

Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi



3

a cura di
Maria Pia Baccari

Mucchi Editore
MMXI

Maria Pia Baccari

Dal curator ventris al tutor de los embriones*

1. Curator ventris

Il *curator ventris* è un glorioso istituto creato in epoca repubblicana,¹ quindi pagana, cioè nel I secolo a. C., per “curare”,² proteggere, cioè tutelare e dare voce al concepito, alla donna e alla *res publica*.

Esso è dovuto all'opera dei pretori dell'età repubblicana nello svolgimento, in generale, di una “funzione di supplenza nei confronti del popolo”³. Come è noto i pretori, magistrati eletti dal popolo, introdussero lo *ius praetorium* (o *honorarium*) per la pubblica utilità, allo scopo di aiutare, supplire, correggere il diritto civile⁴; tale *ius* veniva considerato la “viva voce” dello *ius civile* (D. 1,1,8).

L'Editto del pretore protegge (*curam praetor habuit*) sia i figli nati sia i concepiti (*eos qui nondum nati sint propter spem*

* Relazione tenuta al Convegno “La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive”, il 15 novembre 2008, nella Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre, in occasione del 60° anniversario della Costituzione.

¹ Troviamo conoscenza dell'istituto del *curator ventris* già nel commento all'Editto del pretore, scritto da Servio Sulpicio Rufo, I secolo a. C. (vedi Ulpiano D. 37,9,1,24).

² Cfr. Varrone, *Lingua lat.* VI,46: «Curare a cura dictum. Cura, quod cor urat; curiosus, quod hac praeter modum utitur. Recordari, rursus in cor revocare. Curiae, ubi senatus rempublicam curat, et illa ubi cura sacrorum publica; ab his curiones». Al tema della cura viene nuovamente prestata oggi grande attenzione: vedi i contributi presenti nel volume *La bioetica e la differenza di genere*, a cura di L. Palazzani, Roma 2007, in particolare la Parte II “La (bio)etica della cura”: A. PESSINA, “L'etica della cura dentro le differenze di genere: cura versus contratto” (pp. 145 ss); L. PALAZZANI, “Giustizia e cura: tra bioetica e biodiritto” (pp. 193 ss.); a proposito di “cure” (curare) al “care” (aver cura); e di “valenza umana della cura (care)”.

³ L'espressione è di F. GALLO, “Un nuovo approccio per lo studio del *ius honorarium*”, in *SDHI*, 62, 1996, p. 55 (anche in Id., *L'officium del pretore nella produzione ed applicazione del diritto*, Torino 1997, pp. 121 s.).

⁴ *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*: D. 1,1,7.

nascendi non neglexit) e li protegge (*hac parte edicti eos tuitus est*), anche attraverso la concessione della *missio in possessionem*.⁵ L'esistenza attuale del concepito è naturalmente condizione essenziale per la protezione dello stesso da parte del pretore: «*praegnatem esse mulierem oportet omnimodo*» (D. 37,9,1,1).⁶

Quanto al concepito è da evidenziare che nel titolo V del Libro I del Digesto, sotto la rubrica *de statu hominum* (la condizione degli uomini) sono collocati due passi sul concepito (*qui in utero est*) e fissati due principi: *qui in utero sunt* in "quasi tutto" lo *ius civile* vengono riconosciuti (*intelleguntur*) esistenti, sono *in rerum natura* (D. 1,5,26); *qui in utero est* è sempre considerato come se fosse nato (*perinde ac si in rebus humanis esse*) quando si tratti del suo vantaggio (*commodum*) (D. 1,5,7). In un passo della Satira VI Giovenale adopera riguardo ai concepiti l'espressione: "*homines in ventre*" (Giovenale, Sat. VI,595).

Il termine *persona* è adoperato dai giuristi romani molto frequentemente come sinonimo di *homo*: si tratta, ancora una volta, di un concetto concreto. Il concetto giuridico 'naturale' di *persona-homo*, che include liberi e servi, nati e concepiti, è fondamentale nella sistematica ed ha rilevanti conseguenze normative.⁷

⁵ «*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 hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis*». Il concetto di *spes nascendi* implica, per dir così, un riconoscimento del diritto alla vita del concepito (perché egli deve nascere) e non si riferisce ad un essere eventuale, non è una *spes* di essere: M. BALESTRI FUMAGALLI, "Spes vitae", in *SDHI*, 49, 1983, pp. 337 ss., sostiene che: «il legislatore e i giuristi romani trasformano in *res iuris* tali aspettative facendo leva sul concetto di speranza».

⁶ Mi sia consentito rinviare per una sintesi a "Sette note per la vita", in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXX, 2004; in particolare per approfondimenti sul *curator ventris* "Curator ventris tra storia e attualità", in *Annali 2001* (Lumsa, Collana della Facoltà di Giurisprudenza), a cura di G. Giacobbe, Torino 2002, pp. 43 ss.; e, più in generale, per svariati profili riguardanti anche la tutela del concepito: *Curator ventris*, Torino 2008, pp. 27 ss.

⁷ Vedi P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, cit., pp. 167 ss., pp. 196 ss.

Un intero titolo del libro XXXVII dei *Digesta* di Giustiniano è dedicato al diritto del concepito agli alimenti⁸ e al *curator ventris*: D. 37,9 «*De ventre in possessione mittendo et curatore eius*», che prende inizio dal Commento di Ulpiano all'Edicto.⁹

Con la *cura ventris*, in particolare, si vogliono proteggere gli interessi, per dir così, pubblici e privati. Le attribuzioni del *curator ventris* sono definite in funzione della *res publica*, della donna, del concepito.

Ulpiano (D. 37,9,1 pr.) deve essere interpretato congiuntamente al passo di Gaio, tratto dal libro XIV *ad edictum provinciale*, che concerne gli alimenti per la donna che devono essere attribuiti inequivocabilmente per alimentare *qui in utero est* (D. 37,9,5 pr.).¹⁰ Leggiamo: «*Curator ventris alimenta mulieri sta-*

⁸ M. P. BACCARI, voce "Alimenti", in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica* (a cura di E. Sgreccia e A. Tarantino), I, Napoli 2009, pp. 300 ss.

⁹ Cfr., per la tradizione greco-romana riguardo al curatore del ventre, K. PITSAKIS, voce "Tradizione greco-romana", in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica* (a cura di E. Sgreccia e A. Tarantino) in corso di stampa; egli afferma: «Le fonti di *ius greco-romanum*, per ciò che concerne il nascituro, essenzialmente riprendono, sotto forma grecizzata, i testi del diritto romano». Infatti i passi della codificazione giustiniana riguardanti il *nasciturus*, «ivi compresi i titoli interi del Digesto riguardanti il *curator ventris et bonis* (= *kedemón tē gastrī kai tē oisīa, ēmbuorós*), sono praticamente tutti riprodotti, in un modo o nell'altro, in forma grecizzata nelle fonti del diritto greco-romano: testi legislativi, commentari, manuali giuridici». In particolare per quanto riguarda l'istituzione del *curator* «sussisteva nel Codice civile greco (art. 1594) fino al 1983, ma senza alcuna applicazione nella pratica. Manteneva comunque un significato teorico abbastanza importante visto che riguardava il nascituro come esistenza che potrebbe anche potenzialmente essere l'avversario civile ed economico della sua stessa madre; ma un "avversario" la cui esistenza dipendeva precisamente da questa parte avversa che poteva essere sua madre».

¹⁰ Tra i giuristi che trovano strumenti a tutela del concepito, va fatta qui specifica menzione di quelli che inquadrano la tematica guardando al sistema giuridico e risalendo ai principi, e particolare attenzione si riscontra nella letteratura latino-americana: M. C. RUSSOMANO, *El 'nasciturus' en el derecho romano y el criterio de Freitas*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 10, 1991, pp. 79 ss.; N. D. RINALDI, *El derecho romano acepta el comienzo de la existencia de las personas desde la concepción en el seno materno*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 13, 1992, pp. 122 ss.; M. GAYOSSO Y NAVARRETE, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Veracruz 1992; A. GUZMAN BRITO, *Derecho privado romano*, I, Santiago de Chile 1996, pp. 212 ss.; 277; S. J. A. CHINELATO E ALMEIDA, *Tutela civil do nascituro*, São Paulo 2000, pp. 225 ss.; 339; W. WALDSTEIN, *Quelleninterpretation und status des nasciturus*, in *Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, München,

tuere debet ... quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestari, qui in utero est. I protagonisti sono dunque il *curator ventris*, la *mulier* e *qui in utero est*,¹¹ ma Gaio pone la finalità della disposizione in quest'ultimo, nel concepito, a prescindere dai mezzi che la donna abbia a propria disposizione. La posizione giuridica del concepito viene nettamente distinta rispetto a quella della donna.

