

Ernesto Bianchi

In tema di concepimento: osservazioni lessicali ed esegetiche su Gai., *inst.* 2.203 e D. 30.24.pr. A proposito di «cosa futura» e di «concepturus»

1. Premessa – 2. ‘*Concepturus*’ termine ignoto, ma sottinteso nelle fonti giuridiche romane – 3. L’oggetto delle disposizioni conservate in Gai., *inst.* 2.203 e D. 30.24.pr. – 4. (Segue) ‘*Concepturus*’ quale possibile oggetto di legato di cosa futura – 5. Conclusioni.

1. Di recente – intellettualmente sollecitato da un lavoro di Francesca Lamberti¹, ove si consideravano anche alcuni rilievi che, in tema di concepito, avevo svolto in una monografia² – sono tornato a esaminare D. 44.2.7.pr.-2 (Ulp. 75 *ad ed.*), riguardante l’*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae*³, uno dei passi più frequentemente adottati per affermare che la giurisprudenza romana avrebbe negato autonomia e distinta esistenza a colui che, già concepito, non è ancora nato⁴.

Come mi ero allora ripromesso⁵, prenderò in considerazione alcune altre fonti che sovente sono addotte allo stesso scopo.

Dapprima mi occuperò di Gai., *inst.* 2.203, e D. 30.24.pr. (Pomp. 5 *ad Sab.*) che riguardano il possibile oggetto di un legato per *damnationem*⁶, mentre in un diverso lavoro esaminerò D. 25.4.1.1 (Ulp. 25 *ad ed.*), passo che tratta una questione assai complessa riguardante la non applicabilità, nel caso considerato, delle disposizioni dei *senatusconsulta de liberis agnoscendis* e che contiene, riferendola al feto, la celeberrima locuzione ‘*portio mulieris vel viscerum*’⁷.

In occasione del primo di questi articoli, avevo sottolineato l’esigenza di condurre distinte esegesi dei vari passi⁸, osservando che, se è pur vero che tutti si riferiscono al *nondum natus*, ognuno di essi va considerato nel preciso contesto in cui si colloca.

In questo lavoro mi occuperò, quindi, di legato di cosa futura e, in particolare, dell’espressione ‘*quod ex illa ancilla natum erit*’ e di altre consimili.

2. Nella mia monografia dedicata al concepito avevo sostenuto che, pur non essendo registrata nelle

¹) 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. Il saggio prosegue i due studi monografici in argomento: *Studi sui «postumi» nell’esperienza giuridica romana*, Napoli, 1996, e *Studi sui «postumi» nell’esperienza giuridica romana. 2. Profili del regime classico*, Napoli, 2001.

²) E. BIANCHI, *Per un’indagine sul principio «conceptus pro iam nato habetur» (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009, *praecipue* p. 282 ss., 310 ss. e 319 ss.

³) E. BIANCHI, *Ancora in tema di concepimento: minime osservazioni lessicali ed esegetiche. A proposito della «exceptio rei indicatae»: D. 44.2.7.pr.-3 (Ulp. 75 ad ed.)*, in «RDR.», XI, 2011, p. 1 ss. (*estr.*).

⁴) BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., p. 311 ss.

⁵) BIANCHI, *Ancora in tema di concepimento*, cit., p. 1 (*estr.*).

⁶) Cfr. LAMBERTI, *Concepimento*, cit., 325, nt. 60, e BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., p. 284 ss.

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

⁸) BIANCHI, *Ancora in tema di concepimento*, cit., p. 1 s. (*estr.*).

fonti giuridiche latine, la nozione corrispondente all'espressione 'concepturus', presente, invece, nelle opere medievali, potesse essere stata delineata dalla giurisprudenza romana in alcuni passi. Ciò si profila, com'è evidente, soltanto in negativo quando si sottolinea che è esclusivamente colui che, nell'istante della morte del *de cuius*, è stato almeno concepito – vale a dire, colui che è, in quell'istante, 'in rerum natura' – che può ricevere tutela sotto il profilo successorio, salva naturalmente la condizione della successiva nascita. Ma ciò si profila anche quando si fa riferimento, quale oggetto di un'obbligazione, a colui che neppure è stato concepito⁹.

