

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO  
SAGGI

---

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA  
STUDI IN RICORDO  
DI  
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491

Copyright 2024

*LED* Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: [www.lededizioni.com](http://www.lededizioni.com)

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

---

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano  
e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) - sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

---

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

## Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano ' <i>De Armeniorum successione</i> ' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus'</i> nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

## Ancora sul *partus ancillae*

1. *Neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit* – 2. *Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse* – 3. *Quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant*

1. Due monografie e due recenti articoli<sup>1</sup> mi danno l'occasione di tornare su un tema a me caro, di cui mi sono occupata vent'anni orsono, la *vexata quaestio* sul *partus ancillae*. È noto che, a partire da un certo momento, come riferisce Ulpiano, la *Bruti sententia optinuit* che il nato da schiava non spettasse all'usufruttuario:

D. 7.1.68 pr. (Ulp. 17 ad Sab.): *Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius. 1. Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere.*

Ulpiano, nel 17° libro *ad Sabinum*, nella ricostruzione del Lenel<sup>2</sup> relativo ai legati, riferisce che era esistita una *vetus quaestio* circa la spettanza all'usufruttuario del *partus* di un'*ancilla*<sup>3</sup>, ma prevalse l'opinione negativa di Bruto in quanto *in fructu*

---

<sup>1</sup>) I. DE FALCO, *In fructu hominis homo esse potest. Il riconoscimento dell'umano in D. 7.1.68pr. tra Bruto e Ulpiano*, in *RDR*, 21, 2021; V. DI NISIO, *Partus vel fructus. Aspetti giuridici della filiazione ex ancilla*, Napoli, 2017; M. FRUNZIO, *Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino, 2017; P. CANTARONE, *Ius controversum e controversie giurisprudenziali nel II secolo a.C.*, in *Scritti G. Franciosi*, 1, Napoli, 2007, p. 405 ss.

<sup>2</sup>) O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2, Leipzig, 1889, p. 1066.

<sup>3</sup>) P. CANTARONE, *Ius controversum*, cit., p. 405 ss., ritiene che sia sfuggito agli interpreti del frammento che Sabino non parla di *partus ancillae*, ma in maniera indifferenziata di *partus*. La non menzione di *ancilla* (direi *ancillae*) dopo *partus* sarebbe dovuta, secondo l'autrice, ai giustinianeî; si tratterebbe di un tipico esempio di taglio a fini di generalizzazione, giustificato dall'accostamento al *fetus pecorum*. Mi pare però che proprio la circostanza che Ulpiano ricordi espressamente nel § 1 che per i *fetus pecorum* vale un'altra regola mostri che col termine *partus* nel *principium* si stava riferendo solo al *partus ancillae*.

*hominis homo esse non potest*. Per questa ragione, afferma Ulpiano, l'usufruttuario non ha sul *partus* neanche l'usufrutto, ma potrà averlo se gli viene lasciato con un legato, così come con un legato può essergli lasciata la proprietà del parto. Molte perplessità ha destato, nel passo, la presenza dell'*hac ratione*<sup>4</sup>, che lascia pensare che la decisione di non concedere al *fructuarius* della madre l'usufrutto sul nato possa basarsi sullo stesso motivo per cui non lo si considera frutto, cioè che *in fructu hominis homo esse non potest*. Proprio in quanto il *partus ancillae* non è frutto e appartiene, dunque, al *nudus dominus*, si poteva, invece, porre il problema se assegnare all'usufruttuario della madre l'usufrutto anche del nato<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup>) Per G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*<sup>2</sup>, Torino, 1958, p. 203 e ivi nt. 2, l'*hac ratione* deve pervenire da una contrazione riassuntiva dei compilatori perché il problema è nettamente distinto da quello circa la qualifica di frutto. Più di recente, per R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, p. 93 ss., negare all'usufruttuario l'acquisto del *partus ancillae* in quanto non è frutto, nell'ottica di Ulpiano lascerebbe ancora aperta la questione se su di esso si estenda l'*ius utendi fruendi* come incremento dell'oggetto in usufrutto. L'*hac ratione* dimostrerebbe, per l'autore, che «una tale conseguenza era sentita nella tradizione sabiniana come implicita nel parere di Bruto». Il parere di Bruto e i problemi che questo pone a Ulpiano, osserva Cardilli, potrebbero essere spiegati se posti in relazione con il contenuto di D. 30.63 (Cels. 17 dig.): *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 legate *ancillas omnes et quod ex his natum erit* non spetterebbe il nato se la madre fosse morta, perché questo è stato legato *accessionis loco*, e con la morte della madre sarebbe venuto meno il rapporto di accessoria; Celso dissente, però, in quanto ritiene che tale opinione non possa essere ricavata né dalle parole né dalla *voluntas* del testatore. Nella concezione di Servio, secondo Cardilli, poiché il figlio ha un rapporto con la madre come l'avrebbe una cosa accessoria rispetto alla principale, su di esso si sarebbe potuto estendere l'usufrutto, ma considerata la natura di *homo* del nato, questi non sarebbe stato considerato un incremento occulto e latente della cosa-madre, come nell'*adluvio*, ma un *incrementum separatum* che accede al *dominium* su di essa. G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 203, aveva in precedenza osservato che la risposta negativa a che l'usufrutto si estendesse alle accessioni data da Ulpiano per l'*insula in flumine nata* in quanto benché acceda alla proprietà si considera come un fondo distinto, «giustifica la stessa soluzione negativa per il parto della schiava, che appunto viene avvicinato alle accessioni». Per P. CANTARONE, *Ius controversum*, cit., p. 449 ss., Servio, utilizzando l'espressione *loco accessionis*, allude ad un rapporto di analogia, non di identità con l'*accessio* in senso tecnico, chiarendo 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».

<sup>5</sup>) La soluzione negativa riportata da Ulpiano potrebbe essere, forse, dovuta alla tendenza a non estendere l'ambito dell'istituto; a tal proposito, se C. SANFILIPPO, *Odiurni fructuarii*, in *Studi E. Volterra*, 4, Milano, 1971, p. 379 ss., riteneva che dal regime classico dell'usufrutto emergesse una tenace e irriducibile ostilità verso l'usufruttuario, dovuta al fatto che il diritto romano fu un diritto dei proprietari, per M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica* (cur. A. GIARDINA, A. SCHIAVONE), 3, Bari, 1981, p. 22, un atteggiamento sfavorevole all'usufruttuario, diretto a restringere la portata e i limiti dell'usufrutto, non sembra un tratto caratteristico e costante della giurisprudenza romana nei confronti dell'istituto.



