

PARTUS ALENDUS EST

ANNA BELLODI ANSALONI
Università di Bologna

ABSTRACT: The essay illustrates characteristics and implications of the praetorial provision of *missio in possessionem ventris nomine* under the perspective of the *alimenta* regarded as essential for the growth of the embryo. The peculiar situation of the pregnancy is the core of the regulation in which many interests meet: the father's desire for issue, the profits that the *res publica* would gain from a future citizen, the protection and the hereditary expectations of the *venter* and, eventually, the indirect and temporary interest of the mother to receive the *alimenta* throughout the whole pregnancy.

KEYWORDS: *alimenta*, conceived child, pregnancy, *missio*, *calumnia*.

1. La necessità di assicurare al concepito, nell'evenienza di premorienza del padre, gli alimenti necessari al suo sostentamento fu oggetto, sin da epoca repubblicana, di grande interesse per la giurisprudenza, nel cui alveo si sviluppò un ricco dibattito sull'identità di coloro *qui in utero sunt* e sui conseguenti risvolti giuridici¹.

Il tema si impose anche all'attenzione dei magistrati iudicanti e portò all'emanazione di un editto, probabilmente risalente ai tempi di Labeone e Sesto Pedio², nel quale il pretore istituì una fattispecie di *missio in possessionem*

¹ È nota la contrapposizione tra la considerazione del feto come *portio mulieris* e l'idea, ormai prevalentemente diffusa in dottrina, per cui invece il concepito sarebbe stato considerato sin da antico come un individuo distinto dalla madre e quindi come già esistente. In tema, si rinvia, *ex multis*, spec. a BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, 337ss.; LAMBERTI, *Studi sui postumi* I, 45ss.; LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, 303ss. (con ampia discussione delle opinioni dottrinarie in tema); BACCARI, *La difesa del concepito*; BACCARI, *Successione e persone concepite*, 135ss.; FERRETTI, *In rerum natura esse*; TERRENI, *Me puero*; SANNA, *Spes nascendi*, 519ss. (spec. 545ss.); BIANCHI, *Per un'indagine*; ZUCCOTTI, *Vivagni VIII*, 3ss. (tutti con bibliografia). Sempre ricche di spunti, inoltre, le pagine di ALBANESE, *Le persone*, 12s. (e n. 23); NARDI, *Procurato aborto*, spec. 354ss. *Adde*, in chiave storico-comparatistica, PALMA, *Il nascituro*, 1ss.

² Come attesterebbero i passi in D. 37.9.1.5 (Ulp. 41 *ad ed.*) e D. 37.9.1.28 (Ulp. 41 *ad ed.*): così METRO, *La datazione*, 947, il quale rileva che peraltro altri passi sembrano collocare il provvedimento ai tempi di Quinto Mucio Scevola (D. 41.2.3.23 - Paul. 54 *ad ed.*; si vedano *ib.*, n. 23, i sospetti interpolazionistici) e di Servio Sulpicio Rufo (D. 37.9.1.24 - Ulp. 41 *ad*

con cui autorizzava la donna in stato di gravidanza (o ritenuta tale), che ne avesse presentato richiesta, all'immissione nel possesso dei beni ereditari in nome del figlio concepito, così che potesse ricavarne gli alimenti necessari a favorire il raggiungimento del parto. Il testo edittale è riportato dai compilatori giustinianeî, essenzialmente nel commento ulpiano, in D. 37.9, *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*. Alcuni *excerpta* di questo titolo costituiscono il principale riferimento di questo contributo ove si intendono delineare i contenuti della prestazione alimentare in favore del *partus* o, sotto altro profilo, di quello che Ulpiano, sia pur in altra sede e in riferimento ai *pupilli*, definisce *ius alimentorum*³.

Necessario presupposto perché la donna venisse immessa nei beni ereditari *ventris nomine* era il rispetto delle formalità previste dall'editto pretorio sulla *custodia partus* (riportato in D. 25.4), che rappresenta, come è stato osservato, «il più importante campo di applicazione della custodia-sorveglianza»⁴. In base a questo provvedimento, la donna che affermava di essere incinta del defunto marito doveva sottoporsi ad una – invero odiosa – procedura di *inspectio*, ivi regolamentata, finalizzata ad appurare la veridicità della sua affermazione per cui *mortuo marito se praegnatem esse*⁵. Soltanto all'esito positivo dell'esame il magistrato avrebbe concesso il provvedimento possessorio.

Al riguardo, si è osservato che l'intera disciplina *de ventre in possessionem mittendo* sarebbe espressione dell'attenzione dell'ordinamento romano verso il nascituro, attestandone altresì la considerazione come individuo

ed.), con ciò respingendo l'ipotesi prospettata dal Lanfranchi secondo cui l'editto *de ventre in possessionem mittendo* sarebbe stato emanato approssimativamente in un'epoca vicina a quella adrianea (cfr. *ib.*, 946). Sull'istituto pretorio, oltre ai riferimenti presenti nella letteratura sopra ricordata, si vedano spec. SOLAZZI, *Il concorso* I, 19ss.; ALBANESE, *Le persone*, 12s.; ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, 71s.; BETANCOURT, *La difesa pretoria*, 373ss.; ARCARIA, *“Missio in possessionem”*, 245ss.; BRANCATI, *Il carattere temporaneo*, 184ss.; D'AMATI, *A proposito del curator*, 223ss., spec. 244 n. 100; VIARENGO, *Gli sviluppi della “bonorum possessio”*, 8, osserva che le testimonianze in tema sarebbero soltanto indicative di una tendenza a concedere questa *possessio* in casi meritevoli, oggetto di volta in volta di apposita *causae cognitio*.

³ D. 27.2.3pr. (Ulp. 1 *de omn. trib.*): *Ius alimentorum decernendorum pupillis praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adulescentibus praestare debeant*. Al riguardo, parla espressamente di «diritto a vivere» BACCARI, *Curator*, 221. Sulle plurime tematiche sollevate dal passo ulpiano si veda da ultimo ARCARIA, *Praetor vel praeses*, 58ss., con ricca discussione della dottrina in merito.

⁴ METRO, *L'obbligazione di custodire*, 14ss.

⁵ Ampia analisi della procedura prevista dall'editto pretorio, riportata in D. 25.4.1pr.-10 (Ulp. 24 *ad ed.*), ora in CARUCCI, *Questioni di paternità*, 60ss.

già 'esistente'⁶. Se questo pare da accogliersi come vero, si deve peraltro sottolineare che nel provvedimento pretorio convergeva la salvaguardia di plurime esigenze, private e pubbliche. Alcune erano legate all'indifferibile tutela della vita, in primo luogo di quella del nascituro e solo mediamente di quella della madre il cui sostentamento si rendeva necessario almeno fino al parto. Altre presentavano risvolti di natura patrimoniale e derivavano dalla tutela della *spes prolis* del *pater*⁷, la cui aspettativa di una discendenza rivestiva primaria importanza anche sociale, e dall'interesse, proiettato nella futura nascita, delle ragioni successorie del concepito sui beni paterni che, in qualità di *suus heres*, avrebbe ereditato⁸.

Ma in materia convergono anche altre rilevanti esigenze, la cui considerazione consente di meglio inquadrare i profili privati e familiari dell'istituto. Infatti, la significativa anticipazione di tutela conseguente al provvedimento possessorio veniva al contempo ad assolvere ad una funzione di carattere pubblico. Esempiarmente, il tema è sviluppato da Ulpiano, in un passo ove pone in collegamento la necessità di alimentare il *partus* con la *civitas*:

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

⁶ BACCARI, *Sette note per la vita*, 510.

⁷ Rileva LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, 361s., che alcuni provvedimenti *ventris nomine*, come ad esempio le cautele previste in D. 11.8.2, D. 1.5.8, D. 48.19.3, D. 37.9.8, sarebbero stati predisposti «a tutela non solo (e non tanto) delle ragioni del concepito... quanto delle esigenze dei *patres familiarum* o, *lato sensu*, della struttura familiare nel proprio insieme», come testimoniano ad esempio le fonti in materia di *mulieris abortus*. Per una discussione sul punto cfr. SANNA, *Spes nascendi*, 522ss.

⁸ GLÜCK, *Commentario*, 18ss., indica la ragione delle disposizioni in argomento nell'antichissimo concetto della *continuatio domini*. Vd. spec. ALBANESE, *Le persone*, 12, che afferma che il concepito «è portatore di aspettative degne di tutela e appare dotato, in parecchie ipotesi, di una sorta di personalità giuridica potenziale». In tal senso vd. anche GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, 12 n. 37, che sottolinea che la *possessio ventris nomine* veniva «disposta per dar corpo alle aspettative ereditarie del nascituro». Al concepito vengono così riservati alcuni 'diritti', che rimangono in sospenso fino al giorno della nascita, come osserva BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, 339, secondo cui l'istituto dimostra emblematicamente come per tutto l'arco della gravidanza la situazione del nascituro «finisca quasi per gettare ombra sulla stessa figura della donna». Vd. anche *infra*.

Ulpiano, compiendo un efficace parallelismo tra la tutela del *puer* e quella del *partus*, osserva che, in generale, per tutte quelle cause in cui il pretore era solito concedere al fanciullo la *bonorum possessio* in forza dell'editto Carboniano⁹ non vi era dubbio che il magistrato dovesse intervenire anche in favore del *venter*. Anzi, la tutela del concepito, secondo il giurista, appare ancora più degna di essere favorita rispetto a quella di chi è già nato: infatti, spiega, il *partus* va favorito perché venga alla luce, il *puer* affinché sia introdotto nella famiglia. In questa prospettiva, *partus alendus est*, sostiene, il concepito deve essere alimentato, poiché i nuovi nati sono da considerare un arricchimento non solo per il genitore, ma per la stessa collettività. Di essi si giova la stessa *res publica: verum etiam rei publicae nascitur*¹⁰. In sostanza, proprio gli interessi collettivi connessi alla filiazione

⁹ Come noto, con l'editto Carboniano il pretore aveva stabilito che l'impubere, al quale fosse contestata la qualità di figlio del defunto, potesse conseguire la *bonorum possessio* provvisoria dell'eredità paterna e rinviare il processo di *status* a quando avesse raggiunto la pubertà, considerando sino a quel momento come *si nulla de ea re controversia esset*: D. 37.10.1pr. (Ulp. 41 *ad ed.*). La natura di questo editto ha costituito oggetto di dibattito in dottrina, non apparendo chiaro se il provvedimento pretorio prevedesse un caso di *bonorum possessio* (in tal senso cfr. NIEDERMEYER, *Studien*, 83) oppure di *missio in possessionem* (cfr. LA ROSA, *Appunti*, 152ss.). In ogni caso, come rilevato da QUADRATO, *Missio*, 85s., la *missio ex edicto Carboniano* aveva un contenuto più ampio delle altre *missiones*, se non altro perché comprendeva il diritto dell'impubere agli alimenti. Per un quadro del tema si rinvia, *ex multis*, a NIEDERMEYER, *Studien*, 78ss. (spec. 103ss.); SIMON, *Summatim*, 172ss.; LA ROSA, *Appunti*, 152ss.; METRO, *La datazione*, 946ss.; BRANCATI, *Il carattere temporaneo*, 186ss. (ivi, in n. 46, si dà conto dei problemi di datazione di questo editto); SEGALINI, *L'editto Carboniano*; SEGALINI, *Sull'effettivo ruolo dell'analogia*, 1ss.; GONZALES ROLDAN, *Il diritto ereditario*, 231ss.; GONZALES ROLDAN, *Problemi di diritto ereditario*, 347ss. (tutti con bibliografia).

¹⁰ NARDI, *Procurato aborto*, 449 n. 350, sottolinea come nel passo ulpiano in D. 37.9.1.15 risuoni il pensiero espresso da Cicerone in *Cluent.* 11.32 (a seguire nel testo). La famiglia completa di figli era infatti considerata il nucleo primario non solo della società, ma dello stesso Stato: *prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, ... id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae* (Cic., *de off.* 1.17.54). La qualità dei rapporti familiari, la legittimità della prole e l'aumento della popolazione costituivano, come noto, punti chiave nella logica della Roma repubblicana, poiché in tal modo le città si riempivano di *cives*: D. 24.3.1 (Pomp. 15 *ad Sab.*). Sul punto, BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, 354, sottolinea che il favore verso i matrimoni prolifici che emerge dal passo costituisce un'attestazione del «modo limitato strumentale di intendere la dignità femminile». In quest'ottica, la *missio in possessionem ventris nomine* accordata alla madre incinta «es la protección pretoria al *nasciturus*»: così BETANCOURT, *La defensa pretoria*, 381 n. 20. CARUCCI, *Questioni di paternità*, 43ss., afferma che nel caso di specie «un interesse pubblico avrebbe permeato la soluzione di diritto prescelta», anche a proposito della *bonorum possessio Carboniana*. In tal senso anche PAVÓN, *La mujer*, 282. In questa visuale, anche la capacità della donna di dare la vita non era valutata solo da un punto di vista biologico

fungono da imperativo criterio ermeneutico, orientando l'interpretazione degli istituti in rilievo verso una tutela dei *cives* doverosamente anticipata sin dal concepimento. Tali esigenze dovevano essere tanto radicate nel contesto sociale e ordinamentale da portare il giurista severiano ad affermazioni assertive, tali da non lasciare spazi a contestazioni o elucubrazioni dissenzienti, come emerge dalla stessa struttura del passo¹¹.

In un noto passaggio dell'orazione *pro Cluentio*¹², Cicerone sintetizza magistralmente questi concetti, spiegando che la nascita di un figlio concretizza la speranza di diventare genitori, perpetua il nome della famiglia, rafforza l'importanza della stirpe nell'ambito sociale, assicura la trasmissione del patrimonio agli eredi e, da ultimo, ma non per rilevanza, offre allo Stato un cittadino: *spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredis familiae, designatum rei publicae civem sustulisset*.

