

Ernesto Bianchi

A proposito del concepito e delle locuzioni «in rerum natura esse» e «in humanis rebus non esse». Riflessioni e considerazioni su una recente monografia

1. Lo stato della dottrina romanistica circa la figura del *nondum natus* – 2. *Excursus* storico – 3. Considerazioni conclusive.

1. E' stata di recente edita una monografia di Paolo Ferretti, la quale, dal titolo, pare considerare una questione terminologica di per sé d'interesse, ma che – come lascia intendere il sottotitolo – pone quesiti di più ampio respiro¹.

Il lavoro si colloca nel recente filone che riconsidera complessivamente la figura del concepito nel diritto romano confutando, sotto diversi e specifici profili, un'opinione sino a pochi anni or sono largamente condivisa, che trova le sue basi in alcune considerazioni dei giuristi medievali e che poi – transitando attraverso i secoli – si rafforza nel Novecento, grazie soprattutto alle riflessioni dell'Albertario², secondo cui al *nondum natus* non sarebbe stata riconosciuta una sua propria materialità e, tanto meno, una sua propria individualità, sebbene – in determinati ambiti del diritto – egli venga rappresentato, per dirla in termini di moderna dogmatica, quale titolare di aspettative, che si consolidano in diritti o che sfumano, a seconda che poi avvenga o meno la sua nascita.

Invero, anche in passato, alcuni studiosi non parevano aver del tutto condiviso tali conclusioni: basti, tra quelli del secolo scorso, rammentare l'Albanese³. Ora, però, sembra in atto una netta

¹) P. FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico* («Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste», n. 59), Milano, Giuffrè, 2008, p. XIV, 226.

²) E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* (*Linee di una ricerca storico-dogmatica*), già in «BIDR.» XXXIII, 1923, p. 1 ss. e – successivamente – in «AG.» IC, 1928, p. 151 ss., e ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1939, p. 48 ss. Lo studioso ravvisava nelle fonti due gruppi di passi: un primo in cui sarebbe conservata l'affermazione che il '*conceptus*' non è '*in rerum natura*' e che denomina concezione «fisiologica»; un secondo gruppo in cui il '*conceptus*' sarebbe considerato esistente, ma solo a determinati fini del diritto, che qualifica come concezione «giuridica». L'Albertario lasciava intendere che di questo dualismo di concezioni i giuristi romani non avrebbero avuto contezza, ma soprattutto egli sottolineava che si sarebbe trattato non di un'effettiva, ma di un'apparente contrapposizione, sostenendo che – nel primo gruppo di passi – si riscontrerebbe l'affermazione dell'inesistenza sul piano fisiologico del concepito, mentre – nel secondo – si rileverebbe l'affermazione della sua esistenza solo sul piano del diritto. Il concepito sarebbe stato dunque considerato, in sé e di per sé, inesistente, ma – ciò nondimeno – una realtà «giuridica». E' da notare che la costruzione dell'Albertario si è a tal punto diffusa da trovarsi recepita – senza alcun riferimento all'autore che la formulò – in lavori di carattere divulgativo. Così, ad esempio, J.P. BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris 1993, p. 67.

³) B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 11 e nt. 19, il quale, peraltro, pur attribuendo valore di definizione alla locuzione '*portio mulieris vel viscerum*' di D. 25.4.1.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), confuta, poi, che il concepito fosse ritenuto «un nulla giuridico».

inversione di tendenza che ha principiato con alcune riflessioni svolte anzitutto dal Catalano⁴ e dal Waldstein⁵ e che, più di recente, è proseguita con alcuni studi, quali, a mero livello esemplificativo, quelli della Sanna⁶, della Baccari⁷, della Terreni⁸ e anche con alcuni miei lavori⁹. Pur con varietà di accenti, si tende, infatti, ad indicare il concepimento quale fenomeno cui la giurisprudenza romana riconobbe altissimo rilievo e colui che viene concepito come entità dotata, beninteso, entro determinati limiti, di propria esistenza e di propria individualità¹⁰. Non si tratta, peraltro, di un orientamento monolitico, ma di una reazione a quello rammentato e tuttora diffuso, che si va sviluppando su tematiche diverse e con approcci metodologici differenti e che non sempre presenta risultati in tutto coincidenti. Né si può dire che l'avverso convincimento sia stato completamente abbandonato, come dimostrano, sempre a titolo d'esempio, le posizioni assunte dal Thomas¹¹ e quelle, invero, assai più seriamente espresse dalla Lamberti¹².

Nel solco di questa recente corrente, diversi lavori hanno anche affrontato questioni terminologiche concernenti il concepito: è il caso della monografia proposta pochi anni or sono dal Fontana¹³ e, del resto, lo stesso Ferretti si era già occupato, da differente angolazione, di alcuni problemi afferenti il nascituro¹⁴.

L'autore torna, dunque, al tema del *nondum natus* proponendosi di riscontrare – analiticamente – la diversa valenza delle due locuzioni ‘*in rerum natura*’ e ‘*in rebus humanis*’, le quali sono frequentemente impiegate nei testi della giurisprudenza classica che trattano del concepito, essendo, tuttavia, ritenute – ancora in opere recenti – sostanzialmente equivalenti¹⁵.

2. Nella premessa l'autore denuncia come, intorno al concepito, si sia registrata nei secoli che separano l'esperienza giuridica romana da quella moderna una stratificazione di postulati che hanno reso

⁴) P.A. CATALANO, *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, già in «Rassegna di diritto civile», IX, 1988, p. 45 ss. e ora in ID., *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, p. 195 ss. (cui si deve anche l'intuizione della non equivalenza delle espressioni ‘*in rerum natura*’ e ‘*in rebus humanis*’ che danno il titolo alla monografia del Ferretti); cfr. ID., *L'enfant conçu (sujet de droit) selon le système juridique romain*, in «Enfant et Romanité. Analyse comparée de la condition de l'enfant», Paris, 2007, p. 91 ss. In precedenza mi pare siano state registrate posizioni che non assumevano espressamente la diversità delle due locuzioni, ma che, implicitamente, la presupponevano: è il caso, ad esempio, di ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 19.

