vivagni VIII*, cit., p. 6. Altresì, l'A. qualifica l'analisi del Ferretti come "un'indagine già relativamente approfondita nella letteratura in materia, ma che non sembra affatto interessare all'autore né essere da lui ritenuta rilevante agli effetti della sua ricerca

Invero, rilevano al pari del Ferretti, che vi è un'antinomia tra le fonti, e individuano dei criteri per poterla superare, giungendo tutti, però, alla teorizzazione dell'esistenza del concepito.

Così, ad esempio, il Maschi⁶¹ riconosce che dalle fonti è possibile desumere l'esistenza del concepito, ma solo nei casi in cui sia da esse considerato soggetto di diritto e non già oggetto.

In particolare, l'autore sostiene che dalle fonti è possibile evidenziare come talvolta il concepito sia considerato oggetto di diritto; talvolta, invece, come soggetto di diritto.

In tal senso, se il concepito è preso in considerazione come oggetto di diritto, non può concludersi se non che esso non è esistente, almeno fino alla sua nascita. Diversamente, se il concepito è preso in considerazione come soggetto di diritto, è naturale desumerne la sua esistenza, distinta da quella della madre.

Si anticipa, fin d'ora, che il Maschi va ben oltre questa rilettura delle fonti e ci fornisce una visione diacronica della condizione del concepito in un illuminante scritto sul procurato aborto, che si terrà in conto a tempo debito.

⁶¹ C.A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 68: "Non ancora esistente, appunto come oggetto di diritti, quindi dal punto di vista giuridico, perché senza dubbio da un punto di vista meramente fisiologico, anche il feto è qualche cosa che esiste, se pure non indipendentemente".

Un diverso orientamento, molto risalente, ma poco suffragato da riscontri testuali⁶² è quello della Glossa.

Anche quest'orientamento riconosce al concepito autonoma rilevanza, distinta dalla madre, ma solo dopo un preciso termine temporale. In tal senso, il concepito può considerarsi un soggetto di diritto distinto dalla madre solo dopo il quarantesimo giorno dal concepimento. Ciò, in connessione, ancora una volta, alla comminazione di una sanzione per il ricorso all'aborto⁶³.

Infatti, se la donna pratica l'aborto entro il quarantesimo giorno dal concepimento, viene punita con la pena dell'esilio. Invece, se la donna pratica l'aborto dopo il quarantesimo giorno dal concepimento, dovrà essere punita per omicidio, poiché, dopo tale termine, il *nondum natus* è *homo*⁶⁴.

⁶² Cfr., in questo senso, già E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., p. 148 nt. 6 e p. 416 nt. 273.

⁶³ I frammenti in tema di procurato aborto sono nel Digesto, oltre a D. 47,11,4 (Marcian. 1 *reg.*), D. 48,8,8 (Ulp. 33 *ad edict.*) e D. 48,19,39 (Tryph. 10 *disp.*).

D. 48,8,8 (Ulp. 33 *ad edict.*): *Si mulierem visceribus suis vim intulisse quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget.*;

D. 48,19,39 (Tryph. 10 *disp.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.*

⁶⁴ Al riguardo, in Glossa *Exilium*, *ad. l. Divus, 4 ff. de extraordinariis criminibus* (D. 47,11,4) si leggono i riferimenti a:

D. 48,9,1 (Marcian. 14 *inst.*): *Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem matrem, avum aviam, fratrem sororem patruelem matruelem, patruum avunculum amitam, consobrinum consobrinam, uxorem virum generum socrum, vitricum, privignum privignam, patronum patronam occiderit cuiusve dolo malo id factum erit, ut poena ea*

Come anticipato, i riscontri oggettivi nelle fonti sono ben pochi, ma la posizione degli antichi interpreti è abbastanza chiara,

D. 47.11.4 (Marc. 1 reg.): *Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.*

Glossa *Exilium*, ad l. *Divus*, 4 ff. de *extraordinaris criminibus* (D. 47.11.4): *Ante quadraginta dies: quia ante non erat homo: postea de homicidio tenetur secundum legem Moysi, vel legem Pompeiam de parricidiis (...)*

teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis. sed et mater, quae filium filiamve occiderit, eius legis poena adficitur, et avus, qui nepotem occiderit: et praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare.

C. 9,16,7 (8). *Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp. Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum. PP. VII id. Febr. Romae Gratiano A. III et Equitio cons. (a. 374). Su quest'ultima costituzione, cfr.: P. Ferretti, Cujacio, Revardo, J. Gotofredo, Noodt e C.Th. 9,14,1: attualità di un dibattito, in AUFÉ, Sez. Scienze Giuridiche, VIII, 1994, pp. 249 e ss.; C. Lorenzi, Si quis a sanguine infantem... comparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero, Perugia, 2003, p. 32.*

Capitolo II: La teoria della finzione

SOMMARIO: 1. Il pensiero dell'Albertario: la condizione del concepito nel diritto romano classico. – 2. (*segue*) la condizione del concepito nel diritto romano post-classico. – 3. (*segue*) la teorica dell'interpolazionismo. – 4. Ricostruzione sistematica della regola dell'Albertario e prosecuzione dell'indagine. – 5. (*segue*) le ragioni metagiuridiche del cambiamento. – 6. La natura giuridica del concepito.

1. Il pensiero dell'Albertario: la condizione del concepito nel diritto romano classico

Sul fronte opposto, vi sono, invece, i fautori della teoria della finzione e, in particolare la posizione dell'Albertario⁶⁵.

⁶⁵ Ancor prima dell'Albertario, adottava la medesima posizione anche F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1840, p. 12 e s., ove si legge chiaramente che: "Mehrere Stellen des Römischen Rechts sagen ganz bestimmt, in diesem Zustand sey das Kind noch nicht Mensch, es habe kein Daseyn für sich, sondern sey nur als Theil des mütterlichen Leibes zu betrachten. Andere Stellen dagegen setzen ein solches Kind dem schon geborenen gleich. Die genauere Bestimmung dieses letzten Satzes wird zugleich den Schein eines Widerspruches entfernen, der durch den Ausdruck beider erwähnten Regeln entsteht. Die erste Regel drückt eigentlich das wahre Verhältnis der Gegenwart aus: die zweyte enthält eine bloße Fiktion, und diese ist nur in ganz einzelnen, beschränkten Rechtsbeziehungen anwendbar. Wenn also die allgemeine Frage wegen der Rechtsfähigkeit eines ungeborenen Kindes aufgeworfen wird, so ist diese entschieden zu verneinen, indem dasselbe weder Eigenthum, noch Forderungen, noch Schulden haben kann; da es also keine Person ist, die einer Vertretung empfänglich und bedürftig wäre, so kann es auch keinen Tutor haben, und nicht Pupill genannt werden. Die Fiktion dagegen bezieht sich vorsorgend auf das bevorstehende wirkliche Leben des Kindes, und zwar auf zweyerlei Weise: theils durch Anstalten, wodurch dieses Leben

La visione dell'Albertario è complessa ed articolata, ma presenta il pregio di impostare lo studio delle fonti in chiave diacronica⁶⁶.

Lo studio dell'autore prende avvio dall'analisi delle fonti della giurisprudenza romano-classica, distinguendo anch'egli due gruppi di fonti.

Per un verso, infatti, vi sono passi, ove si afferma che il concepito *in rerum natura non est* ed *in rebus humanis non est*, tra cui

schon gegenwärtig vor der Vernichtung geschützt werde; theils durch Anweisung von Rechten, in welche das Kind gleich bey seiner Geburt eintreten könne. Überall also beschränkt sich diese Fiktion auf den eigenen Vortheil des Kindes, und kein Anderer darf dieselbe für sich benutzen". La visione di quest'ultimo è sinteticamente e magistralmente ricostruita e ripresa da F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, cit., p. 307, nt. 13: "Sulla base del rilievo che - come si è visto - le affermazioni dei giuristi in materia si lasciano ricondurre, in buona sostanza, a due diversi filoni, un insieme in cui si propugna la 'non autonoma' esistenza del concepito rispetto alla madre (Gai 2.203; D. 30.24 pr., Pomp. 5 *ad Sab.*; D. 35.2.9.1, Papin. 19 *quaest.*; D. 7.7.1, Paul. 2 *ad ed.*; D. 25.4.1.1, Ulp. 24 *ad ed.*; D. 37.9.1pr., Ulp. 41 *ad ed.*; D. 38.16.1.8, Ulp. 12 *ad Sab.*), e un altro in cui sembra venire in considerazione una sorta di 'rilievo indipendente', almeno sul piano giuridico, del nascituro (D. 1.5.26, Iul. 69 *dig.*; D. 1.5.7, Paul. *l.s. de portion. quae liberis damn. conceduntur*; D. 5.4.3, Paul. 17 *ad Plaut.*; D. 50.16.153, Ter. Clem. 11 *ad l. Iul. et Pap.*; D. 50.16.231, Paul. *l.s. ad SC. Tert.*; D. 50.17.187, Cels. 60 *dig.*), Savigny risolveva la dicotomia immaginando una visione 'naturalistica' nel primo gruppo di fonti (alla luce delle quali il concepito non risultava ancora *in rerum natura, in rebus humanis*), e una visione giuridica nel secondo gruppo, fondata su una *fictio iuris*, e rivolta a riconoscere determinate prerogative, al nascituro, sin dal momento del concepimento. La finzione era diretta da un lato a disporre cautele volte a favorire la nascita del concepito, dall'altro ad attribuire aspettative, che sarebbero maturate al momento del parto."

⁶⁶ Tra gli autori della prima metà del Novecento, sostenitori del medesimo pensiero, poi sposato dall'Albertario, si vedano, *ex multis*, C. Fadda, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, p. 22; S. Peruzzi, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, p. 185 e ss.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946, p. 38; C. Castello, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *RIDA*, III, 1950, pp. 276-296; M. Kaser, *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, p. 272.

Gai. 2.203: *Ea quoque res quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

D. 30.24pr (Pomp. 5 ad Sab.): *Quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse, veluti 'quidquid illa ancilla peperisset', constitit: vel ita 'ex vino quod in fundo meo natum est' vel 'fetus tantum dato'.*

D. 38.16.1.8 (Ulp. 12 ad Sab.): (...) *nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint (...)*

D. 37.9.1pr (Ulp. 41 ad ed.): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit (...)*

D. 44.2.7.3 (Ulp. 75 ad ed.): *De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis (...)*

D. 7.7.1 (Paul. 2 ad ed.): *Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur 'quod ex Arethusa natum erit'*

D. 25.4.1.1 (Ulp. 24 ad ed.): (...) *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum (...)*

D. 35.2.9.1 (Pap. 19 quaest.): (...) *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

Per altro verso, invece, vi sono passi, ove sembrerebbe affermarsi che il concepito *in rerum natura est* ed *in rebus humanis est*, tra cui

D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.): *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*⁶⁷.

D. 38.16.7 (Cels. 28 dig.): *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*

Gai. 1.147: (...) *postumi pro iam natis habeantur.*

D. 1.5.7 (Paul. l. s. de port., quae lib. damn. conc.): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, (...)*⁶⁸

L'autore riesce a conciliare questi due gruppi di fonti. Così, se è pur vero che il concepito, in quanto *nondum natus*, non esiste come porzione della realtà nel mondo della natura o degli esseri umani, rappresenta comunque una porzione ideale della realtà giuridica. In tal senso il riconoscimento giuridico del concepito si spiegherebbe in virtù di una *fictio iuris* e non già per la sua effettiva e concreta esistenza nella realtà umana.

⁶⁷ Cfr.: E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur* (Linee di una ricerca storico-domatica), cit., pp. 8 ss.; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 1928, p. 186; M. Bartosek, *La spes en droit romain*, in *RIDA*, II, 1949, pp. 28 e ss.; M. Kaser, *Partus ancillae*, in *ZSS*, LVII, 1958, p. 169; E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln, 1965, pp. 15 e ss.; M. Meinhart, *D. 50,16,231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, in *ZSS*, LXXXII, 1965, p. 209; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 6 ss.; G.G. Archi, sv. "Concepimento" (diritto romano), cit., pp. 354 e ss. (successivamente, *Scritti di diritto romano* 1, Milano 1981, p. 193 ss., part. p. 197); A. Wacke, *Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, pp. 549 e ss.; J. M. B. Nougues, *Der Ungeborene (nasciturus) im römischen, spanischen und iberamerikanischen Recht. Ein Wertungs tradition*, in *OIR*, VI, 2000, pp. 102 e ss.

⁶⁸ Si veda la medesima bibliografia della nota precedente (nt. 66).

Cosicché, “i due gruppi di testi a un superficiale osservatore potrà sembrare che si contraddicano: in realtà si illuminano a vicenda. I testi del secondo gruppo non pongono l’affermativa assoluta, in antitesi all’assoluta negativa, che abbiamo sorpresa nei testi del primo gruppo. Non dicono, insomma, che il concepito *est in rerum natura, est in rebus humanis*. Sottintendono la nozione fisiologica, ma pongono la nozione giuridica affermando che, per quanto sotto l’aspetto fisiologico il concepito non è *in rerum natura* o *in rebus humanis*, nell’ordinamento giuridico ciò non ostante è considerato come se esistesse, come se fosse *in rerum natura* o *in rebus humanis*.”⁶⁹

Insomma, secondo il pensiero romano-classico, il concepito non esiste sul piano fisiologico, ma è “tenuto in conto” sul piano giuridico.

L’affermazione è avvalorata dalle espressioni lessicali utilizzate dai giuristi dell’epoca.

Nel primo gruppo di fonti, la non esistenza del concepito è affermata con il verbo della realtà per eccellenza, ossia il verbo “*esse*”, (in varie declinazioni). Diversamente, nel secondo gruppo di fonti, l’esistenza del concepito è affermata con verbi di diversa natura, quali “*intelligere*” ed “*existimare*”, oppure con l’uso di avverbi come “*perinde ac*”.

Il dato non è di poco rilievo, in quanto rappresenta un oggettivo indicatore del diverso piano in cui si effettuano le due affermazioni. Ed infatti, se il verbo dell’essere rappresenta pacificamente un’espressione di concretezza

⁶⁹ E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., pp. 6-7.

e realtà; invece, i verbi del ritenere o reputare, di certo, non hanno la stessa caratura.

Sul punto, i fautori della teoria della realtà, quasi irragionevolmente, si soffermano a giustificare solo l'”*intelleguntur*” di D. 1.5.26 e gli attribuiscono il significato di “constatare”⁷⁰. Cioè, è come se si volesse affermare, *a fortiori*, che il concepito non solo esiste, ma si deve anche constatare, ossia riconoscere questa realtà di fatto⁷¹. Ed è proprio questo rafforzativo che tradisce il ragionamento della teoria della realtà e rileva che, forse, è vero il contrario⁷².

Occorre, più correttamente, attribuire a questi verbi il significato di ritenere o considerare. Ed allora, la lettura di tali passi deve portare a

⁷⁰ In tal senso, si veda la ricostruzione esemplificativa e critica sulla ricostruzione della teoria della realtà in F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, cit., p. 309-310: “Oltre alla palese decontestualizzazione degli enunciati di Giuliano e Paolo (e altri ad essi assimilabili, presenti nei *Digesta* giustiniani), gli argomenti addotti da Catalano e Baccari si fondano su ulteriori generalizzazioni indimostrate, e su coartazioni strumentali di terminologie e contesti. Fra queste: a) Il termine *intellegere*, che si rinviene nelle fonti, dovrebbe intendersi nel senso di ‘constatare’, e non quale espressione di un procedimento di equiparazione logico-giuridica (o, secondo taluni, di una ‘finzione’). Catalano menziona *ad adiuvandum* l’opinione di Augusto Teixeira de Freitas, notissimo giurista fra i padri del *Código civil* brasiliano del 1916, per cui *intellegere* avrebbe il senso, nei frammenti in esame, di «riconoscere la realtà».”

⁷¹ P. Catalano, *Osservazioni sulla ‘persona’ dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, cit., p. 203, nt. 17. Nello stesso senso anche M. P. Baccari, *Sette note per la vita*, cit., pp. 509 e ss.; Ead., *Diritto alla vita tra ‘ius’ e biotecnologie I. La difesa del concepito (con lezioni di A. Baldassarre, J. Herranz, S. Mancuso, G. Sirchia)*, cit., p. 4.

⁷² F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, cit., p. 333.

ritenere che il concepito, pur non essendo esistente, è come se lo sia a determinati fini⁷³.

Questa rilevanza giuridica del concepito, poi, si traduce concretamente in molteplici settori⁷⁴.

Innanzitutto, in tema di *status libertatis, civitatis e familiae*

Epit. Gai. 1.4.9: *Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant: qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumant eo tempore, quo nascuntur. Ac proinde de legitima coniunctione conceptus, etiamsi mater eius statum mutet, id est, si ancilla fiat, ille, qui legitime conceptus est, ingenuus nascitur: nam qui non de legitimo matrimonio concipitur, si mater eius ex ancilla, dum praegnans est, libera facta fuerit, liber nascetur; si vero ex ingenua ancilla*

⁷³ Così, F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, cit., p. 311: "Senza dunque doversi sensibilmente discostare dall'impostazione Savigny-Albertario, è possibile integrarla nel senso che, avendo ben presente i giuristi romani l'idea 'fisiologica' della presenza di un essere in fieri al momento della gravidanza della madre, essi di volta in volta scelgono se motivare le loro soluzioni argomentando dalla 'non autonomia' del concepito rispetto al corpo materno, ovvero se - in qualche modo 'anticipandone' concettualmente la nascita (o meglio, ragionando il più delle volte 'a nascita avvenuta') - riconnettere al dato del concepimento una serie di effetti giuridici destinati a svilupparsi ulteriormente in un momento successivo al parto".

