

**‘PARTUS ANCILLAE’,
‘FETUS PECUDIS’ E IL PRINCIPIO
DEL ‘COMMODUM’**

SOMMARIO: 1. Il principio *conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*. 2. Rilevanza del concepimento nel caso del *partus ancillae furtivae* a prescindere dal principio del *commodum*. 3. Ulpiano considera il parto furtivo se l’ancilla è stata sottratta *praegnas* o ha concepito *apud furem*. 5. Paolo tiene conto, così come il maestro Scevola, solo del momento della nascita. Non unanimità dei pareri dei giuristi classici.

1. *Il principio ‘conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur’.*

Nella prima metà del secolo scorso, in pieno clima interpolazionistico, l’Albertario¹ – in un articolo dal quale ancor oggi non possono prescindere i numerosi autori che, anche di recente, si sono misurati con il tema del concepito nel diritto romano – aveva ritenuto che nel diritto classico si sarebbe tenuto conto «dell’uomo non ancora nato, ma tuttavia già concepito» solo nel caso del

¹ E. ALBERTARIO, ‘*Conceptus pro iam nato habetur*’ (*Linee di una ricerca storico-domatica*), in *BIDR*, XXXIII, 1923, 63 ss., poi, riveduto ed integrato con una *Postilla* pubblicata in *AG*, XCIX, 1928, 151 ss., in *ID.*, *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, 3 ss.

conceptus ex iustis nuptiis, il cui *status* in origine era determinato, secondo un principio di *ius civile*, dal momento del concepimento, mentre per lo *status* del *vulgo conceptus*², secondo un principio *iuris gentium*, si teneva conto del momento della nascita. Poichè l'estensione della cittadinanza a tutti gli a-

² Il termine *vulgo conceptus* o *vulgo quaesitus* sembra riguardare i figli nati al di fuori di un *iustum matrimonium*, come leggiamo in Cels. 29 dig. D. 1.5.19: *Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur*, Mod. 1 pand. D. 1.5.23: *Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet. Qui et spurii appellantur παρ τιν σποράν*. Da quest'ultimo passo sembrerebbe, però, ricavarsi che siano *vulgo concepti* solo coloro che non possono dimostrare di avere un padre, come i nati da una relazione occasionale, o da una meretrice, e coloro che hanno, invece, un padre che non è lecito avere, come nel caso di nozze incestuose. Rimarrebbero fuori da questa nozione i nati da *matrimonia iniusta* e da concubinato, che hanno un padre certo ma seguono, in ogni caso, la condizione della madre. Di recente R. FIORI, *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR*, CV, 2011, 197 ss., ritiene che il termine abbia un valore generico, in opposizione a *filius iustus*, ad indicare i figli non nati da *iustae nuptiae*, che seguono la condizione della madre, e un valore specifico, ad indicare i nati da un'unione in cui il padre è incerto, in opposizione a rapporti in cui il padre è socialmente certo. Alle unioni passeggere, in cui il *pater* è *incertus*, i romani parificherebbero i nati da unioni incestuose. Così Gaio quando parla di figli nati da *matrimonia sine conubio*, si limita a dire che seguono la condizione della madre (Gai 1.78), mentre, quando tratta dei figli incestuosi, afferma che sono *spurii, quasi vulgo concepti* (Gai 1.64).

bitanti dell'Impero, avvenuta con l'editto di Caracalla del 212 d.C., finì per togliere ogni distinzione fra *ius civile* e *ius gentium*, sarebbe in seguito stato applicato l'uno o l'altro principio a seconda che giovasse al concepito³, col trionfo dell'idea del *commodum*, legata al *favor libertatis*⁴, motivo prediletto nell'età romano-cristiana e quindi non classico, che i giustinianeî avrebbero, poi, secon-

³ Già C. FERRINI, *Pandette*, Milano, 1900, 63, aveva ricondotto al principio *nasciturus pro iam nato habetur, ubi de commodis eius agatur* il principio per cui il figlio nasceva libero quando la madre fosse stata libera per qualche tempo, anche brevissimo, durante la gravidanza, facendolo coincidere, pertanto, col *favor libertatis*.

⁴ Così, per l'Autore, mentre l'Epitome di Gaio conserva la dottrina classica, le *Pauli Sententiae* presenterebbero la dottrina che i Bizantini sovrapposero al testo classico. Si vedano *Gai Ep.* 1.4.9: *Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant: qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumant eo tempore, quo nascuntur. Ac proinde de legitima coniunctione conceptus, etiamsi mater eius statum mutet, id est, si ancilla fiat, ille, qui legitime conceptus est, ingenuus nascitur: nam qui non de legitimo matrimonio concipitur, si mater eius ex ancilla, dum praegnans est, libera facta fuerit, liber nascetur; si vero ex ingenua ancilla praegnans facta fuerit, servus nascitur, quia non legitime, sed vulgo conceptus est, e *Paul Sent.* 2.24.1-3, così ricostruito dall'Albertario: *Si serva conceperit et postea manumissa pepererit, liberum parit. Si libera conceperit <ex iustis nuptiis> et ancilla facta pepererit, liberum parit: [id enim favor libertatis exposcit]. Si ancilla conceperit et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla pepererit, [liberum] parit: [media enim tempora libertati prodesse, non nocere possunt].* Si veda anche, Schiavitù e *favor libertatis*, in ID., *Studi*, I, cit., 63 ss.*

do l'Albertario, sostituito nelle fonti alla menzione delle *iustae nuptiae*.

La teoria godette di un largo seguito in dottrina; così, ad esempio, il Roberti⁵, concordando sulla circostanza che la menzione del *commodum* sarebbe stata sostituita dai Compilatori alla menzione delle *iustae nuptiae*, ritenne che il criterio rappresentasse un'innovazione introdotta nell'ambiente postclassico dalle nuove correnti spirituali cristiane che avrebbero esercitato una decisa influenza nell'ordine giuridico e dominato tutta la nuova dottrina⁶. Il Romano⁷, occupandosi dei problemi del pegno sui frutti e sul *partus ancillae*, avanzava l'ipotesi che la possibilità di applicare anche ai nati al di fuori dal matrimonio il principio del *commodum*, come avrebbe reso possibile la determinazione del loro *status* avendo riguardo al momento del concepimento, se ciò arrecava loro

⁵ M. ROBERTI, *Il nascituro e l'età nelle fonti patristiche*, in *AG*, XCI, 1924, 73 ss., 'Nasciturus pro iam nato habetur' nelle fonti cristiane primitive, in ID., *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, 65 ss.

⁶ Ancora negli anni '60 F. LANFRANCHI, voce *Nascituri*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 13 s., affermava che il rigido principio, presente ancora ai giuristi classici, per cui il concepito *nondum editus* non è *in rebus humanis*, avrebbe subito attenuazioni nell'ambito del *ius civile* con riferimento al solo *conceptus ex iustis nuptiis*, ma il diritto giustiniano avrebbe accentuato ulteriormente il *favor* per qualsiasi nascituro.

⁷ S. ROMANO, *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano*, in *Annali Camerino*, V, 1931, 183 ss.

sua libertà, ma solo dell'appartenenza ad uno o un altro proprietario.

Parole chiave: nascituro, frutto, *partus ancillae*, *commodum*.

Object of the research is the question, opened in past times but in minor measure in recent years, of the application of the principle "*conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*" (D. 1.5.7 and D. 50.16.231) to the *partus ancillae* too, in the cases in which it doesn't discuss of its freedom.

Keywords: unborn child, fruit, *partus ancillae*, *commodum*.

