

«In fructu hominis homo esse potest» : il riconoscimento dell' «umano» in D. 7.1.68.pr. tra Bruto e Ulpiano

1. L'obbiettivo di rintracciare nell'esperienza romana *responsa, sententiae*, decisioni nei cui enunciati sia presente qualche testimonianza, anche qualche semplice indizio che possa ritenersi autenticamente ispirato a logiche e istanze a tutela dell'«umano» e realizzato sul piano dell'effettività giuridica, ci ha condotto a rileggere il testo di Ulpiano (D. 7.1.68.pr.) sul *partus ancillae* per approdare, invero, a conclusioni piuttosto lontane dagli iniziali intenti.

La lettura dei frammenti¹ in tema di *partus ancillae* concessa in usufrutto, della sua «spettanza» al proprietario o all'usufruttuario, della *dissensio* tra Manlio Manilio e Publio Mucio Scevola, da un lato, e Marco Giunio Bruto, dall'altro, della *ratio* sottesa alla scelta², risulta, a nostro avviso, ancora densa di incognite e intrisa di problematicità che – sebbene l'argomento sia stato ciclicamente affrontato e attraverso diverse angolazioni³ – a tutt'oggi non hanno

¹) Ci riferiamo in particolare ai testi di Ulpiano (D. 7.1.68.pr., Ulp. 17 *ad Sab.*), sopra già segnalato, in cui è riportata la celebre *sententia Bruti*, e D. 5.3.27.pr. (Ulp. 15 *ad ed.*) e di Gaio (2 *res. cott.*), D. 22.1.28, testimonianza quest'ultima che deve essere interpretata e integrata alla luce dei passi delle *Institutiones* (in particolare Gai., *inst.* 1.9, 1.52, 1.53 e 1.82-86) del giurista antoniniano, dove l'orientamento del Nostro, come si vedrà *infra*, § 5, non risulta consonante al contenuto della prima.

²) Tali temi sono stati oggetto di un'approfondita indagine contenuta nel sostanzioso saggio di F. ZUCCOTTI, «*Partus ancillae in fructu non est*», in «Antecessori Oblata. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro», Padova, 2000, p. 185 ss., denso di sollecitazioni per le originali intuizioni e le innovative ricostruzioni ancorate ad un'acribica interpretazione delle fonti. Ad esso si rinvia per l'ampia rassegna bibliografica oltre che ad ID., «*Fruges fructusque*» (*studio esegetico su D. 50. 16. 77*). *Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto»*, Padova, 2000, specie p. 81 ss., per una disamina su nascita e formazione della categoria «frutto» a partire dall'età arcaica, con il concetto di '*fruges*' risalente alle XII Tavole, per giungere ad una più compiuta trattazione nella riflessione tardorepubblicana di '*frux*' e '*fructus*', e pervenire alla più evoluta definizione giuliana, riferita da Paolo, di «frutto» come '*reditus*'.

³) Della vastissima letteratura si riporta qui una selezione di studi in cui sono stati

trovato soluzioni pienamente soddisfacenti.

L'aspetto più complesso non investe tanto, o comunque non solo, la soluzione che prevalse quanto la giustificazione che ad essa è accordata: il non *pertinere* del *partus ancillae* all'usufruttuario appare fondato sulla natura «umana» dello schiavo, che non può essere considerato il frutto di un altro uomo né, tantomeno, contemplato fra i frutti.

In questa sede, e specialmente con riferimento al riscontro della reale consistenza della *ratio* innanzi indicata, ci limiteremo a considerare solo alcuni passaggi o nodi particolarmente critici emergenti dall'analisi dei testi, per i quali non perveniamo a conclusioni certe, ma solo ad un'ipotesi di lettura diversa.

Prima di evidenziarli, però, riteniamo sia opportuno abbandonare l'idea allettante di una perfetta simmetria tra le logiche e le istanze a tutela dell'«umano», più o meno autentiche, sottese alle pronunce di alcuni giuristi, e i dati giuridici, e ancor di più fattuali, che, invece, risultano spesso contraddittori rispetto alle prime se non addirittura completamente difformi.

Spesso, tale disarmonia è stata ricondotta (ma non in via esclusiva) alla divaricazione – accentuata nel mondo romano – tra l'*humanitas* che animava la speculazione filosofica specialmente di matrice stoica, la suggestione che

esaminati argomenti attinenti all'aspetto specifico di cui ci siamo occupati: G. BRINI, *La sentenza di Bruto sul partus ancillae*, in «AUBO.», I.4, 1909-1910, p. 57, V. BASANOFF, *Partus ancillae*, Paris, 1929, p. 29 ss. e p. 223 ss., V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante*, Roma, 1933, p. 112 ss., M. BRETONNE, 'Frutti (diritto romano)', in «NNDI.», VII, Torino, 1957, rist. 1980, p. 665 s., ID., *La nozione romana di usufrutto. Dalle origini a Diocleziano*, I, Napoli, 1962, p. 266, G. PUGLIESE, 'Usufrutto (diritto romano)', in «NNDI.», XX., Torino, 1957, rist. 1975, p. 316 ss., M. KASER, *Partus ancillae*, in «ZSS.», LVII, 1958, p. 169 ss., A. WATSON, *Morality, slavery and the jurists in the later roman republic*, in «Tulane Law Review», XLII, 1968, p. 289 ss., B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 163 s. e nt. 728, M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in «Società romana e produzione schiavistica», III. «Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali» – cur. A. Giardina, A. Schiavone –, Roma-Bari, 1981, p. 21, nt. 69, J. LINDERSKI, «Partus ancillae». *A «vetus quaestio» in the light of a new inscription*, in «Labeo», XXXIII, 1987, p. 192 ss., S. MAZZANTI CORRÊA, *Em tema de usufruto em direito romano*, in «Revista da Faculdade de direito, Universidade de São Paulo», LXXXII, 1987, p. 250 ss., M. BRUTTI, in «Lineamenti di storia del diritto romano»², Milano, 1989, p. 301 s., F. REDUZZI MEROLA, «Servo parere». *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli, 1990, p. 104, nt. 103, F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996 p. 46, nt. 76, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, p. 82 ss., W. WALDSTEIN, «*Ius naturale*» nel diritto romano postclassico e in Giustiniano, in *Saggi sul diritto non scritto* – cur. U. Vincenti –, Padova, 2002, p. 207 ss., A. GUARINO, *I due sessi dello schiavo*, in *Trucioli di bottega*, IX.3, Napoli, 2009, p. 260 ss., M.V. SANNA, 'Partus ancillae', 'fetus pecudis' e il principio del 'commodum', in «TSDP.», V, 2012, p. 35 (estr.), e V. DI NISIO, *Partus vel fructus. Aspetti giuridici della filiazione ex ancilla*, Napoli, 2017, p. 45 ss.

essa poteva esercitare sulla classe giurisprudenziale, o parte di essa, da un lato, e gli inquadramenti giuridici, le soluzioni concrete che spesso dalla prima irrimediabilmente divergevano, dall'altro.

Alcune incongruenze potrebbero essere ascrivibili alla riflessione giurisprudenziale *tout court* – ma, più correttamente, alla sua memoria e tradizione⁴ –, nondimeno esse non scoraggiano dal cercare soluzioni interpretative per ricostruire il *fil rouge* di quelle che appaiono affermazioni poco consequenziali, talvolta incoerenti, o quantomeno slegate dal contesto pratico, applicativo, in cui si ambientavano o, magari, da altre decisioni degli stessi giuristi di segno opposto o contrastante.

Con riferimento al pensiero di Ulpiano espresso nel testo che esamineremo, talune evidenti antinomie sembrano trovare una risoluzione se interpretate alla luce della struttura tripartita del *ius privatum*, che il giurista prospetta nelle sue *Institutiones*⁵, in *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*. Le tre sfere dello scibile giuridico privatistico nel disegno ulpiano appaiono ben distinte; le prime due sono spiegate in modo particolareggiato anche ricorrendo ad esempi e confronti, mentre, quando espone il diritto per antonomasia, il *ius proprium*, Ulpiano non sente la necessità di specificazioni se non quella di sottolineare che il *ius civile* non si allontana in tutto dai primi due e nemmeno in tutto vi aderisce, con ciò anticipando una divaricazione fra gli ordinamenti⁶ in cui il *ius naturale* finisce per essere collocato in una posizione di subalternità, di metagiuridicità, rispetto al *ius civile*, la cui autorità riesce sempre a prevalere e, come vedremo, si rifletterà consapevolmente anche sulla fattispecie che analizza, conservata in D. 7.1.68.pr. Tale retroterra culturale e ideologico consente di ambientare e comprendere in modo migliore la testimonianza ulpiana.

2. Passiamo ad analizzare il testo di Ulpiano:

⁴) La inevitabile dinamica delle sovrapposizioni tra citanti e citati che si rileva dai frammenti dei *Digesta*, considerando che quasi sempre la menzione delle dottrine precedenti è sovente affidata solo alla memoria dei primi che raramente utilizzavano materiali di prima mano ma li apprendevano da *auditores* delle lezioni dei loro maestri, rende impegnativo ricostruire – anche solo in via congetturale – la originaria trama narrativa e distinguere le elaborazioni dei primi da quelle dei secondi, senza contare che l'intervento dei compilatori giustiniani – anche quando non si risolve in una evidente alterazione dei contenuti – nel loro lavoro di selezione, adattamento ed eliminazione, potrebbe avere non poco contribuito in diversi casi all'inquinamento o alla contaminazione dei dettati primitivi.