Non tutti concordano, peraltro, sulla circostanza che Bruto avesse negato all'usufruttuario dell'*ancilla* l'usufrutto sul nato; così la Cantarone<sup>6</sup> ritiene che non sarebbe stata questa l'opinione di Bruto e che sarebbero stati i giustinianei, rilevandone la contraddizione con la *ratio decidendi* (*hac ratione*), a eliminare la parte della *sententia* riferita alla possibilità che all'usufruttuario della madre spettasse l'usufrutto sul *partus*. La De Falco<sup>7</sup> ritiene che quando Ulpiano afferma *sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere* non voglia significare necessariamente che l'usufruttuario non estende sul parto il suo diritto: il valore della locuzione *locum (non) habere* potrebbe essere quello di «trovare applicazione, essere valido». Per l'autrice il solo porsi la domanda *quid tamen...an habeat in eo usum fructum?* risulta in palese inconciliabilità sia con la motivazione *neque enim in fructu hominis homo esse non potest*, sia con la conseguente decisa negazione che un usufruttuario possa conseguire l'usufrutto sul parto della schiava, mentre in caso di volontà del testatore si sgretolerebbe, invece, l'impianto che avrebbe postulato l'impossibilità logica anche del solo configurarsi del quesito. «Se l'*ancilla*, che appartiene al genere umano, può essere data in usufrutto, e quindi è a disposizione dell'*uti frui* di un altro essere umano», osserva la De Falco, «non si comprende perché non si possa parimenti disporre del figlio nato da lei». «Se caliamo il responso di Bruto nel caso oggetto della sua osservazione – almeno in relazione al periodo in cui opera, presumibilmente di natura teorica –, continua l'autrice, «faticheremmo a immaginare che un infante prima ma forse anche un fanciullo poi avesse potuto rappresentare un'utilità, una convenienza, un valore, un guadagno per il soggetto *ad quem pertinuisset*, almeno fino a quando non avesse raggiunto età, forse, maturità minime per essere produttivamente impiegato e quindi rappresentare davvero un valore economico». Nel caso del *partus ancillae*, l'usufrutto non avrebbe, dunque, trovato applicazione, non sarebbe stato valido, pertinente e consono o forse utile, perché di fatto non avrebbe potuto essere esercitato, non avrebbe avuto ragione di essere esercitato. Se, come la De Falco, altri autori come il Gardini si chiedono se avrebbe senso un usufrutto su un oggetto così inutile e oneroso come il *partus ancillae*, gran parte della dottrina ha, invece, sin dai tempi passati, ritenuto che la motivazione della Bruti *sententia* vada ricercata proprio «nell'esigenza di sottrarre all'usufruttuario un oggetto tanto prezioso come il parto della schiava». A me non pare accoglibile l'opinione della De Falco: per l'usufruttuario della madre avere l'usufrutto sul *partus* avrebbe significato averlo per tutta la vita, anche quando questo sarebbe diventato, con l'età, produttivo; d'altra parte il problema dovuto al fatto che nei primi anni di vita il piccolo schiavo non solo non costituiva un'utilità, ma sottraeva anche ore di lavoro alla madre si poneva nel caso di qualsiasi nascita, in quanto la madre avrebbe dovuto occuparsi di lui, anche

---

<sup>6</sup>) P. CANTARONE, *Ius controversum*, cit., p. 446.

<sup>7</sup>) I. DE FALCO, *In fructu hominis homo esse potest*, cit., p. 11 ss.

se fosse nato presso il *dominus*<sup>8</sup>.

Legata alla necessità che il nato avesse bisogno di cure nei primi anni di vita è la tesi di coloro che ritengono che il nato, pur non avendo l'usufruttuario della madre l'usufrutto anche su di lui, rimanesse a vivere insieme a lei: così per il Cardilli fino all'estinzione dell'usufrutto il bambino, pur in *dominium* del padrone della schiava, sarebbe restato nel godimento dell'usufruttuario, e quindi con la madre, soddisfacendo quella che, per lo Zuccotti<sup>9</sup>, è «la necessità – economica prima ancora che affettiva – di non separarlo dalla madre, ossia dalla persona ovviamente più idonea ad allevarlo».

Non credo, però, che si intenda riferirsi a una regola giuridica, ma piuttosto a una situazione di fatto che poteva in concreto verificarsi, sempre, però, che il *dominus* della schiava non reclamasse il nato<sup>10</sup> e l'usufruttuario accettasse di tenerlo presso di sé, dal momento che avrebbe dovuto sobbarcarsi le spese per l'allevamento del neonato e le diminuite prestazioni lavorative da parte della madre, con gli evidenti svantaggi nel breve periodo, non compensati dal futuro valore dello schiavo. Tale soluzione poteva essere possibile nel periodo più antico, al momento in cui scriveva Bruto, in cui l'usufrutto era stato introdotto da poco per la tutela della madre vedova, e, come osserva lo Zuccotti<sup>11</sup>, il piccolo sarebbe stato allevato nella casa familiare, tra la madre usufruttuaria e i figli nudi proprietari. Ai tempi in cui scriveva Ulpiano, però, il nato poteva essere separato dalla madre in qualsiasi momento da un *nudus dominus* che era ormai un estraneo.