La *missio in possessionem ventris nomine* si pone dunque come strumento funzionale a realizzare una pluralità di valori tra loro concorrenti, concretizzando non solo le private speranze paterne, ma perseguendo altresì l'interesse pubblico all'accrescimento della *civitas*. Per i molteplici e rilevanti interessi e finalità in gioco, l'alimentazione del nascituro viene così a configurarsi come un comportamento eticamente doveroso, suscettibile di tutela da parte del pretore.

Nel provvedimento possessorio non sembra trovare autonomo spazio la tutela della madre, subordinata a quella del nascituro e in posizione

o successorio, ma in una precisa ottica politica e sociologica: vi confluivano, infatti, accanto a importanti valori individuali legati alla prosecuzione della famiglia, anche un marcato senso civico di responsabilità verso lo Stato alla cui prosperità si contribuiva fornendo nuovi cittadini. Sul punto, mi sia consentito il rinvio a quanto osservavo nella voce *Madre*, 17.

¹¹ Si sottolineano le espressioni *ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus*, la correlazione comparativa *eo facilius, quod favorabilior est* e la stessa perifrastica passiva *partus enim iste alendus*.

¹² Cic. *Cluent.* 11.32. Sulla potente orazione di Cicerone in difesa di Aulo Cluentio, accusato di avere ucciso col veleno il patrigno Oppianico, basti qui il rinvio a GIUFFRÈ, *Imputati*, 1ss.; PUGLIESE, *Un nuovo esame*, 248ss.; NARDUCCI, *Cronaca Criminale*, 5ss., ed alle bibliografie ivi richiamate. Nel passo riportato nel testo l'Arpinate, ricostruendo i crimini compiuti da Oppianico, ne ricorda l'omicidio del fratello e della di lui moglie incinta, paragonando quest'ultimo, in termini peggiorativi (*maiore supplicio dignum*), ad altro caso di procurato aborto auto-inflicto al proprio feto da una madre corrotta dagli altri eredi. Sul passo, vedi anche NARDI, *Procurato aborto*, 242 n. 93, che annota come «per Cicerone *pro Cluentio* 11.32 quel che con l'aborto si toglie di mezzo è anche *designatum rei publicae civem*»; si veda anche *ib.*, 220 n. 42 in fine, con altri riferimenti alla vicenda della Milesia (aborto della vedova *pecunia accepta ab heredibus secundis*).

meramente funzionale a conseguire il principale evento tutelato, ovvero la nascita dell'erede destinatario del patrimonio familiare. La donna, in questo assetto, risulta infatti beneficiaria del possesso anticipato dei beni non in quanto essere umano bisognoso di sostegno, ma in quanto soggetto che funge da 'ponte' tra i beni paterni e il feto che porta in grembo. Nell'istituto, la donna interviene infatti in qualità di immessa *ventris nomine*, in nome del *venter*, del quale compie le veci, ma il concepito resta il finale destinatario degli alimenti imposti dalla tutela pretorile: questi è l'effettivo titolare dei beni che, nascendo, erediterà e beneficia, nell'attesa del parto e nell'aspettativa di successione, di prerogative esercitate mediatamente attraverso la madre che lo custodisce nel proprio ventre¹³.

Per la soddisfazione degli articolati valori in gioco, dunque, il pretore giunse ad elaborare una peculiare forma di possesso anticipato dei beni ereditari volta a beneficiare il concepito per tutto il tempo precedente la nascita¹⁴.

Da queste premesse scaturiscono il contenuto della tutela riconosciuta dal pretore e i tratti che caratterizzano la prestazione degli alimenti in questa sede.

La copertura alimentare offerta dalla *missio in possessionem* era parametrata sulle peculiarità della situazione: se, da un lato, riguardava in genere

¹³ Peraltro, come rileva BETANCOURT, *La defensa pretoria*, 426, a fronte di numerosi testi ove il soggetto cui la *possessio* viene riferita è il *venter* (esemplificati in n. 132), in altri è invece la *mulier* (n. 131). Nota inoltre METRO, *La datazione*, 946 n. 12, che le fonti in materia di *bonorum possessio ventris nomine* in realtà «sono piuttosto confuse» e parlano spesso di *missio in possessionem ventris nomine*. Pare appena il caso di rimarcare (in ciò attingendo alle parole di SOLAZZI, *Il concorso I*, 20) la differenza tra le due situazioni, la prima attinente alla successione universale del diritto pretorio, la seconda alla difesa dei diritti e al processo esecutivo. Anche GIOMARO, *La scelta del mezzo*, 11 n. 33, rileva che numerosi passi pongono il problema della configurabilità della *missio in possessionem ventris nomine* come *bonorum possessio* successoria o, quantomeno, dei rapporti tra le due. Efficacemente ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, 71, spiega che la *missio ventris nomine* attribuiva alla donna immessa non un pieno *possidere* ma una situazione possessoria che le conferiva il «solo potere di *custodia et observatio*, in vista di garantire al nascituro se e quando avverrà la nascita, l'attribuzione dei *bona* dell'eredità paterna» (in linea con la posizione di SOLAZZI, *Il concorso I*, 19s.). A fronte (*ib.*, 71 n. 244), il figlio, nascendo otteneva una «vera *possessio* (*bonorum possessio*, nella specie, del tutto analoga alle normali *bonorum possessiones* promesse dall'editto pretorio in materia successoria)». Peraltro, come rileva BRANCATI, *Il carattere temporaneo*, 185, il nascituro, pur essendo formalmente titolare dei beni, profittava dell'immissione solo indirettamente, in quanto era la madre immessa che poteva disporre dei diritti derivanti da tale immissione, tra cui il diritto agli alimenti.

¹⁴ Un efficace quadro delle contrapposte posizioni dottrinarie in tema si legge in LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, 303ss.

la donna incinta del *de cuius*, di cui forse non doveva necessariamente essere la *uxor* (le fonti al riguardo si riferiscono tendenzialmente alla *mulier praegnans*)¹⁵, dall'altro il contenuto degli *alimenta* in vista dei quali il magistrato consentiva la *possessio* era modellato attorno alla finalità di favorire il buon esito della gravidanza. Per questa ragione, assumeva connotati che seguivano un chiaro criterio orientativo: la costante salute del feto, del quale si doveva salvaguardare il progressivo sviluppo fino alla nascita, al cui avverarsi si sarebbe conclusa la prestazione stessa.

L'individuazione degli alimenti utili allo sviluppo dell'embrione si innesta nel ricco e articolato dibattito giurisprudenziale focalizzato sulla definizione della nozione di *alimenta*.

In via preliminare, giova ricordare che un processo storico e interpretativo del concetto¹⁶ aveva condotto la giurisprudenza, in un'ottica di progressiva espansione, a riconoscere la sostanziale equivalenza tra *alimenta* e *victus*, spesso impiegati in accezione sinonimica. Emblematica al riguardo è una serie di brevi *excerpta* ubicati nel *de verborum significatione* dei *Digesta*, assai noti alla dottrina, ma che qui pare utile ricordare (sia pure in rapida sintesi) in quanto funzionali ad alcune considerazioni. Il primo è un brano ulpiano che offre una celebre definizione di *victus*:

D. 50.16.43 (Ulp. 58 *ad ed.*): *Verbo "victus" continentur, quae esui potuique cultui-*

¹⁵ Si annota che il testo editale in D. 37.9 si riferisce pressoché sempre, genericamente, alla *mulier*. Il commento ulpiano riporta il riferimento alla donna gestante in un caso come *mater* (D. 37.9.6), termine peraltro, sotto questo aspetto, parimenti generico; i tre soli casi ove il giurista usa la qualifica di *uxor* (D. 37.9.1.8, 11, 12), cui si aggiunge quella di *nurus* (D. 37.9.1.13), trattano di fattispecie del tutto particolari in cui si discute in merito alla *missio in possessionem* nei beni del suocero (§ 8), della vedova del figlio emancipato (§ 11), della vedova del figlio dato in adozione (§ 12). L'editto, dunque, prenderebbe in considerazione, in generale, la donna che ha concepito per opera del *de cuius* e non la *uxor*, perché, al tempo della morte del marito, colei che afferma di essere incinta potrebbe non esserne più la moglie. In linea generale, vale dunque il commento ulpiano in D. 37.9.1.10: *Rectissime autem praetor nusquam uxoris fecit mentionem, quia fieri potest, ut mortis tempore uxor non fuerit, quae se ex eo praegnatem dicit*. Cfr. GLÜCK, *Commentario*, 14. In tal senso vd. BACCARI, *Curator*, 247.

¹⁶ Sugli *alimenta* e sull'obbligo alla relativa prestazione vi è una densa letteratura: qui si ricordano, *ex multis*, i contributi (tutti con fonti e bibliografia) di DE FRANCESCO, *Il diritto agli alimenti*, 28ss.; DE FRANCESCO, *Giudizio alimentare*, 93ss.; CENTOLA, *A proposito del contenuto*, 169ss.; CENTOLA, *Alcune osservazioni sull'origine*, 1ss.; BACCARI, *s.v. Alimenti*, 301ss.; CAO, *Alimenta*; SACCOCCIO, *Victus e alimenta*, 139ss.; SACCOCCIO, *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti*, 3ss.; SANDIROCCO, *Non solum alimenta*, 1ss.; D'AMATI, *Ancora su parentes alere*, 289ss.; FARGNOLI, *I piaceri della tavola*, 60ss.; PERANI, *Il nutrimento*, 1ss. (nella particolare prospettiva del balatico).

que corporis quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem Labeo ait.

Ulpiano considera il *verbum victus* comprensivo non soltanto di qualunque cosa serva a dissetare e ad avere cura del corpo (*potuique cultuique corporis*), ma anche, più genericamente, di tutto ciò che è necessario alla vita umana, spingendo alla massima estensione il concetto con una citazione di Labeone, secondo il quale anche la veste era da includersi nella nozione (poiché *victus habere vicem*).

La sistematica giustiniana completa significativamente la definizione ulpiana di *victus* con un testo di Gaio che comprende nel concetto anche ogni cosa che si usi *tuendi curandive corporis nostri gratia*:

D. 50.16.44 (Gai. 22 *ad ed. prov.*): *et cetera quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.*

Il frammento gaiano introduce un binomio che racchiude, ampiamente, tutto ciò che è funzionale alla protezione del corpo, a tutelarne e a curarne la salute. In tal senso la formula consente di includere negli *alimenta* beni quali le medicine, indubbiamente indispensabili in un'ottica terapeutica¹⁷.

In altro luogo, commentando il significato del verbo *vivere*¹⁸, Gaio esprime un'interpretazione ancora estensiva del concetto, in polemica con coloro che lo riconducevano al solo cibo, ritenendolo atto a ricomprendere altri beni indispensabili alla sopravvivenza:

D. 50.16.234.2 (Gai. 2 *ad l. XII tab.*) *Verbum "vivere" quidam putant ad cibum pertinere: sed Ofilius ad Atticum ait his verbis et vestimenta et stramenta contineri, sine his enim vivere neminem posse.*

Riferendo una discussione tra giuristi, il giurista classico riporta il pensiero di Aulo Ofilio, che sembra condividere, per il quale erano essenziali per vivere non solamente il cibo (come pensavano alcuni), ma anche i vestiti e un pagliericcio dove dormire, poiché nessuno può vivere (o meglio, sopravvivere) senza¹⁹. Si nota, per inciso, che simile argomentazione basata sull'indispensabilità alla vita non entra in contraddizione con il

¹⁷ Cfr. D. 7.1.45 (Gai. 7 *ad ed. prov.*). La problematica è ben ricostruita, *ex multis*, da SACCOCCIO, *Victus*, 146 e nn. 21-22.

¹⁸ LENEL, *Palingenesia* I, L. 429, 243, colloca il testo gaiano, escerpito dal commento alle XII Tavole (3.9), sotto la rubrica *De legis actione per manus iniectionem*.

¹⁹ Vd. per tutti CENTOLA, *A proposito del contenuto*, 169ss.; SANDIROCCO, *Non solum alimenta*, 23; SACCOCCIO, *Victus*, 141ss.

frammento esaminato in precedenza: laddove il profilo qui esaminato attiene alle quotidiane ed ordinarie necessità dell'uomo, giornalmente alle prese con i bisogni primari legati al mangiare ed al dormire, il commento in D. 50.16.44, rivolto alla salute del corpo, copre da un lato, le esigenze continue di alimentazione e, dall'altra ricomprende le necessità di carattere eventuale, ma altrettanto essenziali, legate alla malattia.

Al di là del nodo centrale affrontato da Gaio, incentrato sulla purificazione al cibo di vesti e dimora²⁰ come beni necessari *ad vivendum*, l'affermazione che qui deve sottolinearsi per la sua basilare valenza è la conclusiva *sine his enim vivere neminem posse*. Applicata all'ambito che qui si considera, l'argomentazione comporta una sorta di relatività dell'idea di ciò che è essenziale alla vita, dipendente dalle fattispecie e dalla tipologia degli interessi coinvolti. Appare infatti evidente che la sopravvivenza di una donna in gravidanza richiede interventi che vadano oltre il sostegno alla singola persona e tengano in considerazione gli aspetti legati alla seconda vita di cui la stessa è portatrice, al punto che la tutela del concepito diventa trainante rispetto alle esigenze di sostentamento della *mater*.

