

Persona e famiglia: concetti e principi giuridici contra le astrazioni e l'individualismo

Maria Pia Baccari

1. Introduzione: principi ed astrazioni; 2. Persona e concepimento: il *curator ventris* 3. Matrimonio 4. Famiglia "diritto di famiglia" e individualismi; 5. Conclusioni: comunione contro globalizzazione e individualismo

1. Introduzione: principi ed astrazioni

Come nelle moderne codificazioni e costituzioni, così nella compilazione dell'imperatore Giustiniano si trovano talune enunciazioni che ben potremmo chiamare, con linguaggio d'oggi, principi fondamentali.¹

E con rigore terminologico possiamo con Ulpiano parlare di *praecepta iuris* e possiamo aggiungere che questi *praecepta* vengono elaborati scientificamente da *prudentes* i quali usano concetti concreti quali, ad esempio, *homo, cives, peregrini, populus Romanus, qui in utero est, curator ventris* e non mere astrazioni concettuali, quali diritto soggettivo, soggetto

1 A tal proposito sia consentita una riflessione sulla base delle prime "Leggi" del Digesto giustiniano: *initium, principium, origo* sono tutti termini che richiamano in generale la nascita, concetto 'necessariamente' connesso al 'conoscere' (connaître) giuridico. Si vedano i passi di Ulpiano, Gaio e Pomponio: D. 1,1,1: «*iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat ...*»; D.1,2,1: «*Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi ... certe cuiusque rei potissima pars principium est ...*»; D. 1,2,2: «*Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare. Et quidem initio civitatis nostrae sine lege certa, sine iure certo ...*».

2 Contro le concettualizzazioni "astratte" e "positivistiche" riguardanti la condizione giuridica del nascituro, vedi P. Catalano, "Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)", in *Rassegna di*

di diritto, personalità giuridica, capacità giuridica (parole difficili da comprendere)² e comunque che non si trovano nelle fonti giuridiche romane.

Massima attenzione deve essere data alla terminologia, e il romanista Biondo Biondi, ha dedicato, alla metà del secolo XX, un lavoro alla terminologia romana come prima dommatica giuridica.

Oggi ancor maggiore deve essere il rigore terminologico, in un mondo 'globalizzato', caratterizzato dalla 'rapidità della comunicazione'. Tale rapidità comporta l'uso di un linguaggio accessibile a tutti, necessariamente povero e atecnico, e conseguentemente fuorviante. Termini e concetti giuridici vengono adoperati, talvolta anche inconsciamente, fuori luogo.

Il disagio del giurista è grande anche perché si trova a fronteggiare diversi nemici, interni ed esterni, con atteggiamenti contrapposti e illogici. Basti pensare a coloro che impoveriscono il linguaggio giuridico, addirittura banalizzandolo, ed evidenziando il "fatto", come ad esempio usano fare, talvolta, gli psicologici, i quali privilegiano fattori emozionali, oppure a coloro che adoperano astrazioni sempre maggiori che si allontanano dal dato "realtà".

Lasciando da parte il primo esempio, questo secondo merita maggiore attenzione perché è più pericoloso. Le astrazioni sempre maggiori delle elaborazioni dottrinali contemporanee

diritto civile, 1988, I, pp. 45 ss. (ora in Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, pp. 195 ss.); F. D. Busnelli, "Persona' e sistemi giuridici contemporanei", in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 1, 1996, pp.13 7 ss.: «tra uomo e persona si introduce uno schermo ... lo schermo della capacità giuridica (*Rechtsfähigkeit*). L'uomo-persona cessa di essere tale per diventare soggetto giuridico, soggetto ad una norma che può anche disconoscerlo» (pp. 137 ss.).

di derivazione codicistica hanno eliminato la concretezza del rapporto naturale, ad esempio, tra *qui in utero est* ed *homo* e ciò ha comportato astrazioni assai pericolose anche per la condizione giuridica del concepito, nonché equivoci ed errori.³

Non è da escludere che l'uso di una terminologia sempre più astratta serva a nascondere manipolazioni concettuali e misfatti, o comunque, edulcorare situazioni antiggiuridiche e a sottrarsi al rigore del diritto, e diventare (o far diventare ?) docili strumenti nelle mani «di poteri privati, statali e internazionali, oggi tutti “soggetti” della (o alla) globalizzazione».⁴ Pensiamo, ad esempio, agli “interventi umanitari” (in questi giorni addirittura abbiamo ascoltato metafore illogiche quali, ad esempio, “operazioni chirurgiche”) che sono vere e proprie azioni di guerra, a leggi che tutelano la maternità “fin dal concepimento” e l'infanzia e invece disciplinano l'aborto, al “testamento biologico” qualcosa che non ha niente a che fare con la vita, ma è contro la vita e contro la natura!

Contro questo antiumanesimo sta l' *ars boni et aequi* dei Romani: uno *ius* universale che adopera concetti ‘concreti’,

³ Nell'Enciclica *Evangelium vitae* si legge: “Di fronte a una così grave situazione, occorre più che mai il coraggio di guardare in faccia alla verità e di *chiamare le cose con il loro nome*, senza cedere a compromessi di comodo o alla tentazione di autoinganno. A tale proposito risuona categorico il rimprovero del Profeta: « Guai a coloro che chiamano bene il male e male il bene, che cambiano le tenebre in luce e la luce in tenebre » (*Is* 5, 20). Proprio nel caso dell'aborto si registra la diffusione di una terminologia ambigua, come quella di « interruzione della gravidanza », che tende a nascondere la vera natura e ad attenuarne la gravità nell'opinione pubblica. Forse questo fenomeno linguistico è esso stesso sintomo di un disagio delle coscienze. Ma nessuna parola vale a cambiare la realtà delle cose: l'aborto procurato è l'uccisione deliberata e diretta, comunque venga attuata, di un essere umano nella fase iniziale della sua esistenza, compresa tra il concepimento e la nascita” .

⁴ P. Catalano, “Soggetti, oggetti, diritto: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12”, *Scritti in onore di M Talamanca*, II, Napoli 2000, pp. 117 ss., a proposito del “soggetto di diritto”. Da ultimo vedi G. Oppo, “Declino del soggetto e ascesa della persona”, in *Rivista diritto civile*, 48, Padova 2002

che gli uomini ancora oggi (nell'epoca c.d. della globalizzazione) possono utilizzare.

Principale obiettivo odierno dei romanisti deve essere quello di ricostruire la memoria storica dei giuristi tornando alle fonti, ricostruire alcuni antichi concetti del sistema giuridico-religioso romano. Si tratta di eliminare incrostazioni, stratificatesi nei secoli, che hanno talora alterato le caratteristiche stesse degli istituti, contribuendo, talvolta, a fuorviare addirittura i legislatori.