⁷⁴ Diversamente i fautori della teoria della realtà e, in particolare, il Ferretti ritengono che l'equiparazione tra nascituro e nato sia assoluta nei limiti del *commodum*. In tal senso, F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 314: "Secondo Ferretti, le affermazioni di Giuliano sarebbero state lette, sia dai Compilatori che dalla dottrina successiva, alla luce del frammento di Paolo: al giurista adrianeo sarebbe cioè (erroneamente) stato fatto affermare che l'equiparazione fra concepito e nato, in pressoché tutto il *ius civile*, fosse volta ad avvantaggiare il concepito stesso." Un chiaro esempio è rintracciabile persino nella primissima dottrina, ossia negli scoliasti dei *Basilica*: Bas. 46.1.22(21) Schelt. e *Schol.* 1 e 2 *ad Bas.* 46.1.22(21); Bas. 46.1.5 Schelt.

praegnans facta fuerit, servus nascitur, quia non legitime, sed vulgo conceptus est.

Il nascituro, dunque, se concepito *ex iustis nuptiis*, segue la condizione del *pater*; invece, i *vulgo concepti* seguono la condizione della madre⁷⁵.

Secondo l'autore questa regola era traducibile con l'affermazione, non pacificamente condivisa⁷⁶, che il principio relativo al concepimento in giuste nozze è proprio dello *ius civile*, a cui si contrappone un principio proprio dello *ius gentium* (*secundum naturalis ratio*), ove si tien conto della nascita e non del concepimento⁷⁷.

Allo stesso modo anche relativamente al diritto successorio, la qualità di *heres suus* si acquistava dal concepimento, facendo scaturire in capo al concepito ogni diritto sul patrimonio ereditario (inteso in senso ampio). Ciò, naturalmente, se concepito *ex iustis nuptiis*.

In tal senso,

Coll. 16.2.4 (Gai. 3 *inst.*): *Postumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.*

⁷⁵ E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur* (Linee di una ricerca storico-domatica), cit., pp. 9 e ss.

⁷⁶ *Contra*, G. Arangio-Ruiz, che, nella sua recensione allo scritto dell'Albertario, in AG, CXIII, 1935, pp. 71 e ss., obietta: "Non posso invece convenire nella supposizione dell'Albertario, che il principio relativo al concepito in giuste nozze sia proprio del *ius civile* e che ad esso si contrapponga un principio proprio del *ius gentium*, pel quale si abbia riguardo alla sola nascita; si tratta, secondo me, di un equivoco determinato dalla *naturalis ratio* invocata in Gai. 1.89; la quale non ha, nella ipotesi, nulla a che fare col *ius gentium*, anzi esprime soltanto la ragionevolezza della norma!".

⁷⁷ E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur* (Linee di una ricerca storico-domatica), cit., p. 19.

Corp. Ulp. 22.15: *Postumi quoque liberi, id est qui in utero sunt, si tales sunt ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt.*

Naturalmente, i testi in tema di diritto successorio sono innumerevoli ed attengono ad altrettanti profili, quali: la capacità del *postumus suus* di succedere per testamento, di esser istituito erede o di esser beneficiario di un legato, come anche di succedere *ab intestato*⁷⁸.

2. (segue) la condizione del concepito nel diritto romano post-classico

Questo sistema, ben collaudato fino all'epoca classica, viene rimodulato in epoca post-classica, a seguito dell'intervento nel 212 d. C. di Caracalla, volto ad estendere la cittadinanza romana⁷⁹. Ed infatti, l'Editto di Caracalla ha avuto l'effetto indiretto di elidere la netta distinzione, prima esistente, tra *ius civile* e *ius gentium*.

Di talché, anche la condizione giuridica del concepito e la rilevanza del concepimento muta drasticamente. Non vi è più la distinzione tra *concepti ex iustis nuptiis* e *vulgo concepti*. Il concepito, ora, può seguire *patris vel matris condicionem*, come si legge in D. 1.5.26.

La condizione del concepito, prima scandita dall'esistenza o meno di un *iustum matrimonium*, ora è scandita da un diverso criterio,

⁷⁸ Sul punto si vedano: Gai. 1.147; Gai. 2.241; Gai. 2.242; D. 38.16.3.9 (Ulp. 4 *al Sab.*); D. 38.16.1.8 (Ulp. 12 *ad Sab.*); D. 38.16.6 (Iul. 59 *dig.*); D. 38.16.7 (Cels. 28 *dig.*); D. 28.3.6*pr* (Ulp. 10 *ad Sab.*); *Corpus Ulp.* 26.3; D. 38.7.5.1 (Mod. 3 *pand.*); D. 29.2.30.1 (Ulp. 8 *ad Sab.*); C. 6.55.4 *Imp. Diocl. Et Max.* (a. 293); D. 37.9.1.2 (Ulp. 41 *ad ed.*); D. 1.3.26 (Iul. 89 *dig.*); D. 1.9.7.1 (Ulp. 1 *ad l. Iul et Pap.*).

⁷⁹ E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., pp. 20 e ss.

D. 1.5.7 (Paul. *l. sing. de port. quae lib. damn. conced.*): *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

ossia dal criterio del *commodum*.

In via di semplificazione, mentre la teoria della realtà si fonda (in linea di massima) sul sistema regola-eccezioni; la teoria dell'Albertario si fonda sul sistema diacronico di due regole in successione temporale⁸⁰.

Questa lettura ci sembra piuttosto convincente: ciò non solo perché è in grado di adottare un metodo di analisi completo, che non tralascia le fonti "scomode ai propri intenti" di teorizzazione; ma anche perché pone il problema in una prospettiva temporale e non tematica.

La regola dell'Albertario, poi, si completa con un ultimo tassello, ossia la teoria delle interpolazioni dei testi classici.

L'autore spiega che "lo spirito della nuova legislazione è presente in testi famosi, tutti visibilmente alterati: è anche più diffuso nei commenti bizantini, come suol sempre accadere"⁸¹.

⁸⁰ E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., pp. 20 e ss.

⁸¹ E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., p. 23.

3. (*segue*) la teorica dell'interpolazionismo

Le interpolazioni rivelate sono moltissime ed attengono tutte alla condizione del concepito. Per tale abbondanza di ricerca, l'Albertario viene comunemente accusato di aver "esasperato" il fenomeno delle interpolazioni. A nostro avviso, sembra che l'analisi minuziosa dell'Autore possa esser ritenuta un pregio, forse il maggiore, della sua ricostruzione.

Tuttavia, in questa sede, sembra opportuno dar conto solo di alcuni esempi di interpolazione, nella misura in cui risultano utili per mostrare al lettore, con ulteriori argomentazioni, quanto sia fragile e poco oggettiva la ricostruzione fornita dalla teoria della realtà.

I passi fondanti della regola costruita dai fautori della teoria della realtà sono rappresentati dal passo di Giuliano (D. 1.5.26) e da quello di Paolo (D. 1.5.7).

Entrambi sono frutto di una successiva interpolazione bizantina.

In particolare, nel passo giuliano⁸² si legge

D. 1.5.26 (Iul 69 *dig.*): *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse, nam (...)*⁸³

⁸² Si veda l'illuminante ricostruzione in E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., pp. 24 e ss.

⁸³ Il passo viene letto dai fautori della teoria della realtà in combinato disposto con D. 1.5.7, da cui discende la regola del 'commodum'. Sul punto, si veda la critica di F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 357 e ss.: "Ancora una volta siamo in presenza di una palese decontestualizzazione: una generalizzazione, che pure Catalano ammette emergere solo nella compilazione di

Le varie teorie interpolazionistiche sul passo⁸⁴ hanno perfino negato la genuinità dell'intera affermazione, come è avvenuto per il Rabel⁸⁵ e per il Perozzi⁸⁶.

In realtà, però, l'intervento bizantino deve ritenersi limitato solo all'espressione "*in toto paene iure civili*" e non già all'intero passo⁸⁷. I Bizantini, infatti, per ricondurre l'esistenza del concepito al criterio del vantaggio, restringono l'ambito operativo originario dell'affermazione di Giuliano.

In tal senso, originariamente il giurista intendeva asserire che il concepito si ritiene essere esistente secondo lo *ius civile*, ossia ogniqualvolta il concepimento fosse avvenuto *ex iustis nuptiis*.

Giustiniano, viene 'retroattivamente' fatta risalire addirittura «ad età adrianea», ribaltando le visuali di Paolo e ricollegandole, senza soluzione (neppure temporale) di continuità, alle, diverse, e forse più limitate, affermazioni di Giuliano di D. 1.5.26.".

Altresì, l'A. sembra proseguire anche oltre la ricostruzione dell'Albertario, focalizzandosi sulla tematica delle fonti che riconoscono il nascituro (giuridicamente) esistente. Così, "Né Catalano, né gli studiosi che alle sue idee, velatamente o meno, si ricollegano, né, purtroppo, gli esponenti della 'teoria della finzione', hanno rilevato, in realtà, che, per quanto attiene alla menzione del *commodum* nelle fonti, assai di frequente il discorso giurisprudenziale verte su problematiche di diritto ereditario, o su questioni di status personale e/o familiare."

⁸⁴ C. Fadda, *Diritto delle persone e della famiglia*, cit., p. 23.

⁸⁵ E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Germany, 1915, p. 412.

⁸⁶ S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 1928, pp. 186 e ss.

⁸⁷ Nello stesso senso, G. G. Archi, v. "*Concepimento*", p. 354, ove afferma che: "l'espressione «*in toto paene*» può essere dovuta ad una alterazione forse necessitata dalle altre e sicure interpolazioni, cui il testo nel suo seguito è andato soggetto e che hanno alterato il preciso riferimento del contesto originario. Con il che i giureconsulti intendono dire che in certi determinati casi ai concepiti *ex iustis nuptiis* vengono riservati alcuni diritti, che sono in sospenso finché non si verifichi l'evento della nascita e che vengono acquistati al momento di questa, sebbene con effetto retroattivo".

Diversamente, invece, i giuristi bizantini, condizionati da una diversa visione circa l'esistenza del concepito, restringono l'ambito operativo dell'affermazione giuliana dallo *ius civile* al *paene iure civile*, (ossia a quasi tutto, ma non a tutto lo *ius civile*). Ciò in ragione del fatto che l'esistenza del concepito non è più condizionata dal *iustum matrimonium*, quanto piuttosto dal *commodum*. Inoltre, anche l'avverbio *paene*, utilizzato in questo passo, riecheggia l'avverbio “*ferè*”, “tanto caro ai Bizantini”⁸⁸.

In modo ancor più esplicito dell'intento interpolazionistico, lo scolio a

Bas. 46.1.21 (= D. 1.5.26)⁸⁹: *Οί κνοφορούμενοι παῖδες ἐν πάσῃ σχεδόν τῇ διαιρέσει τῶν νόμων ἀντί τεχθέντων παραλαμβάνονται, καί αἱ λεγίτιμοι γάρ αὐτοῖς ἀποκαθίστανται ἤτοι φυλάττονται κληρονομία. εἴρηται δέ μοι τό σκεδόν διά τό εἰρημένον ἐν τῷ ζ'. διγ. τότε γάρ ὁ κνοφορόμενος τόν ἐν φύσει μιμεῖται, ὅτε μᾶλλον ἑαυτῷ καί οὐχ ἑτέρῳ συμβάλλεται.*

chiarisce che il concepito si considera esistente solo e soltanto quando gli deriva un giovamento (*ὅτε μᾶλλον ἑαυτῷ ... συμβάλλεται*).

Proseguendo oltre, nel passo paolino⁹⁰ si legge

D. 1.5.7 (Paul. *l. sing. de port. quae lib. damn. conced.*): *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis*

⁸⁸ E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-dommatica)*, cit., p. 25; ma anche S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 1928, p. 186, nt.2

⁸⁹ K. W. E. Heimbach, *Basilicorum*, IV, Lipsiae, p. 552

⁹⁰ Si veda l'illuminante ricostruzione in E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-dommatica)*, cit., pp. 23 e s.

ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

Il giurista dell'epoca classica non avrebbe di certo usato affermare che il nascituro esiste *quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*, ma piuttosto che il nascituro esiste *quotiens ex iustis nuptiis conceptus est*.

La modifica deve sicuramente attribuirsi ai Bizantini, non foss'altro che per l'espressione di massima inserita a chiusura del passo "*quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*". Il tono declamatorio è tipico dell'intervento manipolatorio bizantino, come a voler rafforzare un'affermazione, che risulta anche a loro stridente con il complesso normativo, cui si trovavano di fronte. Ma, ancor più convincente è l'uso del congiuntivo a seguito del "*quamquam*": un errore grammaticale, che difficilmente può esser attribuibile al giurista dell'epoca.

Ed ancora, la medesima ricostruzione interpolazionistica⁹¹ può esser ragionevolmente avanzata nei confronti del passo contenuto in

D. 50.16.231 (Paul. *l. sing. ad sen. cons. Tertull.*): *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non potest nisi natus.*

Anche in tal caso, i rilievi sono praticamente identici. L'intervento manipolativo bizantino lo si può desumere dall'uso del termine

⁹¹ Si veda l'illuminante ricostruzione in E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., pp. 26 e s.

“*superstes*”⁹², oltreché dall’affermazione finale, palesemente posticcia, (al pari di quanto accade in D. 1.5.7).

Ma, in tal caso, la collocazione della fonte, più che per gli altri passi, presenta una sua specifica rilevanza. Il testo, infatti, è collocato nella rubrica “*de verborum significatione*”, che è la “sede prediletta dai compilatori giustinianeî per annunciare i nuovi principi”⁹³.

Come già anticipato, potremmo proseguire, per molto ancora, con l’esposizione di tutti i passi manipolati dall’intervento degli interpreti bizantini, ma i testi menzionati ci sembrano sufficienti per comprendere che la giurisprudenza romano-classica non ebbe mai affermato che “il concepito esiste, limitatamente ai casi in cui possa giovargli”⁹⁴.

Sul piano di logica valutazione, in fondo, questo criterio del *commodum* sarebbe stato assai macchinoso ed astratto per potersi conciliare con il pratico e schietto pensiero giuridico-romano dell’epoca classica.

Secondo i giuristi di epoca classica, invero, il nascituro non è ancora una realtà empiricamente percettibile. Tuttavia, la sua nascita in un prossimo futuro consente di ritenerlo esistente a determinati fini giuridici. D’altronde, i fini prevalenti per cui il nascituro è giuridicamente esistente sono ricollegabili alla *familia* ed alla tutela del patrimonio familiare. Ed

⁹² E. Albertario, *In tema di alterazioni pregiustiniane*, Pavia, 1921, pp. 8 e ss.

⁹³ Si veda E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., p. 27.

⁹⁴ Per un maggior approfondimento si lascia alla lettura del magistrato E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., pp. 28 e ss.

infatti, attengono all'acquisto dei tre *status* o del patrimonio ereditario⁹⁵. In altre parole, sono circostanze ben definite e molto concrete, che nulla hanno a che vedere con la tutela della vita.

In questo senso, le fonti non sono mai in contraddizione, ma anzi affermano una regola sempre valida. La contraddizione è stata introdotta, se così si può dire, dall'intervento di giuristi successivi, portatori di una diversa ideologia, forse meno materialista.

4. Ricostruzione sistematica della regola dell'Albertario e prosecuzione dell'indagine

A ben pensare, la teoria della realtà, sempre posta in antagonismo con il pensiero dell'Albertario, in realtà non lo è affatto.

Ed infatti, il minimo comune denominatore di ogni teorica sul concepito è, pur sempre, l'affermazione della sua esistenza⁹⁶.

⁹⁵ Tale dato viene evidenziato in F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 357 e ss.: "La ricerca compiuta in argomento ha condotto ad enucleare oltre quarantacinque frammenti che richiamano il *commodum* in materia successoria, e una decina circa dove è menzione del *commodum* in tema di status delle persone. Su un insieme di 93 frammenti dei Digesta, insomma, circa i 2/3 riguardano prerogative che si acquisiscono in sede successoria, o nell'ambito delle relazioni familiari potestative o di affinità. A me sembra non sia possibile ignorare un dato così significativo. (...) Tirando le somme, una affermazione sicuramente relativa ad un contesto ben definito, e assai verosimilmente effettuata nell'ottica di una (prossima) nascita del *conceptus*, è andata soggetta ad un primo momento di decontestualizzazione, ad opera dei compilatori giustiniani, i quali, inserendola in uno dei titoli di apertura della Compilazione, ne hanno fatto un'affermazione di carattere generale de statu *hominum*". Si veda anche F. Lamberti, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, pp. 1 e ss.; Ead., *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, II. *Profili del regime classico*, Milano, 2001, pp. 1 e ss.

⁹⁶ F. Zuccotti, *Vivagni VIII*, cit., p. 9, ove afferma che: "che il nascituro esista sin dal momento del concepimento, quando secondo la medicina antica è ancora un grumo di

Però, secondo i fautori della teoria della realtà l'esistenza del concepito dev'esser predicata in ogni dimensione: naturale, umana e giuridica. Diversamente, l'Albertario, in modo oggettivo, dà conto della concretezza del tradizionale pensiero giuridico romano, che non poteva considerare esistente in natura una "creatura", non ancora visibile dall'occhio umano. Ma mai l'Albertario ha affermato l'inesistenza del concepito, piuttosto ne ha affermato l'esistenza solo giuridica.