In questo contesto, si inquadra l'impostazione data da Ulpiano alla questione in merito agli alimenti *ventris nomine* che la madre, grazie al provvedimento pretorio, poteva trarre dai beni ereditari. Il tema è posto nell'ottica, uguale e contraria, di concedere alla donna incinta la percezione *ex bonis* di tutto ciò che si appalesa essenziale alla sopravvivenza e alla crescita del concepito, ma individuando al contempo un perimetro entro il quale ciò sia consentito:

D. 37.9.1.19 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Mulier autem 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.*

²⁰ Vd. FORCELLINI, *Lexicon IV, s.v. stramentum*, 501, che descrive lo *stramentum* come qualunque luogo in cui ci si possa stendere, ovviamente per riposare: «*Est univrsim quidquid substernitur...*». Vd. per tutti SANDIROCCO, *Non solum alimenta*, 23; SACCOCCIO, *Victus*, 144ss., che ripercorre l'origine della nozione di *victus* e di *stratus*. DI NISIO, *Alimenta et vestiarius*, 240, ritiene necessaria, e non ridondante, l'aggiunta del *vestiarius*, o di altre specificazioni, al concetto generale di *alimenta*; WACKE, *Quae vivus*, 401, afferma che «die Hinzufügung untergeordneter Begriffe wie *vestiaria* ist redundant», ma utile ad evitare dubbi sul contenuto del lascito. Sul significato di veste come oggetto di legato vd. ora SCOTTI, *Lana, linum, purpura*, 181ss., che, sulla base di D. 34.2.22 (Ulp. 22 *ad Sab.*), sottolinea che secondo Ulpiano rientravano nel legato soltanto quei *vestimenta* la cui tessitura era stata portata a termine interamente, anche se non staccata dal telaio; viceversa, i tessuti ancora in lavorazione non erano da considerarsi inclusi.

Il giurista severiano, commentando l'editto *de ventre in possessione mittendo*, spiega che la *mulier* poteva percepire dai beni ereditari, nel cui possesso era stata immessa, soltanto ciò che era necessario per procurarsi quelle cose senza le quali il feto non avrebbe potuto nutrirsi e venire alla luce.

La precisazione ulpiana muove dalla logica presupposta nell'istituto e motiva la concessione della *missio in possessionem* limitatamente a *ea sola, sine quibus fetus sustineri non possit*, e cioè ai soli alimenti ritenuti indispensabili alla crescita del *fetus*. Accanto a ciò si delinea anche l'ottica finalistica che vede nel parto l'obiettivo da assicurare mediante il sostentamento del concepito, con ciò necessariamente provvedendo alla sopravvivenza anche della madre. Tali fondamenti si pongono quindi a giustificazione della conseguente diminuzione patrimoniale dell'eredità.

Significativo e paradigmatico risulta quindi l'impiego dell'espressione *sine quibus fetus sustineri non possit*, ricalcata sulla gaiana *sine his enim vivere neminem posse*²¹, qui adattata alla peculiare situazione in esame quale presupposto del riconoscimento alla donna della facoltà di trarre dai beni in cui è stata immessa tutto - ma solo - quanto apparisse indispensabile al sostentamento di entrambi. La formulazione in negativo impiegata parrebbe *prima facie* atta a conferire alla prestazione una portata amplissima se non fosse che il giurista la riconduce subito in più ristretti confini. Vengono in rilievo, quindi, due limitazioni, che emergono chiaramente dalla riflessione ulpiana. In primo luogo, la prestazione si caratterizza per la sua temporaneità, insita nell'apposizione di un termine *ad quem*, espresso non in una data ma in un evento, la nascita, essendo questi alimenti concessi soltanto *ad partum usque produci*. In secondo luogo, una delimitazione oggettiva, racchiusa nel quadrimio che forma l'elenco delle tipologie dei beni qui ritenuti essenziali, ovvero *cibum potum vestitum tectum*²². Rinviando per ora la trattazione del limite temporale del parto, su cui torne-

²¹ D. 50.16.234.2, sopra riportato.

²² Si annota che il giurista severiano sente l'opportunità di precisare, apparentemente in modo pleonastico, che anche il bere deve ricomprendersi negli alimenti utili alla sopravvivenza (cfr. *supra* D. 50.16.43). Questo potrebbe essere dovuto al fatto che il medesimo giurista, nel V libro del *De omnibus tribunalibus*, sia pur in riferimento ad altro tema, aveva mostrato di distinguere *alimenta* ed *aqua*, considerando che quest'ultima si potesse considerare inclusa negli *alimenta legata* soltanto in quelle regioni in cui costituiva usuale oggetto di vendita: D. 34.1.1 (Ulp. 5 *de omn. trib.*): *Si alimenta fuerint legata, dici potest etiam aquam legato inesse, si in ea regione fuerint legata, ubi venundari aqua solet*. Conforme il responso in D. 34.1.14.3 (Ulp. 2 *fideic.*). Recentemente, sul *legatum aquae* quale esposto nella trattazione della citata opera ulpiana si veda ARCARIA, *Praetor vel praeses*, 234s. Cfr., *infra*, D. 50.4.1.4 (Hermog. 1 *epit.*).

remo più avanti esaminando il frammento ulpiano D. 37.9.1.27, rimaniamo sul tema degli aspetti oggettivi della prestazione alimentare a favore della donna.

La quadripartizione qui proposta da Ulpiano richiama la sostanza dei risultati raggiunti dall'interpretazione giurisprudenziale in merito al concetto di *alimenta* ed appare evidente che la stessa, calata nel contesto dell'editto in argomento, viene proposta espressamente in relazione alla donna incinta del *de cuius*, trovando rinnovata lettura ed attualizzazione nella sua idoneità a guidare l'individuazione dei beni dovuti alla donna riconosciuti necessari *ad vivendum*, parametrati sulle esigenze del feto e strumentali alla positiva conduzione della gravidanza al suo termine.

Nell'importante frammento ulpiano in D. 37.9.1.19 emerge anche un altro tema esposto da Ulpiano, ovvero l'indicazione delle modalità di individuazione dei beni da destinarsi alla *mulier*. La peculiarità della situazione e la necessità di determinare qualità e quantità dei beni, e quindi di temperare le esigenze della donna con quelle del patrimonio ereditario, sono presupposti della necessità di costituire un apposito curatore *qui cibum potum vestitum tectum mulieri praestet*²³.

Il passo di Ulpiano è volto dunque ad esplicitare i compiti del *curator*, istituito essenzialmente al fine di procedere all'elargizione alla madre *ex bonis* di vitto, bevande, indumenti ed alloggio²⁴. In tal senso rilevano, nel-

²³ Una generale panoramica dell'istituto in BACCARI, *Curator*, spec. 155ss. (*ib.*, 213ss., le modalità di nomina). Le funzioni del *curator ventris* spaziavano dalla cura della persona (da intendersi nel senso di tutelare la possibilità di venire alla luce del concepito, ma anche la vita della madre: *ib.*, 221) a quella del patrimonio (D. 37.9.1.17-18 – Ulp. 41 *ad ed.*): in particolare, oltre alla funzione di erogare gli alimenti (mediante la quale tutelava la vita di madre e concepito), su cui qui ci si concentra, il curatore doveva amministrare il patrimonio dei beni del nascituro (D. 37.9.1.22 – Ulp. 41 *ad ed.*) e redigerne un inventario (D. 37.9.1.26 – Ulp. 41 *ad ed.*), prestare una *satisfactio* per la restituzione dei beni stessi (D. 27.10.8 – Ulp. 6 *de off. proc.*). Esula dagli intenti di questo scritto l'analisi *ex professo* dei complessi problemi in merito alla figura del *curator ventris*: in tema, rimangono sempre basilari le pagine di SOLAZZI, *Tutele e curatele*, 67ss., con particolare attenzione al rapporto tra il *curator ventris* e il *curator bonorum*, figure che, secondo l'A., inizialmente distinte, sarebbero state unificate dai giustiniane, come parrebbe risultare dal commento ulpiano in D. 37.9.1.18-22 (ma cfr. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* II, 18ss., spec. 19 n. 1, ove manifesta maggiore prudenza al riguardo). *Adde* spec. ALBANESE, *Le persone*, 12 e n. 23; DESANTI, *De confirmando tutore*, 296s.; FERRETTI, *In rerum natura*, 127ss.; BISCOTTI, *Curare bona*, spec. 172ss., 206ss.; BISCOTTI, *Curatore*, 260ss., ove, in prospettiva storico-comparatistica, si esamina la peculiarità dei problemi affrontati dal curatore nel periodo di attesa di un possibile *heres suus in ventre*.

²⁴ In proposito può qui ricollegarsi un testo di Ermogeniano in tema di *munera civilia* che il giurista distingue in *personalia* e *patrimonialia*. Dopo aver spiegato che *munus perso-*

la chiusa del frammento, i due criteri orientativi di tali attività erogativa, da un lato, la consistenza del patrimonio del defunto (*pro facultatibus defuncti*) e, dall'altro, la *dignitas* delle persone coinvolte, ovvero del defunto e della donna; criterio materiale il primo e, se vogliamo, immateriale il secondo.

Il primo riferimento relativizza gli obiettivi sin qui visti, tesi alla tutela del nascituro, condizionandoli alla capienza dei beni effettivamente disponibili, limitando le possibili pretese della donna in base al principio per cui le stesse non possono estendersi *ultra vires*²⁵. Il secondo, cui si fa sovente ricorso in istituti simili, dimostra come l'individuazione delle prestazioni economiche in concreto postulasse la parametrizzazione alla condizione sociale dei soggetti coinvolti²⁶.

nale è quello che si esplica con sollecitudine e vigilanza, senza risparmio di fatica fisica, mentre quello patrimoniale è quello che, nella sostanza, si occupa di spese, il giurista diocleziano aggiunge un elenco dei primi: D. 50.4.1.4 (Hermog. 1 *epit.*) *Aequae personale munus est tutela, cura adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia...* Rispetto al testo ulpiano, l'elenco dei beni è leggermente diverso: qui, infatti, scompare il termine *vestitum*, mentre compare l'espressione di chiusura *et similia*. Ciò non pare destare particolari problemi poiché, anzi, l'aggiunta *et similia* è idonea ad evitare capziose interpretazioni dirette a delimitare indebitamente la prestazione alimentare, mentre difficilmente risulta possibile escludere i *vestimenta*, da ritenersi inclusi proprio in virtù della genericità della formula stessa, inadeguata a diminuire l'ampiezza degli alimenti. Si noti che la bipartizione *munera personalia* e *munera patrimonii* è analoga a quella di Ulpiano in D. 50.4.6.3 (4 *de off. proc.*), ma diversa da Arcadio Carisio che opera invece una tripartizione in D. 50.4.18pr. (*l.s. de mun. civ.*): vd. sul punto QUADRATO, *Mis-sio*, 71s. Il passo di Ermogeniano, inoltre, prosegue esprimendo l'indicazione di nominare un curatore *custodiendis relictis*, affinché si evitino l'usucapione dei beni e l'estinzione dei crediti, verosimilmente dettata non tanto dalla volontà di preservare il patrimonio per l'eventuale erede, quanto dall'intento di tutelare possibili creditori: così BISCOTTI, *Custodia*, 31ss. (ivi letteratura). Cfr. SOLAZZI, *Il concorso* II, 21s., secondo cui questi *officia*, riferiti da Ermogeniano al *curator ventris*, erano attribuiti da Ulpiano al *curator bonis datus* (D. 37.9.1.21 – Ulp. 41 *ad ed.*). In tema, vd. BACCARI, *Curator*, 205, 231 n. 49.

²⁵ La puntualizzazione ulpiana *pro facultatibus defuncti* si raccorda con quanto emerge da un passo di Gaio, ove si precisa che il *curator ventris*, quando stabiliva gli alimenti per la donna, non doveva tenere conto del fatto che costei poteva anche avere mezzi personali adeguati per sostentarsi: D. 37.9.5pr. (Gai. 14 *ad ed. prov.*), su cui *infra*.

²⁶ VOGLI, *Diritto ereditario* II, 306 n. 205, evidenzia come la *dignitas* dell'onorato di un lascito è criterio che si afferma nella *cognitio fideicommissaria*. BACCARI, *Curator*, 243, rileva che la *dignitas* della donna che il curatore deve tutelare riguarderebbe non tanto l'aspetto economico della vita, quanto la funzione procreatrice della medesima. Notoriamente espressivo della *dignitas*, e della virtù, muliebre è l'appellativo onorifico di *matrona*: vd., tra gli altri, CENERINI, *La donna romana*; FAYER, *La familia* II, 286ss.; FIORI, *Materfamilias*, 455ss.; FIORI, *La struttura del matrimonio*, 197ss.; BELLODI ANSALONI, *s.v. Madre*, 19ss. In

In questo campo appare rilevante il duplice riferimento al defunto ed alla madre: laddove il richiamo alla *dignitas* del padre non desta sorprese, apparendo quantomeno equo assicurare al nascituro una condizione in continuità con quella del defunto, il secondo si rileva invece significativo sotto il profilo della valorizzazione delle esigenze della donna. In tal senso, infatti, il criterio pare idoneo a dare ingresso e tutela a pretese della *mulier* fondate sulla personale posizione sociale e sulle specifiche condizioni soggettive. Se tale aspetto non scalza l'impostazione di fondo, che vede nella nascita del feto l'obiettivo primario della tutela (in considerazione delle ragioni sopra ricordate), tuttavia consente di intravedere nella riflessione giurisprudenziale tracce di protezione della donna, quantomeno nei limiti di evitare un aggravamento delle sue condizioni.

Ulteriori riflessioni giurisprudenziali, contenute in altri passi del medesimo titolo, consentono utili approfondimenti in merito a quanto la donna immessa poteva percepire dai beni ereditari.