MARIA VIRGINIA SANNA
Professore Associato
Università di Cagliari
E-mail: mvsanna@unica.it

ABSTRACT

La ricerca si occupa della questione, spesso dibattuta in passato ma in misura minore nei tempi recenti, se possa valere per il *partus ancillae* il principio '*conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*' (espresso in D. 1.5.7 e D. 50.16.231) nei casi in cui non si discuta della

paratoires du Code civil (rist. 1827), Osnabrück, 1968, XII, 168), l'art. 725 del Code Civil afferma che è incapace di succedere chi al momento dell'apertura della successione non è ancora concepito, dal che si ricava che chi è invece concepito può succedere e ricevere donazioni (art. 906), e dunque è considerato esistente al momento dell'apertura della successione, il che ha portato a considerare recepito, sia pur tacitamente, il principio del *commodum* (Art. 725: Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder, 1. celui qui n'est encore conçu 2. l'enfant qui n'est pas né viable; celui qui est mort civilement, art. 906: Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation). Il nostro codice del 1865 ricalca il codice napoleonico; non menziona espressamente il concepito nel libro I delle persone, limitandosi ad affermare che «ogni cittadino gode dei diritti civili», e anche i due articoli in tema di capacità di succedere e di ricevere donazioni non si discostano dal codice napoleonico (Art. 724: Sono incapaci di succedere 1. coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti 2. coloro che non sono nati vitali. Art. 1053: Non possono ricevere per donazione gli incapaci di ricevere per testamento).

un vantaggio, così avrebbe anche fatto venire meno la causa giustificatrice dell'interpretazione per cui il *partus ancillae*, diversamente dai frutti, si considerava, a suo avviso, gravato di pegno per il solo fatto che sottoposta a tale vincolo si trovava la madre⁸.

Potendosi, infatti, configurare, secondo l'Autore, un *commodum* per lo schiavo nella sottrazione di esso al diritto reale di pegno⁹, sarebbe stato perfettamente coerente che nel diritto giustiniano il nuovo principio fosse applicato a questo caso¹⁰.

⁸ Come dimostrerebbe Paul. 5 *resp.* D. 20.1.29.1: *Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iura habenda sunt.* Un passo delle *Pauli Sententiae* (2.5.2) sembra, però, affermare un principio contrario, quello della necessità della convenzione espressa tra le parti: *Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.* Il ROMANO, *Appunti*, cit., 183 ss., aveva, però, ritenuto che il passo delle *Pauli Sententiae* non riguardasse la situazione del *partus ancillae*, essendo il *vel partus* una glossa del commentatore visigoto, ma solo quella del nato animale, e quindi dei frutti.

⁹ Una volta estesa tale regola al figlio concepito prima che la madre cadesse sotto pegno, dovette poi essere applicata, secondo il Romano, anche al figlio concepito quando il diritto di pegno era già sorto, al fine di raggiungere l'uniformità di regime in ordine al pegno tra *fructus* e *partus* e tutte le cose future.

¹⁰ F. DE ROBERTIS, *Sul problema della estensibilità del pegno ai prodotti della cosa nel diritto romano*, in *Annali Bari*, IX, 1948, 31 ss., ora in ID., *Scritti*, I, Bari, 1987, 279 ss., che ricordava la teoria del SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle, 1902, 467 ss., secondo cui vi era un contrasto fra

Il Romano considera, dunque, applicabile il principio *conceptus pro iam nato habetur quotiens de*

scuola stoica, che riterrebbe i prodotti organici, anche dopo la separazione, parti della cosa madre, e la filosofia peripatetica, che li considererebbe forniti di una propria individualità, pone in evidenza che in Imp. Alexander Severus A. Mestriano C. 8.24.1 (a. 230): *Partus pigneratae ancillae in pari causa qua mater esse olim placuit*, affermando, per quanto riguarda l'inclusione del *partus* nel pegno cui era sottoposta la madre, che *olim* era prevalsa la tesi estensiva, implicitamente si informerebbe che tale tendenza era superata nel momento in cui veniva emanata la costituzione. Si tratterebbe di un radicale mutamento di pensiero, determinato dalla considerazione di elementi economico-sociali antitetici rispetto a quelli che avevano influenzato l'indirizzo precedente: con l'estensione della cittadinanza concessa da Caracalla non bisognava, infatti, più guardare alle sole condizioni dell'ambiente romano-italico, ma a tutto l'Impero e in particolare alle provincie africane e dell'Oriente. In questo ambiente l'estensione del pegno ai frutti per tacita pattuizione sarebbe stato, per l'Autore, un controsenso dal punto di vista economico-sociale, e, pertanto, al momento della estensione della cittadinanza si sarebbe avuto un nuovo indirizzo, cui si riferirebbe il frammento delle *Pauli Sententiae*, che sarebbe posteriore rispetto all'altro frammento tratto dai *responsa* di Paolo, che aderirebbe, invece, all'indirizzo più antico. In tempi più recenti, M. KASER, *Partus ancillae*, in *ZSS*, LIIV, 1958, 191 s., osserva che mentre per i giuristi classici, anche sui frutti, in un'epoca nella quale essi avevano un valore inferiore alla cosa madre, gravava il diritto di pegno che gravava sulla cosa fruttifera, per quelli del primo Dominato, in conseguenza del declino economico e del generale impoverimento, i frutti sarebbero apparsi così importanti da non ammettere su di essi il pegno a meno che questo non venisse convenuto espressamente.

ne o presso il ladro non porterebbe per lui ad alcun vantaggio, ad alcun *commodum*⁵⁵.

⁵⁵ Il principio del *commodum*, sia che lo si ritenga classico sia che lo si ritenga 'postclassico-bizantino', è riportato ancora espressamente nel Codice Civile del Perù del 1984: «La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece». Si veda anche l'art. 29 del Codice spagnolo: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Per quanto riguarda le codificazioni del XIX secolo, il principio è accolto espressamente nel codice austriaco, che parla nel §22 di una 'Anspruch' protetta dalla legge fin dal momento del concepimento: «Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. In soweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborne angesehen; ein totgeborenes Kind aber wird in Rücksicht auf die ihm für den Lebensfall vorbehaltenen Rechte so betrachtet, als wäre es nie empfangen worden». Il concepito (ungeborene Kinder, espressione che ricorda il *nondum nati* di D. 37.9.1) è considerato 'als Geborne' quando si ha riguardo ai suoi diritti, non già ai diritti di un terzo; se, però, nasce morto, sarà considerato, relativamente a quei diritti che gli erano stati riservati nel caso nascesse, come se mai fosse stato concepito. Per quanto riguarda il codice francese, mentre nei lavori preparatori del Code civil del 1804 si afferma che i nascituri sono considerati per ciò che riguarda loro medesimi, come se fossero nati (si veda DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, 1689), che è sufficiente «qu'il soit conçu, parce que l'enfant existe réellement dès l'instant de la conception, et qu'il est réputé né lorsqu'il y va de son intérêt, suivant la loi» (Rapport dello Chabot, 16 aprile 1803, in P. A. FENET, *Recueil complet des Travaux pré-*

Dalle fonti esaminate emerge, invece, un contrasto tra coloro che davano rilevanza al momento del concepimento, sia per i concepiti *ex iustis nuptiis*, sia per i *vulgo concepti*, sia per il *partus ancillae* e per il *fetus pecudis*, come Giuliano e Ulpiano, e coloro che davano rilevanza al solo momento della nascita, come Scevola e Paolo.

Per quanto riguarda, poi, il nato concepito presso il ladro, per Ulpiano, che dà rilevanza anche al momento del concepimento, questi è furtivo, e quindi inusucapibile, per Scevola, che si basa sul momento della nascita, il concepito presso il ladro e l'erede del ladro non è *pars rei furtivae* e dunque è usucapibile. Se si può sostenere che sia applicato il principio *qui in utero est in rerum natura intelligitur esse* per il concepito sottratto insieme alla madre *praegnans*, e quindi a sua volta sottratto, e per alcuni autori anche per il concepito presso il ladro⁵⁴, in nessuno dei passi esaminati sembra, comunque, applicato, in questi casi, il principio *conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*, in quanto considerare il concepito come già nato al momento della sottrazio-

⁵⁴ P. BONFANTE, *Corso*, II, cit., 308, parlava di un'antica controversia in ordine ai parti degli animali, se cioè doversero ritenersi furtivi qualora concepiti presso il ladro o l'erede del ladro anche se venissero alla luce presso il terzo possessore di buona fede.

commodis ipsius partus quaeritur anche al nato da schiava, a prescindere dall'applicazione del *favor libertatis*, in quanto non si discute della possibilità per il *partus ancillae* di nascere libero, ma di nascere gravato da pegno oppure no.