⁵) Cfr. D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 *Inst.*): '*... collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*'.

⁶) Cfr. D. 1.1.6 (Ulp. 1 *Inst.*): '*Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur*'.

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.

Distinguere all'interno di D. 7.1.68.pr. il nucleo originario della *sententia*⁷ Bruti⁸ non costituisce affatto operazione priva di dubbi e nemmeno l'attribuzione della «motivazione» allo stesso Bruto oppure ad Ulpiano.

Non aiuta a far luce sulle incertezze appena indicate la pur scarna testimonianza ciceroniana contenuta nel *De finibus bonorum et malorum*⁹:

⁷) Su attestazione, significato e valore della utilizzazione della espressione *sententia* nelle citazioni dei giuristi severiani si veda E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in «RDR.», I, 2001, p. 345 ss., che, con specifico riferimento ai contributi di Giuliano traditi in tale forma, rileva che: «questa tecnica di riproposizione del pensiero altrui raggiunge, nelle citazioni di Ulpiano, un'estrema frequenza» (p. 349).

⁸) Pochissimo si conosce dell'opera di Bruto: O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, rist. 1960, c. 78, ne rinviene solo cinque menzioni giurisprudenziali; attraverso la citazione testuale di Cicerone (Cic., *de orat.* 2.55.223-224) apprendiamo dell'esistenza di tre *Libri de iure civili* (Pomponio – D. 1.2.2.39, *l. sing. Ench.* – ricorda sette libri) in cui, è stato rilevato (M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, p. 264) «il discorso veniva snodandosi in forma dialogica»; con Publio Mucio, Bruto e Manilio, «fondatori» del *ius civile*, lo studioso riscontra che «l'*interpretatio* si rende autonoma rispetto al dato normativo della legge, lo attrae dentro di sé e si costituisce secondo una sua intrinseca razionalità. Appunto come autonoma *interpretatio* il *ius* è 'fondato', intorno, alla metà del II secolo a. C., dai giureconsulti della triade pomponiana» (cfr. p. 263). Non concorda con l'interpretazione di D. 1.2.2.39 proposta da Bretone D. NÖRR, *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, Berlin - New York, 1976, p. 498 ss., trad. it. – *Pomponio o «della intelligenza storica dei giuristi romani»* – in «RDR.», II, 2002, p. 199, il quale è «dell'avviso che né gli altri due passi dell'*'encheiridion'* in cui Pomponio usa il verbo '*fundare*' (§§ 4 e 44), né lo stesso normale uso stilistico, giustificano un'interpretazione di tale portata. Nelle parole di Pomponio non possiamo cercare niente di più che l'accertamento del 'consolidamento', del rafforzamento, del compimento, della concretizzazione del *ius civile*, che accresce la certezza del diritto».

⁹) Cic. *de fin.* 1.4.12. Probabilmente Cicerone riporta la questione solo in via incidentale per sottolineare, certo, la raffinatezza e l'utilità del ragionamento giuridico e della disciplina giuridica *tout court* che tuttavia, benché gli argomenti trattati rivestano un grande rilievo perché *vendibiliora* (più graditi? più utili e ricorrenti nella pratica?), non sembrerebbero presentare la stessa ricchezza di contenuti di quelli filosofici. L'informazione sulla disputa potrebbe essere pervenuta a Cicerone attraverso la lettura dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola: cfr. F. BONA, *Cicerone e i «libri iuris civilis» di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, Milano, 1985, p. 261 nt. 161 («da questione che riguardava la spetanza o meno del *partus ancillae* ...») può «essere derivata all'oratore dall'opera di Quinto Mucio Scevola: è qui che egli potrebbe averla trovata compiutamente esposta; da qui potrebbe averla facilmente e comodamente enucleata ... Come, poi, la pensasse Quinto Mucio sulla questione che vedeva Bruto dissentire dalla posizione del padre,

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 usus civium non inutile, nosque ea scripta reliquaque eiusdem generis et legimus libenter et legemus), haec, quae vitam omnem continent, neglegentur? nam, ut sint illa vendibiliora, haec uberiora certe sunt.

In essa l'Arpinate nel ricordare la celebre disputa giurisprudenziale – che presumibilmente dovette avere una certa risonanza visto che la *sententia Bruti* si poneva in opposizione all'opinione, sino ad allora seguita, degli altri due «fondatori»¹⁰ del *ius civile* Manilio e Scevola – non ne approfondisce affatto i contenuti, tace su qualsiasi spunto di riflessione e, senza entrare nel cuore del contraddittorio, si limita a riportare rapidamente l'esistenza della *dissentio*¹¹ che, a suo giudizio, verte sull'interrogativo se il *partus ancillae* debba essere annoverato o meno tra i frutti.

D'altro canto, se è indubitabile che Cicerone non intendeva né informare sull'articolazione della disputa né tanto meno enunciare il suo parere rispetto al quesito che riferisce perché fuori contesto rispetto al tema che sta trattando, il semplice fatto che abbia evocato proprio il caso del *partus ancillae* per magnificare l'acume ed il vantaggio *ad usus civium*, in cui si concreta l'opera dei giuristi la cui lettura desta sempre piacere («*nosque ea scripta reliquaque eiusdem generis et legimus libenter et legemus*») dimostra che ritenesse la questione particolarmente emblematica e che essa fosse sentita e dibattuta ancora ai suoi tempi¹² e, a nostro avviso, non riguardava tanto il caso del *partus ancillae* esami-

non è questione che coinvolga la paternità della notizia ciceroniana») e *Sulla fonte di Cicerone, de oratore* 1.56 239-240 e *sulla cronologia dei 'decem libelli' di P. Mucio Scevola*, in «SDHI.», XLIX, 1973, p. 464 ss. e p. 472, dove l'autore ritiene abbastanza verosimile che Q. Mucio avesse attinto notizie della *dissentio* nei *decem libelli* del padre.

¹⁰ O «rifondatori» del *ius civile*, come precisa BRUTTI, in «Lineamenti di storia del diritto romano», cit., p. 301 s., secondo il quale lo squarcio pomponiano (D. 1.2.39, *l. sing. ench.*) non deve essere tradotto alla lettera per la preesistenza di un'attività interpretativa ai tre giuristi che, tuttavia, «hanno riformulato il *ius civile*», pur avendo «assai poco in comune», e tale riformulazione – motivo del '*fundaverunt*' pomponiano e della svolta dai tre impressa alla giurisprudenza repubblicana – potrebbe essere spiegata con l'allontanamento delle loro opere dalle XII Tavole e la tendenza a basare «l'*interpretatio* sui contenuti normativi più vari e più liberamente determinati, rispetto a quanto avveniva nei *Tripertita* di Sesto Elio» (p. 302).

¹¹ Non era evidentemente nelle intenzioni di Cicerone dilungarsi più di tanto sul problema perché questo lo avrebbe allontanato dalla trama argomentativa che va sviluppando: nel brano precedente – *de fin.* 1.4.11 – si lancia in una appassionata *laudatio* della *philosophia* dalla cui lettura ritiene non si potrebbe ottenere miglior vantaggio per vivere bene e, in quello successivo – *de fin.* 1.4.13 – si appresta ad analizzare la dottrina di Epicuro.

¹² Lo sottolinea ZUCCOTTI, «*Partus ancillae*», cit., p. 192 s., che, riprendendo uno spunto di V. ARANGIO-RUIZ, *Cicerone giurista*, in «Ciceroniana», 1.2, 1959, p. 10, ritiene che nemmeno dovesse essere ancora risolta e, dal momento che Cicerone parla di Bruto come un *dissentiens*, ne inferisce che «nel 45 a. C. un giudice avrebbe potuto ancora deci-

nato alla luce di considerazioni di carattere umanitario o, men che mai, di prerogative da riconoscersi agli schiavi in quanto uomini ma, piuttosto, rappresentava un'ulteriore occasione – presumibilmente di carattere dottrinale e/o scolastico¹³ – per interrogarsi sul contenuto e la configurazione dell'usufrutto che al tempo di Scevola, Manilio e Bruto cominciava a conoscere altre applicazioni al di là di quella originaria per la quale era stato costituito.

3. A differenza dell'Arpinate, Ulpiano riporta la *vetus quaestio* fondandola sulla «spettanza» del *partus* dell'*ancilla* data in usufrutto¹⁴. Il giurista di Tiro¹⁵, quindi, sembra porre l'accento sulla estensione e le modalità dei poteri riguardanti l'usufruttuario e, coerentemente a tale impostazione, riferisce della prevalenza dell'opinione di Marco Giunio Bruto per il quale l'usufruttuario «*in eo locum non habere*». Non compare nel testo alcun riferimento all'orientamento, per così di-

dere la controversia sul *partus ancillae* a favore del *fructuarius*» (p. 193 nt. 16). Ancora sulla dubbia popolarità della *sententia Bruti*, cfr. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 196.

¹³) Si stenta a credere che la diatriba giurisprudenziale sia stata originata da reali, e soprattutto frequenti, controversie da dirimere; se, infatti, seguendo la traccia lasciata da ZUCCOTTI, «*Partus ancillae*», cit., ci si configura «la effettiva situazione del figlio della schiava nella realtà quotidiana della Roma antica» (p. 196 s.) e si rileva che «al tempo della disputa sul *partus ancillae* ed ancora a lungo la norma dovesse essere la tranquilla convivenza del figlio della schiava con la famiglia servile e quindi con il *fructuarius*, in una situazione sufficientemente fluida in cui la disposizione di fatto del titolare del *ius in re aliena* sul nuovo nato poteva facilmente interagire e prevaricare sulla situazione di diritto che lo assegnava al nudo proprietario» (p. 198), si può immaginare che essa presentasse, stando almeno a quel contesto socio-familiare, un carattere più accademico, teorico, magari non scevro di risvolti pratici, finalizzato a definire lo statuto dell'*uti frui* ancora in evoluzione, e tale ipotesi non è esclusa nemmeno da Zuccotti (p. 256 s.).