Paolo, ad esempio, si sofferma sulla dimora e sulla servitù di corredo, così contribuendo a precisare il riferimento al *TECTUM* del quadrinomio ulpiano:

D. 37.9.4 (Paul. 41 *ad ed.*): *Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri. [1] Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium eius secundum dignitatem, cibaria praestanda sunt.*

La questione sorge nei casi in cui il defunto non avesse avuto una *domus*. Paolo non mostra alcuna esitazione nel ritenere insignificante simile mancanza, comunque tale da non poter limitare il diritto della donna a beneficiare dell'*habitatio*. Deve quindi intendersi imprescindibile il reperimento di un alloggio sicuro, a spese della massa ereditaria²⁷. Il testo non specifica la modalità con cui si dovesse reperire un'*habitatio* alla donna, se cioè il curatore dovesse trovarle una casa o fornirle il denaro necessario a

generale, sul concetto di *dignitas* vd. per tutti MAGANZANI, *Appunti sul concetto di dignità umana*, spec., 531ss. (con la principale bibliografia). Recentemente, il tema della *dignitas* femminile quale valore meritevole di tutela è stato riproposto da DE IULIIS, *Iniuria ad dignitatem*, 133ss.

²⁷ Sul diritto di *habitatio* vd. spec. BACCARI, *Curator*, 228; MANZO, *Ulp. 17 ad Sab. D. 7.8.10.3*, 17ss.; FENOCCHIO, "Habitatio", 71ss. (ivi, n. 1, bibliografia). Precisa BACCARI, *Curator*, 228, che il curatore doveva procurare alla donna un *TECTUM* e non il semplice *stramentum*. Sotto questo profilo, dunque, il *curator ventris* era tenuto ad una prestazione alimentare più ampia rispetto ai beni che Ofilio considerava essenziali *ad vivendum* quali riportati nel passo di Gaio (D. 50.16.234.2) sopra citato, ove accanto al cibo e ai vestiti indicava un semplice *stramentum*, un pagliericcio dove dormire.

procurarsela. Un indizio al riguardo si ravvisa nel verbo *conducere* (*habitatio ... conducenda erit*) che pare adombrare che l'uso della casa si inquadra negli schemi della *locatio-conductio*²⁸. Se così fosse, ciò avrebbe comportato per il curatore, quantomeno, l'obbligo di fornire alla donna il denaro necessario per corrispondere la mercede per il godimento dell'abitazione, prelevando quanto necessario dai beni ereditari. In ogni caso, si coglie qui la portata dell'obbligazione riferibile al *tectum* (di cui in D. 37.9.1.19), estesa sino al fornire adeguate risorse per il pagamento dei canoni di locazione nell'evenienza che il deceduto non possedesse una casa utilizzabile dalla donna o non avesse provveduto in tal senso.

Il passo in D. 37.9.4, nell'ultimo periodo, si occupa anche del personale di servizio della donna, stabilendo che il curatore era tenuto a sostenere anche gli schiavi che le fossero necessari *secundum dignitatem*. In quest'ultima previsione si ritrova, quale esempio di concreta applicazione, il riferimento alla posizione sociale della *mulier*, operante quale parametro atto a circoscrivere le pretese della gestante.

Può infine aggiungersi che proprio l'attenzione alla *dignitas* della donna nelle due ipotesi trattate da Paolo, pur inquadrandosi nel contesto teleologicamente riferibile alla salvaguardia del concepito, parrebbe consentire la valorizzazione di aspetti soggettivi non strettamente connessi – o non solo – alla tutela dello sviluppo del feto fino alla nascita, consentendo di intravedere un'attenzione che si proietta oltre il minimo dovuto alla donna portatrice nel proprio grembo del futuro erede e cittadino.

Ritornando al tema della delimitazione temporale, emergente da D. 37.9.1.19 (*Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci...*), la prestazione alimentare è, con ogni evidenza, destinata a configurarsi inevitabilmente come provvisoria poiché si concluderà con il parto, momento in cui il nuovo *civis* viene ad esistenza. La nascita rappresenta il logico, e naturale, perimetro temporale e giuridico di riferimento del provvedimento, con essa realizzandosi pienamente ed in maniera automatica tutti gli effetti successori che collocano la vicenda umana e giuridica su un diverso e più ordinario piano. Sotto questo profilo, Ulpiano individua ulteriori eventi diversamente conclusivi della gravidanza, ma a tali fini comparabili al parto:

D. 37.9.1.27 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Tamdiu autem venter in possessionem esse debet, quamdiu aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatam.*

Il giurista severiano ben esprime la relazione tra possesso e sostegno

²⁸ Cfr. GLÜCK, *Commentario*, 56.

del *venter*²⁹ con la correlativa *tamdiu...quamdiu...*, funzionale a sottolineare la logica connessione con gli eventi terminativi del beneficio, ovvero le situazioni che pongono fine allo stato di gravidanza: il parto, l'aborto³⁰ o la certa emersione dell'inesistenza dello stato di *praegnas*. Anche queste particolari evenienze vengono accomunate, nel commento ulpiano, al positivo evento finale della nascita in virtù della conseguenza ad esse riconnessa, apparendo tutte parimenti idonee a determinare la cessazione della *possessio* secondo la medesima logica consequenziale.

Per quanto riguarda i profili temporali, ma in ambito processuale, merita un cenno la disciplina d'urgenza prevista per la trattazione di questo genere di cause. Viene fatta risalire a Marco Aurelio la disposizione, introdotta mediante un'*oratio in senatu recitata*, in base alla quale esse potevano essere avviate in ogni tempo, anche nei giorni festivi, al pari di altri giudizi, tra cui quelli per gli alimenti³¹:

D. 2.12.2 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis: ut puta ut tutores aut curatores dentur: ut officii admoneantur cessantes: excusationes allegentur: alimenta constituentur: aetates probentur: ventris nomine in possessionem mittatur, ...*

Le ragioni dell'urgenza risultano facilmente intuibili alla luce delle peculiari circostanze proprie della funzione alimentare di questa forma possessoria, strumentale alla tutela di un bene caratterizzato da grande fragilità quale la vita stessa del *venter*. Nell'elenco delle cause considerate prioritarie, tra l'altro, la *missio in possessionem ventris nomine* è di poco preceduta dalla costituzione degli alimenti.

In quest'ottica, si comprende allora la ragione della disposizione per cui vengono differite al momento della pubertà tutte le controversie di

²⁹ Qui il giurista riferisce il possesso direttamente al nascituro mediante l'espressione *venter in possessionem*, rimarcando anche lessicalmente come proprio la tutela del feto sia il fine dello strumento pretorio. Ma vd. *supra* quanto osservato, esemplarmente, da BETANCOURT, *La defenza pretoria*, 426 e n. 132.

³⁰ Vd. anche *infra* D. 37.9.1.4.

³¹ Sull'*oratio* vd. spec. ARCARIA, *Oratio Marci*, 175ss., cui *adde*, del medesimo Autore, *D. 26.10.7, 26.10.2, 26.10.4*, 18ss., ove lo studioso, confermando quanto già sostenuto in un precedente studio (*Missio in possessionem*, 263ss.), afferma che il *praetor* competente era quello *urbanus* e che il frammento ulpiano in D. 2.12.2 attesterebbe l'esistenza di competenze distinte e separate per l'accertamento del diritto e l'emanazione dei provvedimenti cautelari e d'urgenza. Da questa considerazione l'A. argomenta che, in riferimento ai secondi, previsti nell'editto pretorio, ci sarebbe stata una competenza unica del pretore formulare a prescindere dalla materia trattata, il cui accertamento sarebbe stato devoluto, a seconda dei casi, ai magistrati dell'*ordo* o a quelli della *cognitio*.

status ma non quelle attinenti alla *possessio*, in quanto l'esigenza di alimentare il concepito non può, con ogni evidenza, ammettere dilazioni.

2. L'attribuzione possessoria alla donna incinta e la conseguente facoltà di trarre gli alimenti dai beni ereditari sembrano rese giuridicamente possibili grazie alla considerazione del concepito come il possibile successore nei beni nei quali la madre viene immessa³². In questa prospettiva è significativo il riferimento al concepito come superstite del padre:

D. 37.9.7pr. (Ulp. 47 *ad ed.*): *Ubicumque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset: ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is qui in utero est.*

Ulpiano sostiene che ogni volta in cui si ammette qualcuno alla successione *ab intestato* si deve ammettere anche il *venter*, ponendo come solo requisito che *qui in utero est*, se fosse venuto ad esistenza (*si in rebus humanis esset*)³³, potesse chiedere la *bonorum possessio (sine tabulis)* e spiegando che in tutte le parti dell'editto il concepito viene considerato *pro superstite*³⁴.

L'immagine del figlio come colui che non solo sopravvive al genitore, ma è come un prolungamento della vita stessa del padre pare evocativa della peculiare prospettiva da cui la materia viene considerata: al concepito si guarda come ad una sorta di riflesso della figura del padre così da riconoscere tutela alla sua posizione successoria ed al diritto di essere alimentato.

Un particolare rilievo riveste un lungo squarcio del XLI libro *ad edictum* di Ulpiano, scelto dai giustinianeî come nucleo portante del titolo *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius*. Nel *principium* del frammento

³² LAMBERTI, *Studi sui "postumi"* I, 70, sottolinea che è la considerazione (*fictionis iuris*) dei concepiti come essere umani già esistenti che consente di ammetterli fra gli *heredes legitimi*. Cfr. FERRETTI, *In rerum natura*, 47ss., 161ss. (ivi fonti e letteratura). Vd. anche *supra*.

³³ Il frammento confermerebbe che l'editto pretorio tratta sempre il concepito come se già fosse *in rebus humanis*: NARDI, *Procurato aborto*, 450s. Sul passo *adde spec.* FERRETTI, *In rerum natura*, 127, 167s. (*ib.*, 33ss., le ricorrenze dell'espressione *qui in rebus humanis sunt*).

³⁴ L'immagine del nascituro come superstite ricorre anche in D. 50.16.231 (Paul. *ls. ad sc. Tert.*). Cfr. D. 50.17.187 (Cels. 16 *dig.*). La qualifica in questi termini del concepito contribuisce all'idea per cui l'intento fosse quello di limitare i tentativi dei terzi di approfittare indebitamente del periodo della gravidanza in danno del nascituro, posto che, per quanto si cercasse di tutelarne i diritti in questa fase di pendenza, l'evento della nascita

iniziale, il giurista severiano pone in evidenza l'attenzione del magistrato verso la *spes nascendi*³⁵:

D. 37.9.1pr. (Ulp. 41 ad ed.): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. Nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

Nel brano, ove si intrecciano il concetto stoico per cui il feto ancora non è uomo e l'opportunità di tutelare il nascituro³⁶, il giurista severiano compie un'operazione di memoria giuridica, rimarcando come il pretore avesse avuto cura dei già nati, con richiamo all'editto dedicato al dovere di alimentare i figli³⁷.

L'interesse e la sensibilità magistratuale, che già si erano manifestate in quell'editto, vengono ulteriormente rivelate dalla previsione di una *pars edicti* in cui trovavano tutela, in nome della *spes nascendi*, anche i diritti dei figli non ancora nati mediante la promessa di immettere il *venter* nel possesso dei beni ereditari anche *contra tabulas*. Il ragionamento ulpiano consente di individuare come prevalenti, tra le varie finalità del provvedimento pretorio, quelle della tutela e di nutrimento del nascituro, rispetto alle quali i diritti riconosciuti alla madre in corso di gravidanza risultano solamente strumentali³⁸.

Peraltro, l'editto poneva una condizione alla concessione del provvedimento:

D. 37.9.1.1 (Ulp. 41 ad ed.): *Praegnatem esse mulierem oportet omnimodo nec dicere se praegnatem sufficit: quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnas fuit et mortis tempore et eo, quo mitti in possessionem petit.*

«restava essenziale per l'acquisto della titolarità situazioni soggettive»: così LAMBERTI, *Studi sui postumi* II, 53ss.

³⁵ Esemplamente BALESTRI FUMAGALLI, *Spes vitae*, 349ss., rileva che nel linguaggio giurisprudenziale romano l'espressione ulpiana *spes nascendi*, così come le analoghe *spes animantis*, *spes vitae* e altre simili, «non costituiscono soltanto perifrasi più o meno suggestive, ma possiedono valore tecnico», ed esprimono «l'esigenza di descrivere in termini dinamici la sorte del concepito», costituendo «da base su cui poggia lo *status* del concepito».

³⁶ NARDI, *Procurato aborto*, 448s.

³⁷ Riportato in D. 25.3.

³⁸ Come già sopra si ricordava. Sul pensiero ulpiano fa leva TERRENI, *Me puero*, 54ss. In senso contrario cfr. NARDI, *Procurato aborto*, 448 n. 350, il quale sostiene che la *missio ventris nomine* era accordata perché la madre ne traesse gli alimenti. Cfr. SANNA, *Spes nascendi*, 545s. e n. 78.

Il magistrato, spiega Ulpiano, non riteneva sufficiente che la *mulier* affermasse semplicemente di essere incinta, ma occorreva che lo fosse realmente: pertanto, non avrebbe ottenuto il provvedimento possessorio a meno che non fosse stata veramente in gravidanza e già al momento della morte (del *de cuius*)³⁹.

