

MARIA PIA BACCARI

SETTE NOTE PER LA VITA

Excerptum ex *Studia et Documenta Historiae et Iuris*
LXX - 2004

ROMAE
PONTIFICIA UNIVERSITAS LATERANENSIS

SETTE NOTE PER LA VITA

Il diritto romano difende la vita umana fin dal concepimento. I giuristi romani adoperavano, in riferimento al concepito, una terminologia assai concreta e semplice quale, ad esempio, *qui in utero est, conceptus, partus, venter*¹, e non mere astrazioni concettuali², usate oggi comunemente dalla dottrina o dai legislatori quali, ad esempio, diritto soggettivo, soggetto di diritto, personalità giuridica, capacità giuridica, capacità di agire che ci allontanano inevitabilmente dalle «*res humanae*» e sono difficili da capirsi dai non addetti ai lavori³!

Nella terminologia della tradizione romanista da Gaio al Codice civile argentino il termine *persona* viene usato anche in riferimento al concepito⁴.

Giorgio La Pira, in un articolo pubblicato nel 1975, intitolato *L'aborto non è soltanto l'uccisione di un nascituro ma uno sconvolgimento nel piano della storia*, richiamava il principio proprio della giurisprudenza romana del tempo augusteo, codificato nel Digesto, secondo cui «i concepiti sono da consi-

⁹⁹⁹ Dedico queste note al prof. Gabrio Lombardi, nel X anniversario della scomparsa (4 aprile 1994), con gratitudine per l'esempio di vita dato a noi giovani degli anni '70. All'illustre romanista ben si attagliano le parole di Tertulliano: «Verrà un giorno in cui l'inchiostro degli scrittori sarà prezioso come il sangue dei martiri».

¹ Sulla terminologia romana vedi P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, 1, Torino 1990, 216 ss.; G. FONTANA, *Qui in utero sunt. Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino 1994.

² R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 404 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*, 2, Napoli 2000, 97 ss.; mi sia consentito un rinvio a M. P. BACCARI, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996, 3 ss.; *Concetti ulpianei per il «diritto di famiglia»*, Torino 2000, 6 ss.; 29 ss.; 90 ss.

³ In un documento firmato da alcuni scienziati si parla di «prodotto del concepimento», ladove qualsiasi donna incinta senza essere scienziato o giurista, anche se analfabeta, dice «aspetto un bambino».

⁴ P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, 1, cit. 195 ss.: «Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)»; M. GAYOSSO Y NAVARRETE, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Veracruz, 1992; M. G. PETRUCCI, «Quale status per il nascituro?» in *Rassegna di diritto civile* (1998), 462 ss.; P. FERRETTI, «Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di qui in utero sunt», in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur. Nuova serie* 13 (1999), 96 ss.; W. WALDSTEIN, «*Quelleninterpretation und status des nasciturus*», in *Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, München 2001, 513 ss. Vedi, da ultimo, T. MAYER-MALY, «*Das Menschenbild des Rechts*», in *AA. VV., Giovanni Paolo II Le vie della giustizia*, a cura di A. LOIODICE - M. VARI, Roma 2003, 359.

derare come già esistenti, già nati». Egli usa coerentemente il concetto di 'persona' ed afferma così il 'diritto alla vita' contro l'aborto⁵.

È allora evidente come il sistema giuridico-religioso romano, addirittura pre-cristiano, può, per certi aspetti, ancora oggi essere d'insegnamento all'uomo del terzo millennio, dimostrando quanto sia fallace la distinzione tra 'cattolici' e 'laici' che emerge ogni volta che si affrontano questi temi⁶. Anzi, a tal proposito, ricordiamo le parole di Norberto Bobbio, recentemente scomparso: «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»⁷!

Oggi, lasciato alle spalle un secolo caratterizzato dalle esaltanti conquiste della tecnologia e della scienza, ma anche dalla legalizzazione dei più atroci delitti contro l'uomo (dalle persecuzioni razziali all'aborto), è utile il pensiero dei giuristi romani i quali hanno tutelato la vita, con efficaci strumenti, senza le moderne tecnologie dell'oggi. Essi 'pre-vedevano' basandosi sui principi (anche al di là delle tecniche) laddove oggi faticosamente i 'legislatori' inseguono le tecnologie⁸.