---

<sup>8</sup>) Non bisogna, inoltre, dimenticare che al parto viene attribuito senza dubbio un valore economico. Si vedano, tra gli altri, D. 9.2.27.22 (Ulp. 18 ad ed.): *Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto*, e D. 49.15.12.18 (Tryph. 4 disp.): *Si natum ex Pamphila legatum tibi fuerit tuque matrem redemeris et ea apud te pepererit, non viderit te partum ex causa lucrativa habere, sed officio arbitrioque iudicis aestimandum constituto pretio partus, perinde atque si, quanto mater est empti, simul et partus venisset*. Inoltre, la sterilità diminuiva il valore della schiava, tanto da poter rappresentare una causa per chiedere l'*actio redhibitoria*, come leggiamo in Gellio *Noct. Att.* 4.2.9-10: *De sterila autem muliere, si nativa sterilitate sit, Trebatium contra Labeonem respondisse dicunt. Nam cum redhiberi eam Labeo quasi minus sanam putasset, negasse aiunt Trebatium ex edicto agi posse, si ea mulier a principio genituali sterilitate esset. At si valitudo eius offendisse exque ea vitium factum esset, ut concipere fetus non posset, tum sanam non videri et esse in causa redhibitionis*. Se per Trebazio rilevava solo la *sterilitas* sopravvenuta, dipendente da malattia, non quella congenita, per Labeone l'*actio redhibitoria* era esperibile sempre.

<sup>9</sup>) F. ZUCCOTTI, *Partus ancillae in fructu non est*, in *Antecessori Oblata. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001, p. 185 ss.

<sup>10</sup>) Per A. WATSON, *Morality, Slavery and the Jurists in the Later Roman Republic*, in *Tulane Law Review*, 42, 2, 1968, p. 289 ss., in part. p. 293, «the natural result of the decision is the immediate separation of the mother and child [...]. Of course, we cannot tell how frequently in practice the usufructuary might nonetheless keep the child in his household at his expense. But it must often or even usually have been the case that the child would be sent back to its owner».

<sup>11</sup>) F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque (studio esegetico su D. 50.16.77)*. *Per una ricerca sulle origini della nozione di frutto*, Padova, 2000, p. 91 ss.

Non sembra, pertanto, che la soluzione per Ulpiano possa essere dovuta all'esigenza di non separare il figlio dalla madre, esigenza che lo Zuccotti<sup>12</sup> ritiene talmente rilevante da indurre le fonti a prospettare la regola *partus ancillae in fructu non est* «addirittura come una soluzione ispirata a una sorta di *favor* verso lo schiavo», così come il mancato passaggio di proprietà del nato da un'*ancilla* sottratta *praegnans* al possessore di buona fede, e il suo conseguente rimanere con la madre, tenderebbe «ad essere percepito dai romani come un intrinseco vantaggio per lo schiavo stesso»<sup>13</sup>. Mentre, però, nel caso dell'*ancilla* sottratta *praegnans* il figlio, inusucapibile come lei, sarebbe stato effettivamente con la madre – ma non sembra questo il motivo della disposizione – a me pare che non si ravvisi nell'assegnarlo al *nudus dominus* e non all'usufruttuario della madre alcuna sorta di *favor* per il parto, *favor* che, se lo ritenessimo tale, si potrebbe, al limite, ipotizzare nel caso contrario, in cui fosse stato concesso all'usufruttuario della madre l'usufrutto del nato, cosicché madre e figlio sarebbero stati assieme presso l'usufruttuario. *Favor* che non coinciderebbe, in ogni caso, a mio avviso, col *commodum* per il nascituro, espresso nel celebre 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*, e in D. 50.16.231: *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus*. Come è noto, D. 1.5.7 tratta delle porzioni di beni riservate ai figli dei condannati a cui fosse stato confiscato il patrimonio, e D. 50.16.231 delle problematiche inerenti al *senatus consultum Tertullianum*, che ammise la madre cui spettasse il *ius liberorum* alla successione dei figli, anche *vulgo concepti*. In entrambi i passi ci si sta, dunque, occupando di concepiti da donna libera, sia che si tratti di *concepti ex iustis nuptiis*, come nel primo caso, sia che si tratti anche di *vulgo quaesiti* come nel secondo: il principio del *commodum* per il nascituro doveva, presumibilmente, riguardare in origine la materia successoria. Se il criterio venne probabilmente adoperato 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 in seguito invocato anche quando tener conto del momento del concepimento portasse all'indubbio vantaggio per il nascituro dell'acquisto della libertà. Più difficilmente ravvisabile sembra, invece, a mio avviso, 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 automaticamente in pegno assieme alla madre,

---

<sup>12</sup>) F. ZUCCOTTI, *In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse*, in *RDR*, 8, 2008, p. 3 ss.

<sup>13</sup>) Sembra equivocare le affermazioni dello Zuccotti V. DI NISIO, *Partus vel fetus*, cit., p. 46 nt. 147.

nel caso essa sia un'*ancilla pigneraticia*<sup>14</sup>, se spetti al possessore di buona fede o al *dominus* della madre, nel caso in cui essa sia *furtiva*. Concorda di recente con l'idea che non esiste *commodum* per il concepito da *ancilla furtiva* la Frunzio<sup>15</sup>, per la quale proprio il caso dell'*ancilla praegnas subrepta* mostra che alcun vantaggio sarebbe potuto derivare per il concepito, per il quale la discussione verte sull'usucapibilità o meno dello stesso:

D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.): 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.

Nella prima parte del passo, Giuliano applica il principio *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse* al figlio di una *mulier* già *praegnas* al momento della cattura da parte dei nemici, e in seguito nato *apud hostes*, che godrà del postliminio al momento del rientro in patria, seguendo la condi-

---

<sup>14</sup>) Per S. ROMANO, *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano*, in *Ann. Camerino*, 5, 1931, p. 183 ss., il diritto romano classico, mentre avrebbe considerato i frutti sottoposti a pegno solo con una convenzione espressa, avrebbe considerato il *partus ancillae* nato durante il vincolo gravato di pegno per il solo fatto che sottoposta a tale vincolo si trovava la madre. Il diritto giustiniano, che avrebbe riferito 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 un vantaggio, così avrebbe consentito anche la sottrazione del nato al diritto reale di pegno, potendosi configurare in ciò per lui un *commodum*. La spiegazione della diversità di regime fra parti e feti potrebbe trovarsi anche nel caso del pegno, così come nel caso di furtività, per l'autore, nel principio *conceptus pro iam nato habetur*. Il Romano cita a sostegno delle sue affermazioni la nota tesi dell'Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur* (*Linee di una ricerca storico-domatica*), in *BIDR*, 33, 1923, p. 63 ss., poi, riveduto e integrato con una postilla pubblicata in *AG*, 99, 1928, p. 151 ss., in *Studi di diritto romano*, 1, Milano, 1933, p. 3 ss., secondo cui nel diritto classico si sarebbe tenuto conto dell'uomo non ancora nato, ma tuttavia già concepito solo nel caso del *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*, secondo un principio *iuris gentium*, si teneva conto del momento della nascita. Poiché l'estensione della cittadinanza a tutti gli abitanti 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 gionesse al concepito, col trionfo dell'idea del *commodum*, legata al *favor libertatis*, motivo prediletto nell'età romano-cristiana e quindi non classico, che i giustiniani avrebbero, poi, secondo l'Albertario, sostituito nelle fonti alla menzione delle *iustae nuptiae*. L'Albertario afferma, dunque, espressamente che l'idea del *commodum* è legata al *favor libertatis*, riferendosi, come anche lo stesso Romano, a problemi di *status*, al libero *vulgo conceptus*.