Il sistema giuridico romano può ancora oggi insegnare qualcosa? I principi dello *ius Romanum* (che comprende lo *ius naturale*, lo *ius gentium*, e lo *ius civile*) possono suscitare ulteriori riflessioni e soprattutto dare risposte ai problemi dell'uomo all'alba del terzo millennio? Le tendenze del legislatore, e non solo di quello italiano, oggi sembrano ignorare l'utilità formativa del diritto romano a fronte di una iper-specializzazione e iper-tecnicizzazione che ha fatto perdere di vista i principi, frantumando l'unità dello *ius* e facendo sì che la frase "non c'è futuro senza passato", o qualcosa di simile, si riduca ad un mero slogan pubblicitario.

Come è noto il tema dei "principi generali del diritto" ha suscitato dibattiti assai ampi già agli inizi del secolo scorso.⁵ E' passato un secolo, variamente definito e definibile, indubbiamente terribile, nel quale abbiamo assistito (anche noi giuristi!) ad un progresso enorme della tecnica (la realtà

5 N. Coviello nella *Prolusione ai Corso ufficiale di diritto civile nella Regia Università di Palermo*, Santa Maria Capua Vetere 1908, auspicava la distruzione del «pregiudizio che non esistesse altro diritto all'infuori del diritto dello Stato» e sperava che nella riforma del codice civile venisse concessa «all'interprete una maggiore libertà di scoprire il diritto in armonia ai tempi nuovi, quando si è fuori del campo chiuso della legislazione positiva. Solo così il diritto cesserà di essere rigido e morto, e la giurisprudenza diverrà una valida cooperatrice della legislazione, e sarà davvero la *viva vox iuris*».

non finisce davvero di superare la fantasia) e, ai tempo stesso, ad una violazione e cancellazione (paradossalmente sistematica) dei "principi".⁶

L'unico dato certo oggi è l'insufficienza del diritto territoriale e di quello degli Stati in generale a governare la "globalizzazione", che da un lato tende ad omologare tutto ciò che riguarda l'uomo e dall'altro esaspera le tensioni e le disuguaglianze tra gli uomini e i popoli. Si avverte dunque la necessità di ritrovare, prima di ogni altra cosa, un piano di principi che garantisca le compatibilità ed assicuri la convivenza possibile, una "comunione" (*communio*) di uomini, di popoli. Il *populus Romanus* non è una razza, né un'etnia, né una nazione, ma una moltitudine di uomini unita dal *consensus iuris* e dalla *communio utilitatis*, secondo la nota definizione di Cicerone di popolo.⁷

Il *consensus iuris* inteso come accordo presuppone il dialogo e questo non può avvenire se non fra uomini che si riconoscano l'un l'altro come tali, riscoprendo così la dimensione etica del diritto, che ci induce a ritrovare e ricostruire concetti e principi propri della nostra più antica tradizione giuridica: quella che risale all'antico diritto romano, nel quale *mos* e *ius* erano profondamente

6 Nel gennaio del 1939 nasce la rivista *Principi*, quale supplemento della rivista "Vita cristiana". Giorgio La Pira nella "Premessa" al primo numero afferma con forza che «urge il ritorno alla luce chiarificatrice dei principi». Nel gennaio 1940 esce l'ultimo numero (dedicato alla libertà), la rivista viene "scoperta" dal fascismo fiorentino e viene immediatamente soppressa ("per mancanza di carta").

7 Cic. *De rep.* 1,25,39: «*populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus sed coetus multitudinis iuris consensu atque utilitatis comunione sociatus*», su questo passo vedi G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996. Mi sia consentita un'osservazione attuale, Cicerone è l'unico autore pagano citato nel *Nuovo Catechismo della Chiesa cattolica*, a proposito della *lex naturalis*, vedi M. P. Baccari, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996.

compenetrati. Un itinerario e una linea di continuità nel tempo, utili, invero, anche per il tema dei “diritti fondamentali inviolabili”;⁸ a patto di tornare ad antiche consapevolezze; quelle consapevolezze: che parlavano del diritto come “sistema del buono e del giusto” (che cominciano a riaffiorare nell’ambito del diritto comunitario).

Come ha evidenziato recentemente Rolf Knütel, professore di diritto romano all’Università di Bonn, i numerosi “principi generali” del diritto che la “giurisprudenza comunitaria” ha enucleato affondano le loro radici, implicitamente od esplicitamente, addirittura “nella tradizione romana ... e il loro sviluppo e la loro elaborazione nello *ius commune*”.

Trovano così ingresso nel sistema giuridico comunitario le «massime dell’antico *ius commune*, che, in parte, provengono direttamente dalle fonti giuridiche romane», e in parte, sono costruite sulla base di queste e sulle fonti del diritto della Chiesa, tanto da giungere «in qualche maniera ad una sorta di rinascita dell’unità del diritto ricca di varianti»; quella «unità del diritto che era stata interrotta con l’ avvento dei codici nazionali.⁹

Alla domanda posta sopra, se Roma può ancora oggi insegnare qual cosa, ad esempio a Bruxelles, possiamo rispondere affermativamente. Oggi Roma non solo può, ma deve insegnare, e molto.¹⁰ Basti qui riferirci ai principi generali

8 S. Schipani, *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori*, in Apollinaris, LXV, (1992), pp.627-663.

9 R. Knütel, “*Derecho romano y ius commune frente a las Cortes de la Unión europea*”, in *Roma e America. Diritto romano comune*, I, 1996, p. 4 I ss. Sul concetto di *ius commune*, nei secoli, a partire dalle *Institutiones* di Gaio e dalla compilazione giustiniana, vedi J. Gaudemet, “*Du ius commune au droit communautaire*”, in *Clés pour le siècle, Droit et science politique. Information et communication. Sciences économiques et de gestion*, Paris 2000, pp. 10 11 ss.

10 Vedi *Rec.* di M. Luciani a M. P. Baccari, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996 e la mia “*Replica*”, in *Rivista di diritto costituzionale*. 1997, pp. 231 ss.

dei diritto, e in particolare ai diritto alla vita, al matrimonio, alla famiglia ed alla cittadinanza.

2. *Persona e concepimento: il curator ventris*

Il diritto alla vita è il primo dei diritti dell'uomo è un diritto inalienabile per lo sviluppo di ogni popolo libero e sovrano.