¹⁴) Si concorda con ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 206 s., quando osserva che «normalmente i giuristi romani (forse anche in quanto i problemi che circondavano l'esatta nozione di «frutto» dovevano rendere sconsigliabile il suo assurgere a cardine di tali decisioni) preferivano piuttosto chiedersi se un determinato bene ... spettasse o meno all'usufruttuario ... ed inferendo quindi da tale risposta la qualifica di «fructus» nel caso da attribuire al bene in questione»: ma, come si preciserà *infra*, § 4, presumiamo che, almeno nel caso in esame, il «*pertinere*» potrebbe non assumere il valore di «appartenenza».

¹⁵) Un'apologia della città che probabilmente gli diede i natali è contenuta nell'esordio dei suoi libri *de censibus* (D. 50.15.1, Ulp. 1 *de cens.*) dove il giurista – cfr. V. MAROTTA, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma, 2021, p. 7 – «indica ... con estrema precisione tutti gli elementi che la rendevano meritevole di essere celebrata come una delle più insigni città di quel tempo»; «nell'includerlo tra quelli selezionati per comporre un titolo (D. 50.15) ... i commissari giustinianeî intendevano forse manifestare la propria deferenza nei confronti della memoria di Ulpiano»; cionondimeno, precisa Marotta, «che, in tal modo, il giurista non intende sostenere che Tiro sia il luogo ove egli è nato (eventualità peraltro, in sé e per sé considerata, non inverosimile)».

re, tradizionale, di segno opposto sostenuto da Publio Mucio e Manilio¹⁶, che non sono nemmeno menzionati, e tale lacuna inficia non poco la complessiva impostazione del problema.

La locuzione *'in eo locum non habere'* presta il fianco a qualche dubbio¹⁷: deve essere intesa come «appartenenza», «potere giuridico»¹⁸, «proprietà», o come semplice «godimento», «utilizzazione» del *partus*? Lascerebbe propendere per la prima scelta il fatto che nel prosieguo della disquisizione, dopo la giustificazione *'neque enim in fructu hominis homo esse potest'*, Ulpiano sembra introdurre un nuovo caso riferendo *'hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit'*; affermando, quindi, che «l'usufruttuario per questa ragione non avrà nemmeno l'usufrutto sul parto», finirebbe per isolare due distinte ipotesi.

Tuttavia, l'opzione per l'una o l'altra configurazione non doveva probabilmente assumere una effettiva rilevanza pratica (soprattutto con riferimento alle applicazioni originarie dell'usufrutto che forse alcuni giuristi concepivano come *pars domini* o *pars rei*¹⁹, come proprietà temporanea²⁰) così come non doveva averne, sempre in ordine ad una fase iniziale, il conflitto stesso descritto nel testo se solo si rifletta sull'articolazione socio-familiare originaria in cui il diverbio avrebbe potuto innestarsi²¹.

¹⁶) Com'è noto, la celebre disputa riveste una duplice importanza perché attesta, da un lato, la risalenza dell'istituto alla fine del III a.C. o all'inizio del II e, dall'altro, il ricorso all'usufrutto degli schiavi, successivo, secondo i più, a quello sui fondi: si veda PUGLIESE, *'Usufrutto'*, cit., p. 316.

¹⁷) Se ne discuterà ancora *infra*, § 4 e nt. 35.

¹⁸) Traduce l'espressione *'sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere'* con «ma è prevalso il parere di Bruto, che l'usufruttuario non estende su di lui <il suo diritto>» A. SCHIPANI, *«Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae»*, II, Milano, 2005, p. 140.

¹⁹) In ordine alla natura dell'usufrutto, tale inquadramento pare evincersi da più luoghi: cfr. un frammento di Paolo tratto dal secondo libro del suo commentario all'editto, D. 7.1.4 (Paul. 2 *ad ed.*: *'Usus fructus in multis casibus pars domini est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest'*), e forse anche D. 21.2.49 (Gai. 7 *ad ed. prov.*: *'Si ab emptore usus fructus petatur, proinde is venditori denunciare debet atque is a quo pars petitur'*) e ancora D. 45.1.58 (Iul. 54 *Dig.*).

²⁰) Senza volersi addentrare più di tanto nel dibattito dottrinario intorno alla struttura originaria dell'istituto (quindi prima che esso avesse conseguito un'autonoma individuazione come *ius in re aliena*), gli ostacoli tecnici a tale ipotesi si risolvono essenzialmente nell'alienità della cosa oggetto dell'usufrutto che è indicata nella famosa definizione paolina contenuta in D. 7.1.1 (Paul. 3 *ad Vit.*): *'Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia'*; tuttavia, riteniamo che l'enunciazione di Paolo sia rappresentativa di uno stadio più maturo dello sviluppo dell'istituto e non dia ragione delle sue prime articolazioni.

²¹) ZUCCOTTI, *«Partus ancillae»*, cit., p. 248 s., sottolineando «l'ambientazione storica» e la «realtà quotidiana» all'interno delle quali la disputa si svolgeva, disapprova le impostazioni che non hanno tenuto conto della «dimensione familiare in cui nasce e si sviluppa lo *ius utendi fruendi*», né della inesistenza di una contrapposizione netta tra *madrefructuaria* e *figli-domini* e neppure del fatto che la *dissensio* «sia da situare in un periodo in cui tale istituto era sorto da non troppi decenni appunto per provvedere alle necessità

Per quanto riguarda la motivazione della *sententia Bruti*, 'neque enim in fructu hominis homo esse non potest', stando al tenore della sequenza del brano, essa non pare essere in linea con l'organizzazione del discorso precedente perché si innesta sul tema diverso di cosa possa essere considerato come 'fructus' e non su quello della individuazione, delle caratteristiche e dei limiti dei poteri dell'usufruttuario. Risulta complicato presumere che Bruto possa aver orientato la spiegazione della sua determinazione su un assunto che tecnicamente si allontanava dall'oggetto e dal ragionamento iniziali²². D'altro canto, non è nemmeno opportuno attendersi obbligatoriamente una «motivazione» al suo responso laddove quest'ultimo facilmente poteva esserne privo²³.

Non crediamo si possa escludere che nell'inciso Ulpiano – verosimilmente immerso nel suo procedimento riflessivo²⁴ – manifesti un giudizio personale²⁵;

della vedova senza compromettere le aspettative dei figli», e precisa ancora che quelle riguardano la *quaestio* attraverso la prospettiva «adulta» dell'istituto, così come ci è riferita da Gaio e Ulpiano, che «ormai è un diritto che riguarda normalmente, se non persone sempre del tutto estranee tra loro, in ogni caso soggetti i cui interessi patrimoniali risultano sufficientemente contrapposti» (p. 248 s.).

²² Il chiarimento sarebbe, invece, attribuibile secondo ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, p. 221 s., a Bruto che ricorre alla nozione di 'fructus' ribaltando «il procedimento logico-giuridico usuale, consistente nel decidere se e in quali limiti determinate *res* potevano spettare» all'usufruttuario, «inferendo poi da tale soluzione l'eventuale natura di 'fructus' della *res*» e imponendo «invece una prospettazione inversa della questione, in cui era preliminarmente da decidere che cosa fosse in generale da considerare 'frutto', e fosse quindi da attribuire al *fructuarius*, per stabilire in base a tale definizione la natura e la sorte del *partus ancillae*» (p. 222 s.).

²³ Proprio discutendo dei *veteres* e della natura dei loro responsi, C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I. *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*², Torino, 1976, p. 43 s., afferma che «essi consistono sempre in una soluzione casistica enunciata autorevolmente, senza motivazione: quello che veramente li caratterizza è il tipo di problematica, e la tecnica impiegata nella soluzione, lo strumentario concettuale usato».

²⁴ Nel commentario ulpiano *ad Sabinum* non sempre risulta agevole distinguere i lemmi dal commento dal momento che nel Digesto sono stati eliminati i nomi *Sabinus* e *Ulpianus* (sul punto, sia pure con cautela, si consideri F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 380); anche nel nostro caso l'impresa non è semplice e si tende a prendere in esame la possibilità che l'inciso in questione possa costituire una divagazione di Ulpiano occupato nel suo impegno di 'riformulazione' del *ius civile*: «lo scopo di questo commento era il medesimo di quello del commento all'editto: Ulpiano intendeva in esso offrire un *restatement* della interpretazione del *ius civile*, come nel suo *Ad Edictum* egli offriva un *restatement* della interpretazione dell'editto».

²⁵ La paternità dell'inciso è riconosciuta a Giunio Bruto da ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 163, nt. 728: «L'argomento è stato oggetto di discussione tra i moderni, che solitamente escludono – ma senza plausibili argomenti – la sincerità di queste motivazioni, e, comunque, la loro rilevanza al tempo di Bruto (eppure, è proprio verso la metà del II a.C. che gli influssi culturali greci si fanno sentire più prepotentemente a Roma)» che però, con accento forse un po' troppo sfumato, non può fare a meno di precisare che «la regola di Bruto ebbe, come vedremo subito, applicazione non generale, e ... non fu portata alle sue

pertanto, la giustificazione ulpiana costituirebbe una sorta di agglutinazione alla seconda proposizione del *principium* del testo, (dove è credibile citi Marco Giunio Bruto fedelmente: ‘*sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere*’) ²⁶, a meno che non si voglia supporre si tratti di una inserzione ad opera di revisori postclassici ²⁷ o di una improvvida delucidazione dei commissari giustiniani.