<sup>15</sup>) M. FRUNZIO, *Res furtivae*, cit., p. 164 ss.

zione del padre o della madre. Come osservavo in precedenti articoli<sup>16</sup>, la circostanza che Giuliano applichi lo stesso principio anche al nato da una schiava *subrepta* mentre era *praegnans* mostra che il discorso del giurista non può essere ridotto al solo *commodum* per il nascituro, come si è spesso ritenuto, ma al fatto che *qui in utero est* è considerato *in rerum natura*: se nel caso della donna libera *capta ab hostibus* si discute dell'acquisto per il figlio della *libertas*, e il suo *commodum* è evidente, nel caso del figlio della schiava *subrepta* si discute solo dell'appartenenza a un *dominus* piuttosto che a un altro, così come nel caso del *partus ancillae fructuariae* si discute dell'appartenenza al *nudus dominus* o all'usufruttuario; non si vede in ciò un *commodum* per il nascituro.

2. Come è noto, le fonti ci hanno conservato tre motivazioni<sup>17</sup> per cui il *partus ancillae* non fu considerato di spettanza dell'usufruttuario: oltre a quella del nostro testo, per alcuni di Bruto, secondo altri di Ulpiano<sup>18</sup>, in primo luogo quella

<sup>16</sup>) M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto*, in EAD., *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione* (cur. F. BOTTA), Torino, 2003, p. 217 ss.; EAD., *L'usucapione del partus ancillae furtivae*, in *SDHI*, 74, 2008, p. 397 ss.; *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 75, 2009, p. 147 ss.; EAD., *Partus ancillae, fetus pecudis e il principio del commodum*, in *TSDP*, 2012; EAD., *Quasi rupto quasi rumpere. Dalle XII Tavole ai Digesta*, in *MEP*, 12-15, 2009-2012, p. 1 ss.; EAD., *Rumpere e quasi rumpere tra lex e interpretatio*, in *BIDR*, 111, 2017, p. 347 ss.

<sup>17</sup>) Si veda anche Cic. *Fin.* 1.4.12: *An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis P. Scaevolam M. que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet (quod et acutum genus est et ad usum civium non inutile, nosque ea scripta reliquaque eiusdem generis et legimus libenter et legemus)*. A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 215, ricorda che per alcuni la forma del testo mostra che la questione non era stata ancora risolta quando il *de finibus* è stato scritto nel 45; così F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana in RIDA*, 9, 1962, p. 404 ss., per il quale il testo dimostrerebbe, inoltre, che l'opinione di Bruto era ancora isolata, opinione completamente ingiustificata secondo Watson. Osserva M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 320 nt. 68, che alle ragioni addotte dall'Watson si può aggiungere che, se il dissenso fosse continuato in tempi più recenti, l'oratore avrebbe ben potuto riferirsi a giuristi più vicini, e che la citazione di Bruto ad opera di Ulpiano, per quanto mediata possa essere, sembra indicare anche essa nel senso che la svolta decisiva si fosse con lui avuta. Per V. DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 51 s., la diversità con cui Ulpiano introduce la disputa (*an partus ad fructuarium pertineret*), rispetto alla locuzione utilizzata dall'oratore (*an partus ancillae sitne in fructu habendus*), mostrerebbe come nei secoli fosse cambiata la prospettiva; nel passo di Cicerone ci si riferirebbe direttamente a quella che parrebbe essere stata la tesi prospettata da Bruto. Da ultima per I. DE FALCO, *In fructu hominis homo esse potest*, cit., p. 5 ss., la questione, ancora sentita e dibattuta ai tempi di Cicerone, non riguardava tanto il caso del *partus ancillae* esaminato alla luce di considerazioni di carattere umanitario o di prerogative da riconoscere agli schiavi in quanto uomini, ma piuttosto rappresentava un'ulteriore occasione – probabilmente di carattere dottrinale e/o scolastico – per interrogarsi sul contenuto e la configurazione dell'usufrutto che al tempo di Manilio Scevola e Bruto cominciava a conoscere altre applicazioni al di là di quella originaria per la quale era stato costituito.

<sup>18</sup>) C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Servitutes personarum*<sup>2</sup>, I, Catania, 1960, p. 104 ss.,

di Gaio in

D. 22.1.28.1 (Gai. 2 rer. cott.): *Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*<sup>19</sup>.

Gaio nelle *res cottidianae* accentra l'attenzione sulla circostanza che i frutti vengono forniti dalla natura per tutti gli uomini, quindi anche per gli schiavi, che di conseguenza non potrebbero, a loro volta, essere frutti. Lo schiavo non sarebbe più considerato una cosa fruttifera, un oggetto, ma, come osserva Quadrato<sup>20</sup>, «una persona umana, a cui riconoscere diritti e perciò in quanto tale beneficiario, come ogni altro uomo, di tutti i frutti che vengono prodotti *hominum gratia*».