Volendo ridurre ancora la distanza tra le due teorie, quando la teoria della realtà afferma l'esistenza del concepito anche nel mondo naturale ed umano, poi declina tale condizione sul piano giuridico. In tal senso, si pensi alla disciplina degli *status*, dell'aborto, del divieto di seppellire la donna gravida, del divieto di torturare o condannare la donna gravida, del *curator ventris*, e così via. In altre parole, la teoria della realtà arriva ad affermare l'esistenza fisiologica del *nondum natus* con sforzo titanico; ma, in fin dei conti, la declina come esistenza giuridica del concepito.

Al contrario, l'Albertario, in modo molto onesto, fissa e chiarisce sin da subito come dev'essere intesa l'esistenza del *nondum natus*.

Accogliere il pensiero dell'Albertario, però, significa adottare la sua regola, nella sua globalità, evitando di ridurla alla tanto nota "finzione giuridica".

liquido seminale e di sangue femminile, e che continui ad esistere nel ventre materno sino al momento del parto, in cui appunto esce alla vita extrauterina e diviene un 'uomo', è cosa che non è stata mai negata da nessuno (...)"

La “regola dell’Albertario”⁹⁷, dunque, si articola su tre punti:

- 1) il concepito non è una porzione della realtà naturale, né di quella umana, ma è una porzione ideale della realtà giuridica;
- 2) la rilevanza giuridica del concepito era originariamente scandita dall’esistenza o meno di un *iustum matrimonium* e, poi, dal criterio del *commodum*;
- 3) il mutamento nelle fonti discende da successive interpolazioni.

Come ben si comprende, ritenere che il pensiero dell’Albertario sia definibile come “teoria della finzione” è un’operazione senz’altro utile per individuarlo in modo rapido ed icastico, ma non gli rende giustizia, né è in grado di rappresentarlo in modo completo.

Tuttavia, tale regola presenta un *deficit*, ossia è carente nell’esposizione dei motivi per cui si è avvertita, ad un certo punto, l’esigenza di guardare al *commodum* del concepito.

Sicuramente, il giurista ha voluto tralasciare motivazioni che non hanno un contenuto propriamente giuridico⁹⁸ e si è soffermato solo sull’intervento dell’Editto di Caracalla.

⁹⁷ Ricostruita dalla complessiva lettura di E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*, cit., pp. 1 e ss.

⁹⁸ Sicuramente, l’Albertario non si è soffermato su ragioni di tipo metagiuridico, né, a dire il vero, i fautori dell’opposto orientamento. Per amor di verità, il Ferretti inizia la sua analisi con una brevissima, ma pregevole, parte dedicata proprio alle ragioni metagiuridiche della considerazione del concepito. Tuttavia, l’analisi è breve, ma soprattutto completamente decontestualizzata da ogni coordinata temporale; d’altronde lo stesso A. dichiara di seguire una linea tematica e non temporale. Cfr. P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L’identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., pp. 1-10. Altresì, piccoli spunti, in tal senso, possono

Deve, però, considerarsi che vi sono anche ragioni di tipo metagiuridico, che hanno condotto ad una maggiore sensibilità verso il nascituro⁹⁹. Il cambiamento di rotta, infatti, deve attribuirsi all'evoluzione delle scienze filosofiche, religiose e mediche, nonché alla politica del tempo¹⁰⁰.

5. (segue) le ragioni metagiuridiche del cambiamento

Le ragioni metagiuridiche, poste a fondamento di una nuova visione del nascituro, sembrano rappresentare un aspetto interessante. Cioè, è interessante comprendere quale fosse il contesto originario e cosa ha condotto a tale mutamento¹⁰¹.

rinvenirsi in: C. A. Maschi, *Il concepimento e il procurato aborto nell'esperienza antica*, cit., pp. 391 e ss

⁹⁹ In tal senso si è voluto accogliere l'invito di una prosecuzione d'indagine in F. Lamberti, *Concepimento e nascita*, cit. p. 364: "Le tecniche della retorica antica, delle quali si valevano costantemente i iurisperiti repubblicani e classici, consentivano di reperire, nel serbatoio di opinioni della cultura greca e latina, argomentazioni e visuali a sostegno sia dell'ipotesi di un riconoscimento (beninteso, *sub specie iuris* e, ovviamente, in considerazione del successivo verificarsi della nascita) della posizione del concepito, sia di quella, opposta, di una 'inesistenza' dello stesso in modo autonomo dalla madre (quanto meno sotto i profili giuridici di volta in volta considerati). Una simile lettura ha il vantaggio di non dover forzare le fonti, e di porsi in sintonia con i risultati della 'teoria della finzione', temperandone altresì alcune asperità derivanti dalla temperie dogmatica di fine '800 – inizi del secolo scorso. L'ipotesi ora enunciata, in considerazione dei necessari approfondimenti che richiede, dovrà tuttavia essere oggetto di un supplemento di indagine."

¹⁰⁰ Sul tema delle influenze dell'arte medica sull'ideologia politica e giuridica cfr. G. Coppola, *Sacralità, laicizzazione, commercializzazione e pubblicizzazione dell'ars medica*, in *Medicina nei secoli. Arte e scienza*, VII.3, 1995, pp. 7 e ss. (spec. 14); ed in particolare sul ruolo della donna, cfr., tra i tanti, G. Coppola Bisazza, *La posizione giuridico-ideologica della donna nella legislazione augustea e le innovazioni giustinianee: due concezioni a confronto*, in *Koinonia*, XL, 2016, pp. 165 e ss., con ampia bibliografia.

¹⁰¹ Sul punto mi sia consentito un rinvio ad una simile ricostruzione delle ragioni metagiuridiche poste a fondamento dell'attribuzione del patronimico in S. Scalisi, *Il patronimico: le ragioni antropologiche del passato e le esigenze valoriali del presente*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XV, 2022, pp. 17 e ss.

Secondo le coordinate prescelte¹⁰², in epoca arcaica ed in quella classica, il concepito non è considerato fisiologicamente esistente.

L'affermazione è banalmente comprensibile per il fatto che il non nato è sul piano naturalistico un "non essere", una "non esistenza".

Tuttavia, è plausibile ritenere che questa constatazione banale abbia trovato i suoi precedenti nelle teorie metagiuridiche della riproduzione dell'essere umano, risalenti al pensiero filosofico e medico antico sull'inizio della vita¹⁰³.

Le più antiche constatazioni medico-filosofiche possono ricondursi senz'altro al pensiero di Empedocle, che, però, ci è pervenuto in minima parte ed attraverso la testimonianza dei suoi seguaci.

La visione del medico di Agrigento sull'inizio-vita è abbastanza chiara. Ed infatti, lo stesso afferma che la vita umana inizia dal momento della nascita, essendo l'anima nient'altro che fresca aria esterna penetrata

¹⁰² Ossia secondo la teorica dell'Albertario

¹⁰³ Sul punto, lo stesso Ippocrate chiarisce che l'avanzamento della scienza medica può fornire basi più solide al pensiero filosofico, a testimonianza dell'intimo legame tra le due. Così, Hipp. Anc. med. 3.1: "Ἱητρικῆ δὲ πάντα πάλαι ὑπάρχει, καὶ ἀρχὴ καὶ ὁδὸς εὐρημένῃ, καθ' ἣν καὶ τὰ εὐρημένα πολλά τε καὶ καλῶς ἔχοντα εὕρηται ἐν πολλῷ χρόνῳ, καὶ τὰ λοιπὰ εὐρεθήσεται, ἣν τις ἰκανός τε ἐὼν καὶ τὰ εὐρημένα εἰδὼς, ἐκ τούτων ὀρμώμενος ζητήῃ." (Ma la medicina da gran tempo ormai dispone di tutti gli elementi, e il principio e la via sono stati scoperti, grazie ai quali in lungo corso del tempo sono state fatte molte ed egregie scoperte, e il resto nel futuro sarà scoperto, se qualcuno, in grado di farlo e a conoscenza di quanto è già stato scoperto, da questo prendendo le mosse porterà avanti la ricerca).

attraverso la bocca e diffusa nel corpo dopo il distacco dall'utero materno¹⁰⁴.

Dall'affermazione è facile desumere due dati.

Un primo dato è rappresentato dal condizionamento della scienza filosofica nel pensiero medico dell'epoca¹⁰⁵. L'inizio della vita "carnale", infatti, viene correlato all'"infusione" dell'anima, intendendola come spirito di vita, e non già a processi bio-fisici diversi.

L'altro dato rilevante, invece, è rappresentato dal fatto che il momento in cui questo spirito di vita viene trasfuso nel corpo del nascituro è il momento del distacco dall'utero materno. Ciò in quanto questo spirito di vita è aria fresca, che il nato inala al momento della sua venuta al mondo. Al contrario, prima di tale momento, il feto è un "oggetto inanimato".

Nel pensiero medico di poco successivo, potrebbe sembrare, ad una lettura superficiale, che si inizia ad avere una maggiore sensibilità verso la vita prenatale. Come si legge nel celebre *Giuramento* di Ippocrate¹⁰⁶, infatti, il medico deve astenersi dal somministrare a ciascun essere umano un

¹⁰⁴ Come può desumersi nel Περὶ φύσεως di Empedocle, citato nell'edizione di C. Gallavotti, *Empedocle, Poema fisico e lustrale*, Milano, 1993, fr. 66-71.

¹⁰⁵ Empedocle, infatti, non era solo medico, ma anche filosofo. Ciò non deve stupire, poiché era un fatto del tutto normale nella cultura del tempo

¹⁰⁶ Hipp., *CMG* I.1: "(...) οὐ δώσω δὲ οὐδὲ φάρμακον οὐδενὶ αἰτηθεὶς θανάσιμον οὐδὲ ὑφηγήσομαι ζυμβολίην τοιήνδε· ὁμοίως δὲ οὐδὲ γυναικὶ πессόν φθόριον δώσω." (Non somministrerò a nessuno un farmaco che provoca la morte, pur essendone stato richiesto, né proporrò un consiglio del genere; allo stesso modo non somministrerò a una donna un pessario abortivo). Testo fornito da J. L. Heiberg in *Corpus Medicorum Graecorum/Latinorum*, I, Berlin, 1921; E. Littré, *Oeuvres complètes d'Hippocrate*, VI, Paris, 1839, pp. 610-633. Cfr. Ippocrate, *Testi di medicina greca*, Milano, 1983, pp. 252-259.

farmaco mortale ed allo stesso modo deve astenersi dal somministrare alla donna gravida un farmaco abortivo.

L'affermazione seppur suggestiva, non ci sembra che sia correlata ad una propensione al rispetto della vita prenatale, quanto piuttosto al fatto che il medico di Cos volesse costruire un'etica dell'arte medica¹⁰⁷. Il divieto di somministrare farmaci abortivi deve esser letto, più correttamente, come il divieto di somministrare alla donna gravida una sostanza venefica.

Insomma, l'attenzione di Ippocrate è volta nei confronti dell'uomo e della donna, cui non possono somministrarsi sostanze venefiche. In tal senso, il dato testuale ci è di aiuto. Si afferma, infatti, che non può somministrarsi ad alcuno un farmaco nocivo, neppure se richiesto ed “*ὁμοίως*”, cioè allo stesso modo, non devono somministrarsi farmaci abortivi. In altre parole, i farmaci abortivi son posti sullo stesso piano delle sostanze nocive e si riferiscono sempre all'uomo o, in questo caso, alla donna (gravida) e non al feto.

Tuttavia, pur volendo ritenere che, qui, figuri una primordiale tutela e riconoscimento della vita prenatale, si deve, comunque considerare che il

¹⁰⁷ Hipp., *CMG* I.1: “(...) *ἀγνῶς δὲ καὶ ὁσίως διατηρήσω βίον ἐμὸν καὶ τέχνην ἐμήν*”. (Condurrò in modo puro e pio la mia vita e la mia professione). Testo fornito da J. L. Heiberg in *Corpus Medicorum Graecorum/Latinorum*, I, Berlin, 1921; E. Littrè, *Oeuvres complètes d'Hippocrate*, cit., pp. 610-633. Cfr. Ippocrate, *Testi di medicina greca*, cit., pp. 252-259.

*Corpus Hippocraticum*¹⁰⁸ non è propriamente attribuibile ad Ippocrate¹⁰⁹, quanto piuttosto ai suoi seguaci, perlopiù appartenenti al circolo pitagorico ed a quei valori¹¹⁰. Altresì, deve anche considerarsi che l'opera è stata soggetta nel tempo “a manipolazioni testuali ed ideologiche finalizzate a porre un sigillo illustre e autorevole sulle proprie convinzioni personali”¹¹¹, come avverte la dottrina storiografico-medica.

La circostanza per cui il concepito deve considerarsi fisiologicamente esistente solo a partire dalla sua nascita è testimoniata anche dalla propensione di Platone ad ammettere apertamente l'aborto¹¹². Il

¹⁰⁸ Per la tradizione manoscritta di Ippocrate e del *Corpus hippocraticum* cfr. J.H. Kühn-U. Fleischer, *Index Hippocraticus*, Gottingae, 1989 ed J. Irigoien, *Tradition et critique des textes grecs.*, Paris, 1997, pp. 191-210.

¹⁰⁹ Si veda sul punto L.R. Angeletti, *Polibo e l'eredità di Ippocrate*, in *Medicina nei secoli. Arte e scienza*, Roma, 1989, pp. 23 e ss. L'A. chiarisce che il *Corpus* ippocratico è composto da una serie di scritti della Scuola di Cos, raccolti e riordinati durante il periodo alessandrino (circa il III sec. a. C.). Tali scritti sono riferibili ad un arco temporale molto più ampio della vita di Ippocrate e per questo alcuni di essi sarebbero attribuibili ai suoi seguaci. In particolare, sembrerebbe che la paternità degli scritti sulla generazione potessero appartenesse a Polibo (o Polibio), come anche riferito da Aristotele nel *De Historia animalium* (fr. 512b) e dal suo allievo Menone (IV sec. a.C.).

¹¹⁰ Cfr. M. Cilione, *Dare voce ai non-nati: aborto e statuto giuridico dell'embrione tra tradizione ippocratica e diritto contemporaneo* in *Medicina nei secoli arte e scienza*, 2014, pp. 721-742. Sul punto, l'A. precisa che “Molti, in effetti, sono i pronunciamenti del Giuramento che fanno pensare all'influenza della tradizione pitagorica: la vita comunitaria, la condivisione dei beni con il maestro, la fratellanza intellettuale che diventa forte come quella di sangue, se è vero che i discepoli devono considerarsi fratelli dei figli del maestro, la distinzione dell'insegnamento del maestro in precetti, insegnamenti orali e altre forme di apprendimento custoditi come segreti dai discepoli sono tratti comuni tanto al pitagorismo quanto alla tradizione ippocratica”. Vedi anche L. Edelstein, *Ancient Medicine*, Baltimore, 1987, pp. 55-63.

¹¹¹ M. Cilione, *Dare voce ai non-nati: aborto e statuto giuridico dell'embrione tra tradizione ippocratica e diritto contemporaneo*, cit., pp. 721-742.

¹¹² Sul punto si veda anche L. Loddo, *I Greci e l'aborto fra teoria politica e prassi medica. Per una rilettura di Platone, Aristotele, Ippocrate* in *Erga Logoi*, II, 2013, pp. 105-133, ove ampia bibliografia.

riferimento è chiaro nel *Repubblica*, ove il filosofo sembra suggerire l'aborto come rimedio al sovrappopolamento delle città¹¹³.

Non è chiaro, però, se l'allusione eugenetica del filosofo si riferisce alle pratiche abortive o, ancor peggio, al fenomeno dell'esposizione o dell'uccisione del neonato di una classe sociale "dappoco"¹¹⁴.

Allo stesso modo di quest'ultimo, si pone anche Aristotele nel *Politica*¹¹⁵, seppur in modo molto più cauto e con limitazioni temporali rispetto al concepimento.

¹¹³ Plat. *Resp.* 459D7- 459E3: "Δεῖ μὲν, εἶπον, ἐκ τῶν ὁμολογημένων τοὺς ἀρίστους ταῖς ἀρίσταις συγγίγνεσθαι ὡς πλειστάκις, τοὺς δὲ φαυλοτάτους ταῖς φαυλοτάταις τὸναντίον, καὶ τῶν μὲν τὰ ἔκγονα τρέφειν, [ε] τῶν δὲ μὴ, εἰ μέλλει τὸ ποιμνιον ὅτι ἀκρότατον εἶναι, καὶ ταῦτα πάντα γιγνόμενα λανθάνειν πλὴν αὐτοὺς τοὺς ἄρχοντας, εἰ αὖ ἡ ἀγέλη τῶν φυλάκων ὅτι μάλιστα ἀστασίαστος ἔσται." (Occorre, dissi, sulla base di quanto abbiamo convenuto, che i migliori si uniscano con le migliori il più spesso possibile, e il contrario quelli e quelle dappoco; e bisogna allevare la prole dei primi, non quella degli altri, se il gregge deve essere della qualità più elevata. E tutto questo dovrà accadere all'insaputa di tutti salvo che dei governanti, se inoltre vogliamo che la mandria dei difensori sia quanto mai esente da discordie interne).