⁵) W. WALDSTEIN, *Das Menschenrecht zum Leben. Beiträge zu Fragen des Schutzes menschlichen Lebens*, Berlin 1982, 21, e *Zur Stellung des nasciturus im römischen Recht*, in «A bonis bona discere. Festgabe J. Zlinszky», Miskolc, 1998, p. 48 ss.

⁶) M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto*, in «Il Diritto Giustiniano fra tradizione classica e innovazione», Torino, 2003, p. 223 e s.; Id., *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in «SDHL» LXXV, 2009, p. 147 ss.

⁷) M.P. BACCARI, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Torino, 2004.

⁸) C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009.

⁹) E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, p. 429 ss., *Astrazioni e finzioni in tema di «personae». Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in «Index», XXXIV, 2006, p. 122 ss., e *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur» (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, *passim*, ma *praecipue* p. 273 ss.

¹⁰) Si può ricordare che, anche a livello manualistico, il denunziato orientamento si va rafforzando: si veda, ad esempio, A. BURDESE, *Manuale di diritto romano privato*⁴, Torino, 1987, p. 137, secondo il quale «il momento del concepimento» è, a determinati effetti, specie favorevoli al nascituro, quello «d'inizio dell'esistenza».

¹¹) Y. THOMAS, *Le «ventre». Corps maternel, droit paternel*, in «Le genre humain», XIV, 1986, p. 223 ss., il quale, tra l'altro, parla – a proposito del concepito – di una «pure abstraction». Allo studioso sfugge, evidentemente, la nozione di «astrazione» (sulla quale, per tutti, si veda G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*², Tübingen 1912 – rist. anast. Darmstadt 1963 – p. 17 ss.) come pure quella di «finzione giuridica», si veda anche *infra*, nt. 29.

¹²) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli 1996, p. 46 ss., pur facendo rilevare la maggior risalenza dell'espressione ‘*in rerum natura*’, già impiegata presso i giuristi repubblicani, rispetto a quella ‘*in rebus humanis*’, assai diffusa presso i giurisperiti dell'età classica, ritiene che entrambe le locuzioni siano «relative all'esistenza o inesistenza materiale di una persona o di un bene ...»: si veda anche EAD., *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, II. *Profili del regime classico*, Napoli, 2001, *passim*.

¹³) G. FONTANA, *Qui in utero sunt. Concetti antichi e considerazione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino, 1994, *passim*.

¹⁴) P. FERRETTI, *Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di qui in utero sunt*, in «AUFE.», XIII, 1999.

¹⁵) F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi»*, I, cit., p. 46 ss.

«le ricerche successive prigioniere dei risultati acquisiti», portando a credere che la giurisprudenza romana abbia negato a *'qui in utero est'* una propria individualità o lo abbia ritenuto addirittura un *quid* inesistente. L'autore si propone, quindi, di verificare la correttezza di queste tradizionali opinioni attraverso un attento vaglio delle fonti, in quanto possibile, operato senza «preconcetti modelli interpretativi»¹⁶. Da un lato, questo – così lo chiama il Ferretti – «approccio leale» pare certamente condivisibile e, tuttavia, mi verrebbe da credere che esso debba esser dato per dovuto e per scontato in tutti i lavori che pretendano per sé la qualifica di scientifici, dall'altro, mi si affacciano alcune perplessità sulla stessa possibilità – che il Betti negava – di osservare le esperienze giuridiche antiche se non attraverso la nostra attuale dogmatica. Non è il mio un cedimento ad una visione «relativistica» dei fenomeni storico-giuridici, ma la constatazione della difficoltà di separare consapevolmente gli strumenti d'indagine dall'oggetto indagato, specie ove questo sia costituito da tematiche tanto complesse quanto quelle afferenti, tra l'altro, i sempre labili confini delle stesse nozioni di «persona» e di «soggetto di diritto»¹⁷.

Nell'introduzione l'autore svolge un *excursus* – sintetico, ma assai ricco di riferimenti a fonti e a dottrina – sulla percezione che del concepito si ebbe nel mondo antico. Meglio sarebbe a dire sulle diverse concezioni e sulle differenti percezioni che del concepito ebbero filosofi greci, pensatori e teologi cristiani (non sono omesse le influenze loro derivate dalla traduzione alessandrina della *Torah*) e scuole mediche dell'antichità greca e romana. Specie dalla differenza delle valutazioni espresse a proposito del fatto che il concepito dovesse esser considerato come dotato di autonoma rilevanza o, all'opposto, quale semplice parte di un corpo altrui (è questa, sostanzialmente, la posizione della scuola stoica)¹⁸, il Ferretti profila anzitutto l'esigenza di verificare se esista un'analoga contrapposizione di visioni nell'ambito del diritto romano e se corrisponda a verità che il pensiero giuridico romano – come vorrebbero diversi studiosi rammentati dall'a. – sia stato influenzato dalle diverse concezioni filosofiche e mediche¹⁹.

Nel primo e breve capitolo il Ferretti riporta anzitutto i numerosi passi che, in dottrina, spesso sono stati indicati quali attestazioni di una «contraddizione» del pensiero giurisprudenziale classico a proposito del concepito (sono i frammenti in cui si registrano le affermazioni che il concepito è solo «considerato» essere *'in rerum natura'* ovvero ch'egli non è *'in rebus humanis'*) e dalla cui lettura, di primo acchito, apparirebbe il disconoscimento al *conceptus* di una sua individualità e addirittura di una sua realtà ontologica. A questa conclusione giungevano – come osserva l'autore – già alcune riflessioni ravvisabili in Alciato e in Cuiacio, ma essa venne formulata in termini ancor più netti dal Savigny (il quale, come si ricorderà, parlò a proposito del concepito di una «finzione»²⁰, salvo che si potrebbe osservare – come ho altrove avvertito – che il fondatore della scuola storica tedesca ne parlava in termini generici, stante che la definizione tecnica di «finzione giuridica» o *'factio iuris'*, che dir si voglia, risale ai decenni successivi a quelli in cui egli visse ed operò²¹).