Il *curator ventris* deve fissare gli alimenti (*alimenta mulieri statuere debet*) affinché il concepito possa concretamente nutrirsi.¹²

Il *curator ventris* deve dare alla donna *cibum, potum, vestitum, tectum*, anche al fine di tutelare la *dignitas* di lei (D. 37,9,1,19). È evidente il primario scopo alimentare della *missio in possessionem* e dell'istituzione del curatore, commisurati entrambi anche alla *dignitas* della donna.¹³

Nel titolo XVI (*de verborum significatione*) del libro L dei *Digesta* è posto un passo di Gaio assai eloquente sul vocabolo "vivere", vocabolo necessario ai giuristi per esprimere il "diritto alla vita": «alcuni pensano che il verbo *vivere* appartenga al ci-

2001, pp. 513 ss.; R. LOTUFO, *Investigação de paternidade e alimentos em favor do nascituro*, in *Index*, 25, 1997, pp. 201 ss., specialmente p. 205 riguardo al *curator ventris*. A proposito degli obblighi alimentari tra madre e figlio vedi M. G. ZOZ, *In tema di obbligazioni alimentari*, in *BIDR*, 73, 1970, pp. 336 ss.

¹¹ Il diritto di *qui in utero est* agli alimenti è esplicitato: «Il curatore del ventre deve stabilire gli alimenti per la donna, e non importa se ella abbia la dote onde si possa sostenere, perché sembra che quelle cose che così si danno, siano date a quegli che sta nell'utero» (D. 37,9,5 pr., dal libro IV *ad edictum provinciale*).

¹² Di "diritto del nascituro alla vita" parla, sebbene in altro contesto, E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino 1925, pp. 161 s.; l'Autore tratta del *curator ventris* nel Capitolo VIII intitolato *L'individuo libero*, al paragrafo 3 intitolato *Il concepito di fronte allo Stato* (dopo due paragrafi intitolati rispettivamente *La nascita di fronte alla famiglia*; *E di fronte allo Stato*). È interessante notare che nella precedente edizione, del 1911, si accennava all'istituto del *curator ventris* sempre nel Capitolo VIII, intitolato però *'Caput, capitis deminutio' condizioni sociali modificatrici della capacità giuridica*, nel paragrafo 3 intitolato *La protezione pubblica alla personalità del nascituro*.

¹³ Sul concetto di *dignitas* in riferimento al servo e, più in generale, per cogliere fino in fondo il senso dell'espressione «*propter dignitatem hominum*» contenuta in Sesto Pedio, vedi R. ORTU, «*Propter dignitatem hominum*». *Riflessioni su D. 21.1.44 pr.* (Paul. 2 ad ed. aed. cur.), in *Diritto@storia*, 3, 2004.

bo (*ad cibum pertinere*) ma Ofilio dice ad Attico che in queste parole si comprendono anche i vestiti e il pagliericcio, imperocché senza questi nessuno può vivere» («*Verbum 'vivere' quidam putant ad cibum pertinere: sed Ofilius ad Atticum ait his verbis et vestimenta et stramenta contineri, sine his enim vivere neminem posse*» (D. 50,16,234,2). Il cibo, il vestito e un pagliericcio (*stramenta*) sono necessari per la sopravvivenza. Per la donna incinta oltre al cibo, al bere e al vestiario si parla di *tectum* (D. 37,9,1,19). Tale diverso termine indica la necessità che alla donna incinta sia offerta una protezione maggiore anziché un semplice pagliericcio (*stramenta*).

La posizione giuridica della donna (*mulier*) viene analizzata anche in quanto *uxor* e *mulier praegnans* (vedi Ulpiano e Gaio rispettivamente D. 37,9,1 e 5).¹⁴

Il *curator ventris* viene nominato dal magistrato del popolo romano (Modestino D. 26,5,20), in vista della difesa dell'interesse della *res publica*, della donna e del concepito; normalmente viene richiesto (*solet petere*) dalla donna incinta, vedova o divorziata (Ulpiano D. 37,9,1,17).

Ulpiano ribadisce chiaramente che lo scopo principale del provvedimento della *missio in possessionem ventris nomine* è quello dell'alimentazione del concepito, anche se vi sia un dubbio sulla veridicità dell'affermazione della donna di essere gravida: «*Apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnans sit, decreto tuenda est*» (D. 37,9,1,14). La motivazione data da Ulpiano è «perché non soffra pregiudizio colui che è nell'utero» (*ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est*).

¹⁴ Per qualche approfondimento, mi sia consentito rinviare al mio lavoro "Alcune osservazioni sulla condizione della donna nel sistema giuridico-religioso romano", in *Fides humanitas ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, I, Napoli MMVII, pp. 253 ss.; "Successioni e persone concepite (da Gaio a Giorgio La Pira)", *Studi in onore di Remo Martini*, I, 2008, pp. 125 ss.

2. Code Napoléon codificazioni e legislazione italiane

Dopo oltre XX secoli dalla sua creazione (ad opera del pretore romano: *curam praetor habuit*, vedi *supra*) tale istituto, sopravvissuto nei secoli, nei Codici di diversi Paesi nel mondo (vedi *infra*, ad esempio, l'Argentina) e in particolare nel *Code Napoléon*, e nelle codificazioni e legislazione italiane, ad esempio, nell'art. 339 del codice civile del 1942 (vedi *infra*), nel 1975 nella legge intitolata "Riforma del diritto di famiglia" è stato mandato in soffitta perché a partire dagli anni '60, essenzialmente da alcuni movimenti variegati, è stato considerato contro la donna.¹⁵

Dagli Atti parlamentari riguardanti la Riforma del diritto di famiglia, che nel decennio tra il 1960 ed il 1970 ricevette un impulso decisivo, si avverte in modo palese l'avversione per questo antico istituto.¹⁶

¹⁵ Tale istituto è stato richiamato da taluni parlamentari riguardo alla tutela del concepito: vedi *Atti Parlamentari* - Camera dei Deputati, XIV Legislatura, Discussioni, Seduta 11 giugno 2002, n. 156 e 12 giugno 2002, n. 157, in particolare un intervento dell'on. Gerardo Bianco, assai puntuale e documentato proprio sul *curator ventris*. Cfr. invece gli interventi di altri parlamentari i quali definiscono "terribili" tali riferimenti al diritto romano mostrando, in tal modo, la pericolosità della prospettiva nella quale si collocano; talvolta non comprendendo il principio giuridico, o banalizzandolo con richiami errati, basati per lo più su "disinformazioni" storiche, costoro incidono su fattori emozionali; per quanto riguarda errori grossolani sul *curator ventris* vedi, ad esempio, gli interventi dell'on. Elettra Deiana, la quale parla di donna considerata nell'epoca romana un "contenitore biologico": «i dotti riferimenti ... attoniscono ad un complesso sociale che noi abbiamo chiamato patriarcato, dominio maschile sul corpo delle donne ... concepite come un contenitore biologico» (Seduta dell'11 giugno 2002, n. 156); l'on. Fabio Mussi afferma che "negli ultimi duemila anni *turces ventris sui* sono le donne" (Seduta del 12 giugno 2002, n. 157). Ed è sempre l'on. Bianco a mettere in guardia dal rischio dei totalitarismi che si corre «quando si disprezzano i costumi e le tradizioni, assimilate a sopravvivenze irrazionali» o «degradando a sopravvivenze arcaiche consolidate tradizioni». Anche il Ministro della salute, on. Sirchia, in diverse occasioni ha sottolineato la necessità di creare una tutela giuridica del concepito, rifacendosi anche al diritto romano (vedi *Intervista* di G. Galeazzi, in *La Stampa* 10 agosto 2004).