Nell'esaminare la ricca terminologia utilizzata dai giuristi romani per indicare colui che è stato concepito giova – io credo – rimarcare che, al contrario, non si riscontra alcuna parola che indichi colui che ancora non è stato concepito. Costui, seppure non ancora concepito, ma ricorrendo determinate condizioni, è – in diversi odierni ordinamenti e così nel nostro – un possibile destinatario di una successione ereditaria ovvero di una donazione e viene talvolta indicato – in moderni manuali di diritto privato – col termine 'concepturus'¹⁰.

Di questo termine – ripeto – assente nel lessico giuridico latino, si registra invero solo qualche sporadico cenno nella patristica e in alcune tarde opere di taglio grammaticale¹¹. E qui esso è impiegato, non per indicare il nascituro che non sia neppure stato concepito, ma chi – in futuro – partorirà¹². In questo lavoro, parlerò, invece, di 'concepturus' nell'accezione moderna della parola.

Il nascituro neppure concepito – che evidentemente non può esser ascritto né tra coloro che sono 'in rerum natura', poiché non ha in assoluto alcuna consistenza fisica né, tantomeno, tra coloro che sono 'in humanis rebus', poiché l'espressione è riservata a coloro che sono già nati¹³ – non merita, in nessuna delle fasi storiche del diritto romano, non solo una qualche protezione, ma neppure una qualsiasi denominazione.

Lo si può, tuttavia, individuare in negativo assumendo che solo a chi sia stato già concepito prima della morte del *pater familias* si possano riservare diritti successori¹⁴. E lo si può anche individuare, non come il *conceptus*, quale (potenziale) soggetto di diritto, che tale diviene con l'evento della nascita, ma quale oggetto di negozi ad effetti obbligatori, i quali – naturalmente – assumeranno effi-

⁹) BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 284 ss.

¹⁰) Si veda, ad esempio, A. TORRENTE, *Istituzioni di diritto privato*¹⁰, Milano, 1978, p. 915 e 998. Su questo soggetto, sotto il profilo dogmatico, nonché sotto quello delle denominazioni che egli riceve, cfr. G. STOLFI, *I nascituri non concepiti*, in «Annali Università di Macerata», VI, 1930, p. 173 ss.

¹¹) Il termine non è registrato nel lessico giuridico latino. In quello extragiuridico ve ne è attestazione nella patristica o in opere sull'arte grammaticale, ma sempre per significare il soggetto attivo del partorire (la Vergine Maria è 'conceptura': così Aug., *sanct. Verg.* 4.4) e non il nascituro, già o meno concepito. Similmente si può dire del termine 'nasciturus', anch'esso assente nel lessico giuridico latino e attestato nella valenza moderna solo in tarde opere grammaticali. Per qualche ulteriore riscontro, si veda BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 337 nt. 181.

¹²) L'inversione della valenza della parola è probabilmente da connettersi alla diversa concezione intervenuta in età medievale: si veda F. LANFRANCHI, 'Nascituri', in «NNDI», XI, Torino, 1963, p. 14 ss.; cfr. E. GANDOLFI, 'Nascituro (storia)' in «ED.», XXVIII, Milano, 1977, p. 535 s., il quale sottolinea come anche il diritto longobardo escludesse che un nascituro neppure concepito fosse contemplato in un testamento o fosse destinatario di una donazione, esigendo, invece, che il feto fosse – al momento della disposizione – già esistente 'in ventre' o 'in utero' (l'esistenza del feto al momento della morte del *de cuius* tornerà a essere rilevante – sulle orme del diritto romano – per la successione *ab intestato*). L'autore precisa anche come questa condizione cessi sostanzialmente d'essere necessaria solo nel diritto comune.

¹³) BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., p. 274 ss.

