

# MATER FAMILIAS

## SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA**  
**JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK**  
**MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016



# **MATER FAMILIAS**

## **SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA**

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA  
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK  
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

*Supplements to The Journal of Juristic Papyrology* are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska  
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik  
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.  
Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*

**INDICE**

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK	
<i>Prefazione</i> .....	XIII
<i>Elenco delle opere di Maria Zabłocka</i> .....	XXIII
José Luis ALONSO	
<i>The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.</i>	
<i>Suet. Cal. 40 revisited</i> .....	3
Krzysztof AMIELAŃCZYK	
<i>In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)</i>	
<i>in the Archaic period</i> .....	23
Zuzanna BENINCASA	
<i>Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.</i>	
<i>vivai e riserve di caccia</i> .....	39
Witold BORYSIK	
<i>Roman principle</i>	
<i>Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest</i>	
<i>and the reasons of its modern rejection</i> .....	63
Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI	
<i>Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni</i> .....	85
Cosimo CASCIONE	
<i>Celso lettore di San Paolo?</i>	
<i>Una nota minima in tema di interpretazione</i> .....	101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i> .....	107
Božena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i> .....	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i> .....	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i> .....	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i> .....	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i> .....	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i> .....	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i> .....	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i> .....	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i> .....	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i> . . . . .	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i> . . . . .	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i> . . . . .	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i> . . . . .	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i> . . . . .	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i> . . . . .	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a &amp; IGR IV 743</i> . . . . .	425
Luigi LABRUNA	
<i>«Necessaria quanto la giustizia ...»</i>	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i> . . . . .	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i> . . . . .	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i> . . . . .	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i> . . . . .	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i> . . . . .	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i> .....	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i> .....	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i> .....	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i> .....	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i> .....	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i> .....	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i> .....	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i> .....	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i> .....	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i> .....	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i> .....	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i> .....	725



Michal SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i> .....	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i> .....	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i> .....	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i> .....	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i> .....	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i> .....	909
Paulina ŚWIECICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i> .....	935
Adam ŚWIEŃTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i> .....	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i> .....	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i> .....	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i> .....	1039

Andreas WACKE

- Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks  
im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?  
Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium* ..... 1069

Jacek WIEWIÓROWSKI

- Deformed child in the Twelve Tables* ..... 1157

Witold WOŁODKIEWICZ

- Apices iuris non sunt iura* ..... 1177

Karolina WYRWIŃSKA

- Functionality of New Institutional Economics  
in research on Roman law* ..... 1187

Jan ZABŁOCKI

- Il concetto di mater familias in caso di arrogazione* ..... 1199

*Mater Familias*  
*Scritti per Maria Zabłocka*  
pp. 597–617

Piotr Niczyporuk

**LA CAPACITÀ GIURIDICA E LA TUTELA  
DEL NASCITURO NELLA ROMA ANTICA**

NELLE DISCUSSIONI MODERNE concernenti lo stato giuridico del concepito, svoltesi in gran parte in occasione di dibattiti intorno alla problematica dell'aborto, spesso ci si riferisce al diritto romano al fine di corroborare le proprie tesi. Presso gli antichi Romani, l'idea della continuazione della famiglia<sup>1</sup> attraverso la prole<sup>2</sup> veniva vista come una neces-

<sup>1</sup> Th. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, Wien 1934, pp. 52–54. Più recentemente cfr. J. ZABŁOCKI, *Kompetencje patres familias i zgromadzeń ludowych w sprawach rodziny w świetle «Noctes Atticae» Gelliusa* [Le competenze dei *patres familias* e delle assemblee popolari nelle questioni familiari alla luce delle *Noctes Atticae* di Gellio], Warszawa 1990, pp. 68–88; M. KURYŁOWICZ, «Kontynuacja rodziny w państwie i prawie rzymskim okresu republiki» [La continuazione della famiglia nello stato e nel diritto romano del periodo repubblicano], [in:] *'Divina et humana'*, Lublin 2001, pp. 125–133 con la letteratura *ivi* citata; Renata ŚWIRGOŃ-SKOK, «Kategoria spadkobierców koniecznych (*heredes necessarii*) jako przykład zapewnienia ciągłości w rodzinie rzymskiej w okresie prawa klasycznego» [Gli eredi necessari come esempio dell'assicurazione della continuità della famiglia romana nel diritto classico], *Studia Iuridica Lublinensia* 14 (2010), pp. 135–146. Cfr. H. KUPISZEWSKI, «Porzucanie dziecka w prawach antycznych» [L'abbandono dei bambini nei diritti antichi], «Meander» 11 (1956), pp. 57–67.

<sup>2</sup> Orsolya M. PÉTER, «Liberorum quaerundorum causa – l'image de la mariage à Rome antique, ideale du mariage et de la filiation á Rome», *RIDA* 38 (1991), pp. 285–331; EADEM, «L'image idéale du mariage et de la filiation á Rome», [in:] *Le droit de la famille en Europe* –

sità ma anche come l'obbligo morale del cittadino ed era una visione profondamente radicata.<sup>3</sup> Le concezioni moderne hanno ispirazioni varie e nature diverse e per tal motivo difficilmente possono essere confrontate col diritto romano antico. La problematica della tutela del concepito nella Roma antica non riguardava i figli che dopo la nascita rientravano sotto la potestà del padre, né i figli extramatrimoniali, che non potevano essere sottoposti a tale potestà, ma veniva trattato il particolare caso di un figlio che dopo la nascita poteva rientrare sotto la potestà del proprio padre nel caso in cui tale padre fosse stato ancora vivo e sposato con sua madre. Il problema cruciale, sin dai tempi arcaici, rimaneva quindi la problematica della soggettività giuridica del concepito e di conseguenza della sua tutela nell'ordinamento giuridico.

Nel corso della storia la letteratura romanistica ha offerto diverse idee concernenti la capacità giuridica del concepito. Secondo una di esse, il *nasciturus* non era un essere umano ma solo una qualche parte del corpo materno, per cui esso non esisteva né nel mondo reale, né nell'ordine delle cose umane – *non in rerum natura, non in rebus humanis*.<sup>4</sup> Altro orientamen-

*son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg 1992, pp. 363-373 ; Maria Pia BACCARI, *Matrimonio e donna* I: Concetti ulpiane, Torino 2012, p. 71; P. NICZYPORUK, «Zawarcie małżeństwa *liberorum procreandorum causa* w prawie rzymskim» [La conclusione del matrimonio *liberorum procreandorum causa* in diritto Romano], *Zeszyty Prawnicze* 14.3 (2014), pp. 193-220.