La parte conclusiva del *principium* del frammento ulpiano – ‘*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*’ – genera delle riserve; la concatenazione

estreme conseguenze». Non convincono il ragionamento e gli argomenti addotti da CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, cit., p. 87, che pure ascrive a Giunio Bruto la puntualizzazione che si sta esaminando, condividendo la linea interpretativa di Kaser, sulla base di un confronto con D. 5.3.27.pr. (Ulp. 15 ad ed. ‘*Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augeat 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*’) dove, secondo lo studioso, la motivazione ulpiana sarebbe diversa. A nostro avviso, invece, D. 5.3.27.pr. conferma giustappunto la ricostruzione che stiamo avanzando e la paternità di Ulpiano della giustificazione contenuta in D. 7.1.68.pr. attraverso un inciso dove il giurista dà per scontato che i nati delle schiave e i nati dei nati non sono da considerarsi frutto e addirittura ne adduce a supporto una energica, vivace spiegazione (segnalata dall’avverbio ‘*temere*’) che suona quasi come una esortazione a non acquistare sconsideratamente schiave affinché partoriscono. Una lettura con una diversa, interessante sfumatura è stata suggerita da SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 113: «... i parti ... sono un prodotto della cosa ereditaria che deve seguire la cosa stessa, costituiscono un incremento dell’eredità ... e, nel dire che i parti non sono frutti», Ulpiano «ne esprime anche la ragione ... non facilmente cioè le schiave si comprano per farle partorire. Si tratta dunque non più di una ragione filosofica ... ma di una ragione di ordine economico. L’utilità che si ritrae da una schiava non consiste nei suoi parti, ma nelle opere che si ricavano da essa».

²⁶ Con speciale, ma immaginiamo non esclusivo, richiamo alle citazioni di Giuliano nell’opera ulpiana, STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche*, cit., p. 349 s., osserva che: «nel giurista di Tiro è marcata la tendenza a collocare il ricordo di precedenti *prudentes* all’inizio o nel cuore della propria elaborazione», i contributi anteriori sono «ripercorsi con un’acribia non necessariamente dettata da fedeltà filologica» (p. 350); «la distanza tra citato e referente viene praticamente elisa e la restituzione delle varie interpretazioni può non seguire un ordine cronologico, per obbedire piuttosto a una logica ricostruttiva o essere determinata dalla sequenza delle proprie letture» (p. 350 nt. 21).

²⁷ Si ventila qui una semplice eventualità forse suggestionati dalle riflessioni – in questo caso non del tutto condivisibili – di SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 381, secondo cui «già nel periodo altopostclassico l’opera di Ulpiano subì cambiamenti radicali e questa revisione rimosse completamente l’originale classico. Triboniano sapeva bene che la sua propria copia era una seconda edizione, una revisione ... Intanto è improbabile che questa seconda revisione sia stata fatta da Ulpiano stesso; la sua produzione letteraria era troppo vasta e fu compiuta in troppo breve tempo per permettere ciò. Comunque, che l’*Ad Sabinum* di Ulpiano sia stato riveduto in tempi postclassici è fuor di questione». Si aggiunga che ai compilatori pervenne un’edizione in 51 libri probabilmente incompleta, mancando in essa il commento a quello che poteva essere il IV libro di Sabino, dedicato al diritto delle cose, o perché non giunse mai a Triboniano o perché Ulpiano non riuscì a completarlo.

dei periodi si contraddistingue, peraltro, per una appariscente ripetizione del lemma «*usus fructus*» che non dà luogo propriamente ad un fraseggio armonioso e induce ad inferire per una rivisitazione dell'originale ulpiano.

Il sospetto diventa, però, più consistente – al di là del discutibile tenore formale, stilistico, della sequenza – quando se ne analizzino i contenuti e li si metta in relazione al ragionamento sviluppato appena prima con il quale ci paiono in evidente conflitto. Ci si chiede cosa accade nell'ipotesi in cui sia stato lasciato proprio l'usufrutto del parto della schiava: «*quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus*»; si acquista l'usufrutto su di lui: «*an habeat in eo usum fructum*»? E già da qui cominciano le perplessità. Il solo porsi la domanda risulta essere in palese inconciliabilità sia con la motivazione «*neque enim in fructu hominis homo esse potest*» (espressa precedentemente con tutta la sua portata «innovativa» per la considerazione dell'uomo in quanto tale a prescindere dallo *status* giuridico), sia con la conseguente decisa negazione che un usufruttuario possa conseguire l'usufrutto sul *partus* della schiava. Evidentemente a fronte della volontà del testatore²⁸ si sgretola la coerenza dell'impianto svolto in precedenza sul presupposto della *sententia Bruti* e che avrebbe postulato l'impossibilità logica anche del solo configurarsi il quesito. All'interrogativo, invece, viene data soluzione affermativa ragionando per analogia: «*et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius*».

Si sostiene, dunque, pacificamente che è possibile disporre per legato l'usufrutto del *partus* sul modello dell'acclarata eventualità – se non così diffusa nella pratica, evidentemente configuratasi in sede di riflessione teorica – di attribuire attraverso legato il *partus* stesso, a dispetto della categorica giustificazione «*neque enim in fructu hominis homo esse potest*» poco prima proclamata e che resta lettera morta, anzi, palesemente contraddetta dalle soluzioni successive adottate.

Oltre al dato testuale emergente da D. 7.1.68.pr., in via aggiuntiva, non si può non rilevare, rispetto al reale e concreto valore attribuito all'«umano», anche un'incongruenza di fondo che attraversa e *silentio* l'intero frammento: se l'*ancilla*, appartenente al genere umano, può essere data in usufrutto, *ergo* è a disposizione dell'*uti frui* di un altro essere umano, non si comprende perché non si possa parimenti disporre del figlio nato da lei.

Dunque, l'inciso/motivazione «*neque enim in fructu hominis homo esse non potest*» si scontra, anche, con un latente ma inequivocabilmente apprezzabile im-

²⁸) La supremazia della *voluntas testatoris* risulta letteralmente evidenziata in un frammento escerpito dai digesti celsini in tema di legato di schiave e di tutti i figli che da esse sarebbero nati, anche a discapito del principio di accessorietà che secondo Servio, citato ma contestato da Celso, avrebbe impedito l'attribuzione dei figli della schiava morta legati a titolo di accessorio: cfr. 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*»).

pedimento logico di base, che non avrebbe potuto essere ignorato nello sviluppo del ragionamento, oltre a dar luogo ad un'evidente incoerenza perché disomogeneo rispetto alla progressione successiva del frammento ed agli esempi derogatori in esso contenuti con i quali si pone in stridente conflitto.

4. Tra l'altro, l'enunciato stesso della *sententia* suscita ancora qualche incertezza: siamo davvero sicuri che quando Ulpiano riferisce '*sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere*' voglia significare (o, forse, Bruto – se citato rigorosamente da Ulpiano – voglia intendere) che «l'usufruttuario non estende su di lui 'il suo diritto'»?²⁹ O, per essere più chiari, è possibile che Bruto con quelle parole volesse necessariamente alludere ad una posizione di «preminenza» che non spetterebbe all'usufruttuario? Certo, è possibile, così come parimenti non può escludersi un'altra ipotesi: il valore da conferire alla locuzione '*locum (non) habere*' potrebbe essere, invece, quello di «trovare applicazione»³⁰, «essere valido».

D'altro canto, se caliamo il responso di Bruto nel caso – almeno in relazione al periodo in cui opera, presumibilmente di natura teorica³¹ – oggetto della sua osservazione, fatteremmo ad immaginare che un infante, prima, ma forse anche un fanciullo, poi, avesse potuto rappresentare una utilità, una convenienza, un valore, un guadagno³² per il soggetto '*ad quem pertinuisset*',

²⁹) Cfr. *supra*, § 3 e nt. 18.

³⁰) Peraltro, tale espressione, nel senso indicato, è utilizzata con frequenza nel linguaggio giuridico – specialmente nella produzione ulpiana – e rispetto a temi disparati. Si può, ad esempio, rinvenire '*locum habere*', con significato del tutto analogo a quello espresso nel testo in esame, in un frammento, parimenti ulpiano, in tema di *effusum vel deiectum*, cfr. D. 9.3.1.3 (Ulp. 23 *ad ed.*): '*Quod, cum suspenderetur, decidit, magis deiectum videri, sed et quod suspensum decidit, pro deiecto habere magis est. proinde et si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, edictum tamen locum habere dicendum est*'. Ed è sempre Ulpiano ad utilizzare la formulazione nel medesimo senso in D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*) in materia di *interdictum uti possidetis* ('*sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti*') e in D. 9.1.1.4 (Ulp. 18 *ad ed.*) trattando l'argomento *actio de pauperie*: '*Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes*'. Anche Gaio utilizza la locuzione in ordine alla *calumnia*: cfr. Gai 4.179 ('*Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet*').

³¹) BRETONÉ, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 261, con riferimento ai *qui fundaverunt ius civile* dell'*excursus* pomponiano in D. 1.2.2.39 (Pomp. *l. sing. ench.*) sostiene che «si deve riconoscere in Manilio, Publio Mucio e Bruto la tendenza a giustificare le proprie opinioni: limitandoci agli esempi più facili, la *quaestio* sulla natura del 'parto della schiava', o l'altra sulla efficacia nel tempo della *lex Atinia*, hanno il tono e lo stile di dispute scientifiche».