Ecco dunque il senso di queste «sette note per la vita»: intendo richiamare, articolandoli in sette punti, quei principi⁹ e provvedimenti concreti con i quali *qui in utero est*, veniva preso in considerazione e tutelato, ed offrirli come spunti per una riflessione sull'essenziale esigenza che venga garantita, da parte dei giuristi, una effettiva difesa della vita fin dal momento del concepimento, senza lasciare che i nemici del concepito (dall'individualismo al positivismo al relativismo etico, che peraltro sembrerebbero coincidere con i nemici del diritto romano) adoperando una terminologia sempre più astratta nascondano con manipolazioni concettuali misfatti, o comunque, edulcorino situazioni antigiuridiche per sottrarsi al rigore del

⁵ *Prospettive* 7 (1975) 43, 1 ss.; cfr. *Di fronte all'aborto* in *L'Osservatore Romano*, 19-20 marzo 1976.

⁶ Utilissimi su questi temi, oggi di grande attualità, 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). Vedi P. CATALANO, «*Elementi romani della cosiddetta laicità*» in *Index 23 (Nel nome di G. La Pira)* (1995), 477; nello stesso volume anche la cronaca e il «Documento introduttivo» (P. CATALANO - P. SINISCALCO) 461 ss.; altresì vedi AA.VV., *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino imperatore tra Oriente e Occidente*, a cura di F. SINI e P. P. ONIDA, CNR, Progetto strategico sistemi giuridici del Mediterraneo, Torino 2003, 3 ss.

⁷ N. BOBBIO, «Intervista» apparsa sul *Corriere della sera* 8 maggio 1981, ripubblicata su *Avvenire*, 11 gennaio 2004, 22.

⁸ Recentemente è stata pubblicata in G.U. la legge 19 febbraio 2004 n. 40 (Norme in materia di procreazione assistita) che al Capo I «Principi generali» all'art. 1 «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito».

⁹ Mi sono avvalsa anche dei contributi pubblicati in AA.VV., *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, a cura di A. Tarantino, Milano 1996; AA.VV., *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, a cura di A. Tarantino, Milano 1997.

diritto, distogliendo l'attenzione, in questo momento, dalla 'persona' del concepito¹⁰.

1. — Terminologia e sistematica

- a) 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: 1. *qui in utero sunt* in 'quasi tutto' lo *ius civile* 'si comprende' che esistono, sono *in rerum natura* (D. 1.5.26); 2. *qui in utero est* è sempre considerato come se fosse nato (*in rebus humanis esse*) quando si tratti del suo vantaggio (*commodum*) (D. 1.5.7).
- b) Nel titolo VIII del Libro XXXXVIII, sotto la rubrica *ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* (legge emanata nell'81 a. C., che reprime gli omicidi) si dispone la pena dell'esilio per la donna che abbia volontariamente abortito (D. 48.8.8).
- c) Ancora nel Digesto, nell'ultimo libro, il L, nel titolo XVI, sotto la rubrica *de verborum significatione* si afferma l'esistenza autonoma di *qui in utero est* spiegando che 'è da comprendersi' (*intellegere*) che colui che è stato lasciato nell'utero, c'è realmente al tempo della morte (D. 50.16.153).

2. — Difesa del concepito

A) Vita

- a) *Qui in utero est* è considerato avente una 'vita autonoma' rispetto alla madre: una legge regia vieta di seppellire la donna morta in stato di gravidanza, prima che sia estratto il *partus* (D. 11.8.2).
- b) L'esecuzione della pena capitale contro una donna incinta deve essere differita ad un momento successivo al parto (D. 1.5.18; cfr. 48.19.3).
- c) Una donna incinta non può essere sottoposta a interrogatorio con tortura (*quaestio*) (D. 48.19.3; P.S. 1.12.4).
- d) L'accusa di adulterio contro la donna incinta deve essere differita affinché non si causi alcun pregiudizio al nato (D. 37.9.8).

B) Status (*libertà, cittadinanza etc.*)

- a) Lo *status* di libero e cittadino viene attribuito prendendo in consi-

¹⁰ Questo piccolo contributo riporta sinteticamente alcuni temi che ho analizzato in altri lavori più ampi, ai quali rinvio per i necessari approfondimenti e per la bibliografia, su *Concetti ul-pianeî per il «diritto di famiglia»* cit.; «*Il curator ventris tra storia ed attualità*», in *Annali 2001 Lumsa* (a cura di G. Giacobbe), Torino 2001, 43 ss.