¹⁶ L'abrogazione dell'art. 339 del Codice civile venne proposta con il disegno di legge 5 giugno 1963, n. 10, di iniziativa dei senatori Giuliana Nenni e Tullia Romagnoli Caretoni: «l'abrogazione degli articoli 327, 331, 338 e 339, ovviamente coerente al principio della parità giuridica e morale dei coniugi nel rapporto coi figli, cancella dal Codice civile le formule che più crudamente ricordano una sorpassata condizione di inferiorità

Da alcuni civilisti, è stato considerato addirittura "un inutile retaggio del passato!"¹⁷

Tutto ciò è frutto anche di una malaugurata ed erronea confusione tra istituti giuridici profondamente diversi: la cura del ventre e la custodia del ventre.¹⁸

In verità persino il nome "curateur au ventre" a qualche giurista francese dell'800 dava fastidio considerandola un'espressione brutale che doveva essere rimossa dal *Code Napoléon*!¹⁹

femminile ... L'applicazione dell'articolo 29 della Costituzione a quell'aspetto del diritto familiare che contempla il rapporto fra i genitori ed i figli ... è oggi una esigenza profondamente sentita anzitutto dalle donne che hanno viva coscienza della loro capacità e dignità di madri, di educatrici, di cittadine; sentita e sinceramente professata anche da uomini di dottrina, e da uomini semplici, che dalla legge attendono una chiara norma di civiltà e di giustizia» (*Atti Senato della Repubblica* - IV Legislatura, Disegni di legge e Relazioni). A proposito della riforma del diritto di famiglia, nella proposta di legge lotti (presentata il 30 aprile 1969, n. 1378 in *Atti parlamentari* - V Legislatura, Disegni di legge e Relazioni) si rileva che: «uno degli aspetti più inammissibili e più anacronistici del vigente ordinamento, è quello che statuisce la netta inferiorità della donna nel rapporto con i figli, ledendo così profondamente la dignità e sensibilità di madre. La sfiducia dell'attuale codice nei confronti della madre è stata da ogni parte sottolineata e censurata ed in essa più che in ogni altro istituto sono da riscontrarsi le ispirazioni ed i residui di pregiudizi e concezioni radicalmente superate».

¹⁷ Così E. PROTETTI - C. A. PROTETTI, *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. De Martino, Novara 1974, pp. 177 ss., a proposito dell'art. 339: «un'altra di quelle disposizioni per le quali ci si chiede come è possibile che una legislazione moderna mantenga simili inutili retaggi del passato».

¹⁸ Su questo punto assai delicato rinviamo al lavoro citato nella nota 6, specialmente Parte I, Cap. VI, ed anche a *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino 2004.

¹⁹ Così L. JOUSSERANDOT, *L'Edit perpétuel*, Paris 1883, pp. 216 ss., spec. p. 219. Sull'opera dello Jousserandot, pubblicata nello stesso anno dell'edizione del Lenel un giudizio assai critico fu formulato da V. SCIALOJA, "Due libri sull'Editto Perpetuo", in *Cultura*, 1884, pp. 467 ss. (ora in *Id.*, *Studi giuridici*, I, Roma 1933, pp. 269 ss.). Egli opera un appiattimento delle diverse fattispecie, confonde l'istituto del *curator ventris* con la materia trattata nell'editto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, finendo, addirittura, col cancellarlo. A proposito dell'editto "*de inspiciendo ventre custodiendoque partu*" egli afferma che «si l'on veut bien comprendre le Droit d'un peuple, il ne suffit pas de l'étudier au seul point de vue juridique, mais il faut considérer les Institutions comme un miroir dans lequel se reflète l'état psychologique de la société». Lo Jousserandot svolge un commento assai critico sia quanto all'editto "*de inspiciendo ventre custodiendoque partu*" sia quanto all'istituto del *curator ventris*, senza, peraltro, riferimenti testuali: «si cet Edit n'a pas pour nous d'intérêt juridique, puisque, grâce aux progrès de la civilisation, la femme n'est plus soumise, ni de près, ni de loin, à une telle inquisition, et que

Oggi, in Italia, nella gran parte dei manuali di diritto privato, non vi è più traccia dell'istituto del curatore del ventre e/o curatore del nascituro.²⁰ Sovente nei manuali manca anche un'analisi del concepito e della tutela riservatagli.²¹

a) Code Napoléon

L'art. 393 del *Code Napoléon* riguarda il "curateur au ventre": «Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. / A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur»²². L'edizione del *Codice civile di Napoleone il Grande con il confronto delle leggi romane* [...], approvato dalla Direzione generale di pubblica Istruzione [...], (a cura di O. Taglioni) Tomo I, Milano 1809, presenta il seguente commento all'articolo 393: «Il pretore concedeva al ventre pregnant il possesso dei beni del defunto padre, e dava un curatore al ventre medesimo, il quale ad un tempo amministrava i beni, dava gli alimen-

notre curateur au ventre (expression brutale qui devrait être rayée du Code) n'est plus qu'un pâle souvenir de l'Edit, c'est là une page d'histoire d'un intérêt saisissant».

²⁰ Vedi P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, XI ed., Napoli 1994; V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1994; AA. VV., *Istituzioni di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Torino 1997; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1998; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXXVIII ed., Padova 1998; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, II ed., Napoli 1990; P. GALLO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino 1999. Singolare quanto si trova (e non si trova) in A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Milano 1994: nell'"Indice analitico alfabetico" è presente la voce "curatore al ventre" così come nell'"Indice dei testi legislativi" l'art. 339 del c.c., ma nel luogo richiamato (paragrafo 30) non si trova alcun cenno (nemmeno storico!) all'istituto del curatore, né alle norme legislative.

²¹ Si tratta di temi ed. "eticamente sensibili" che spesso non vengono studiati (finanche nei Corsi di preparazione alle professioni) poiché secondo alcuni non dovrebbero formare oggetto di prove concorsuali!

²² L'espressione "curateur au ventre" fu introdotta, in luogo di "curateur à l'enfant à naître", su proposta del tribuno Tronchet: «M. TRONCHET demande qu'on empoise dans cet article l'expression *curateur au ventre*. Elle est un usage dans la langue des lois; elle est d'ailleurs plus laconique et désigne mieux les fonctions de curateur que celle de curateur à l'enfant à naître, qui semble supposer que le curateur ne doit s'occuper de l'enfant qu'après sa naissance, tandis que sa surveillance a également pour objet d'empêcher la supposition d'enfant»; in P. A. FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, Réimpression de l'édition 1827, Osnabrück, Otto Zoller, X, 1968, p. 570.

ti alla madre a misura delle sostanze del marito e della di lei dignità, e cessava allorché la mamma aveva partorito, o abortito, o si rendeva certo ch'essa non era incinta». Seguono i riferimenti al Digesto: D. 27,10,8; 25,5,20; 26,7,48; e tutto il titolo 37,9.

b) Codice civile del 1865

L'articolo 236 del Codice civile del 1865 era così formulato: «Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, sull'istanza di persona interessata, può nominare un curatore al ventre». L'articolo era collocato nel titolo VIII "Della patria potestà". Secondo il Sacchi esso riportava «dal diritto romano l'istituzione del curatore al ventre spogliata di ogni carattere di interesse pubblico e resa unicamente di ragion privata»²³.

c) Codice civile del 1942 e la legge "Riforma del diritto di famiglia" del 1975

L'istituto del *curator ventris* è disciplinato nel Codice civile del 1942 sotto la rubrica "Curatore del nascituro", nel titolo IX "Della patria potestà". All'art. 339 si legge: «Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse o del pubblico ministero, può nominare un curatore per la protezione del nascituro, e occorrendo, per l'amministrazione dei beni di lui».

L'art. 339 del Codice civile del 1942 è stato abrogato dall'art. 159 della legge 19 maggio 1975, n. 151, la cosiddetta "Riforma del diritto di famiglia". L'ultimo comma dell'art. 235 della citata legge dispone inoltre: «dalla stessa data [dall'entrata in vigore della legge] il curatore del nascituro cessa di diritto dal suo ufficio».