Su queste basi, Ulpiano presenta come dato pacifico la concessione al *venter* da parte del pretore della *missio in possessionem* tutte le volte in cui è certo che il concepito non è stato diseredato e che quando nascerà sarà tra gli *heredes sui*:

D. 37.9.1.2 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Totiens autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus et id quod in utero erit inter suos heredes futurum erit. Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo qui editur suus futurus sit, ventrem mittemus: aequius enim est vel frustra nonnumquam impendia fieri quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.*

Ma la promessa pretoria rimane valida, prosegue il giurista, anche nelle situazioni di incertezza, qualora sussista il dubbio che il concepito non rientri tra i *sui*⁴⁰, con ciò evidenziando l'imperativa e prioritaria necessità di tutelare la *spes nascendi*. L'incertezza, spiega, significa in realtà che talvolta il concepito⁴¹ potrebbe essere un *suus futurus* e la sola eventualità è bastevole a configurare come opportuna l'immissione nel possesso. Nel dubbio, dunque, è preferibile concedere il possesso alla donna che afferma di essere incinta piuttosto che rischiare di compromettere la crescita del feto, argomentando che appare maggiormente conforme ad equità

³⁹ Soccorrevano allo scopo soprattutto la procedura prevista dall'editto riportato in D. 25.4 e il *iusiurandum calumniae*, di cui ad es. in D. 25.6.1pr. (Ulp. 34 *ad ed.*): *Si de possessione ventris nomine quaeratur et deferente herede mulier iuraverit praegnatem se esse, servandum est iusiurandum nec tenebitur mulier, quasi calumniae causa fuerit in possessionem missa, nec vis ei facienda est post iusiurandum.* Sul punto vd. spec. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, 16ss., che sottolinea come il *iusiurandum calumniae* fosse un mezzo repressivo della temerarietà della lite, strumentale non alla risoluzione del giudizio, ma alla sua corretta conduzione e risoluzione, nonché utile ad evitare il *iudicium calumniae* e il *iudicium contrarium*.

⁴⁰ SANNA, *Spes nascendi*, 546s. (c. nn. 78-79), rileva che qualora contro la donna sposata, rimasta vedova e poi immessa nel patrimonio *ventris nomine*, fosse stata proposta, dopo la morte del marito, un'*accusatio adulterii*, il pregiudizio che poteva derivare al nascituro da un'eventuale condanna della madre consisteva nel dubbio sulla sua legittimità e quindi sulla possibilità di essere considerato *heres suus* del padre.

⁴¹ Al riguardo, si sottolinea nel frammento il riferimento al concepito come a *id quod in utero*, espressione che si avvale dei pronomi declinati al genere neutro, come a rimarcare le incertezze sull'identità giuridica del feto. Sui risvolti dell'uso di simile terminologia, impiegata anche in riferimento al nato, si veda per tutti FERRETTI, *In rerum natura*, 144ss.

fare talvolta delle spese inutili piuttosto che negare gli alimenti a colui che sarebbe potuto divenire *dominus* di quei beni.

È appena il caso di rilevare che la valutazione di simili spese come inutili (*frustra impendia*) non guarda alla *ratio* per cui sono state erogate, bensì al mancato raggiungimento del traguardo finale rappresentato dal parto, che sicuramente non si verificherebbe nel caso si negasse l'accesso ai beni.

La spiegazione di questo ragionamento è chiaramente motivata nel paragrafo successivo:

D. 37.9.1.3 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Quare et si ita exhereditio facta sit: "si mihi filius unus nascetur, exheres esto", quia filia nasci potest vel plures filii vel filius et filia, venter in possessionem mittetur: satius est enim sub incerto eius qui edetur ali etiam eum qui exhereditatus sit, quam eum qui non sit exhereditatus fame necari: ratumque esse debet, quod deminutum est: quamvis is nascatur, qui repellitur.*

La clausola di diseredazione del concepito espressa con riferimento alla nascita di un *filius unus* non impedisce la concessione della *missio ventris nomine* poiché potrebbe nascere una figlia, se non più figli o persino un figlio e una figlia.

L'interpretazione si avvale di una spiegazione speculare a quella poco sopra offerta: *satius est enim sub incerto eius qui edetur ali etiam eum qui exhereditatus sit, quam eum qui non sit exhereditatus fame necari*. Nell'incertezza di chi nascerà, riflette Ulpiano, è preferibile alimentare anche colui che è stato diseredato piuttosto che lasciar morire di fame chi non lo è stato: pertanto, le spese erogate per gli alimenti rimangono confermate, anche se chi nasce verrà effettivamente diseredato⁴².

Se nel paragrafo precedente l'analoga considerazione (*aequius enim est vel frustra nonnumquam impendia fieri quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est*) si poneva in relazione alla speranza successoria di chi poteva divenire, nascendo, l'erede dei beni paterni, in questo luogo appare di ben più ampio respiro, coinvolgendo una casistica di fatto indefinita grazie alla motivazione che fa leva sull'intento di evitare la morte del feto per fame (*fame necari*)⁴³.

⁴² Cfr. GLÜCK, *Commentario*, 55, che al riguardo ravvisa espressamente un *favor* che ha l'effetto di far sì che si debba pronunciare la *missio* anche qualora sia dubbio il diritto alla successione.

⁴³ Piace rilevare la consonanza del ragionamento ulpiano in D. 37.9.1.3, che respinge la possibilità di rischiare la morte per inedia anche di chi potrebbe poi essere diseredato, con la riflessione di Paolo che arriva a qualificare come uccisione anche l'omesso apprestamento degli alimenti al pari delle condotte commissive del soffocamento e dell'ab-

La conclusione del frammento ratifica quanto appena esposto: *ratum-que esse debet, quod deminutum est: quamvis is nascatur, qui repellitur*. La conseguenza qui indicata è del tutto consonante alla *ratio* della soluzione sopra riportata: posto che nell'incertezza della diseredazione si reputa comunque preferibile alimentare il concepito, ne consegue che, qualora questa effettivamente si verifichi, le spese effettuate per gli alimenti saranno da considerarsi come legittimamente compiute e, pertanto, non dovranno essere restituite né la conseguente diminuzione dell'eredità dovrà essere compensata.

Corollario di questa interpretazione è l'applicazione della medesima soluzione nel caso di aborto della donna immessa nel possesso⁴⁴:

D. 37.9.1.4 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Idem erit dicendum et si mulier, quae fuit in possessione, abortum fecisset.*

bandono: D. 25.3.4 (Paul. 2 *sent.*): *Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat...* L'accostamento della mancata prestazione alimentare all'infanticidio propone un severo giudizio verso coloro che, pur non togliendo la vita direttamente, tuttavia erano ben consapevoli del fatto che il destino di un bambino privato dei necessari alimenti era pressoché certamente la morte. Al riguardo, BACCARI, *Curator*, 84, parla di «diritto alla vita» del concepito. Il medesimo orientamento si riscontra anche in un altro passo di Paolo ove, affermando che l'*exheredatio* è atto corrispondente all'*occidere*, ravvisa in essa una facoltà analoga al *ius vitae ac necis*, giustificandola con l'esistenza di questo *ius*: D. 28.2.11 (Paul. 2 *ad Sab.*): *... nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat*. Il frammento in D. 25.3.4 pare oramai da attribuirsi a Paolo: vd. per tutti TAFARO, *Diritto alla vita*, 10, che afferma che l'infanticidio, in qualsiasi modo perpetrato (soffocamento, abbandono, mancata alimentazione) era ormai in via di principio considerato uccisione. LOVATO, *Vindicatio puerorum*, 251s. (e n. 24), esaminando il brano specialmente in rapporto alla pratica dell'*expositio*, osserva che il testo paolino «riflette una visione lontanissima dagli orientamenti classici», ma non fugge i dubbi in merito alla piena equiparazione dell'abbandono del neonato con l'omicidio, traendone la conclusione per cui «le *Pauli sententiae* non rappresentano una testimonianza affidabile per il diritto applicato in Occidente al tempo di Valentiniano». Sul frammento vd. anche LUCHETTI, *La misericordia*, 329s. (in n. 33 la principale bibliografia); LORENZI, *Esposizione e politica costantiniana*, 151s. Ricordando che una dura condanna dell'esposizione dei bambini si era già prodotta in ambiente stoico, considera la sentenza paolina non un vero divieto, ma più una valutazione di carattere morale CASAMENTO, *Patres non tantum natura*, 8s. Si annota, inoltre, che nel ragionamento paolino compare l'essenza del concetto di reato omissivo e della sua equivalenza causale all'azione ogni qualvolta ci si trovi in presenza della violazione di un dovere, secondo la nota formula espressa al capoverso dell'art. 40 c.p. per il quale «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo». E, più in specifico, la legge penale (art. 570, 2° c., n. 2 c.p.) punisce colui che «fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti, al coniuge non legalmente separato per sua colpa».

⁴⁴ Cfr. D. 37.9.1.27, sopra citato.

Se, dunque, da un lato l'aborto è una delle cause di interruzione della situazione possessoria così ottenuta dalla donna, dall'altro, il verificarsi di questo evento luttuoso non fa sorgere alcun onere in capo alla madre che non sarà tenuta a rifondere i *bona* ereditari dai quali ha attinto gli alimenti⁴⁵.

Considerazioni analoghe a quelle svolte in D. 37.9.1.3 possono ritenersi alla base della speciale soluzione⁴⁶ offerta in relazione a un caso di diseredazione condizionata:

D. 37.9.1.5 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sed et si sub condicione postumus sit exheredatus, pendente condicione Pedii sententiam admittimus existimantis posse ventrem in possessionem mitti, quia sub incerto utilius est ventrem ali.*

Il giurista severiano, accogliendo una *sententia* di Sesto Pedio⁴⁷, si dichiara favorevole alla concessione della *missio in possessionem* al *venter* affinché possa ricevere il necessario nutrimento anche in pendenza di condizione, motivando questa posizione con la maggiore *utilitas* (*quia sub incerto utilius est ventrem ali*), così ribadendo per la terza volta in poche righe l'importanza prioritaria della prestazione alimentare⁴⁸.

La considerazione dell'incertezza propria della situazione trova corrispondenza, a questi fini, anche in un luogo all'interno del commento all'editto Carboniano⁴⁹, ove Ulpiano afferma che le disposizioni pretorie volte a consentire l'immissione nel possesso al *venter* e a provvedere gli alimenti alla donna sono poste al fine di tutelare colui che potrebbe anche non nascere:

D. 37.10.5.3 (Ulp. 41 *ad ed.*): *... cum omnium edictis venter in possessionem mittatur et alimenta mulieri praestentur propter eum, qui potest non nasci, ...*⁵⁰

⁴⁵ La fattispecie è inoltre rapportabile a quanto si legge in un testo di Ermogeniano in D. 37.9.3 (su cui vd. *infra*) ove si afferma che non dovevano essere restituite le spese fatte da colei che riteneva in buona fede di essere incinta.

⁴⁶ MEINHART, *Die bedingte Erbeinsetzung*, 132, sottolinea l'eccezionalità del provvedimento («Ausnahmsregelung»).

⁴⁷ Il frammento contribuisce ad evidenziare, come rileva CENDERELLI, *Ricerche*, 402, la «costante adesione» di Ulpiano al pensiero di Pedio, le cui interpretazioni sono spesso oggetto di «manifestazioni di apprezzamento», con ciò rivelando come il giurista severiano considerasse il suo predecessore «un giureconsulto di altissimo valore scientifico».

⁴⁸ BACCARI, *Curator*, 221, afferma che è l'*utilitas* «il criterio giustificativo degli alimenti».

⁴⁹ Sull'editto Carboniano, vedi *supra*.

⁵⁰ A maggior ragione, prosegue Ulpiano, si deve avere ancora più attenzione affinché non muoia di fame il figlio (già nato), la cui aspettativa di vita deve essere tutelata più

L'identificazione in negativo del reale beneficiario della prestazione alimentare (*qui potest non nasci*) esprime con efficacia la *ratio* dell'intervento pretorio, confermando che era ritenuta sufficiente anche la sola possibilità che una nuova vita venisse ad esistenza perché se ne dovesse assicurare il sostentamento, tramite la madre, pur nella consapevolezza che il concepito avrebbe potuto anche non venire mai alla luce. L'espressione evidenzia al contempo anche la peculiarità della situazione della gravidanza, caratterizzata da fragilità e incertezza, a causa delle quali gli alimenti devono costituire oggetto di una prestazione immediata e non differibile, anziché una remora da esse determinata.

È la stessa incertezza che caratterizza l'attesa della nascita a far emergere l'attenzione a che rimangano intatti tutti i diritti del concepito fino al momento del parto:

D. 5.4.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*): *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent: sicut apparet in iure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit [...]*

Il giurista ricorda che i diritti del nascituro venivano protetti sin da tempi antichi al punto che, finché fosse rimasto incerto l'evento della nascita, e dunque fino al buon esito della gestazione, non venivano ammessi all'eredità coloro che rispetto al concepito erano più lontani nel grado di agnazione, tenendo così in sospeso la successione di chi era già nato, in modo tale da preservare il patrimonio ereditario⁵¹.

Alla funzione alimentare della *missio in possessione ventris nomine*, concretamente percepibile in immediato, si univa quindi l'esigenza di salvaguardare l'integrità del patrimonio ereditario che, dopo il parto, sarebbe spett-

delle pretese ereditarie dell'attore nel caso in cui si appuri che non è figlio del *de cuius maiorque cura debeat adhiberi, ne fame pereat filius, quam ne minor hereditas ad petitem perueniat, si apparuit filium non esse.*

⁵¹ LENEL, *Palingenesia* I, L. 1233, 1174 e n. 1, ipotizza che Paolo si sia ispirato ad un'opinione espressa da Sabino, riferita in D. 5.1.28.5 (Paul. 17 *ad Plaut.*), che infatti colloca in posizione immediatamente antecedente (L. 1232). Sul frammento vd. spec. LAMBERTI, *Studi sui postumi* II, 56ss.; FERRETTI, *In rerum natura*, 146ss. NARDI, *Procurato aborto*, 449s., si sofferma sul lemma *animax* (la penultima parola del brano), a cui attribuisce il significato di 'in gestazione', in opposizione a coloro che, invece, lo ritengono espressivo di *homo* (p. 450 n. 352). FERRETTI, *In rerum natura*, 87ss., dissente da questa lettura e, sottolineando che nelle fonti giuridiche l'espressione è impiegata soltanto da Marcello (in D. 11.8.2, 8 *dig.*), ritiene che sia indicativa dell'idea secondo cui il concepito è considerato come un essere che già esiste. Cfr. LAMBERTI, *Studi sui postumi* II, 47s.

tato al nato-erede, ove non diseredato.