Il concetto giuridico "natural e" di *homo (persona)* include, secondo i principi generali del diritto propri della tradizione romanistica, liberi e servi, nati e concepiti (*qui in utero est* o *qui in utero sunt*).¹¹ Nel linguaggio giuridico, il termine *homines* comprende i liberi e i servi: D. 1,5,3; e i nascituri D. 1,5,7 e 26 (*qui in utero est* e *qui in utero sunt*). Il concetto giuridico "naturale" di *homo* e fondamentale nella sistematica ed ha rilevanti conseguenze normative.¹² E sempre nel titolo V del Libro I dei *Digesta*, sotto la rubrica *de statu hominum*, il primo frammento,

11 Su *homo* e *persona* in Gaio, anche riguardo a *qui in utero est* vedi, da ultimo, M. Lubrano, *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino 2002, pp. 193 ss

12 Vedi P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, pp., pp. 167 ss.; 196 ss. Sulla condizione giuridica del nascituro nel diritto brasiliano vedi A. Franco Montoro - A. De Oliveira Faria, *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, São Paulo 1953, pp. 45 ss.; S. J. A. Chinelato e Almeida, "O nascituro no Código civil e no direito constituendo do Brasil", in *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, 97, jan. -mar. 1988, pp. 181 ss.; J. L. de Los Mozos, "El concebido y su tutela jurídica. Personalidad y derechos de la personalidad. El 'status' personal", in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 10, 1991, pp. 92 ss.; C. Banchio, "Status jurídico del *nasciturus* en la procreación asistida", in *El derecho y los problemas contemporaneos* (Libro del Cincuentenario), Córdoba 1991, pp. 410 ss.; J. M. Castán Vázquez, "La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana", in *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Bogotá 1995, pp. 168 ss.; per la bibliografia recente vedi S. J. A. Chinelato e Almeida, *Tutela civil do nascituro*, São Paulo 2000, pp. 225 ss.; 339

ancora oggi attuale, è nel quale Gaio tratta della sistematica dello *ius*, ponendo al primo posto le *personae*.¹³

Orbene, il concetto di *persona* è adoperato in Gaio (*Institutiones* II, 242) anche per il *postumus*, in riferimento appunto al nascituro: «*Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona*» (II, 242).¹⁴ Il concetto di *persona* sarà adoperato da Giustiniano a proposito del nascituro, in materia ereditaria: «*personam iam natam vel ante testamentum quidem conceptam*» (C. 3,28,30,1).¹⁵

Qui in utero est riceve tutela giuridica per l'interesse attuale e immediato al nutrimento, o come oggi diremmo, per il diritto agli alimenti. Il concepito è considerato così come il nato (*sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt*). Sullo stesso piano è vista la protezione da parte del pretore (*praetor habuit curam... e hac parte edicti eos tuitus est*) dei figli nati e di quelli che nasceranno (*propter spem nascendi non neglexit*), concedendo la *missio in possessionem*.¹⁶ Il

13 G. Grosso, *Problemi sistematici del diritto nel diritto romano. Cose - contratti* (a cura di L. Lantella), Torino 1974, p. 3: «La sistematica gaiana come vertice: conclusivo nei confronti dei precedenti sistemi di *ius civile*»

14 P. Catalano, "Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano" cit., pp. 47 ss. (ora in Id., *Diritto e persone* cit., pp. 197 s.); da ultimo, anche per la bibliografia e per i rilievi critici, vedi E. Bianchi, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea* cit., pp. 275 ss. Anche a questo proposito è da ricordare la prospettiva, esattamente opposta, di P. Bonfante, *Corso di diritto romano VI, Le successioni*, Milano 1974, pp. 384 S.

15 P. Catalano, "Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano" cit., pp. 47 s. (ora in Id., *Diritto e persone* cit., p. 197).

16 Quanto al nascituro e alla sua esistenza si può richiamare una frase di Giorgio La Pira: «il concepimento determina il sorgere di un nuovo posto di *suus nella familia*». Quest'affermazione lapiriana richiede, però, un approfondimento alla luce del passo ulpiano, posto in D. 38,16,1,11: «*non solum autem naturales, verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his qui sunt in familia vel in utero vel post mortem patris nati*»: G. La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, p. 87; sulla concezione romana di famiglia in G. La Pira, vedi P. Catalano, ««La famiglia sorgente di vita» secondo Giorgio La Pira», in *Index*, 23, 1995, pp. 25 ss.

riferimento alla *spes nascendi* indica il riconoscimento del diritto perché egli deve nascere (potremmo dire oggi: il diritto alla vita del concepito) e non una *spes* di essere.¹⁷

A tal fine è nominato il *curator ventris*: questi deve assicurare il rispetto delle modalità di adempimento delle prestazioni alimentari fino al momento della nascita. Pertanto, la nascita è presa in considerazione, ma soltanto come termine entro il quale si esaurisce il compito del *curator ventris*.

Di Ulpiano e il lungo frammento (tratto dal libro XLI *ad edictum*) che apre il titolo IX del libro XXXVII dei *Digesta*, sotto la rubrica *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius*, dedicato al *curator ventris* ed in particolare ai suoi compiti. E proprio all'inizio del passo Ulpiano considera il principio di quanto stabilito nell'Editto del pretore per la difesa del nascituro. Il passo ulpiano evidenzia interessi attuali del concepito, che poi si configurano in veri e propri diritti in capo allo stesso: l'interesse del concepito di venire alla luce, il diritto agli alimenti. L'Editto del pretore regola minuziosamente l'istituto del *curator ventris* stabilendone la nomina e i compiti. Questo istituto è dovuto all'opera dei pretori dell'età repubblicana, nello svolgimento di una "funzione di supplenza del popolo".¹⁸

Il nascituro è il diretto destinatario di provvedimenti. Il *curator ventris* deve fissare gli alimenti (*alimenta mulieri statuere debet*) affinché il nascituro possa concretamente

¹⁷ M. Balestri Fumagalli, "Spes vitae" cit., pp. 337 ss., sostiene che: «il legislatore e i giuristi romani trasformano in *res iuris* tali aspettative facendo leva sul concetto di speranza».

¹⁸ L'espressione è di F. Gallo, "Un nuovo approccio per lo studio del *ius honorarium*", in *SDHI*, 62, 1996, p. 55 (anche in Id., *L'officium del pretore nella produzione ed applicazione del diritto* cit., pp. 121 s.).

nutrirsi.¹⁹ Assai importante è l'interpretazione fornita da Ulpiano riguardo alla *missio in possessionem* data al *venter*: «<*satius est enim sub incerto eius, qui edetur, ali etiam eum qui exheredatus sit, quam eum qui non sit exheredatus fame necari*» (D. 37, 9, 1, 3). L'esigenza di garantire il sostentamento al nascituro è primaria, benché possa esservi incertezza sulla posizione giuridica di colui che nascerà (*filia, plures filii, filius et filia*): è meglio (*satius est*) che siano comunque dati gli alimenti, anche a *qui exheredatus sit*, anziché far morire di fame *eum qui non sit exheredatus*. Ulpiano ribadisce questo principio riguardante la rilevanza dell'alimentazione aldilà di ogni incertezza: «*quia sub incerto utilius est ventrem ali*» (D. 37,9,1,5).