Qui è possibile notare la tendenza di Platone a disumanizzare il linguaggio con termini chiaramente attribuibili al mondo animale, come gregge ed accoppiamento.

¹¹⁴ Infatti, come rileva L. Loddo, *I greci e l'aborto fra teoria politica e prassi medica*, cit., p. 108, nt. 9: "il Kapparis, che nonostante ammetta quanto poco conosciamo della concezione platonica dell'embrione, conclude dicendo che Platone non lo considera pienamente umano. Diversamente il Cameron vedeva nelle parole del filosofo la prescrizione dell'esposizione e dell'infanticidio." Sul punto, si vedano: A. Cameron, *The Exposure of Child and Greek Ethics*, New York, 1932; K. Kapparis, *The Abortion in Ancient World*, London, 2002

¹¹⁵ Aristot. *Politica*, VII, fr. 1335B: "(...) δεῖ δὲ καὶ αὐτοὺς ἤδη θεωρεῖν πρὸς τὴν τεκνοποιίαν τὰ τε παρὰ τῶν ἰατρῶν λεγόμενα καὶ τὰ παρὰ τῶν φυσικῶν· οἳ τε γὰρ ἰατροὶ τοὺς καιροὺς τῶν σωμάτων ἱκανῶς λέγουσι (...)" (ma ecco, anche questi già considerano riguardo alla procreazione ciò che dicono i medici e ciò che dicono i fisici, perché i medici conoscono con competenza i tempi dei corpi).

Questi condizionamenti filosofici, medici e politici hanno, senza ombra di dubbio, influito sull'approccio embriologico della Roma dell'epoca arcaica e dell'epoca classica.

La considerazione del concepito come *portio viscerum mulierum* è ricollegabile alla considerazione aristotelica del feto come *animal*. Il concepito, dunque non gode, né può godere di una diretta tutela, poiché non esiste come entità autonoma.

L'amplissima disciplina antiabortista della Roma di epoca arcaica non è certo da intendere come una forma di tutela della vita prenatale.

Ed infatti, se è pur vero che, a differenza del mondo ellenico, in quello romano, l'aborto era fortemente osteggiato, ciò non è dovuto ad un mutamento di sensibilità verso il nascituro. La netta chiusura verso le pratiche abortive era derivante dall'esistenza di un'esigenza (politica) opposta rispetto a quella del mondo ellenico.

Così, mentre le città elleniche soffrivano di un forte sovrappopolamento, al contrario, quelle romane dei tempi più antichi, avevano l'esigenza di rendere Roma più grande e popolosa.

In tal senso, si legge in un passo di Plutarco¹¹⁶, secondo l'interpretazione prevalente¹¹⁷, che Romolo sanzionava con il ripudio anche l'uso di farmaci abortivi. Ciò, naturalmente non lo si deve intendere come una scelta valoriale di tutela della vita prenatale¹¹⁸, quanto piuttosto come una scelta politica, volta a rendere Roma grande e popolosa, come afferma anche Dionigi¹¹⁹.

¹¹⁶ *Vita Romuli* 22,3: “ἔθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς, ὧν σφοδρὸς μὲν ἐστὶν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀρολεῖρειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑροβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν” (E c'erano anche alcune leggi secondo le quali la donna era severa, l'uomo non doveva lasciarla e la donna doveva cacciare il marito per aver avvelenato i figli o sottratto le chiavi, e commettevano adulteri).

¹¹⁷ Cfr. M.V. Sanna, *Paternità, maternità, nascita in Donne: libertà, diritti e tutele*, XXIV, 2019, pp. 199 e ss., ove l'A. approfondisce la plausibilità del divieto di uso di farmaci abortivi nel passo di Plutarco “(...) se il verbo *μοιχεύω* è impiegato senza dubbio per l'adulterio, maggiori problemi ha posto l'interpretazione delle espressioni *φαρμακεία τέκνων* e *κλειδῶν ὑροβολή*. La lettura del passo cambia, infatti, a seconda che si intenda *τέκνων* collegato a *φαρμακεία*, o *τέκνων* e *κλειδῶν* coordinati disgiuntivamente a *ὑροβολή* (*φαρμακεία τέκνων ἢ κλειδῶν ὑροβολῇ*). Se *φαρμακεία* può significare in generale avvelenamento, uso di farmaci o filtri, persino magia, se la si ricollega a *τέκνων* può essere, infatti, intesa anche come uso di farmaci abortivi; nella seconda lettura verrebbe meno, invece, il riferimento all'aborto e si alluderebbe in generale al veneficio.”

¹¹⁸ È noto che la dottrina stoica negava al feto la particolare considerazione come essere a sé, perché riteneva che solo con la separazione dalla madre esso acquistasse l'anima, derivazione dell'anima divina, Plut., *de Stoic. rep.* 41.1: “(...) τὸ βρέφος ἐν τῇ γαστρὶ φύσει τρέφεσθαι γονίζει καθάπερ φυτὸν. ὅταν δὲ τεχθῇ. ψυχρὸν ὑπὸ τοῦ ἀέρος καὶ ἀέρος καὶ στομούμενον τὸ πνεῦμα μεταβάλλειν καὶ γίνεσθαι ζῶον” (...il bambino nel grembo materno è nutrito dalla natura e porta frutti come una pianta. Quando è formato, respirando nell'aria e respirando l'aria nello spirito, cambia e prende vita); Plut., *de plac. philos.* 5.15.2: “οἱ Στοικοὶ, μέρος αὐτό (τὸ ἔμβριον) εἶναι τῆς γαστρός, οὗ ζῶον. ὅσπερ γὰρ τοὺς καρποὺς μέρη τῶν φυτῶν ὄντας πεπαινομένους ἀπορρεῖν, οὕτω καὶ τὸ ἔμβριον” (secondo gli Stoici, questa parte -l'embrione- è dello stomaco, del ventre, al pari, infatti, delle parti fruttifere delle piante, essendo mature, si distaccano, così come l'embrione). Vedi su ciò: D. Tidmann, *System der stoichen Philosophie*, III, Whitefish, 1776, p. 148; S. Mayer, *Die Rechte der Israeliten, Athener u. Romer*, Whitefish, 1862, pp. 2 e ss.; E. Zeller, *Geschichte der Philosophie e Die Philosophie der Gricher*, Zweiter Teil, 1882, pp. 1 e ss

¹¹⁹ *Ant. Rom.* 2,25,6. “Ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκασον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὁ ράντων ἐλάχιστον ἀμαρτημάτων Ἑλλησι δόξειεν ἂν ὑράρχειν, εἴ τις οἶνον

In quest'ultimo passo di Dionigi, si legge chiaramente che lo scopo primario delle matrone romane era quello di metter al mondo ed allevare una nuova generazione, con lo scopo di accrescere la popolazione romana¹²⁰. Diversamente, l'eventuale violazione di tale importantissimo compito avrebbe comportato l'applicazione di una pena severissima, ossia il ripudio. Sicché, "se il dovere principale della matrona romana era quello di procreare dei figli, appare evidente che il rifiuto di adempiere a tale dovere costituisse, insieme all'adulterio, la più grave trasgressione possibile; non può, dunque, stupire che sia stato sanzionato anche il ricorso da parte di una donna sposata all'utilizzo di *φάρμακα* abortivi."¹²¹

Questo lo scenario in cui si è sviluppata la concezione del concepito come realtà fisiologicamente non esistente. Questi i motivi che conducono a giustificare il divieto di pratiche abortive, per nulla riconducibile al riconoscimento di una vita prenatale.

Insomma, nella cultura della Roma antica il *nondum natus* si considera, appunto, come una non-esistenza.

εὐρεθείη ριούσα γυνή. Ἀμφοτέρα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιοῦν συνεχώρησεν ὁ Ρωμύλος, ὡς ἁμαρτημάτων γυναικείων ἔσχατα, φθορὰν μὲν ἀπρονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς" (Altri delitti, invece, furono giudicati dai suoi rapporti con il marito; tra questi c'era l'adulterio, o il fatto che avesse bevuto vino, cosa che i Greci considererebbero il minore di tutti i difetti. Romolo infatti permise che entrambi questi atti fossero puniti con la morte, poiché erano i delitti più gravi di cui potessero essere colpevoli le donne, poiché considerava l'adulterio come fonte di sconsiderata follia, e l'ubriachezza come fonte di adulterio. Ed entrambi questi delitti continuarono per lungo tempo ad essere puniti dai Romani con spietata severità.).

¹²⁰ Cfr. M.V. Sanna, *Paternità, maternità, nascita*, cit., pp. 210 e ss.

¹²¹ Cfr. M.V. Sanna, *Paternità, maternità, nascita*, cit., p. 214.

Si deve, però, tenere presente la particolare attenzione della cultura della Roma arcaica e classica alla *familia* e la tutela nei confronti della *potestas* attribuita al *pater familias*. Motivi che spiegano il riconoscimento giuridico del concepito ed i fini specifici per cui ciò avviene, (ossia l'acquisto dei tre *status -libertatis, civitatis e familiae-* ed il diritto successorio)¹²², nonostante la sua non-esistenza.

Approdati, dunque, a ricostruire, seppur linearmente, il contesto in cui si afferma tale convincimento sul nascituro, occorre comprendere cosa è accaduto dopo tale primo periodo che ha condotto ad un cambio di rotta. Occorre delineare, ancora una volta le ragioni metagiuridiche di tale mutamento.

Dall'analisi giuridica che si è tentato di delineare in precedenza e dal percorso esegetico prescelto, la chiave di volta sarebbe rappresentata dall'Editto di Caracalla del 212 d.C. Tuttavia, ciò non ci sembra sufficiente, poiché vi sono ragioni di tipo sociale, medico e, soprattutto religioso, che sono sottese al mutamento.

¹²² Cfr., fra i tanti, Cfr. L. Capogrossi Colognesi, *Ancora sui poteri*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, pp. 417 ss.; ed anche le successive considerazioni in Id., *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri, 'negotia', 'actiones' nell'esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano, Atti Convegno Copanello 1982*, Napoli, 1984, pp. 53 ss. Ma, più in generale, vedi anche: C. Fayer, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, pp. 17 e ss, ove ampia bibliografia; E. Cantarella, *La famiglia romana tra demografia sociale, antropologia e diritto*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato, Atti Convegno Copanello 4-7 giugno 2008*, Milano, 2014, pp. 3 e ss.

In particolare, il diffondersi del pensiero e della morale cristiana ha notevolmente influenzato la sensibilità generale nei confronti della vita prenatale¹²³.

Chiari riferimenti ci vengono forniti da Papa Giovanni Paolo II nella sua enciclica *Evangelium vitae*. Il pontefice sottolinea ed esalta la sacralità della vita in ragione della considerazione del concepito come autonoma esistenza, ossia come creatura di Dio¹²⁴.

Egli, però, non afferma l'esistenza del nascituro come fosse un dogma della Chiesa, da accogliere con fede, in quanto inspiegabile. Ma piuttosto, indica, con grande dovizia, le fonti più antiche della prima comunità cristiana, da cui poterne desumere l'esistenza del concepito.

Innanzitutto, secondo la dottrina cristiana, il riconoscimento dell'esistenza del concepito affonda le sue radici fin dall'ebraismo ed una chiara testimonianza di ciò vi è nel Vecchio testamento. Ed infatti, qui si afferma che la nuova creatura non viene più considerata un mero prodotto della

¹²³ L'influenza della morale cristiana ha influito su moltissimi aspetti del diritto dell'epoca, ma soprattutto sui profili attinenti la persona e famiglia. In tal senso, sull'influenza del pensiero cristiano sui vincoli parentali e matrimoniali, si veda, *ex multis*, A. Cusmà Piccione, *Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano* in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo*, LV, 2012, pp. 189 e ss., ove ampia bibliografia.

¹²⁴ Papa Giovanni Paolo II, *Evangelium vitae*, città del Vaticano, 1995. Il Pontefice è chiaro nel dire: «Fin dal suo primo confronto con il mondo greco-romano, nel quale erano ampiamente praticati l'aborto e l'infanticidio, la comunità cristiana si è radicalmente opposta, con la sua dottrina e con la sua prassi, ai costumi diffusi in quella società, come dimostra la già citata Didachè. Tra gli scrittori ecclesiastici di area greca, Atenagora ricorda che i cristiani considerano come omicide le donne che fanno ricorso a medicine abortive, perché i bambini, anche se ancora nel seno della madre, «sono già l'oggetto delle cure della Provvidenza divina»».

madre e del padre, ma piuttosto è il frutto di una collaborazione dei genitori con Dio. Ed infatti, Dio conosce questa nuova vita, prim'ancora che si formi nel grembo materno e prim'ancora che venga alla luce¹²⁵. Insomma, la sacralità della vita è diretta conseguenza del fatto che il nascituro è un dono di Dio¹²⁶. Il nascituro è formato da Dio, prima ancora del suo concepimento. Pertanto, dev'esser considerato fisiologicamente esistente fin da quest'ultimo momento.

Tali valori hanno chiaramente avuto grande diffusione attraverso l'opera di evangelizzazione di Cristo e delle prime comunità cristiane, ma soprattutto dei primi dodici apostoli, secondo i quali la vita è formata fin dal concepimento ed è dono del Padre; pertanto, dev'esser tutelata da ogni comportamento che possa arrecargli un danno.

Nelle *Διδαχαί τῶν ἀποστόλων*¹²⁷, infatti, si legge che l'aborto è vietato, in quanto atto volto direttamente ad uccidere il nascituro, riconoscendo in questo una vita autonoma rispetto alla madre¹²⁸.

¹²⁵ Ger. 1,5: *בְּטֶרֶם אֲצֹרְךָ בְּבֶטֶן יְדִמְתִּיךָ וּבְטֶרֶם תֵּצֵא מִרְחֹם הַקֶּדֶדְשִׁיךָ נָבִיא לְגִוּוֹם נִתְתִּיךָ:* (Prima di formarti nel grembo materno, ti conoscevo, prima che tu uscissi alla luce, ti avevo consacrato)

¹²⁶ *Sal* 127/126, 3: *הִנֵּה נִחַלְתָּ יְהוָה בְּנִים עֲשֵׂר פְּרִי הַבֶּטֶן:* (Ecco dono del Signore sono i figli, è sua grazia il frutto del grembo); cf. *Sal* 128/127, 3-4: *אֲשֶׁתִּי כַּגִּפְנוֹ פְּרִיָהּ בֵּירְכָתִי כַּיְתֹד בְּגִיד: הַגָּן כִּי־בֵן יִכְרֹד לְךָ יִרְאֵהוּ יְהוָה: פִּשְׁתֵּלִי וַיְתִים סָבִיב לְשִׁלְתָנְךָ:* (La tua sposa come vite feconda nell'intimità della tua casa; i tuoi figli come virgulti d'ulivo intorno alla tua mensa)

¹²⁷ Tale documento è anche conosciuto come Dottrina dei dodici apostoli, ossia una serie di antiche regole cristiane andate perdute e rinvenute in tempi piuttosto recenti, (ossia nel 1873).

¹²⁸ *Patres Apostolici* V, 2: *“οὐ γινώσκοντες τὸν ποιήσαντα αὐτοῦς, φονεῖς τέκνων, φθορεῖς πλάσματος θεοῦ (...)”* (Non farai perire il bambino con l'aborto, né l'ucciderai dopo che è nato). L'opera viene citata nell'edizione di F. X. Funk, *Patres Apostolici*, I, Michigan, 1901.

Così, anche nei primi ecclesiastici dell'area orientale, quale Atenagora. Questo, infatti, condanna le donne, che praticano l'aborto e ne specifica anche il motivo. Il disprezzo nei confronti delle pratiche abortive non dipende dal pregiudizio che si arreca alla *familia*, alla dignità della donna o alla popolosità della *res publica*, quanto piuttosto in ragione del fatto che si sopprime una vita, già nelle cure della Provvidenza divina¹²⁹.

Allo stesso modo, anche il latino Tertulliano, apologeta cristiano, definisce espressamente come “omicidio anticipato” l'uccisione del nascituro prima che venga alla luce¹³⁰.

¹²⁹ Atenagora, *Apologia per i cristiani*, 35: “Πῶς οὖν οἱ μηδὲ ὀρῶντες ἵνα μὴ ἑαυτοῖς ἄγος καὶ μίαισμα προστριψαίμεθα, φονεύειν δυνάμεθα; καὶ οἱ τὰς τοῖς ἀμβλωθριδίαις χρωμένας ἀνδροφονεῖν τε καὶ λόγον ὑφέξειν τῆς ἐξαμβλώσεως τῷ θεῷ φαμεν, κατὰ ποῖον ἀνδροφονοῦμεν λόγον; οὐ γὰρ τοῦ αὐτοῦ νομίζειν μὲν καὶ τὸ κατὰ γαστρὸς ζῆλον εἶναι καὶ διὰ τοῦτο αὐτοῦ μέλειν τῷ θεῷ, καὶ παρεληλυθότα εἰς τὸν βίον φονεύειν, καὶ μὴ ἐκτιθέναι μὲν τὸ γεννηθέν, ὡς τῶν ἐκτιθέντων τεκνοκτονούντων, πάλιν δὲ τὸ τραφὲν ἀναιρεῖν· ἀλλ' ἐσμὲν πάντα πανταχοῦ ὅμοιοι καὶ ἴσοι, δουλεύοντες τῷ λόγῳ καὶ οὐ κρατοῦντες αὐτοῦ.” (Come potremmo tagliare la gola a un uomo, noi che trattiamo le donne che abortiscono come assassine, convinte come siamo che saranno severamente punite dal giudizio di Dio? Certamente, lo stesso uomo non può considerare il bambino ancora nel grembo di sua madre come un essere di cui Dio si prende cura, e ucciderlo subito dopo la sua nascita; lo stesso uomo che si rimprovererebbe di essere un parricidio, se smascherasse suo figlio, è incapace di ucciderlo con le proprie mani quando lo ha nutrito e allevato.)