La tesi dell' Albertario fu, in seguito, avversata da Autori che, essendosi ormai lasciati alle spalle il metodo squisitamente interpolazionista, hanno proposto una lettura più rispettosa dei testi, rivendicandone, nella maggior parte dei casi, la classicità, e negando che il principio del *commodum* sia stato inserito nelle fonti dai giustinianeî in luogo del riferimento alle *iustae nuptiae*.

Così, già l'Arangio-Ruiz¹¹ ritenne che il principio non possa che essere classico, almeno nella sostanza; per il Castello¹², esso fu introdotto nel diritto romano «per mezzo di eccezioni sempre più numerose che finirono per sommergere la regola generale»; secondo il Gandolfi¹³ supporre che l'idea del *commodum* non sia originaria ma postclassica significherebbe «immaginare che il principio possa essere stato formulato senza che ve-

¹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione* ad ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, in *AG*, XXIX, 1935, 71 ss.

¹² C. CASTELLO, *Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*, in *RIDA*, IV, 1950, 267 ss.; *La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo in diritto romano*, in *ID.*, *Studi Solazzî*, Napoli, 1984, 232 ss.

¹³ G. GANDOLFI, voce *Nascituri*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 530 ss.

nisse intuita la finalità che lo ispira»; per l'Albanese¹⁴ «antichi e tenaci sospetti» su passi come Paul. *l. sing. de port., quae lib. damn. conceduntur* D. 1.5.7 e Paul. *l. sing. ad s.c. Tert.* D. 50.16.231, in cui si esprime il criterio del *commodum*, sarebbero senza fondamento. Secondo il Catalano¹⁵, infine, il principio risulta essere, almeno a partire dall'epoca di Adriano, «criterio guida e limite allo sviluppo del principio della parità di nascituro e nato», essendo da considerare eccezionali le parti del diritto (o «cause» o «questioni») in cui non si applichi tale principio di parità.

La teoria dell'Albertario viene, invece, accolta e riproposta dal Gómez-Iglesias-Casal¹⁶, secondo il quale la regola generale dell'epoca classica suppone un'assimilazione del concepito al nato solo quando questi provenga da un *iustum matrimonium*, mentre il regime postclassico avrebbe esteso la regola ai *vulgo quaesiti*, in virtù dell'applicazione del *favor libertatis*, dovuto alla grande influenza delle idee cristiane¹⁷. La Lamberti¹⁸ ritiene che l'Alber-

¹⁴ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 13 e *ivi* nt. 29

¹⁵ P. CATALANO, *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, in *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 195 ss.

¹⁶ Á.GÓMEZ-IGLESIAS-CASAL, 'Nasciturus', *El status jurídico del concebido*, in *Sem. Compl.*, IX/X, 1997-98, 281 ss.

¹⁷ Per O.M. PÉTER, 'Si rixati fuerint viri et percusserit quis mulierem praegnantem'. *Il valore della vita del nascituro e l'aborto nei diritti dell'antichità*, in *SDHI*, LVIII, 1992, 215 ss., per il di-

le soluzioni dei giuristi classici, come è ovvio dato l'approccio casistico, non sono unanimi: mentre Giuliano ritiene il parto furtivo, e quindi inusucapibile, se il concepimento è avvenuto presso il *dominus*, anche se la nascita avviene presso un *emptor* di buona fede, e Ulpiano equipara il nato da schiava e il nato animale nel senso che sia l'uno sia l'altro, se concepiti presso il primo *dominus* e presso il ladro sono furtivi, dando, dunque, rilevanza al momento del concepimento anche nel caso del nato animale, Scevola e Paolo, relativamente al *fetus pecudis*, non sembrano tenere conto del momento del concepimento, ma solo del momento della nascita, in quanto da tale momento il feto può essere posseduto e, quindi, usucapito. Non sembra, pertanto, che si possa tener conto dell'opinione espressa da Paolo nell'interpretare il diverso pensiero di Giuliano e Ulpiano, né che si possa concordare col Ferretti nel ritenere che non si sia avuto alcun *ius controversum*, alcuna diatriba tra opposti indirizzi e che la giurisprudenza abbia seguito una linea di pensiero unitaria.

rebus placuit. Paolo afferma che il momento rilevante per stabilire se il *partus* è usucapibile è quello della nascita, senza tener conto della conoscenza dell'alienità della madre nel periodo successivo. Sul significato dell'espressione *sicut in emptis rebus placuit*, dalle quali parte della dottrina ha ritenuto di poter ricavare che la disciplina dell'*usucapio pro emptore* sarebbe diversa rispetto a quella dell'*usucapio pro donato*, rimando a M.V. SANNA, *L'usucapione*, cit., 424 ss.

⁵³ M.V. SANNA, 'Conceptus', cit., 258 ss.

in agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est. 20. Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit.

Paul. 7 *ad Plaut.* D. 41.1.48.2: *Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnates venierint vel subreptae sint. et sane quin lac suum faciat, quamvis plenius uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est*

Dal momento che i *fetus ovium* sono frutti, vengono acquistati dal compratore di buona fede, secondo Paolo, anche se la madre è stata sottratta o venduta *praegnans*, allo stesso modo in cui viene acquistato il latte prodotto ma non ancora munto, pur se la pecora viene venduta *plenius uberibus*, nonché la lana cresciuta ma non ancora tosata; se, invece, la separazione viene attuata presso il ladro, il frutto è furtivo e non può essere usucapito neanche da un successivo *emptor* di buona fede. Per Paolo, allievo di Scevola, conta solo il momento della separazione, che nel caso del feto coincide con quello della nascita, perché è in quel momento che esso viene ad esistenza, ed è dunque a quel momento che bisogna guardare per stabilire se possa essere acquistato da colui presso cui nasce⁵². Come osservavo in un precedente lavoro⁵³,

⁵² Si veda anche Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.18: *Si antequam pariat, alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse. quod si, cum iam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis*

tario «abbia posto acutamente in luce», da un lato, la condizione fisiologica del *conceptus*, che in *rerum natura non est*, dall'altro, la condizione giuridica, per cui egli, a determinati fini, è considerato già esistente per il suo *commodum*. L'equazione fra concepimento e nascita, fra *in utero esse* e *in rerum natura esse*, l'applicazione della finzione giuridica, si riscontra senza dubbio, a suo avviso, in D. 1.5.7: *qui in utero est* non è ancora venuto ad esistenza, ma rispetto ai *commoda* collegati alla sua nascita, lo si parifica, quanto a determinati effetti riconosciuti dall'ordinamento, a un *iam natus*¹⁹.

ritto romano classico «il bambino concepito in una unione legittima acquista la capacità giuridica con riguardo a presupposti che ricorrono al momento del concepimento, e non a quello della nascita. Nel diritto giustiniano, invece, il criterio cui si fa riferimento nello stabilire quali condizioni debbano determinare lo stato giuridico del bambino – se del concepimento o della nascita – è quello del *commodum*, del bene del bambino».

¹⁸ F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 46 ss., ritiene che una verifica della tesi dell'Albertario debba snodarsi attraverso tre momenti: la delimitazione dell'ambito semantico dei lessemi *in rerum natura/in rebus humanis esse*, l'analisi dell'equazione *in utero esse=in rerum natura/in rebus humanis esse* (espressioni ritenute dall'Albertario e dalla Lamberti equivalenti) e il controllo della eventuale assimilazione, e delle sue ripercussioni, di concepiti a postumi.

¹⁹ F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, II. *Profili del regime classico*, Milano, 2001, 50 ss.