Il passo riguarda in generale la *missio in possessionem* e quanto stabilito nell'Editto del pretore per la difesa della donna incinta e del nascituro. Il giurista esplicita qui i motivi per i quali il pretore deve intervenire in favore del concepito più che in favore del fanciullo affinché sia introdotto nella famiglia, concernenti non solo *la familia* ed i *parentes*, ma anche e soprattutto la *res publica*. A questo concepito devono essere assicurati gli alimenti perché nasce non solo per i genitori, ma anche per la *res publica*: D. 37,9,1,15.²⁰

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

20 «*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*»

Ulpiano precisa che il *curator ventris* deve provvedere agli alimenti e alle altre necessità della madre e del figlio e, nell'adempire i propri compiti, dovrà considerare *le facultate*;²¹ del defunto, nonché la *dignitas* di questo e della donna: D. 37,9,1,19.²² Più precisamente deve dare alla donna *cibum, potum, vestitum, tectum*, anche al fine di tutelare la dignità di lei. È evidente il primario scopo alimentare della *missio in possessionem* e dell'istituzione del curatore, commisurati entrambi anche alla *dignitas* della donna.

Il concetto di *dignitas* è adoperato per definire quale debba essere il contenuto delle prestazioni dovute alla donna ed al nascituro. Esso è anche legato «au train de la vie»;²³ nota brevemente il Lévy: «Chez les jurisconsultes, les dépenses à faire pour ... une femme enceinte ... dépendent des ressources, mais aussi de la *dignitas* des parties».²⁴

Il passo di Ulpiano (D. 37,9,1,19) riguardante il *curator ventris* che deve provvedere agli alimenti è da leggere in stretta correlazione con Gaio D. 37,9,5, che sarà analizzato, per altri aspetti, nel paragrafo successivo. Secondo Gaio il *curator ventris* deve fissare gli alimenti per la donna a prescindere dalla dote con la quale ella potrebbe mantenersi: «*curator ventris alimenta mulieri statuere debet nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit*» (D. 37,9,5 pr.).

21 Cfr. H. E. Dirksen. *Manuale latininitatis fontium iuris civilis Romanorum* cit., s. v. *facultates*: sinonimo di *patrimonium, census, fortunae substantia*.

22 «*Mulier in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet: et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet pro facultatibus defuncti et pro dignitate eius atque mulieris*» (D. 37,9,1,19).

23 Vedi J. Ph. Lévy, «*Dignitas, gravitas, auctoritas testium*», in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano

1963, p.43.

24 J. Ph. Lévy, *loc. cit.*

Ciò implica che la *dignitas* della donna, che il *curator* deve tutelare, riguarda non tanto l'aspetto economico della vita, ma la importante funzione procreativa (oggi potremmo anche dire demografica) della *mulier* in quanto tale, ancor prima che della madre o della moglie.

Dignitas è concetto giuridico che riguarda appunto sia l'uomo sia la donna (ed è nota la differenza tra uomo e donna: Ulpiano D. 1,9,1).²⁵
Dignitas è concetto strettamente connesso anche a *iustitia*.²⁶

L'istituto del *curator ventris* ha una lunghissima vita: oltre venti secoli di storia, dall'età repubblicana fino al 1975! Questo istituto era previsto nel Codice civile italiano del 1865 e poi, sia pure per certi aspetti trasformato, in quello del 1942. Nel 1975, con la legge di "Riforma del diritto di famiglia", il Parlamento italiano ha cancellato questo istituto dall'ordinamento giuridico.²⁷

Eppure si avverte da più parti oggi l'esigenza di una protezione giuridica del nascituro o, addirittura del curatore della provetta.²⁸

25 «*Consulari feminae utique consularem virum praeferendum nemo ambigit, sed vir praefectorius an consulari feminae praeferatur, videndum, putem preferri, quia maior dignitas est in sexu virili*»: vedi P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum, I, Profili funzionali*, Torino 1976, p. 47.

26 Cicerone, *Ret.* II, 160: «*Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*».

27 Il legislatore del 1975 ha eliminato l'istituto sulla spinta, a mio avviso, di concettualizzazioni, errori od equivoci, stratificatisi via via negli anni, ai quali hanno contribuito sia le codificazioni precedenti sia le ricostruzioni della dottrina: vedi *infra*, par. 2 e, più in generale, mi sia consentito rinviare a *Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia"*, Torino 2000, pp. 5 ss., 29 ss., 90 ss.; "Curator ventris tra storia e attualità", in *Annali 2001*, a cura di G. Giacobbe, Torino 2002, pp. 43 ss.

28 A ciò ha forse contribuito la difficile applicazione, quanto alla protezione del nascituro, della legge 22 maggio 1978 n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza). Basti qui ricordare la legge 27 maggio 1991 n. 176 "Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989", nel cui preambolo sta scritto:

Anche sotto la spinta di nuove scoperte scientifiche e di continui esperimenti di dubbia prevedibilità, in mezzo ad una prassi selvaggia, il Parlamento si trova costretto a tornare sui propri passi, prevedendo addirittura l'adozione degli embrioni umani. Sembra così necessario colmare una lacuna determinata dalla eliminazione di quell'antico istituto del *curator ventris* che la profonda sensibilità giuridica degli antichi Romani aveva previsto, pur in assenza delle tecniche che si sarebbero sviluppate dopo oltre venti secoli!

I giuristi romani 'pre-vedevano' basandosi sui principi (anche al di là delle tecniche) laddove oggi faticosamente i "legislatori" inseguono le tecnologie. La legge sulla fecondazione assistita, approvata in Commissione, è attualmente all'esame dell'Assemblea della Camera, e da più parti si avverte insistentemente la necessità di colmare questo vuoto legislativo.

Quale è la risposta secondo lo *ius, ars boni et aequi*: l'"arte"²⁹ che dovrebbe essere propria di legislatori e giuristi?