L'abrogazione di questo articolo²⁴ si spiega per un insieme di ragioni: la considerazione dell'istituto come limitazione della

²³ A. SACCHI, voce *Curator ventris datus*, in *Dig. it.*, Torino, VIII, 1899-1903, pp. 912 s.

²⁴ Tale abrogazione è avvenuta dopo due mesi soltanto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975 che faceva importanti riferimenti e considerazioni all'articolo

potestà della madre, anziché come protezione del nascituro oltretutto della madre, con un crescendo sino agli anni '70 del XX secolo, anni di forti rivendicazioni femministe; la confusione, presente già nella dottrina nel XIX secolo, fra istituti assai diversi e nettamente distinti nelle fonti giuridiche romane: la *cura ventris* e la *custodia partus e/o ventris* (vedi *supra*).²⁵

Ma come aveva rilevato il grande Maestro, recentemente scomparso, Giorgio Oppo, che aveva, sin dalla giovinezza, approfondito la centralità dell'uomo dedicando diversi lavori alle tematiche della tutela della vita,²⁶ il venire meno dell'istituto del *curator ventris* non ha certamente «cancellati o resi irrilevanti gli interessi già affidati alla sua tutela». ²⁷ L'Oppo mette in luce che oggi «nessun soggetto ha legittimazione specifica nei confronti della madre e che l'interesse del nascituro ... è affidato alla tutela penale e alla relativa iniziativa».

Sembra esservi un'inversione di tendenza e da più parti si avverte la necessità di ricorrere ad uno strumento antico per di-

del Codice civile posto a tutela del concepito; meraviglia che all'epoca il giudice relatore Paolo Rossi non abbia avuto contezza dell'*iter* della legge di Riforma del diritto di famiglia in dirittura di arrivo (vedi *infra*). «L'individualismo è stato sconfitto» (P. Catalano) dalla fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 35 del 10 febbraio 1997, relatore Giuliano Vassalli. Da ultimo l'illustre Maestro ha svolto una Relazione il 10 novembre del 2008 alla Libera Università Maria S.S. Assunta su «La tutela del concepito», che pubblichiamo ora in questo volume, dopo la morte avvenuta il 21 ottobre 2009.

²⁵ Anche al fine di comprendere le motivazioni che hanno portato all'abrogazione dell'istituto, riportiamo un passo dell'illustre giurista Antonio Cicu, il quale confondeva la *cura ventris* e la *custodia partus* (vedi *supra*): «La figura del *curator ventris* ci viene dal diritto romano, in cui era funzione del curatore quella di vigilare che non avvenisse sostituzione, supposizione o soppressione di parto nell'interesse degli eredi del marito o della moglie. La stessa funzione esso conserva nel nostro diritto, non essendo normalmente necessario provvedere all'amministrazione dei beni del nascituro, in quanto spettante al genitore»: A. Cicu, *La filiazione*, in *Tratt. di dir. civ.*, a cura di F. Vassalli, Torino, II, 1958, pp. 414 ss.

²⁶ G. Oppo, «Note sull'istituzione di non concepiti», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, pp. 66 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, Padova 1992.

²⁷ G. Oppo, «L'inizio della vita umana», in *Il diritto e la vita materiale*, (Roma, 28-29 maggio 1982) *Atti dei Convegni dei Lincei*, 61, Roma 1984, pp. 85 s. Egli tuttavia parla di tutela anticipata del futuro interesse del nato. Vedi anche, da ultimo, *Id.*, «Scienza, diritto e vita umana», in *Rivista diritto civile*, 2002, I, pp. 11 ss.

fendere quello che a tutti gli effetti è, secondo quanto leggiamo nella legge 19 febbraio 2004 n. 40, «un soggetto di diritto»²⁸. Questi sono principi di civiltà giuridica!²⁹ Secondo un'efficace espressione adoperata da Loiodice il concepito è il «silenzioso protagonista della vita»: ³⁰ tra tutti i soggetti è quello che non ha voce.³¹

²⁸ Mi sia consentito rinviare, per alcuni aspetti, a *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino 2004; vedi, in particolare P. CATALANO, *Prefazione*, al volume *L'inizio della persona nel sistema giuridico romanista*, (a cura di P. Catalano) *Quaderni Latinoamericani*, XII, 2006, pp. XII s., a proposito dell'art. 1 della Legge 40 ricorda: «ha costituito il punto d'appoggio delle "Linee guida sulla procreazione medicalmente assistita" (D.M. Ministro della Salute 21 luglio 2004), nonostante il tentativo, di qualche medico membro della "Commissione consultiva per le procedure e le modalità tecniche di procreazione medicalmente assistita" (nominata dal Ministro della Salute con Decreto del 4 marzo 2004), di eliminare il concetto stesso di "concepito"; in particolare ricordo un professore universitario bolognese che poi, durante una trasmissione televisiva serale (RAI 3) del 7 giugno 2005, dichiarerà: "le Linee guida per i medici sono state dominate da un professore di storia del diritto romano che (*pausa*) con le Linee guida per i medici, come si dice, poco ci azzecca". Al di sopra del radicale dissenso, ringrazio questo collega della Commissione per il suo ricordo, che direi azzeccatissimo». In un articolo di C. Flamigni, apparso il 6 maggio 2008, su *L'Unità*, intitolato «*Mare nostrum* e la legge 40» si legge: «Le prime linee guida sono state preparate da una commissione nella quale hanno avuto un ruolo prevalente due professori di storia del diritto romano, noti soprattutto per il loro rigore di cattolici radicali. Questo fatto giustifica alcune delle scelte fatte dalla commissione, che ha interpretato in senso restrittivo molti degli articoli della legge, recando imbarazzo persino in una parte dei commissari cattolici meno intransigenti».

²⁹ Eppure è notizia recente che in Belgio è stata promulgata una legge «Sull'ottenimento e sull'utilizzazione di materiale corporeo umano destinato alle applicazioni mediche umane o a fini di ricerca scientifica» che all'articolo 2, comma 1, stabilisce la possibilità di fare esperimenti e ricerche «su tutto il materiale biologico umano, compresi tessuti e cellule, gameti, embrioni, feti, e le sostanze che ne vengano estratte».

³⁰ Così A. LOIODICE, «La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)», in *Aa. Vv.*, *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, *Atti Convegno di studi Accademia nazionale dei Lincei* (Roma, 31 gennaio 2005), Brindisi 2005, pp. 301 ss.; di «presenza attiva, sebbene nascosta» ha parlato Benedetto XVI, in occasione del *Discorso* ai partecipanti all'assemblea generale della Pontificia Accademia per la vita e al Congresso internazionale «*L'embrione umano nella fase del preimpianto*» (27 febbraio 2006).

³¹ Vedi F. SITZIA, «"Cultura dei diritti" e "linguaggio dei diritti"». Alcune considerazioni sul Magistero di Giovanni Paolo II», in *Aa. Vv.*, *Giovanni Paolo II Le vie della giustizia*, a cura di A. Loiodice - M. Vari, Roma, 2003, pp. 717 ss.: «Ma forse ancor più drammatica appare in una dimensione giuridica che trova la sua naturale realizzazione nella "litigation", la condizione di coloro che, come i concepiti non possono attivare meccani-

3. Breve aggiornamento della tutela del concepito, a proposito della legge 40 del 2004 e delle Linee guida in materia di procreazione assistita

Tale legge subisce quasi quotidianamente inspiegabili aggressioni, da parte del potere giudiziario e di associazioni che hanno a vario titolo interessi confliggenti.³²

a) Con la sentenza n. 151 del 2009 la Corte costituzionale ha dichiarato – riportandosi di seguito le parole contenute nel dispositivo della sentenza – “l’illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 2, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»” e l’illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 3, della legge n. 40 del 2004 “nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna”.

b) A seguito della decisione n. 151 del 2009 della Corte costituzionale, l’art. 14 della legge n. 40 del 2004 attualmente sta-

smi di tutela giudiziaria né far ricorso alla dimensione associativa per esercitare pressioni di tipo lobbistico».