In questo quadro si colloca anche l'affermazione per cui, come spiega Ulpiano, l'erede prossimo al figlio postumo non può accettare l'eredità mentre la donna è incinta, o si reputa che lo sia (rimanendo quindi sospesa la delazione), e che deve intendersi come riferita a quel concepito che, nascendo, sarà *suus heres* del *de cuius*:

D. 29.2.30.1 (Ulp. 8 *ad Sab.*): *Quod dicitur: "proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem, potest" accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. Et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent...*

Dopo aver precisato che questa interpretazione si riferisce non solo agli eredi testamentari ma anche a quelli *ab intestato*, il giurista severiano spiega che per «erede prossimo al figlio postumo, mentre la donna è incinta o si reputa che lo sia»⁵² si deve intendere il *proximus a ventre* che nascerà *suus heres* del testatore⁵³.

Significativa la puntualizzazione *sed si scit non esse praegnatem, potest*. Nel prospettare la possibilità che la donna stessa sappia di non essere incinta, il giurista adombra i tentativi di trarre indebito profitto dalla situazione possessoria volgendola a finalità diverse da quella alimentare, solitamente perseguiti attraverso false dichiarazioni della donna in merito alla propria gravidanza⁵⁴.

In quest'ottica, le spese *alimentorum causa* sostenute dalla gestante immessa nei beni ereditari appaiono giuridicamente sorrette e giustificate dalla *possessio*, intesa come una sorta di anticipazione dell'eredità nei confronti del nascituro. La concessione del provvedimento trova così piena

⁵² Nel § 3 del medesimo passo, Ulpiano si sofferma a precisare il significato dell'espressione *si putetur esse praegnas*, chiarendo che va intesa nel senso che la donna afferma di essere incinta (*Quod dicitur "si putetur esse praegnas", sic accipiendum est, si dicat se praegnatem...*), in ciò implicitamente prospettando anche il caso di cui in D. 25.6 (vd. *infra*).

⁵³ Nel prosieguo del passo, Ulpiano spiega che *proximus a ventre* deve ritenersi anche colui che nascerà come erede legittimo o consanguineo, poiché *qui in utero est* al tempo della morte del *de cuius* viene considerato come già nato in relazione all'attesa per gli eredi di grado successivo e alla tutela della sua posizione successoria in caso di nascita. La medesima interpretazione è da accogliersi, precisa nella chiusa, anche ai fini della *possessio* che il pretore concede al *venter*. Il giurista specifica altresì che la regola si applica solo laddove il concepimento sia avvenuto in vita del testatore: cfr., tra gli altri, D. 29.2.84 (Pap. 16 *quaest.*); D. 37.6.12 (Paul. 41 *ad ed.*); D. 3.2.15 (Ulp. 8 *ad ed.*); D. 3.2.16 (Paul. 8 *ad ed.*); D. 12.2.3.3 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 25.4.1.10 (Ulp. 24 *ad ed.*). Vd. per tutti FERRETTI, *In rerum natura*, 86 e n. 212.

motivazione nella necessità di provvedere al sollecito nutrimento del concepito in modo da favorire il compimento dell'aspettativa ereditaria.

L'idea che la gestante viene immessa nel possesso dei beni ereditari affinché il concepito possa essere nutrito in qualità di possibile successore del defunto comporta che il *curator ventris*, nello stabilire gli alimenti, non debba tenere conto del fatto che la donna disponga di autonome possibilità di sostentamento:

D. 37.9.5pr. (Gai. 14 *ad ed. prov.*): *Curator ventris alimenta mulieri statuere debet. Nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est.*

Il testo guida il *curator ventris* nel dovere di *alimenta mulieri statuere*, così confermandolo nella già vista titolarità di un *munus personale*, non meramente esecutivo ma fornito di potere discrezionale, la cui ampiezza, evidentemente, era suscettibile di diventare oggetto di contestazioni nella prassi⁵⁵.

Il curatore deve decidere gli *alimenta* della donna senza che nel calcolo dell'importo influisca il fatto che ella disponeva di una dote che le consentiva di sostentarsi. Sostiene Gaio, infatti, che gli alimenti vengono concessi in favore del nascituro⁵⁶. Il ragionamento muove dal diritto del *venter* di ottenere, tramite la madre, prestazioni riferibili al patrimonio del *de cuius*, vantando su esse aspettative successorie anche prima della nascita e, anzi, proprio in funzione di essa.

L'argomentazione pare idonea a respingere le contestazioni alla concessione del provvedimento possessorio che si basavano sull'aver la donna un patrimonio personale adeguato per alimentare se stessa ed il feto. In questi casi, oggetto di attenzione è il concepito e, pertanto, i parametri di riferimento (di natura economica) prescindono dalla condizione patrimoniale della donna.

In questa cornice, dunque, la prestazione alimentare *ex bonis* è suscettibile di quantificazione indipendente dall'esistenza della dote e dal fatto

⁵⁴ Le fattispecie sono oggetto degli editti di cui in D. 25.5 e D. 25.6 volti a reprimere le condotte della donna finalizzate a deviare dalla funzione alimentare, sui quali *infra*.

⁵⁵ Gaio prosegue ricordando (§ 1) che al compito di fornire gli alimenti si aggiungeva anche quello di conservare il patrimonio, pagando gli eventuali debiti e riscattando i pegni preziosi, cioè – come spiega SOLAZZI, *Il concorso* II, 20 –, « pegni che superano il valore del credito garantito, per evitare che siano venduti dal creditore pignoratizio con danno del debitore e della massa».

⁵⁶ TERRENI, *Me puero*, 55.

che questa appaia sufficiente al sostentamento, nella convinzione che l'esistenza di un patrimonio personale della donna deve rimanere circostanza distinta e ininfluyente rispetto all'esigenza di tutela della posizione del nascituro.

Anche il testo di Gaio contribuisce a rendere evidente la *ratio* del provvedimento: gli alimenti, anche se, per forza di cose, consegnati alla donna, sono a lei prestati in considerazione della gravidanza, essendo primariamente rivolti al sostentamento di *qui in utero est*. Ed infatti il *venter* è il vero destinatario della prestazione alimentare, scrive il giurista, anche se il risultato si consegue solo attraverso la mediazione della madre, così che le cose a lei date sono quelle oggetto di prestazione al concepito: *quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est*.

La mancata richiesta del presupposto dello stato di bisogno della donna ai fini della concessione del beneficio pretorio, o meglio, l'irrilevanza a tali fini della condizione patrimoniale della medesima, assurge quindi ad ulteriore conferma del fatto che il soggetto protetto dal provvedimento era primariamente il nascituro, con le sue aspettative e le sue esigenze suscettibili di richiamare una tutela alimentare anticipata. In sostanza, l'intervento pretorio delinea un diritto autonomo del concepito alla prestazione alimentare proveniente dai beni del *de cuius*, indipendente dalla possibilità di sostentamento derivante dalla madre.

Accanto a ciò, però, si configura anche, sia pur in via indiretta, una salvaguardia dell'interesse della madre a non attingere ai propri beni personali, beneficiando, nel nome e nell'interesse del figlio che reca in grembo, del di lui patrimonio ereditario. D'altronde, la considerazione si pone in corrispondenza del fatto che l'immissione nel possesso è attribuita al *venter*, determinando, come logica conseguenza, che debba essere il patrimonio del *venter* stesso a subire la diminuzione patrimoniale utile ad alimentarlo.

Diversa soluzione è prospettata per il caso di istituzione di erede di un postumo estraneo. Per questa evenienza, Ulpiano afferma che il *venter* viene immesso nel possesso solamente se la madre non aveva di che alimentarsi in altro modo:

D. 37.9.6 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit, ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur.*

Le parole del giurista severiano danno rilevanza allo stato di bisogno

della donna⁵⁷, quasi oggetto di tutela, ma la successiva spiegazione impedisce il radicarsi di tale impressione: con estrema chiarezza, infatti, Ulpiano attribuisce la *ratio* di questa interpretazione al fatto che non si devono negare gli alimenti a colui che, nascendo, potrebbe esserne il *bonorum possessor*⁵⁸.

La soluzione data a questo caso, peraltro, pare inidonea a rappresentare un reale contrasto con quanto si legge in D. 37.9.5pr. e, parimenti, ad individuare un differente pensiero tra Gaio e Ulpiano. Ciò che presenta differenze sostanziali è la fattispecie sottostante che trova una diversa impostazione in termini di diritto ereditario. Com'è noto, l'istituzione d'erede del postumo *alienus* (figlio di estranei o di *adgnati*) non era possibile, per un ravvisato difetto di *testamenti factio* passiva, in maniera simile a quanto ritenuto in tema di erede non individuato con certezza (*persona incerta*), e pertanto soccorreva all'uopo il pretore concedendo la *bonorum possessio*⁵⁹. Dunque, le aspettative del concepito risultano suscettibili di considerazione solo in caso di nascita e l'aspettativa di tutela pare di rango inferiore rispetto a quella dei *postumi sui*: infatti, laddove i *postumi sui* vantano una posizione autonoma, suscettibile di tutela anticipata a prescindere dalle condizioni della madre, i *postumi alieni* possono trovare tutela solo qualora l'indigenza della madre metta a concreto repentaglio la prospettiva della nascita⁶⁰.

In questo caso specifico, la rilevanza della condizione della madre, dunque, pare supplire alla carenza di tutela del postumo estraneo, ma senza che possa inferirsene in linea generale l'esistenza di una forma di diretta protezione. La donna, d'altronde, come già si rilevava, è in questa sede vista attraverso la sua funzione procreatrice e viene alimentata affinché tramite il suo sostentamento e la sua sopravvivenza il feto possa nutrirsi e nascere alla vita.

⁵⁷ Si noti che la gestante è indicata semplicemente come *mater*, non *mulier*, né *uxor*, con ciò venendo a confermare, ai fini delle disposizioni in discorso, la tendenziale irrilevanza del vincolo matrimoniale della gestante con il padre del nascituro e che l'elemento di centrale importanza era il concepimento avvenuto con il defunto.

⁵⁸ Cfr. D. 37.9.1.2, *supra*.

⁵⁹ Vd. Gai. 2.242: *Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona*. Per tutti vd. VOCI, *Diritto ereditario* II, 415 e n. 61, il quale ravvisa invece un caso a sé, posto che nella maggior parte delle fonti il *postumus alienus* e le *personae incertae* trovano distinta menzione, pur nella comune disciplina; farebbe eccezione il menzionato Gai. 2.242, la cui chiusa per l'A. è un glossema.

⁶⁰ In tema si rinvia spec. a VOCI, *Diritto ereditario* I, 401ss.; LAMBERTI, *Studi sui postumi* I, II, *passim*.

La tutela del concepito prevista dall'editto *de ventre in possessionem mittendo* trovava attuazione, informa Ulpiano, anche nel caso particolare in cui il *de cuius* si fosse sposato due volte (in tempi assai rapidi, è da crederci) lasciando ambedue le donne in stato di gravidanza:

D. 37.9.1.16 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Si quis prima uxore praegnate facta mox aliam duxerit eamque praegnatem fecerit diemque obierit, edictum ambobus sufficet, videlicet cum nemo contendit nec calumniatricem dicit.*

Il giurista severiano afferma che nel caso dell'uomo che abbia lasciato due donne, sposate in successione temporale, in stato di gravidanza, non è possibile procedere all'esclusione di nessuna delle due. Infatti, l'*edictum ambobus sufficet*: la disposizione edittale, spiega, provvede ad ambedue le donne, con la conseguenza che il magistrato deve concedere la *missio in possessionem ventris nomine* ad entrambe⁶¹, con ciò riconoscendo le esigenze di entrambe le posizioni coinvolte.

La soluzione è del resto conforme ai principi ispiratori della materia per cui, in caso di riscontro dei presupposti richiesti, non si devono negare gli alimenti, con ciò rischiando di compromettere l'esito positivo della nascita del feto. Il principio non è suscettibile di limitazioni o di interpretazioni restrittive, né soggiace a regole basate sulla prevenzione temporale, al punto che anche in presenza di due (ma, può ritenersi, in teoria, di una pluralità di) donne incinte, la tutela edittale deve consentire di provvedere a tutte le gestanti in favore di tutti i possibili futuri eredi.

Un importante e significativo criterio limitatore, invece, si rinviene nella chiusura del passo, laddove si prospetta l'ipotesi della gravidanza fittizia. Ulpiano condiziona la concessione della doppia tutela alla mancanza di contestazione della gravidanza di almeno una di esse, circostanza che qualificerebbe la donna quale *calumniatrix*⁶².

La limitazione così posta da Ulpiano riconduce ad una ulteriore considerazione sulla tutela pretoria del concepito e delle sue esigenze alimentari.

Il pretore, infatti, proprio al fine di assicurare che i beni ereditari venissero percepiti da chi ne aveva titolo e fossero utilizzati in questa prospettiva, aveva emanato due editti volti a sanzionare quei casi in cui la

⁶¹ Si annota che in questo brano il giurista non si riferisce genericamente ad una *mulier*, bensì specifica che il caso coinvolgeva una *uxor* (anzi, due).

⁶² La condotta ingannevole e dolosamente profittatrice che caratterizza simile *calumnia* impediva quindi alla donna di mantenere la situazione in tal modo acquisita, a prescindere da qualsiasi altra considerazione. Sulla *calumnia* in questa sede si veda *infra*.

donna (ed eventualmente altri soggetti a lei legati), dopo aver ottenuto la *missio in possessionem* dei beni ereditari, avesse in qualche modo tradito la finalità di nutrimento del concepito alla base della concessione. Questi editti andavano a colpire due casi: il primo, quello della *mulier* che in nome del figlio in grembo era stata immessa nel possesso dei beni ereditari e poi aveva trasferito dolosamente il possesso ad un altro; il secondo, quello della donna che aveva ottenuto tale *possessio* per mezzo di *calumniā*⁶³.