- derazione il momento del concepimento ovvero, se più favorevole, qualunque momento tra concepimento e nascita (D. 1.5.5.2; 5.19).
- b) Il figlio di un senatore, benché il padre fosse morto prima della sua nascita (o anche privato del suo grado in vita) conservava sempre tutti i diritti che spettavano ai figli di un senatore (D. 1.9.7).

C) *Alimenti*

Qui in utero est riceve una tutela giuridica per l'interesse attuale e immediato al nutrimento, oggi diremmo: per un diritto agli alimenti¹¹.

L'esigenza di garantire il sostentamento al nascituro (*filia, plures filii, filius et filia*) è primaria, benché possa esservi incertezza sulla posizione giuridica di colui che nascerà: è meglio (*satius est*) che siano comunque dati gli alimenti anche a *qui exheredatus sit*, anziché far morire di fame *eum qui non sit exheredatus*. Ulpiano ribadisce questo principio riguardante la rilevanza dell'alimentazione al di là di ogni incertezza: «*quia sub incerto utilius est ventrem alii*» (D. 37.9.1.5).

3. - *Difesa della donna*

Quanto all'interesse della donna, si tratta in particolare della *dignitas* della donna ed anche, si direbbe, della di lei «qualità della vita».

Il *curator ventris* deve provvedere agli alimenti e alle altre necessità della madre (e del figlio D. 37.9.5); più precisamente deve dare alla donna *cibum, potum, vestitum, tectum*, anche al fine di tutelare la dignità 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.

Il concetto di *dignitas* è adoperato per definire quale debba essere il contenuto delle prestazioni dovute alla donna ed al concepito.

Ulpiano (D. 37.9.1.17) afferma che la donna «suole domandare» un curatore al ventre («*solet mulier curatorem ventri petere*»), il quale deve provvedere alle necessità di essa in un momento assai delicato della vita (incinta e vedova o divorziata)¹².

¹¹ R. LOTUFO, «*Investigação de paternidade e alimentos em favor do nascituro*», in *Index* 25 (1997) 201 ss.; in questo volume di *Index* vedi P. CATALANO, «*Premessa Scontri di sistemi giuridici*».

¹² Non coglie la *ratio* dell'istituto E. CANTARELLA, «*La vita delle donne*» in AA.VV., *Storia di Roma* 4, *Caratteri e morfologie* (a cura di E. GABBA e A. SCHIAVONE), Torino 1989, 596, secondo la quale «i Romani avevano escogitato un singolare sistema detto 'la custodia del ventre'. *Venter* come sappiamo era la donna incinta e il *curator ventris* era la persona incaricata di impedire alla donna di abortire». La confusione degli istituti della *cura ventris* e della 'custodia' *ventris* è qui evidente; parimenti infondata è la lettura di questi istituti in chiave di 'potere maschile'; cfr. della stessa A. Passato *prossimo*. *Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Milano 1996, 109; da ultimo, «*Famiglia e parentela*», in AA.VV., *Diritto privato romano. Un profilo storico* (a cura di A. SCHIAVONE), Torino 2003, 179; 209 s. Vedi più ampiamente il mio lavoro *Curator ventris* cit. 57 ss., anche riguardo alla confusione già presente nella dottrina nel XIX secolo.

4. – Difesa della res publica

Quanto all'interesse della *res publica*, l'«aumento» del popolo (*civitas augescens*) è principio ribadito sia nella giurisprudenza (*Digesta Iustiniani*) sia nella legislazione *civitas amplianda* (*Codex Iustinianus*)¹³.

I giuristi romani spiegano anche i motivi, concernenti non solo la *familia* e i *parentes* (genitori) ma anche e soprattutto la *res publica*, per i quali devono essere assicurati gli alimenti al concepito: persino rispetto al *puer natus* la causa del nascituro è più da favorirsi (*favorabilior causa partus*), poiché egli nasce non solo per i genitori, ma in verità anche per la *res publica* (D. 37.9.1.15).