<sup>3</sup> P. SALMON, *Population et dépopulation dans l'Empire romain*, Bruxelles 1974, pp. 40-42; Mireille CORBIER, «Les comportements de l'aristocratie romaine (II<sup>e</sup> siècle av. J.C.-III<sup>e</sup> siècle ap. J.C.)», *Annales: Economies, Sociétés, Civilisations* 42 (1987), pp. 1267-1285; Eva CANTARELLA, «La vita delle donne», [in:] A. SCHIAVONE (ed.), *Storia di Roma* IV, Torino 1989, pp. 561; M. BÉNABOU, «Pratique matrimoniale et représentation philosophique: le crépuscule des stratégies?» [in:] J. ANDREAU & H. BRUHNS (ed.), *Paternité et stratégies familiales dans l'antiquité romaine*, Rome 1999 pp. 130-137; Danielle GOUREVITCH, «Se marier pour avoir des enfants: le point de vue médecin», [in:] *Paternité et stratégies familiales dans l'antiquité romaine*, pp. 139-151; Suzanne DIXON, *The Roman Family*, Baltimore 1992, pp. 61-63; Susan TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford 1991, pp. 37-40; W. SUDER, «*Kloto, Lachesis, Atropos*. Studia społeczno-demograficzne i medyczne z historii starożytnego Rzymu» [*Kloto, Lachesis, Atropos*. Gli studi socio-demografici e medici della storia della Roma antica], *Acta Universitas Wratislaviensis* 1676, *Historia* 120 (1994), p. 26; IDEM, «*Census populi*. Demografia starożytnego Rzymu» [*Census populi*. La demografia della Roma antica], *Acta Universitas Wratislaviensis* 2467, *Historia* 160 (2003), p. 184.

<sup>4</sup> M. KASER, *Das Römische Privatrecht* I, München 1971 (2a ed.), p. 250, K. HACKL, «Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt», *ZRG RA* 90 (1973), pp. 105-149.

to partiva dall'idea che il nascituro sin dal momento del concepimento dovesse avere una soggettività giuridica piena in quanto persona vivente nel ventre materno e quindi dovesse godere di una tutela uguale a quella spettante a una persona già nata.<sup>5</sup> Secondo i sostenitori di quest'ultima

Cfr. S. RUBIN, «Der nasciturus als Rechtssubjekt im talmudischen und römischen Rechte», *ZVR* 20 (1907), pp. 119-159; E. ALBERTARIO, «*Conceptus pro iam nato habetur*. Linee di una ricerca storico-domatica», [in:] *Studi di diritto romano* 1, Milano 1933, pp. 3-60; F. S. MARANCA, «Intorno al fr. 7 Dig. 1, 5 de statu hominum», *BIDR* 13 (1934), pp. 238-267; M. BARTOŠEK, «La spes en droit romain», *RIDA* 2 (1948), pp. 24-26; M. BALLESTRI FUMAGALLI, «*Spes vitae*», *SDHI* 49 (1983), pp. 337-358; Orsolya M. PÉTER, «*Nasciturus pro iam nato habetur* – A magzat pozíciója és a magzatelhajtás a római jogban», *Jogtudományi Közlöny* 7-8 (1991), pp. 177-183; IDEM, «*Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem* – un caso particolare dell'aborto», *SDHI* 58 (1992), pp. 215-229; IDEM, «Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'Antichità», [in:] *Actes de la XLV<sup>ème</sup> Session de la Société Internationale «Fernand de Visscher» pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité: Questions de Responsabilité*, Miskolc 1993, pp. 239-259; IDEM, «*Nasciturus, venter, partus, qui nasci speratur* – a méhmagzat “kiléte” a római jog forrásában», [in:] *Ünnepi tanulmányok VI. «Dum spiro doceo»*, Huszti Vilmos 85. születésnapjára, Miskolc 2000, pp. 41-54; G. FONTANA, *Qui in utero est. Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino 1994, *passim*; A. WACKE, «*Conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*», [in:] M. BĄCZYK, J. A. PISZCZEK, Ewa RADOMSKA & M. WILKE (ed.), *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, pp. 615-623; S. LEONE, «The ancient roots of a recent debate», [in:] *Identity and Statute of Human Embryo. Proceedings of Third Assembly of the Pontifical Academy for Life*, Vatican 1998, pp. 28-47; P. FERRETTI, «Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di *qui in utero sunt*», *Annali dell'Università di Ferrara-Scienze Giuridiche* 13 (1999), pp. 100-127; Maria Vittoria SANNA, «*Conceptus pro iam nato habetur* e nozione di frutto», [in:] *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno. Cagliari, 13-14 ottobre 2000. Serie I (Giuridica)*, Torino, 2003, pp. 217-269; IDEM, «*Spes nascendi – spes patris*», *AUPA* 40 (2012), pp. 519-552; Claudia TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009, pp. 35-39; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur»*. (Fondamenti arcaici e classici), Milano 2009, pp. 7-50; Francesca LAMBERTI, «Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne», [in:] EADEM, N. DE LISO, E. STICCHI DAMIANI & G. VALLONE, *Serta iuridica. Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a F. Grelle* 1, Napoli 2011, pp. 303-364.

<sup>5</sup> W. WALDSTEIN, «Zur Rechtsstellung ungeborener Kinder», [in:] H. VON SCHAMBECK (ed.), *Kirche und Staat. Festschrift für F. Eckertzum 65. Geburtstag*, Berlin 1976, pp. 779-513; IDEM, «Zur Stellung des nasciturus im römischen Recht», [in:] *A bonis bona discere. Festgabe Janos Zlinszky*, Miskolc 1998, pp. 41-61; IDEM, «Quellentinterpretation und status des nasciturus», [in:] *Status Familiae. Festschrift für Andreas Wacke*, München 2001, pp. 518-529 (cfr. W. WALDSTEIN, «Problem interpretacji źródeł a status dziecka w łonie kobiety (*nasciturus*)» [Il

interpretazione bisogna avere un'approccio molto critico al testo ulpiano del *D. 25.4.1.1*: «partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum», sul quale si basa la prima teoria sopra citata, secondo cui il nascituro per i giuristi romani costituì unicamente una parte del corpo materno e non avesse quindi rilevanza giuridica autonoma.<sup>6</sup>

A tal punto conviene analizzare il testo di Ulpiano inserito dai compilatori nel quarto titolo *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* del libro venticinque del Digesto:

problema dell'interpretazione delle fonti e lo *status* del feto nel grembo materno (*nasciturus*), *Zeszyty Prawnicze* 6.2 [2006], pp. 7–32); IDEM, «Ist der *partus* bloßer Teil des Mutterleibs?» [in:] M. J. SCHERMAIER (ed.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln 2002, pp. 837–851; IDEM, «War der Embryo nach Ulpian *D. 25.4.1.1* rechtlich ein bloßer Teil des Mutterleibs?», *Forum Katholische* 22.1 (2006), pp. 12–26; IDEM, «Zur Stellung ungeborener Kinder im römischen Recht», [in:] Ewa SOWIŃSKA, Elżbieta SZCZURKO, T. GUZ & P. MARZEC (ed.), *Dziecko. Studium interdyscyplinarne*, Lublin 2008, pp. 139–152 (Cfr. W. WALDSTEIN, «O pozycji nienarodzonego dziecka w prawie rzymskim» [Sullo *status* del concepito nel diritto romano], *ibidem*, pp. 153–168); E. KOCH, «Der *nasciturus* als Rechtsgut. Historische Lehren und Begründungen», [in:] L. BURGMANN, Marie Theres FÖGEN & A. SCHMINCK (ed.), *Cupido legum*, Frankfurt a. Main 1985, pp. 88–98; M. ROLA, «Ochrona nienarodzonych w prawie rzymskim» [La tutela dei nascituri nel diritto romano], *Prawo Kanoniczne* 30.1–2 (1987), pp. 287–288; P. CATALANO, «Osservazioni sulla *persona* dei nascituri alla luce del diritto romano (Da Giuliano a Tiexeira de Freitas)», *Rassegna di diritto civile* 1 (1988), pp. 45–65 = IDEM, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano* 1, Torino, 1990, pp. 195–221; IDEM, «Il nascituro tra diritto romano e diritti statali», [in:] A. TARANTINO (ed.), *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, Milano 1996, pp. 90–91; IDEM, «Vigenza dei principi del diritto romano riguardo ai diritti dei nascituri», [in:] A. TARANTINO (ed.), *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro, diritti del nascituro*, Milano 1997, pp. 134–136; E. SUGIER, *Matrimonio w świetle pozapaństwowych przepisów prawnych. Przygotowanie, jego trwałość, potomstwo* 1. *Kościół katolicki* [Il matrimonio alla luce dei regolamenti giuridici non statali 1. La chiesa cattolica], Koszalin 1997, pp. 124–125; A. GOMES-IGLESIAS CASAL, «*Nasciturus* el *status* jurídico del concebido», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 9–10 (1997–1998), pp. 283–319; J. M. BLANCH NOUGUÉS, «Der Ungeborene (*nasciturus*) im römischen, spanischen und iberoamerikanischen Recht. Ein Wertungsproblem im Lichte der Rechtstradition», *OIR* 6 (2000), pp. 115–123; Maria Pia BACCARI, «Concetti ulpiane per il diritto di famiglia», Torino 2000, p. 112; EADEM, «Sette note per la vita», *SDHI* 70 (2004), pp. 507–512; EADEM, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Torino 2006, pp. 4–10; EADEM, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la respublica. Tra storia e attualità*, Torino 2012, pp. 39–42.