I testi edittali rivelano la gravità e la severità con cui le fattispecie ivi disciplinate venivano giudicate, posto che apparivano come una lesione non solo della finalità alimentare a vantaggio del concepito, ma anche dell'interesse pubblico sotteso alla prestazione alimentare erogata *ventris nomine*⁶⁴.

I provvedimenti vengono recepiti anche da Adriano che fa propria la benevolenza pretoria:

D. 37.9.1.14 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnas non esse contendatur: decretum interponit praetor ad exemplum carboniani edicti. Et ita divus Hadrianus Claudio Praetori rescripsit, ut summam de re cognosceret et, si manifesta calumniā videbitur eius, quae ventris nomine in possessione mitti desiderat, nihil novi decerneret: si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est, sed ventrem in possessionem mitti oportet. Apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere: et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnas sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. Idemque est et si status mulieri controversia fiat.*

⁶³ I testi edittali sono riportati in D. 25.5, *Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*, e D. 25.6, *Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa fuisse dicatur*. Il concetto di *calumniā* in questo contesto è particolare e viene efficacemente descritto in D. 25.6.1.2 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnatem non esse voluit in possessionem venire*. Il concetto, come si vedrà più avanti, è ripreso anche in D. 37.9.1.28 (Ulp. 41 *ad ed.*). In tema vd. per tutti GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, 1ss.; GIOMARO, *Per lo studio della calumniā*, spec. 105ss.

⁶⁴ Oltre a finire per configurarsi come un inganno nei confronti del magistrato, al punto da meritare la nota d'infamia: D. 3.2.15 (Ulp. 8 *ad ed.*): *Notatur quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est, dum se adseverat praegnatem*; D. 3.2.17 (Ulp. 8 *ad ed.*): *debit enim coerceri quae praetorem decepit. Sed ea notatur, quae cum suae potestatis esset hoc facit*. BUR, *La citoyenneté dégradée*, 595, sottolinea giustamente che l'infamia contribuisce alla costruzione dell'identità sociale del cittadino. Tra i numerosi studi sull'*infamia*, oltre alle basilari voci *Infamia* di PFAFF, 1537ss., e di BRASIELLO, 641ss., si vedano spec. BOND, *Altering Infamy*, 1ss.; ATZERI, *Die infamia*, 127ss.; ATZERI, *Il lessico dell'infamia*, 123ss.; GRECO, *'Turpitudō'*; GRECO, *Un divieto*, 19ss.; TONER, *Infamia* (tutti con bibliografia).

Ulpiano riferisce che Adriano era intervenuto⁶⁵ in merito alla regolamentazione di tre possibili contestazioni dell'avvenuta concessione della *possessio ventris nomine*, accomunate dalla connotazione in termini di *calumnia* e indicate nella negazione dell'esistenza di un vincolo agnatizio tra il *de cuius* e il nascituro poiché si sosteneva che la donna non fosse né *uxor* né *nurus* del defunto, nella falsa dichiarazione in merito alla propria gravidanza e nell'aver mentito circa la paternità⁶⁶. L'imperatore, rispondendo al pretore Claudio Proculo⁶⁷, aveva stabilito che se, dopo valutazione sommaria, la pretesa della donna non fosse risultata chiaramente infondata, ma fosse rimasta incerta il magistrato avrebbe dovuto emanare un decreto di immissione nel possesso del *venter ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti*⁶⁸.

La disposizione imperiale ammetteva quindi l'immissione nel possesso anche nei casi di incertezza in merito al legame agnatizio con il defunto (e dunque, di conseguenza, anche relativamente alle possibili aspettative successorie del concepito), con ciò ponendosi in linea con le risoluzioni precedentemente viste, secondo cui nel dubbio è da ritenersi preferibile la soluzione favorevole ad alimentare il feto.

Nel caso contrario di *manifesta calumnia* della donna, invece, l'imperato-

⁶⁵ La norma adrianea è riportata, in una versione più sintetica, anche in D. 43.4.3.3 (Ulp. 68 *ad ed.*). Si è sostenuto che il problema attinente ad una controversia sullo *status* della donna non fosse oggetto dell'epistola adrianea, ma fosse invece un'aggiunta successiva: SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, 190. Di opinione contraria è GONZALES ROLDAN, *Il diritto ereditario*, 241ss., il quale nota altresì (*ib.*, 238) che queste contestazioni dovevano causare gravi difficoltà al pretore, perché in base all'editto la concessione della *possessio ventris nomine* si basava sul presupposto che il concepito fosse discendente del *de cuius* e, mettendo in dubbio tale legame, si sarebbe potuto recare un danno all'aspettativa del nascituro. Sul passo ulpiano adde PAVÓN, *La mujer*, 281-283. Si ricorda, inoltre, che in riferimento al caso di una *mulier missa in possessionem ventris nomine* accusata di adulterio Adriano emanò anche un rescritto, ricordato in D. 37.9.8 (Paul. 1 *de adult.*), con cui si stabilì il differimento dell'accusa: per tutti vd. SANNA, *Spes nascendi*, 545ss.

⁶⁶ Le ultime due contestazioni furono oggetto della previsione pretoria di cui in D. 25.6, su cui vd. *infra*.

⁶⁷ Non si hanno altre notizie su questo magistrato, ma soltanto la menzione ulpiana in D. 37.9.1.14: vd. GROAG, *s.v. Claudius Proculus*, sia in *Prosopographia* II, 236, sia in *PWRE* III, 2846. Cfr. ROLDAN, *Il diritto ereditario*, 237.

⁶⁸ Sull'editto Carboniano vd. *supra*. Relativamente alla *summaria cognitio* pretoria e ai conseguenti provvedimenti vd. spec. NIEDERMEYER, *Studien*, 78ss. (spec. 103ss.); SIMON, *Summatim*, 176ss.; LA ROSA, *Appunti*, 152ss.; METRO, *La datazione*, 946ss.; LANFRANCHI, *Prime considerazioni*, 125; QUADRATO, *Missio*, 61ss.; PALAZZOLO, *Potere*, 163ss.; METRO, *Processo civile*, 150s.; MANCUSO, *Decretum*, 355s.; TORRENT, *Intervenciones*, 164ss.

re richiama all'osservanza della disciplina consolidata in materia (*nihil novi decerneret*) prevista dall'editto pretorio *de ventris nomine in possessione calumniae causa* di cui in D. 25.6.

A tale disciplina si richiama anche la chiusa del lungo frammento in D. 37.9.1, ove Ulpiano riporta un'opinione di Labeone in merito al caso della donna che, pur consapevole di non essere incinta, chiede ed ottiene la *possessio ventris nomine*:

D. 37.9.1.28 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Et si sciens prudensque se praegnatem non esse consumpsit, de suo eam id consumpsisse Labeo ait.*

Ulpiano, sulla base di un'opinione di Labeone, afferma che se la donna, ben conscia di non essere in gravidanza (*sciens prudensque se praegnatem non esse*), avesse chiesto ed ottenuto l'accesso ai beni ereditari era tenuta a restituire quanto speso *ex bonis* attingendo al suo patrimonio (*de suo*).

L'ipotesica *si* rinvia ad un successivo accertamento giudiziale circa l'elemento soggettivo, caratterizzato da consapevolezza (*sciens*) e ponderazione (*prudens*), della donna che avesse solennemente dichiarato al magistrato di essere incinta, così lucrando i beni ereditari in assenza di alcuna finalità alimentare.

La condotta muliebre qui riprovata si pone in diretto ed esplicito collegamento alla fattispecie disciplinata da un altro editto, mediante il quale il magistrato sanzionava l'indebita richiesta di *missio in possessionem* valutandola in termini di *calumnia*⁶⁹:

D. 25.6.1.2 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnatem non esse voluit in possessionem venire.*

A detta di Ulpiano, la ripetizione degli alimenti avrebbe trovato spazio solamente in questo contesto⁷⁰:

⁶⁹ La nozione ricompare anche all'interno del commento all'editto in D. 25.6, e in specie in D. 25.6.1.2 (citato nel testo). Per non appesantire con una lunga nota, basti qui il rinvio a CENTOLA, *Il crimen calumniae*, 1ss.; CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di 'calumnia'*, 165ss.; CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria*, 1ss. (per un'analisi anche etimologica del lemma *calumnia*, e dei suoi derivati, vd. spec. 30ss.); PULIATTI, *Per una storia*, 383ss.; GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, 1ss.; GIOMARO, *Per lo studio della calumnia*, spec. 105ss.

⁷⁰ A cui si aggiungeva la comminazione dell'infamia: D. 3.2.15 (Ulp. 8 *ad ed.*); D. 3.2.16 (Paul. 8 *ad ed.*); D. 3.2.17 (Ulp. 8 *ad ed.*); D. 3.2.18 (Gai. 3 *ad ed. prov.*); D. 3.2.19 (Ulp. 8 *ad ed.*). Vd. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale*, spec. 19ss. (e n. 53); *Per lo studio della calumnia*, 81s. e n. 113.

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

A chiare lettere il giurista severiano esprime il primario interesse che giustifica l'erogazione della prestazione alimentare al concepito, così anticipando i tempi ereditari: *Interesse autem videtur primum de alimentis, quae in ventrem sunt erogata*. Il diritto agli alimenti del *venter*, dunque, viene anche qui direttamente ricollegato alle sue aspettative successorie e al fatto che le spese relative gravavano sul patrimonio del defunto a titolo di anticipazione dell'eredità che, nascendo, il *venter* avrebbe ricevuto.

La restituzione di quanto speso a titolo di alimenti, ha cura di sottolineare Ulpiano, avviene solamente in questo caso, quando la donna è entrata in possesso dei beni ereditari *per calumniam*⁷¹. E la *calumnia* di riferimento è con ogni evidenza quella poco sopra descritta dal giurista severiano (in D. 25.6.1.2), ovvero quella consistente nella dolosa menzogna circa il proprio stato di gravidanza.

Ciò in contrapposizione al diverso caso della donna che avesse richiesto la *missio in possessionem* ritenendo in buona fede di essere incinta: ove fosse emerso che in realtà così non era, non si sarebbe dato luogo ad alcuna restituzione:

D. 37.9.3 (Herm. 3 *epit.*): *Sumptus autem ab ea facti bona fide non repetuntur.*

La regola si accorda con quella per cui la donna realmente incinta poteva attingere i necessari alimenti dal patrimonio del figlio, futuro erede, senza intaccare il proprio (anche se con dote), in funzione della nascita e delle aspettative successorie del *venter*⁷². Il precetto appare altresì conso-

⁷¹ L'affermazione va circoscritta, è da credersi, agli *alimenta in ventrem erogata*, disposti in favore del concepito: da un lato, infatti, il giurista sta trattando della *missio in possessionem ventris nomine*, dall'altro, sono attestati vari casi in cui era possibile ottenere la restituzione di quanto erogato per gli alimenti, facendo essenzialmente leva sull'*animus* con il quale le relative spese erano state erogate. In particolare, era esclusa la possibilità di ottenere la ripetizione delle spese per gli alimenti qualora tale prestazione fosse stata effettuata in ragione dell'affetto per l'alimentario. In riferimento all'obbligo alimentare *inter vivos*, la ripetizione veniva infatti consentita quando compiuta con l'*animus* proprio della *negotiorum gestio*. In tal senso, cfr. ad esempio: D. 3.5.33 (Paul.1 *quaest.*); D. 25.3.5.14 (Ulp. 2 *de off. cons.*); C. 2.18.1 (Sev. et Ant. - a. 196); C. 2.18.11 (Alex. - a. 227); C. 2.18.15 (Gord. - a. 239).

⁷² D. 37.9.5pr. Si raccorda altresì con quanto affermato in D. 37.9.1.4 per il caso di aborto (ovviamente non procurato), sopra citato.

nante alla considerazione per cui si doveva reputare sufficiente anche la sola situazione di incertezza in merito alla qualità di *heres suus futurus* del concepito perché venisse accordata l'immissione nel possesso⁷³.

Ma, allo stesso tempo, il testo di Ermogeniano evidenzia una soluzione favorevole alla donna immessa che, ove sorretta dalla buona fede, viene esentata dall'obbligo di restituire le spese sostenute in nome di un figlio in realtà non concepito. L'interpretazione giurisprudenziale lascia qui intravedere spazi di considerazione della donna, in specie laddove l'evenienza del parto non si verifichi per un evento naturale, indipendente dalla sua volontà, e dunque qualora, in sostanza, non sia elevabile contro di lei alcun rimprovero.

Al contrario, la menzogna calunniosa circa la gravidanza comporta, ad evidenti fini sanzionatori, l'obbligo per la donna di restituire gli alimenti percepiti *ventris nomine*, traendo la somma necessaria dal patrimonio personale. In merito a tale condotta, è forte la valenza di stigma dell'espressione ulpiana in chiusa del passo in D. 25.6.1.7: *nihil praestabit mulier, quae sine causa alta est sub praetextu ventris*. Nella riflessione, che vale altresì ad escludere dalla sanzione la donna che in buona fede aveva affermato di essere incinta, risuona con forza il giudizio di riprovazione verso colei che, al contrario, ha osato usare il *venter* come *praetextus*⁷⁴. La dissimulazione della callida volontà di lucrare gli alimenti mediante la macchinosa e illusoria prospettazione di essere portatrice della discendenza del defunto trova censura morale quale inaccettabile pretesto e, in termini giuridici, connota l'erogazione delle prestazioni come attività *sine causa*.