La Terreni²⁰ di recente, non concorda, invece, né con l'Albertario nel ritenere il principio del *commodum* un'innovazione postclassica-bizantina, né con quegli studiosi successivi²¹ che videro, attraverso il raffronto tra *Gai Ep.* 1.4.9 e *Paul. Sent.* 2.24.1-3, il *favor liberorum* come *ratio* giustificativa dell'acquisto dello *status libertatis* per il nato da una donna che *serva conceperit et postea manumissa pepererit* o *libera conceperit et ancilla facta pepererit*, nonché da colei che avesse comunque cessato di trovarsi in condizione servile in un periodo di tempo compreso tra il concepimento e il parto. Il principio del *favor libertatis* e il principio del *favor liberorum* sono, infatti, ad avviso della Terreni, principii non omogenei e maturati in epoche diverse: il *favor libertatis* emergerebbe tra la fine del primo e il secondo secolo d.C. e sarebbe recepito già da Giuliano²² nell'attribuire al nato situazioni di van-

²⁰ C. TERRENI, 'Me puero venter erat solarium'. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009.

²¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, 47; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1961, 74, 234; P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I (Parte generale), Milano, 1984, 230.

²² C. CASTELLO, *In tema di 'favor libertatis'*, in *SDHI*, XXII, 1956, 348 ss.; 'Humanitas' e 'favor libertatis', in *Sodalitas*, in *ID.*, *Scritti Guarino*, V, Napoli, 1984, 2188 s., ritiene che il *favor libertatis* sia stato introdotto nell'ordinamento giuridico romano con norme autoritative già molto tempo prima che gli imperatori cristiani dettassero norme ispirate ad esso, e che al medesimo *favor* abbia fatto ricorso la giurisprudenza della fine della repubblica e dell'inizio del principato per risolvere con giudizi di valore dubbi che potevano es-

riamente a Scevola, che il concepito fosse *pars rei*⁵¹; né Giuliano né Ulpiano avrebbero considerato il concepito *pars rei*, in quanto, a suo avviso, se così fosse, il parto non sarebbe stato furtivo, così come i nati da animale, e sarebbe stata possibile l'usucapione da parte del pos-sessore di buona fede. L'Autore adduce a sostegno di questa sua opinione due passi in cui Paolo tratta dei nati animali, *Paul. 54 ad ed. D. 41.3.4.19* e *Paul. 7 ad Plaut. D. 41.1.48.2*, che andiamo ora ad esaminare.

5. Paolo tiene conto, così come il maestro Scevola, solo del momento della nascita. Non unanimità dei pareri dei giuristi classici

Esaminiamo, pertanto, i due passi di Paolo

Paul. 54 ad ed. D. 41.3.4.19: Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. idem

ancillae', in *SDHI*, LXXIV, 2008, 397 ss., e bibliografia ivi citata.

⁵¹ Il Ferretti ritiene che non solo non sia documentato che Marcello, Giuliano e Ulpiano assumessero il concetto di parte a fondamento del loro ragionare, ma per quanto riguarda Ulpiano il fatto che altre fossero le categorie da lui impiegate a proposito dell'erede del ladro risulta da quanto afferma in *D. 6.2.11.2*, riportato *supra*.

del concepimento presso il ladro, considerando, in tal caso, il figlio della schiava non usucapibile, in quanto furtivo, anche se nato presso il possessore di buona fede. Applicando il principio *conceptus pro iam nato habetur*, il concepito sarebbe già esistente presso il ladro ma non sarebbe ancora esistente, neppure come feto, al momento della sottrazione e non potrebbe, quindi, essere considerato a sua volta sottratto dal ladro della madre.

Il Ferretti⁴⁹ dissente dall'idea di Cuiacio e Donello secondo cui Ulpiano in D. 47.2.48.5, come Marcello, da lui citato in D. 41.3.10.2, e Giuliano in D. 1.5.26 e D. 41.3.33pr.⁵⁰, riterrebbe, contra-

risultasse chiaramente dal mio discorso, riportato testualmente dal Bianchi, nel quale affermo che sia per Giuliano sia per Ulpiano se la nascita avviene presso il compratore di buona fede, ma il concepimento è avvenuto presso il dominus, (o anche presso il ladro, per Ulpiano), il parto è furtivo e non può essere usucapito.

⁴⁹ P. FERRETTI, 'In rerum natura', cit., 54 nt. 103.

⁵⁰ Iul. 44 dig. D. 41.3.33pr.: *Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.* Giuliano, dopo aver affermato in D. 1.5.26 che il *partus* di un'*ancilla* sottratta già *praegnas* è furtivo e non può essere usucapito, ritiene che il parto possa essere, invece, usucapito, in caso di concepimento e nascita presso *omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet*, che ignorino che la madre è stata sottratta. Sul passo si veda M.V. SANNA, *L'usucapione del 'partus*

taggio relative al suo *status*, difforme, quindi, rispetto alla regola del *commodum*, in quanto tendeva a «favorire nell'acquisto del *ius Quiritium* i figli nati da unioni non caratterizzabili come *iustae nuptiae*». Il *favor liberorum*, maturato nella legislazione di Teodosio II²³, principio dal chiaro influsso cri-

sere tali soltanto facendo prevalere il principio di libertà su quello di proprietà o viceversa. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari, 1992, 292 s., ricorda come già Giavoleno in Iav. l. 6 ex. Cassio D. 40.7.28 pr. ricorra al principio del *favor libertatis*, cioè, al richiamo, a suo avviso, ad un criterio valutativo, assiologico, in certa misura esterno all'ordinamento giuridico in quanto tale, per ritenere adempiuta la condizione se la sua deficienza non è imputabile allo *statuliber*: *Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est, iure quidem stricto ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret quo minus expleretur.* In Giuliano, poi, il *favor libertatis* non rimarrebbe trattenuto, come ancora in Giavoleno Iav. l. 4 ex post. Lab. D. 40.7.39.4, all'interpretazione del testamento, in qualche modo autonoma della libertà dello *statuliber* (Paul. l. 16 ad Plaut. D. 40.7.20.3).

²³ Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Hormisdæ pp. C. 5.17.8 pr. (a. 449): *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus. solutionem etenim matrimonii difficiliorum debere esse favor imperat liberorum.* Vd. anche Nov. Th. 12 e 14, su cui G. BARONE ADESI, 'Favor liberorum e veterum legum moderamen', in *AARC*, VII, Napoli, 1988, 437 ss. Di *favor liberorum* si parla, poi, in Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 5.27.11.4 (a. 530): *Et generaliter definimus et, quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus*

stiano, sarebbe stato applicato inizialmente nel campo del diritto di famiglia per difendere l'interesse dei figli. Assai diversa, sul piano teorico e nella portata pratica, l'equiparazione del concepito al nato in rapporto al possibile acquisto di diritti ereditari, dall'Albertario stesso ritenuta di carattere generale e ben più risalente nel tempo.

2. *Rilevanza del concepimento nel caso del 'partus ancillae furtivae' a prescindere dal principio del 'commodum'.*

Avevo ritenuto in un intervento risalente a più di 10 anni orsono²⁴ che la rilevanza attribuita nel diritto classico al concepimento in base al principio *qui in utero est in toto paene iure civili in rerum natura intellegitur esse* prescindendo dal criterio del *commodum*, essendo tale principio applicato da Giuliano nel noto D. 1.5.26 sia al concepito da una *mulier libera* poi *capta ab hostibus* sia al concepito da un'*ancilla furtiva*, caso in cui, a differenza del primo, non si discute di un vantaggio per il nascituro, della possibilità di nascere libero, ma solo del-

inspiciatur: et hoc favore facimus liberorum. et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat.