Secondo il Digesto giustiniano il *curator ventris* tutela interessi, per dir così, pubblici e privati. Le attribuzioni del *curator ventris* sono definite in funzione della *res publica*, della donna, del concepito. Quanto all'interesse della *res publica*, l'aumento del popolo (*civitas augetur*) è principio ribadito sia nella giurisprudenza (Pomponio) sia nella legislazione (Giustiniano). Quanto all'interesse della donna, si tratta in particolare della *dignitas* della donna ed anche,

«come indicato nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita».
 29 Sulla definizione di *ius* vedi F. Gallo, "Sulla definizione celsiana del diritto", in *SDHI*, 53, 1987, pp. 7 ss., ora in Id., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997, pp. 221 ss.

si direbbe, della di lei "qualità della vita".³⁰ Quanto all'interesse del nascituro è ben evidente nelle fonti il diritto agli alimenti, in funzione della vita del concepito, considerato, almeno implicitamente, come *persona*.

In questa sede non è possibile ripercorrere le vicende storiche che hanno portato, nella legislazione italiana all'abrogazione dell'istituto del *curator ventris*. In sintesi: il *curator ventris* era stato sempre più considerato sotto l'aspetto della limitazione della potestà della madre, piuttosto che sotto quello della protezione del nascituro oltreché della madre, con un crescendo sino agli anni '70 del XX secolo, anni di forti rivendicazioni che talvolta si sono tradotte in sconfitte a scapito dei più deboli; e ancora oggi assistiamo a queste cosiddette vittorie delle donne e degli uomini, che ci consentono di essere al passo "con i principi affermati nella stragrande maggioranza dei Paesi europei".

Nel clima culturale degli anni '70, la figura del *curator ventris*, visto come istituto che avrebbe leso la dignità della donna o addirittura la libertà personale, fu considerato un "inutile retaggio del passato" (E. Protetti - C.A. Protetti), e conseguentemente ne fu sollecitata l'abrogazione. Dagli Atti parlamentari riguardanti la riforma del diritto di famiglia, che nel decennio tra il 1960 ed il 1970 ricevette un impulso decisivo, si avverte in modo palese l'avversione per questo antico istituto.³¹

30 Nelle *Pauli Sententiae* V,15,1 leggiamo: «*in teste enim et vitae qualitas spectari debet et dignitas*» (cfr. ColI. 9,3,1).

31 L'abrogazione dell'art. 339 del Codice civile venne proposta con il disegno di legge 5 giugno 1963, n.10, di iniziativa dei senatori Giuliana Nenni e Tullia Romagnoli Carettoni: «l'abrogazione degli articoli 327, 331, 338 e 339, ovviamente coerente al principio della parità giuridica e morale dei coniugi nel rapporto coi figli, cancella dal Codice civile le formule che più crudamente ricordano una sorpassata condizione di inferiorità femminile. ... L'applicazione dell'articolo 29 della Costituzione a quell'aspetto del diritto familiare che contempla il rapporto fra i genitori ed i figli ... è oggi una esigenza profondamente

Dall'interpretazione congiunta dell'art. 1 e dell'art. 339 del Codice civile, si è messo in moto un meccanismo che sembra raggiungere livelli sempre maggiori di astrazione e, correlativamente, di minore considerazione per il nascituro, fino poi ad aprire la strada, forse inconsciamente, all'abrogazione dell'istituto del *curator ventris*. In altri termini: poste al centro del sistema le astrazioni "capacità giuridica" e "soggetto di diritto", dalle quali si fanno discendere le attribuzioni di diritti, diventò difficile intendere la vera ed originaria funzione del *curator ventris*.

Peraltro, come ha notato recentemente Oppo, il venire meno dell'istituto del *curator ventris* non ha certamente «cancellati o resi irrilevanti gli interessi già affidati alla sua tutela».³²

3. Matrimonio

Nel primo titolo del primo libro dei *Digesta* di Giustiniano (sotto la rubrica *de iustitia et iure*) leggiamo la definizione del matrimonio come istituto di diritto naturale: «*ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari*

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

32 G. Oppo, "L'inizio della vita umana", in *Il diritto e la vita materiale*, (Roma, 28-29 maggio 1982) *Atti dei Convegni dei Lincei*, 61, Roma 1984, pp. 85 s. Egli tuttavia parla di tutela anticipata del futuro interesse del nato.

nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio» (D. 1,1,1,3).

Il matrimonio, secondo quanto afferma Ulpiano, giurista del III secolo d. C., è dunque un istituto fondato sulla natura, cioè che ha la sua regola nello *ius naturale* considerato comune a tutti gli animali.³³ La nozione di matrimonio ha come primo elemento la *coniunctio maris atque feminae*, che è però connessa, sempre secondo lo *ius naturale*, alla procreazione ed educazione della prole; e qui possiamo richiamare i *Tituli ex corpore Ulpiani* (III.3): “*liberorum quaerendorum causa*”.

L'affermazione del carattere giuridico (secondo il diritto naturale) della *coniunctio maris atque feminae*, alla quale conseguono la *procreatio* e la *educatio*, risale almeno alla giurisprudenza dell'età dei Severi; essa verrà fatta propria poi dall'imperatore Giustiniano: *Institutiones* 1,2 pr. (vedi anche la Parafrasi di Teofilo 1,2 pr.).

Lo *ius naturale* è dunque quello che la natura insegna a tutti gli animali;³⁴ di qui deriva (*hinc descendit*) la *maris atque feminae coniunctio*, che “noi” chiamiamo matrimonio (*quam nos matrimonium appellamus*), di qui la procreazione (*hinc liberorum procreatio*), di qui l'educazione dei figli (*hinc educatio*) (D. 1,1,1,3). La sequenza degli avverbi *hinc ... hinc ... hinc* sembra indicare atti concatenati.

Come ha rilevato il Di Marzo, nell'età più antica la *procreatio* “designava” l'essenza stessa del matrimonio.³⁵

33 Si noti poi che in moltissimi passi di Ulpiano è adoperato l'aggettivo *naturalis*: oltre a *ius* ed *aequitas*, *naturalis* specifica concetti giuridici quali *familia*, *pater*, *avus*, *filius*, *liberi*, *possessio*, *obligatio*.

34 P.P. Onida, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002.

35 S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, Palermo (s.d. ma del 1919), pp. 3 s.

Secondo alcuni studiosi la *procreatio* è il fine del matrimonio nella concezione romana, anche se ciò non è direttamente espresso nelle definizioni.³⁶ Si vedano le espressioni “*liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit*” nei *Tituli ex corpore Ulpiani*,³⁷ III.3, e “*liberorum procreandorum causa*” in C. 5,4,9 (dell'Imperatore Probo).³⁸ In questo contesto, meriterebbe un maggiore approfondimento anche il concetto di *educatio*.