<sup>6</sup> WALDSTEIN, «Quellentinterpretation und *status* des *nasciturus*» (cit. n. 4), p. 513.

*D. 25.4.1 pr.-5 (Ulp. 34 ed.):* Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: «Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. Et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. Si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit. 1. 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. Post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti». Extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit. 2. Secundum quod rescriptum evocari mulier ad praetorem poterit et apud eum interrogari, an se putet praegnatem, cogendaque erit respondere. 3. Quid ergo, si non responderit aut non veniat ad praetorem? Numquid senatus consulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? Sed finge non esse eo contentum maritum, qui se patrem potius optet quam carere filio velit. Cogenda igitur erit remediis praetoris et in ius venire et, si venit, respondere: pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel multis coercenda. 4. Quid ergo, si interrogata dixerit se praegnatem? Ordo senatus consultis expositus sequetur. Quod si negaverit, tunc secundum hoc rescriptum praetor debet obstetrices adhibere. 5. Et notandum, quod non permittitur marito vel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a praetore adhibendae sunt.

Il giurista ha analizzato il caso risalente all'epoca del regno degli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero (*temporibus divorum fratrum*), in cui un uomo dopo un divorzio era convinto che la sua ex moglie avesse in grembo la sua prole, mentre la ex moglie lo negava. Il conflitto doveva essere risolto dal pretore urbano Valerio Prisco e quest'ultimo si rivolse agli

imperatori per richiedere la loro risposta attraverso un rescritto («divorum fratrum ... rescripserunt»).

Il rescritto imperiale volto alla risoluzione di questa disputa tra gli exconiugi imponeva la verifica della gravidanza tramite la *inspectio ventris*.<sup>7</sup> Ulpiano aggiunge a riguardo: «nec immerito», perché nel caso analizzato (*D.* 25.4.1 *pr.*) non si trattava della protezione dei diritti della donna o dei diritti del figlio,<sup>8</sup> ma solo del interesse del eventuale padre che nel caso in cui fosse stata verificata la gravidanza della ex-moglie, poteva assicurarsi sia la continuità della famiglia che il diritto di proteggere la propria prole.<sup>9</sup>

Se la donna dopo il divorzio esperiva l'azione contro l'ex marito lo faceva innanzitutto per costringerlo a riconoscere il figlio non ancora nato. Questo poteva accadere sia nella situazione in cui la donna fosse realmente incinta e non fingesse la gravidanza sia nella situazione in cui negasse di essere gravida. In quest'ultima situazione il marito aveva a disposizione alcuni strumenti legali grazie a cui poteva riconoscere il

<sup>7</sup> In tema dell'*inspectio ventris*, cfr. P. NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka poczętego w prawie rzymskim* [La tutela del concepito nel diritto privato romano], Białystok 2009, p. 82-91; IDEM, «Stwierdzenie ciąży (*inspectio ventris*) jako środek ochrony interesów dziecka poczętego w prawie rzymskim» [La verifica della gravidanza (*inspectio ventris*) come mezzo di tutela del nascituro nel diritto romano], *Miscellanea Historico-Iuridica* »9 (2010), pp. 29-40.

<sup>8</sup> WALDSTEIN, «Quellentinterpretation und status des nasciturus» (cit. n. 4), pp. 518-529.

<sup>9</sup> Il rescritto degli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero (*divi Fratres*) è stato emanato probabilmente per precisare e chiarire i regolamenti dell'*edictum de inspiciendo ventre custodiendoque partu*. Allo stesso fine serviva il commentario di Ulpiano. L'editto pretorio corretto tramite il rescritto e interpretato nei commentari dei giuristi, costituiva una regolazione completa del procedimento dell'*inspectio ventris*. La procedura della verifica della gravidanza è stata regolata nell'*edictum de inspiciendo ventre custodiendoque partu* e successivamente sviluppata nel rescritto dei *divi Fratres*. L'editto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* regolava il procedimento da applicarsi nelle situazioni in cui la donna dopo la morte del proprio marito dichiarasse di essere pregna. L'applicamento di tale procedura era necessario per ottenere la *bonorum possessio* dal pretore. Secondo l'editto poteva sottoporrsi la donna alle: *inspectio ventris*, *custodia ventris* e *custodia partus* per accertare il fatto della gravidanza e sorvegliare la donna fino al momento del parto. Nell'editto venivano anche trattate questioni riguardanti l'allevamento del bambino già nato. Cfr. P. NICZYPORUK, «Rzymskie regulacje prawne związane z ochroną dziecka poczętego» [Regolamenti romani concernenti la tutela del concepito], *Miscellanea Historico-Iuridica* 8 (2009) pp. 27-40.



figlio come figlio legittimo e sottoporlo alla sua patria potestà (*patria potestas*).<sup>10</sup> Tale procedimento poteva essere adoperato solo dopo la nascita del bambino. In questo senso la locuzione «partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum» estratta dal suo contesto originale, come ha notato già Waldstein,<sup>11</sup> non autorizza a sostenere in modo univoco che il concepito fosse considerato parte del corpo materno.<sup>12</sup> Bisognava però far assicurare tramite i mezzi legali disponibili la sua nascita.

In questo contesto particolare attenzione merita il testo proveniente dal libro ventottesimo del digesto di Marcello, inserito dai compilatori nel titolo ottavo *De mortuo inferendo et sepulchro aedificando* dell'undicesimo libro del Digesto. In questo testo viene menzionata una delle *leges regiae*, le quali sicuramente obbligavano i cittadini a concludere le nozze e alla procreazione.<sup>13</sup>

D. II.8.2 (Marcell. 28 *dig.*): Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.

<sup>10</sup> K. HACKL, *Praejudicium im klassischen römischen recht*, München 1976, p. 236, n. 4. Cfr. Francesca LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2013, pp. 3-5.