³² Da ultimo, A. FORABOSCO “La legge 40 e la strategia del latinorum” in *L’Unità*, 31 gennaio 2011 critica la legge 40 del 2004 e il disegno di legge Calabrò – definite “leggi in materia di bioetica e biomedica” (sic!) – in quanto adoperano una terminologia “ambigua o a base ideologica”, spiegando anche al legislatore che è necessario “recipere il linguaggio tecnico-scientifico se non vuole che il suo impegno venga vanificato dalla Corte costituzionale” e che perciò “la Corte sta smontando i punti più controversi e ideologici” della legge 40. I presunti esempi di terminologia incomprensibile ai più – e, specificatamente ai giuristi e ai medici – e ‘oscura’, ‘involuta’, ‘antilingua’ e ‘latinorum’ (anche se italiano) portati dal Forabosco sarebbero, in particolare, le parole concepito ed embrione. La terminologia è la “prima dommatica giuridica”: cosa ben nota ai giuristi romani, ma oggi troppo spesso dimenticata. Dietro le parole ci sono i concetti, le idee e le cose. Se perdiamo la terminologia perdiamo anche le idee e la realtà. Perdere o sbriciolare (“gettare al vento” diceva Lenin) parole e concetti antichi conduce a snaturare e abbandonare una tradizione millenaria su cui è fondata anche la Repubblica italiana.

bilisce: al comma 1 che “È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194”; al comma 2 che “Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell’evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall’articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ...”; al comma 3, infine, che “Qualora il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile” “senza pregiudizio della salute della donna”.

c) Dunque, come evidenziato anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009 (§. 6 del *Considerato in diritto*), nell’ordinamento italiano continua a vigere un “principio generale di divieto di crioconservazione”, sancito dal comma 1 dell’art. 14 della legge n. 40 del 2004 (cfr. anche Corte costituzionale, ordinanza n. 97 del 2010). La decisione della Corte costituzionale ha finito per allargare le ipotesi di deroga a tale divieto, mantenendo, però, “salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico”, ma escludendo “la previsione dell’obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare” (così la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 151 del 2009, §. 6 del *Considerato in diritto*). Inoltre, la stessa decisione della Corte ha stabilito che “il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile”, secondo quanto previsto dal comma 3 dell’art. 14, “debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna” (così la stessa Corte costituzionale nella sent. n. 151 del 2009, §. 6 del *Considerato in diritto*).

d) Si è in attesa di tre sentenze del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sulle Linee guida in materia di procreazione assistita.

Due giudizi riguardano le conseguenze della sent. n. 151 del 2009 della Corte costituzionale sulle Linee guida. Un terzo giudizio verteva sull'illegittimità delle Linee guida adottate dal Ministro Turco, in quanto emanate dopo che il Governo Prodi era stato colpito da voto di sfiducia, ma i ricorrenti hanno chiesto che fosse dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse e il Tar sembra orientato ad accogliere tale richiesta.

e) Pendono, inoltre, davanti alla Corte costituzionale alcune questioni relative alla legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa, sancito dall'art. 4, comma 3 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, con una norma alla cui violazione l'art. 12, comma 1, della stessa legge collega una significativa sanzione amministrativa di carattere pecuniario: "chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro". Inoltre, il comma 6 dello stesso articolo 12 prevede che "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro".

Le questioni sono poste anche in relazione alla violazione dell'art. 117 Cost., primo comma, derivante dalla decisione resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *S.H and Others v. Austria* (Application no. 57813/00), attualmente impugnata davanti alla *Grande Chambre* della Corte stessa. Sul piano del diritto interno, la Corte costituzionale, con la propria giurisprudenza più recente, ha finito per vincolare l'ordinamento italiano alla giurisprudenza della Corte EDU. Da ultimo anche la sentenza n. 93 del 2010 della Corte costituzionale, a pagina 5, al

punto 4 del *Considerato in diritto*, ribadisce tale caposaldo della giurisprudenza costituzionale più recente, per il quale è incostituzionale la legge italiana che non rispetti la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'unica eccezione a tale incostituzionalità si ha nell'ipotesi in cui la giurisprudenza della Corte europea si ponga in contrasto con la Costituzione. Posto che nel 2005 la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il referendum sull'eterologa, credo sia impossibile che oggi essa giunga ad affermare che la Costituzione italiana vieta tale tipo di fecondazione. Dunque, occorre attendere la definizione del giudizio sulla normativa austriaca davanti alla Corte EDU; nondimeno alcune questioni sull'eterologa sono sollevate in relazione a parametri costituzionali diversi dall'art. 117 Cost.

4. Tre sentenze emblematiche del secolo scorso: una statunitense e due italiane

a) È emblematica della scarsa considerazione del concepito una ben nota pronuncia della *United States Supreme Court* del 1973,³³ secondo la quale il concepito non sarebbe mai stato riconosciuto come "persona in senso pieno".³⁴ L'affermazione, sor-

³³ Così la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nella decisione *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 del 1973: il feto è una parte del corpo materno e la donna può disporre come vuole. La persona è vista nella sua proiezione sociale. Secondo la Corte un embrione diventa persona solo quando arriva ad uno sviluppo tale nell'utero materno, che se fosse stato costretto ad uscire dall'utero, può sopravvivere; ma come ha ben evidenziato, a proposito di questa sentenza del 1973, A. BALDASSARRE, "Lo statuto costituzionale dell'embrione", in *La tutela dell'embrione* (a cura di G. Biscotini e L. Ruggeri) Napoli 2002, pp. 35 ss. e p. 38: «siccome all'epoca, le tecniche scientifiche permettevano che solo al sesto mese si potesse sopravvivere si individuò in sei mesi il limite».

³⁴ La terminologia adoperata nella sentenza è assai varia si parla di concepito, di feto, di embrione: «the first recognizable movement of the fetus in utero, appearing usually from the 16th to the 18th week of pregnancy». «These disciplines variously approached the question in terms of the point at which the embryo or fetus became "formed" or recognizably human, or in terms of when a 'person' came into being, that is, infused with a "soul" or "animated". With strange inconsistency, the law fully acknowledges the

prendente, viene suffragata da un (erroneo) riferimento al diritto romano: si legge nella decisione che il diritto romano avrebbe garantito al concepito "poca protezione prima della nascita".³⁵

Sconcertanti appaiono le motivazioni della stessa Corte, laddove afferma che "noi non abbiamo bisogno di risolvere la difficile questione relativa all'inizio della vita" dovendo il problema essere rimesso nelle mani di filosofi, teologi e medici i quali – si legge ancora nella motivazione – tuttavia non sarebbero in grado di raggiungere un accordo, per le differenze di pensiero ed il contrasto delle opinioni, e comunque non sarebbero in grado di fornire una risposta soddisfacente.³⁶ Tale è la considerazione che i giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti hanno avuto del loro ruolo e di quello dei filosofi, teologi e medici. Che forse la risposta sull'inizio della vita sia da ricercare nello schermo o nel meccanismo di un'apparecchiatura sia pure di alta tecnologia?

Purtroppo questa sentenza del 1973, che aprì le porte in quella nazione all'"aborto legale", ha influenzato le legislazioni e le decisioni giudiziarie di diversi Paesi.

b) La sentenza della Corte costituzionale italiana n. 27 del 18 febbraio 1975 (presidente Francesco Paolo Bonifacio, relatore Paolo Rossi, componenti del collegio, tra gli altri, due illustri maestri quali Edoardo Volterra e Guido Astuti) risulta, per certi aspetti, contraddittoria e (come del resto il Codice civile del 1942) non conforme sia ai principi romani sia alla stessa Costituzione, a tal punto che taluno ha parlato di un vero e proprio "tradimento".

La Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 546 del vigente codice penale³⁷ ha avuto modo di af-

foetus in utero and its inherent rights, for civil purposes; while personally and as criminally affected, it fails to recognize it, and to its life as yet denies all protection».

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ P. CATALANO, *Diritto e persone* cit., pp. 214 ss., evidenzia il "fervore ideologico individualista" della pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America.