La definizione giuridica del matrimonio ora esaminata, nonché, più in generale, la definizione di diritto naturale, come diritto comune a tutti gli animali, è stata, purtroppo, svalutata dalla dottrina romanistica contemporanea, nonostante la posizione assegnatale da Giustiniano, in apertura dei *Digesta*.³⁹

36 Vedi O. Robleda., *El matrimonio en el derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, pp. 61 ss., anche a proposito di Gaio 1,29, *Tit. Ulp.* III.3 e C. 5,4,9; Id., “Riflessi romanistici nella definizione canonica del matrimonio”. in *Gregorianum*. 56. 1975. pp. 407 ss.; G. Franciosi. *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino 1992, pp. 34; 130 s. (questi ricorda: «il matrimonio è preordinato al fine della procreazione della prole»).

37 Adopero la dizione *Tituli ex corpore Ulpiani* avendo ben presente che essa non è “pienamente corretta”: vedi F. Mercogliano, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli 1997, p. 13.

38 Vedi O. M. Péter, “*Liberorum quaerendorum causa. L'image idéale du mariage et la filiation à Rome*”, in *RIDA*. 3e s.. 38. 1991. pp. 285 ss., per i riferimenti alle fonti extragiuridiche.

39 Vedi più diffusamente il mio lavoro *Concetti ulpiane per un “diritto di famiglia”*, Torino 2001. Assai diversa fu invece la sorte che essa ebbe nella dottrina medievale ed anche in quella moderna. Per un rapido esame della dottrina medievale e specialmente dei glossatori, vedi J. Hervada. *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 1991, pp. 123 ss., il quale nota la divergente opinione di Martino, glo. *Ius* a Inst. 1,2: «es de destacar que no faltó entre los glosadores quien hiciiera notar que el derecho es una realidad específicamente humana – el arte de lo bueno y de lo justo – y por consiguiente no es derecho, en el sentido propio de la palabra, lo que encontramos en los animales»; F. Salemo, “Sacramentalità e validità del matrimonio nella giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana”, in Id., *La sacramentalità nella definizione del matrimonio*, Città del Vaticano 1995. pp. 35 ss. Circa il pensiero di Tommaso d'Aquino vedi J. M. Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Paris 1955, pp. 91 ss.; 109 ss

Questa definizione del diritto naturale ci offre, a ben vedere, la possibilità di comprendere a pieno il concetto giuridico di uomo in riferimento alla natura e agli animali⁴⁰ e, altresì, di approfondire il problema della valenza normativa o descrittiva delle categorie giuridiche;⁴¹ essa è comunque foriera di sviluppi attuali.⁴²

La dottrina romanistica contemporanea, oltre al concetto ulpiano di matrimonio, ha trascurato le conseguenze giuridiche implicite in tale concetto ed ancor più il relativo problema sistematico. Alcuni autori

40 In questa linea vedi già, ad esempio, C. Arnò, "*Jus naturale*" cit., pp. 117 ss., il quale, a proposito di uno *ius* comune agli uomini ed agli animali, affermava: «il congiungersi del maschio e della femmina, la procreazione, l'allattamento, la nutrizione e l'allevamento della prole sono altrettanti rapporti di questo *ius naturale*, e che pur si riscontrano presso gli animali». In questa linea si possono collocare, variamente, O. Robleda. *El matrimonio en el derecho romano* cit., pp. 61 ss.; Id.. "Intorno alla nozione di matrimonio nel diritto romano e canonico", in *Apollinaris*, 50, 1977, pp. 24 ss.; F. Camacho Evangelista, "*Ius naturale en las fuentes jurídicas romanas*", in *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suarez*, Madrid 1978, pp. 45 ss.; C. Castello, "La definizione di matrimonio secondo Modestino" cit., pp. 269 ss.; A. Mantello, "Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo", in *BIDR*, 94-95, 1991-1992, pp. 349 ss. e spec. pp. 40 I ss.: «con Filostrato ed Ulpiano - unici fra gli autori della prima metà del III secolo - si arriva a qualcosa di diverso, all'individuazione concreta di norme comportamentali comuni su basi naturali»; P. Onida, "I sacrifici di animali nella legislazione costantiniana", in *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di San Costantino tra Oriente ed Occidente*, in corso di stampa. Diversamente P. Didier, "Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles", in *SDHJ*, 47, 1981, pp. 250 s.; M. Kaser, *Ius gentium* (Forschungen zum römischen Recht, herausgegeben von R. Knütel und W. Selb in Verbindung mit M. Kaser und F. Wieacker, 40), Köln - Weimar - Wien 1993, pp. 64 ss., il quale intitola il paragrafo 25 "Recht auch für Tiere?" (pp. 70 ss.).

41 Vedi ora M. Talamanca, *Recensione* a M. Kaser, in *Iura*, XLIV, 1993, pp. 272 ss. e spec. pp. 290 s.

42 Per un uso attuale della concezione di Ulpiano vedi, ad esempio, X. Dijon, *Droit naturel*, I, *Les questions du droit*, Paris 1998, pp. 181 s. («<or si la conception aristotélicienne da la justice domestique rappelle l'irréductible lieu de naissance de la justice politique, ne peut-on remonter plus haut encore pour reconnaître avec Ulpian. non d'ailleurs sans paradoxe, l'enracinement de la dignité dans l'animalité?>») e *passim*.

hanno dubitato, variamente, della rilevanza giuridica delle antiche definizioni di matrimonio.⁴³

Dal concetto ulpiano di matrimonio derivano, almeno in parte, la definizione di Modestino («*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*» D. 23,2,1) e quindi quella delle *Institutiones* di Giustiniano.⁴⁴ La definizione di Ulpiano, riportata in D. 1,1,1,3, è più concreta, specie nell'ultima parte, rispetto a quella di Modestino.⁴⁵

Comunque, anche nella definizione del matrimonio data da Modestino si coglie la "derivazione naturalistica" dell'istituto giuridico dei matrimoni.⁴⁶

La definizione del matrimonio che si trova nelle *Institutiones* di Giustiniano («*Nuptiae ... sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*»: I. 1,9,1) deve leggersi unitamente alla definizione del diritto naturale. Sul concetto di *coniunctio* si sono basate diverse concezioni (moderne) del matrimonio romano.⁴⁷

43 Su questa problematica vedi C. Castello, "La definizione di matrimonio secondo Modestino", in *Atti Colloquio romanistico-canonistico* (febbraio 1978), Roma 1979, pp. 267 ss., specialmente pp. 270 e 272, il quale conclude: «tuttavia credo che tali giudizi possono essere omessi senza danno»; J. Gaudemet, *Le mariage en Occident* cit., p. 24. Per contro secondo M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 131, la definizione di Modestino «enfattizza momenti a carattere etico-religioso, non immediatamente rilevanti ai fini della disciplina giuridica del matrimonio romano».