¹³⁰ Tertull., *Apologeticum*, IX, 8: “*Nobis vero homicidium semel interdicto, etiam conceptum utero, dum adhunc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci; nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est qui est futurus. Etiam fructus omnis iam in femine est.*” (Quanto a noi, essendoci l'omicidio una volta per tutte interdetto, anche la creatura concepita nel grembo, mentre tuttora il sangue le deriva a formare l'uomo, dissolvere non lice. È un omicidio affrettato impedire di nascere, né importa se una vita nata uno strappi, o mentre sta nascendo la dissipi. È uomo anche chi è per diventarlo; anche ogni frutto già nel seme esiste.). L'opera viene citata da *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum (CSEL)*, LXIX, Vienna, 1939 (ed. H. Hoppe), p. 24. Per una traduzione dell'opera si veda anche S. Borghini, *Opere di Tertulliano tradotte in toscano*, Roma, 1756, p. 23

Ma l'espressione più alta del riconoscimento della vita del nascituro la possiamo trovare nel vangelo di Luca, ove si narra dell'incontro tra Maria Santissima e Sant'Elisabetta. Nel passo, infatti, prima si legge che il bambino sussultò nel grembo e solo dopo ciò, la madre fu ripiena di Spirito Santo¹³¹. Sicché, Sant'Ambrogio scriverà “del figlio si dice che esultò, della madre che fu ricolma di Spirito Santo. Non fu prima la madre a essere ricolma dello Spirito, ma fu il figlio, ripieno di Spirito Santo, a ricolmare anche la madre”¹³²

Questa morale cristiana ha, poi, influito nella concezione del nascituro sotto il profilo giuridico ed ha portato alla, quasi, perfetta equiparazione con il nato. Insomma, si è venuta consolidando l'opinione per cui il nascituro è *persona in ventre constituta*.

In una costituzione imperiale di Giustiniano, infatti, si legge

C. 3.28.30.1: (...) *personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam* (...) ¹³³

Qui, l'utilizzo del *vel* come avverbio disgiuntivo è emblematico a livello lessicale del rapporto di equiparazione e pari-ordinazione di nato e nascituro. Nessuna constatazione ulteriore sul testo da parte nostra

¹³¹ *Expositio Evangelii secundum Lucam*, I, 41: “*Et factum est ut audivit salutationem Mariae Elisabeth, exsultavit infans in utero eius, et repleta est Spiritu Sancto Elisabeth*” (Appena Elisabetta ebbe udito il saluto di Maria, il bambino sussultò nel suo grembo. Elisabetta fu colmata di Spirito Santo- CEI 2008)

¹³² Il passo è tratto dal *Commento su San Luca* di Sant'Ambrogio vescovo (v. Ambrosius, *Expositio Evangelii secundum Lucam*, Roma, 1966)

¹³³ C. Terreni, *Me puero venter erat solarium*, cit., pp. 15 e ss. Qui l'A. inizia il suo percorso esegetico, volto ad affermare l'esistenza del concepito fin dall'epoca classica, ma lo fa con una costituzione del 528 d. C.

potrebbe essere più esplicitiva del testo stesso. Ed infatti, il testo esplicita in forma chiara che non vi è alcuna differenza tra nato e nascituro.

In quest'*excursus* lungo interi secoli di storia, ben si comprende come vari fattori abbiano influito nella concezione del concepito, che non può considerarsi sempre uguale a sé stessa. Diversamente, se si ritiene che il concepito deve considerarsi sempre esistente o, al contrario, sempre inesistente, si rischia di cadere in contraddizioni concettuali, non risolvibili. L'unico modo per risolvere le contraddizioni nelle fonti e nella propria ricostruzione è riconoscere che vi è stato un mutamento giuridico, ma anche sociale, valoriale, religioso e filosofico. Sul versante medico, invece, non vi sono state delle scoperte tali da condurre ad un'equiparazione tra nato e concepito¹³⁴, come è avvenuto sul versante filosofico-religioso. Per tale risultato occorrerà attendere i tempi moderni, o quasi¹³⁵. Deve evidenziarsi, infatti, che anche al giorno d'oggi la tematica circa la condizione del concepito è piuttosto dibattuta.

Ed allora, con queste coordinate sociologiche è possibile meglio declinare la regola dell'Albertario. Quest'ultimo, infatti, si ferma a risolvere l'apparente antinomia delle fonti della giurisprudenza romana classica

¹³⁴ Con ciò non s'intende certo che non vi sono stati progressi medici ed importanti scoperte anche in relazione al processo riproduttivo ed all'"animazione" del nascituro. Si pensi, ad esempio, già nel mondo ellenico ad Erofilo (cfr. Herophil. T 61).

¹³⁵ Si menziona un peculiare esperimento condotto già da Ippocrate, che ha segnato in modo significativo la ricerca medica successiva. Lo scienziato, infatti, iniziò a studiare le fasi prenatali attraverso sperimentazioni sull'uovo di gallina, approfondendo gli sviluppi dell'embrione. Un metodo sperimentale, che ha segnato lo studio medico. Si veda, sul punto, L. Arata, *Un esperimento in Ippocrate e Aristotele* in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa*, III, 1/2, 1998, pp. 339-359.

attraverso la teoria interpolazionistica. In questo percorso, invece, si è inteso andare a fondo nelle ragioni che hanno portato i giuristi successivi ad interpolare le fonti di epoca classica con il correttivo del criterio del *commodum*.

Così, se è pur vero che le fonti di epoca classica ammettono un'esistenza solo giuridica del concepito ed anche che sono state, nel tempo, soggette ad interpolazione, deve pure riconoscersi che l'intento interpolazionista nasce da molteplici fattori metagiuridici, di cui occorre tener conto. Tali fattori, come visto, hanno condotto lentamente ad una rinnovata sensibilità verso la vita prenatale e la sua autonoma rilevanza.

6. La natura giuridica del concepito

Ricostruite e comprese le linee guida per dirimere il problema circa l'esistenza o meno del concepito, sorge un ulteriore profilo critico.

Occorre comprendere, per amor di completezza, cosa o chi sia il concepito¹³⁶.

Sotto il profilo naturalistico, è chiaro che il concepito sia quella porzione di realtà naturale o giuridica, che si trova nel ventre materno.

Ma sotto il profilo giuridico, la definizione del *conceptus* è assai più complessa (e, ad oggi, non del tutto pacifica).

¹³⁶ Della qualificazione del concepito vi è un accenno parziale in P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse*, cit., pp. 144 e ss.

Anche per affrontare quest'ulteriore profilo è necessario avere un riscontro oggettivo nelle fonti.

Bene, secondo la ripartizione gaiana, tutto lo *ius civile* può esser ricondotto al celebre schema tripartito: *personae-res-actiones*¹³⁷.

Il concepito, dunque, dovrebbe collocarsi all'interno di questo schema tradizionale, in una delle tre categorie. Non vi sono, però, indicatori certi nelle fonti, che ci consentano tale operazione. Sembra, anzi, che al pari della questione circa la sua esistenza o meno, anche per la sua natura giuridica vi siano delle apparenti contraddizioni.

Istituzionalmente, per definire l'entità del concepito si suole far riferimento a

D. 25.4.1.pr. -1 (Ulp. 24 *ad ed.*): “(...) *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.*”¹³⁸

Il passo di Ulpiano, però, non ci fornisce nessun aiuto. Ed infatti, pur potendo desumere che il concepito sia parte del corpo della donna o delle sue viscere, pone l'ulteriore quesito circa la natura giuridica del corpo umano e delle sue parti¹³⁹. Dunque, pur volendo pacificare la questione

¹³⁷ La ricostruzione dello schema gaiano può esser rinvenuta in qualsiasi manuale istituzionale, ma si veda, per tutti, G. Coppola Bisazza, *Institutiones*, Milano, 2021, pp. 1 ss.

¹³⁸ Per un'analisi del testo si veda E. Bianchi, *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1.pr. -1 (Ulp. 24 ad ed.)*. L'espressione «*portio mulieris ... vel viscerum*» l., in *Rivista di Diritto Romano*, XIII, 2013, pp. 1-5.

¹³⁹ La questione sulla natura giuridica del corpo nell'ordinamento giuridico romano è fortemente controversa e forse ancora poco indagata. Sul punto si veda, in particolare M. Padovan, *Il corpo e la sua condizione giuridica*, in *Archivio delle tesi di dottorato dell'Università di Padova*, 2016.

attribuendo al concepito la natura di parte del corpo, in ogni caso, non sarebbe risolutivo sul piano giuridico.

Né vi sono indicazioni dirette che consentono di qualificare chiaramente il *nondum natus* come *res* o come *persona*, (naturalmente, per ovvie ragioni, si esclude che possa esser ricondotto nella categoria delle *actiones*). Possono, però, individuarsi alcune indicazioni indiziali in un senso o nell'altro all'interno delle fonti¹⁴⁰.

In particolare, possono menzionarsi un primo gruppo di testi, ove sembra che il concepito sia una *res*

D. 45.1.73 pr (Paul. 24 ad ed.): *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest. (...)*

D. 5.4.3 (Paul. 17 ad Plaut.): *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatum, in quibus qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit.*

D.28.2.25.1 (Paul. 12 resp.): *Lucius titius cum suprema sua ordinaret in civitate et haberet neptem ex filia praegnatem rure agentem, scripsit id quod in utero haberet ex parte heredem (...).*

¹⁴⁰ Per un'analisi sui testi si veda P. Ferretti, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse*, cit., pp. 144 e ss.

D. 37.9.1.2. (Iul. 69 dig.): *Totiens autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus et id quod in utero erit inter suos heredes futurum erit (...).*

D. 37.9.1.14 (Iul. 69 dig.): *(...) si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed (...)*

In questi passi si nota che il nascituro viene indicato con l'espressione "quod in utero est"¹⁴¹. Proprio l'utilizzo del neutro *quod* lascerebbe intendere la sua natura di *res*. Tale pronome deve, infatti, intendersi come 'qualcosa' e non 'qualcuno'. Tuttavia, l'argomentazione non sembra del tutto convincente, poiché spesso anche il nato viene indicato con l'uso del *quod*¹⁴².

Vi è, poi, un secondo gruppo di testi¹⁴³, ove sembra che il concepito sia persona

¹⁴¹ Da tali passi, da cui qui si desume una forma di esistenza come cosa e non come persona, autonomamente esistente, la dottrina tradizionale ne ricavava l'inesistenza del concepito, cfr. B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., pp. 11 e ss.; F. Lambertini, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, cit. pp. 50 e ss. *Contra*, P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, cit., pp. 220 e ss.

¹⁴² Si vedano, ad esempio, a: D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.); D. 43.33.1. pr (Iul. 69 dig.); D. 40.5.41.5 (Scaev. 4 resp.); D. 30.82.4 (Iul. 33 dig.); D. 36.2.16 pr (Iul. 35 dig.); D. 36.2.25.1 (Pap. 18 quaest.); D. 45.1.75.4 (Ulp. 22 ad ed.); D. 25.4.1.10 (Ulp. 24 ad ed.).

¹⁴³ L'elencazione potrebbe essere anche maggiore. I testi ove si riporta l'espressione *qui in utero est/qui in ventre est* o si individua il concepito con il pronome *qui* sono più di venti. Si pensi, ad esempio, ad alcuni testi più volte menzionati nella trattazione: D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.); D. 37.9.1 (Iul. 69 dig.); D. 37.9.5 pr (Gai. 14 ad ed. prov.); Gai. 2.241; D. 37.4.4.3 (Paul. 41 ad ed.); D. 37.11.3 (Paul. 41 ad ed.); Ulp. 22.15; Ulp. 22.19; D. 38.8.1.8 (Ulp. 46 ad ed.); D. 37.9.7 pr. (Ulp. 47 ad ed.); D. 28.2.4 (Ulp. 3 ad Sab.); D. 29.2.30.1 (Ulp. 8 ad Sab.); D. 28.3.6.1 (Ulp. 10 ad Sab.); D. 38.16.1.11 (Ulp. 12 ad Sab.); D. 38.17.2.11 (Ulp. 13 ad Sab.); D. 38. 16.3.9 (Ulp. 14 ad Sab.); D. 48.20.1.1 (Call. 1 de iure fisc. et pop.); D. 1.7.15 pr (Ulp. 26 ad Sab.); D. 1.5.5.2-3 (Marcian. 1 inst.); D.

D. 1.5.7 (Paul. *l. sing. de port., quae lib. damn. con.*): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequamquam prosit.*

D. 1.5.26 (Iul. 69 *dig.*): *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse (...)*

D. 1.9.7.1 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*): *(...) sed eum, qui posteaquam pater eius de senatu motus est, concipitur et nascitur (...)*

In tali testi, può notarsi che, al contrario del primo gruppo, il nascituro viene indicato con il pronome *qui*, che, invece, deve pacificamente intendersi come ‘qualcuno’, ossia come pronome riferibile alle persone e non già alle cose.

A tale secondo gruppo voglia aggiungersi anche la costituzione di Giustiniano, ove il concepito viene esplicitamente definito come *persona*.

C. 3.28.30.1: *(...) personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam, adhuc vero in ventre constitutam (...)*

Come si potrà intuire da questa ricostruzione tematica, tra le fonti vi è una contraddizione circa la qualificazione giuridica del *nondum natus*¹⁴⁴. Tuttavia, questa visione bipartita delle fonti, che individuano il concepito

50.16.153 (Ter. Clem. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*); D. 50.16.231 (Paul. *l. sing. ad sen. cons. Tertull.*) ed anche a D. 50.16.161 (Ulp. 7 *ad Sab.*), su cui la dottrina negazionista (dell’esistenza del concepito) si è soffermata in ragione dell’espressione per cui il concepito *non est pupillus*.

¹⁴⁴ Il ché comunque non sarebbe una novità. Si pensi, ad esempio, alla contraddittoria qualificazione della figura dello schiavo.

talora come *res*, talora come persona è poco coerente con l'impostazione prescelta.

Innanzitutto, occorre avvertire il lettore che anche per la qualificazione giuridica del concepito devono leggersi le fonti in chiave diacronica e non già tematica. Sicché, non possono mettersi sullo stesso piano D. 25.4.1.pr.-1 e C. 3.28.30.1, poiché sono frutto di epoche e coscienze sociali del tutto diverse. In tal senso, è logico, secondo le precedenti considerazioni, che una costituzione del 528 d. C. di un imperatore cristiano riconosca il concepito come persona al pari del nato, in modo espresso; e, invece, i giuristi di epoca classica (ed anteriore) si astengono dal fare ciò.

Ma, soprattutto occorre rammentare che si è accolta la tesi dell'Albertario, secondo il quale l'esistenza del concepito fino a tutta l'età classica è solo giuridica e non anche fisiologica. A motivo di ciò, non è possibile rinvenire nelle fonti classiche una classificazione del concepito secondo categorie di tipo naturalistico, ossia riguardanti entità esistenti fisiologicamente.

Tuttavia, potremmo ricorrere a categorie moderne¹⁴⁵, in grado di spiegare in chiave giuridica quale natura può essere attribuita al concepito. Naturalmente, pur sempre, con il conforto delle fonti.

¹⁴⁵ Quest'operazione ricostruttiva attraverso il ricorso alle moderne categorie giuridiche non è certo una novità del metodo di analisi romanistica. Si pensi, ad esempio alla riconduzione di alcuni fenomeni giuridici all'interno delle categorie di "associazione" e "fondazione". Ancora, si pensi, alle categorie della patologia negoziale e, in particolare, all'annullabilità.

Il riferimento è chiaramente all'istituto della *chance* ontologica¹⁴⁶. In forma estremamente sintetica, secondo la ricostruzione giurisprudenziale moderna, la *chance* può esser intesa in due chiavi di lettura: in senso ontologico ed in senso eziologico.

In particolare, la *chance* in senso ontologico è definita come una “concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene della vita. Questa non è una situazione giuridica soggettiva, né tantomeno una mera aspettativa di fatto, ma è un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione”¹⁴⁷.

Chiaramente, il concetto di *chance* non era conosciuto dall'ordinamento giuridico romano, ma in molti testi il nascituro viene indicato con un'espressione riecheggiante in modo suggestivo proprio il concetto di *chance*, ossia “*spes*”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Per una più scrupolosa ricostruzione della categoria dommatica moderna, si rinvia, tra gli altri, a: F. Galgano, *Trattato di dir. civ.*, III, Padova, 2015, pp. 280 e ss.; F. Mastropaolo, *Danno, III Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, p. 13; A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, pp. 301 e ss.; A. Pontecorvo, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, II, 1997, pp. 448 e ss.; M. Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016, p. 302, che, classifica la *chance* come una “componente autonoma del patrimonio della vittima”, e, in quanto tale, consente la risarcibilità della stessa “di per sé, poiché ad essa viene attribuito un valore economico, il quale, esistendo già nel patrimonio del danneggiato, va qualificato come danno emergente”; G. Facci, v. ‘*Chance*’ (*danno da perdita di*), in *Enc. giur. Treccani*, 2009, pp. 3 e ss.; D. Chindemi, *Il danno da perdita di chance*, II, Milano, 2010, pp. 12, 25 e 28.