La motivazione di Gaio<sup>21</sup> viene ritenuta uno sviluppo di quella di Bruto<sup>22</sup> da

---

osserva che si potrebbe anche pensare che la motivazione, evidentemente ispirata a correnti filosofiche greche, in particolare stoiche, appartenga a Ulpiano, perché nel III sec. d.C. le idee stoiche, riprese e diffuse anche dal Cristianesimo, avevano in Roma larga cittadinanza, ma tale congettura appare improbabile in quanto in D. 21.1.28.1 Gaio, che offre una motivazione analoga, usa l'imperetto indicativo: *absurdum enim videbatur hominem in fructu esse*. Tale considerazione induce l'Autore ad escludere che possa trattarsi di una motivazione giustiniana, perché i compilatori avrebbero scritto *videtur*. Per M. KASER, *Partus ancillae*, in ZSS, 74, 1958, p. 157, la motivazione di D. 7.1.68 pr., nonostante sia formulata da Ulpiano come propria, potrebbe risalire a Bruto. Da ultima per I. DE FALCO, *In fructu hominis homo esse potest*, cit., p. 8 ss., distinguere all'interno di D. 7.1.68 pr. il nucleo originario della *sententia Bruti* non costituisce affatto operazione priva di dubbi, come nemmeno l'attribuzione della motivazione allo stesso Bruto oppure ad Ulpiano. L'autrice ritiene che nell'inciso Ulpiano manifesti un giudizio personale.

<sup>19</sup>) Riportato, con la sola variazione di *comparavit* al posto di *comparaverit* in Iust. *Inst.* 2.1.37.

<sup>20</sup>) R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, 37, 1986, p. 25 nt. 149, osserva che il richiamo alla natura, alla sua funzione di «ontologisches Argument» della frase finale di D. 22.1.28.1, *cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*, conferisce al testo un timbro differente. Di recente L. MAGANZANI, *La dignità umana negli scritti dei giuristi romani*, in *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Tricase (Le), 2010, p. 85 ss., ritiene che sia sempre in ragione del principio superiore di solidarietà umana, accolto talvolta dal pretore e dai giuristi come criterio di decisione dei casi, che il figlio della schiava data in usufrutto, a differenza del parto dell'animale, non spetta all'usufruttuario ma al nudo proprietario «perché è sembrato assurdo considerare frutto un essere umano visto che è proprio a vantaggio degli uomini che la natura assicura i suoi frutti».

<sup>21</sup>) E. STOLFI, *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane*, in *TSDP*, 2, 2009, p. 13, ritiene che la ragione sia schiettamente metagiuridica, e risieda nella incomprimibile umanità dello schiavo, nell'impossibilità di ridurlo sotto ogni aspetto a mera cosa.

<sup>22</sup>) V. BASANOFF, *Partus ancillae*, Paris, 1929, p. 225: «Gaius au fr. 28 D. *de usur.* 22,1 expose la doctrine des jurisconsultes d'autrefois: *absurdum enim videbatur*. Ce qui est le plus probable c'est que la sentence de ce texte se place au moment le plus aigu de la discussion et expose l'argumentation de *Brutus*, qui venait de remporter la victoire, avec plus de détails que dans le fr. 68». Per M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., nt. 70 p. 321, le motivazioni di D. 7.1.68 pr. e D. 22.1.28.1 sono equivalenti. Gaio non fa che esplicitare quanto detto – con una sintesi che, forse, sottintende in mo-

quella parte della dottrina che intende l'espressione *in fructu hominis homo esse non potest* di D. 7.1.68 pr. nel senso di «non può esservi un uomo in ciò che viene prodotto per l'uomo»; per coloro che la intendono, invece, nel senso di «non può esservi un uomo nel frutto della schiava» non potrebbe instaurarsi alcuna relazione tra la motivazione di Gaio e quella di Bruto.

Già il Brini<sup>23</sup> aveva osservato che l'*hominis* in D. 7.1.68 pr. indica la schiava stessa, l'*ancilla*; la motivazione di Bruto, intesa in tal modo, coinciderebbe pienamente con le idee dei *veteres*, mentre la motivazione espressa da Gaio in D.

---

do eccessivo il background filosofico – da Bruto, secondo quanto riferisce Ulpiano. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, cit., p. 89 s., nt. 33, ritiene, invece, importante tenere distinte le due *rationes*, perché, se da un lato quella ricordata da Gaio esprime uno sviluppo interpretativo ulteriore che trova il suo antecedente nella *sententia Bruti*, d'altro lato quella ricordata da Ulpiano in D. 7.1.68 pr. assume un suo autonomo valore se inserita nello svolgimento del *ius civile* del II sec. a.C. J. LINDERSKI, *Partus ancillae. A Vetus Quaestio in the Light of a New Inscription*, in *Labeo*, 33, 1987, p. 192 ss., sostiene che l'opinione di Bruto non fosse ancora prevalente ai tempi di Augusto, sulla base di un'iscrizione funeraria trovata a *Regium*, dove era stata relegata Giulia, la figlia di Augusto: *C. Iulius Iuliae divi Aug(usti) f(iliae) l(ibertus) Celos [si]bi et C. Iulio Iul(iae divi) Aug(usti) f(iliae) l(iberto) Thiaso patr[is] sexvir(o) a Jug(ustali) [et Iul]liae divae Au[gustae] l(ibertae) [...] matr[is] ex testamen[to]*. Mentre gli schiavi Thiaso e Celos vengono definiti liberti di Giulia, la madre di Celos viene detta liberta della diva Augusta, cioè Livia. Il Linderski ipotizza che Giulia potesse avere l'usufrutto sulla schiava, il cui figlio le sarebbe così spettato. L'opinione di Scevola e Manilio che il *partus ancillae* fosse frutto e quindi spettasse all'usufruttuario sarebbe stata, pertanto, ancora prevalente a quei tempi. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in *BIDR*, 90, 1987, p. 593 s., ritiene che l'iscrizione di *Regium* non faccia alcuna luce sull'argomento, in quanto l'opinione del Linderski si basa su «arbitrarie assunzioni di fatti» e «su alcuni equivoci relativi alla valutazione tecnico-giuridica degli stessi». Non si può, infatti, affermare, come fa il Linderski, che la schiava rimanesse giuridicamente una schiava di Livia, «but as she lived in Julia's household Julia enjoyed the usufruct or that ancilla», perché in questo modo si inventa «un nuovissimo modo di costituzione di questo diritto reale parziario». Dissente dall'opinione del Linderski anche A. WATSON, *Partus Ancillae and a Recent Inscription from Regium*, in *Labeo*, 38, 1992, p. 335 ss., per il quale l'iscrizione non sarebbe degna di fede in quanto predisposta da uno schiavo, che non era in grado di cogliere le sottigliezze giuridiche legate al caso. Se anche Giulia, *in potestate* del padre, avesse potuto liberare gli schiavi facenti parte del suo *peculium*, sarebbe stato necessario il consenso del *pater* e, anche ammettendo che questo vi fosse stato, Celos e Thiaso sarebbero divenuti liberti di Augusto e non di Giulia. Il Watson è del parere che Celos, privo di adeguate conoscenze giuridiche, ritenesse erroneamente sé e il padre, che di fatto erano stati schiavi di Giulia e da lei erano stati liberati, suoi liberti, e correttamente la madre, che di Livia era stata schiava e da questa era stata liberata, liberta di Livia. Sembra invece concordare col Linderski P.A. VANDER WAERDT, *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? The Case of Stoicism and Natural Law*, in *ANRW* 2.36.7, Berlin-New York, 1994, p. 4851 ss., in part. p. 4857, nt. 21: «but Jerzy Linderski has now convincingly argued that the position of *Mucius* and *Manilius* was in effect in Cicero's day».