²⁴ M.V. SANNA, 'Conceptus pro iam nato habetur' e nozione di frutto, in *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno di Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, a cura di F. Botta, Torino, 2003, 250 ss.

versamente da Giuliano⁴⁸, tratta, dunque, anche

se concepiti e partoriti presso un possessore di buona fede. Ma nel prosieguo del passo, al § 6: *Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu*, si sostiene che i nati da cavalle furtive appartengono *statim* al compratore di buona fede in quanto frutti, mentre il parto dell'*ancilla* non è frutto. Pur non potendosi escludere l'inserimento nel passo di una glossa, come, ad esempio, *merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu*, sembra verosimile la ricostruzione del Lenel, che vede riportate nel passo due diverse opinioni, una di Sabino e una di Ulpiano, tenuto conto del fatto che il passo è tratto dai libri di Ulpiano *ad Sabinum* e che Ulpiano potrebbe, dunque, commentare nella seconda parte quanto affermato da Sabino nella prima. Tale soluzione consente di salvare il testo senza bisogno di stravolgerne completamente il significato e, allo stesso tempo, di ritenere che il giurista severiano non abbia considerato allo stesso modo, ai fini della possibilità di essere usucapiti, il nato animale e il nato da schiava.

⁴⁸ E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 293 e ivi nt. 56, ritiene che D. 47.2.48.5 e D. 1.5.26 si completino vicendevolmente in piena armonia, in quanto Giuliano considerava una fattispecie concreta differente da quella presa in esame da Ulpiano, ma dà una soluzione con identica *ratio*, quindi fra i due passi non esisterebbe contrasto, contrasto che sarebbe stato, invece, da me ravvisato in *Conceptus*, cit., 258. Temo, però, che il Bianchi sia caduto in equivoco nell'interpretare quanto da me affermato, in quanto il contrasto cui io, invece, alludevo è tra i giuristi che, come Giuliano e Ulpiano, ritengono il feto già esistente, non solo se concepito da persone libere ma anche da schiave e animali, e quelli come Scevola e Paolo, che si basano, invece, sul momento della nascita. Che tra Giuliano di D. 1.5.26 e Ulpiano di D. 47.2.48.5 non esista alcun contrasto mi pare

4. Ulpiano considera il parto furtivo se l'«ancilla» è stata sottratta «*praegnas*» o ha concepito «*apud furem*».

Per quanto riguarda l'epoca dei Severi, non sembra, peraltro, seguita da Ulpiano l'opinione di Scevola⁴⁶, ma quella di Giuliano in

Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.48.5: *Ancilla si subripia- tur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu.*

Ulpiano ritiene possibile l'usucapione se il concepimento e la nascita del parto avvengono presso il possessore di buona fede, mentre non la ritiene possibile non solo se la schiava è stata sottratta «*praegnas*», ma anche se il concepimento è avvenuto presso il ladro⁴⁷. Il giurista severiano, di-

⁴⁶ Che viene, però, accolta in Bas. 50.3. 9 (Sch. A VI, 2345, Heimb. V, 57, riportati *supra*), nei quali, senza citare la diversa opinione di Marcello, si afferma solo che sia l'erede del ladro sia l'*emptor ignorans* possono usucapire il nato dall'*ancilla furtiva* perché il parto non è *pars* della *res furtiva*.

⁴⁷ Le stesse osservazioni fatte per il figlio della schiava, continua Ulpiano, valgono anche per i nati dei *pecudes* che dovrebbero, pertanto, essere furtivi se concepiti presso il *dominus* o presso il ladro, non furtivi, e quindi usucapibili,

la sua appartenenza ad uno o all'altro proprietario:

Iul. 69 *dig.* D. 1.5.26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.*

Il Ferretti²⁵ poneva, in seguito, in evidenza che la dottrina ha tradizionalmente letto l'affermazione di Giuliano D. 1.5.26 *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse* alla luce di Paolo D. 1.5.7, *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur. quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*²⁶. Mentre, però, Paolo consi-

²⁵ P. FERRETTI, «*In rerum natura esse. In rebus humanis nondum esse*». *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008.

²⁶ Per E. ALBERTARIO, «*Conceptus*», cit., 23, Paolo in D. 1.5.7 doveva affermare *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, <quotiens ex iustis nuptiis conceptus est>*, mentre i compilatori avrebbero sostituito la menzione del *commodum* alla menzione delle *iustae nuptiae*, come si ricaverebbe dalla forma sgrammaticata dell'espressione *quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*: sgrammaticato

dera il concepito come se fosse nato, come se fosse *in rebus humanis*, nei casi in cui venga in considerazione un suo vantaggio²⁷, Giuliano, osserva

sarebbe il *quamquam* costruito col congiuntivo e di sapore bizantino il *nequaquam*.

²⁷ Per il Ferretti dimostrazione che il passo di Giuliano fu letto alla luce del passo di Paolo si trova in Bas. 46.1.22 (Sch. A VI, 2120) e Bas. 46.1.5 (Sch. A VI, 2118), nei quali le espressioni *in rerum natura* e *in rebus humanis* vengono rese entrambe con $\square\nu\tau\square\tau\epsilon\chi\theta\square\nu\tau\omicron\varsigma$; dimostrazione ulteriore verrebbe anche dallo sch. 1 ad Bas. 46.1.22 (Sch. B VII, 2735): $\text{Ο}\square\kappa\upsilon\omicron\phi\omicron\rho\omicron\mu\epsilon\nu\omicron\iota\ \text{π}\square\alpha\delta\epsilon\varsigma\ \square\nu\ \text{π}\square\sigma\square\ \sigma\chi\epsilon\delta\square\nu\ \tau\square\ \delta\iota\alpha\iota\rho\square\sigma\epsilon\iota\ \tau\square\nu\ \nu\omicron\mu\omega\nu\ \square\nu\tau\square\ \tau\epsilon\chi\theta\square\nu\tau\omicron\varsigma\ \text{π}\alpha\rho\alpha\lambda\alpha\mu\beta\square\nu\omicron\nu\tau\alpha\iota\ \dots\ \text{Ε}\square\rho\eta\tau\alpha\iota\ \delta\square\ \mu\omicron\iota\ \tau\square\ \sigma\chi\epsilon\delta\square\nu\ \delta\iota\square\ \tau\square\ \epsilon\square\rho\eta\mu\square\nu\omicron\nu\ \square\nu\ \tau\square\ \zeta\prime\ \delta\iota\gamma\prime$, nel quale per spiegare il termine *paene* si fa riferimento proprio a D. 1.5.7, e quindi al criterio del *commodum*, e dallo sch. 2 ad Bas. 46.1.22 (Sch. B VII, 2735): $\square\nu\omega\nu\acute{\omicron}\mu\omicron\nu\ \text{Τ}\square\ \square\varsigma\ \square\pi\square\pi\alpha\nu\ \ \square\tau\iota\ \omicron\square\ \sigma\upsilon\mu\beta\square\lambda\lambda\epsilon\tau\alpha\iota\ \tau\square\ \text{π}\alpha\tau\rho\square\ \text{π}\rho\square\varsigma\ \square\ \xi\kappa\omicron\upsilon\sigma\sigma\alpha\tau\square\omicron\nu\alpha\ \ \square\varsigma\ \beta\iota\beta\prime\ \kappa\zeta\prime\ \tau\iota\tau\prime\ \eta\square\prime\ \delta\iota\gamma\prime\ \beta\prime$, nel quale si fa riferimento ad un altro noto passo di Modestino, D. 27.1.2.6. Anche lo Zuccotti riconosce che può essere almeno in parte vero che i Basilici e i relativi scolii traducendo le due espressioni *in rerum natura/in rebus humanis* e operando varie crasi tra le affermazioni dei testi in materia, tendano a sovrapporle e ad usarle in modo fungibile nel sintetizzare il pensiero degli antichi *prudentes* classici in una confusione che arriva a considerare l'espressione *in rerum natura* ($\square\nu\ \phi\square\sigma\epsilon\iota$) come corrispondente a già nato ($\tau\epsilon\chi\theta\epsilon\square\varsigma$); altrettanto possibile che siano stati i Glossatori a generalizzare estendendo anche a D. 1.5.26 la regola espressa da Paolo in D. 1.5.7, così come non appare improbabile che proprio nei Glossatori e Commentatori venga teorizzata la visuale per cui la parificazione tra concepito e nato costituirebbe una sorta di *fictione*.

ché considerarlo già nato al momento del concepimento andrebbe a suo vantaggio, ma perché sarebbe considerato *furtivus* in quanto *pars* della madre.