¹⁴⁷ Cass. civ., n. 4400 del 4 marzo 2004

¹⁴⁸ M.V. Sanna, *Spes animantis, da una lex regia ad Adriano*, in *Revista de derecho español*, XVIII, 2012; Ead., *Spes nascendi- spes patris*, cit., pp. 519 e ss.

In forma di parallelismo, il nascituro come *spes* non è altro che una *chance* del *pater familias*¹⁴⁹, ossia un'entità giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, appartenente al suo patrimonio (latamente inteso).

In proposito,

Cic., *pro Cluent.* 11.32: *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria quae spem parentis, memoriam nominis subsidium generis, heredem familiae, designatum rei publicae civem sustulisset. Quanto est Oppianicus in eadem iniuria maiore supplicio dignus! si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum. Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse, Oppianicus inventus est qui in uno corpore pluris necaret*¹⁵⁰

¹⁴⁹ Sul punto, vi è ampio dibattito in dottrina se la *spes* indicasse una speranza del *pater* che il figlio venisse al mondo o piuttosto una speranza di nascita dello stesso concepito, come una sorta di diritto alla vita. Non è questa la sede per approfondire il tema, ma si veda M.V. Sanna, *Spes nascendi- spes patris*, cit., pp. 519-552. Qui l'A. chiarisce con grande dovizia la controversa qualificazione del nascituro come *spes nascendi* o come *spes patris*.

¹⁵⁰ Quint. *Inst. Orat.* 8.4.11: *ut idem pro Cluentio, cum exposuisset Milesiam quandam a secundis heredibus pro abortu pecuniam accepisse: quanto est, inquit, Oppianicus in eadem iniuria supplicio dignus? Si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis vim atque cruciatum.*

D. 50.16.231 (Paul. *l. sing. ad sen. cons. Tertull.*): *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non potest nisi natus.*

D. 11.8.2 (Marc. 28 *dig.*): *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

In tali passi, è testualmente evidente che il concepito è “speranza di nascita”.

Ora, seppur ci sembra che questa non sia la sede opportuna per affrontare la controversa questione sulla qualificazione di tale *spes*¹⁵¹; comunque sembra che sia convincente la tesi per cui sia qualificabile come *spes parentis*. Ciò in ragione quantomeno del dato testuale del passo riportato nella difesa di Cluenzio da parte di Cicerone.

Or dunque, sembra ragionevole ritenere che, secondo il pensiero giuridico romano di epoca classica, il concepito può esser qualificato come *chance/spes*. Questa conclusione sembra anche essere conferente con l'impostazione di base accolta, ossia con l'affermazione secondo cui il concepito è esistente solo giuridicamente e non anche fisiologicamente, (ciò, naturalmente, secondo la giurisprudenza romano-classica nella ricostruzione dell'Albertario). Il concetto di *chance*, al pari della *spes*, è

¹⁵¹ Ossia: talora come diritto del nascituro a nascere; talora come aspettativa del *pater* e della *familia*

percepibile solo in prospettiva giuridica e non già sul piano della realtà naturale.

Il concepito, dunque, è giuridicamente qualificabile come una *spes*, che noi leggiamo in chiave di *chance*, ossia come una “*posta attiva*” nel patrimonio familiare, (oltreché della *res publica*).

Questa è la ricostruzione della qualificazione del concepito nel pensiero giuridico romano-classico. Tale ricostruzione non può rimanere valida dopo l’ingresso del cristianesimo, né può dirsi valida nel pensiero giuridico moderno. Anzi, deve darsi conto del fatto che, ad oggi, la qualificazione giuridica del concepito e, soprattutto, dell’embrione è piuttosto controversa¹⁵².

¹⁵² Si veda oltre *infra* cap. III

Capitolo III: Il concepito nelle recenti codificazioni

SOMMARIO: 1. Le moderne codificazioni: in particolare quella italiana. –
2. Una suggestiva pronuncia della Corte costituzionale.

1. Le moderne codificazioni: in particolare quella italiana.

Moltissime codificazioni moderne sono influenzate dall'impostazione giuridica dell'ordinamento romano, anche e soprattutto in relazione alla tutela ed alla considerazione del concepito.

Sul punto, ci fornisce una precisa analisi il Catalano e la Baccari, i quali individuano pregevolmente chiari riferimenti romanistici nelle moderne codificazioni di alcuni Paesi, in chiave comparativa¹⁵³.

In particolare, il Catalano evidenzia come la teoria della realtà, secondo cui il concepito è persona, naturalisticamente esistente, ha influenzato e contaminato quasi tutta la codificazione iberoamericana. Si pensi, ad

¹⁵³ Di recente, poi, il tema della condizione del concepito è stato analizzato, in chiave comparatistica, anche in B. Derinel, *Lo statuto giuridico del bambino concepito nel diritto romano e nel diritto turco*, Napoli, 2020, pp. 19 e ss. L'A., in particolare, analizza la condizione del concepito nel diritto romano, al fine d'indagare se ed in che modo ciò abbia potuto aver influito sulla codificazione turca. L'analisi si svolge su tre differenti profili: quello semantico, quello sistematico e, infine, quello ontologico. In tal senso, lo scritto potrebbe rappresentare un'occasione per proficui spunti critici; tuttavia, presenta un taglio assai specifico, che si esaurisce nella comparazione con il diritto turco. Altresì, il medesimo tema è stato oggetto di analisi anche in P. Ferretti, *Il nascituro tra diritto romano e diritto turco*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XLII, 2021, pp. 397-406.

esempio, ai codici civili di Argentina, Paraguay, Perù del 1852, Cuba, Austria ed Ungheria¹⁵⁴. Ed anzi, nei codici di Argentina, Paraguay e Perù del 1852 viene espressamente definito il concepito come *hombre o persona por nascer*, sulla scia dell'insegnamento di Augusto Texeira de Freitas, uno dei primi fautori della teoria della realtà.

Allo stesso modo si potrebbe ritenere anche per il *Code Napoleòn*, a cui si è certamente ispirata la codificazione italiana del 1865, non foss'altro che per il tenore letterale delle disposizioni, (che sono riproposte in modo, quasi, del tutto identico). “Del resto, guardando alla cultura giuridica dell'Italia dei primi decenni dell'Ottocento, l'impronta della *École de l'Exégèse*, attraverso il massiccio fenomeno delle traduzioni delle opere francesi e delle integrazioni operate da giuristi locali con la tradizione giuridica nostrana, ha accompagnato non solo tutta la fase della

¹⁵⁴ Sul tema vedi P. Catalano, *Alle radici del problema delle persone giuridiche in Rassegna di diritto civile*, IV, 1983, p. 948; Id., *Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código civil peruano de 1984)* in *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986, pp. 229-234; Id., *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano*, cit., pp. 45-65 (ora anche in Id., *Diritto e persone*, I, cit., pp. 195-221); F.D. Busnelli, *Il diritto e le nuove frontiere della vita umana* in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, I (gennaio-aprile 1988), pp. 27 e ss.; H. Eichler, *System des Personenrechts*, Berlin, 1989, pp. 235 ss.; M. Bigotte Choroa, *O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano a luz de uma concepção realista e personalista do direito* in *O direito*, 123/IV, 1991, pp. 571-598; Id., *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro* in *O direito*, 130/I-II, Lisboa, 1998, pp. 57-88.; J.M. Castàn Vazquez, *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (del derecho justiniano a los códigos civiles)*, Madrid, 1994; Id., *La tradición ibérica en la defensa de la vida humana* in *La famiglia: dono e impegno speranza dell'umanità*, Città del Vaticano, 1998; P. Ferretti, *Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di qui in utero sunt*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, XIII, 1999. Più in generale, si veda AA. VV. *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código civil tipo en materia de personas*, Bogotá, 1995; S. J. A. Chinelato, *Tutela civil do nascituro*, São Paulo, 2000.

legislazione preunitaria (italiana), ma anche la fase della relativa interpretazione giuridica, così risultando assai difficile teorizzare un disconoscimento del dettato normativo di cui all'art. 725 del *Code Napoléon* e una presa di distanza dalla elaborazione dottrinale francese su di esso.”¹⁵⁵

L'art. 725 del *Code Napoléon* equipara ad una medesima situazione di esistenza, ai fini della capacità a succedere, sia il nato, che il concepito; specificando, a scanso di equivoci, che sono incapaci a succedere solo coloro che non sono stati ancora concepiti. E del medesimo tenore¹⁵⁶, è anche l'impostazione dell'art. 724 del codice italiano del 1865¹⁵⁷.

Nei primi del '900, invece, inizia a manifestarsi un crescente interesse verso la scuola giuridica tedesca e, in particolare, verso la Pandettistica e ciò ha condotto ad una diversa visione del concepito. Il concepito, dunque, non è più un'entità esistente al pari del nato ed acquista la capacità giuridica (e conseguentemente la qualità di soggetto di diritto) solo con la nascita. In tal proposito, infatti, il maggior esponente della Pandettistica tedesca¹⁵⁸ afferma che il concepito “ non ha vita per sé stante ed è

¹⁵⁵ G. Ferri, *La qualificazione del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari* in *Rivista di diritto civile*, II, 2009, p. 230.

¹⁵⁶ Sul punto si rimanda alla magistrale ricostruzione di L. Moscati, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie* in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna, 1999, pp. 280 e ss

¹⁵⁷ Cfr. Art. 724 (Titolo II, Delle successioni, Capo I, Delle successioni legittime, Sezione I, Della capacità di succedere) Codice civile: “Sono incapaci di succedere: 1. Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti; 2. Coloro che non sono nati vitali. Nel dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi”.

¹⁵⁸ F.C. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, citato nella traduzione italiana di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino, 1888, pp. 11-12.

dipendente da quella della madre e con essa intimamente connessa”, e così “quando venga proposta in termini generali la questione della capacità giuridica dell’infante non ancora partorito, essa deve essere decisa negativamente, in quanto il feto non può avere né proprietà, né crediti, né debiti; e non essendo esso persona che abbia bisogno e sia suscettibile di essere rappresentata, non può neppure avere un tutore, né essere chiamato pupillo”.¹⁵⁹

Quest’impostazione ha influenzato il comune sentire giuridico, creando “un momento di frattura rispetto al passato, (...), che si è successivamente e progressivamente consolidato nel combinato disposto dell’art. 1 e dell’art. 462 del Codice civile del 1942”¹⁶⁰. In particolare, la nuova codificazione, all’art. 1 c.c. attribuendo la capacità giuridica solo a partire dal momento della nascita, sembra disconoscere ogni forma di soggettività al concepito.¹⁶¹

¹⁵⁹ Secondo l’orientamento tradizionale, questa prospettiva di Savigny è stata accolta dall’Albertario nella sua ricostruzione interpretativa della giurisprudenza romana-classica. Ma, come emerso dalla nostra analisi, questa lettura è mistificante e riduttiva della tesi del romanista dello scorso secolo. Come si è detto, infatti, l’Albertario non afferma affatto che il concepito sia inesistente, ma fornisce al lettore una lettura diversa delle fonti, tenendo conto dell’evoluzione dei tempi e delle successive interpolazioni sui testi. Altresì, per un maggior approfondimento dell’influenza del pensiero di Savigny nella cultura giuridica italiana si vedano: L. Moscati, *Da Savigny al Piemonte*, Roma 1984, p. 361; Id., *Italianische Reise, Savigny e la scienza giuridica della restaurazione*, Roma 2000, p. 200; Id., *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, cit., pp. 291ss.

¹⁶⁰ G. Ferri, *La qualificazione del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari*, cit., p. 244.

¹⁶¹ L’interpretazione in tal senso dell’art. 1 c.c. sembra esser confermata dalla Relazione al Codice civile, nella parte in cui si chiarisce che: “siccome nel secondo comma dell’art. 1 del libro I al concepito non è attribuita una capacità giuridica generale, ma sono dalla legge riconosciuti singoli diritti subordinatamente all’evento della nascita, è opportuno

Naturalmente, quest'impostazione è stata con il tempo scardinata dalla prassi giurisprudenziale delle Supreme Corti¹⁶² e dalle innovazioni normative¹⁶³.

2. Una suggestiva pronuncia della Corte costituzionale

Non sembra esser questa la sede per approfondire le tematiche di diritto moderno intorno al concepito, poiché si rischierebbe di sviare l'attenzione dai profili prettamente romanistici. Pertanto, non si ritiene opportuno soffermarsi sui rilievi costituzionali o normativi inerenti al concepito ed alla sua autonoma esistenza.

Tuttavia, appare assai affascinante il riferimento ad una recentissima sentenza della Corte costituzionale. Il ricorso a questa pronuncia sorge spontaneo pensando alla nobilissima battaglia di La Pira, che ha aperto la nostra analisi. L'esposizione brevissima del caso e dei rilievi giuridici su di esso serve solo per dimostrare al lettore, che non è necessario il ricorso o l'artificiosa manipolazione dei testi della giurisprudenza romano-classica per riconoscere l'esistenza naturalistica del concepito nell'attuale coscienza sociale e giuridica. Insomma, si vuole avvertire che, forse, sulla base di questi presupposti e di questa rassicurazione, le risultanze dei

affermare qui esplicitamente (al primo comma) che sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione".

¹⁶² Vedi, a titolo esemplificativo, la sent. Corte cost. n. 35 del 30 gennaio 1997. Cfr., *ex multis*, F. Teresi, *Bioetica e diritto. Aspetti costituzionali* in *Aggiornamenti sociali*, IV, 2000, pp. 321 e ss.; F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita*, Bari 2000; M. P. Baccari, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, cit., pp. 54 e ss.

¹⁶³ Si pensi alla legge n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Sul punto, si consideri anche la legge n. 194/1978 in tema di aborto, che, nonostante consenta di ricorrere alle partiche abortive, comunque pone un freno temporale alle stesse.

fattori della teoria della realtà dello scorso secolo sarebbero potute essere diverse, quantomeno più sincere (rispetto al dato testuale delle fonti).

Il caso, cui ci si riferisce, riguarda l'impianto di embrioni nell'utero materno, anche contro il dissenso dell'ex-coniuge¹⁶⁴. Invero, la Corte costituzionale è stata investita della possibilità o meno di consentire l'impianto di embrioni crioconservati, (a distanza di tempo dal loro prelievo), in assenza del consenso dell'altro coniuge¹⁶⁵.

In particolare, si tratta di una coppia di coniugi, che aveva deciso di ricorrere alla p.m.a. Nelle more della procedura medica, subentrano, però, dei gravi problemi di salute della donna, che portano alla crioconservazione degli embrioni fino a quel momento prodotti. Nel tempo, i coniugi decidono di continuare le loro esistenze separatamente e la donna, risolti i problemi di salute, decide comunque di voler proseguire la procedura medica della p.m.a. con gli embrioni prodotto anche con il materiale genetico dell'ex-marito¹⁶⁶. A questo punto il marito si oppone a

¹⁶⁴ Corte cost., sent. n. 161 del 24 luglio 2023.

¹⁶⁵ Per esattezza il caso di specie aveva ad oggetto il sopravvenuto dissenso dell'altro coniuge e la questione della revocabilità del consenso. Su tale ultima problematica, si veda G. Ferrando, *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *Nuova Giur. Civ.*, III, 2021, pp. 649 e ss.; B. Liberali, *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, III, 2021, pp. 505 e ss.; A. Orestano, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, in *Giur. It.*, XII, 2021, pp. 2610 e ss.; R. Villani, *Trasferimento degli embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi*, in *Nuova Giur. Civ.*, III, 2021, p. 586 e ss.

¹⁶⁶ In chiave comparatista, la questione è stata posta anche dinnanzi a Corti Supreme di altri Stati, i quali hanno meglio disciplinato tale situazione. In tal senso, si veda E. Criveli, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *Federalismi.it*, 2023, pp. 132: "Oltre a scelte normative diverse da quelle del legislatore italiano, vi sono anche statuizioni giurisprudenziali che offrono spunti

tale scelta e si apre il giudizio in sede giurisdizionale¹⁶⁷, che conduce, infine, dinnanzi alla Corte costituzionale¹⁶⁸.

interessanti di comparazione: si pensi ad esempio alla soluzione di compromesso abbracciata dalla Corte costituzionale colombiana nella sentenza del 13 ottobre 2022. I giudici colombiani, dovendo giudicare un caso in cui una coppia si era separata dopo aver avviato un trattamento di PMA che li aveva condotti fino alla fase della fecondazione e del congelamento dell'ovulo, hanno deciso di far prevalere il diritto all'autodeterminazione riproduttiva della donna, alla quale hanno riconosciuto la titolarità di decidere in merito all'impianto nel proprio corpo degli embrioni crioconservati. Tuttavia, per non sacrificare totalmente il diritto dell'uomo a non diventare padre contro la sua volontà, hanno altresì individuato un punto di mediazione dei contrapposti interessi nell'assimilazione della posizione dell'uomo a quella di un donatore anonimo: in pratica, qualora l'impianto dell'embrione avesse condotto effettivamente ad una gravidanza e alla nascita di un figlio, l'uomo avrebbe potuto decidere se assumere o meno lo status di genitore entro un breve termine dalla notifica della sentenza, (Corte cost. della Colombia, sent. n. T 357/22 del 13 ottobre 2022.)" Altresì, si veda anche Corte Suprema di Israele, sent. 12 settembre 1996, *Nahmani v. Nahmani*. Su quest'ultima sentenza si veda E. Falletti, *Genitorialità e principio di uguaglianza: la via israeliana alla gestazione per altri*, in *GenIUS*, I, 2022, pp. 1 e ss. L'A. evidenzia che in Israele sussiste un peculiare legame tra il diritto di famiglia e legge rabbinica. Ed infatti, afferma che "In Israele le questioni di diritto di famiglia, in particolare riguardo al rapporto di filiazione, sono strettamente connesse con la legge rabbinica, la Halakah, perché focalizzate sulla trasmissione in via materna dell'identità ebraica".

