

Ernesto Bianchi

Ancora in tema di concepimento: minime osservazioni lessicali ed esegetiche. A proposito della «exceptio rei iudicatae»: D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 ad ed.)

1. Premessa – 2. Le differenti fattispecie presentate: una rassegna di opinioni a proposito della *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*? – 3. Esegesi del *principium* e del § 1 – 4. Esegesi del § 2 – 5. Esegesi del primo periodo del § 3 – 6. Esegesi del secondo periodo del § 3 – 7. Ipotesi conclusive.

1. In un recente e pregevole lavoro Francesca Lamberti torna – dopo averlo ampiamente discusso a più riprese negli anni scorsi¹ – al tema della rilevanza del concepimento nel diritto romano² e giacché l'autrice prende specificamente in considerazione anche alcuni rilievi che avevo svolto in una mia monografia³, reputo opportuno chiarire e approfondire taluni punti.

Limite la replica al profilo esegetico, tralasciando quello dogmatico. Mi sia solo consentito rilevare che se è vero, come ricorda l'autrice, che anche il Savigny usò la parola «Fikion» a proposito del concepito⁴, occorre pur ribadire che il fondatore della scuola storica scriveva quando al termine non era ancora stata attribuita quella valenza tecnica che – solo a partire dalla metà dell'Ottocento – esso venne a rivestire⁵.

¹ F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 1996, e *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, II, *Profili del regime classico*, Napoli, 2001.

² F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in «Serta Iuridica. Scritti F. Grelle», Napoli, 2011, p. 303 ss.

³ E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur» (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009, *praecipue*, in ordine alle osservazioni che mi son mosse, p. 282 ss., 310 ss. e 319 ss.

⁴ LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, cit., p. 307 nt. 13. La citazione è a F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840², II, p. 12 e s.; si potrebbe anche ricordare: ID., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Freiburg, 1892³, p. 32: lo studioso riconnetteva alla 'forma' il concetto di «finzione». Il termine «Fiktion» è usato in senso atecnico, dato che la prima definizione in termini di moderna dogmatica può, invece, essere ascritta a G.PH. VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in «Archive für civilistische Praxis», LXII, 1879, p. 1 ss. Sull'impiego tecnico-dogmatico del termine, si veda E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, p. 12 nt. 25, *Astrazioni e finzioni in tema di «personae». Il concepito. Attualità e concretezza del pensiero lapiriano*, in «Index», XXXIV, 2006, p. 122 ss. nt. 4-8, e *Per un'indagine sul principio*, cit., p. 15 nt. 20. Sul pensiero del Savigny e anche sulle elaborazioni in tema di nascita della Pandettistica germanica, si veda P.A. CATALANO, *Osservazioni, sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, già in «Rassegna di diritto civile», IX, 1988, p. 50 ss., e ora in *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, p. 200 ss.

⁵ Vorrei ricordare ancora una volta che – quando trattano del concepito – i giuristi romani non usano mai l'espressione 'fictio', né esaminando i diritti successivi che, a condizione della nascita, sono a lui riservati, né prendendo in considerazione ogni altra questione che lo riguarda, mentre impiegano la parola ogni qual volta essi s'imbattono in un'autentica finzione, nei quali casi essi denunciano apertamente la presenza del fenomeno o presentandolo espressamente quale *fictio* o facendo uso, nella descrizione della relativa fattispecie, del verbo 'fingere' (si veda al

In questa sede, sarebbe, però, arduo approfondire l'indagine sul momento in cui il termine «finzione» venne connesso al fenomeno del concepimento e – precisato che ciò non è dato riscontrare nelle fonti giuridiche del diritto romano – mi sembra più conforme allo spirito dell'indagine scientifica, cui l'autrice si attiene con rigore nei suoi scritti, tralasciare queste problematiche per concentrarmi sull'esegesi di alcuni singoli passi.

Giustifico la scelta col motivo che le varie fonti, che tanto la Lamberti quanto io abbiamo considerato a proposito del concepito, afferiscono a questioni molto differenti. E, se è vero che esse toccano prevalentemente la sfera della successione *ab intestato* e di quella testamentaria, in diversi casi concernono ambiti totalmente diversi.

Mi pare allora corretto riprendere questi passi considerandoli nel preciso contesto in cui vennero scritti e in cui, in qualche caso, furono poi collocati dai compilatori giustinianei. Le fonti che vengono in considerazione sono soprattutto: Gai., *inst.* 2.203, e D. 30.24.pr. (Pomp. 5 *ad Sab.*) a proposito del possibile oggetto di un legato per *damnationem*⁶; D. 25.4.1.1 (Ulp. 25 *ad ed.*), passo che tratta una questione assai complessa riguardante la non applicabilità delle disposizioni dei *senatusconsulta de liberis agnoscendis* ad una donna che celi o neghi il proprio stato di gravidanza e che contiene la notissima espressione, forse parzialmente interpolata, '*portio mulieris vel viscerum*'⁷; D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 *ad ed.*), in tema di *exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*⁸.

A mio avviso, i passi attestano, sotto differenti profili, la rilevanza del concepimento, ma stante l'ambito del tutto differente in cui essi si inseriscono, mi pare opportuno riprenderli singolarmente, in quanto ognuno va considerato in base alle sue caratterizzanti problematiche tecniche.

In questi lavori, terrò in massima considerazione le osservazioni della Lamberti che mi son state assai preziose per perfezionare la mia esegesi o anche rivederla su taluni punti. Ma devo subito dichiarare che non son stato convinto a modificare, nel complesso, l'impianto della mia lettura.

In questo articolo tratterò, quindi, solo di D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 *ad ed.*); seguiranno altri due lavori dedicati alle altre fonti menzionate.

2. Una delle critiche svolte dalla Lamberti riguarda, infatti, la mia lettura di questo passo, che è tratto dal settantacinquesimo libro all'Editto di Ulpiano. Lo avevo considerato per confutare l'opinione dell'Albertario, che ponendo l'attenzione soltanto sul § 3, deduceva che vi si desse atto dell'inesistenza «fisiologica» del concepito⁹.

Il passo, probabilmente rimaneggiato – come si avrà modo di osservare più avanti – riguarda l'eccezione di cosa giudicata. Questa eccezione mi pare sia qui contemplata avendo riguardo anche alla clausola di cosa dedotta in giudizio.

In proposito rammento, infatti, che la migliore dottrina moderna è portata a ritenere – specie sulla scorta dei rilievi del Lenel¹⁰ – che l'*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* si componesse, ap-

riguardo, BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 205 ss. per le finzioni di creazione pretoria e p. 347 ss. per quelle legislative). E vorrei anche ribadire che sembra che si debba attendere sino a Baldo perché a proposito dei diritti riconosciuti al concepito si faccia uso delle parola «finzione»: BALDO DEGLI UBALDI, *In primam Digesti veteris partem Commentaria, ad L. I Digest. De statu hominum. Lex XXV. «Qui in utero»*, Venezia, 1599, fol. 28. Anzi è molto interessante come, ad avviso di G. GANDOLFI, '*Nascituro*' (storia)', in «ED.», XXVII, Milano, 1977, p. 536, ciò costituisca un equivoco la cui origine va ricondotta non già al diritto romano, ma a quello germanico.

⁶ Si vedano LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 325 nt. 60, e BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 284 ss.

⁷ LAMBERTI, *Concepimento*, cit., p. 327 nt. 64, e BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 321 ss.

⁸ LAMBERTI, *Concepimento*, cit., p. 326 ss. e nt. 63, e BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 311 ss.