44 Ulpiano, come è noto, fu maestro di Modestino: vedi, a proposito del matrimonio, S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano* cit., pp. 1 ss.

45 G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica* cit., pp. 130 s.

46 C. Castello, "La definizione di matrimonio secondo Modestino" cit., pp. 267 ss., spec. p. 271. Contro la tesi del matrimonio come relazione di fatto, con ampio esame della dottrina romanistica, J. C. Moreira Alves, "Casamento romano", in *Revista da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), 90, 1995, pp. 3 ss.

47 Vedi, da ultimo, U. Bartocci, *Le species nuptiarum nell'esperienza romana arcaica. Relazioni matrimoniali e sistemi di potere nella testimonianza delle fonti*. Roma 1999, pp. 17 ss.

È stato giustamente osservato che «la *coniunctio* mette comunque sempre in evidenza che per le *nuptiae* è essenziale la diversità di sesso tra animali appartenenti alla stessa specie». ⁴⁸ Ulpiano e Modestino parlano di *coniunctio maris et feminae*, Giustiniano di *viri et mulieris coniunctio*.

4. Famiglia “diritto di famiglia” e individualismi

Nel sistema giuridico-religioso romano il matrimonio crea un un “essere nuovo”: una unità (ontologica) sociale nuova, una società nuova che i Romani videro quale ‘*seminarium rei publicae*’ e ‘*pusilla res publica*’ pietra fondamentale della *civitas*. La *communio* dei coniugi fa nascere un *corpus familiae*. ⁴⁹

Nell’ultimo libro dei *Digesta*, nel titolo XVI (sotto la rubrica *de verborum significatione*) Giustiniano ci dà la definizione di *familia*, come istituto incentrato nella *potestas* del *paterfamilias*, attraverso un passo del noto giurista Ulpiano (tratto dal libro XLVI *ad edictum*). «*Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur*»; la *familia proprio iure* è definita dalla *potestas* alla quale sono “soggette”, o

48 Così C. Castello, “La definizione di matrimonio secondo Modestino” cit., pp. 267 ss., spec. p. 272; l’A. richiama anche diversi sinonimi di *coniunctio*: *amicitia, amor, benevolentia, caritas, cognatio, commixtio, communicatio, communitas, comprehensio, concordia, confusio, congregatio, coniugatum, coniugium, consortium, conspiratio, continuatio, convenientia, conventio, convictio, copulatio, familiaritas, germanitas, harmonia, matrimonium, necessitudo, nexus, societas*. Da ultimo, a proposito della terminologia, vedi G. De Bonfils, “La ‘terminologia matrimoniale’ di Costanzo II. Uso della lingua e adattamento politico”, in *Labeo*, 42, 1996, pp. 254 ss., il quale afferma, alla luce di alcuni testi, che *consortium* non può essere ritenuto un sinonimo di *matrimonium*. Vedi, anche a proposito di CTh. 9,7,8, F. Gorla, *Studi sul matrimonio dell’adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino 1975, p. 65.

49 Questa è il pensiero di Giorgio La Pira, romanista, uomo politico, sindaco di Firenze vedi P. Catalano, “La famiglia sorgente della storia, secondo Giorgio La Pira”, in *Index*, 23, 1995, pp. 25 ss.

per *natura* o per *ius*, le *plures personae* che la compongono (D. 50,16,195).⁵⁰

Ancora di Ulpiano è il noto passo dei *Digesta* di Giustiniano sulla condizione dei figli: «*lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*» (D. 1,5,24).

Sulla *natura* si basano il matrimonio, la condizione del nato (al di fuori del legittimo matrimonio) e, almeno in parte, la stessa *potestas* che definisce la famiglia romana “*aut natura aut iure*” D. 50,16,195,2; il confronto tra *familia* (*parentes*) e *res publica* va considerato in questa ottica.

È stato rilevato dal Barcellona che spesso si «tende a identificare la nozione di famiglia con quella di diritto di famiglia».⁵¹ Orbene potremmo dire che all'importanza della *familia*, nel quadro degli *iura personarum*, corrispondeva, nel sistema giuridico-religioso romano, la mancanza di un “diritto di famiglia”.⁵² Come è noto, il “diritto di famiglia” è stato costruito, in connessione con l'affermarsi delle dottrine soggettivistiche ed individualistiche, a partire dalla fine del XVIII secolo. Anche dal punto di vista romanistico ci appare perciò giustificata «l'esigenza di porre il problema della

50 <<*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut cumuni universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias ... pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat*>>.

51 P. Barcellona, “Famiglia (dir. civ.)”, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, pp. 779 ss.

52 Si veda G. Lobrano, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, Milano 1984, pp. 16 ss., per la critica della «impalcatura della contemporanea costruzione di un antico “Familienrecht”».

definizione del concetto di famiglia su un piano nettamente diverso da quello della delimitazione dell'ambito del cosiddetto diritto di famiglia».⁵³

La nascita e lo sviluppo del "diritto di famiglia", nella scienza giuridica dei secoli XVIII-XIX, è tema vastissimo. Mi limiterò a riportare alcune riflessioni che possono illuminare l'utilità dei concetti antichi in funzione di una critica di concezioni giuridiche odierne.

Il Pugliatti, a proposito del "diritto di famiglia" e della scienza giuridica del XIX secolo, fa una rapida sintesi, ricostruendo lo sviluppo del pensiero a partire dal Kant;⁵⁴ questi non adoperava tuttavia il termine "Familienrecht" largamente poi utilizzato dal Savigny.⁵⁵ Come ha rilevato il Pugliese, i pandettisti, differenziandosi dai giuristi romani, tendono a staccare dal diritto delle persone il diritto di famiglia.⁵⁶ Egli, a tal proposito, richiama lo

53 La frase è di P. Barcellona, *op. cit.*, p. 780.

54 Vedi S. Pugliatti, "Diritto pubblico e privato", in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, pp. 709 ss., il quale precisa che il Kant prendeva in esame «una categoria speciale, accanto ai diritti reali e ai diritti personali, indicata colla espressione "persönliche Rechte auf dingliche Art"».

55 Vedi F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, Berlin 1849, pp. 324 ss. (cfr. *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. V. Scialoja, VIII, Torino 1898, pp. 328 ss.); nel paragrafo 379, intitolato "Familienrecht", si legge: «Das Familienrecht hat am meisten Ähnlichkeit mit dem Zustand der Person an sich (Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit), und unterscheidet sich wesentlich von den Verhältnissen des Vermögens, welche die Person mit äusserlichen, willfürlich gemählten Gegenständen in Verbindung bringen».