³⁷ In tale codice, e cioè quello del 1930, l'aborto volontario era rubricato – si afferma nella sentenza – «come "delitto contro l'integrità della stirpe" (libro II titolo X c.p.)». Secondo i lavori preparatori e la Relazione al Re che accompagna il codice, il bene pro-

fermare alcuni "principi" di ordine costituzionale, quali quello della tutela del concepito e quello di un bilanciamento dei diritti fondamentali e degli interessi che vi sono sottesi.³⁸

La Corte ha tracciato anche una rapidissima ricostruzione storica precisando che il «prodotto del concepimento fu *alternativamente* (il corsivo è nostro) ritenuto semplice parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione». Vengono adoperati per indicare il concepito diversi termini: concepito (tre volte), feto, embrione e "prodotto del concepimento".

Quanto ai brevissimi riferimenti storici mi limito a tratteggiare qualche osservazione dimostrativa dell'allontanamento dai principi romani. Si legge nella sentenza: «Il prodotto del concepimento fu *alternativamente* ritenuto semplice parte dei visceri della donna, speranza d'uomo, soggetto animato fin dall'inizio, o dopo un periodo più o meno lungo di gestazione». L'avverbio "alternativamente" è alquanto ambiguo e sembrerebbe essere usato per indicare diverse situazioni possibili e non propriamente univoche o alternative e nemmeno opinioni scandite dia-cronicamente nei diversi momenti storici.

Entrando nel merito della questione riguardante la tutela del concepito la Corte costituzionale ha ritenuto che «tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezio-

to è "l'interesse demografico dello Stato". Il precedente codice Zanardelli, invece, «considerava l'aborto fra i "delitti contro la persona", e questa sembra essere più giusta collocazione».

³⁸ Si legge tra l'altro che «non è il caso di rifare la storia del delitto di procurato aborto, legata allo sviluppo del sentimento religioso, all'evolversi della filosofia morale, delle dottrine sociali, giuridiche, politiche e demografiche... il procurato aborto si considerò lesivo di interessi disparati, quali la vita, l'ordine delle famiglie, il buon costume, l'accrescimento della popolazione». Ma – secondo un'interpretazione successiva della stessa Corte, sentenza n. 35 del 1997 – la legge n. 194 del 1978, sull'interruzione della gravidanza, avrebbe dovuto contemperare diverse esigenze, rispettando proprio quei criteri di tutela minima di interessi ritenuti fondamentali dalla stessa Corte e additati perciò al legislatore, alla stregua di un vero e proprio obbligo.

ne della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito». Ma dopo aver fatto questa difesa del 'concepito' la Corte afferma, in evidente contraddizione (ma coerentemente dal punto di vista positivistico) che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». ³⁹ In altre parole i giudici della Corte costituzionale hanno abbracciato la teoria del "già" e "non ancora": in un ipotetico bilanciamento deve prevalere "chi è già persona, cioè la madre" rispetto al concepito che "persona deve ancora diventare"!

Quell'anno Giorgio La Pira pubblicava un articolo dal titolo "L'aborto non è soltanto l'uccisione di un nascituro ma uno sconvolgimento nel piano della storia" e affermava riguardo al concepito (*conceptus*) che è «già un essere umano: una persona umana; con il concepimento, è già venuta all'esistenza; un essere umano nuovo». ⁴⁰

³⁹ I commenti a questa sentenza n. 27 del 1975 sono numerosissimi, mi limito a citare alcuni lavori dai quali è possibile ricavare anche ampia bibliografia: M. G. PETRUCCI, *Fecundazione artificiale famiglia e tutela del nascituro*, Napoli 2002, p. 90, a proposito dell'equivoco grave nel quale incorre la Corte: «la soggettività giuridica non è un *prius* rispetto alla titolarità di un diritto ma un *posterius*; pertanto riconosciuta la titolarità anche solo del diritto alla vita, non può escludersi la personalità di chi ne è titolare»; vedi anche, M. P. BACCARI, "Curator ventris tra storia e attualità", (*Annali 2001*) cit.; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino 2003, pp. 139 ss. Da ultimo: F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari 2008.

⁴⁰ Così G. LA PIRA: «[...] e perciò - sia pure in via di germinazione - già in vita; è come una semente già seminata, già radicata, nel suolo materno ed avviata a diventare spiga. Qui in utero sunt ... intelleguntur in verum natura esse (D. 1.5.26) (i concepiti sono da considerare come già esistenti, già nati); nasciturus pro iam nato habetur (D. 1.5.7) (il nascituro è da considerare come già nato). Questo principio che la giurisprudenza romana creativa del tempo augusteo introdusse solo nel sistema dello *ius civile*, operando davvero un mutamento qualitativo nelle strutture del pensiero sociale e giuridico non solo romano ma altresì della intera civiltà umana - diviene, col cristianesimo, una delle basi universali costitutive dell'edificio dei diritti inviolabili dell'uomo: il diritto alla vita!» *L'aborto non è soltanto l'uccisione di un nascituro ma uno sconvolgimento nel piano della storia*, pubblicato nel 1975 (*Prospettive*, 43); con il titolo *Di fron-*

Ma ai fini del tema qui affrontato un altro passo della citata sentenza è assai rilevante e da criticare. A proposito del "fondamento costituzionale" a tutela anche del concepito, la Corte costituzionale aveva espressamente richiamato l'art. 339 del c.c., che prevedeva l'istituto del "Curatore del nascituro", sostenendo che avesse, dunque, rilievo costituzionale. Ma qualche mese dopo (soltanto tre mesi), l'antico istituto del curatore del ventre, espressamente richiamato nella citata sentenza, è stato, con la legge del maggio 1975 (Riforma del diritto di famiglia) dal legislatore italiano abrogato. ⁴¹

c) Emblematica al riguardo è la sentenza emessa, nel dicembre 1997, dal Tribunale di Trieste, su una richiesta avanzata dal Pubblico Ministero, il quale proponeva, in considerazione di peculiari condizioni personali della gestante, che il concepito venisse affidato dal giudice triestino alle cure dell'Ente locale per attività di sostegno e di controllo. La richiesta fu respinta «difettando il presupposto della capacità giuridica del sogget-

to all'aborto in *L'Osservatore Romano*, 19-20 marzo 1976 (=Iv., *Scritti editi*, XIX, pp. 289 ss.); ristampato in G. LA PIRA, *Il sentiero di Isaia*, Firenze, 1978, pp. 661 ss. Vedi 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 A. Burdese* (a cura di L. Garofalo), Padova 2003, pp. 61 ss. e una *Antologia di testi romanistici lapiriani*, distribuita in occasione del Convegno *La cattedra stramento sacro. "Incontro dei romanisti"*, Roma 2004; P. CATALANO, *Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano, in Famiglia et vita*, Città del Vaticano, X, 2, 2005, pp. 83 ss.; M. P. BACCARI, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, cit., pp. 41 ss.; *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Torino 2006. Anzi, a tal proposito, ricordiamo le parole di Norberto Bobbio, "Intervista" apparsa sul *Corriere della sera*, 8 maggio 1981, ripubblicata su *Avvenire*, 11 gennaio 2004, p. 22: «il diritto del concepito può essere soddisfatto soltanto lasciandolo nascere»; «mi stupisco che i laici lascino ai credenti l'onore di affermare che non si deve uccidere».

⁴¹ Vedi *supra*: l'art. 339 del Codice civile del 1942 è stato abrogato dall'art. 159 della legge 19 maggio 1975, n. 151, la cosiddetta "Riforma del diritto di famiglia". L'ultimo comma dell'art. 235 della citata legge dispone inoltre: «dalla stessa data [dall'entrata in vigore della legge] il curatore del nascituro cessa di diritto dal suo ufficio».

to da tutelare». ⁴² Il giudice avrebbe invece dovuto evitare tale argomentazione, certamente erronea, trovando strumenti di tutela della vita in forza di una maggiore attenzione ai principi e a quella giurisprudenza costituzionale secondo la quale la vita va tutelata dal suo inizio.