⁹ E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* (Linee di una ricerca storico-domatica), in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1939 (già in «BIDR.», XXXIII, 1923, p. 6 ss. e – successivamente – in «AG.», IC, 1928, p. 151 ss.) p. 48 e s., non prende in esame né il *principium* né il § 1, in quanto lo studioso sta riscontrando l'espressione '*non in rebus humanis*', che si registra solo nel § 3. Si veda BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 310 e s. Pur confutando l'opinione dell'Albertario, che vorrebbe le due espressioni '*non in rebus humanis*' e l'espressione '*non in rerum natura*' sempre equivalenti, ritengo che, nel caso specifico, l'autore sia nel giusto: si veda *infra*, nel testo.

¹⁰ O. LENEL, *Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 506 ss., il quale muove dal dato che, nell'editto, le due clausole, quella della *res in iudicium deducta* e quella della *res indicata* si trovavano congiunte.

punto, della clausola afferente alla *res indicata* e di quella riguardante la *res in iudicium deducta*, avendo le rispettive forme funzioni differenti a seconda che la *litis contestatio* fosse avvenuta o meno¹¹.

E' stato, poi, osservato che, in sede di compilazione giustiniana, si utilizzò la denominazione di *exceptio rei indicatae* anche laddove i giuristi classici avessero fatto riferimento al caso in cui l'eccezione fosse stata opposta utilizzando soltanto la clausola relativa alla cosa dedotta in giudizio¹². A mio avviso, in alcune delle ipotesi profilate in questo passo, si fa riferimento all'eccezione formulata secondo lo schema della '*res in iudicium deducta*' e mi pare assai probabile che i compilatori abbiano rivisto il passo per conformarlo – in ogni suo tratto – all'unica denominazione ormai invalsa della '*res indicata*'.

Il passo – come subito si vedrà – presenta una serie di fattispecie, tutte afferenti azioni *in rem*, in cui è o meno possibile opporre l'eccezione:

D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 *ad ed.*): [*pr.*] Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est; eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio. Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio. Item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat, aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem: [1] si ancillam praegnatam petiero et post litem contestatam [conceperit et] pepererit, mox partem eius petam: utrum idem petere videor an aliud, magnae quaestionis est. Et quidem ita definiri potest totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. [2] In his igitur fere omnibus exceptio nocet: sed in cementis et tignis diversum est: nam is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere: etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt: denique ea, quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest. [3] De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. Plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimanturque sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam.

Nel Digesto il passo è inserito nel titolo '*De exceptione rei indicatae*' e, come si è detto, riguarda la complessa questione dell'esperibilità di questa *exceptio*¹³ nel caso di *actiones in rem*: il problema essenziale si traduce nell'accertare l'identità di ciò che è stato richiesto con la prima domanda e di quanto si chieda, poi, con una seconda. E' questione di grande difficoltà come ha modo di dire il giurista severiano nel § 1: '*utrum idem petere videor an aliud, magnae quaestionis est*'.

Sostenni, con riguardo alla *reivindicatio* dell'*ancilla*, che il § 1 e il primo periodo del § 3¹⁴, salvo che si pongano in contraddizione logica l'un con l'altro, rappresentano due fattispecie diverse che, in quanto tali, sono risolte con soluzioni opposte (ma in base ad un unico criterio logico).

Sempre con riguardo al caso della prima *reivindicatio* dell'*ancilla*, che è espressamente esplicitato nel § 1 e soltanto presupposto nel § 3, dissi che, a mio parere, si doveva registrare lo stato di gravidanza dell'*ancilla* nel primo frammento, ma inferire la possibilità della non gravidanza della schiava nel secondo.

Ad avviso della Lamberti sarei caduto in errore. La mia lettura sarebbe «assolutamente capziosa», in quanto – a suo parere – nessun elemento consentirebbe di individuare, nel secondo fram-

¹¹ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «AUPA.», XXIV, 1955, p. 196 s., secondo il quale, «mentre l'*exc. rei in iudicium deductae* impediva la riproduzione giudiziale di una pretesa già contestata, l'*exc. rei indicatae* doveva valere per impedire la ripetizione di un'azione circa una questione decisa, anche se non contestata (altrimenti – ove si postuli la necessità che l'*exc. rei indic.*, in funzione preclusiva, impedisse soltanto la riproposizione d'una pretesa su cui fosse stata contestata la lite – di essa, in funzione preclusiva, non vi sarebbe stata necessità alcuna: l'*exc. rei in iud. deductae* sarebbe stata sufficiente)».

¹² Lo sottolinea MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., p. 198, avanzando anche l'ipotesi che i giuristi classici scrivessero, a seconda dei casi, *exceptio rei in iudicium deductae* o *exceptio rei indicatae*, mentre nei testi della compilazione si parla soltanto di *exceptio rei indicatae*.

¹³ Sulle difficili problematiche che essa pone, si veda M. MARRONE, '*Res in iudicium deducta*' - '*res indicata*', in «BIDR.», XCVIII-IC, 1996-1997, p. 74 ss.

¹⁴ BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 311.

mento, nella schiava una donna che, al momento della prima rivendica, ancora non sia *praegnas*, ma si venga a trovare in questo stato e partorisca dopo la *litis contestatio* del primo giudizio¹⁵. Inaccettabile è, quindi, la mia conclusione per cui Ulpiano si sarebbe successivamente fermato «su un'ipotesi differente da quella affrontata nel § 1», venendo a trattare la questione con riferimento ad «una *ancilla* non *praegnas* al momento della *litis contestatio* del primo giudizio»¹⁶.

Anche la Lamberti sembra ammettere che le soluzioni date nei due frammenti siano diverse, ma di ciò trova ragione, assumendo che nel nostro passo, Ulpiano starebbe conducendo una rassegna delle opinioni in tema di opponibilità dell'*exceptio rei indicatae*, giustificata dai dubbi che ponevano alcune fattispecie.

Sempre ad avviso della studiosa, ciò sarebbe dimostrato dal fatto che Ulpiano ritorna alla questione per quanto attiene ai materiali di costruzione, presentando soluzioni diverse nel *principium* e nel § 2.

Nell'ambito di una rassegna dovrebbe, quindi, collocarsi anche quanto egli va dicendo nel § 1 e nel § 3 a proposito del parto ancillare. Identica sarebbe la fattispecie riguardante la rivendica dell'*ancilla* espressamente esposta nel § 1 e quella che nel § 3 è solo presupposta attraverso la menzione di una seconda rivendica riguardante il *partus*.

A mio avviso, invece, non vi è traccia dell'asserita rassegna e credo che alcuni argomenti si possano opporre a questa ipotesi. Mi sembra, infatti, che il giurista severiano stia presentando – e nel caso del *partus ancillae* e in quello dei materiali di costruzione – fattispecie fra loro differenti, che, appunto in quanto tali, meritano soluzioni opposte.

Sono del tutto concorde con la Lamberti che nel *principium* e nel § 1 il giurista offrisse esemplificazioni di casi «in cui venisse in questione, nella prima domanda giudiziale, una *res* fruttifera (una vacca, ad esempio, o una schiava), e in una successiva azione (o, nella stessa azione, ma in un momento successivo alla *litis contestatio*) si chiedessero anche i frutti della *res*, o il *partus ancillae*»¹⁷. Non sono, invece, d'accordo con l'assunto che nel § 3 il tema trattato fosse identico a quello del § 1.

Sono d'accordo con la studiosa che nel § 1 che «il discorso si fermava, a un certo punto, sulla opponibilità dell'*exceptio rei indicatae* nel caso della *ancilla praegnas* della quale, una volta avvenuto il parto, in un nuovo giudizio l'attore chiedesse anche il nuovo nato»¹⁸.