Di seguito, vengono poi sinteticamente illustrate anche le posizioni assunte dall'Albertario²², dal Maschi, il quale aderiva solo parzialmente alle opinioni del primo e ravvisava nei giuristi romani

¹⁶ FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*, cit., p. XIII s.

¹⁷ Su questi temi ha, di recente, proposto l'opportunità di un ripensamento da parte della dottrina P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in «Rivista di Diritto Civile», LIV.3, 2008, p. 247 ss., e *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in «Rivista di Diritto Civile», LIV.4, 2008, p. 379 s. Sulla nozione di soggetto del diritto e anche sulla diversa terminologia che, in proposito, si registra negli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law*, si veda S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto giuridico*, Torino, 1990, *passim*, ma *praecipue* p. 48 ss.

¹⁸ Sul punto di recente: A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, in «RHD», LXXII, 1994, p. 499 ss.

¹⁹ FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 11 ss.

²⁰ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. it. – *Sistema di diritto romano attuale* –, I, Torino, 1888, p. 11 ss.

²¹ BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., p. 15 nt. 20.

²² Cfr. *supra*, nt. 2.

il riconoscimento del concepito quando potenziale soggetto di diritti, non quando oggetto di un diritto altrui²³, e dall'Arnò, che – com'è noto – era piuttosto propenso a individuare un qualche segno di differente orientamento tra muciani e serviani nel senso che, pur tendenzialmente, i primi avrebbero considerato il concepito una semplice parte del ventre materno, mentre i secondi lo avrebbero ritenuto quale entità autonoma²⁴, ponendo così le basi che avrebbero successivamente consentito la formazione del brocardo '*conceptus pro iam nato habetur*'²⁵.

Nell'ampio secondo capitolo l'autore prosegue la sua analisi considerando le varie fonti nelle quali si registra la locuzione '*in rerum natura*' (o consimili), premettendo una breve rassegna di altri passi tesa a discutere criticamente l'equivalenza dell'espressione '*in rerum natura esse / non esse*' e di quella '*in rebus humanis esse / non esse*', così che il lettore non sia posto nella condizione di dar per scontata la corrispondenza delle due senza aver operato un puntuale riscontro²⁶.

I primi passi che vengono, in proposito, esaminati sono D. 1.5.26 (Iul. 69 *dig.*) e D. 1.5.7 (Paul. *l.s. de port.*) contenenti, l'uno l'espressione '*in rerum natura*', l'altro quella '*in rebus humanis*'. E' qui assai meritorio che il Ferretti, oltre che proporre una stringata esegesi delle due fonti, ne riscontri la lettura e l'interpretazione che ne furono date nei Basilici e negli Scolii. Si legge, infatti, *ἀντι τεχθέντος* in *Bas.* 46.1.22 (21) e 46.1.5 corrispondenti, rispettivamente, al frammento di Giuliano ('*in rerum natura esse*') e a quello di Paolo ('*in rebus humanis*'). Ma, fa rilevare l'autore, in *schol.* 1. ad *Bas.* 46.1.22, anziché quella *ἀντι τεχθέντος*, si legge l'espressione *ὁ ἐν φύσει*, corrispondente, come vuole l'Heimbach e come, del resto, appare autoevidente, alla latina '*in rerum natura*'. Il che, da un lato, mostra che la tendenza a sovrapporre le due locuzioni è assai risalente, ma, dall'altro, indica che anche nel lontano passato non mancò chi rilevò la loro diversità sul piano concettuale.

L'interpretazione dei due passi del Digesto viene poi proseguita attraverso l'esposizione delle diverse letture che ne furono offerte dalla Glossa, da Baldo degli Ubaldi, da Gotofredo, da Cuiacio per arrivare a quelle della dottrina contemporanea, tra le quali spicca quella di Francesca Lamberti. Anche in questo caso il Ferretti rileva che i comuni denominatori di queste letture antiche e moderne sono offerti dalla valutazione della sostanziale equivalenza delle due locuzioni e, in genere, dalla susunzione della figura del *conceptus* nell'ambito della finzione. A quest'ultimo proposito, si può, tuttavia, osservare – come ha avuto modo di evidenziare, in critica allo stesso Ferretti, lo Zuccotti – che non va eccessivamente stigmatizzato il ricorso al termine '*fictio*', in quanto non solo le letture antiche – lo si è già detto – ma anche alcune delle moderne equivocano tra la valenza debole del termine «finzione» e quella, invece, altamente tecnica di «finzione giuridica»²⁷ e che questa seconda accezione non è, in genere, riscontrabile con riguardo alla figura del concepito. A proposito della dottrina più recente si potrebbe, poi, notare che taluni autori usano l'espressione nella sua valenza propriamente tecnica: è il caso della Lamberti che asserisce la presenza di autentiche finzioni sia a proposito dei *postumi* sia a riguardo dei concepiti, ma che per far ciò deve proporre ipotesi – a mio avviso – non supportate dalle fonti²⁸, laddove altri studiosi – è il caso del Thomas – fanno ricorso, tanto per i *po-*

²³ C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 65 s. In proposito, si veda BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., p. 277 ss.

²⁴ C. ARNÒ, *Partus nondum editus*, in «Atti del IV Convegno di studi romani», IV, Roma, 1938, p. 84 ss. Per una critica di queste conclusioni rimando a BIANCHI, *op. ult. cit.*, p. 330 ss.

²⁵ Principio la cui genesi è, in dottrina, solitamente ascritta all'età post-giustiniana: così ALBERTARIO, *Conceptus*, cit., p. 48 e s., e ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 13 e nt. 29, il quale definisce la regola «medievale»: si vedano anche M. BALESTRI FUMAGALLI, '*Spes vitae*', in «SDHI», II, 1983, p. 339 s., e F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 76.