<sup>23</sup>) G. BRINI, *La sentenza di Bruto*, in *Mem. Reale Acc. Bologna*, 1910, p. 1 ss. Più di recente, per V. DI NISIO, *Osservazioni in tema di 'partus ancillae'*, in *Studi L. Labruna*, 3, Napoli, 2007, p. 1497, l'uomo non può, in quanto tale, essere frutto di altri uomini.

22.1.28.1 sarebbe, secondo l'autore, probabilmente giustiniana<sup>24</sup>. Concordava nel leggere *in fructu hominis* come *in fructu ancillae* il Kaser<sup>25</sup>, per il quale la motivazione di D. 7.1.68 pr. supporrebbe, inoltre, un concetto di frutto che non ammette un frutto dello stesso genere della cosa che lo produce<sup>26</sup>, il che potrebbe indurre a dubitare della natura di frutti anche dei nati animali, come mostrerebbe il *tamen* di D. 7.1.68.1, che evidenzerebbe come Ulpiano considerasse non del tutto coerente che i fondatori della scuola sabiniana abbiano equiparato nel caso dell'usufrutto i nati animali ai frutti. Intesa, invece, nel secondo senso, come «in ciò che viene prodotto a favore dell'uomo, per l'uomo», la motivazione di Bruto andrebbe riferita solo agli esseri umani e sarebbe analoga a quella espressa da Gaio in D. 22.1.28.1.

Qualunque sia la tesi cui si ritenga di aderire, in dottrina ci si è chiesti se le motivazioni espresse nei nostri passi riflettano o meno i veri motivi dell'esclusione del *partus ancillae* dal novero dei frutti<sup>27</sup>, ritenendo alcuni autori che il figlio della

---

<sup>24</sup>) Per C. FERRINI, *Pandette*, Milano, 1900, p. 254 nt. 2, D. 22.1.28.1 è interpolato, ma l'interpolazione non risponderebbe neppure allo spirito del diritto giustiniano. R. DE RUGGIERO, *Usufrutto e diritti affini*, Napoli, 1913, ritiene che D. 22.1.28.1, a suo avviso puerile, non possa che appartenere ai bizantini, come rivelerebbe anche la forma e la contraddizione tra tale pensiero e l'istituto della schiavitù. Anche G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 201 ss., non considera genuina la motivazione di carattere umanitario di D. 22.1.28.1, che avrebbe dovuto portare a condannare la stessa schiavitù, e non ritiene improbabile che sia di fattura bizantina. Per G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962, p. 314, *l'absurdum enim videbatur* è ispirato al *favor libertatis* affermato dai bizantini. Secondo A. GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>12</sup>, Napoli, 2001, p. 319 nt. 19.4, D. 22.1.28.1 non esprime il pensiero di Gaio, ma pensiero postclassico. Di diverso avviso V. SCIALOJA, *Diritti reali (Proprietà), Lezioni 1907-1908*, Roma, s.d., p. 261 ss., per il quale il frammento, genuino, non contiene che la riproduzione pura e semplice di concetti filosofici greci, che Gaio, come Ulpiano, certamente non ignorava. Le tradizioni delle scuole filosofiche greche le quali, accettando il principio antropocentrico, affermarono che la natura ha creato tutti i frutti per l'uomo (Arist. *Pol.* 1.8: *omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit*), dovevano indurre i giureconsulti romani a negare nel figlio della schiava il carattere di frutto. Concorda con lo Scialoja sulla genuinità della motivazione *absurdum-comparaverit* M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, Napoli, 1962, p. 139 nt. 137.

<sup>25</sup>) M. KASER, *Partus ancillae*, cit., p. 156 ss. V. DI NISIO, *Osservazioni*, cit., p. 1500 nt. 21, ritiene di questa opinione anche Bretone nella voce *Frutti* alla nt. 5 p. 666, ma Bretone non sembra affermare niente del genere, limitandosi a riportare l'opinione del Kaser.

<sup>26</sup>) *Contra* M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 321 nt. 70, il quale ritiene che, se la ragione della soluzione seguita da Bruto fosse stata quella addotta dal Kaser, il modo di esprimersi dell'antico giurista sarebbe stato palesemente (e volutamente) inadeguato.

<sup>27</sup>) F. ZUCCOTTI, *Partus ancillae*, cit., p. 229 ss., ritiene che ai fattori individuati dalla dottrina che portarono ad affermare la regola per cui il *partus ancillae* non è frutto occorre aggiungerne un altro, e cioè il maggior numero di anni di esistenza che caratterizza lo schiavo rispetto ai frutti, in particolare agli animali. La maggiore longevità dello schiavo avrebbe fatto sì che attribuire all'usufruttuario, in genere la vedova, il nuovo nato si sarebbe tradotto, vista la prevedibile sopravvivenza dello schiavo ad essa, in un lascito agli *adgnati* della donna, cioè proprio la conseguenza che l'introduzione dell'istituto dell'usufrutto aveva voluto evitare. Osserva, peraltro, A. GUARINO, *I due sessi dello schia-*



schiava non fu considerato frutto per motivazioni filosofiche e umanitarie<sup>28</sup>, in accoglimento delle dottrine stoiche, altri, invece, che tali motivazioni non esprimano la vera ragione dell'esclusione del *partus ancillae* dai frutti, che sarebbe prevalentemente economica<sup>29</sup>. Si schiera decisamente per la seconda idea di recente la

---

vo, in *Trucioli di bottega*, Napoli, 2003, p. 20 ss., che forse Mucio e Manilio pensavano che l'usufruttuaria avrebbe potuto vendere a terzi a qualunque età, prima che fosse diventato "troppo longevo", il *partus ancillae*.