Nutro, però, qualche perplessità circa l'opinione della studiosa secondo la quale il giurista doveva ammettere la presenza di una quaestio '*rexata*' (stante la difficoltà di distinguere se si trattasse di *eadem res* o di cosa differente)¹⁹, perché a me pare che Ulpiano non desse tanto conto di un punto travagliato presso la giurisprudenza, quanto piuttosto di una questione di notevole difficoltà sul piano concettuale – '*magnae quaestionis est*' (si notino e l'aggettivo e il tempo al presente) – che il giurista ammette con grande onestà intellettuale.

Sono, infine, in disaccordo sull'illazione, che all'autrice pare addirittura evidente, che il giurista severiano passasse in rassegna le differenti argomentazioni pro e contro la concessione dell'*exceptio rei indicatae*, in un *excursus* che – secondo la studiosa – sarebbe stato sintetizzato in un successivo rimaneggiamento, di mano postclassica o giustiniana²⁰.

Non mi oppongo certo alla possibilità – anzi alla probabilità – che l'opera di Ulpiano sia stata sintetizzata e abbia ricevuto rimaneggiamenti già in età postclassica e poi in quella giustiniana, ma mi pare poco convincente l'ipotesi che i compilatori – tutti ordinati ad annullare le antinomie, tutti tesi a sopprimere opposte e pericolose vedute giurisprudenziali, tutti votati alla chiarezza espositiva – abbiano potuto qui, a proposito della complessa questione del giudicato e dell'eccezione di cosa giudicata, dar conto di un *excursus* che avrebbe avuto una finalità, per così dire, meramente storica e

¹⁵ LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, cit., 326 p. nt. 63: «Appare infatti assolutamente capziosa, in Bianchi, l'interpretazione di D. 44.2.7 (Ulp. 75 ad ed.) e delle affermazioni in esso contenute».

¹⁶ LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, cit., p. 326 nt. 63.

¹⁷ LAMBERTI, *op. ult. cit.*, p. 326 nt. 63.

¹⁸ LAMBERTI, *op. ult. cit.*, p. 326 nt. 63.

¹⁹ LAMBERTI, *op. ult. cit.*, p. 326 nt. 63.

²⁰ LAMBERTI, *op. ult. cit.*, p. 326 nt. 63.

culturale. Perché svolgere un *excursus* siffatto? Quale sarebbe, poi, stata la posizione assunta dal grande Ulpiano che li veniva – pur magari solo attraverso un’opera di sintesi – citato? A quale delle diverse opinioni che – secondo la Lamberti – venivano riportate, avrebbero dovuto conformarsi le parti di un processo? E, soprattutto, quale sarebbe stata la logica dell’esposizione?

Ha perfettamente ragione la studiosa nel dire che «il frammento è relativo all’ambito di applicazione dell’*exceptio rei indicatae*, opponibile in ogni caso in cui il *petitum* della seconda azione fosse in tutto o in parte coincidente con quello della prima»²¹. Altro, però, è dire che l’esposizione omogenea trovi ragione assumendo che il giurista stesse svolgendo una rassegna di opinioni.

Dice la Lamberti che costituirebbero la riprova che si trattasse di una rassegna le affermazioni contenute nel § 3 per cui ‘*De fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. Plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimative sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam*’²².

Confesso di non intravedere alcuna riprova che Ulpiano stia svolgendo una rassegna o stia dando atto di un dibattito giurisprudenziale (risolto, poi, come?): in particolare non vi è proprio modo di intravedere una qualsiasi traccia di più orientamenti (manca il nome di un qualche altro giurista che propugnasse argomenti che si ponevano in contrasto con quelli di Ulpiano); manca – come ho già rammentato – la possibilità di individuare quale fosse la stessa opinione del giurista severiano: era Ulpiano convinto di ciò che diceva nel § 1 o di ciò che esponeva nel § 3?

Si può, davvero, ragionevolmente assumere che vi sia un pericoloso contrasto tra gli assunti del *principium* e quelli del § 2 e poi tra quelli del § 1 e quelli del § 3 e, poi ancora, tra quelli della prima e dell’ultima parte di quest’ultimo paragrafo? Si deve necessariamente pensare che le differenti soluzioni che leggiamo nel passo debbano essere imputate a una sintetizzazione o a un rimaneggiamento del pensiero ulpiano?

In linea tendenziale sono portato a dare risposta negativa a queste domande e a ricercare una diversa esplicazione che consenta di conservare un filo logico in quanto il giurista dice in tutti i paragrafi considerati. Né mi pare che l’armonia che si può recuperare all’intero passo necessiti di forzatura sul piano esegetico.

3. A me pare di intravedere qualche traccia testuale che depone per la diversità delle fattispecie esposte e propongo, quindi, una lettura integrale del passo per tentare di meglio inquadrare il caso della rivendica dell’*ancilla* che si ha nel § 1 e sembra, poi, ripetersi nel § 3.

Ulpiano, nel *principium*, affronta quale prima ipotesi quella di chi, ‘*cum totum petisset, partem petat*’, di colui, cioè, che – avendo formulato una domanda riguardante qualcosa complessivamente – si faccia poi, in un secondo giudizio, a richiederne una parte: in questo caso – con logica ineccepibile – dice il giurista: ‘*exceptio rei indicatae nocet, nam pars in toto est*’.

Il punto di partenza, da cui Ulpiano inizia il proprio *excursus* sull’*exceptio rei indicatae vel in indicium deductae*, è dunque – sul piano concettuale – molto semplice e definito in termini estremamente generali: ‘*totum*’ e ‘*pars*’. Il giurista sente addirittura la necessità di ripetere il medesimo concetto per cui ‘*pars in toto est*’, sottolineando che ‘*eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est*’. L’*enim*’ congiunge – mi pare indubbiamente – i due periodi.

Dunque, nelle prime righe del *principium*, viene profilata la fattispecie astratta consistente nell’aver per oggetto la seconda azione di rivendica una parte di ciò che – complessivamente – è stato oggetto di una precedente azione. Si tratta – credo in ciò di non forzare il testo – dell’ipotesi più generale che si possa proporre.

Che le cose stiano così mi pare si tragga anche dall’avvertimento che segue: ‘*Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure*’. Se ricorre questa fattispecie astratta (generalissima), l’eccezione può essere utilmente opposta (*exceptio rei indicatae nocet*) a prescindere che la rivendica sia ‘*in corpore*’, piuttosto che ‘*in quantitate*’, piuttosto che ‘*in iure*’.

²¹) LAMBERTI, *op. ult. cit.*, p. 326 nt. 63.

²²) LAMBERTI, *op. ult. cit.*, p. 326 nt. 63.

Sin qui mi pare che vengano presentate la fattispecie astratta e generale di chi *'cum totum petisset, partem petat'* e la regola che a questa fattispecie astratta e generale viene applicata: l'opponibilità dell'*exceptio*. La fattispecie da cui Ulpiano inizia la sua trattazione presenta carattere generalissimo e la regola è assai semplice. Ma, ora, Ulpiano passa a prospettare, in via esemplificativa, alcune fattispecie egualmente astratte, ma particolari che tutte rientrano in quella generale. Egli non parlerà più di *'totum'* e di *'pars'*, ma di cose.

I primi casi presentati vengono presentati nel *principium* e sono estremamente nitidi: così se taluno avrà richiesto un determinato fondo e poi richieda, sia *'pro diviso'* sia *'pro indiviso'*, una parte di quel fondo sarà opponibile utilmente l'eccezione: *'si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare'*; similmente ancora se la seconda azione avrà ad oggetto una determinata porzione facente parte di un fondo rivendicato in precedenza, potrà essere efficacemente opposta l'*exceptio*: *'si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstabit exceptio'*.