ss., osserva che la concezione di Servio risultante da D. 30.63, se applicata al legato di usufrutto della schiava, «renderebbe coerente da un lato l'esclusione del *partus ancillae* dagli acquisti del *fructuarius* in quanto estraneo al *fructus ancillae*, e d'altro lato la sua acquisizione nel patrimonio del proprietario della schiava in quanto *loco accessionis*». Proprio perché il figlio ha un rapporto con la madre, continua l'Autore, come l'avrebbe una cosa accessoria rispetto alla principale, su di esso si sarebbe potuto estendere l'usufrutto sulla madre in termini di estensione dell'oggetto dell'usufrutto. Considerata, però, la natura di *homo* del nato, Servio, pur configurandolo come *loco accessionis*, non poteva considerarlo un incremento occulto e latente della cosa-madre, come nell'*adlucio*, ma un *incrementum separatum* che accede al *dominium* su di essa. P. CANTARONE, 'Ius controversum' e controversie giurisprudenziali nel II secolo a.C., in *Scritti Franciosi*, I, Napoli, 2007, 405 ss., seguendo l'opinione del Cardilli, ritiene che Servio, utilizzando l'espressione *loco accessionis*, alluda ad un rapporto di analogia, non di identità con l'*accessio* in senso tecnico. Il frammento chiarirebbe la natura del *partus* rispetto all'*ancilla*: «non si tratta di un *fructus*, ma di una *res accessoria*, legata alla *res* principale dal vincolo naturalistico della procreazione». V. DI NISIO, *Osservazioni in tema di 'partus ancillae'*, in *Studi Labruna*, III, Napoli, 2007, 1493 ss., ritiene che Celso cerchi di stabilire «se il *partus ancillae* sia accessorio alla madre o ne sia parte, ovvero la medesima situazione da cui ha avuto origine la riflessione di Bruto, concludendosi che esso non è accessorio, ma nemmeno pertinenza».

criterio del *commodum*: Giuliano afferma che il concepito da un'*ancilla furtiva intellegitur in rerum natura esse*, durante la gravidanza, come entità autonoma e non perché considerarlo già nato rappresenti per lui un vantaggio; per Scevola il figlio dell'*ancilla* sottratta quando era già *praegnans* sarebbe *pars rei furtivae*⁴⁵ e sarebbe inusucapibile, non per-

⁴⁵ Sembrerebbe considerare, invece, accessioni sia il *partus* sia il *fetus* Servio, secondo quanto riferisce Cels. 17 *dig. D.* 30.63: *Si ancillas omnes et quod ex his natum erit testator legaverit, una mortua Servius partum eius negat deberi, quia accessionis loco legatus sit: quod falsum puto et nec verbis nec voluntati defuncti accomodata haec sententia est.* Secondo Servio al legatario a cui siano state promesse *ancillas omnes et quod ex his natum erit* non spetterebbe il nato se la madre fosse morta, perché è stato legato *accessionis loco*, e con la morte della madre sarebbe venuto meno il rapporto di accessorietà, ma Celso ritiene che tale opinione non possa essere ricavata né dalle parole né dalla *voluntas* del testatore. G. BRINI, *La sentenza di Bruto*, cit., 13, aveva osservato che la fattispecie di D. 30.63 importa che «si ventilasse e risolvesse del pari se il *partus ancillae* fosse alla madre accessorio, avesse verso essa ragioni di accessorio, per accessione interna, di produzione, e dunque carattere di frutto o se mai vuolsi di analogo prodotto, e fosse per tal dipendenza ad essa seguace come sua parte». V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*², I, Roma, 1933, 112, metteva in evidenza che il piccolo schiavo è considerato come *causa rei* – esprimendosi in tal modo tutto ciò che è accessorio, che accompagna la cosa principale – in Iul. 36 *dig. D.* 30.91.7: *Cum homo ex testamento petitus est, causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori et, sicut partus ancillarum, sicut fructus fundorum interim percepti in hoc iudicium deducuntur, ita quod servo legatorum vel hereditatis nomine interim obvenerit praestandum est petitori.* R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, 93

l'Autore, non si riferisce al criterio del *commodum*, perché questo è assente in una delle quattro fattispecie esaminate, quello del concepito da *ancilla furtiva*.

Obietta lo Zuccotti²⁸ al Ferretti che è scorretto presupporre che la constatazione di Giuliano – *qui in utero sunt* – debba costituire una preventiva regola dogmatica in base alla quale spiegare le quattro soluzioni che l'esemplificano. Il giurista, di fronte ai vari casi in cui l'ordinamento riconosceva diritti al nascituro, poteva limitarsi ad osservare che tale fenomeno era piuttosto vasto e coinvolgeva «quasi tutto» il *ius civile*, come mostrebbe il termine *paene* che nella sua approssimazione deporrebbe proprio nel senso della totale mancanza di un generale elemento qualificante comune di tipo dogmatico e anzi esplicitamente sotteso a tali decisioni casistiche²⁹. L'Autore ritiene, inoltre, che il mancato passaggio di proprietà del nato da un'*ancilla* sottratta *praegnans* al possessore di buona fede che non può usucapirlo, così come non può usucapire la madre, furtiva, e il suo conseguente rimanere con la madre, «tenda ad essere percepito dai romani come un intrinse-

²⁸ F. ZUCCOTTI, 'In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse', in *Rivista di diritto romano*, VIII, 2008, 3 ss.

²⁹ Concorda F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta giuridica. Scritti Grelle*, Napoli, 2011, 303 ss., per la quale il Ferretti «deriva, in via tautologica, che il criterio unificante delle quattro ipotesi di D. 1.5.26 sia dato appunto dalla (apoditticamente presupposta) 'esistenza' del concepito».

co vantaggio per lo schiavo stesso». Allo stesso modo le fonti sarebbero quasi portate a prospettare la regola per cui *partus ancillae in fructu non est*, e dunque non viene acquisito dall'usufruttuario, «addirittura come una soluzione ispirata ad una sorta di *favor* verso lo schiavo».

Lo Zuccotti, sia pure senza approfondire la questione, ripropone, pertanto, un duplice problema, spesso dibattuto in passato ma in misura minore nei tempi recenti, e cioè se possa valere anche per il nato da schiava, e se sia equivalente al *favor libertatis*, il principio del *commodum* per il nascituro, enunciato, come è noto, oltre che in D. 1.5.7, già riportato, in Paul. *l. sing. ad s.c. Tert. D.* 50.16.231: *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstitie esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natum*³⁰.

³⁰ Per E. ALBERTARIO, 'Conceptus', cit., 24, D. 50.16.231 sarebbe, invece, il rifacimento bizantino di un testo classico dal seguente contenuto: *Qui nasci speratur, pro iam nato habetur, si ex iustis nuptiis conceptus est*. Secondo V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione* ad ALBERTARIO, *Studi*, cit., 78 s., il passo afferma che il retroattare l'inizio della personalità fisica fino all'epoca del concepimento ha luogo solo in quanto serva alla salvaguardia dei diritti dell'infante che a suo tempo venga alla luce, non se si voglia fare di una gestazione non giunta a compimento il tramite per la trasmissione di diritti a terze persone. M. MEINHART, *D.* 50.16.231. *Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, in *ZSS*, LXXXII, 1965, 188 ss., in ID., *Die Senatoconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, ritiene che in D. 50.16.231 si facesse riferimento all'impossibi-

concepito presso il ladro o presso l'erede del ladro, muovendo, probabilmente, dalla considerazione che in questo caso l'*ancilla* è stata sottratta quando non era ancora *praegnans*; il concepito, non esistendo ancora, non poteva essere sottratto assieme alla madre, non poteva, dunque, essere *pars rei furtivae*. Si potrebbe pensare, con un argomento *e contrario*, che anche per Scevola il nato potrebbe, invece, essere *pars rei furtivae* se la schiava fosse sottratta già *praegnans*. Di questo avviso la Terreni⁴⁴, secondo la quale per Scevola, in caso di sottrazione di un'*ancilla* già *praegnans*, il nato sarebbe *pars rei furtivae* e la soluzione del giurista sarebbe, dunque, in tal caso, coincidente con quella di Giuliano in D. 1.5.26. Mentre Scevola, però, ricondurrebbe la soluzione all'assimilazione del nascituro ad una *pars rei furtivae*, Giuliano la ricondurrebbe all'individualità riconosciuta al nascituro e alla sua conseguente valutazione come *res furtiva*.