Sarebbe stato opportuno valorizzare le decisioni della Corte costituzionale e, in particolare, quelle che rinvergono nella Costituzione il fondamento delle norme ordinarie di tutela del concepito (sentenza n. 35 del 1997, rel. Vassalli vedi *supra*).

5. XXI secolo in Argentina "el tutor de los embriones"

Da più parti si avverte la necessità ⁴³ di ricorrere ad uno strumento antico per difendere colui che i Romani chiamavano *homo* e che oggi nella legge 40 del 2004 viene chiamato concepito e considerato "un soggetto di diritto". ⁴⁴

⁴² A commento di tale pronuncia (Trib. Minori Trieste, 26 novembre 1997 e App. Trieste, Sez. minori, 24 dicembre 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1999, pp. 110 ss.) vedi P. ZATTI, "La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto", in *La tutela dell'embrione* (a cura di G. Biscontini e L. Ruggeri) Napoli 2002, p. 131, il quale rileva correttamente che il feto non difetta «della qualità di uomo né di una soggettività relativa ai diritti fondamentali». Egli però perviene poi alla erronea conclusione che «il vero ostacolo è la sua irraggiungibilità: il feto è al di là di una soglia – quella del corpo materno – che il diritto non varca con misure coercitive»; del pari erronea è l'affermazione che «l'affidamento del feto, investendo un soggetto di autorità per la cura della persona del nascituro, porrebbe la donna incinta in istato di soggezione a potestà, per quanto attiene alle sue più personali esigenze: la gestione del corpo, lo stile di vita, e così via» e che conseguentemente, in tale prospettiva, gli interventi del giudice risulterebbero un'esagerata intromissione nel privato della donna incinta; il giudice finirebbe, secondo l'a. per configurarsi come un "grande fratello". Per la critica alle affermazioni di Zatti sull'abrogazione del curatore al ventre vedi, F. D. BUSNELLI, "La tutela giuridica dell'inizio della vita umana", in AA. VV., *La tutela giuridica della vita prenatale*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza Lumsa (a cura di Riccardo Rossano e Salvatore Sibilla), Torino 2005, pp. 35 ss.

⁴³ Vedi *infra* in America del Nord la recente la notizia della nomina da parte del governatore della Florida, Jeb Bush, di un *curator ventris*.

⁴⁴ M. P. BACCARI, "Il concepito: un concetto antico per il terzo millennio", in AA. VV., *La tutela giuridica della vita prenatale*, cit., pp. 1 ss. Vedi, anche per precisi riferimenti ad altri autori e alla giurisprudenza, F. D. BUSNELLI, "La tutela giuridica dell'inizio della vita umana", *ibid.*, pp. 35 ss.; *Id.*, "L'inizio della vita umana", in *Rivista di diritto*

Conformemente alle disposizioni del Codice civile argentino ⁴⁵ che, basandosi sui principi romanistici, ⁴⁶ considerano persona il concepito, il potere giudiziario, certamente più sensibile del nostro, nel 2004 ha creato "el tutor de los embriones" ("Tutore degli embrioni ed ovociti crioconservati").

Questa istituzione del tutore degli embrioni ed ovociti pronucleati umani crioconservati ⁴⁷ è senza precedenti diretti in nessun altro Paese, ma trae evidentemente spunto, almeno nel suo profilo generale, dalla figura del *curator* romano. La differenza più evidente rispetto al modello antico sta nella circostanza che «la tutela degli embrioni crioconservati in Argentina è stata pen-

civile, a. 50 (2004), 4, Parte I, p. 561: «Invero, senza doverci attardare nel rimpiangere la frettolosa eliminazione del *curator ventris*, se ne potrebbero forse "risuscitare" almeno in parte gli obiettivi utilizzando le ampie aperture offerte dalle norme recentemente introdotte nel codice civile per "la protezione contro gli abusi familiari" (artt. 342-bis e 342-ter) al fine di estendere a favore del figlio nascituro la possibile adozione dei "provvedimenti più opportuni" (non ulteriormente specificati: art. 342-ter, comma 4), per determinare le modalità di attuazione di un "ordine di protezione" adeguato alla "singolarità della situazione di gravidanza"».

⁴⁵ I principi romani sono stati mantenuti, almeno in parte, in molti codici: esplicitamente ad es. nel Codice civile dell'Impero d'Austria, nel *Código civil* della Repubblica Argentina (redatto nella seconda metà del XIX secolo dal grande romanista Dalmacio Vélez Sársfield). Il brocardo medievale *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodo eius agitur* è oggi ben presente a giuristi e giudici, nello scontro fra sistemi giuridici, ad esempio, nel Québec e nel Brasile: vedi, per approfondimenti, P. CATALANO, "Il concepito 'soggetto di diritto' secondo il sistema giuridico romano", cit., pp. 83 ss. Cfr. la continuità dell'uso, almeno gaiano, del termine *persona* per il concepito: "persona per nacer" nel *Código civil* dell'Argentina, redatto dal romanista Dalmacio Vélez Sársfield; G. LO CASTRO, "La persona fra diritto e ontologia nell'ordinamento canonico e in quello argentino", in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, aprile-maggio 1987, pp. 720 ss. (spec. p. 731).

⁴⁶ Vedi A. DIAZ BIALET, *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX)* y Dalmacio Vélez Sársfield autor del *Código Civil Argentino (1864-1869)*, in *Studi Sassaresi*, serie III, vol. V, Milano 1981, pp. 251 ss.; cfr. *Roma e America*, 10, 2000, p. 283.

⁴⁷ Relazione tenuta il 15 giugno 2005 al Corso di Alta formazione in Diritto romano, diretto dal professor Pierangelo Catalano, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma, da R. D. RABINOVICH-BERKMAN, "Il curatore degli embrioni", in *Avvenire*, 16 giugno 2005, p. 4; *Id.*, voce "Argentina", in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica* (a cura di E. Sgreccia - A. Tarantino), I, Napoli 2009, pp. 612 ss.; vedi anche *Persona. Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, <http://www.revistapersona.com.ar>.

sata solo in un'ottica "privata". Il tutore, infatti, è stato designato unicamente come rappresentante legale dei nascituri congelati, mentre è rimasta in ombra la rilevanza delle sue funzioni anche sul piano dell'interesse pubblico». Ciò certamente ha concorso, insieme ad alcune carenze strutturali non trascurabili – come la mancata attribuzione del potere di effettuare interventi diretti – alla breve durata dell'esperienza, conclusasi nel giugno del 2006 a seguito dell'accoglimento delle dimissioni presentate dal tutore degli embrioni ed ovociti crioconservati, senza che sia seguita una nomina sostitutiva.

6. Alcune considerazioni

Le astrazioni sempre maggiori delle elaborazioni dottrinali contemporanee, di derivazione codicistica, hanno eliminato la concretezza del rapporto naturale, ad esempio, tra *qui in utero est* e *homo*.⁴⁸ Conseguentemente ci troviamo sovente a dover affrontare situazioni scabrose e ingarbugliate che richiederebbero grande lucidità per poter dare immediata tutela al più debole.

I giudici, alla luce dei principi generali del diritto, inteso come sistema giuridico di derivazione romana (*ars boni et aequi*), e nonostante le "deviazioni" dell'ordinamento italiano, dovrebbero utilizzare uno strumento antico che ancora oggi adempie alla funzione di tutela del concepito, della donna, della *res publica*: il *curator ventris*.

Per evitare che il campanello d'allarme si trasformi, ancora una volta, in una campana a morto e che tra qualche decennio un qualsiasi personaggio ponga la domanda dove era la società civi-

⁴⁸ F. D. BUSNELLI, "Persona e sistemi giuridici contemporanei", in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 1, 1996, pp. 137 ss.: «tra uomo e persona si introduce ... lo schermo della capacità giuridica (Rechtsfähigkeit). L'uomo-persona cessa di essere tale per diventare soggetto giuridico, soggetto ad una norma che può anche riconoscerlo»; *ib.*, "Vita umana (e sue 'nuove' frontiere)", in *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino 2001, pp. 267 ss.

le e/o la *ecclesia* quando venivano perpetrati atroci delitti nei riguardi di silenti protagonisti della vita (uomini concepiti, uomini ebrei, uomini negri, uomini in coma etc.) da parte dei giuristi, deve essere fatto un monito ai legislatori, ai giudici perché si sveglino dal torpore mentale e abbandonino concezioni fattualiste o stati emozionali (e non tentino di creare una sorta di neuro-diritto⁴⁹) difendano i principi avendo ben presente che, ad esempio, il sistema giuridico religioso romano,⁵⁰ anche pre-cristiano, senza gli strumenti perfezionati della tecnica dell'oggi tutelava i propri cittadini: uomini donne concepiti e *res publica*.