³²) Secondo GUARINO, *I due sessi dello schiavo*, cit., p. 262 «l'eventuale ingravidamento e parto di una schiava non erano e non potevano essere ritenuti un guadagno dell'usufruttuario, ma erano per lui, al contrario, solo una causa di perdita in termini di giornate di lavoro, alla pari di una malattia o di altra provvisoria causa di debilitazione». In senso diverso, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1984, p. 166, da un lato, afferma che «la

almeno fino a quando non avesse raggiunto età, forze, maturità minime per essere produttivamente impiegato e quindi rappresentare davvero un valore economico. Piuttosto è da ritenere che quest'ultimo avrebbe dovuto sobbarcarsi i costi e gli oneri per allevare, nutrire, curare il figlio della schiava e sostenerne parimenti la madre che, peraltro, nel periodo di gestazione diminuiva – se non azzerava, in caso di gravidanza complicata – la sua capacità di essere utilizzata per le attività che era chiamata a svolgere.

Se il punto centrale del tema che Bruto intendeva affrontare non consisteva nello stabilire la «*s p e t t a n z a*» – nel senso dell'appartenenza – del *partus* al *dominus* o all'usufruttuario bensì nell'individuare l'essenza dell'*uti frui*, del «contenuto» dell'usufrutto³³ che proprio alla sua epoca si andava progressivamente modellando e sviluppando, ebbene, quale effettivo *uti frui* si sarebbe potuto concretamente conseguire rispetto a quel *partus* o a quell'infante³⁴? Quando si fosse realizzata quell'eventualità l'usufrutto non avrebbe trovato applicazione, non sarebbe stato valido, o forse, *utilis*, perché di fatto non avrebbe potuto essere esercitato.

Al più, un'eventuale «attribuzione» del *partus* all'usufruttuario avrebbe

ragione riferita da Ulpiano in D. 7.1.68.pr. (*neque enim in fructu hominis homo esse potest*) e sostanzialmente ripetuta da Gaio in D. 22.1.28 § 1 (*cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*) proverebbe veramente un po' troppo, anzi per deduzione logica avrebbe dovuto portare all'abolizione della schiavitù», dall'altro, sostiene che «molto più probabilmente la ragione decisiva è stata che, nel conflitto fra proprietario ed usufruttuario della schiava, il piccolo schiavo è parso troppo prezioso per potersi attribuire al secondo» (p. 166 s.). M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 464, se, da una parte, segue letteralmente l'opinione del Maestro, dall'altra, non vede nella motivazione «una decisione ispirata a motivi di classe, perché proprietari ed usufruttuari appartengono al medesimo ambiente; né a ragioni di politica economica (la libertà della proprietà era compresa dall'usufrutto in sé considerato, non dall'attribuzione all'usufruttuario dei nati da una schiava, ai quali non si può riconoscere un eccezionale valore economico)».

³³) Risulta molto probabile che il tema principale discusso all'epoca di Bruto, Mucio e Manilio investisse proprio la portata, la sostanza che il nuovo istituto andava assumendo anche perché, come rileva PUGLIESE, *'Usufrutto'*, cit., p. 318, «gli atti di uso e di sfruttamento non erano specificati né elencati, ma venivano indicati genericamente coi verbi *uti frui*, in modo che il titolare risultava autorizzato a godere la cosa come giudicava più opportuno in relazione alle caratteristiche di essa e alle proprie esigenze. L'usufrutto era dunque di quei diritti che modernamente si dicono «a contenuto generale» e, sotto questo aspetto, risultava simile alla proprietà» ma, invece, divergeva dalle servitù dove la compressione delle facoltà del proprietario era molto più contenuta e, al di là della limitazione relativa all'oggetto della *servitus*, il *dominus* continuava ad esercitare tutte le altre attribuzioni derivanti dal suo diritto. L'ampiezza e, al tempo stesso, l'indeterminatezza dei poteri dell'usufruttuario erano tali da comprimere, anche se temporaneamente, tutti i poteri – tranne quello della vendita dell'oggetto – del concedente per questo qualificato come nudo proprietario.

³⁴) Sia che si faccia riferimento al *conceptus*, al *partus editus* o al *partus perfectus* il ragionamento non cambia se il criterio da considerare resta quello dell'utilità dell'usufrutto.

avuto senso – e solo a titolo di ristoro futuro e potenziale – per compensare la perdita derivante dalla mancata o ridotta utilizzazione della schiava durante la gravidanza con la possibilità di avvalersi del lavoro e delle opere del nato dall'*ancilla*, una volta cresciuto, ma tale evenienza avrebbe forse dovuto essere oggetto di un'apposita pattuizione, proprio perché la *ratio* che si immagina poter essere sottesa all'usufrutto ne avrebbe impedito l'esplicazione in quanto l'usufruttuario non avrebbe potuto in concreto esercitare né *uti* né *frui* su chi ancora non fosse venuto ad esistenza o comunque, almeno per età, non fosse stato in grado di svolgere la benché minima attività.

Alla luce di tale ipotetica ricostruzione, all'inizio del frammento, quando si ricorda la '*vetus quaestio an partus ad fructuarium pertineret*', non si può escludere che l'interrogativo posto possa avere avuto un altro intendimento: il *partus* riguarda l'usufruttuario, ha attinenza con le sue facoltà, concerne il suo diritto, gli interessa? L'ampiezza semantica del '*pertinere*'³⁵ consente di riformulare il quesito '*an partus ad fructuarium pertineret*' in tali termini che peraltro ben si coniugano con il senso che abbiamo attribuito alla successiva *sententia* secondo cui '*fructuarium in eo locum non habere*': alla domanda se il *partus ancillae* interessasse all'usufruttuario, gli servisse, fosse pertinente e consono ai fini dell'usufrutto, Bruto risponde che in questo caso l'usufrutto non trova applicazione, non ha ragione di essere esercitato.

A conferma della plausibilità della parafrasi così restituita si può osservare che dopo la giustificazione '*neque enim in fructu hominis homo esse potest*' – che, si ripete, ascriviamo ad Ulpiano – il giurista di Tiro termina l'exkursus

³⁵ La costruzione di '*pertinere*' con '*ad*' e l'accusativo si trova, infatti, sovente utilizzata con tutte le sfumature polivalenti riconducibili all'area dell'«appartenenza», anche sganciata dall'idea di «padronanza», «possesso», ma designante appunto «afferenza», «inerenza», «rilevanza». In tale accezione è variamente attestata; a titolo di esempio macroscopico, si ricorda Gai., *inst.* 1.8 ('*Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*') e ancora lo stesso Gai., *inst.* 2.6 ('*Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat*') e 2.14 ('*Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur*'), nonché Cic. *de Fin.* 5.24 ('*Hanc initio institutionem confusam habet et incertam, ut tantum modo se tueatur, qualecumque sit, sed nec quid sit nec quid possit nec quid ipsius natura sit intellegit. Cum autem processit paulum et quatenus quicquid se attingat ad seque pertineat perspicere coepit, tum sensim incipit progredi seseque agnoscere et intellegere quam ob causam habeat eum, quem diximus, animi appetitum coepitque et ea, quae naturae sentit apta, appetere et propulsare contraria*') e pro *Rosc. Am.* 36 ('*Non eodem modo de omnibus, ideo quod prima illa res ad meum officium pertinet, duas autem reliquas vobis populus Romanus imposuit*'). D'altronde già Pomponio avvertiva dell'estrema duttilità del '*pertinere*' in D. 50.16.182 (Pomp. 35 *ad Sab.*): '*Verbum illud 'pertinere' latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae domini nostri sint, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri domini: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint*'.

chiosando, stavolta *apertis verbis*, che *'bac ratione nec usum fructum in eo fructuarium habebit'*. In questo caso è enunciato, sì, con evidenza letterale, che l'usufruttuario non avrà l'usufrutto sul *partus*; dichiarazione che – se la considerassimo sovrapponibile nel valore alla *sententia Bruti*, per cui *'fructuarium in eo locum non habere'*, costituirebbe, tra l'altro, un'inspiegabile ed inutile ripetizione – mentre, riguardata come autonoma – poiché differenti sono i costrutti *'in eo locum habere'* e *'in eo habere'* che danno luogo a contenuti diversi – avvalora la congettura³⁶ secondo cui Marco Giunio Bruto, interrogandosi sul se il *partus ancillae* fosse inerente alla finalità dell'usufrutto, se esso rappresentasse un interesse per l'usufruttuario (*'an partus ad fructuarium pertineret'*) perveniva al convincimento che quest'ultimo non aveva motivo di ricorrere all'usufrutto sul *partus*. Dal canto suo, Ulpiano chiosava³⁷ l'esposizione dell'illustre citato – reinterpretato con personale sensibilità – invocando il principio dell'impossibilità (sul piano, per dir così, ideale, quello del *ius naturale*, data la successiva immediata smentita) di contemplare un uomo come frutto di un suo simile (*'neque enim in fructu hominis homo esse potest'*) e aggiungendo che su tale base l'usufruttuario non potrà (potrebbe) esercitare l'usufrutto sul *partus*

³⁶ Solo di supposizione è lecito parlare perché non siamo in grado di ricostruire il contesto, accademico o casistico che fosse, ma solo di ipotizzarlo e nemmeno di risalire, se non in base ad una convinta rappresentazione soggettiva, al pensiero originario di Giunio Bruto alla luce delle scarse notizie di cui disponiamo. L'esercizio della memoria che «per il giureconsulto, più che per ogni altro cultore di una tecnica specifica, ... è un tratto significativo e caratteristico ... bene «necessario» ma «fragile» (M. BREONE, *Il giureconsulto e la memoria*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, Milano, 1985, p. 13 e nt. 34), gli impone di dover «fare i conti, di volta in volta, con un patrimonio di esperienza che solo una memoria scaltrita è in grado di dominare» (p. 18). Come ancora suggerisce Breone, «nel mondo repubblicano, il diritto sfugge ad una pianificazione legislativa o codificatoria ... è consiglio solo oralmente formulato ... una sorta di sapienza oracolare ... trasmissione ai discepoli di un corpo di dottrine non irrigidito nella pagina scritta» (p. 19). Il trasferimento nel tempo di quell'esemplare modello di sapienza giurisprudenziale con le sue «fragilità» non può non aver conosciuto rispetto ai contenuti originari, nel passaggio di generazione in generazione, ma anche con riferimento alle singole individualità dei discendenti, inevitabili fenomeni di saldatura e sovrapposizioni successive.