Poi Ulpiano prosegue affermando che analogamente si dovrà concludere nel caso siano state rivendicate con la prima azione due cose e – successivamente – con la seconda rivendica venga richiesta una delle due: *'Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio'*. Se non vado errato anche questo caso rientra in quello più generale presentato nel *principium*, che si ha allorché taluno *'cum totum petisset, partem petat'*.

Sempre per dettagliare il caso generale in cui – per così dire – il *'totum'* in precedenza rivendicato comprenda quanto, poi, viene richiesto con la seconda domanda, Ulpiano profila altri casi specifici. E così inizia a delineare l'ipotesi in cui taluno abbia prima rivendicato un fondo e poi chieda gli alberi tagliati di quel medesimo fondo: *'Item si quis fundum petierit, mox arbores excisas ex eo fundo petat'*; quello di colui che abbia richiesto un'*insula* e poi richieda un'area o dei *tigna* o dei *lapides* di quella medesima *insula*: *'aut insulam petierit, deinde aream petat, vel tigna vel lapides petat'*; quello di colui che, avendo rivendicato una nave, chieda poi, le singole tavole: *'item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem'*.

Questi ulteriori casi rientrano tutti nella fattispecie astratta e generale che si ha quando taluno *'cum totum petisset, partem petat'*: in tutti questi casi *'exceptio rei iudicatae nocet'*, poiché *'pars in toto est'*.

Non mi sembra vi sia dubbio che pure il caso che è presentato nel § 1 – quello relativo alla rivendica di una schiava in stato interessante – appartiene sempre alla medesima fattispecie generale che ricorre quando taluno *'cum totum petisset, partem petat'*. Il *partus* è rivendicato, infatti, dopo che la prima azione aveva avuto ad oggetto l'*ancilla praegnas*: *'si ancillam praegnatem petiero et post litem contestatam [conceperit et] pepererit, mox partum eius petam'*.

E' vero che qui non leggiamo un *'item'* (vi è, però, la proposta del Mommsen di inserire un *'inde'*). A mio avviso, però, Ulpiano, come nei casi che ha presentato in precedenza – da ultimo quello dei *tigna* e dei *lapides* – ha già offerto la soluzione di questo caso: l'eccezione sarà utilmente opposta²³.

Neppure mi pare casuale che questa fattispecie sia presentata dopo che è stata esposta quella che riguarda i *'duo corpora'*. Il *'totum'* rappresentato dall'*ancilla praegnas* conteneva la *'pars'* rappresentata dal *nondum natus*, ma questo poteva forse costituire (o poteva forse essere concepibile come) un diverso *'corpus'*, sebbene sicuramente non autonomamente rivendicabile.

E' comunque giocoforza dedurre – accettando la censura proposta dal Mommsen²⁴ – che anche questo caso deve rientrare nella fattispecie generale di chi *'cum totum petisset, partem petat'*, come è dimostrato dal fatto che l'*ancilla* è già *praegnas* al momento della *litis contestatio* e che, quindi, il *partus* che, successivamente, viene nuovamente rivendicato è considerato una *pars* di un *totum*, che in precedenza è stato, nel suo complesso, richiesto.

A mio avviso, se – alla *litis contestatio* – l'*ancilla* non fosse stata *praegnas*, sarebbe stato impossibile considerare il *partus* poi da lei concepito e dato alla luce la *pars* di un *totum*. Né le cose mutereb-

²³ LAMBERTI, *Concepimento*, cit., p. 326 nt. 63. Che la soluzione offerta da Ulpiano sia quella dell'opponibilità dell'*exceptio*, mi sembra venga confermato anche dalle parole che si leggono nel tratto finale del § 1: si veda *infra*, in chiusura di questo paragrafo.

²⁴ Sulla quale si veda *infra*, § 6.

bero accettando la proposta del Lenel di censurare tutto il tratto: ‘*et post ... pepererit*’²⁵.

Svolgo una breve digressione a proposito di queste censure.

Quella del Mommsen, che elimina ‘*conceperit et*’ è, evidentemente, basata sul fatto che la frase perderebbe senso in quanto se la rivendica cade su un’*ancilla* già *praegnas* (‘*ancillam praegnatem petiero*’) costei non può aver concepito dopo la *litis contestatio*.

Mi consta che la censura mommseniana – che io condivido – sia abitualmente recepita. Essa è accettata anche dalla Lamberti²⁶. Comunque, aggiungo – a suo sostegno – che non si potrebbe lasciare il ‘*conceperit et*’ ed espungere, invece, l’aggettivo ‘*praegnatem*’, in quanto la risposta data da Ulpiano al caso diverrebbe illogica (perché, pur non esistendo ancora il *partus* al momento della *litis contestatio* verrebbe comunque utilmente concessa l’*exceptio*). Inoltre, il caso verrebbe a coincidere con quello che – a mio avviso – si profila nella prima parte del § 3 (sul quale vi è dissenso tra la mia lettura e quella della Lamberti, in quanto io lo intendo come quello in cui al momento della *litis contestatio*, l’*ancilla* ancora non sia *praegnas*, ma – appunto – concepisca e partorisca dopo).

Accettando, invece, la censura, ne viene che, già nella prima parte del passo, Ulpiano basava l’efficacia dell’*exceptio* sul fatto che il feto, pur venendo a nascere dopo la *litis contestatio*, già prima aveva materiale esistenza e, quindi, quando l’*ancilla praegnas* era stata oggetto della prima domanda, lo era stato anche il di lei *partus*.

Anche la proposta leneliana muove sostanzialmente dalla medesima logica del Mommsen: l’*ancilla* rivendicata è *praegnas*; la seconda *reivindicatio* ha per oggetto il *partus*. Viene meno la precisazione che la schiava abbia partorito dopo la *litis contestatio*. Rimane, in punto di logica, che l’*ancilla* potrebbe aver partorito anche dopo la sentenza (ma come giustificare il ‘*mox*’?).

La proposta del Lenel, che, come ho già ricordato, distingue le diverse forme (e le differenti funzioni) dell’*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*²⁷, forse, consentirebbe più facilmente di pensare che Ulpiano si riferisse all’una e all’altra. La proposta mommseniana, cui va la mia preferenza, mantenendo il riferimento alla *litis contestatio*, indurrebbe tendenzialmente a pensare che qui il giurista stesse offrendo un caso in cui l’eccezione veniva spesa nella forma della cosa dedotta in giudizio²⁸. Si tratta, però, di illazioni. Ne svolgo un’ultima: mi domando: come poté accadere che sia stato assurdamente inserito quel ‘*et conceperit*’? Donde originò quell’errore? Non potrebbe essere che l’ipotesi dell’*ancilla*, non ancora *praegnas* e che concepisce ‘*post litem contestatam*’ fosse stata contemplata più avanti nell’originario passo ulpiano? Il nostro frammento – lo si è detto – venne certamente rimaneggiato e – anzi – lo dice la Lamberti, sunteggiato.

Tralascio le illazioni. E’, in ogni caso, fuor di dubbio che, con una prima azione, è stata rivendicata una schiava in stato interessante e che, con una seconda, viene rivendicato il figlio che da lei nasce.

Riprendo la lettura del passo da questo punto: il giurista dichiara che costituisce una ‘*magna quaestio*’ determinare ‘*utrum idem petere videor an aliud*’. Questo riconoscimento della difficoltà di determinare se si chieda ‘*idem ... an aliud*’ è da riferirsi solo al caso dell’*ancilla praegnas* o anche ai casi prima esposti?²⁹ A mio avviso – e qui sta probabilmente un altro punto di dissenso con la Lamberti – questo riconoscimento di difficoltà è di carattere generale.