<sup>11</sup> WALDSTEIN, «Quellentinterpretation und status des nasciturus» (cit. n. 4), pp. 520-524. Cfr. P. NICZYPORUK, «Rozważania Wolfganga Waldsteina o dziecku poczętym» [Le divagazioni di Wolfgang Waldstein concernenti il concepito], [in:] B. SITEK, Kamila NAUMOWICZ & Katarzyna ZAWORSKA (ed.), *Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim*, Olsztyn 2012, pp. 217-229.

<sup>12</sup> 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*», *Rivista di Diritto Romano* 13 (2013) (<<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>>), p. 1.

<sup>13</sup> D.H. IX 22.2. Bisogna notare che la questione dell'autenticità delle *leges regiae* è molto controversa, cfr. B. ŁAPICKI, «Ustawy królewskie w starożytnym Rzymie. Zagadnienie ich autentyczności» [Le leggi del re nella Roma antica. La questione della loro autenticità], *Pamiętnik Historyczno-Prawny*, 12.6 (1933); P. NICZYPORUK, *Żałoba i powtórne małżeństwo wdowy w prawie rzymskim* [Il lutto e nuovo matrimonio della vedova nel diritto romano], Białystok 2002, pp. 27-33; G. FRANCIOSI, *Leges regiae*, Napoli 2003, pp. xv-xvi.

Il giurista cita il testo della *lex*,<sup>14</sup> che vietava di seppellire donne incinte prima dell'estrazione del feto. Nel testo viene usato il termine *partus*, che poteva riferirsi sia al nascituro che al bambino già nato.<sup>15</sup> Merita attenzione la giustificazione di questo divieto: «qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur». Contravvenire al divieto della *lex* significava *de facto* aver distrutto la speranza di vita che accompagnava la dona incinta.<sup>16</sup>

Secondo la teoria di J. Gaudemet<sup>17</sup> le *leges regiae* hanno avuto un carattere sacrale e quindi i loro regolamenti religiosi erano radicati nell'organizzazione e nella struttura della *familia* romana. Lo *ius civile* arcaico senza dubbio si basava su elementi del carattere sacrale e morale. In tale contesto il divieto della legge serviva a proteggere la prole e quindi la continuazione della famiglia in futuro. Il re in quanto legislatore poteva prendere in considerazione anche la *pietas* e la *reverentia* dovute al marito e al *pater familias*.<sup>18</sup> Il senso di questi doveri era profondamente radicato nella

<sup>14</sup> Anche se nella romanistica non si nega la provenienza di questa regolazione dal periodo della monarchia, si discute su chi l'avesse emanata. Cfr. M. VOIGT, «Über die *leges regiae*. 1: Bestand und Inhalt der *leges regiae*», Leipzig 1876 [= *Abh. phil.-hist. Cl. der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften* 7.6/1876], p. 627 [73]; S. TONDO, «Introduzione alle *Leges regiae*», *SDHI* 37 (1971), p. 12, n. 32. Inizialmente la norma riferita da Marcello è stata ascritta al re Numa – vedi É. M. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisant «larvae, lemures» d'après le droit et les croyances populaires des romains*, Paris 1924 [reprint 2000], p. 13. Un'opinione critica è stata espressa da E. Nardi, che riteneva che se tale *lex* fosse stata emanata da Numa, Plutarco avrebbe dovuto menzionarla nella sua opera sulla vita di questo re. (E. NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milano 1971, p. 32, n. 85). Più ampiamente sul tema della legge riferita da Marcello – cfr. Orsolya M. PÉTER, «*Spes nascendi* come diritto alla vita? Il nascituro nelle fonti giuridiche classiche in Roma antica», [in:] H. JONES (ed.), *Le monde antique et les droits de l'homme. Actes de la 50e session de la Société Internationale Fernand De Visscher pour l'histoire des droits d'antiquité*, Bruxelles, 16–19 septembre 1996, Bruxelles 1998, pp. 307–308.

<sup>15</sup> A. BERGER, s.v. «*Partus*», [in:] *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953 (ristp. 1991), p. 619; CATALANO, «Il nascituro tra diritto romano» (cit. n. 4), p. 90; IDEM, «Vigenza dei principi» (cit. n. 4), p. 134. Più ampiamente al riguardo cfr. NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka* (cit. n. 6), pp. 35–36.

<sup>16</sup> Cfr. B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, p. 117, n. 8; FRANCIOSI, *Leges regiae* (cit. n. 11), p. 209.

<sup>17</sup> J. GAUDEMENT, *Institution de l'Antique*, Paris 1967, p. 381.

<sup>18</sup> Così riteneva anche H. INSADOWSKI, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo* [Il diritto matrimoniale romano e cristianità] Lublin 1935, p. 160.

religione romana e nella loro religiosità. La *pietas* romana – come ha notato B. Kupis basandosi su H. Ringgren e A.V. Ström, si traduceva nel offerta agli dei di ciò che gli era dovuto al fine di assicurare l'armonia interna nelle relazioni interpersonali e nella relazione tra gli uomini e gli dei (*pax deorum*). Se l'uomo adempiva ai propri doveri verso gli dei poteva godere della loro benevolenza. I figli, in quanto continuatori della famiglia, assicuravano la coltivazione delle *sacra* familiari e ciò era di primaria importanza nel periodo arcaico. Anche ammettendo che la legge reale avesse scopi sacrali non bisogna sminuire il fatto che la speranza della vita (*spes vitae*) che portava la donna nel proprio grembo, meritasse una tutela particolare.<sup>19</sup> Quindi le *leges regiae* vietavano di sepolire la donna incinta prima dell'estrazione del feto in corrispondenza con i regolamenti delle *leges regiae* relativi all'obbligo di lutto<sup>20</sup> oppure alle limitazioni dello *ius vitae necisque*.<sup>21</sup> Il concepito poteva allora dopo la morte del proprio *pater familias*,<sup>22</sup> ereditare le sue *sacra, nomina e pecunia* e quindi sostituirlo nella struttura familiare.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> M. BARTOŠEK, «La *spes* en droit romain» *RIDA* 2.3 (1948), pp. 19–64.

<sup>20</sup> Plut. *Numa* 12 = *lex Numae* 10 (*FIRA* I 12). Cfr. NICZYPORUK, *Żałoba i powtórne małżeństwo* (cit. n. 11), pp. 27–33.

<sup>21</sup> Dion. 11 15. Cfr. M. JOŃCA, *Parricidium w prawie rzymskim* [*Parricidium* nel diritto romano], Lublin 2008, pp. 178–194; P. NICZYPORUK, «Kompetencje *pater familias* względem dzieci w ustawach królewskich (*leges regiae*) w starożytnym Rzymie» [Le competenze del *pater familias* rispetto ai figli nelle leggi reali (*leges regiae*) nella Roma antica], [in:] E. OZOROWSKI & R. CZ. HORODEŃSKI (ed.), *Mężczyzna Etyka Ekonomia*, Białystok 2011, pp. 186–188; J. KRZYNÓWEK, *Od ius vendendi do emancipatio. Prawne i społeczne aspekty emancipatio dzieci w prawie rzymskim w okresie republiki i pryncypatu* [Dallo *ius vendendi* all'*emancipatio* aspetti legali e sociali dell'*emancipatio* dei figli nel diritto romano del periodo repubblicano e del principato], Warszawa 2012, pp. 28–38.

<sup>22</sup> Cfr. P. VOCI, «Linee storiche del diritto ereditario romano 1. Dalle origini ai Severi», *ANRW* II 14 (1982), p. 406.