La ricostruzione della disciplina pretoria e l'interpretazione giurisprudenziale volta ad *alere partus* consentono dunque di individuare intorno al concepito una rete di tutela funzionale a favorirne la nascita e della quale la donna incinta beneficiava in maniera indiretta, anche se con soluzioni che tenevano in considerazione la *dignitas* della stessa e quindi non del tutto indifferenti al suo ruolo di donna e madre. L'interpretazione giurisprudenziale si dimostra incline non solo ad estendere i contenuti della tutela materiale, ma anche a scongiurare le conseguenze dannose nei casi di dubbia diseredazione, ove il rischio non determinava la cessazione del-

⁷³ Vd. *supra* D. 37.9.1.2.

⁷⁴ Il lemma *praetextus* reca in sé un'accezione negativa, indicativa di una condotta improntata a falsità, esprimendo «lla apparens causa, et velamen, quo moveri aliquis se simulat ad aliquid agendum, quum tamen alia causa moveatur: ita dictus quia praetextitur quodammodo et pratenditur ad velandam veritatem»: FORCELLINI, *Lexicon* III, *s.v. praetextus*, 844.

la prestazione alimentare ma ricadeva sul patrimonio ereditario. Inoltre, il dovere di restituzione di quanto percepito *ex bonis* a fini alimentari sorgeva solo in presenza di una condotta calunniosa della donna che avesse mentito in merito alla sussistenza dei presupposti richiesti per la concessione del provvedimento possessorio, rimanendo invece escluso in caso di buona fede della stessa. Ed invero, tutte queste soluzioni appaiono adeguate alla tutela degli interessi rilevanti, in specie laddove si consideri che la *spes proliis* era considerata aspirazione non solo del genitore, ma della stessa *res publica*.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.
- ALBANESE B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985.
- ARCARIA F., “*Missio in possessionem*” e “*cognitio fedecommissaria*”, BIDR 89 (1986) 245-303.
- ARCARIA F., *Oratio Marci: giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003.
- ARCARIA F., *D. 26.10.7, 26.10.2, 26.10.4 e l'accusatio suspecti tutoris: la competenza del praetor tutelaris e del praefectus urbi sulla remotio tutoris e quella del praetor urbanus sulla missio in possessionem rei servandae causa*, Tesseræ iuris II.2 (2021) 7- 37.
- ARCARIA F., *Praetor vel praeses. I libri de omnibus tribunalibus di Ulpiano*, Napoli 2022.
- ATZERI L., *Die infamia in der Rechtssetzung der Soldatenkaiser*, in *Das Recht der Soldatenkaiser*, cur. U. Babusiaux-A. Kolb, Berlin-München-Boston 2015, 127-159.
- ATZERI L., *Il lessico dell'infamia nella legislazione imperiale tardoantica (secc. IV-V d.C.)*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, Lecce 2016, 123-155.
- BACCARI M.P., *Sette note per la vita*, SDHI 70 (2004) 507-512.
- BACCARI M.P., *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, Torino 2006.
- BACCARI M.P., *Successione e persone concepite, (da Gaio a Giorgio La Pira)*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano 2008, 125-144.
- BACCARI M.P., s.v. *Alimenti (diritto romano)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, I, dirr. Sgreccia E.- Tarantino A., Napoli 2009, 300-311.
- BACCARI M.P., *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino 2012.
- BALESTRI FUMAGALLI M., *Spes vitae*, SDHI 49 (1983) 337-358.
- BELLODI ANSALONI A., s.v. *Madre (Diritto Romano)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, VIII, dirr. Sgreccia E. - Tarantino A., Napoli 2015, 12-26.
- BETANCOURT F., *La defensa pretoria del 'missus in possessionem'*, AHDE 52 (1982) 373-510.
- BIANCHI E., *Per un'indagine sul principio conceptus pro iam nato habetur*, Milano 2009.
- BISCOTTI B., *Custodia, amministrazione, liquidazione di beni ereditari: il responso di Salvo Giuliano in D.3.5.12*, in *Studi Nicosia I*, Milano 1973, 15-66.
- BISCOTTI B., *Curare bona: tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitor: aspetti generali*, Milano 2008.

- BISCOTTI B., *Curatore e "amministrazione interimistica" dell'eredità giacente. Spunti per una riflessione storico-comparatistica*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, Lecce 2016, 246-276.
- BOND S., *Altering Infamy: Status, Violence, and Civic Exclusion in Late Antiquity*, *Classical Antiquity* 33 (2014) 1ss.
- BRANCATI C., *Il carattere temporaneo della missio in possessionem*, *Studi Urbinati* 68 (2000-2001) 163-208.
- BRASIELLO U., s.v. *Infamia*, in *NNDI* 8, Torino 1962, 641-643.
- BUR C., *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J.-C. - 96 apr. J.-C.)*, Roma 2018.
- CAO I., *Alimenta. Il racconto delle fonti*, Padova 2010.
- CARUCCI P.L., *Questioni di paternità nel diritto d'età imperiale*, *SDHI* 78 (2012) 41-86.
- CASAMENTO A., *Patres non tantum natura. L'expositio di minori nelle declamazioni in lingua latina. Il caso di Ps. Quint. min. 278*, *Camena* 23 (2019) 1-12.
- CENDERELLI A., *Ricerche su Sesto Pedio*, *SDHI* 44 (1978) 371-428.
- CENERINI F., *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna 2013.
- CENTOLA D.A., *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999.
- CENTOLA D.A., *Alcune osservazioni in tema di 'calumnia' nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, *SDHI* 66 (2000) 165-199.
- CENTOLA D.A., *A proposito del contenuto dell'obbligazione alimentare. Riflessioni storiche*, *SDHI* 72 (2006) 157-195.
- CENTOLA D.A., *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, *TSDP* 5 (2012) 1-78.
- CENTOLA D.A., *Alcune osservazioni sull'origine del diritto agli alimenti nell'ambito familiare*, *TSDP* 17 (2013) 1-39.
- D'AMATI L., *Ancora su parentes alere*, Roma e America. *Diritto romano comune* 39 (2018) 289-310.
- DE FRANCESCO A., *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, *La-beo* 47 (2002) 29-63.
- DE IULIIS F., *Iniuria ad dignitatem. A proposito di un antesignano 'diritto all'immagine' della donna d'alto rango nella tarda antichità*, in *Il potere dell'immagine e della parola. Elementi distintivi dell'aristocrazia femminile da Roma a Bisanzio*, Spoleto 2022, 133-159.
- DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore*, Milano 1995.

- DI NISIO V., *Alimenta et vestiarium legata*, in *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, A. Murillo Villar, A. Calzada González, S. Pérez-Gómez (coord.), Madrid 2016, 235-241.
- FAYER C., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, II, Roma 2005.
- FARGNOLI I., *I piaceri della tavola in Roma antica. Tra alimentazione e diritto*, Torino 2021².
- FENOCCHIO M.A., “*Habitatio*” – “*dominium*”: una tesi sulla natura dell’abitazione ricordata in C.I. 3.33.13.pr., in *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, Torino 2018, 71-96.
- FERRETTI P., *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse: l’identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano 2008.
- FIORI R., *Materfamilias*, BIDR 96-97 (1993-1994) 455-498.
- FIORI R., *La struttura del matrimonio romano*, BIDR 105 (2011) 197-233.
- FORCELLINI AE., *Lexicon totius latinitatis*, III, Patavii 1940.
- FORCELLINI AE., *Lexicon totius latinitatis*, IV, Patavii 1940.
- GIOMARO A.M., *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite “ex parte actoris”*, in *Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico*, a cura di F. Zuccotti, Milano 2011, 1-22 (= *Studi Urbinati* 69 (2001-2002) 195-238).
- GIOMARO A.M., *Per lo studio della calumnia. Aspetti di “deontologia” processuale in Roma antica*, Torino 2003.
- GIUFFRÈ V., *Imputati, avvocati e giudici nella Pro Cluentio ciceroniana*, Napoli 1993.
- GLÜCK F., *Commentario alle Pandette. Libri XXXVII-XXXVIII. Parte IV*, trad. ed ann. da C. Ferrini-S. Cugia, Milano 1905.
- GONZALES ROLDAN Y., *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014.
- GONZALES ROLDAN Y., *Problemi di diritto ereditario nei VII Libri Membranarum di Nerazio*, *Glossae. European Journal of Legal History* 14 (2017) 313-366.
- GRECO G., ‘*Turpitudō*’. *Alle origini di una categoria giuridica*, Napoli 2018.
- GRECO G., *Un divieto di affissione del IV secolo d.C.*, *Iura & Legal Systems* 7.2 (2020) 19-35.
- GROAG E., *s.v. Claudius Proculus*, in *PWRE* III-2, Stuttgart 1899, 2846.
- GROAG E., *s.v. Claudius Proculus*, in *Prosopographia Imperii Romanii*, II, Berolini et Lipsiae 1936, 236.

- LA ROSA F., *Appunti sull'Editto Carboniano*, Annali Catania 6-7 (1951-1953) 152-167.
- LAMBERTI F., *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli 1996.
- LAMBERTI F., *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, II, *Profili del regime classico*, Milano 2001.
- LAMBERTI F., *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta Giuridica. Studi Grelle*, I, Napoli 2011, 303-364.
- LANFRANCHI F., *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano*, in *Studi Volterra*, IV, Milano 1971, 105-136.
- LENEL O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsia 1889.
- LORENZI C., *Esposizione e politica costantiniana*, RDR 18 (2018) 1-13 (estr.).
- LOVATO A., *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, Ravenna 2015, 239-254.
- LUCETTI G., *La misericordia nelle fonti giurisprudenziali romane*, AUPA 60 (2017) 317-332.
- MAGANZANI L., *Appunti sul concetto di dignità umana*, SDHI 77 (2011) 521-543.
- MANCUSO G., *Decretum praetoris*, SDHI 63 (1997) 343-400.
- MANZO A., *Ulp. 17 ad Sab. D. 7.8.10.3 La durata del diritto di abitazione*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro-M. Scognamiglio-P. Pasquino, Torino 2018, 17-23.
- MEINHART M., *Die bedingte Erbeinsetzung des Haussohnes*, in *Studien Max Kaser zum 65. Geburtstag*, I (1973) 111-136.
- METRO A., *La datazione dell'editto "De inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, 944-957.
- METRO A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966.
- NARDI E., *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano 1971.
- NARDUCCI E., *Cronaca Criminale e letteratura nella Pro Cluentio*, (*Introduzione a Difesa di Cluenzio*), Milano 2011, 5-37.
- NIEDERMEYER H., *Studien zum Edictum Carbonianum*, ZSS 50 (1930) 78-139.
- PALAZZOLO N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milano 1974.
- PALAZZOLO N., *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato*, Torino 1991.

- PALMA A., *Il nascituro come problema 'continuo' nella storia del diritto*, TSDP 7 (2014) 1-36.
- PAVÓN P., *La mujer en la legislación de Adriano*, SDHI 82 (2016) 265-290.
- PERANI R., *Il nutrimento dell'infante tra costume e diritto*, RDR 22 (2022) 1-30.
- PFÄFF I., *s.v. Infamia*, in *PWRE*, IX.2, Stuttgart 1916, 1537-1540.
- PUGLIESE G., *Un nuovo esame della ciceroniana Pro Cluentio*, Labeo 40.2 (1994) 248-255.
- PULIATTI S., *Per una storia del crimen calumniae*, Index 30 (2002) 383-393.
- QUADRATO R., *Missio in possessionem ex edicto Carboniano*, BIDR 77 (1974) 61-88.
- SACCOCCIO A., *Victus e alimenta nelle fonti giuridiche romane: storia di una evoluzione dogmatico-concettuale*, Roma e America. Diritto romano comune 33 (2012) 139-153.
- SACCOCCIO A., *Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*, Roma e America. Diritto romano comune 35 (2014) 3-40.
- SANDIROCCO L., *"Non solum alimenta praestari debent"*, RDR 13 (2013) 1-24 (estr.).
- SANNA M.V., *Spes nascendi-spes patris*, AUPA 55 (2012) 519-552.
- SCOTTI F., *Lana, linum, purpura, versicoloria. I legati "tessili" fra diritto romano e archeologia*, Napoli 2020.
- SEGNALINI S., *L'editto Carboniano*, Napoli 2007.
- SEGNALINI S., *Sull'effettivo ruolo dell'analogia e dell'estensione in via decretale nell'Editto Carboniano*, RDR 8 (2008) 1-12 (estr.).
- SIMON D., *Summatim cognoscere*, ZSS 83 (1966) 142-218.
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori*, I, Napoli 1937.
- SOLAZZI S., *Il concorso dei creditori*, II, Napoli 1938.
- SOLAZZI S., *Tutele e curatele*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 1-80.
- TAFARO S., *Diritto alla vita e infanticidium*, Diritto@Storia 11 (2013) 5-19.
- TERRENI C., *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009.
- TONER J., *Infamia. El crimen en la antigua Roma*, trad. J. García Cardiel, Madrid 2020.
- TORRENT A., *Intervenciones de Adriano en el edicto 'ordinatum' por Juliano (En tema de 'bonorum possessio Carboniana')*, AHDE 54 (1984) 163-177.

VIARENGO G., *Gli sviluppi della "bonorum possessio" del figlio emancipato dall'età di Cicerone a Salvio Giuliano*, RDR 18 (2018) 1-52 (estr.).

VOCI P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967².

VOCI P., *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963².

WACKE A., *Quae vivus/viva praestabam. Unterhaltsfortzählungsvermächtnisse nach Maßgabe lebzeitiger Zuwendungen*, IURA 69 (2021) 391-443.

ZUCCOTTI F., *Vivagni. VIII*, RDR 8 (2008) 1-83 (estr.).