²⁵ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, II, p. 858 nt. 1 (n. 1666). Il sospetto che il tratto costituisca un glossema, da un lato, porterebbe ad intravederne la natura esplicativa, dall’altro, non fa venire meno che la sola espressione che – a pena di perdita del senso logico – non può essere mantenuta è costituita dal ‘*conceperit et*’.

²⁶ LAMBERTI, *Concepimento*, cit., p. 326 nt. 63.

²⁷ Cfr. *supra*. nt. 10.

²⁸ Riterrei che, forse, ne possa costituire indizio il ‘*mox*’ che segue. L’avverbio, che si ripete più volte nel frammento, mi sembra sempre connettere, in funzione di stretta consecuzione temporale, la prima domanda alla seconda: i verbi impiegati sono ‘*petere*’ e ‘*rindicare*’.

²⁹ La LAMBERTI, *Concepimento*, cit., p. 326 nt. 63, sembra ritenere che la ‘*magna quaestio*’ – che lei denomina ‘*vexata*’ si debba riferire proprio al caso del *partus* e che, quindi riguardi il determinare se questo sia da considerarsi un’*eadem res*, ovvero cosa a sé stante. In punto mi permetto di esprimere il mio dissenso, perché – a mio avviso – la ‘*magna quaestio*’ denunciata da Ulpiano non si limita al caso del *partus*, ma riguarda tutte le ipotesi che il giurista sta profilando nel passo in esame. Dunque, certamente quelle afferenti il *partus* e i *fructus*, ma anche i diversi casi (quelli che toccano i materiali da costruzione) per i quali – a seconda della specifica fattispecie – offre soluzioni differenziate.

Sono portato a pensarlo perché, nelle ultime parole che si leggono nel § 1, Ulpiano sembra enunciare una regola generale: *‘Et quidem ita definitur potest totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est’*.

La regola mi pare enunciata con pieno convincimento (come mi sembra indichi quel *‘et quidem’*) ed è perfettamente conforme a tutti i casi che sono stati sino a questo punto esposti dal giurista, i quali – lo ricordo – rientrano tutti nella generale fattispecie astratta del *‘cum totum petisset, partem petat’*, in cui rientra concettualmente anche il caso della rivendica di *‘duo corpora’*.

Se nel *‘totum’*, in precedenza rivendicato, sia compresa la *‘pars’* per la quale successivamente si formula domanda, si potrà, sulla base della parziale coincidenza delle domande, opporre utilmente l'*exceptio*. Mi sia consentito osservare che, se la regola è formulata con tanta sicurezza e con tanta chiarezza, pare difficile che essa possa aver costituito una delle opinioni che il giurista passava in rassegna. Mi sembra, piuttosto, che Ulpiano – dopo aver sottolineato la difficoltà di determinare, caso a caso, se la seconda domanda abbia ad oggetto *idem* o *aliud* – offra, quale prima risposta, un primo criterio logico valido in generale.

Ulpiano si è espresso chiaramente: se ciò che vien richiesto *‘apud iudicem posteriorem’* è stato oggetto del giudizio *‘apud priorem’* si agisce per *‘eandem rem’*.

4. Altrettanto chiara è la conseguenza che si legge all’inizio del § 2, dove Ulpiano conferma la regola generale che ha appena esposto, ma con un *‘fere’*: *‘In his igitur fere omnibus exceptio nocet’*. Dunque l'*exceptio rei iudicatae* (in entrambe le sue clausole) è utilmente opponibile *‘in his fere omnibus’*. Il *‘fere’* è – così almeno mi pare – premessa per leggere la seconda parte dell’esposizione.

Quali casi esclude quel *‘fere’*? Il giurista non ci fa attendere la risposta, perché subito specifica, sottolineandolo con un’avversativa: *‘sed in cementis et tignis diversum est’*.

Dobbiamo, quindi, attenderci che, da questo punto in poi, il giurista severiano presenti dei casi in cui il principio generale, che ha da poco enucleato, subisca delle limitazioni e dobbiamo pure attenderci che queste limitazioni siano giustificate da qualche criterio logico, idoneo a superare quello posto alla base del principio generale consistente nella parziale coincidenza di quanto rivendicato con la prima e con la seconda azione.

A una prima lettura, i casi che ora Ulpiano presenta sembrano parzialmente coincidere con quelli di cui aveva detto in precedenza per suffragare la regola generale e – segnatamente – con quelli ove aveva nominato, quali oggetti della seconda rivendicazione, *lapides* e *tigna*. Mi pare, però, di poter dire che i casi siano differenti e che ora venga annunciato un criterio – quello della separazione – cui nel *principium* non era stato fatto alcun cenno.

I dubbi – la *magna quaestio* – riguardano sempre *‘utrum idem petere videor an aliud’*, ma per determinare se si tratti di *idem* o di *aliud* non sempre basta il criterio generale che il giurista ha enunciato nel *principium*: a fattispecie particolari si applicano criteri differenti.

Dice ora Ulpiano: *‘nam is, qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere: etenim cuius insula est, non utique et cementa sunt: denique ea, quae iuncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest’*.

Si noti – e credo sia la chiave di volta per intendere questo tratto del passo – che solo ora, e non nel *principium*, si parla di quelle cose che sono congiunte agli edifici altrui: *‘quae iuncta sunt aedibus alienis’* e che (non costituendone elementi inscindibili) una volta che siano separate possono essere rivendicate: *‘ea ... separata dominus vindicare potest’*.

Giustamente osserva la Lamberti che Ulpiano ritorna ad un caso ove l’oggetto della seconda rivendica è costituito da materiali di costruzione di cui il giurista aveva già parlato nel *principium*, ma ciò non induce necessariamente a concludere che Ulpiano stia parlando di «alcuni casi quantomeno dubbi» e stia svolgendo una rassegna di opinioni contrastanti, per così dire, a favore o contro la concessione dell'*exceptio*³⁰. Nel § 2, Ulpiano sta tornando alla questione dell'*exceptio rei iudicatae* per

³⁰ LAMBERTI, *Concepimento*, cit., p. 326 nt. 63.

quanto attiene ai materiali di costruzione per presentare casi maggiormente dettagliati rispetto a quelli profilati nel *principium*. Non di «casi dubbi», ma di casi diversi (in ragione delle peculiarità che vengono ora introdotte) parla il giurista.

A mio avviso, nel § 2 Ulpiano non contraddice se stesso per quanto aveva affermato – sotto un profilo generale – nel *principium*, ma introduce un nuovo criterio da valere per fattispecie differente da quella profilata nel *principium*: là dove il *tignum* (o altro materiale di costruzione) sia stato separato dall'edificio di cui faceva parte al momento della prima rivendicazione, non ha luogo l'*eadem res* e l'*exceptio* non è utilmente concessa.

La rivendica è data – lo dice alla lettera Ulpiano – su quelle cose '*quae iuncta sunt aedibus alienis*' se esse ne siano state separate. L'effetto preclusivo non scatta, perché è consentito rivendicare queste cose – a condizione della loro separazione dagli edifici cui erano congiunte – anche se sia fuor di dubbio l'altrui proprietà degli edifici che le incorporavano³¹.

Pur intervenuta una prima rivendica dell'edificio nel suo complesso (fatta la *litis contestatio* o, addirittura, intervenuta una sentenza che abbia sancito la sconfitta dell'attore), se il *tignum* è stato poi separato, lo si potrà, per dir così, «nuovamente» rivendicare. La sentenza che abbia sancito l'altrui proprietà dell'intero edificio o semplicemente la *litis contestatio* della prima rivendica, quella che ha avuto a oggetto l'edificio nel suo complesso, non precludono la successiva rivendica del *tignum* (o di altro materiale da costruzione) una volta che questo sia stato separato.