<sup>23</sup> E. VOLTERRA, «L'acquisto della *patria potestas* alla morte del *paterfamilias*», *BIDR* 18 (1976), pp. 193–250. Cfr. P. VOCI, «Diritto sacro romano in età arcaica», *SDHI* 19 (1953), pp. 69–103; J. ZABŁOCKI, «*Sacrorum detestatio* w prawie rzymskim» [*Sacrorum detestatio* nel diritto romano], *Prawo Kanoniczne* 29.1–2 (1986), pp. 265–282; IDEM, «Appunti sulla *sacrorum detestatio*», *BIDR* 92–93 (1989–1990), pp. 525–543; IDEM, *Kompetencje patres familias* (cit. n. 1), pp. 68–88; IDEM, «Rodzina rzymska w świetle *Noctes Atticae* Aulusa Gelliusa» [La famiglia romana alla luce delle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio], [in:] *Rodzina w społeczeństwach antycznych i wczesnym chrześcijaństwie*, Bydgoszcz 1995, pp. 45–57; IDEM, «The image a

La prima testimonianza della situazione giuridica del concepito proviene dall'opera di Paolo *ad Plautium*. Sembra che il giurista usando la parola *antiqui*, si riferisse alle opinioni dei giuristi del periodo preclassico.<sup>24</sup>

*D. 5.4.3 (Paul. 17 Plaut.):* Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium.

Secondo questa testimonianza gli antichi tutelavano il concepito. Fino alla nascita esso conservava tutti i diritti (*omnia iura*) a suo favore, così ad esempio (*sicut*) i diritti ereditari. Si può quindi ammettere che il concepito prima della nascita fosse riconosciuto nell'ambito del diritto come persona dotata di una potenziale soggettività giuridica, che ne garantiva la tutela dei diritti spettantigli in sospensione fino al momento della sua nascita. Questo significava che il concepito era dotato di *omnia iura*, tutelati nell'ambito del diritto e realmente esistenti come spettanti esclusivamente a lui. Il soggetto di *omnia iura* era quindi il concepito ma questi poteva usufruirne solo a condizione che fosse nato. L'uomo acquistava la soggettività giuridica nel momento della sua nascita nel caso in cui nascesse come la persona *sui iuris*. Il concepito costituiva quindi un soggetto di diritto a condizione risolutiva poiché se non nato, non poteva godere di tali diritti. Paolo, riferendosi ai giuristi antichi non ha precisato di quali *omnia iura* (tranne *iure hereditatium*) si trattasse, menzionando

Roman family in *Noctes Atticae* by Aulus Gellius», *Pomoerium* 2 (1996), pp. 47–58; KURYŁOWICZ, «Kontynuacja rodziny» (cit. n. 1), pp. 125–133; ŚWIRGOŃ-SKOK, «Kategoria spadkobierców koniecznych» (cit. n. 1), pp. 135–146.

<sup>24</sup> L'aggettivo *antiqui* – si riferiva probabilmente ai giuristi del periodo repubblicano, nominati anche i *veteres*. Secondo T. DYDYSKI, il termine *antiqui* in questo testo del Digesto indicava i giuristi dell'età pre-augustea (*Słownik łacińsko-polski do źródeł prawa rzymskiego* [Dizionario latino-polacco per le fonti di diritto romano], Warszawa 1883, p. 43, s.v. «*Antiqui*»). Secondo R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, p. 170) *veteres* fossero invece i giuristi del II–I sec. a.C. Dalla letteratura più recente cfr. S. KORDASIEWICZ, «*Custodiam praestare* – Ewolucja zobowiązania do strzeżenia rzeczy w prawie rzymskim» [*Custodiam praestare* – Evoluzione dell'obbligo di custodire le cose nel diritto romano], *Zeszyty Prawnicze* 7. 1 (2007), p. 52, n. 4.

solo i diritti ereditari considerati più rilevanti.<sup>25</sup> Se il concepito doveva nascere per poter usufruire dei diritti spettantigli, allora il diritto prevedeva i meccanismi della tutela di *qui in utero est* già dal momento del suo concepimento.<sup>26</sup> Questo trova conferma nel testo di Giuliano, il giurista dei tempi di Adriano:

*D. 1.5. 26 (Iul. 68 dig.): Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.*

Secondo Giuliano coloro che sono ancora nell'utero materno sono considerati quasi in tutto il diritto civile come se fossero già venuti in esistenza. Quest'opinione è stata espressa in relazione ai casi della donna gravida caduta in mani nemiche e alla sottrazione della schiava incinta. In riferimento ai figli già concepiti ma non ancora nati Giuliano usa l'espressione *in rerum natura*.<sup>27</sup> La medesima locuzione appare nel testo di un giurista posteriore Celso:

*D. 38.16.7 (Cels. 28 dig.): ... conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Cfr. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio* (cit. n. 3), p. 231.

<sup>26</sup> In questa situazione diventava utile effettuare nei confronti della donna gravida l'*inspectio ventris*, la *custodia ventris* e la *custodia partus*. Cfr. NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka* (cit. n. 6), pp. 58-107.

<sup>27</sup> Cfr. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio* (cit. n. 3), pp. 247-248.

<sup>28</sup> Questo passo proviene dal titolo *de suis et legitimis heredibus*. O. Lenel invece nella sua ricostruzione dei Digesta celsini ha collocato questo testo nel titolo *Ad legem duodecim tabularum* del libro ventotto. Secondo Lenel, questo testo dovrebbe essere letto: «[Lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit] vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur» e potrebbe considerarsi come un commentario alle norme della Legge delle Dodici Tavole concernenti i *heredes sui* e gli eredi legittimi. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* 1, Leipzig 1889 (ristp. Graz 1960), p. 163. Quest'opinione di Celso è stata data con molta probabilità in riferimento ai diritti ereditari, cfr. Marianne MEINHARD, «D. 50. 16. 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes», *ZRG RA* 82 (1965), p. 209 con riferimento alla discussione tra F. DE ROBERTIS e A. STEINWENTER in *ZRG RA* 56 (1936), pp. 380-383.

Secondo Celso il concepito era in un certo modo qualmodo (*quodammodo*) riconosciuto esistente nell'ordine naturale (*in rerum natura*),<sup>29</sup> e analogo ragionamento lo ritroviamo espresso in un altro suo testo:

*D. 50.17.187 (Cels. 16 dig.):* Si quis praegnatem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.

Coloro che morendo lasciavano la moglie gravida, non erano considerato morti privi di figli. Dal testo di Celso s'evince che il concepito veniva considerato già esistente *in rerum natura* al fine di salvaguardarne gli eventuali diritti, ed in particolare nell'ambito del diritto ereditario.<sup>30</sup>

Francesca Lamberti<sup>31</sup> ha proposto di interpretare la posizione di Celso (*D. 38.16.7*) in riferimento all'opinione di Giuliano espressa nel testo del *D. 1.5.26* proveniente dal titolo *de statu hominum*.<sup>32</sup> Tale approccio sembra logico e giustificato, in quanto entrambi i giuristi riflettono sullo *status* giuridico del concepito. Coloro che esistono nell'utero materno («qui in utero sunt») vengono considerati come già nati nell'ambito di quasi tutto lo *ius civile* – «in toto paene iure civili» e quindi venivano tutelati dal diritto dal momento del loro concepimento. Coloro non ancora nati («qui

<sup>29</sup> W. WALDSTEIN, «Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen», *ANRW* II 15 (1976), p. 34. La locuzione «*in rerum natura esse*» può tradursi come «in mondo reale», «secondo la natura delle cose», «nell'ordine delle cose», «nell'ordine dei diritti di natura», mentre la locuzione «*in rebus humanis esse*» significa «nell'ordine dei diritti umani», «nel mondo degli uomini». Si nota quindi la contrapposizione tra soggetti esistenti nelle relazioni umane, nel mondo degli uomini a cui appartiene l'ordine del diritto («qui in rebus humanis sunt») e quelli che pur non essendo ancora nati («qui nondum nati sunt») non sono trascurati dal pretore a causa della speranza della loro nascita. I. KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI, *Ratio naturalis w prawie rzymskim klasycznym* [*Ratio naturalis* nel diritto romano classico], Warszawa 1930, p. 5) traduceva la locuzione «*rerum natura*» come «la natura delle cose». Cfr. P. FERRETTI, «*In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*». *L'identità del concepimento nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano 2008, pp. 33–41.