A me pare che né Giuliano né Scevola adottino, per quanto riguarda il *partus ancillae furtivae*, il

vae Scaevola libro undecimo quaestionum scribit. Già il GARCIA GARRIDO, *Redacciones coincidentes (Leges geminatae) y casos jurisprudenciales semejantes (capita similia)*, in *Estudios D'Ors*, I, Pamplona, 1987, 517 ss., riteneva la coincidenza fra i due testi sia più apparente che reale, in quanto Scevola in D. 41.3.10.2 non afferma solo che «el hijo no es una parte de la cosa hurtada», come in D. 50.16.26, ma anche che «cuando la esclava estaba encinta el hijo es parte de la esclava; cuando concibe, después de que la adquiriere el poseedor de buena fe, no es parte de la esclava».

⁴⁴ C. TERRENI, 'Me puero', cit., 111 ss.

per stabilire la buona fede necessaria per l'usucapione. Essendo il parto, con la nascita, totalmente separato dalla madre, l'erede sarebbe un possessore di buona fede⁴², non subentrerebbe nel possesso del ladro, ma possederebbe il parto per primo al momento della sua nascita; appare, pertanto, evidente che Scevola non solo non considera il *commodum* del concepito, ma non applica neanche il principio *conceptus pro iam nato habetur*, tenendo conto solo del momento della nascita.

Scevola non afferma, però che non è *pars rei furtivae* qualsiasi parto⁴³, ma che non lo è il parto

⁴² P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Milano, 1965, 310 s., osservava che l'opinione espressa da Scevola, per cui l'erede potrebbe usucapire anche il parto concepito presso il ladro, cui succede, perché il parto non è una parte della cosa furtiva, è in contrasto non solo con Marcello, ma con tutte le leggi e i giuristi che si pronunciano al riguardo. Sembra, infatti, un principio generalmente accettato quello per cui l'erede succede nella posizione del ladro, e dunque deve essere considerato in mala fede. Così, in Paul. 54 *ad ed.* D. 41.3.4.15: *Heres, qui in ius defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit ea et pepererit, non tamen usucapiet*, si afferma che l'erede del ladro non usucapisce il parto dell'*ancilla furtiva* concepito e partorito presso di lui perché *in ius defuncti succedit*, in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.11.2: *Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est*, che all'erede del ladro, *quia vitiorum defuncti succedit*, non spetti l'*actio Publiciana* per il parto concepito presso di lui.

⁴³ Diversamente da quanto si legge in forma generalizzata in Ulp. 16 *ad ed.* D. 50.16.26: *Partum non esse partem rei furti-*

Occorre osservare, in primo luogo, che D. 1.5.7 tratta delle porzioni di beni riservate ai figli dei condannati a cui fosse stato confiscato il patrimonio, comprendendo tra essi, come leggiamo in D. 48.20.1³¹, i figli *ante concepti et post damnationem nati, si iustis nuptiis nati sint*³²; D. 50.16.231

lità per la madre di computare il concepito ai fini del conseguimento del *ius liberorum* e che tale riferimento sia stato soppresso dai giustiniane. Per Á. GÓMEZ-IGLESIAS-CASAL, '*Nasciturus*', cit., 306 s., D. 50.16.231 non è interpolato perché applicare il principio *conceptus pro iam nato* nel caso prospettato nel nostro passo favorirebbe la madre e non il nascituro, mentre i giustiniane l'hanno sempre inteso nel senso del *commodum* per il nascituro. C. TERRENI, *Me puero*, cit., 212 ss., ritiene arduo seguire l'Albertario nell'espunzione della menzione del *commodum* da D. 1.5.7 e 50.16.231, perché in tal modo non solo si farebbe venir meno una circostanza indicata nei passi come *ratio* giustificativa del trattamento del nascituro, ma sarebbe difficile conciliare l'affermata pari considerazione del nascituro e del nato con l'indirizzo legislativo introdotto da Augusto in campo matrimoniale e demografico.

³¹ Call. 1 *de iure fisci et pop.* D. 48.20.1.1: *Etiam si qui ante concepti et post damnationem nati sunt, portiones ex bonis patrum damnatorum accipiunt*. S. PULIATTI, *Il de iure fisci di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992, 188 s., pone in rilievo come anche Paolo in D. 1.5.7. attesti quanto osservato da Callistrato per i figli concepiti e non nati, che nel caso di *publicatio bonorum* come conseguenza necessaria di pena capitale, di perdita della cittadinanza o di riduzione allo stato servile, vengono presi in considerazione per riservare loro le *portiones* del patrimonio paterno.

³² Call. 1 *de iure fisci et pop.* D. 48.20.1.2: *Liberis autem ita demum portio tribuitur, si iustis nuptiis nati sint*. Si veda anche Paul. 1. *sing. de port., quae lib. damn. conced.* D. 48.20.7: *Cum*

tratta delle problematiche inerenti al *senatus consultum Tertullianum*, che, come è noto, ammise la madre cui spettasse il *ius liberorum* alla successione dei figli, anche *vulgo concepti*. Da entrambi³³ appare evidente che ci si sta occupando di concepiti da donna libera – sia che si tratti di *concepti ex iustis nuptiis*, come nel primo caso³⁴, sia che si tratti anche di *vulgo quaesiti* come nel secondo – e che il principio del *commodum* doveva, presumibilmente, riguardare in origine la materia successoria. In particolare, D. 50.16.231 sembra alludere con l'e-

ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando (propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis indictum est ac ne iudicio quidem parentis nisi meritis de causis summoventi ab ea successione possunt): aequissimum existimatum est eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, ne alieno admissio graviorem poenam luerent, quos nulla contingeret culpa, interdum in summam egestatem devoluti.

³³ Vd. anche Gai 1.147: *Cum tamen in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur.*, Gai Ep.2.3.2: *legitime concepti pro natis habentur*, Ulp. 8 ad Sab. D. 29.2.30.1: *...et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur.*

³⁴ Osservava già F. STELLA MARANCA, *Intorno al fr. 7 Dig. 1.5 'de statu hominum'*, in *BIDR*, XLII, 1934, 238 ss., che Paolo, scrivendo *quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit o aliis autem non prodest nisi natus* si riferiva all'utilità, al *commodum*, al *ius* che sarebbe spettato al nascituro in casi ben definiti, quello della spettanza della *portio* dell'eredità del padre condannato, e quello dell'applicabilità del *senatus consulto Tertulliano*.

afferma Ulpiano, scrive di ritenere, invece, che entrambi, *fetus* e *partus*, possano essere usucapiti, motivando questa sua decisione con l'osservazione che il parto concepito presso il ladro o presso l'erede del ladro non è una *pars rei furtivae*, in quanto se lo fosse non potrebbe essere usucapito non solo se partorito presso l'erede del ladro, caso preso in esame da Marcello, ma neanche se partorito presso un *bonae fidei emptor*⁴⁰. Scevola ritiene, dunque, che possa essere usucapito anche il concepito presso il ladro o presso l'erede del ladro e nato presso l'erede in quanto il nato viene posseduto come una nuova *res*⁴¹ al momento della nascita, unico momento su cui occorre basarsi

RETTI, *'In rerum natura'*, cit., 52 nt. 103, osserva che è dubbio se il termine *ab herede* sia riferito al precedente *usucapi* o al seguente *distractus iuvencus*, che il periodo *usucapere posse et partum* manca di soggetto, che non è agevole capire se l'ultima parte, *ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat*, si riferisca al parto concepito e partorito presso il compratore di buona fede, o al parto nato presso il compratore di buona fede, ma concepito presso il ladro o presso l'erede.