A me pare che la differenza tra l'ipotesi svolta nel *principium* e quella proposta nel § 2 – entrambe afferenti a una «seconda» rivendicazione di materiali da costruzione – stia nella separazione di questi materiali dall'edificio, separazione che è rammentata solo nel § 2.

Incidentalmente osservo che non pare che Ulpiano prenda in considerazione anche le cose non ancora separate, ma solo potenzialmente separabili. L'uso del participio passato '*separata*', in luogo dell'avverbio '*separatim*', induce a pensare che Ulpiano parli solo di cose per le quali la separazione è già avvenuta. La questione per cose separabili si porrebbe, del resto, in ben altri termini³².

A mio avviso, sin qui, Ulpiano non è entrato in contraddizione con se stesso, ma ha proposto una variante in fatto rispetto a quanto aveva esposto in precedenza a proposito dei *tigna* e, in genere, del materiale da costruzione. I *tigna*, di cui parlava nel *principium*, non erano stati separati; lo sono quelli di cui parla nel § 2.

Proseguo nella mia lettura continuando a pensare che il giurista abbia mantenuto coerenza anche nel seguito.

5. Nel § 3 l'attenzione del giurista si posa sui *fructus* e sul *partus* con l'affermazione iniziale – che congiunge quanto sta per dire a quanto ha detto nel caso dei materiali da costruzione – che la problematica è la medesima per entrambi: '*de fructibus eadem quaestio est et de partu*'. E' questo *partus* quello *ancillae*? Diversi autori – a me pare con ragione – ne son convinti³³.

Che *fructus* e *partus* si trovino accostati non desta stupore. Se è vero che la *Bruti sententia* non

³¹ Si possono ricordare con M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1995, p. 323, le due opinioni che, in proposito, si contrappongono: quella, preferita nel manuale menzionato, per cui il *dominus* della cosa principale diveniva proprietario della cosa nel suo complesso, ma ciò non di meno il *dominus* della cosa accessoria restava tale, e l'altra, per cui *dominus* della cosa accessoria perdeva la proprietà su questa, salvo, però, a riacquistarla con la separazione.

³² In linea teorica si aprirebbe la questione della preventiva proposizione dell'*actio ad exhibendum* (si veda D. 6.1.23.5, Paul. 21 *ad ed.*), funzionale appunto a verificarne la separabilità e, eventualmente, alla successiva proposizione della rivendica. In proposito si veda ancora MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 323 nt. 63. Ma al caso del *tignum iunctum* provvedeva già – vietandolo – il notissimo precetto decemvirale di *Tab. 6.8*, che è rammentato da varie fonti e dal medesimo Ulpiano (37 *ad ed.*) in D. 47.3.1.pr., il cui disposto vale per ogni materiale di costruzione in ragione di evitare la demolizione degli edifici.

³³ Anche LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 326 ss. e nt. 63, intende la parola '*partus*' riferita al *partus ancillae*. Egualmente, P. FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2007, p. 171 s. Sull'impiego della parola '*partus*' nel Digesto, si veda M. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris, 1981, p. 132 s. L'accostamento di '*fructus*' a '*partus*' è svolto, con tutta evidenza, per indicare ciò che viene prodotto da cosa fruttifera.

consentiva di ritenere *fructus* il *partus ancillae*³⁴, è anche un dato consolidato tanto da esser recepito nelle migliori opere di taglio istituzionale quello per cui «i nati da madre schiava, sebbene non fossero considerati frutti, cadevano in proprietà del *dominus* della schiava che li aveva partoriti»³⁵. Porre il problema dell'eccezione di cosa giudicata in rapporto ad entrambi risultava più che giustificato.

Fructus e *partus* vengono richiamati quali oggetti di una «seconda» rivendicazione che segue ad una «prima» avente oggetto un fondo o, nel caso del *partus ancillae*, l'*ancilla* medesima.

Di questa prima rivendicazione, quella che cade sulla cosa fruttifera, non si parla espressamente, ma la si presuppone necessariamente.

Tutto ciò che sappiamo della prima rivendica sta nel dato che le cose richieste con la seconda, quando venne rivendicata la cosa fruttifera, '*nondum erant in rebus humanis*'. Lo sono divenute successivamente: '*sed ex ea re sunt, quae petita est*'.

Come interpretare l'espressione '*in rebus humanis*' che si legge nel frammento?

Contro l'opinione di chi vuole che l'espressione significhi che il *partus* era concepito, ma non ancora nato – così la Sanna³⁶, così il Ferretti³⁷ – e, invece, con quella del Mancaloni³⁸, ritengo che essa qui valga ad indicare un'inesistenza assoluta.

I motivi che mi convincono che qui '*nondum in rebus humanis*' valga «inesistenti» e che altrove ho esposto³⁹, si riassumono anzitutto nel dato testuale che qui l'espressione è riferita non solo al *partus*, ma anche ai *fructus*.

Che significato può avere scrivere che dei '*fructus*' non siano '*in rebus humanis*'? Che essi esistevano, ma che non erano ancora disponibili? Che essi esistevano, ma che non erano ancora stati separati dalla cosa fruttifera?

A me pare che l'unico senso sia che questi '*fructus*' non avevano ancora esistenza, quando – esemplifico – venne rivendicato il fondo che, poi, li produsse. In quel momento quei *fructus* non erano neppure germinati. E dire che '*nondum erant in rebus humanis*' significa riportare questa inesistenza al momento della prima rivendicazione.

Ora, posto che '*haec*' si riferisce sia ai '*fructus*' sia al '*partus*', diviene consequenziale trarre che neppure quest'ultimo aveva esistenza quando fu fatta la *litis contestatio* del primo giudizio. Entrambe le cose ('*haec*') non erano ancora '*in rebus humanis*' quando venne proposta la prima domanda⁴⁰. Entrambe le cose sono, invece, venute a esistere al momento della seconda rivendicazione: '*sed ex ea re sunt*'.

³⁴ E' notissimo che la '*Bruti sententia*' si trae principalmente da D. 7.1.68.pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*). Tra gli apporti più recenti e innovativi, si veda anzitutto F. ZUCCHETTI, *Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto»*, Padova, 2000, p. 95, e *Partus ancillae in fructu non est*, in «Antecessori oblata. Studi A. Dell'Oro», Padova, 2001, p. 185, nonché M.V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto*, in «Il Diritto Giustiniano fra tradizione classica e innovazione», Torino, 2003, p. 230 ss., e BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 320 ss.

³⁵ MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 321.

³⁶ SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto*, cit., p. 250.

³⁷ Secondo FERRETTI, *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*, cit., p. 171 e s., l'espressione rimanderebbe, anche nel passo considerato, al non esser ancora nato e non all'assoluta inesistenza.

³⁸ F. MANCALEONI, *Studi sull'acquisto dei frutti in forza dei diritti reali sulla cosa fruttifera*, Sassari, 1896, p. 32, il quale intende l'espressione '*in rebus humanis*' nel senso di «cose che non esistono in nessun modo».

³⁹ BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 311 e s.

⁴⁰ Da quanto Ulpiano aveva detto nei paragrafi precedenti e dal riferirsi dell'espressione non solo al *partus*, verrebbe da concludere che la locuzione sia qui impiegata non – come in altri passi ove essa ricorre – per significare l'incompiutezza del concepito, ma per evidenziare l'inesistenza del *partus* (e, in questo caso, anche dei frutti). Essa, nel nostro frammento, equivale sostanzialmente a quella '*in rerum natura non esse*', volendo sottolineare che nessuna consistenza avevano le cose all'epoca della prima domanda. Ora e così tornando alla questione che qui interessa, pur se mi pare che si debba concordare con ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., p. 6, sulla sostanziale equivalenza, nel frammento in esame, dell'espressione '*in rebus humanis non esse*' e di quella '*in rerum natura non esse*', credo si debba anche dire che il passo non può essere invocato a sostegno dell'asserita inesistenza fisiologica del concepito. Il frammento non riguarderebbe, infatti, il *conceptus*, ma colui che al momento del primo giudizio – nel quale si rivendicava un'*ancilla* che non era *praegnans* – ancora non esisteva. In questa sua anomala valenza, l'espressione '*in rebus humanis*' si riferisce semmai al cosiddetto '*concepturus*' e non la si dovrebbe riportare al *conceptus*, la cui materiale esistenza, Ulpiano aveva già, a mio avviso, riconosciuto nel § 1.