²⁶ FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 31 ss., 99 ss. e 128 ss.

²⁷ F. ZUCCOTTI, *In rerum natura et in rebus humanis esse non esse? (Vignini VIII)*, in «RDR», VIII, 2008, p. 15 (*estr.*).

²⁸ Va, infatti, rammentato che la LAMBERTI, con argomentazioni assai articolate, intravede nel diritto romano arcaico un'autentica finzione riguardante il postumo che ne avrebbe consentito la chiamata all'eredità legittima (così *Studi sui 'postumi'*, I, cit., p. 112 ss., e *Studi sui 'postumi'*, II, cit., p. 6 nt. 12), mentre, per quanto riguarda il concepito, pur sostanzialmente recependo la posizione dell'Albertario (il quale, però, non parlò in proposito di finzioni), ravvisa nel diritto classico una *fictio* che avrebbe parificato – a determinati effetti – il *nondum natus* al *iam natus* (così *Studi sui 'postumi'*, I, cit., p. 24 ss., p. 45 ss. e *praecipue* p. 52 ss.). Rimando a BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus*

sumi quanto per i *nondum nati*, alla nozione di finzione senza alcuna cognizione di causa²⁹.

Svolta questa rassegna delle riflessioni dottrinarie che si son venute a stratificare nel corso dei secoli, l'autore affronta esegeticamente i due passi iniziando da quello di Giuliano e, qui, analiticamente esaminando le quattro fattispecie che, nell'esposizione del giurista adrianeo, dimostrano, in via esemplificativa, l'affermazione che *'qui in utero sunt, in toto paene³⁰ iure civili esse intelleguntur in rerum natura esse'*.

Si inizia, dunque, dal ruolo riconosciuto al concepito nell'ambito della successione legittima, per passare al caso del *postliminium* che compete a colui che sia stato concepito da una *mulier praegnas* libera allorché questa sia stata *capta ab hostibus* (il figlio che nascerà in prigionia, tornato in libertà, per effetto appunto del *postliminium*, seguirà la condizione del padre o della madre – *patris vel matris sequitur* – a seconda che, a suo tempo, egli sia stato concepito da giuste nozze o meno)³¹ e, poi, a quello dell'*ancilla praegnas*, che viene *subrepta*, il cui figlio, pure se nato presso un acquirente di buona fede, non può essere da questo usucapito in quanto *'tamquam furtivum'*³² e, infine, si conclude rammentando che il rapporto di patronato non si estingue ove, pur morto il patrono, gli possa nascere un figlio³³.

Se il tratto comune delle diverse fattispecie considerate è dato dal riconoscimento della realtà ontologica del concepito, il Ferretti giustamente confuta che esso sia da porsi in relazione al criterio dei *commoda*. L'autore rammenta, anzitutto, la lettura del Fabro, il quale con ragione dubitava che l'ipotesi riguardante le questioni dell'usucapibilità del *conceptus* potesse essere ricondotta ai criteri del *commodum* del *nondum natus*, ma presentava, tra le fattispecie profilate da Giuliano, quella riguardante l'*ancilla praegnas subrepta* quale eccezione esplicando, invece, le altre tre alla luce dei *commoda*. Del che il Ferretti giustamente dubita. L'autore è indotto, infatti, a ritenere che il riconoscimento dell'esistenza del concepito vada disgiunto dalla mancata realizzazione – sin tanto ch'egli non è nato – dei benefici che potrebbero aversi in capo ai terzi e che sia appunto soltanto la rilevanza giuridica della sua esistenza a costituire l'elemento unificante delle esemplificazioni proposte dal giurista adrianeo.

Di seguito, l'autore introduce alcuni elementi volti a provare la lettura proposta. Così egli esa-

pro iam nato habetur', cit., p. 101 ss., per la critica della prima ipotesi e, per quella della seconda, p. 248 ss. e 299 ss.

²⁹ Y. THOMAS, «Fictio legis». *L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in «Droits. Revue française de théorie juridique», XXI, 1995, *passim*, ma *praecipue* p. 21 ss. Le considerazioni dell'autore non sono supportate da fonti; sovente, anzi, le sue conclusioni contraddicono i dati testuali (è, il caso, ad esempio, di quella – errata – per cui nel diritto arcaico sarebbero insorte dapprima finzioni negative ed emerse successivamente quelle positive). Sul punto rimando a BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 19 nt. 34, e *Astrazioni e finzioni in tema di «personae»*, cit., p. 121 nt. 7.

³⁰ ALBERTARIO, *Conceptus*, cit., p. 6 ss., espungeva *'in toto paene'*, così da leggere il primo periodo come di seguito riportato: *'Qui in utero sunt iure civili intelleguntur in rerum natura esse'*. Si può, tuttavia, osservare che la limitazione posta dall'espressione *'in toto paene'* è giustificata dal fatto che l'equiparazione del trattamento riservato al concepito a quello che è disposto per il *iam natus* non è assoluta in ogni ambito del *ius civile*. Ad accettare il sospetto d'interpolazione ne conseguirebbe che l'affermazione di Giuliano diventerebbe di valenza ancor più generale.

³¹ Dalla lettura di altre fonti, la questione si presenta più complessa, giocando anzitutto il *postliminium* a favore del *legitime conceptus* e non del *vulgo conceptus*, per il quale si può ipotizzare che l'estensione del regime disposto per il *legitime conceptus* sia frutto di una riflessione operatasi successivamente. Si vedano i passi riportati da R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano, 1951, p. 125 s. e nt. 349, il quale, tra l'altro, avanza al riguardo un sospetto d'interpolazione, non affermando il passo che il ritorno in libertà del figlio si deve accompagnare a quello della madre, e la diversa opinione di V. ARANGIO-RUIZ, nella recensione E. Albertario. *Studi di Diritto Romano. I: Persone e famiglia*, Milano, 1932, in «AG.» CXIII, 1935, p. 81. Invero, ALBERTARIO, *Conceptus*, cit., p. 20 ritiene che il *postliminium* fosse concesso in età classica al solo concepito da giuste nozze ed espunge conseguentemente il *'vel matris'*. L'opinione pare seguita da E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, p. 15 nt. 45; *contra* U. RATTI, *Studi sulla captivitas. (II) Patria potestà - Tutela - Matrimonio*, in «BIDR.» XXXV, 1927, p. 165 ss.