5. – Curator ventris

Nel Digesto è riportato un lungo frammento di Ulpiano (libro XLI *ad edictum*) posto sotto la rubrica *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, nel quale vengono elencati i diversi compiti del *curator ventris* (D. 37.9.1).

La finalità della nomina di un *curator ventris* è quella di 'tutelare' la donna, il concepito e la *res publica*. Egli deve assicurare il rispetto delle modalità di adempimento delle prestazioni alimentari fino al momento della nascita. Pertanto la nascita è presa in considerazione, soltanto come termine entro il quale si esaurisce il compito del *curator ventris*.

Il *curator ventris* deve provvedere agli alimenti e alle altre necessità della madre e del figlio (vedi *supra* e D. 37.9.5).

Il *curator ventris* viene nominato dal magistrato del popolo Romano (D. 26.5.20). La preminente difesa dell'interesse pubblico o, per meglio dire, l'esigenza di pubblica difesa dei tre interessi, rispettivamente della *res publica*, della donna e del concepito, impone una siffatta nomina. È da evidenziare l'uso del termine *magistratus populi Romani*.

6. – Repressione dell'aborto

L'aborto è punito, con la pena dell'esilio, quando la donna volontariamente abortisce (D. 48.8.8). Questa prima repressione pubblica dell'aborto si ha in un rescritto degli imperatori di origine africana Settimio Severo

¹³ Mi sia consentito fare un rinvio al mio scritto «Il concetto giuridico di *civitas augescens*: origine e continuità», *Studi in memoria di Gabrio Lombardi*, in *SDHI*, 61 (1995) 759 ss. Da meditare le riflessioni di G. OPPO, «Declino del soggetto e ascesa della persona», in *Rivista Diritto civile*, (2003), 829 ss. a proposito della *iuris societas civium*: «come comunione di diritto, avente la capacità di allargarsi al di là delle differenze territoriali, etniche e religiose» e della 'corrispondente' *civitas amplianda*... «meglio che quello pomponiano di *civitas augescens*, concetto quest'ultimo che sa piuttosto di allargamento della sfera di azione di un diritto dato» (p. 835). L'attenzione dell'illustre Maestro per questi temi risale ad anni assai lontani: vedi il saggio «Note sull'istituzione di non concepiti», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1948) 66 ss.

e Antonino Caracalla (D. 47.11.4; 48.19.39); è significativo che proprio questo imperatore abbia 'aumentato' la *civitas* concedendo la cittadinanza romana a *qui in orbe Romano sunt* (D. 1.5.17).

7. - *Un brocardo medievale*

Conceptus pro iam nato habetur si de eius commodo agitur (il concepito si considera già nato quando è a suo vantaggio): questo brocardo medievale viene seguito in alcuni codici civili lontanissimi sia dal punto di vista geografico, sia dal punto di vista ideologico (Giappone, Cuba, Brasile)¹⁴.

Contro le semplicistiche affermazioni che il concepito non sarebbe mai stato riconosciuto come «persona in senso pieno» e che «il diritto romano garantiva poca protezione prima della nascita»¹⁵ ci sembra opportuno richiamare questi principi e chiudere con una sintesi della giurisprudenza classica fornita da Ulpiano quanto ai motivi per i quali il concepito deve essere alimentato: «non dubitiamo che il pretore debba venire in aiuto anche del concepito, tanto più che la sua causa è più da favorirsi che quella del fanciullo: il concepito infatti è favorito affinché venga alla luce, il fanciullo affinché sia introdotto nella famiglia; questo concepito infatti si deve alimentare perché nasce non solo per il genitore, cui si dice appartenere, ma anche per la *res publica*» (D. 37.9.1.15).

MARIA PIA BACCARI

¹⁴ J. HERRANZ, «Il diritto alla vita», in *Ius ecclesiae, Rivista internazionale di diritto canonico*, 9, 1997, pp. 547 ss.; per una critica ad una sentenza emanata dalla Corte Suprema del Canada e sul principio dei *commoda* del concepito vedi P. CRÉPEAU, «L'affaire 'Daigle' et la Cour suprême du Canada ou la méconnaissance de la tradition civiliste», in *Index* (25) 1997 145 ss.

¹⁵ Così la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nella ben nota decisione *Roe v. Wade* del 1973.