Vorrei soffermarmi su quest'ultima espressione. Forse cadrò in errore, ma a me pare che il dire che le cose, che nel primo giudizio *'nondum erant in rebus humanis'*, dunque i *fructus* e il *partus* sono venute ad esistenza, nel secondo, *'ex ea re'* suggerisca un rapporto di derivazione, piuttosto che una situazione nella quale la cosa prima rivendicata conteneva già quella che poi viene, in un successivo giudizio, richiesta. L'espressione *'ex ea re'* richiama a proposito della schiava quella *'ex illa ancilla natum erit'* che si registra, ad esempio, nelle Istituzioni giainie in relazione ad un legato *per damnationem*⁴¹, cioè di un legato in cui si può disporre anche di cose future che pur non abbiano, al momento della disposizione, esistenza⁴².

Per rimanere al solo caso del *partus ancillae*, posto che una precedente rivendicazione di costei è presupposta, cosa impedisce di ritenere che nel primo periodo del § 3 si prenda in esame una fattispecie differente da quella presentata nel *principium*, ove l'*ancilla* era dichiaratamente *praegnas*?

L'impiego quantomeno anomalo del sintagma *'in rebus humanis'* e il dire che le cose rivendicate «provengono» da quella che lo era stata in precedenza sembrano consentire la lettura che propongo: l'*ancilla*, al momento della rivendica che su di lei cade, non era ancora *praegnas*. Successivamente lo diviene e – a parto avvenuto – l'attore del primo giudizio si fa a rivendicarne il figlio.

Se le cose stessero così, dovrei anche concludere che, a rigore di logica, il caso qui trattato – a proposito dei *fructus* e del *partus* – non sarebbe più compreso nella fattispecie astratta e generale di colui che *'cum totum petisset, partem petat'*, sino a questo punto esemplificata dal giurista, ma apparterebbe a quella in cui essendosi prima richiesta una determinata cosa (un fondo o un'*ancilla*) questa cosa ne generi poi altre (i *fructus*, il *partus*). Le cose, nella prima rivendicazione non esistevano *'nondum erant in rebus humanis'*, ma ora, al momento della seconda domanda, sono state generate: *'sed ex ea re sunt'*.

Beninteso, l'ipotesi di lettura che propongo mi pare percorribile, ma certo non è dimostrata. A suo favore aggiungo un dato che a me pare significativo: la soluzione offerta dal giurista per il caso trattato nel § 3 è opposta a quella che sembra esser stata data per il caso esemplificato nel § 1.

L'eccezione, dice Ulpiano, non può essere utilmente opposta: *'magisque est, ut ista exceptio non noceat'*. Nel caso dell'*ancilla praegnas*, che è svolto nel § 1, par di poter dedurre che l'eccezione necesse.

In proposito la Lamberti dice che non si vede motivo «per cui la situazione presa in considerazione dal giurista potesse essere quella di una *ancilla* non ancora *praegnas* al momento del primo giudizio: se così fosse stato, quasi sicuramente la presenza di un nuovo essere (sia pure *in fieri*) nel secondo giudizio, avrebbe escluso che vi fosse *eadem res*»⁴³.

L'osservazione è acuta, ma non mi convince. Che la fattispecie presa in considerazione dal giurista possa essere quella di una *ancilla* non ancora *praegnas* al momento del primo giudizio sembra suffragarsi proprio sulla base dell'esattissima argomentazione svolta dalla Lamberti: la presenza di un nuovo essere nel secondo giudizio, avrebbe escluso che vi fosse *eadem res*: e, infatti, l'*eadem res* è esclusa da Ulpiano: *'magisque est, ut ista exceptio non noceat'*. Il nuovo essere, nel secondo giudizio, è venuto in essere. Il figlio della schiava è nato e chi aveva rivendicato l'*ancilla* che, poi, ne diventerà la madre, ora rivendica lo schiavetto. L'eccezione di cosa giudicata non produce effetto,

⁴¹ Gai. *inst.* 2.203: *'Ea quoque res, quae in rerum natura non des, si modo futura est, per damnationem legari potest, veluti: FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT, aut QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT'*.

⁴² BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 282 ss. Come ho annunziato in esordio, sul punto ritornerò in un successivo lavoro.

⁴³ LAMBERTI, *Concepimento e nascita*, cit., p. 327 nt. 63. L'autrice, stante la sua convinzione che l'*ancilla* fosse già *praegnas* all'epoca del primo giudizio, aggiunge anche che «il frammento parrebbe deporre per l'esistenza di non indifferenti dubbi sul se il *partus* (anche nel momento del primo giudizio) fosse da considerarsi, o meno, *res* indipendente dalla madre: su tale punto, che porterebbe sicuramente acqua al mulino di Bianchi, l'a. invece non si ferma». Dichiarato di non aver mulini cui portar acqua diversi dalla comprensione dei testi, ammetto che l'autrice avrebbe certamente ragione, ove già esistesse un feto all'epoca del primo giudizio. Ne verrebbe, infatti, attestata un'indipendenza dalla madre che, invece, non è dato riscontrare nel § 1 (ove si considerano il *totum* e la *pars*). A me, tuttavia, pare che almeno nella prima parte del § 3 si sia presentata l'ipotesi di un'*ancilla* non ancora *praegnas* e che, al fine di verificare se si dia o meno luogo all'*eadem res* per concedere o meno l'*exceptio rei indicatae*, rilevi, qui, la sola materiale esistenza del *conceptus*. Altrove, invece, dalle fonti mi è parso di poter rilevare anche il riconoscimento di un'autonoma esistenza del *nondum natus* (è il caso, ad esempio, di D. 41.3.10.3: si veda BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 331). Ciò che mai ho riscontrato è l'affermazione della sua inesistenza. Ciò pure che non ho mai riscontrato è la sua definizione di *'homo'*.

proprio perché ciò che viene richiesto nel secondo giudizio, ancora non esisteva quando ebbe luogo la *litis contestatio* del primo. A quel momento esisteva la cosa – l'*ancilla* o la *res* fruttifera – da cui avrebbe avuto origine quella che sarebbe stata richiesta nel secondo giudizio.

Non mi pare che Ulpiano stia qui dando conto di un'opinione contrastante con quella offerta nel § 1, ma che egli stia presentando la diversa fattispecie che si realizza quando il *petitum* del secondo giudizio si ponga in rapporto derivativo con il primo.

La *ratio* del caso profilato nel § 1 e di quello presentato nel § 3 è, però, la medesima: in quanto il feto già esisteva nel momento in cui l'*ancilla* fu rivendicata, si viene a realizzare con la successiva rivendicazione del di lei figlio l'*eadem res* (è richiesta una *pars* di un *totum*). In quanto in quel momento non è ancora esistente, ma viene concepito dopo la *litis contestatio* della rivendica dell'*ancilla*, con la rivendica del di lei figlio, l'*eadem res* non si realizza.

Il criterio dell'esistenza/inesistenza, dell'avvenuto o meno concepimento è quello determinante in ogni ambito di problematiche tecniche anche del tutto peculiari⁴⁴. Per quali motivi non dovrebbe esserlo per quanto attiene l'*exceptio rei indicatae*?