<sup>30</sup> Cfr. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio* (cit. n. 3), p. 323.

<sup>31</sup> Francesca LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana* I, Napoli 1996, pp. 70–72. Cfr. FERRETTI, «*In rerum natura*» (cit. n. 27), pp. 128–130.

<sup>32</sup> O. LENEL, *Palingenesia* I (cit. n. 26), p. 474, ha collocato il testo del giurista nel libro sessantanove dei *Digesta* di Giuliano nel titolo *Ad legem Iuliam de maritandis ordinibus*, proponendo di paragonare il testo del *D. 1.5.26* con Gai. 2.150 e *Tulp.* 28.7.

nondum nati sunt») erano considerati degni di tutela da parte dei pretori in vista della loro futura nascita. Un'altra testimonianza importante proviene da Gaio:

Gai. 1.89: ... hi, qui legitime concipiuntur ex conceptionis tempore statum sumunt.

Gaio esprime il proprio parere in relazione alla questione dello status giuridico del bambino. Quest'ultimo doveva nascere da un legittimo matrimonio (*matrimonium legitimum*), altrimenti veniva trattato come privo di padre.

L'analisi di questo frammento delle Istituzioni gaiane comunque non autorizza a sostenere la tesi secondo cui il concepito nel diritto romano non veniva considerato un soggetto di diritto ma solo una qualche parte del corpo materno. Ciò trova conferma nelle parole usate dal giurista «*qui hi*» che indicano «qualcuno» e non «qualcosa» trovatosi nel grembo materno. Sulla base del testo gaiano è lecito ritenere che il concepito fosse dotato in una certa misura di capacità giuridica patrimoniale in relazione alla *omnia iura sicut in iure hereditatium*.<sup>33</sup>

Lo status del concepito veniva anche discusso da Papiniano nelle sue *Quaestiones*:

*D. 35.2.9 pr.-1* (Pap. 19 *quaest.*): In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior. 1. Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

Ai fini di quest'analisi, particolare rilievo assume il frammento «partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur».<sup>34</sup> Secondo Papiniano il

<sup>33</sup> NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka* (cit. n. 6), pp. 58-59.

<sup>34</sup> Cfr. C. ARNÒ, «Partus nondum editus» [in:] C. PALUSSI GALASSI (ed.), *Atti del IV Congresso Nazionale di Studi Romani* IV, Roma 1938, pp. 84-91; FERRETTI, «In rerum natura» (cit. n. 27), p. 183.

concepito non ancora nato non poteva considerarsi l'uomo. Bisogna però far attenzione al contesto in cui giurista esprime tale opinione. Papiniano infatti che si riferiva all'applicazione della *lex Falcidia* (40 a.C.) che garantiva agli eredi legittimi  $\frac{1}{4}$  dell'eredità attiva. In virtù di questa legge i legati che superavano la quota di  $\frac{3}{4}$  dell'eredità attiva, dovevano essere proporzionalmente ridotti.<sup>35</sup> Per stimare il valore dell'eredità, si prendeva in considerazione tutto ciò che potesse aumentarlo, inclusi i vantaggi futuri (*fructus*). Il concepito di una schiava non ancora nato poteva essere considerato come frutto e perciò essere rilevante per l'estimazione del valore dell'eredità.

Non può escludersi che l'uso della locuzione «partus nondum editus homo» (D. 35.2.9.1) in riferimento al concepito servisse per confermare la sua inesistenza nel mondo degli uomini e nel loro ordine giuridico («in rebus humanis»). Bisogna però notare che il concepito esisteva nell'ordine naturale, secondo la natura delle cose («in rerum natura») e nel momento della nascita diventava anche esistente «in rebus humanis».<sup>36</sup> A tal proposito occorre citare il passo proveniente dalla monografia di Paolo (*liber singularis*) *ad sc. Tertullianum*:

D. 50.16.231 (Paul. *l.s. ad sc. Tertullianum*): Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstitute esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus.

Quando si parla del *nasciturus* considerato come già nato, questo è solo in riferimento agli suoi esclusivi diritti, in quanto perqualsiasi altro sog-

<sup>35</sup> Sulla *lex Falcidia* cfr. A. STEINWENTER, «*Lex Falcidia*», *PWRE* XII 2 (1925), col. 2346; A. WACKE, «Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*», [in:] *Studien im römischen Recht, Max Kaser zum 65 Geburtstag gewidmet*, Hamburg 1973, pp. 209–251; H. ANKUM, «La femme mariée et la loi Falcidia», «*Labeo*» 30 (1984), pp. 42–68; Gabriele HEYSE, *Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, Frankfurt 1994, pp. 75–78; W. DĄJCZAK, *Zapisy na rzecz żony w prawie rzymskim* [I legati a favore della moglie nel diritto romano], Toruń 1995, p. 74; J. URBANIK, «Dioskoros and the law (on succession): *Lex Falcidia* revisited», [in:] J.-L. FOURNET, *Les archives de Dioscore d'Aphrodité cent ans après leur découverte. Histoire et culture dans l'Égypte byzantine, Actes du Colloque de Strasbourg, 8–10 décembre 2005*, Paris 2008, pp. 117–142.

<sup>36</sup> NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka* (cit. n. 6), pp. 59–61.



getto il nascituro poteva procurare vantaggi solo dopo il momento della sua nascita. E tuttavia è evidente che il caso di cui trattava Paolo facesse riferimento ad una terza persona che cercava di trarre un qualche vantaggio ancora prima della nascita del concepito, (probabilmente si trattava dello *ius trium liberorum*, necessario sin dai tempo del *sc. Tertullianum* ai fini della successione *ab intestato*). Per Paolo non esisteva nessun'altra possibilità che negare la facoltà di un feto di procurare vantaggi a terzi, compresa la propria madre. L'idea di Paolo espressa nella locuzione «cum de ipsius iure quaeritur» coincide con la sua opinione proveniente da un'altra opera:

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

Il concepito nell'utero materno era considerato come già nato ogni qual volta in cui si trattava esclusivamente dei suoi vantaggi, ma il nascituro in nessun modo poteva procurare vantaggi ad altre persone. La nozione usata da Paolo nel passo del *D. 1.5.7*: «quotiens de commodis ipsius partus quaeritur» – «in quanto si tratti dei suoi vantaggi» ben sintetizza quanto da lui stesso affermato nel testo *D. 50.16.231*: «cum de ipsius iure quaeritur» – «in quanto si tratta dei suoi [del concepito – *P.N.*] esclusivi diritti». Il concepito, così come un bambino già nato, conservava *omnia iura*, i suoi vantaggi, e quindi poteva essere nominato erede in virtù del diritto ereditario. Era quindi necessario il riconoscimento del concepito come già nato per poterne affermare i diritti spettantigli (*D. 50.16.231*).