¹⁴) Come osserva incisivamente B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 118, «i romani non vanno al di là del concepito, occorre quel minimo di certezza, che è fornito dal concepimento». Sotto il profilo di una potenziale titolarità di diritti successori che diviene effettiva solo con la nascita mi pare emblematico D. 38.16.6 (Iul. 59 dig.): 'Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret, respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus beres, neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit'. Giuliano esclude sia dalla *legitima hereditas* sia dalla *bonorum possessio* chi non sia ancora stato concepito nell'istante della morte del *de cuius*. Colui che, a quel momento non sia ancora stato concepito e che Giuliano indica con l'espressione 'qui post mortem avi sui concipitur', benché nel caso di specie nipote del *de cuius*, non riceve tutela né civile né pretoria.

cacia solo in futuro.

3. I due passi di cui principalmente mi occupo in questa sede – Gai., *inst.* 2.203, e D. 30.24.pr. – attestano, a mio avviso, che – pur non individuato con uno specifico termine – anche il ‘*concepturus*’ poteva essere oggetto di una disposizione, nel caso, di un legato *per damnationem*.

Li riporto entrambi.

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.*

D. 30.24.pr. (Pomp. 5 *ad Sab.*): *Quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse, veluti ‘QUIDQUID ILLA ANCILLA PEPERISSET’, constituit; vel ita ‘EX VINO QUOD IN FUNDO MEO NATUM EST’ vel ‘FETUS TANTUM DATO’.*

Entrambi i passi dichiarano, senza alcuna incertezza, che con questo tipo di legato si può disporre di cose future. Entrambi i passi conservano anche un cenno a formule di legati *per damnationem* aventi ad oggetto «cose future».

Conviene iniziare dall’esegesi del passo di Gaio, in quanto abbiamo modo di leggerlo nel contesto della trattazione sui legati che egli svolge ai §§ 191-245 del secondo libro delle sue Istituzioni.

In particolare, per poter meglio considerare il passo che si è preso in considerazione, è opportuno contrapporlo ad alcune affermazioni svolte in precedenza dal giurista antonino a proposito del legato *per vindicationem* e soprattutto rammentare che egli, al § 196, aveva precisato i limiti di quest’ultimo¹⁵, non mancando di sottolineare che questa disposizione testamentaria esigeva che ne fossero oggetto: ‘*vae autem solae res ... quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt*’.

Sempre nel medesimo paragrafo, Gaio distingueva le ‘*res, quae pondere, numero, mensura constant*’, per le quali specificava che ‘*placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris*’, dalle *ceterae res*, per le quali, invece, precisava che ‘*placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moretur*’¹⁶.

La necessità che il *dominium ex iure Quiritium* sussistesse nei *duo momenta*, quello del decesso e quello della confezione del testamento, dovette costituire la regola originaria del legato *per vindicationem*; la regola che permetteva che il *dominium* sussistesse solo al momento del decesso – valida, come il giurista dichiara, esclusivamente per le cose fungibili – dovette, con tutta probabilità, affermarsi successivamente¹⁷. Qui basta sottolineare che costituisce punto fermo che – in epoca classica e *iure civili* – l’assenza del *dominium* produceva l’invalidità della disposizione. Difettando il *dominium*, come Gaio dice con stringata eleganza, ‘*inutile est legatum*’¹⁸.

Gaio passa, poi, a trattare altri argomenti, tra i quali le disposizioni dettate dal senatoconsulto Neroniano, ma è proprio sulla base di quanto ha esposto nel § 196, strettamente sotto il profilo del *ius civile*, che il giurista – dopo aver restituito nel § 201 le parole che si usavano per formulare un legato *per damnationem*¹⁹ – può rimarcare, al § 202, la grande differenza di questo rispetto a quello *per vindicationem*, dicendo: ‘*eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat*’. Ed è, infine, sulla base di quest’affermazione che egli può aggiungere

¹⁵) Gai., *inst.* 2.196.

¹⁶) Cfr. *Tit. ex corp. Ulp.* 24.7: ‘*Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuerunt, mortis, et quo testamentum faciebat, praeterquam si pondere, numero, mensura contineantur; in his enim satis est, si vel mortis dumtaxat tempore fuerint ex iure Quiritium*’.

¹⁷) C. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino, 1962, p. 77.

¹⁸) *Paul. sent.* 4.8 afferma il principio anche per i fedecommissi.