⁴⁰ F. MANCALEONI, *Studi*, cit., 108, ritiene che «quando Scevola parla di possibilità di usucapione pel possessore di buona fede, si riferisca evidentemente al *partus ancillae*, il quale non era frutto, e non poteva essere acquistato che con la usucapione».

⁴¹ E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 331, concorda con l'ARNÒ, *'Partus nondum editus'*, in *Atti del IV Convegno di Studi Romani*, IV, Roma, 1938, 84, nel ritenere che per Scevola il *partus ancillae* abbia una sua autonomia rispetto alla madre.

τεχθῶν πῶς βούλησθε κλησιμαίως
 καὶ κληρονόμος τοῦ κληπτῶν καὶ
 ἄγοραστῶν ἄγνοων διὰ τῶν χρόνων
 νομῶν δεσπόζει· τὸ γὰρ τεχθῶν οὐκ ἔστι μῦθος
 τοῦ κλησιμαίου, Heimb. V, 57: *Quod natum est ex bove aut ancilla furtilva, et heres furis et emtor ignorans usucapit: nam partus non est pars rei furtilvae*) può far pensare, pur con le dovute cautele, che nel testo commentato fosse presa in considerazione la possibilità dell'usucapione non solo da parte di un successivo acquirente, ma anche da parte dello stesso erede. G. BORGNA, *La 'lex Atinia'*, in *Studi Cagliari*, 1897, 38 ss., aveva ritenuto che nel passo ci si domandi «se possa usucapire il parto colui al quale l'erede l'abbia venduto», per G. BRINI, *La sentenza di Bruto sul 'partus ancillae'*, in *Memorie Acc. Bologna*, IV, 1910, 46, Scevola ritiene che il nato potesse essere usucapito da un terzo avente causa dall'erede, F. MANCALEONI, *Studi*, cit., 108, asserisce che Ulpiano in D. 41.3.10.2 «non parla di un possessore di buona fede, perché altrimenti nella fine del frammento non potrebbe dire *nec si apud bonae fidei emptorem peperisset*, perché questo caso sarebbe stato già compreso», M. KASER, *Partus ancillae*, cit., 171 ss., trova «verdoben» la frase *Scevola autem scribit se putare usucapere posse et partum*, ritenendo migliore la proposta del Mommsen rispetto a quella del Beseler (che aveva eliminato *sic, inquit, quae admodum nec ancillae partus*, sostituito *usucapere* con *usucapi* ed eliminato *et partum*) avanzando l'ipotesi che si sia sbagliato nello scrivere *et partum* al posto di *emptorem*, ma, nonostante non si pronunci sull'*usucapi ab herede*, ritiene si parli di usucapione da parte di un acquirente dall'erede, e non da parte dell'erede stesso. Anche J. FILIP-FRÖSCHL, *'Partus et fetus et fructus'*, *Bemerkungen zur rechtlichen Behandlung der Tierjungen bei den Römern*, in *Ars boni et aequi, Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtsstag*, Stuttgart, 1993, 99 ss., sembra ritenere che si parli di un acquirente dall'erede. Di recente P. FER-

spressione «*de ipsius iure quaeritur*» e con il termine *superstes*³⁵ alla successione legittima del concepito.

Se il criterio del *commodum* venne, probabilmente adoperato, in origine, per garantire le aspettative successorie di un postumo che nascendo sarebbe stato *suus* del padre se questi non fosse premorto, appare plausibile che sia stato invocato anche quando tener conto del momento del concepimento porti all'indubbio vantaggio per il nascituro dell'acquisto della libertà, come quando si ritiene che nasca libero se la madre sia stata libera per un solo momento, dal concepimento alla nascita³⁶.

Più difficilmente ravvisabile sembra, invece, il criterio del *commodum* nei casi in cui si discute se il concepito da una schiava, che nasce in ogni caso schiavo, appartenga all'usufruttuario della madre o al nudo proprietario, se debba cadere automati-

³⁵ Per l'uso del termine *superstes* si vedano Paul. *l. 17 ad Plant.* D. 5.4.3, Pomp. *l. 1 ad Sab.* D. 28.2.8, Hermog. *l. 3 iuris epit.* D. 29.2.94, Ulp. *l. 47 ad ed.* D. 37.9.7 pr., I. 1.25 pr., Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Marciae C. 10.52.5, *Tit. Ulp.* 29.3, *Vat. Fragm.* 197 e 247.

³⁶ Marc. 1 *inst.* D. 1.5.5.2: *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt: sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci (nec interest iustis nuptiis concepit an vulgo), quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est. 3. Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate pepererit, liberum an servum pariat. Et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse.*

camente in pegno assieme alla madre, nel caso essa sia un'*ancilla pigneraticia*, se spetti al possessore di buona fede o al *dominus* della madre, nel caso in cui essa sia *furtiva*.

I giuristi non si chiedono, infatti, se il nato sia, a sua volta, inusucapibile per via del *commodum* che gli deriverebbe dal non essere separato dalla madre, ma se esso sia inusucapibile in quanto *pars rei furtivae*³⁷ come leggiamo in Ulp. 16 *ad ed.* D. 41.3.10.2.

3. Per Scevola il parto concepito presso il ladro o presso l'erede del ladro non è '*pars rei furtivae*', e dunque è *ususcapibile*.

Ulp. 16 *ad ed.* D. 41.3.10.2: *Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, ususcapit ab herede distractum iuvenum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus.*

³⁷ F. MANCALEONI, *Studi sull'acquisto dei frutti in forza di diritti reali sulla cosa fruttifera*, in *Studi Sassari*, 1896, 32 ss., affermava recisamente che non si può sostenere che il nato sia *pars rei* né prima del parto, né dopo che è nato. I prodotti organici delle cose rubate sono furtivi «solo quando siano staccati – e per i feti degli animali e delle schiave, concepiti – presso il ladro», mentre non lo sono nel caso contrario, e ciò sarebbe illogico se il frutto fosse parte della cosa produttrice: il frutto sarebbe, invece, una cosa nuova, sulla quale sorge un diritto nuovo.

Scaevola autem scribit se putare ususcapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem. ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, ususcapit poterat.

Ulpiano riferisce l'opinione di Scevola, il quale a sua volta riporta nelle sue *quaestiones*³⁸ quella di Marcello, ponendosi con entrambi in rapporto dialettico. Per Marcello, secondo quanto riferisce Scevola, il feto animale concepito presso il ladro o presso l'erede del ladro e partorito presso l'erede non può essere *ususcapito* dall'erede in quanto *distractum*³⁹, e così anche il *partus ancillae*. Scevola,

³⁸ Vd. P. FREZZA, 'Responso e Quaestiones'. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 203 ss., T. MASIELLO, *Le 'Quaestiones' di Cervidio Scevola*, Bari, 2000; in ID., 'Le Quaestiones publice tractatae' di Cervidio Scevola, Bari, 2003.

³⁹ La maggior parte degli Autori, sia risalenti sia moderni [seguendo il Mommsen, che nell'*Editio maior* del Digesto aveva aggiunto *emptorem* dopo *posse* (*Scaevola autem scribit se putare ususcapere posse emptorem et partum*)] riferisce l'impossibilità di *ususcapire* non all'erede, ma ad un successivo acquirente di buona fede, senza però discutere in maniera adeguata il problema costituito dal testo, nel quale testualmente si legge: *ususcapit ab herede distractum iuvenum non posse*. I glossatori [gl. *ususcapit* in D. 41.3.10.2, in *Viora* (cur.), CG, IX, *Accursii Digestum Novum*, Augustae Taurinorum, 1968, 145: *ususcapit (ab emptore) ab herede distractum iuvenum non posse*] avevano, invece, considerato *ab herede* riferito a *distractum iuvenum*, ritenendo *distractum* dall'erede il nato concepito e partorito presso di lui, in buona fede, anche se il testo dei Basilici, Bas. 50.3.9 (Sch. A VI, 2345: T□