³⁷ D'altronde, seguendo CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza*, cit., p. 48, registriamo che «il periodo che va da P. Mucio, Bruto e Manilio all'epoca del principato ... è l'unico della storia della giurisprudenza romana nel quale i giuristi godettero di un'autorità basata esclusivamente sulla loro capacità professionale e sulla fiducia della loro imparzialità ... i pareri dei giuristi venivano riferiti e seguiti, in giudizio e fuori, solo perché attribuibili a loro ... non v'era alcuna garanzia formale richiesta per l'autenticità del parere, né era richiesto necessariamente che esso fosse enunciato in relazione al caso concreto discusso ... non c'era ancora ... l'uso di dare responsa scritti e sigillati»: non possiamo che inferire per un inevitabile, fisiologico, continuo processo critico che nella traslazione dall'oralità alla scrittura può legittimamente aver dato luogo – ed il frammento di Ulpiano ne costituisce un esempio – ad interferenze interpretative ad opera dei successori.

ancillae (*hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit*)³⁸.

Resta, d'altronde, alquanto difficile immaginare un dilemma sull'«appartenenza», che, tra l'altro, si ribadisce, non doveva probabilmente rivestire una grande importanza agli esordi dell'istituto, cioè all'epoca di Bruto, perché le prime forme di usufrutto si risolvevano, come già ricordato, in una sorta di condominio tra *dominus* e *usufructuarius*³⁹. Peraltro, se si fosse voluto porre un problema di contrapposizione specificatamente in ordine alla proprietà, chissà se non sarebbe stato menzionato anche l'altro contendente.

L'ipotesi ricostruttiva qui proposta non appare smentita dalle due fattispecie menzionate alla fine del *principium* del frammento, e cioè, il legato d'usufrutto sul parto – la prima – ad imitazione del legato sul parto – la seconda – che sono consentite ma traggono la loro ammissibilità non da un'utilità attuale che ne ricaverrebbe il destinatario (inesistente) bensì da un'espressa volontà del disponente che probabilmente intendeva procurare un vantaggio, futuro e potenziale, al legatario. D'altro canto, l'introduzione dei due casi discussi tramite il *'tamen'* concessivo lascia intendere che essi costituivano una sorta di strappo alla regola in quanto non sarebbero stati propriamente in linea con la *ratio* dell'usufrutto, poiché al momento della disposizione nessun vantaggio, beneficio o giovamento avrebbe potuto trarsi dal *partus*.

Un canone così perentoriamente asseverato che enuncia l'impossibilità per un uomo ad essere il frutto di un altro uomo non avrebbe dovuto sgretolarsi a fronte di deroghe che ne avrebbero snaturato completamente l'essenza⁴⁰. Vi-

³⁸) Un'alternativa alla possibilità di presumere che Ulpiano cada in contraddizione, perché a ridosso di una convinzione così recisamente espressa ne denuncia subito le deroghe, sarebbe quella di immaginare una svista dei compilatori (un errore di trascrizione) che avrebbero riportato nell'inciso in questione *'habebit'* in luogo di un primitivo *'haberet'* che con il suo valore dubitativo restituirebbe al giurista di Tiro non solo la coerenza argomentativa – stemperando la portata concreta della precedente giustificazione *'neque ... potest'* – ma magari gli darebbe ragione di una consapevole travagliata scissione tra il piano dell'idealità e quello della effettiva rilevanza giuridica («per questa ragione l'usufruttuario non avrebbe l'usufrutto su di lui»). Tra l'altro, la stessa tormentata dichiarazione *'neque ... potest'* andrebbe riletta abbandonando ogni pretesa di categoricità se solo si riflettesse sulla circostanza che, soprattutto in relazione ad alcuni verbi, come *'possum'*, espressivi di possibilità, dovere, necessità, convenienza i latini utilizzavano il presente indicativo anche per alludere ad una potenzialità, un'opportunità, un dover essere che nella lingua italiana renderemmo con un condizionale («infatti, un uomo non potrebbe essere il frutto di un altro uomo»). In tal guisa, potremmo suffragare l'ipotesi che lo stesso Ulpiano avesse ben presente che la sua affermazione non trovava necessariamente riscontro nelle relazioni giuridiche.

³⁹) Cfr. *supra*, § 3 nt. 19 e 20.

⁴⁰) La presenza delle eccezioni introdotte dal *'tamen'*, alla fine del *principium* del frammento, induce a dubitare della reale concreta portata del canone *'neque ... potest'*, sia se lo si imputi ad Ulpiano, sia, come invece ritiene CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, cit., p. 87 ss., se lo si ascriva a Giunio Bruto: «ben altra forza espressiva ha la *sententia Bruti* se la si ri-

ceversa, anche tali eccezioni acquisiscono una ragionevole congruenza se sganciate da una instabile e problematica aspirazione – men che mai finalità, se non contemplata sul piano ideale⁴¹ – alla «assimilazione» di tutti gli esseri umani e reinterpretate alla luce della tutela di un'altra istanza, superiore, assorbente, la *voluntas testatoris*, che sovrasta il parametro dell'*utilitas* attuale, senza per vero intaccarne il valore se solo si rifletta sull'ipotetico intervallo che sarebbe intercorso tra il tempo della disposizione testamentaria e quello della sua effettiva esplicazione e, quindi, sui mutamenti che lo scarto temporale avrebbe prodotto sugli oggetti delle istruzioni testamentarie.

Quanto agli effettivi risvolti pratici della disputa tra i «fondatori» – *dissensio* che probabilmente all'epoca di Ulpiano avrà assunto una diversa rilevanza – riesce difficile immaginare che *dominus* ed *ususfructuarius*⁴² potessero così spesso confliggere per ottenere la «spettanza» del *partus* o piccolo schiavo il cui valore

porta al II sec. a.C. Il ricorso al concetto di *homo* per il *partus ancillae* assume, infatti, un significato fondamentale, critico rispetto ad una tradizione maturata nel *ius civile*, per la quale nello schiavo ormai si accentua il significato patrimoniale, di *res familiaris*, ed in particolare di *res Mancipi* ... Dire che il *partus ancillae* in quanto uomo 'non può essere' in *fructu hominis* è una presa di posizione, suffragata dalla riflessione stoica sulla *humanitas* ... La natura umana dello schiavo deve impedire l'aberrazione di considerare un frutto il 'parto' della schiava.

⁴¹ Secondo WATSON, *Morality, slavery*, cit., p. 294 «the jurists' decision was based on abstract philosophical principle and did not take into account the practical moral questions of the welfare and happiness of the slave-mother and child».

⁴² Se, peraltro, echeggiando la sensata rappresentazione sviluppata da ZUCCOTTI, «*Partus ancillae*», cit., secondo cui la vedova-madre-usufruttuaria – a vantaggio della quale l'usufrutto conosce la sua applicazione originaria – «continuava a vivere e ad usare della proprietà del marito ... allo stesso modo i figli ... continuavano a vivervi ... usando, al pari di lei, dei beni ereditari, di cui erano in prospettiva gli effettivi proprietari» (p. 250), attuando una «comunione di vita» (p. 251) in cui «l'amministrazione della proprietà ... doveva avvenire nell'accordo tra la madre e i figli» (p. 251) e «i problemi relativi alla gestione in comune della cosa» (p. 252) erano «di fatto superati senza direttamente assurgere all'attenzione dei giuristi ... attraverso l'intervento ... di parenti e amici che ... avrebbero potuto superare il dissidio (più *in iurgium* che vera e propria *lis*)» (p. 253) attraverso il ricorso «all'ovvio criterio economico della soluzione più conveniente da adottare per l'utile gestione della cosa» (p. 253) e alle «concrete abitudini di conduzione ed amministrazione delle *res* proprie del dante causa» (p. 253), dobbiamo con lui ragionevolmente concludere che almeno per le origini «i problemi relativi agli schiavi legati al fondo potevano ... venire risolti in quella dimensione familiare» (p. 254 s.) e che le disparità di vedute tra madre e figli non vertevano sull'«appartenenza giuridica dello schiavo» ma «sui criteri da seguire nell'amministrazione della *res*» (p. 255 s.). Lo studioso suppone che, più realisticamente, ad avanzare pretese sul neonato fosse l'*adgnatus*, erede della *fructuaria* defunta, e questo sì che davvero poteva risultare «assurdo» perché in conflitto con le finalità per cui l'usufrutto, avvertito come una «proprietà temporanea», era stato concepito: assicurare alla vedova lo stesso tenore di vita che conduceva vivente il marito ed ai figli la titolarità del patrimonio (p.265 s.).

economico (e non si esclude anche quello affettivo) era solo potenziale⁴³.