³² Da ultimo e perspicacemente M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., p. 223 s. Tuttavia, diversamente da quanto sostiene quest'autrice, il passo di Giuliano è, a mio avviso, complementare e non in contraddizione con D. 47.2.48.5 (Ulp. 42 *ad Sab.*). Sul punto rinvio a BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., p. 293 ss. e nt. 55 e 56.

³³ Il principio qui dettato in tema di patronato è confermato anche in altri ambiti e così, ad esempio, da D. 1.9.7.1 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*) concernente la condizione senatoria che compete – come già aveva ritenuto Labeone – al figlio che nasce dopo la morte del padre senatore e che spetta anche a colui che è stato concepito prima della rimozione del padre dal senato.

mina, da un lato, i numerosi testi in cui compare l'espressione 'in rerum natura esse / non esse' e, dall'altro, la diversa terminologia impiegata nelle fonti per indicare il nascituro, confutando puntualmente i vari argomenti richiamati da coloro che sostengono l'inesistenza del *nondum natus*.

Tra le ragioni che spesso in dottrina sono state addotte quali indici di una pretesa inesistenza, spicca quella che insiste sul frequente ricorso da parte della giurisprudenza classica, per indicare il concepito, al genere neutro. A questo proposito il Ferretti non manca, da una parte, di sottolineare che lo stesso genere è sovente impiegato anche per colui che è già nato (così, ad esempio, in D. 1.5.26, D. 40.5.41.5, D. 43.33.1.pr.) e, dall'altra, di far notare che, in molteplici casi, l'uso del neutro si esplica facilmente per l'incertezza del sesso del nascituro o per la possibilità che il parto sia plurigemellare. A ragione, conclude il Ferretti, non si può trarre dall'impiego del genere neutro l'indice di un disconoscimento dell'individualità del concepito da parte dei giuristi romani.

Tra gli ultimi passi considerati nel secondo capitolo figura anche D. 25.4.1.pr.-1 (Ulp. 24 *ad ed.*), relativo ad un caso complesso e privo di precedenti ('*nova res*'), risolto dai *Divi Fratres*, ove si conserva, a proposito del concepito, un'espressione celeberrima: '*mulieris portio est vel viscerum*'³⁴, che – come è stato sottolineato – godette di grandissima fortuna in età medievale venendo elevata a rango di definizione con valenza generale³⁵. Invero, Ulpiano sta precisando che non è possibile alla donna che, avendo divorziato, nasconda la propria gravidanza o, addirittura, la neghi, svolgere una richiesta di alimenti sulla base dei *senatusconsulta de liberis agnoscendis*³⁶. In questo stato di cose si precisa che il *partus* '*mulieris portio est vel viscerum*', vale a dire, un tutt'uno con la madre la sola legittimata – in forza dei senatoconsulti – a formulare la richiesta. Tanto il feto costituisce un tutt'uno con la donna che – conclude il giurista – solo dopo il parto sarà possibile al padre chiedere che il figlio sia a lui esibito o da lui condotto. Su queste basi il Ferretti propende per la lettura che una parte minoritaria e tuttavia significativa della dottrina ha dato³⁷ e alla quale io pure ho aderito³⁸: la specificità e la finalità espositiva del passo rendono del tutto forzato trarre dalle parole del giurista severiano una definizione di carattere generale. L'espressione si riscontra, infatti, in quest'unica fonte e trova giustificazione solo nel suo preciso contesto.

Nel terzo e ultimo capitolo, il Ferretti passa ad esaminare le fonti giuridiche contenenti l'espressione '*in rebus humanis nondum esse*' o equivalenti e qui torna in rilievo il rapporto tra esistenza / inesistenza del concepito, da un lato, e criterio dei *commoda*, dall'altro. Si inizia, infatti, da D. 1.5.7 (Paul. *l.s. de port.*), il notissimo passo in cui si afferma che '*qui in utero est*' riceve tutela '*perinde ac si in rebus humanis esset*' quando si tratti dei *commoda* del concepito, laddove '*quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*'³⁹.

Si svolgono per questo passo alcuni interessanti spunti esegetici: infatti, richiamata l'interpretazione offerta al sintagma '*in rebus humanis*' dai Basilici, dalla Glossa, dal Cuiacio, dai pandettisti e da molti studiosi recenti, concordemente inteso dal quale rimando all'individuo già nato, il Ferretti rimarca come il criterio dei *commoda* non rilevi quanto alla questione dell'esistenza del concepito – data per

³⁴ Invero, ALBERTARIO, *Conceptus*, cit., p. 6, ritiene '*vel viscerum*' un glossema: si veda anche «Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur» (cur. L. Mitteis-E. Levy-E. Rabel), Weimar, 1929, I, c. 113.

³⁵ F. LANFRANCHI, '*Nascituri*', in «NNDI.», XI, Torino, 1965, p. 14.

³⁶ Sul passo e sul regime disposto dai *senatusconsulta de liberis agnoscendis* si veda ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 260 ss. e *praecipue* nt. 275 s.

³⁷ Si ricordino, ad esempio, le notazioni di C. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, I, Paris, 1889, 251 n. 47; cfr. F. STELLA MARANCA, *Intorno al fr. 7 Dig. 15*, in «BIDR.», XXXXII, 1934, p. 243 s., C.A. MASCHI, *Il concepito e il procurato aborto nell'esperienza antica*, in «Jus», XXII, 1975, p. 387 s.; più recentemente, si vedano W. WALDSTEIN, *Quelleninterpretation und status des nasciturus*, in «Status Familiae. Festschrift A. Wacke», München, 2001, p. 520, e SANNA, *La rilevanza del concepimento*, cit., p. 147. Per l'avversa e predominante opinione, che attribuisce all'espressione valore di definizione generale, tra le opere di taglio istituzionale, si può ricordare D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, p. 49. Il passo è richiamato anche – ma sotto il profilo delle questioni legate all'aborto – da E. CANTARELLA, in «Diritto privato romano» (cur. A. Schiavone), Torino, 2003, p. 178 e 209.