¹⁶⁷ Per una breve ricostruzione del giudizio, ove è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, si veda E. Criveli, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, cit., pp. 125, nt. 9: "Il riferimento è in particolare al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ord. 11 ottobre 2020 e ord. collegiale 27 gennaio 2021 (quest'ultima resa in reclamo avverso alla prima) pubblicata in *Riv. Dir. fam. pers.*, III, 2021, (...) Il tribunale campano aveva statuito che dopo la fecondazione dell'ovulo, l'art. 6, comma 3 della legge 40 del 2004 "non ammette più la revoca del consenso alla procreazione assistita e l'art. 8 attribuisce a siffatta volontà —irrevocabile —funzione determinativa della maternità, della paternità e dello status di figlio". Anche il Tribunale ordinario di Perugia, nell'ordinanza del 28 novembre 2020, ha affermato che la revoca del consenso, prestato dal marito per la PMA è irrilevante se intervenuta successivamente alla fecondazione dell'ovulo, pur se a seguito della notificazione, da parte della moglie, del ricorso per la separazione giudiziale."

¹⁶⁸ Per un maggior approfondimento critico sulla sentenza in oggetto, si veda E. Criveli, *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova "scelta tragica": l'irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, cit., pp. 123 e ss.; F. Meola, *Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... "da ignorare"*, in *Corti supreme*

Al di là della questione giuridica sottesa, di compatibilità o meno con la normativa *ex* lg. n. 40/2004¹⁶⁹, è assai emblematica la conclusione della Corte costituzionale, che consente ed autorizza l'impianto.

La Corte¹⁷⁰, in linea con la giurisprudenza sovranazionale e convenzionale, precisa che "l'embrione «ha in sé il principio della vita»¹⁷¹. Vita da intendersi quale vita umana, in quanto «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano»¹⁷². L'embrione viene infatti generato a motivo della speranza che una volta trasferito nell'utero dia luogo a una gravidanza e conduca alla nascita, per cui «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico»¹⁷³».

e salute, II, 2021, pp. 443 e ss.; cfr. anche A. Scarpa, *Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita (nota a Trib. S. M. Capua Vetere, 11 ottobre 2020)*, in *Giustizia insieme*, 2021; S.P. Perrino, *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*, in *giustiziacivile.com*, 2021.

¹⁶⁹ Per un inquadramento generale della legge n. 40 del 2004 cfr. B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; P. Brunese, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022.

¹⁷⁰ Corte cost., sent. n. 161 del 24 luglio 2023.

¹⁷¹ Corte cost., sent. n. 84 del 2016.

¹⁷² Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, in causa C-34/10, sentenza 18 ottobre 2011.

¹⁷³ Corte cost., sent. n. 84 del 2016 e n. 229 del 2015; in senso analogo, Corte EDU, grande camera, sentenza 27 agosto 2015, Parrillo contro Italia, dove si è affermato: «*human embryos cannot be reduced to "possessions" within the meaning of that provision*».

La pronuncia evidenzia che, ad oggi, grazie all'evoluzione scientifica, siamo in grado di affermare¹⁷⁴ che l'embrione sia speranza di vita, meritevole, al pari di ogni essere umano, di tutela, anche giuridica. Addirittura potrebbe ritenersi che l'embrione stesso possa dirsi titolare di un "diritto a nascere". Altresì, la terminologia utilizzata dalla Corte riecheggia in modo suggestivo quella *spes nascendi*, evidenziata nelle fonti romane. Anche se in tal caso dev'esser più propriamente intesa come diritto del nascituro a nascere e non già come *chance* ontologica, riconducibile ad una "posta attiva" del patrimonio del *pater familias*.¹⁷⁵

Insomma, il dato che vorremmo evidenziare è che oggi siamo lontanissimi dalla considerazione del concepito come una parte del corpo della donna, poiché l'evoluzione scientifica ha permesso la creazione dell'embrione all'esterno dell'utero materno e, chissà, forse si arriverà a permetterne anche lo sviluppo al di fuori di esso.

Dinnanzi a una tale realtà è irrealistico non riconoscere che l'embrione, prima ancora del concepito, sia una forma di esistenza, autonomamente tutelabile. Chissà se i primi sostenitori della teoria della realtà, godendo di

¹⁷⁴ Certo con non poche difficoltà. Si pensi, ad esempio ad una sentenza della Suprema Corte di Cassazione: Cass. civ., n. 11053 del 22 novembre 1993. In dottrina si veda: N. Coviello, *La tutela della salute dell'individuo concepito* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1978, pp. 245 e ss.; D. Carusi, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato* in *Giurisprudenza italiana*, 1994, c. 549-554; G. Oppo, *Declino del soggetto e ascesa della persona* in *Rivista di diritto civile*, VI, 2002, pp. 829 e ss. Ulteriormente, per un maggior approfondimento sull'incostituzionalità dell'art. 1 c.c., si veda: C.E. Traverso, *Il diritto del nascituro* in *Rivista italiana di previdenza sociale*, 1979, pp. 996 e ss.

¹⁷⁵ Per una maggiore chiarezza sul punto, vedi *retro* cap. II

tale rassicurazione morale, avrebbero comunque fornito la medesima lettura decontestualizzata ed edulcorata delle fonti.

Conclusioni

Giunti al termine di questo percorso è possibile comprendere quanto complessa ed interessante possa rivelarsi la tematica relativa alla condizione del concepito nell'ordinamento romano. Ma soprattutto, si riesce a comprendere il motivo per il quale questo tema ha, da anni, attirato l'attenzione dei romanisti.

In particolare, il tema ha, per lungo tempo, destato fortissime perplessità, in ragione del fatto che sembrerebbe che all'interno del complesso delle fonti vi siano delle contraddizioni. Sembrerebbe, infatti, che talvolta le fonti vogliano affermare l'autonoma esistenza del concepito, attribuendo a quest'ultimo diritti e pretese successorie nei confronti del *pater*; altre volte, invece, vogliano disconoscerne l'esistenza.

Quest'impostazione bipartita delle fonti è stata adottata dalla quasi totalità dei lavori esistenti sul tema, almeno come struttura di partenza. Tuttavia, nel nostro percorso, seppur si è dato conto di tale dicotomia, si è preferito non impostare, esclusivamente, l'analisi sulla dicotomia delle fonti.

Naturalmente, il percorso seguito è sempre costruito sulle fonti, ma si è preferito profittare dello studio della dottrina precedente, che non ha risparmiato argomentazioni di ogni genere.

In tal senso, l'analisi ha preso avvio dalla ricostruzione degli approdi della dottrina sul tema. Per consentire una maggiore chiarezza nell'esposizione, i vari orientamenti sono stati suddivisi in due macro-categorie. Da una parte la teoria della realtà, che predica l'esistenza del concepito nella realtà naturale come esistenza autonoma e distinta dalla madre. Dall'altra, invece, la cd. teoria della finzione, che predica l'esistenza del concepito solo giuridicamente e non anche fisiologicamente.

In particolare, negli ultimi decenni, la dottrina prevalente, salvo eccezioni, ha preferito orientarsi verso il riconoscimento dell'esistenza del concepito e l'attribuzione a quest'ultimo di una forma di soggettività giuridica.

Il primario riferimento deve esser sicuramente riconosciuto a La Pira, il quale ha predicato con vivacità di argomentazioni l'esistenza del concepito. Si è, però, evidenziato, che il pensiero del romanista deve esser contestualizzato sia all'epoca storica in cui ha vissuto, sia anche agli intenti morali e politici, che intendeva perseguire. Così, seppur si riconosce il pregio della sua ricostruzione, si evidenzia anche che il suo principale intento era quello di combattere la legalizzazione dell'aborto, tema caldo dell'epoca.

Tali argomentazioni di La Pira hanno, poi, tracciato il sentiero dei successivi esponenti della teoria della realtà. Questi, infatti, seppur hanno tentato di impreziosire le proprie ricerche con argomentazioni di rilievo, hanno comunque tutti seguito le coordinate del La Pira.

Ciò può ben affermarsi anche con riferimento al Ferretti ed alla Terreni, che, da ultimo, hanno sostenuto la teoria della realtà.

Tuttavia, nello studio di quest'orientamento sono stati rilevate alcune criticità: due in particolare.

Innanzitutto, lo studio dei fautori della teoria della realtà appare essere completamente decontestualizzato. Ed il riferimento più chiaro di ciò lo troviamo in Ferretti, che dichiara apertamente di seguire un metodo tematico e non temporale. Allo stesso modo, anche la Terreni, la quale addirittura inizia la sua analisi con una costituzione di un imperatore cristiano, databile al 528 d.C.

Inoltre, una delle maggiori criticità “occulte” del metodo prescelto dai fautori della teoria della realtà è la manipolazione delle fonti ai propri fini. In tal senso, si è già detto che si ha come la sensazione che si parta da un risultato prefissato e poi si ricostruiscono le fonti e se ne dia un determinato significato. Ciò comporta anche un'artata trascuratezza di fonti non esattamente utili al proprio risultato ed anche una traduzione poco coerente con il dato testuale.

Basti pensare che, nelle fonti, ogni qualvolta viene affermata l'inesistenza del concepito, viene utilizzato il verbo *esse*. Invece, quando se ne afferma l'esistenza vengono utilizzati verbi come *intelligere* o *existimare*, che chiaramente denotano un diverso registro. Cioè, il verbo ‘essere’ denota una situazione di realtà e concretezza; invece, i verbi ‘considerare’ o ‘reputare’ denotano una fittizia equiparazione del concepito alla condizione del nato. Nonostante la chiarezza del dato, ciò viene completamente ignorato dai fautori della teoria della realtà ed anzi, il verbo *intelligere* non viene tradotto con “si consideri come se”, ma piuttosto con

“si constati che”, a ‘mo di rafforzativo dell’esistenza del nascituro nella realtà naturale.

Queste criticità ci hanno condotto ad un ritorno alla tradizionale teoria, comunemente conosciuta come teoria della finzione.

Il maggiore esponente è sicuramente l’Albertario, di cui si è scelto di accogliere completamente il percorso argomentativo.

Questa visione dell’Albertario ha il pregio non solo di condurre la sua analisi in modo oggettivo, senza obiettivi morali prestabiliti, ma anche di essere impostata in chiave diacronica.

In particolare, nel percorso prescelto si è potuto constatare che la condizione del concepito nel pensiero giuridico romano è assai complessa ed in evoluzione.

Così, si è visto che secondo la giurisprudenza romano-classica, il concepito non è fisiologicamente esistente, ma piuttosto viene considerato come se fosse già nato solo a determinati fini giuridici. In particolare, il nascituro viene considerato già nato in modo da poter acquistare gli *status* del *pater* ed i relativi diritti successori, ma solo ove concepito *ex iustis nuptiis*, (secondo lo *ius civile*). Al contrario, se il nascituro è *vulgo conceptus*, non può essere considerato già nato sin dal concepimento, (secondo lo *ius gentium*) ed acquisterà tali diritti solo a partire dalla sua nascita.

Diversamente, nel pensiero romano-postclassico, e, soprattutto a seguito dell’Editto di Caracalla, con l’eliminazione della distinzione tra *ius civile*

e *ius gentium*, questa regola venne superata. Così, il nascituro si inizia a considerare già nato, ogniqualvolta possa derivargli un *commodum*.

A motivo del mutato indirizzo, i compilatori giustinianeî ed i Bizantini iniziano un'opera di manipolazione delle fonti dei giuristi di epoca classica per validare il nuovo principio.

Da tale percorso esegetico dell'Albertario, che potremmo definire come una "regola aurea", abbiamo tentato di proseguire oltre, accogliendo l'invito della Lamberti in un suo recente scritto.

In tal senso, abbiamo cercato di andare a fondo nelle ragioni metagiuridiche, che hanno inevitabilmente condizionato la considerazione giuridica del concepito.

Siamo partiti dall'analisi filosofica e medica del pensiero ellenistico, per, poi, giungere a quello della civiltà romana arcaica e classica. Abbiamo tentato anche di spiegare la contestualizzazione sociale, in cui si è sviluppata la disciplina anti-abortista, in ragione dell'intento di aumentare la popolazione romana e non già di tutelare la vita pre-natale.

Abbiamo, poi, brevemente esaminato gli stravolgimenti morali e filosofico-religiosi, portati dal cristianesimo, attraverso l'esame dei più antichi testi cristiani e, in particolare di quelli della prima comunità dei dodici apostoli.

Da quest'analisi, abbiamo compreso come le conoscenze mediche, le convinzioni filosofiche ed il sentire religioso abbiano influito nella

considerazione dell'esistenza o meno del nascituro da parte dei giuristi di epoca classica e post-classica.

Altresì, si è tentato di avanzare un timido tentativo di riunificazione delle due tesi, che quest'analisi ha visto in continua contrapposizione. Ed infatti, in fondo, entrambe le tesi hanno professato l'esistenza del concepito, con l'unica differenza che la teoria della finzione ha predicato un'esistenza solo giuridica del concepito.

Ma, sembra che la teoria della realtà non si ponga in contrasto con la teoria della finzione. Ed infatti, seppur quest'ultima predichi l'esistenza del concepito anche nella realtà naturale, oltre che in quella giuridica, alla fin fine, declina questa esistenza a fini giuridici.

Sorge, allora, un interrogativo: se un'esistenza nel mondo naturale viene declinata nella realtà giuridica e solo al fine di riconoscere a quest'esistenza pretese giuridiche e diritti, cos'altro è se non che un'esistenza giuridica? Vi è qualche differenza tra un'esistenza fisiologica, declinata solo a fini giuridici, ed un'esistenza solo giuridica?

A questo punto, ci è sembrato chiaro che il vero nodo critico è comprendere cos'è quest'esistenza giuridica, al fine di applicarne il corretto regime di disciplina.

È fatto noto che il pensiero giuridico romano non si costruisce attorno a categorie dogmatiche, al pari di quanto accade nel nostro ordinamento. Tuttavia, nella nostra analisi abbiamo tentato di ricostruire la natura giuridica di questo *nondum natus*. Abbiamo, infatti, tentato di avanzare

l'idea che il concepito sia qualificabile attraverso un'interessante categoria dogmatica moderna, ossia la *chance* ontologica.

Il riferimento è stato ricostruito, in particolare, attraverso Cic., *pro Cluent* 11.32, ma anche attraverso, D. 11.8.2 e D. 50.16.231. In tali passi, infatti, si parla del nascituro come speranza di nascita. Speranza che dev'essere intesa in chiave concreta ed in senso patrimoniale. Da qui, l'accostamento con la *chance* ontologica, come 'posta attiva' del patrimonio del *pater*.

L'analisi si è conclusa con una brevissima parentesi sull'evoluzione moderna della condizione del concepito. Non si è entrati nel dettaglio della disciplina del diritto moderno, ma si è voluto comunque lasciare al lettore alcuni spunti di riflessione, più attuali.

In particolare, grazie allo spunto offerto dai più recenti approdi della Corte costituzionale, abbiamo concluso in modo circolare l'intero percorso con un interrogativo, che avremmo voluto porre direttamente al La Pira.

Ci si è chiesti, infatti, se il romanista del secolo scorso, rassicurato dal moderno sistema di tutela del concepito (ed anzi dell'embrione, che ne rappresenta uno stadio anteriore), avrebbe comunque condotto la sua ricostruzione giuridico-romanistica allo stesso modo.

Bibliografia

AA. VV., *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código civil tipo en materia de personas*, Bogotá, 1995.

AA. VV., *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino imperatore tra Oriente e Occidente*, CNR, Progetto strategico sistemi giuridici del Mediterraneo, Torino, 2003.

Albanese B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

Albanese B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985.

Albertario E., *In tema di alterazioni pregiustinianee*, Pavia, 1921.

Albertario E., *Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-dommatica)*, in *BIDR*, XXXIII, 1923.

Angeletti L.R., *Polibo e l'eredità di Ippocrate*, in *Medicina nei secoli. Arte e scienza*, Roma, 1989.

Angeloni F., *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997.

Arangio-Ruiz G., nella sua recensione allo scritto dell'Albertario, in *AG*, CXIII, 1935.

Arata L., *Un esperimento in Ippocrate e Aristotele* in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa*, III, 1/2, 1998.

Arcaria F., “*Missio in possessionem*” e «*cognitio*» fedecommissaria, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”*, 1986.

Archi G.G., v. 'Concepimento', in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961. (= *Scritti*, I, Milano 1981, pp. 193 ss.);

Astolfi R., *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1996.

Atti del XIV Seminario “Da Roma alla Terza Roma” su Laicità tra diritto e religione da Roma a Costantinopoli a Mosca (Campidoglio, 21-23 aprile 1994).