<sup>28)</sup> Per W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, p. 21, la reale ragione fu il rispetto della dignità umana. Secondo R. DE RUGGIERO, *Usufrutto*, cit., p. 9, la motivazione contribuì in modo efficacissimo a quel riconoscimento della personalità umana dello schiavo che doveva temperare l'asprezza della parificazione dei servi alle cose. Per S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in *Iura*, 30, 1979, p. 44 ss., la motivazione è espressione di quella concezione, risalente ad Aristotele, che poneva l'accento sul fatto che *omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*, «trovando perciò ripugnante farvi rientrare il nato da un essere umano». Sarebbero queste le motivazioni della *sententia*, e non motivazioni di carattere economico, «quasi si fosse trattato di mediare tra una classe di nudi proprietari e una d'usufruttuari». M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 22, ha, peraltro, osservato che nella contrapposizione tra le figure «astratte» dell'usufruttuario e del nudo proprietario non può ravvisarsi un contrasto fra portatori di interessi economici situati in contesti socialmente diversi. Proprio per la natura alimentare dell'usufrutto, soprattutto alle origini, la dialettica fra *nudus dominus* e *fructuarius* si sarebbe svolta all'interno dello stesso nucleo familiare, e il profilo economico si sarebbe esaurito in una maggiore considerazione della posizione del primo. Si tratterebbe, pertanto, secondo l'autore, di un'applicazione isolata, «topica», che ben si accorda con l'impostazione casistica della giurisprudenza romana, e che deve indurre a riflettere «sul carattere episodico» dei nessi esistenti fra le posizioni assunte dai giuristi e le realtà socio-economiche e, soprattutto, sull'impossibilità di far derivare dei modelli di interpretazione di carattere generale da casi isolati. Più di recente, per R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, cit., p. 88 s., dire che il *partus ancillae* in quanto *homo* non può essere *in fructu hominis* è una presa di posizione, suffragata dalla riflessione stoica sulla *humanitas*, tesa ad imporre un punto di vista che si considera irrinunciabile. La natura umana dello schiavo deve impedire l'aberrazione di considerare un frutto il parto della schiava.

<sup>29)</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1927, p. 151, ritenne che il parto della schiava non sia stato considerato frutto non per la ragione espressa in D. 7.1.68 pr., secondo la quale nel frutto dell'uomo non vi può essere un uomo, ragione che «per deduzione logica avrebbe dovuto portare all'abolizione della schiavitù», ma per la ragione pratica che il nato della schiava parve troppo prezioso per essere attribuito all'usufruttuario. Per M. KASER, *Partus ancillae*, cit., p. 156 ss., la motivazione di Gaio in D. 22.1.28.1 sarebbe esclusivamente filosofica, non sufficiente a spiegare la regola che il *partus ancillae* non è *fructus*; dovevano esistere, pertanto, secondo l'autore, dei motivi pratici, che dai passi non risultano, che indussero a formularla. Sulla stessa linea dell'Arangio-Ruiz si pongono, più di recente, M. BRETONNE, *Frutti*, cit., p. 665 s., per il quale il motivo pratico che costrinse i giuristi ad affermare il principio per cui il *partus ancillae* non è frutto sarebbe da ricercare nell'esigenza di sottrarre all'usufruttuario un oggetto tanto prezioso come il parto della schiava, e M. BRUTTI, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, p. 341, per il quale il valore dello schiavo, come forza produttiva più preziosa dell'animale e capace di una propria autonomia, avrebbe spinto Bruto ad escluderlo dal concetto di frutto, per poter attribuire al proprietario la potestà su di esso e la sua utilizzazione nel lavoro.

Di Nisio<sup>30</sup>, per la quale i ragionamenti sul *partus ancillae* si sviluppano sempre su un piano meramente economico e giuridico, mai tenendo conto del legame affettivo tra *partus* e *ancilla*<sup>31</sup>, e risentendo sempre degli equilibri economici da tutelare: il punto di partenza sarebbe sempre quello del valore monetario del nato, che è un valore maggiore rispetto al mero accrescimento.

3. La Di Nisio si sofferma in particolare sulla ulteriore motivazione contenuta in:

D. 5.3.27 pr. (Ulp. 15 ad ed.): Ancillarum etiam partus et partuum partus quam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere<sup>32</sup>.

La motivazione di D. 5.3.27 pr. sembra alla Di Nisio preferibile a quella di D. 7.1.68 pr. e di D. 22.1.28.1, basandosi il giurista severiano su una più sicura analisi del normale uso della *res*. Ulpiano sembra quasi negare, per l'autrice, la regola espressa da Bruto, perché ne limita l'applicazione a una pura questione di fatto: la destinazione economica della schiava, da valutarsi caso per caso, escludendo ogni principio di carattere generale. La circostanza di aver utilizzato la locuzione *non temere* non escluderebbe per Ulpiano i parti dal novero dei frutti, ma ridurrebbe l'appartenenza «alla sola ipotesi, molto rara e non facile, in cui le schiave siano invece destinate specificamente alla procreazione ed incremento del numero dei servi»<sup>33</sup>.

La Di Nisio aderisce dunque alla risalente tesi che riteneva la natura o meno di frutto del *partus ancillae* dovuta alla circostanza che la schiava sia utilizzata a fini di riproduzione<sup>34</sup> oppure ad altri fini, tra i quali quello prevalente sarebbe lo sfrut-

---

<sup>30</sup>) V. DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 185 ss.