Naturalmente, se fossimo stati in possesso di qualche informazione anche minima sulla posizione degli altrettanto autorevoli dissenzienti Publio Mucio Scevola ed Manlio Manilio, la fattispecie trattata sarebbe stata più comprensibile ma purtroppo, com'è noto, al di là dell'esistenza del divario di opinioni, nulla viene ricordato del loro pensiero sull'argomento⁴⁴.

5. Un orientamento analogo a quello ricordato nel frammento ulpiano sembra emergere da Gaio:

D. 22.1.28.pr.-1 (Gai. 2 *Res cott.*): In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. 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 comparaverit⁴⁵

Dunque, Gaio, o lo pseudo Gaio⁴⁶, sostiene che il *'partus ancillae pertinet ad*

⁴³ Anzi, se solo si riflette sulla drammatica prassi di abbandonare gli schiavi bambini testimoniata dall'intervento di Costantino volto a scongiurarla (C.Th. 5.7.1 – *'de expositis'* –, *Imp. Constantinus A. ad Ablavium pp.*: *'Quicumque puerum vel puellam proiecram de domo, patris vel dominum voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint'*), si desume un possibile disinteresse di padroni ed usufruttuari verso chi, per età ancora improduttivo, può costituire non certo un vantaggio ma sicuramente una seccatura oltre che un'ulteriore spesa. Lo «scarso valore commerciale che poteva avere un neonato, che semmai di regola veniva tutt'al più esposto e non certo venduto» è preso in considerazione anche da ZUCCOTTI, *«Partus ancillae»*, cit., p. 257.

⁴⁴ Un'apprezzabile ricostruzione sulle «ragioni dogmatiche e la sottesa visuale sistemica che conducevano Manio Manilio e Publio Mucio Scevola a sostenere ... che il *partus ancillae* spettasse al *fructuarius*» (p. 200 s.) è stata avanzata da ZUCCOTTI, *«Partus ancillae»*, cit., p. 217 s., secondo il quale se ancora alla fine dell'età classica per risolvere il problema della spettanza non si ricorreva affatto ad una astratta, ed inesistente, nozione di *'fructus'*, ma piuttosto si ragionava intorno al contenuto e ai limiti del *ius utendi fruendi*, se ne deve inferire che «a maggior ragione, nel II secolo a.C., quando neppure si era ancora stabilizzato un esatto 'modello' tecnico-giuridico di *'fructus'*, giuristi come Manio Manilio e Publio Mucio Scevola, nel dare un responso circa la spettanza del *partus ancillae*, non doversero affatto fondarsi per forza ... su di una precisa concettualizzazione della figura dei «frutti», tale da ricomprendere appunto il figlio della schiava e da assegnarlo per tal via al *fructuarius*. ... a giustificare le pretese di quest'ultimo sul nuovo nato vi sarebbe stato in primo luogo una tradizione che tendeva ad assegnare all'usufruttuario *'quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur'*».

⁴⁵ Il testo è integralmente riprodotto in *Iust. Inst.* 2.1.37.

⁴⁶ Immaginiamo lo ritenga tale, ad esempio, G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le*

dominum proprietatis' perché è assurdo che un uomo sia contemplato fra i frutti in quanto la natura ha approntato tutti i frutti a beneficio degli uomini.

Non si vuole qui aderire alla tesi (sebbene non la si escluda) che le *Res cottidianae* non siano attribuibili direttamente a Gaio bensì ad un suo compilatore⁴⁷; nondimeno si intende aggiungersi a quanti, specialmente in passato, hanno ritenuto interpolato il brano almeno da *absurdum* in poi⁴⁸; si nutre, poi,

coae, Torino, 1941, rist. in «RDR», I, 2001, p. 121, che proprio in relazione al testo in esame osserva: «i bizantini foggiano una più alta motivazione di carattere umanitario, che però logicamente svolta suonerebbe condanna dello stesso istituto della schiavitù: '*absurdum enim videbatur hominem in fructu esse cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*' (D. 22.1.28.1; *Iust. Inst.* 2.1.37)». Per BRETONE, *La nozione di usufrutto*, I, cit. p., 148, «diviene, dunque, naturale la congettura che in D. 22.1.28 sia stato rielaborato e ridotto un discorso, in origine, più lungo e differenziato. Ma in questa riduzione, il discorso primitivo ha subito un profondo mutamento», e «la riduzione e il mutamento ... derivano dal lavoro consapevole di un commentatore postclassico».

⁴⁷) «Si è ormai tutti d'accordo nel considerarla derivata dalle *Istituzioni* gaiane; ma resta dubbio se di quelle *Istituzioni* essa costituisca senz'altro una versione postclassica, oppure (come inclina a credere lo Schulz) tragga la sua origine da appunti messi insieme, nella stessa età classica, da un giurista di secondo piano (se non da Gaio medesimo) e più tardi rielaborati»: cfr. BRETONE, *La nozione di usufrutto*, I, cit. p. 140. Quel che qui interessa è che il lavoro sia stato realizzato con materiale gaiano (si tratterebbe, secondo V. GIUFFRÈ, *Le obbligazioni tra volontaria assunzione ed imposizione 'ex lege'. Un racconto cronodinamico*, in «Juridica Historica», VII, 2018, p. 65 di «un'altra opera manualistica non all'altezza della prima, sicuramente composta anche (dico e sottolineo: anche) con materiali gaiani, circolante addirittura in due edizioni, ma con titoli diversi, *Res aureae, Res cottidianae, Res cottidianae sive aureae, Rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*, che alludevano alla preventivata sua destinazione di prontuario da consultare per gli affari di tutti i giorni oppure – si può ritenere – al contenuto prezioso poiché limitato agli istituti fondamentali del diritto»), elaborato dalle *Institutiones* e che ne rispecchi le lezioni; non si entra nel merito del problema di una sua duplice stesura né dei suoi ipotetici autori di scuola orientale o occidentale (cfr. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 296 ss.); si condivide, però, il duplice canone metodologico suggerito da G. FALCONE, «*Obligatio est iuris vinculum*», Torino, 2003, p. 32 s., per inquadrare la discussione sulla paternità e cioè la «necessità di tener separate la questione della genuinità di un singolo passo o di una singola parola e la più ampia questione della classicità dell'intero scritto» e quella «di accostarsi all'analisi dell'opera senza partire dal rigido postulato secondo cui l'esistenza di differenze nell'impianto e nella latitudine di contenuti tra le *Institutiones* e le *Res cott.* implichi senz'altro una provenienza da due autori diversi, anziché una differente scelta nell'impostazione dei due scritti e/o il raggiungimento di una diversa maturazione di pensiero da parte dello stesso giurista».

⁴⁸) Non potrebbero costituire motivo di dubbio le formulazioni '*dominus proprietatis*' in contrapposizione a '*dominus ususfructus*' all'inizio del § 1. Esse identificano «il proprietario del suolo signore del suolo in antitesi all'usufruttuario, padrone dei frutti»: così U. BRASIELLO, '*Proprietà (diritto romano)*', in «NNDI», XIV, Torino, 1967, rist. 1980, p. 111, il quale rileva che «solo tardi venne in uso la parola *proprietatis*, che allude più alla pertinenza e che in epoca classica si usò per indicare la nuda proprietà, in contrapposto all'usufrutto» mentre «più comunemente si usano le espressioni *res mea est, in bonis meis est*, che alludono chiaramente al rapporto di appartenen-

qualche dubbio sul fatto che Gaio si sia prodotto in una *reductio ad absurdum* poiché si è limitato a qualificare come impensabile e illogico che un uomo venisse annoverato tra i frutti dal momento che la natura ha predisposto tutti i frutti a beneficio degli uomini⁴⁹.

Tuttavia, la motivazione contenuta in D. 22.1.28.1 lascia perplessi alla luce di un'altra testimonianza del giurista antoniniano (o del suo parafraste) estrapolata sempre dal II libro della medesima opera, accolta in D. 7.1.3.1 (Gai. 2 *Res cott.* = Lenel n. 494) e, secondo la ricomposizione leneliana, immediatamente precedente a quella contemplata in D. 22.1.28.1 = Lenel n. 495:

Constituitur [Constitit] autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus

Gaio, se, da un lato, propugna l'«assurdità» del contemplare gli uomini tra i frutti

za» (p. 112). Brasiello riprende quanto già osservato da SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 257 s. che però, pur ammettendo la genuinità del frammento «il quale non contiene che la riproduzione pura e semplice di concetti filosofici greci, che Gaio, come Ulpiano, certamente non ignoravano» avverte che «altra questione è quella di sapere se tali ragioni abbiano avuto un grande valore» (p. 113). La locuzione appartiene – unitamente al concetto di '*proprietas*' – anche al lessico del Gaio delle *Institutiones*, pertanto, non può essere addotta ad indizio della non autenticità del testo delle *Res cottidianae*: cfr. Gai., *inst.* 2.30, 33, 89-91, nonché 4.148 e 3.136 (quest'ultimo passo, però, con altra accezione). In passato la genuinità della motivazione è stata negata da C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴, Milano, 1953 – cur. G. Grosso –, p. 200 nt. 1, e da S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, rist. Roma, 2002, p. 589 nt. 1.