³⁸ BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., p. 316 ss.

³⁹ FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 161 ss.

scontata nelle parole di Paolo – ma debba esser connesso all'utilità che i terzi non possono trarre sin tanto che la nascita non sia avvenuta. Il criterio dei *commoda* non inficia, in altri termini, la realtà ontologica del *conceptus*, ma consente che questi soltanto – e non altri – ne possa trarre vantaggio.

Il punto mi pare di grande importanza, perché evita ingiustificate confusioni, sovente riscontrabili in dottrina, su due questioni che, invero, sono concettualmente assai differenti.

A confortare che il significato da dare alla locuzione '*in rebus humanis*' rinvii all'individuo già nato – cui il concepito è sovente parificato sul piano della tutela giuridica ricevuta – soccorrono i numerosi passi, soprattutto ulpiane, che l'a. richiama: anzitutto: D. 37.9.1 (Ulp. 41 *ad ed.*), relativo alla disciplina accordata dal pretore a coloro che '*nondum nati sint*' similmente a coloro che '*iam in rebus humanis sunt*'; sono poi richiamati: D. 37.9.7 (Ulp. 47 *ad ed.*), ove, svolgendosi un parallelo tra la successione *ab intestato* e la *bonorum possessio*, si afferma che anche il concepito riceve tutela, ove, nel caso fosse già '*in rebus humanis*', fosse cioè già nato, potrebbe chiedere la *bonorum possessio*; D. 38.16.1.8 (Ulp. 12 *ad Sab.*), dove, nel tratto finale, si legge che, per succedere in qualità di *sui heredes*, occorre che si sia '*vel in rebus humanis vel saltem concepti*', vale a dire, se non si sia ancora nati, si sia almeno concepiti. E ancora – rileva l'autore – conducono inevitabilmente alla medesima valenza del sintagma considerato altri frammenti sempre di Ulpiano che sono stati conservati nel Digesto: D. 50.16.164 (Ulp. 15 *ad Sab.*), D. 28.6.10.1 (Ulp. 4 *ad Sab.*) e D. 40.5.24.4 (Ulp. 5 *fideicom.*).

Non sempre, tuttavia, paiano condivisibili i rilievi esegetici svolti dall'autore: è il caso dell'ultimo passo ulpiano che viene proposto per dimostrare che l'espressione '*in rebus humanis*' rinvii sempre a colui che è nato (per stabilire, tra costui e il *nondum natus*, una equivalenza di trattamento giuridico) e non ad un'inesistenza assoluta: D. 44.2.7.2 (Ulp. 75 *ad ed.*).

Per questo frammento il Ferretti, aderendo all'interpretazione che ne danno altri studiosi⁴⁰, valuta l'espressione '*in rebus humanis*' nel senso di «già nato», senso che – in linea generale – può esserle attribuito, ma che nel caso specifico, a mio avviso, non trova riscontro. Nel passo è esaminata una questione afferente l'*exceptio rei indicatae*: come ho altrove osservato⁴¹, la lettura di quanto Ulpiano afferma nel frammento precedente, relativamente al caso in cui taluno '*cum totum petisset, partem petat*'⁴², chiarisce che ora il giurista sta esaminando quello in cui taluno chieda cose che '*ex ea re sunt, quae petita est*', cose, cioè, che provengano da quella che era già stata richiesta con la prima domanda. In particolare, l'ipotesi presa in considerazione è quella in cui era stata precedentemente richiesta un'*ancilla* che – al momento della *litis contestatio* del primo giudizio – non era ancora *praegnans*. Analogamente al caso in cui fosse stato – in un primo giudizio – rivendicato un fondo, ove ancora non erano neppure germinati dei frutti, Ulpiano sottolinea che alla domanda nuovamente proposta non potrà essere opposta l'*exceptio rei indicatae*, salvo che, nel primo giudizio, non siano stati richiesti con apposita domanda e apposita *aestimatio* i frutti o il *partus*, pur all'epoca inesistenti, salvo, cioè, che la potenzialità del fondo di produrre frutti o la potenzialità dell'*ancilla* di partorire non siano state specificamente considerate nel giudizio instaurato in precedenza. Dalla lettura integrale del pensiero di Ulpiano si ricava necessariamente che, in D. 44.2.7.2, con la locuzione '*in rebus humanis*' (tra l'altro, qui riferita, oltre che al *partus*, anche ai *fructus*) si fa riferimento all'inesistenza, all'epoca del primo giudizio, di ciò che, nel nuovo, è richiesto. Si può, anzi, osservare che il passo non si riferisce a colui che era già stato concepito all'epoca in cui venne instaurato il primo giudizio, ma a colui che ancora non lo era stato, vale a dire, a colui che, con espressione ignota al lessico giuridico romano, sarà – in epoca medievale – indicato col termine '*concepturus*'. Nel caso di D. 44.2.7.2 è, quindi, ad un'inesistenza ontologica che rinvia l'espressione '*in rebus humanis*' (alludendo sia a colui che non è stato ancora concepito da *illa ancilla* sia ai *fructus* che ancora non sono venuti ad esistenza *in illo fundo*). E, tuttavia, sotto un profilo generale, il Ferretti mi pare cogliere nel vero, perché pro-

⁴⁰ In questo senso SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., p. 250. Invece, ritiene – a mio avviso – correttamente che l'espressione significhi cose che «non esistono in nessun modo» F. MANCALEONI, *Studi sull'acquisto dei frutti in forza dei diritti reali sulla cosa fruttifera*, Sassari, 1896, p. 32.