<sup>31</sup>) Osserva R. CARDILLI, Rec. di V. DI NISIO, *Partus vel fructus*, cit., p. 288 ss., che la Di Nisio non sembra avere sempre chiaro il senso di quello che chiama piano economico, contrapponendolo a uno morale etico e filosofico, più latamente umanitario, ad esempio per quanto riguarda i profili di affetto tra madre e figlio.

<sup>32</sup>) J.C. DUMONT, *Servus. Rome et l'esclavage sous la République*, Rome, 1987, p. 99 ss., ritiene che la lettura più soddisfacente del passo consista nel porre la causale introdotta da *quia* sull'ultimo membro della frase: «or les enfants des servantes, et les enfants de leurs enfants ont beau ne pas être considérés comme fruit, ils accroissent pourtant l'héritage car ce n'est pas sans raison qu'on achète des servantes pour qu'elles enfantent».

<sup>33</sup>) V. DI NISIO, *Osservazioni*, cit., p. 1516 s.

<sup>34</sup>) Per P. BIRKS, *An Unacceptable Face of Human Property*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford, 1989, p. 61 ss., la procreazione degli schiavi non era una pratica contemplata, e tanto meno appoggiata, dal diritto: il regime di *res* degli schiavi non poteva essere portato sino all'estremo di estender loro le pratiche di allevamento e riproduzione degli

tamento delle *operae*; già il Brini<sup>35</sup> aveva, infatti, ritenuto che affermare *quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant* significherebbe ammettere che anche i *partus ancillarum* possano essere frutti, se *ancillae comparantur ut pariant*.

Ma, come osservava il Talamanca<sup>36</sup>, il *non temere* tende a colorare la motivazione, pur di carattere economico, di un aspetto etico<sup>37</sup>: non è confacente alla dignità umana l'essere le *ancillae* considerate alla stessa stregua degli animali da allevamento<sup>38</sup>, per cui non basterebbe l'intenzione di utilizzare le schiave ai fini riproduttivi per considerare i nati frutti.

Se la motivazione di carattere economico di D. 5.3.27 pr. si colora, secondo il Talamanca, di un aspetto etico, anche le motivazioni ritenute maggiormente dovute a ragioni umanitarie mostrano, a mio avviso, grande attenzione agli aspetti economici. I due aspetti appaiono inevitabilmente legati: se senza dubbio occorre tener conto delle motivazioni economiche, e cioè del valore patrimoniale del *partus*, non si può dimenticare che se Bruto si oppose vittoriosamente all'opinione di Scévola e Manilio, che evidentemente valutavano gli schiavi semplicemente come delle *res*<sup>39</sup>, qualche altra motivazione, oltre a quella economica, doveva pur esistere. Non si poté non tenere conto del fatto che lo schiavo, pur se considerato per certi aspetti una *res*, era per altri aspetti un *homo*, una persona, e ripugnava considerare la

---

animali. La motivazione di D. 5.3.27 pr. mostrerebbe che il diritto romano rifiutò di ritenere che la sessualità degli schiavi potesse essere amministrata nello stesso modo in cui i proprietari amministravano il ciclo riproduttivo degli animali. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 308 ss., sostiene che l'affermazione di Ulpiano non dimostra che l'allevamento riproduttivo di schiavi non esistesse nella prassi economica contemporanea, ma solo che la procreazione non era vista da Ulpiano come lo scopo tipico dell'acquisto di schiave, la redditività delle quali consisterebbe nelle loro *operae*.

<sup>35</sup>) G. BRINI, *La sentenza di Bruto*, cit., p. 18 ss.

<sup>36</sup>) Per M. TALAMANCA *Trebazio Testa fra retorica e diritto*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana, Atti di un seminario. Firenze, 27-28 maggio 1983* (cur. G.G. ARCHI), Milano, 1985, p. 29 ss., in part. p. 63, l'opinione di Trebazio ricordata da Gellio in *Noct. Att.* 4.2.9-10, riportato *supra* alla nt. 8, si muove in un ordine di idee «di cui abbiamo, forse, un altro esempio – più di due secoli più tardi – in Ulp. 15 ed. D. 5.3.27 pr.».

<sup>37</sup>) Secondo G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 201 ss., sia la motivazione di D. 7.1.68 pr. sia quella di D. 5.3.27 pr. poggiano su un concetto eminentemente economico-sociale, cioè che la riproduzione, per la schiava, non veniva considerata dal punto di vista della produttività della *res*, ossia dal punto di vista del *fructus*; che non si allevavano schiave da riproduzione. Se ciò riflette evidentemente il valore della personalità umana, osserva l'autore, è posto in ogni modo in primo piano il contenuto della schiavitù.

<sup>38</sup>) Per B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 163 nt. 728, la motivazione della pericolosa immoralità di concepire le serve come animali da riproduzione di D. 5.3.27pr. è implicita anche in D. 7.1.68 pr.

<sup>39</sup>) Parla di reificazione imperfetta dello schiavo E. STOLFI, *La soggettività commerciale dello schiavo*, cit., p. 11, che annovera la *sententia Bruti* tra le soluzioni giuridiche che difficilmente si spieghino muovendosi nella sola prospettiva dello schiavo equiparato alle *res*.

schiava alla stregua degli animali da riproduzione, come una cosa madre che fornisce periodicamente un prodotto che non può non essere considerato un essere umano<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup>) Mentre per V. DI NISIO, *Osservazioni*, cit., p. 1502, la motivazione di Bruto è debole perché è noto che nell'antica Roma si asservivano gli esseri umani alla stessa stregua degli animali, privi di diritti e soggetti al *ius vitae necisque* del *dominus*, R. CARDILLI, Rec. di V. DI NISIO, cit., p. 298, ritiene che l'argine posto da Giunio Bruto – al di là dei vari significati che più concretamente vogliamo dargli – resta difficilmente cancellabile: la prassi economica, osserva l'autore, ha ieri come oggi le sue aberrazioni, ma il diritto si pone come contenuto di valori e principi di alto significato, su un piano identitario di alto profilo, nel quale la cultura giuridica dei giuristi romani, operante all'interno di una società schiavistica, e quindi in tal senso disumana, non ha mancato di sottolineare la realtà umana degli schiavi, legando indissolubilmente la tradizione romana con la *humanitas* del diritto.