⁴⁹) Gaio sembra attribuire una spiegazione funzionale volta a negare l'assunto secondo cui '*homo in fructu esse*', a meno che non si acceda all'idea che il semplice uso dell'espressione '*absurdum videbatur*' basti a segnalare la presenza di un ragionamento per assurdo. Le perplessità sono generate anche dal confronto con un altro brano gaiano, tratto stavolta dalle *Institutiones*, in tema di permuta, di cui si riporta solo uno stralcio (Gai., *inst.* 3.141: '*... et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri*'), dove il Nostro assume una posizione «trasversale», o non la assume affatto: da allievo sabiniano riferisce la possibilità per i suoi *praeceptores* dell'assimilazione della permuta alla compravendita, però, riportando l'opposta posizione dei Proculiani, ricorre all'argomentazione (o semplicemente la registra) secondo cui sarebbe assurdo che entrambe le cose siano contemporaneamente vendute e date a titolo di prezzo. Ancora si discute su quale sia stata la personale opinione di Gaio, e recentemente G. FALCONE, *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium della compravendita, tra 'regulae' e ius controversum*, in «AUPA.», LVIII, 2015, p. 44, ha sostenuto che «Sabino si schierasse, conformemente alla visione proculiana, per la generale diversità di struttura e regime tra compravendita e permuta, ma ammettesse un caso particolare in cui le modalità costitutive del negozio consentivano di individuare una *emptio-venditio* pur in assenza di *pecunia numerata pretii nomine*» e che «il richiamo di Gaio alla notazione di Celio Sabino fosse adesivo». Quale che fosse l'orientamento di Gaio in materia di permuta, qui si vuole sottolineare che in Gai. *inst.* 3.141 la dimostrazione per assurdo assume ben altra articolazione e fondamento mentre nel testo delle *Res aureae* suona un po' come apodittica.

che la natura ha apprestato proprio per l'utilità dei primi, dall'altro, subito prima, discutendo dell'oggetto dell'usufrutto, elenca pacificamente al di là dei fondi e degli edifici, e nella successione che segue, *servi, iumenta e ceterae res*. Vero è che in D. 7.1.3.1 il tema che intende esaminare non concerne propriamente l'identificazione dei *fructus* bensì l'«oggetto» dell'usufrutto, però, nella sostanza, il profilo dell'apprezzamento della natura umana avrebbe dovuto essere considerato sia verso l'uomo «oggetto» di usufrutto sia verso l'uomo stimato come «frutto».

Pertanto, il richiamo contenuto in D. 22.1.28.1 alla (legge della) natura, che ha apprestato i frutti a vantaggio degli uomini, come origine dell'impedimento ad annoverare un uomo fra i frutti, regge appunto solo nella sfera del *ius naturale*, nella semplice aspirazione ad uno statuto ideale, magari anche nell'intima convinzione maturata nel giurista antoniniano, ma non troverebbe riscontro nell'effettività giuridica, dunque, l'attribuzione della prole della serva al *dominus* doveva avere altra ragione.

Di conseguenza, la giustificazione gaiana – a fondamento della risoluzione di riconoscere al *dominus* la prole della serva – così gravida di *humanitas* e di tale notevole portata etica, dalla successione dei due brani delle *Res aureae*, risulta debole e contraddittoria al pari di quella di Bruto/Ulpiano.

Tra l'altro, sorge un motivo di perplessità in ordine alla reale paternità gaiana della motivazione in esame dovuto alla presenza del '*videri*' utilizzato all'imperfetto. A nostro avviso il '*videbatur*' in luogo del '*videtur*' potrebbe segnalare una distanza storico/temporale tra l'asserzione precedente dell'«autentico» Gaio e quella che ha tutta l'aria di una chiosa successiva di commento.

D'altro canto, è davvero complicato conciliare l'asserzione '*absurdum ... comparaverit*' anche con quanto Gaio insegna nelle *Institutiones*.

Nei primissimi passaggi del primo commentario proclama categoricamente la penosa distinzione, all'interno del diritto relativo alle persone, tra liberi e schiavi:

1.9: Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

Rimarca la *potestas iuris gentium* dei padroni sugli schiavi nonché il diritto di vita e di morte sugli stessi e le acquisizioni in capo al *dominus* degli acquisti realizzati attraverso i primi:

1.52: In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse; et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

Quindi, nel secondo libro, contempla gli schiavi fra le *res*, le *res corporales*:

2.13: Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.

In relazione ai modi di costituzione dell'usufrutto sui fondi provinciali ne ammette la costituzione per *in iure cessio* e sembra assimilare gli schiavi agli animali:

2.32: Sed cum ususfructus et hominum et ceterorum animalium constitui possit, intellegere debemus horum ususfructum etiam in provinciis per in iure cessionem constitui posse.

Parimenti va riscontrato ancora che all'epoca di Gaio la disciplina sul *partus ancillae* era ben lungi dal potersi considerare consolidata: ed è alquanto singolare che proprio lo stesso Gaio lo lasci intendere nel suo manuale istituzionale⁵⁰.

6. Ad un primo esame, dalla lettura del testo di Ulpiano, confermata da quella del passo delle *Res Cottidianae*, non sembrano emergere elementi rilevanti sul piano giuridico che possano essere ricondotti alla tutela di prerogative dello schiavo nella sua qualità di «uomo». La presunta ratio della '*humanitas*' non si traduce in regole e principi che hanno una reale valenza in favore dello status dello schiavo.

Nella *forma mentis* del giurista, ben conscio che *iure naturali* – comune a tutti gli esseri animati⁵¹ – tutti nascono liberi⁵², è altrettanto chiaro che *iure*

⁵⁰) Gai. *inst.* 2.50: '*... item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens venderit aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur ...*'; convenientemente ZUCCOTTI, «*Partus ancillae*», cit., p. 196, nota che «il ritenere scusabile tale errore dopo tanto tempo dall'affermazione della *sententia* di Bruto parrebbe implicare come certamente tale regola non godesse di eccessiva popolarità, e che anzi per taluni versi si tollerasse come cosa pressoché normale che l'usufruttuario potesse non conoscerla ed apparire in buona fede se trattava come proprio il *partus ancillae*». GUARINO, *I due sessi dello schiavo*, cit., p. 262, ritiene che nel testo il *partus* sia parificato al *fructus*: «il parto, essendo la schiava in dominio del concedente e non dell'usufruttuario, spettava al concedente. Quindi, anche a volerlo considerare '*fructus*' (il che risulta esplicitamente da Gai 2.50, nonché dai testi discussi da A. ABRAMENKO in un'interessante «*Miszelle*» di ZSS. 114 [1997] 423 ss.), non era '*in fructu*', non era nella sfera dei diritti acquisibili dall'usufruttuario».

⁵¹) D. 1.1.1.3 (Ulp. 1 *Inst.*): '*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*'.

⁵²) D. 1.1.4 (Ulp. 1 *Inst.*): '*... quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita*'.

gentium – quello che usano tutti i popoli e che è proprio solo degli uomini⁵³ – tale libertà inevitabilmente svanisce per lasciare il posto ad una rigida gerarchia tra *liberi, servi* – il loro opposto – e *liberti*⁵⁴. E tanto egli insegna nelle sue *Institutiones* (ma ripropone in altre sedi, come nel commentario *ad Sabinum*)⁵⁵ dove espone con chiarezza la tricotomia *ius civile, ius gentium, ius naturale*.

In linea con quanto spiegato nel suo manuale istituzionale ed applicato rispetto a fattispecie oggetto della sua osservazione, Ulpiano non perde l'occasione di precisare con riferimento al destino del *partus ancillae* che un uomo non p o t r e b b e⁵⁶ essere considerato come frutto di un altro (in base ai principi del *ius naturae*) per poi tornare alla realtà del *ius positum* ed elencare concrete soluzioni che con quella aspirazione si pongono in contrasto.

I precetti del *ius naturale* restano pertanto confinati nella sfera del *ius in fieri*, cogenti per la rilevanza sociale o per il profilo etico, ma ineluttabilmente lettera morta se non ricondotti nell'orbita del *ius civile* e del suo apparato sanzionatorio o recepiti nel *ius gentium*. Se è vero che il diritto scaturisce dalla natura, di contro, bisogna rilevare che non tutti gli insegnamenti del *ius naturale* confluiscono nel *ius positum* – lo si arguisce con evidenza dal dettagliato e limpido *excursus* del giurista di Tiro in cui illustra la tricotomia delle normative privatistiche⁵⁷ –, motivo per cui la schiavitù, sconosciuta nel diritto naturale che invece professa la libertà universale, è ammessa, praticata e diffusa presso tutti i popoli, insieme alle *manumissiones*, in base al *ius gentium*⁵⁸.

⁵³ D. 1.1.1.4 (Ulp. 1 *Inst.*): '*Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*'.

⁵⁴ D. 1.1.4 (Ulp. 1 *Inst.*): '*... sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desiderant esse servi*'.

⁵⁵ D. 50.17.32 (Ulp. 43 *ad Sab.*): '*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*'.

⁵⁶ Sul valore condizionale del '*potest*' nell'inciso '*neque enim in fructu hominis homo esse potest*' in D. 7.1.68.pr., cfr. *supra*, § 4 nt. 38.

⁵⁷ Alla fine del § 2 (Ulp. 1 *Inst.*) di D. 1.1.1, dove sono contemplate le due *positiones studii* del *ius publicum et privatum*, anticipa la tripartizione i cui dettagli sono contenuti nei §§ 3 e 4: '*privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*'.

⁵⁸ D. 1.1.4 (Ulp. 1 *Inst.*): '*Manumissiones quoque iuris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manus et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit*'.