Francesca Lamberti<sup>37</sup> ha sottoposto il testo di Paolo (*D. 1.5.7*) a una critica seria. Condividendo l'opinione di alcuni autori, tra cui innanzitutto Emilio Albertario,<sup>38</sup> lei sostiene che il termine *commodum* non abbia

<sup>37</sup> LAMBERTI, «Concepimento e nascita» (cit. n. 4), pp. 303–316.

<sup>38</sup> ALBERTARIO, «*Conceptus pro iam nato habetur*» (cit. n. 4), pp. 23–36. Cfr. anche G. GANDOLFI, *s.v.* «nascituro (Storia)», *ED* XXVII (1977), p. 532; FERRETTI, «*In rerum natura*» (cit. n. 27), pp. 48–49.

una provenienza classica, il ciò permette di dubitare sul carattere originale del testo in questione. L'autrice solleva pure altri argomenti critici per sostenere la tesi sulla non adeguatezza del testo del *D.* 1.5.7 per la ricostruzione dello status del nascituro in diritto romano. La Lamberti<sup>39</sup> mette anche in discussione la capacità giuridica limitata del bambino criticando i sostenitori della tesi secondo cui il bambino dal momento della nascita avesse una capacità giuridica piena come una persona vivente nel grembo materno.<sup>40</sup> Concludendo l'autrice indica il problema falso del *commodum* rispetto allo status giuridico del nascituro.<sup>41</sup> L'analisi fatta da Lamberti tende a mostrare che il nascituro non fosse che una parte del corpo materno e quindi non esisteva nel mondo reale umano, nell'ordine delle cose umane – *non in rerum natura, non in rebus humanis*. Tale approccio non è però da condividere. Innanzitutto, l'autrice non prende in considerazione uno dei testi cruciali la cui analisi porta alle conclusioni opposte. Si tratta del testo di Paolo proveniente dalla sua opera *ad Plautium* collocato nei Digesta nel titolo *si pars hereditatis petatur* del libro v (*D.* 5.4.3) che costituisce la testimonianza più antica della tutela del concepito, il cui viene citato da quest'autrice solo nella nota 133 sulla pagina 358 senza però l'analisi approfondita del suo contenuto.

Come riporta Paolo, i *veteres* curavano il concepito assicurandogli tutti i suoi diritti spettanti prima della nascita, così come (*sicut*) i diritti ereditari (*iura hereditatium*). Bisogna anche tener presente il contesto in cui veniva revocata l'opinione dei giuristi repubblicani (*D.* 5.4.3): la loro opinione viene citata all'occasione della successione e del problema di stabilire quale parte dell'eredità bisognasse assicurare al concepito nella situazione in cui c'erano altri eredi legitimati all'eredità. Prima di risolvere il problema Paolo riflette sul numero dei figli che potevano essere nati da una singola gravidanza riportando la storia della matrona che aveva dato la vita a quattro gemelle e la storia di una donna da Peloponesso che cin-

<sup>39</sup> LAMBERTI, «Concepimento e nascita» (cit. n. 4), pp. 303–316.

<sup>40</sup> L'autrice sta analizzando criticamente le tesi di P. CATALANO, Maria Pia BACCARI e M. LUBRANO. Si esprime nel senso critico anche in riferimento alle idee di Maria Vittoria SANNA, P. FERRETTI e E. BIANCHI (cfr. sopra, opere citate n. 39)

<sup>41</sup> LAMBERTI, «Concepimento e nascita» (cit. n. 4), pp. 356–360.

que volte aveva partorito quatro gemelli ed anche le donne egiziane che partorivano fino a sette gemelli durante un solo parto. Il giurista menziona anche i tre gemelli dalla *gens* degli Orazi. Alla fine Paolo menziona una storia incredibile riportata da Laevius che raccontava di aver visto a Palatino una donna libera portata da Alessandria a farla mostrare all'imperatore Adriano, la quale ha partorito cinque gemelli ma non nello stesso tempo – dalla nascita dei primi quatro fino al parto del quinto gemello sono stati passati 40 giorni. Sucessivamente Paolo giunse alla conclusione che il parto trigemellare fosse stato possibile «quartam partem superstiti filio adsignaverint». Concludendo il giurista stabilisce «ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit». Paolo rifletteva sul numero dei gemelli per giustificare che al concepito e non ancora nato per assicurare i suoi eventuali diritti, in particolare i diritti ereditari, bisognava assegnare una qualche parte dell'eredità.<sup>42</sup> Se il bambino nasceva vivo poteva diventare erede, altrimenti la sua parte veniva assegnata agli eredi rimanenti.<sup>43</sup>

Bisogna anche sottolineare che il titolo del libro V *si pars hereditatis petatur* tratta del diritto ereditario e più precisamente delle azioni per richiedere l'eredità. Le riflessioni di Paolo in materia (D. 5.4.3 e 5.4.5) collocate in questo libro del Digesto sono state separate dai compilatori che hanno inserito il testo di Ulpiano (D. 5.4.4).<sup>44</sup>

Ai fini di questo discorso è necessario citare un altro passo importante proveniente da Paolo:

D. 50.16.129 (Paul. 1 *Iul. Pap.*): Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.

Secondo Paolo coloro chi nascevano morti non potevano considerarsi come nati e quindi non potevano considerarsi come prole. Bisogna nota-

<sup>42</sup> NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka* (cit. n. 6), p. 66.

<sup>43</sup> Secondo RUBIN, «Der nasciturus als Rechtssubjekt (cit. n. 4), pp. 119–121, che analizzava il testo di Ulpiano (D. 5.4.3) bisognava aspettare fino al momento della nascita del figlio il cui era nell'interesse del *de cuius*. Se il bambino nascesse vivo assomigliando una persona umana, diventava il soggetto del diritto acquistando i diritti spettantigli.

<sup>44</sup> NICZYPORUK, *Prywatnoprawna ochrona dziecka* (cit. n. 6), pp. 66–71.

re che questo testo proviene dal primo libro dell'opera di Paolo *ad legem Iuliam et Papiam*, collocato dai compilatori giustiniane nel cinquantesimo libro del Digesto nel titolo *de verborum significatione*, analogicamente al frammento della monografia *ad sc. Tertullianum*. Il testo citato sopra è stato estratto dal più ampio testo in cui il giurista commentava le leggi matrimoniali di Augusto. Secondo la legislazione augustea la donna che avesse partorito tre figli (o quattro nel caso di una liberta) godeva del privilegio dello *ius liberorum*.<sup>45</sup> Il concepito se all'atto della nascita fosse stato vivo, diveniva *in rebus humanis*, se morto non veniva considerato come prole e non acquistava nessun diritto ne in nome proprio ne per terzi.

Si può anche aggiungere che l'accusa di adulterio contro la donna incinta dovesse essere differita al fine di non arrecare alcun danno al nato: «ne quod praeiudicium fieret nato» (Paulus, *D.* 37.9.8).

Meritano attenzione le affermazioni di Paolo in relazione alle possibilità di sottoporre la donna incinta a torture.