56 Vedi G. Pugliese, "I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto", in *Rivista it. scienze giuridiche*, 17, 1973, pp. 89 ss. (ora in Id., *Scritti giuridici scelti*, III, *Diritto romano*, Napoli 1985, pp. 419 ss. specialmente p. 441). In generale, sulla collocazione del diritto di famiglia nel sistema giuridico, a partire dallo Hegel, vedi V. Frosini, "Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto", in *Foro it.*, vol. C, 4, 1977, pp. 3 ss. Su famiglia e individualismo liberale, vedi L. Capogrossi Colognesi, "Sir Henry S. Maine e l'*Ancient Law*", in *Quaderni Fiorentini*, 10, 1981, pp. 111 s.; F. D. Busnelli, "La famiglia nella cultura giuridica europea", in *Rassegna di diritto civile*, 1, 1986, pp. 148 ss.

Schwarz, il quale vedeva in questo orientamento un'influenza giusnaturalistica;⁵⁷ ma aggiunge che «essa può anche venire collegata col posto che il diritto delle persone (almeno riguardo alla capacità e agli *status*) doveva di necessità occupare nella Parte generale».⁵⁸

Le riforme del diritto di famiglia nella seconda metà del nostro secolo sono, secondo il Mengoni, un portato dell'individualismo di impronta illuministica: «esse risentono dell'ambivalenza caratteristica dell'illuminismo, il quale, da un lato esalta il soggettivismo e l'individualismo, ma dall'altro, proprio perché è ostile alle potestà private, è sempre stato propizio all'intervento dei controlli sociali».⁵⁹

La storia della cultura giuridica europea è caratterizzata, secondo il Busnelli, «da una dialettica riducibile in termini di "resistenza" della tradizione canônico-romanistica di fronte alla penetrazione delle "moderne idee" introdotte, prima dall'individualismo liberale, poi dall'individualismo

57 Vedi A. B. Schwarz, "Zur Entstehung des modernen Pandektensystems", in *ZSS*, 42, 1921, pp. 578 ss. (ora in Id., *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe 1960, pp. 20 s.).

58 Così G. Pugliese, "I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto" cit., p. 111 (Id., *Scritti cit.*, p. 441).

59 Vedi L. Mengoni, "La famiglia tra pubblico e privato negli ordinamenti giuridici europei", in *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, Atti del VI Colloquio giuridico (24-26 aprile 1986), Roma 1987, pp. 239 ss., specialmente p. 246; inoltre l'A. aggiunge, a proposito dell'art. 147 del Codice civile italiano, riguardante il processo educativo: «è stato soppresso il vincolo dell'attività educativa ai 'principi della morale', che era uno degli indici più significativi della concezione istituzionalistica, di matrice idealistica, sottesa al codice del 1942, la quale postulava l'integrazione dell'etica familiare nell'etica dello Stato e nell'interesse pubblico alla conservazione e allo sviluppo ordinato della società politica. La cancellazione del rinvio ai principi della morale non va intesa nel senso di un modello di educazione assiologicamente neutrale, ma piuttosto nel senso che i genitori non sono vincolati a nessun sistema etico, e tanto meno alla c.d. morale corrente» (pp. 242 s.).

libertario». ⁶⁰ Uno studioso statunitense ha evidenziato che nel sistema latinoamericano la famiglia costituisce “l’unità sociale”, non l’individuo. ⁶¹

5. Conclusioni: comunione contro globalizzazione e individualismo

All’alba del Terzo millennio è di moda l’uso del termine “globalizzazione”.

Si tratta, come dovrebbe essere noto, di un concetto non giuridico, che attiene ai fatti dell’economia, della finanza, dell’informazione. Esso significa l’opposto del concetto giuridico di comunione universale. La globalizzazione provoca l’appiattimento, l’oppressione delle pluralità istituzionali dei popoli, soprattutto dei popoli poveri e degli Stati indebitati. Gli Stati nazionali oggi sono incapaci di crescere ‘umanamente’ basti pensare alle legislazioni riguardanti il concepito o a quelle riguardanti gli stranieri, variamente discriminati. Lo stato di salute poi dell’istituto del matrimonio e, più in generale della famiglia non abbisogna di parole.

60 F. D. Busnelli, “La famiglia nella cultura giuridica europea” cit., 150.

61 P. J. Eder, *Principios característicos del “common law” y del derecho latinoamericano*, Buenos Aires 1960, pp. 149 ss. Nella prospettiva della “resistenza” del “sistema giuridico romanista” vedi P. Catalano, “Sistemas jurídicos, sistema jurídico latinoamericano y derecho romano”, in *Revista General de la Legislación y Jurisprudencia*, segunda época. 85, Madrid 1982, pp. 175 s.; Id., “Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano”, in *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Juridica et Politica*, 33,8, *Studia in honorem Elemér Pólay septuagenarii*, Szeged 1985, ora in Id, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, pp. 116 ss.; vedi anche H. Eichler, “Privatrecht in Lateinamerika”, in *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag*, Berlin 1981, pp. 502 ss.

Per cercare di contrastare gli effetti negativi della globalizzazione e contro l'individualismo il giurista deve utilizzare gli strumenti concettuali che gli sono propri (ad esempio il concetto di *communio* o di *imperium*) prendendo in considerazione l'esempio romano, liberando la cittadinanza romana dai limiti della territorialità e della nazionalità o origine (identità etniche, religiose) che impediscono la comunione dei popoli.⁶²

Credo che *communio* o *imperium* siano concetti ancora oggi utili sul piano della riflessione giuridica, e spero che questi termini ancora oggi riflettano i giuristi, in funzione della ricerca di uno scopo comune, in vista di una comunione di popoli.

62 Nel nostro secolo la Chiesa cattolica adopera i concetti di *communio* e di *publica auctoritas universalis*, (distinta, si badi, dagli *hodierna suprema gremia internationalia*, che dovrebbero «dedicarsi con tutto l'impegno alla ricerca dei mezzi più idonei a procurare la sicurezza comune»): vedi *Gaudium et spes* 23 e 82. Giovanni Paolo II ha, di recente, ribadito la necessità «della ricerca di strumenti giuridici idonei, per un effettivo governo sovranazionale dell'economia»; vedi P. Catalano, "Impero: un concetto dimenticato del diritto pubblico", in *Cristianità ed Europa, Miscellanea di Studi in onore di L. Prosdocimi*, a cura di C. Alzati, II, Roma Friburg Wien, 2000, pp. 29.