Baccari M. P., *Cittadini, popoli e comunione nella legislazione nei secoli IV-VI*, Torino, 1996.

Baccari M.P., *Concetti ulpiane per il ‘diritto di famiglia’*, Torino, 2000.

Baccari M. P., *Concepito: l’antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004.

Baccari M.P., *Sette note per la vita*, in *SDHI*, LXX, 2004.

Baccari M. P., *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell’Imperatore Giustiniano*, Torino, 2006.

Baccari M.P., *Diritto alla vita tra ‘ius’ e biotecnologie 1. La difesa del concepito (con lezioni di A. Baldassarre, J. Herranz, S. Mancuso, G. Sirchia)*, Torino, 2006.

Baccari M. P., s.v. “Alimenti”, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2009.

Balestri Fumagalli M., *Spes vitae*, in *SDHI*, XLIX, 1983.

Bartos M., *La spes en droit romain*, in *RIDA*, II, 1949.

Bartosek M., *La spes en droit romain*, in *RIDA*, II, 1949.

Bellodi Ansaloni A., *Partus alendus est*, in *Tesserae iuris*, III, 2, 2022.

Betancourt F., *La defenza pretoria del 'missus in possessionem'*, in *AHDE*, LII, 1992.

Bianchi E., *In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su D. 25.4.1.pr. -1 (Ulp. 24 ad ed.). L'espressione «portio mulieris ... vel viscerum» I.*, in *Rivista di Diritto Romano*, XIII, 2013.

Bianchi E., *Astrazioni e finzioni in tema di «personae». Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano* in *Index 34*, 2006.

Bianchi E., *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur».* (*Fondamenti arcaici e classici*), Milano, 2009.

Bigotte Choraó M., *O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano a luz de uma concepção realista e personalista do direito* in *O direito*, 123/IV, 1991.

Bigotte Choraó M., *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro* in *O direito*, 130/I-II, Lisboa, 1998.

Biscotti B., *Curatore e “amministrazione interimistica” dell’eredità giacente. Spunti per una riflessione storico-comparatistica*, in *Scritti per Alessandro Corbino (ed. I. Piro)*, I, 2016.

Biscotti B., *Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditore e debitore. Aspetti generali*, Catania, 2019.

Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1946.

Brancati C., *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 2001.

Brunese P., *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Una legge mal riuscita*, Napoli, 2022.

Bujuklic Z., *Leges regiae: pro et contra*, in *RIDA*, XLV, 1998.

Bund E., *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln, 1965.

Busnelli F.D., *Il diritto e le nuove frontiere della vita umana* in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, I (gennaio-aprile 1988).

Cameron A., *The Exposure of Child and Greek Ethics*, New York, 1932.

Cantarella E., *La famiglia romana tra demografia sociale, antropologia e diritto*, in *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell’età del principato, Atti Convegno Copanello 4-7 giugno 2008*, Milano, 2014.

Cao I., *Alimenta. Il racconto delle fonti*, Padova, 2009.

Capogrossi Colognesi L., *Ancora sui poteri*, in *BIDR*, LXXIII, 1970.

Capogrossi Colognesi L., *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'*, in *Poteri, 'negotia', 'actiones' nell'esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano, Atti Convegno Copanello 1982*, Napoli, 1984.

Carcopino J., *Les prétendues lois royales*, in *Mélanges d'archéologie et d'Histoire*, LIV, 1937.

Carucci P. L., *Questioni di paternità nel diritto di età imperiale*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 2012.

Carusi D., *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato* in *Giurisprudenza italiana*, 1994.

Castàn Vazquez J.M., *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (del derecho justinianeo a los códigos civiles)*, Madrid, 1994.

Castàn Vazquez J.M., *La tradición ibérica en la defensa de la vida humana* in *La famiglia: dono e impegno speranza dell'umanità*, Città del Vaticano, 1998.

Castello C., *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *RIDA*, III, 1950.

Catalano P., *Alle radici del problema delle persone giuridiche* in *Rassegna di diritto civile*, IV, 1983.

Catalano P., *Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código civil peruano de 1984)*

in *El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986.

Catalano P., *Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Rassegna di diritto civile*, I, 1988, (ora Id., *Diritto e persone*, Torino, 1991).

Catalano P., *Elementi romani della cosiddetta laicità*, in *Index*, XXIII (nel nome di G. La Pira), 1995.

Catalano P., *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano, 1997.

Catalano P., *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12 in Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli, 2000.

Catalano P., *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, I, Padova, 2003.

Catalano P., *Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano in Procreazione assistita: problemi e prospettive. Atti del Convegno di Roma (31 gennaio 2005)*, Fasano, 2005.

Centola D. A., *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, in *SDHI*, LXXII, 2006.

Centola D. A., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare*, in *Teoria e storia del diritto privato*, VI, 2013.

Chieffi L., *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018.

Chindemi D., *Il danno da perdita di chance*, II, Milano, 2010.

Chinelato S. J. A., *Tutela civil do nascituro*, São Paulo, 2000.

Cicu A., *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1910.

Cilione M., *Dare voce ai non-nati: aborto e statuto giuridico dell'embrione tra tradizione ippocratica e diritto contemporaneo in Medicina nei secoli arte e scienza*, 2014.

Coppola G., *Sacralità, laicizzazione, commercializzazione e pubblicizzazione dell'ars medica*, in *Medicina nei secoli. Arte e scienza*, VII.3, 1995.

Coppola Bisazza G., *La posizione giuridico-ideologica della donna nella legislazione augustea e le innovazioni giustinianee: due concezioni a confronto*, in *Koinonia*, XL, 2016.

Coppola Bisazza G., *Institutiones*, Milano, 2021.

Coviello N., *La tutela della salute dell'individuo concepito in Il diritto di famiglia e delle persone*, 1978.

Criveli E., *La Corte costituzionale di fronte ad una nuova “scelta tragica”: l’irrevocabilità del consenso a diventare padre con la PMA (nota a Corte cost., sent. n. 161 del 2023)*, in *Federalismi.it*, 2023.

Cusmà Piccione A., *Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano* in *Annali del seminario giuridico dell’Università degli studi di Palermo*, LV, 2012.

Costa E., *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925.

D’Amati L., *A proposito del curator bonorum captivi*, in *BIRD*, 2000.

D’amati L., *Ancora su parentes alere*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune*, XXXIX, 2018.

De Cupis A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979.

De Francesco A., *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un’ipotesi ricostruttiva*, in *Labeo*, XLVII, 2001.

De Francesco A., *Giudizio alimentare e accertamento della filiazione*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, 2002.

Derinel B., *Lo statuto giuridico del bambino concepito nel diritto romano e nel diritto turco*, Napoli, 2020.

Desanti L., *De confirmando tutore vel curatore*, Milano, 1995.

- Edelstein L., *Ancient Medicine*, Baltimore.
- Eichler H., *System des Personenrechts*, Berlin, 1989.
- Fabrus A., *Rationalia in Primam et Secundam Partem Pandectarum*, I, *Coloniae Allobrogum*, 1631.
- Facci G., v. 'Chance' (danno da perdita di), in *Enc. giur. Treccani*, 2009.
- Fadda C., *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910.
- Fagnoli I., *I piaceri della tavola a Roma antica. Tra alimentazione e diritto*, Torino, 2021.
- Fayer C., *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994.
- Ferrando G., *Separazione dei coniugi, impianto degli embrioni in vitro, dissenso del marito*, in *Nuova Giur. Civ.*, III, 2021.
- Ferretti P., *Cujacio, Revaro, J. Gotofredo, Noodt e C.Th. 9,14,1: attualità di un dibattito*, in *AUFE, Sez. Scienze Giuridiche*, VIII, 1994.
- Ferretti P., *Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di qui in utero sunt*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, sez. V, XIII, 1999.
- Ferretti P., *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008.
- Ferretti P., *Il nascituro tra diritto romano e diritto turco*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XLII, 2021, pp. 397-406.

Ferri G., *La qualificazione del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari* in *Rivista di diritto civile*, II, 2009.

Fontana G., *Qui in utero sunt. Concetti antichi e considerazione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino, 1994.

Franciosi G., *Leges regiae*, Napoli, 2003.

Franzoni M., *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016.

Funk F. X., *Patres Apostolici*, I, 17, Michigan, 1901.

Galeotti G., *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003.

Galgano F., *Trattato di dir. civ.*, III, Padova, 2015.

Gallavotti C., *Empedocle, Poema fisico e lustrale*, Milano, 1993.

Gallo F., *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'*, in *SDHI*, LXII, 1996, (trasfuso in *L'officium del pretore nella produzione ed applicazione del diritto*, Torino, 1997).

Giomaro A. M., *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in *Studi Urbinati*, LXIX, 2002.

Giorgianni M., *L'obbligazione (La parte generale del rapporto)*, I, Milano, 1968.

Giunti P., *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990.

Glück F., *Commentario alle Pandette*, Milano, 1888.

Hartmann G., *Die Obligation. Untersuchungen über ihrer Zweck und Bau*, Erlangen, 1875.

Heiberg J. L., *Corpus Medicorum Graecorum/Latinorum*, I, Berlin, 1921

Heimbach K. W. E., *Basilicorum*, IV, Lipsiae.

Ippocrate, *Testi di medicina greca*, Milano, 1983.

Irigoin J., *Tradition et critique des textes grecs.*, Paris, 1997.

Kapparis K., *The Abortion in Ancient Word*, London, 2002.

Kaser M., *Das römische Privatrecht I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971.

Kaser M., *Partus ancillae*, in *ZSS*, LVII, 1958.

Kühn J.H.- Fleischer U., *Index Hippocraticus*, Gottingae, 1989.

La Pira G., *La successione intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930.

La Pira G., *L'aborto non è soltanto l'uccisione di un nascituro ma uno sconvolgimento nel piano della storia* in *Prospettive*, VII, 1975, (ripubblicato nel volume postumo Id., *Il sentiero di Isaia*, Firenze, 1979).

La Pira G., *Di fronte all'aborto*, in *L'osservatore Romano*, 19-20 marzo 1976.

Lamberti F., *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996.

Lamberti F., *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, II. *Profili del regime classico*, Milano, 2001.

Lamberti F., *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta Iuridica. Scritti dedicati dalla facoltà di giurisprudenza a Francesco Grelle*, I, Napoli, 2011

Lanfranchi F., sv. "Nascituri (diritto romano)", in *NNDI*, XI, 1965.

Lanfranchi F., *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano*, in *Studi Volterra*, IV, Milano, 1971

Lefebvre-Teillard A., *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in *RHDFE*, LXXII, 1994.

Liberali B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017.

Liberali B., *Le nuove dimensioni del consenso informato: quali limiti materiali e temporali?*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, III, 2021.

Littré E., *Oeuvres complètes d'Hippocrate*, Paris, 1839.

Loddo L., *I Greci e l'aborto fra teoria politica e prassi medica. Per una rilettura di Platone, Aristotele, Ippocrate* in *Erga Logoi*, II, 2013.

Lorenzi C., *Si quis a sanguine infantem... comparaverit. Sul commercio di figli nel tardo impero*, Perugia, 2003.

Lubrano M., *Persona e «homo» nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino, 2002.

Mandry G., *Das gemeine Familiengüterrecht, mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*, I, Tübingen, 1871.

Maschi C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937.

Maschi C. A., *Il concepimento e il procurato aborto nell'esperienza antica*, in *IUS*, XXII, 1975.

Mastropaolo F., *Danno, III Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991.

Mayer S., *Die Rechte der Israeliten, Athener u. Römer*, Whitefish, 1862.

Meinhart M., *D. 50,16,231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, in *ZSS*, LXXXII, 1965.

Meola F., *Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze... "da ignorare"*, in *Corti supreme e salute*, II, 2021.

Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, II, Milano, 1965.

Metro A., *La datazione dell'editto "De inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, Napoli, 1964.

Metro A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966.

Moscato L., *Da Savigny al Piemonte*, Roma, 1984.

Moscato L., *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie* in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna, 1999.

Moscato L., *Italianische Reise, Savigny e la scienza giuridica della restaurazione*, Roma, 2000.

Nardi E., *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971.

Nougués J. M. B., *Der Ungeborene (nasciturus) im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht. Ein Wertungstradition*, in *OIR*, VI, 2000.

Oliviero G., *Il diritto di famiglia delle leges regiae*, in *SDHI*, LXXIV, 2008.

Oppo G., *Declino del soggetto e ascesa della persona* in *Rivista di diritto civile*, VI, 2002.

Orestano A., *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione*, in *Giur. It.*, XII, 2021.

Orestano R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

Padovan M., *Il corpo e la sua condizione giuridica*, in *Archivio delle tesi di dottorato dell'Università di Padova*, 2016.

Papa Giovanni Paolo II, *Evangelium vitae*, città del Vaticano, 1995.

Pavòn P., *Marginación y mujer en el Imperio Romano*, Roma, 2018.

Perani R., *Il nutrimento dell'infante*, in *Rivista di Diritto Romano*, XXII, 2022.

Perchinunno F., *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita*, Bari, 2000.

Perozzi S., *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928.

Perrino S.P., *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*, in *giustiziacivile.com*, 2021.

Peter O.M., *Il parto cesareo nelle fonti letterarie e giuridiche in Roma antica*, in *Le radici del nostro futuro, Temi di storia della medicina*, Bologna, 1977.

Peter O.M., *Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem. Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'antichità*, in *SDHI*, LVIII, 1992.

Peter O.M., *Spes nascendi come diritto alla vita? Il nascituro nelle fonti giuridiche classiche in Roma antica*, in *Le mond antique et les droits de l'homme (Actes de la 50 Session de la Societé internationale Fernand De Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité. Bruxelles, 16-19 septembre 1996)*, Bruxelles, 1998.

Plescia J., *The Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA*, XXIV, 1987.

Pontecorvo A., *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, II, 1997.

- Rabel E., *Grundzüge des römischen Privatrechts* Germany, 1915.
- Rescigno P., s.v. “*Obbligazioni*”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milano, 1979.
- Roberti M., “*Nasciturus pro iam nato habetur*” nelle fonti cristiane primitive, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935.
- Roberti M., *Il nascituro e l’età nelle fonti patristiche*, in AG, XCI, 1924.
- S. Ambrosius, *Expositio Evangelii secundum Lucam Italiano*, Roma, 1966.
- Saccoccio A., *Victus e alimenta nelle fonti giuridiche romane: storia di una evoluzione dogmatico-concettuale*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXIII, 2012 (pubbl.2013).
- Saccoccio A., *Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti all’obligatio ex lege*, in *Periodico Roma e America. Diritto romano comune*, 2014.
- Sandirocco L., *Non solum alimenta pupillo praestari debent, sed et in studia et in ceteras*, in *Rivista di Diritto Romano*, XIII, 2013.
- Sanna M.V., *Spes animantis, da una lex regia ad Adriano*, in *Revista de derecho español*, XVIII, 2012.
- Sanna M.V., *Spes nascendi- spes patris*, in *Annali del Seminario giuridico dell’Università degli studi di Palermo*, 2012.
- Sanna M.V., *Paternità, maternità, nascita in Donne: libertà, diritti e tutele*, XXIV, 2019.

Sardi P., *L'aborto ieri e oggi*, Brescia, 1975.

Savigny F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1840.

Savigny F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, citato nella traduzione italiana di V. Sciajola, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino, 1888.

Scalisi S., *Il patronimico: le ragioni antropologiche del passato e le esigenze valoriali del presente*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XV, 2022.

Scarano Ussani V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987.

Scarpa A., *Crisi della coppia e revoca della volontà di accesso alla procreazione medicalmente assistita (nota a Trib. S. M. Capua Vetere, 11 ottobre 2020)*, in *Giustizia insieme*, 2021.

Segnalini S., *L'editto Carboniano*, Napoli, 2007.

Solazzi S., v. "Tutela e curatela" (Diritto romano), in "Noviss. Dig. It.", XIX, 1937.

Solazzi S., *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1940.

Tafaro S., *Ius hominum causa constitutum. Un diritto a misura d'uomo*, Napoli, 2009.

Teresi F., *Bioetica e diritto. Aspetti costituzionali in Aggiornamenti sociali*, IV, 2000.

Terreni C., *Me puero venter erat solarium, Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009.

Tidmann D., *System der stoichen Philosophie*, III, Whitefish, 1776.

Tondo S., *Introduzione alle leges regiae*, in *SDHI*, XXXVII, 1971.

Traverso C.E., *Il diritto del nascituro in Rivista italiana di previdenza sociale*, 1979.

Viarengo G., *Gli sviluppi della "bonorum possessio" del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*, in *Riv. Dir. Rom.*, XVIII, 2018.

Villani R., *Trasferimento degli embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi*, in *Nuova Giur. Civ.*, III, 2021.

Wacke A., *Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1981.

Waldstein W., *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin, 1982.

Waldstein W., *Zur Stellung des nasciturus im römischen Recht*, in *A bonis bona discere, Festgabe für János Zlinszky*, Miskolc, 1998.

Waldstein W., *Teoria generale del diritto. Dall'antichità ad oggi*, Roma, 2001.

Zeller E., *Geschichte der Philosophie e Die Philosophie der Griccher*, Zweiter Teil, 1882.

Zuccotti F., *Vivagni VIII. (...) In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?*, in *Rivista di diritto romano*, VIII, 2008.