I dati testuali mi pare consentano questa lettura. La logica dell'esposizione ulpiana (o quel che ne rimane a seguito di un possibile rimaneggiamento postclassico e a seguito dell'opera dei compilatori) sembra suggerirlo.

A mio avviso, insomma, Ulpiano vuol sottolineare che il criterio in base al quale l'*exceptio* è o meno utilmente concessa è identico e che esso si realizza sempre nel riscontro fattuale che la cosa oggetto della seconda domanda esistesse ovvero non esistesse al momento della prima rivendicazione, il che si traduce, nel caso della rivendica del *partus ancillae*, nel fatto che costei fosse o meno *praegnas* al tempo della prima domanda.

6. Resta da esaminare il secondo periodo del § 3: dice ora Ulpiano: '*Plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimatiue sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam*'.

Avevo in precedenza pensato che questo tratto si connettesse con il primo periodo del § 3. Mi era parso che con la frase considerata Ulpiano potesse indicare un'ulteriore fattispecie: quella in cui, pur non ancora *praegnas*, l'*ancilla* venisse però considerata attraverso l'*aestimatio* quale cosa fruttifera (o, allo stesso modo, un fondo neppure seminato ricevesse una *aestimatio* che tenesse conto della sua potenzialità produttiva). Mi pareva interessante il '*que*' col quale Ulpiano sembra non presentare alternativamente la '*restitutio*' e la '*aestimatio*', ma legare la seconda alla prima e che col nominare i *fructus* e il *partus* si dovesse, invero, far riferimento all'*aestimatio* della cosa fruttifera⁴⁵.

A fronte di una tale situazione l'*exceptio* sarebbe tornata ad esser opponibile: '*consequens erit dicere exceptionem obiciendam*', in quanto *fructus* e *partus* già sarebbero stati considerati – sia pure a livello potenziale – nel primo giudizio. L'ipotesi esplicava, appunto, che l'eccezione tornasse ad esser opponibile.

Ma riconosco forza particolare all'obiezione che mi muove la Lamberti, osservando che, se il fondo non avesse ancora generato dei *fructus* e se l'*ancilla* non fosse stata *praegnas*, il giurista non

⁴⁴ Si noti che il criterio dell'esistenza/inesistenza che – a mio avviso – viene proposto per determinare se sia o meno possibile concedere l'*exceptio rei indicatae* con riferimento (anche) al caso del parto ancillare, è quello rilevante anche ad altri fini e così a quelli che soccorrono a verificare la possibilità di usucapire il *partus ancillae* ove l'*ancilla* sia stata oggetto di furto. Infatti, se l'*ancilla* è *praegnas*, anche il di lei *partus* è *furtivus*, mentre se l'*ancilla* non è in stato interessante, ma concepisce e poi partorisce dopo il furto, il di lei *partus* non è *furtivus*: così si legge in D. 47.2.48.5 (Ulp. 42 ad Sab.): '*Ancilla si subripiatur praegnas vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit ...*'. L'affermazione di Ulpiano trova – a mio avviso – riscontro anche nel pensiero di Giuliano (44 dig.) in D. 41.3.33.pr.: '*Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat*'. Sul punto si veda BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 292 ss.

⁴⁵ In altri termini avevo pensato, che pur parlando di *fructus* e di *partus*, l'*aestimatio*, cui fa riferimento Ulpiano nell'ultimo tratto del § 3, cadesse sulla cosa che era stata oggetto del primo giudizio: BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 311, e ID., *rec. a FERRETTI, In rerum natura esse in rebus humanis non esse*, cit., in «SDHI», LXXVII, 2011, p. 648.

avrebbe probabilmente svolto l'ipotesi che *fructus* e *partus* potessero essere, nel primo giudizio, oggetto di considerazione e di *aestimatio*⁴⁶. A favore dell'opinione della studiosa sta il dato testuale: non si nominano l'*ancilla* e il fondo, ma solo i *fructus* e il *partus*.

L'obiezione, mossa sulla base delle parole del secondo periodo del § 3, indebolisce la mia ipotesi, riducendo a mera congettura che, menzionando *fructus* e *partus*, Ulpiano volesse, invero, far riferimento alla *aestimatio* della cosa fruttifera, della cosa, cioè, che aveva costituito oggetto della prima rivendica.

7. Anche a rifiutare questa congettura, non credo, tuttavia, di dover necessariamente abbandonare la mia lettura del primo periodo del § 3. Continuo, cioè, ad essere convinto, per le ragioni che ho esposto, che il caso qui prospettato possa essere relativo ad un'*ancilla* che ancora non è *praegnas*. E anche ad abbandonare la mia lettura congetturale dell'ultimo periodo del § 3 e ad accogliere quella più aderente al testo della Lamberti, non mi pare di dover abbandonare questa convinzione.

Infatti, potrebbe essere che Ulpiano, dopo aver esposto, nel § 1, il caso in cui l'*ancilla* fosse *praegnas* e – secondo il mio avviso – nel primo periodo del § 3, quello in cui non lo fosse, sia poi tornato al caso dell'*ancilla praegnas*, limitandosi a dire semplicemente che, ove *fructus* e *partus* fossero venuti in considerazione, l'eccezione sarebbe stata utilmente opponibile.

Il '*plane*', col quale inizia il secondo tratto del § 3, denuncia l'ovvietà dell'osservazione e il '*consequens erit dicere*', appunto, la consequenzialità della soluzione che viene offerta: '*exceptionem obiciendam*'.

A ben guardare, di questa ovvia affermazione non vi sarebbe stata necessità ove il caso considerato fosse stato soltanto quello dell'*ancilla praegnas*, trattato nel § 1, perché la soluzione dell'opponibilità dell'*exceptio* era già fondata sulla realizzazione – pur parziale – dell'*eadem res* nei due giudizi (nel primo riguardante la sola *ancilla praegnas*, ma che aveva in sé il concepito, nel secondo il solo *partus* nato nel frattempo).

L'osservazione conclusiva (nei paragrafi successivi, non si torna più alle questioni dei *fructus* e del *partus*) si sarebbe resa, invece, opportuna dopo che era stata discussa quella dell'*ancilla* non ancora gravida, per ribadire – nuovamente riferendosi al caso dell'*ancilla praegnas* – che, ove *fructus* e *partus* fossero stati addirittura presi in considerazione nella rivendicazione che aveva avuto ad oggetto il fondo o la schiava, l'eccezione sarebbe stata, naturalmente, opponibile con successo.

Probabilmente – sul piano pratico – si sarà potuto prendere in considerazione il *partus* – di per sé – solo nel caso lo stato di gravidanza dell'*ancilla* sia stato evidente o, almeno, sia stato conosciuto dall'attore. Mi è, però, difficile ritenere che l'oggettivo stato di gravidanza, anche ove non riconosciuto, non avesse rilievo. E mi pare che il passo di Ulpiano deponga in questo senso.

In estrema sintesi, l'andamento dell'*excursus* ulpiano – limitandolo qui al solo caso del *partus ancillae* – può essere stato il seguente: se la schiava è *praegnas* nel primo giudizio, in caso di successiva rivendica del *partus*, l'eccezione sarà opponibile; se la schiava non è *praegnas*, l'eccezione non sarà opponibile, perché non si realizza l'*eadem res*; naturalmente, se l'*ancilla* è *praegnas* e il di lei *partus* è stato addirittura oggetto di considerazione nel primo giudizio, non vi è dubbio che l'eccezione sia utilmente opponibile.

⁴⁶ LAMBERTI, *Concepimento*, cit., p. 326 nt. 63.