In America del Nord è attuale la notizia della nomina da parte del governatore della Florida, Jeb Bush, di un *curator ventris*, per proteggere il concepito di una donna "incapace di intendere e di volere", per la quale si stava autorizzando la pratica dell'aborto.⁵¹

In chiusura e a conferma che l'unica voce autorevole, che si erge oggi in difesa dei principi nello smarrimento cosmico, è

⁴⁹ AA.VV., *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino 2011.

⁵⁰ «Il sistema romano antico, sia precristiano sia cristiano, non conosce l'"isolamento" (*Isolierung*) del diritto rispetto alla morale o alla religione, che caratterizza le società contemporanee»: vedi P. CATALANO, *A proposito dei Seminari "Da Roma alla Terza Roma"*, in *Index* 23, 1995, p. 459 e *ib.*, *Elementi romani della cosiddetta laicità*, *ibid.*, pp. 479 ss.; M.P. BACCARI, *Imperium e sacerdotium*: a proposito di universalismo e diritto romano, in *Le sfide del diritto. Studi in onore del Cardinale Agostino Vallini*, Soveria Mannelli 2009.

⁵¹ In generale è da ricordare che è stata approvata recentemente negli Stati Uniti d'America una legge federale che riguarda la "protezione del concepito". Si tratta dell'Unborn Victims of Violence Act, nota come "Laci and Conner's Law" (18, *United States Code*, § 90 A). In particolare tale legge riguarda colui che è nell'utero e conseguentemente prende in considerazione l'inizio della vita dal concepimento. È introdotto un Capo dal titolo "Protection of unborn children", nel quale si riconosce, in caso di omicidio di una donna incinta, l'esistenza di un duplice reato: quello contro la madre e quello contro il bambino. In altre parole nella linea della tutela della vita fin dal concepimento si è deciso che ad ogni bambino nato o non ancora nato (*child in utero*) deve essere data una tutela giuridica. Il "feto" è riconosciuto come "persona distinta dalla madre che lo porta in grembo". In ultima analisi la legge riconosce che la vita della persona ("dell'*homo sapiens*") inizia nel momento del concepimento.

quella dei Pontefici romani:⁵² voglio ricordare un intervento di S. S. Paolo VI il quale, quasi quaranta anni or sono, fece ai giuristi un esplicito riferimento, sottolineandone l'importanza, all'istituto del *curator ventris*, citando i passi del Digesto di Giustiniano. Il 9 dicembre 1972 Paolo VI pronunciava un *Discorso*, in occasione del *Convegno Nazionale dei giuristi cattolici* sul tema dell'aborto e stimolava i giuristi ad approfondire questo antico istituto. Il S. Padre, dopo aver ricordato che si trattava di un argomento "di grande interesse ed attualità, molto discusso, ma assai spesso male impostato e trattato" aggiungeva: «correttamente voi, perciò, avete dato ad esso la giusta impostazione di *difesa del diritto alla nascita*». ⁵³ Paolo VI affermò che «nella civiltà occidentale questa protezione del nascituro ha inizio ben presto, sebbene a scopi particolari. Come in favore di lui sono i risalenti istituti del "curator ventris" (Cfr. *Dig. 26, 27, 42*)». ⁵⁴

⁵² Mi sia consentito rinviare a "Principi del diritto romano e magistero dei Pontefici romani su *iustitia, libertas, veritas, caritas/amor* (a proposito della *Deus caritas est* e della *Caritas in veritate*)", in *Revista general de derecho romano*, 15, 2010. Sono quotidiani i richiami oggi di Benedetto XVI (ma di tutti i predecessori) ai governanti perché tutelino la famiglia, cellula originaria della società, fondata sul matrimonio tra l'uomo e la donna; la procreazione e cioè la tutela della vita dal concepimento alla morte naturale, l'educazione della prole. Su *sacerdotium e imperium* e sulla teoria giustinianea della "sinfonia" vedi M. P. BACCARI, *Imperium e sacerdotium*, cit.; da ultimo, sui principi non negoziabili vedi G. CREPALDI, *Il cattolico in politica. Manuale per la ripresa*, Siena 2010.

⁵³ Si legge nel discorso: «Non meno gravi, poi, sono le ragioni di diritto sociale, oggi particolarmente valide e di più stretta competenza di voi giuristi. Se, come ammonisce il Concilio, «Dio, padrone della vita, ha affidato agli uomini l'altissima missione di proteggere la vita: missione che deve essere adempiuta in modo degno dell'uomo» (*Gaudium et Spes*, 51), su ogni uomo, sulle comunità intermedie (a cominciare dalla famiglia) e soprattutto sulla comunità politica poggia questa missione, che è a un tempo *dovere* e *potere*. Se lo Stato sociale contemporaneo va assumendo sempre più anche su di sé questo compito di protezione e di promozione della vita umana in modo degno dell'uomo, e ciò in conformità delle *Dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo e del fanciullo*, nessun dubbio che tale protezione debba avere inizio, non dalla nascita o dalla maggiore età della persona umana, ma sin dal concepimento, come quello che è l'inizio di un solo ed univoco processo vitale, che si conclude nella nascita di un nuovo essere umano».

⁵⁴ Si riporta il frammento del *Discorso* di Paolo VI, riguardante il *curator ventris*: «Come in favore di lui sono i risalenti istituti del «curator ventris» (Cfr. *Dig. 26, 27, 42*), della mutazione delle successioni e della revoca delle donazioni, così oggi le disposizioni sul trattamento di favore fatto alle donne incinte, in caso di arresto o di condanna penale,

L'invito non solo è rimasto pressoché inascoltato ma anzi, fatta eccezione per una strenua difesa da parte di alcuni parlamentari (v. *supra*) ha subito le vicende sopra descritte, depennato perfino dai manuali di diritto privato.

Nelle Linee guida del 2004 e del 2008 voglio sottolineare che a proposito dell'attività di consulenza che deve essere prestata si dice che: «L'operatore che offrirà la consulenza dovrà discutere con tutti i soggetti coinvolti le implicazioni del trattamento: per se stessi; per i propri familiari, inclusi figli già esistenti o figli futuri, e per la società; per ogni figlio o figli che verranno»; è, dunque, stata presa in considerazione la necessità di dare voce non solo al concepito ma anche alla società. Chi difende la società? Chi dà voce alla società? Una soluzione potrebbe essere quella di istituire il "Garante degli embrioni", una sorta di difensore civico dell'embrione, con il compito di difenderlo sul modello del *curator ventris*.

Di grande interesse, in questa prospettiva, appare una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (18 ottobre 2011 - Causa C-34/10, Oliver Brüstle / Greenpeace), depositata mentre questo volume andava in stampa. In essa si afferma il principio che l'embrione, sin dal concepimento, è "essere umano" e che, come tale, gode della dignità propria di tutti gli uomini, principio fondamentale e fondante dell'Unione europea.

dimostrano non solo l'interesse pubblico alla vita del concepito, ma che a lui lo stesso diritto positivo riserva dei *diritti*. Come negare, allora, che egli abbia sin dal primo istante di vita quella titolarità di diritti che oggi – ben distinta dalla semplice capacità di agire – coincide con lo stesso concetto giuridico di persona? Ora, il primo e più fondamentale dei diritti dell'uomo è quello alla vita, ossia alla protezione della sua vita; e nessuno può avere un diritto contrario, quando si tratta di un innocente. Più debole è il soggetto, più bisognoso di protezione egli è, e più incombe a tutti il dovere di proteggerlo, massimamente alla madre, finché lo ha nel suo seno».