⁴¹ BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., p. 310 s. e nt. 102.

⁴² D. 44.2.7.1 (Ulp. 75 *ad ed.*).

prio considerando complessivamente quanto Ulpiano espone in relazione ai casi in cui si chieda con il secondo giudizio tanto ciò che era stato parte della domanda del primo, quanto ciò che, a quel momento, ancora non esisteva, ma che proviene da ciò che era stato oggetto della prima lite, se ne trae – forse con ancor maggior evidenza – che colui che è stato concepito ha una propria consistenza e – direi anche – una propria individualità.

Il passo offre, dunque, un'eccezione rispetto all'abituale valenza della locuzione '*in rebus humanis*', la quale, in genere, allude alla situazione di colui che è già nato, ma che qui si riferisce all'inesistenza assoluta di chi ancora neppure è stato concepito.

Di seguito il Ferretti propone una lettura comparativa tra il passo di Paolo (*l.s. de port.*, D. 1.5.7) da cui ha preso le mosse il terzo capitolo per l'esame del sintagma '*in rebus humanis*' e i frammenti di Giuliano (69 *dig.*, D. 1.5.26) e di Celso (28 *dig.*, D. 38.16.7), i quali ultimi conservano la locuzione '*in rerum natura*' e che erano già stati considerati nel secondo, al fine di desumerne complessivamente l'attestazione dell'esistenza del concepito e di confutare l'opinione per cui costui dovrebbe esser inquadrato negli schemi della finzione giuridica. Al riguardo, l'argomentazione dell'autore consiste – soprattutto – in una critica della correlazione che sovente viene (impropriamente) posta tra l'impiego di alcuni elementi lessicali ('*proinde ac*', '*pro*', etc.) e la presenza di una *factio*, critica che condivido ampiamente e sulla quale in passato, a più riprese, io pure ho insistito⁴³.

L'autore, infine, sempre considerando i medesimi passi Paolo, di Giuliano e di Celso, rileva che gli ultimi due giuristi «sarebbero giunti al riconoscimento dell'esistenza del concepito», mentre la regola espressa da Paolo «sarebbe stata suggerita dalla necessità di introdurre un argine» al fine di evitare che, dallo stesso riconoscimento, i terzi fossero avvantaggiati. Di ciò darebbe prova non solo un testo dello stesso Paolo di commento al senatoconsulto Tertulliano (D. 50.16.231 – Paul. *l. s. ad sen. Tert.*), ove il criterio dei *commoda* è ribadito escludendosi che la madre possa trarre benefici dallo stato di gravidanza, ma – secondo il Ferretti – anche un frammento di Modestino (D. 27.1.2.6 – Mod. 2 *exc.*), ove non si ammette che il padre di colui che ancora non è nato possa addurre il mero concepimento tra le *excusationes* dai *munera civilia* e uno di Papiniano (D. 35.2.9 – Pap. 19 *quaest.*), ove non si accetta che colui che è soltanto stato concepito porti vantaggio ai legatari.

Si tratta di un'esplicazione certo suggestiva e assai interessante della genesi del criterio dei *commoda*, che pare capovolgere la visione tradizionale che, piuttosto, vede nel *commodum* il punto d'equilibrio per un ampliamento del riconoscimento dei potenziali diritti del concepito. Si tratta, naturalmente, di una proposta interpretativa che, in aggiunta a quelli, pur significativi, forniti dall'a., abbisognerà di ulteriori riscontri⁴⁴.

La conclusione che, dopo il vaglio dei passi che conservano l'espressione, l'autore trae, vale a dire che con la locuzione '*in rebus humanis*' – quando impiegata a proposito del concepito – i giuristi volessero alludere, per evidenziare un'identità di trattamento giuridico, a coloro che sono già nati mi pare pienamente convincente e, altrove, vi ho espressamente aderito⁴⁵. A parte il caso di D. 44.2.7.2 – di cui ho detto – concordo con l'autore sul dato che nelle altre fonti esaminate che conservano la

⁴³ BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 32 e 180 ss., e *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., p. 300 ss. In proposito si potrebbe osservare che gli elementi meramente lessicali sono stati ritenuti insufficienti per il sicuro riscontro di una finzione anche nell'ambito di altri ordinamenti giuridici dell'antichità: è il caso, ad esempio, del diritto rabbinico ove – soprattutto nella letteratura tannaica – sovente ricorre l'espressione '*ke-illu*', che corrisponde semanticamente a quella latina '*ac si*'. Sul punto, si veda L. MOSCOVITZ, *Legal Fictions in Rabbinic Law and Roman Law: Some Comparative Observations*, in «*Rabbinic Law in its Roman and Near Eastern Context*», Tübingen, 2003, p. 115. Sulla debolezza dell'argomentazione «lessicale» e con un riscontro concettuale di carattere generale, si veda H. KEISEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen, mit besonderer Berücksichtigung von Vaibingers Philosophie des als ob*, in «*Annalen der Philosophie*», I, 1919, p. 630 ss.

⁴⁴ Il criterio dei *commoda* è ipotizzato come una restrizione del riconoscimento del concepito quale realtà anche da S. BRASLOFF, *Aetas legitima*, in «*ZSS.*», XXII, 1901, p. 180 ss. L'opinione è, però, criticata da TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, cit., p. 205 ss., la quale, provvedendo ad un'ampia disamina della letteratura in tema, opina che la giurisprudenza del principato, quando avrebbe posto l'equiparazione tra concepito e già nato, avrebbe anche determinato la genesi del criterio.

⁴⁵ BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'*, cit., p. 316 ss.

locuzione ‘*in rebus*’, questa indica coloro che sono già nati. Così mi sembra non possano che essere intesi D. 37.9.1pr. (Ulp. 41 *ad ed.*), D. 37.9.7.pr. (Ulp. 47 *ad ed.*) e tutti gli altri passi considerati in relazione ai quali il Ferretti ha modo di ribadire con ottime ragioni la profonda differenza concettuale che corre tra la locuzione ‘*in rebus humanis esse / non esse*’ e quella ‘*in rerum natura esse / non esse*’, che aveva esaminato nel capitolo precedente.