*PSent.* 1.12.4: Praeegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.

L'esecuzione della pena capitale contro una donna gravida doveva essere differita ad un momento successivo al parto e la donna non poteva essere sottoposta ad interrogatorio né a torture né a qualsiasi tipo di repressione criminale. Il passo di Paolo corrisponde al testo ulpiano dal ventisettesimo libro del suo commentario *ad Sabinum*:

*D.* 1.5.18 (Ulp. 27 *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.

<sup>45</sup> Maria ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej* [I cambiamenti del diritto delle persone e del diritto di famiglia nella legislazione della dinastia giulio-claudia], Warszawa 1987, pp. 105–112; EADEM, «Il *ius trium liberorum* nel diritto romano», *BIDR* 91 (1988), pp. 361–390; EADEM, «Osoba ludzka a *ius trium liberorum*» [Persona umana e lo *ius trium liberorum*], *Prawo Kanoniczne* 40.1–2 (1997), pp. 249–254.

L'imperatore Adriano decise nel rescritto indirizzato a Publio Marcello che il figlio della donna condannata a morte mentre era incinta, nasceva come persona libera e l'esecuzione della pena doveva essere sospesa fino al momento del parto. Se la donna al momento del concepimento fosse legalmente sposata e successivamente fosse stata deportata subendo la *capitis deminutio media*,<sup>46</sup> il figlio che nasceva diveniva comunque cittadino romano e veniva sottoposto alla patria potestà del proprio padre. Un'equivalente presa di posizione è quella di Ulpiano nel suo commentario *ad Sabino*:

*D. 50.16.161 (Ulp. 7 Sab.):* Non est «pupillus», qui in utero est.

Secondo il giurista colui che si trovava nell'utero materno non poteva essere sottoposto a tutela. Durante la gravidanza bisognava intraprendere determinate azioni al fine di tutelare i diritti riservati al nascituro. Con molta probabilità l'opinione di Ulpiano corrispondeva con quella espressa in altri testi concernenti la situazione giuridica del concepito ed inseriti dai compilatori nel titolo *de verborum significatione*. Nel testo del *D. 50.16.161* Ulpiano condivide le idee di altri giuristi secondo cui il concepito, ma non ancora nato, veniva a trovarsi *in rerum natura*. Con molta probabilità si riteneva che *qui in utero est* fosse presente nell'ordine naturale ma *non in rebus humanis*, e solo nel momento della nascita diveniva *in rebus humanis* e potesse quindi essere chiamato il *pupillus*. Rilevante dal punto di vista del nostro discorso sono il testo di Ulpiano:

*D. 25.6.1.7 (Ulp. 34 ed.):* Interesse autem videtur primum de alimentis, quae in ventrem sunt erogata: nec enim alias haec repetuntur, nisi per calumniam in possessionem venit: ceterum si res calumnia caret, nihil praestabit mulier, quae sine causa alta est sub praetextu ventris.

Il testo ulpiano costituisce parte del più ampio discorso di questo giurista concernente la responsabilità della donna che dichiarando il falso<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Cfr. Z. ZMIGRYDER-KONOPKA, «Istota prawna relegacji obywatela rzymskiego» (La natura giuridica della relegazione del cittadino romano), *Przegląd Historyczny* 13.2 (1936), pp. 469-500.

<sup>47</sup> Cfr. M. LEMOSSE, «Recherches sur l'histoire du serment de *calumnia*», *RHD* 31 (1953), pp. 30-54.

(«si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur») otteneva il possesso in nome del proprio bambino non ancora nato. Secondo Ulpiano, l'interesse dell'attore riguardava le spese effettuate per il nascituro («quae in ventrem sunt erogata»). Se non ci fosse stata la *calumnia*, la donna non sarebbe stata obbligata a restituire niente, in quanto l'aiuto economico era ottenuto da questa in relazione alla gravidanza («quae sine causa alta est sub praetextu ventris»).

Nel suo commentario all'editto lo stesso Ulpiano continua le sue analisi concernenti la situazione giuridica del concepito.

*D. 37.9.1.15 (Ulp. 41 ed.): Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur.*

Il testo citato sopra riguarda la fattispecie rientrante nell'ambito delle disposizioni dell'editto carboniano.<sup>48</sup> Il pretore consegnava la *Carbonianam bonorum possessio* sia ai bambini già nati che a quelli solo concepiti. Ulpiano giunse alla conclusione che bisognasse agire in favore del concepito, in quanto dopo la nascita questo poteva diventare parte della *familia*. Perciò bisognava tutelare il concepito che nasceva, non solo nell'interesse dei suoi genitori ma anche nell'interesse di tutta la repubblica – *rei publicae nascitur*. Tale tutela realizzata tramite i mezzi a disposizione del pretore proteggeva sia l'interesse pubblico che l'interesse familiare.

Il problema cruciale per le divagazioni concernenti la tutela del nascituro era la questione della capacità giuridica del concepito prima della sua nascita. Dall'analisi dei testi giuridici nell'ordine cronologico s'evince che

<sup>48</sup> In relazione al processo concernente lo status dell'*impuber* come figlio legittimo del *de cuius*, il procedimento poteva essere sospeso fino al momento in cui questo divenisse maggiorenni. Il pretore sulla base dell'*edictum Carbonianum* consegnava agli *impuberes* la *bonorum possessio*. Cfr. R. QUADRATO, «Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio Carboniana», *BIDR* 77.3 (1974), pp. 61-88.

il concepito non era dotato di una capacità giuridica piena. Tale capacità era di carattere patrimoniale o per meglio dire costituiva una capacità giuridica «limitata», in sospeso («in statu suspensionis»), «la soggettività giuridica potenziale» che garantiva la conservazione di certi «diritti» che permanevano sospesi fino al momento della nascita.

Dal riconoscimento di una capacità giuridica limitata del concepito non discendeva la possibilità di acquisire un qualche vantaggio da parte di terzi prima della nascita del concepito e quindi prima che questi divenisse un soggetto di diritto in senso proprio. Per questo il concepito non poteva liberare il proprio padre dagli obblighi di *tutela* legittima né consentire al pater il privilegio di rifiutare determinati incarichi statali. Probabilmente il concepito veniva stato trattato nel diritto come un soggetto che potesse acquistare non solo i diritti spettantegli *ipso iure*, come l'eredità, ma anche i diritti a lui trasmessi da un qualche «sostituto» autorizzato ad agire in suo nome, come la figura del *curator ventris*.

Il regolamento romano (pre cristiano) si basava sulla distinzione principale «in rerum natura – in rebus humanis». I giuristi trattavano il concepito come esistente nell'ordine naturale delle cose, nel mondo reale («in rerum natura»). Da ciò discendeva la necessità di nominare un curatore per salvaguardare nell'ambito dell'intero *ius civile* («in toto paene iure civili») tutti i diritti spettantegli (*omnia iura*) prima del momento della nascita, così come («sicut») i diritti ereditari («iura hereditatium»).

*Piotr Nyczporuk*

---

Sezione di Diritto Romano  
Cattedra di Scienze Storico-Giuridiche  
e di Diritto Comparato  
Facoltà di Giurisprudenza  
Università di Białystok  
ul. Mickiewicza 1  
15-213 Białystok  
POLONIA  
e-mail: [niczporukpiotr@wp.pl](mailto:niczporukpiotr@wp.pl)