Nelle conclusioni il Ferretti sottolinea come dalle fonti complessivamente esaminate non venga a risultare – così come, soprattutto sulla scorta dell’Albertario, ha voluto una larga parte della dottrina – la presenza nella giurisprudenza romana di un dualismo di concezioni a proposito del concepito, ora percepito come un *quid* inesistente, ora rappresentato come esistente, ma emerga piuttosto «una linea di pensiero unitario» che principiando dall’età arcaica si sviluppa nel corso dell’epoca repubblicana e confluisce nelle riflessioni della giurisprudenza classica⁴⁶. Con riguardo a quest’ultima, l’autore rimarca anche come non ci si debba lasciar trarre in inganno dalle varie testimonianze che collegano taluni (potenziali) diritti del nascituro al criterio dei *commoda*, dovendosi l’introduzione di tale criterio imputare non già alla considerazione di entità ora esistente ora inesistente che si ebbe del concepito, ma all’inopportunità che altri – prima della sua nascita – possano beneficiare dei diritti a lui solo riservati.

3. Si può certo considerare il lavoro del Ferretti un serio e importante contributo per l’approfondimento critico delle varie e complesse vicende connesse, in diritto romano, alla figura del concepito. Non di tutti i passi esaminati né di tutte le questioni affrontate si è potuto dar pienamente conto nel breve spazio di questa recensione, ma va detto che l’opera si caratterizza per attenzione esegetica, conoscenza delle fonti, padronanza della pur sterminata ed eterogenea letteratura e originalità di diverse delle soluzioni proposte (tra le quali, a mo’ d’esempio, quella riguardante l’espressione ‘*spes animantis*’ che si legge in un noto passo di Marcello)⁴⁷. Un minimo appunto riguarda l’eccessiva ripetizione dei medesimi passi che, se pur certamente dovuta alla scrupolosa diligenza dell’autore, ne appesantisce l’esposizione.

A mio giudizio, è significativo il risultato raggiunto dal lavoro con la conferma sul piano esegetico dell’intuizione del Catalano circa la differente valenza delle espressioni ‘*in rerum natura*’ e ‘*in rebus humanis*’, le quali, anzi, vengono a rappresentare i due poli, per dirla con l’autore, «i due fuochi» intorno ai quali si svolge gran parte della riflessione giurisprudenziale classica: il *conceptus* è sempre riconosciuto *in rerum natura* e, in molti ambiti del diritto, riceve trattamento giuridico al pari di coloro che sono *in rebus humanis*. A seguito dell’analitica indagine del Ferretti, si dovranno così evitare superficiali equiparazioni tra le due locuzioni.

Credo anche che le vie d’ulteriore ricerca dovranno avere a loro oggetto, non già l’esistenza o inesistenza del concepito, ma proprio quanto deriva dalla contrapposizione delle due espressioni. Restano, infatti, da individuare gli esatti limiti dell’equiparazione tra i *nondum nati* e coloro che sono ‘*in rebus humanis*’, né si tratterà di facili indagini sia per la specificità degli ambiti giuridici in cui l’equiparazione viene declinata sia, soprattutto, per le suggestioni che elementi metagiuridici, sempre immanenti allorché si lambisce il tema di pur potenziali soggetti di diritto – la materiale individualità del *conceptus* non comporta, infatti, la sua identificazione sul piano giuridico con l’*homo*⁴⁸ – potranno in esse giocare. Altro è, infatti, constatare che i giuristi romani riconobbero materialità e – almeno talvolta parrebbe – individualità al *nondum natus*, altro è dedurre da ciò che essi lo rappresentarono

⁴⁶ FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 187 ss.

⁴⁷ D. 11.8.2 (Marcell. 28 *dig.*). La soluzione offerta da FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 83 ss., risulta ineccepibile sul piano del senso stretto attribuito alle parole di Marcello; si vedano ivi altre letture, antiche e moderne, del passo.

⁴⁸ Paradigmatico per l’età classica D. 35.2.9.1 (Papin. 19 *quaest.*): ‘*Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*’. Tuttavia, il passo è, a mio avviso, significativo sul piano tecnico del diritto e non lo si potrebbe correttamente invocare riguardo a profili etici o sociali: si veda, sul punto, BIANCHI, *Per un’indagine sul principio ‘conceptus pro iam nato habetur’*, cit., p. 329.

quale uomo o, addirittura, quale persona⁴⁹.

Infine, a mio avviso, un merito del lavoro del Ferretti è quello di aver posto in rilievo la necessità di scindere nelle indagini future, almeno in linea concettuale, il riconoscimento della realtà ontologica del *conceptus* dal criterio dei *commoda* e di aver suggerito che quest'ultimo vada, piuttosto, assunto quale limitazione nei confronti dei terzi degli effetti che derivano dalla fisica (o per dirla con l'Albertario, «fisiologica») esistenza del *nondum natus*, esistenza che è riconosciuta – come, all'unisono, informano le fonti un nostro possesso – sin dall'età più remota del diritto romano.

⁴⁹ Si può ricordare che G. LA PIRA, *Cosa è la persona umana*, in *Scritti Editi*, Firenze, 1970 (già in «Azione Fucina», XXXIII, 1941), p. 301 s., sulla scorta di Tommaso d'Aquino (*Summ. Theol.* I.29.4), ha giustamente osservato che il concetto di individuo precede – in linea logica – quello di persona. D'altro canto, come – tra gli altri – sottolinea B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1965, p. 109 ss., in diritto romano la stessa «condizione di uomo non è di per sé attributiva di capacità». Si rammenti, infine, con F. DE MARTINO, «*Persona fisica (Diritto romano)*», in «NDI», Torino, IX, 1939, p. 928 ss., che, in ogni fase della storia romana, vi è assenza di un concetto corrispondente a quello proprio del moderno termine «persona».