¹⁹) Gai., *inst.* 2.201: ‘*Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si DATO scriptum fuerit, per damnationem legatum est*’. Cfr. *Ep. Gai.* 2.5.2, ove viene usata una formula coniugata, invece che alla terza, alla seconda persona singolare. Alla terza persona, sono le formule con impiego di ‘*redde-re*’, che si leggono in D. 32.100.pr. (*Iav. 2 ex post. Lab.*), ove si menzionano Cascellio e Labeone. Cfr. D. 31.21 (*Cels. 20 dig.*).

ciò che leggiamo nel § 203 qui preso in esame: con un legato *per damnationem*, si può persino²⁰ disporre di cosa *‘quae in rerum natura non des, si modo futura est’*.

Da questa prima lettura si può, quindi, trarre che con un legato *per damnationem* si può disporre anche di cose che ancora non abbiano esistenza, ma che verranno ad averla in futuro. E tale conclusione, coerente sul piano logico con gli effetti obbligatori propri di questo legato e confermata da altre fonti²¹, è – a quanto mi pare di aver riscontrato – universalmente recepita negli studi²².

L’Albertario traeva principalmente proprio dalla menzione – in Gai., *inst.* 2.203 – della *‘res quae in natura non des’* il significato che il *‘conceptus’*, secondo il suo avviso, l’oggetto del legato di cosa futura, non è *‘in rerum natura’*²³ e contrapponeva il passo a quelle fonti – di gran lunga, le più ricorrenti²⁴ – che affermano, invece, che il concepito è *‘in rerum natura’*. In queste altre fonti – secondo lo studioso – l’affermazione avrebbe esclusivamente significato giuridico, non fisiologico e ontologico²⁵.

Sul piano generale ho confutato queste conclusioni indicando come le fonti dichiarino sempre che embrione o feto si trovino *‘in rerum natura’* e non, invece, *‘in humanis rebus’*²⁶, ma vorrei qui porre in dubbio che la disposizione testamentaria riferita da Gaio debba inevitabilmente essere intesa come avente ad oggetto colui che «già» era stato concepito, come presuppone l’Albertario e come pare opinare anche Francesca Lamberti²⁷.

4. Si è detto che il passo di Gaio conserva, in via esemplificativa, parole che potevano essere spese in una formula di legato *per damnationem* di cosa futura. Ma che s’intende precisamente per cosa futura? O meglio, cosa intende Gaio parlando di cosa *‘quae in rerum natura non des’*? E l’espressione

²⁰) E’ interessante l’*‘etiam’* che si legge nel corrispondente *Ep. Gai.* 2.5.3 subito dopo che si è sottolineato come, diversamente che col legato *per vindicationem*, con quello *per damnationem* sia possibile disporre di *res alienae*: *‘... etiam res, quae in rerum natura non sunt, per damnationem legato dimitti possunt velut si ita testator in testamento scribat: fructus qui ex illo agro nati fuerint, aut id quod ex illa ancilla natum fuerit; quod in legato vindicationis fieri non potest, quia non potest haec legatarius testatore mortuo continuo vindicare’*.

²¹) Oltre al passo dell’Epitome riportato alla nota che precede, si veda *Tit. ex corp. Ulp.* 24.8: *‘Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possint’*. Ancora più espressamente: D. 32.17.pr. (Maec. 2 *fideic.*): *‘Etiam ea quae futura sunt legari possunt, ut insulam vel in mare vel in fluminibus enata’*.

²²) Solo a titolo esemplificativo, si vedano C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi con riguardo all’attuale giurisprudenza*, Roma, 1889, p. 17 ss. e 234 ss., BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 324, GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., p. 81, e B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto obbligatorio nel diritto romano*, Napoli, 1964, p. 22 nt. 5.

²³) 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. 5 ss. e – successivamente – in «AG.», IC, 1928, p. 151 ss.), p. 48 s.; concorde LAMBERTI, *Studi sui «postumi»* [I], cit., p. 45.

²⁴) Le si vedano tutte in BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., p. 282 ss.

²⁵) ALBERTARIO, *Conceptus*, cit., p. 7. A mio avviso sono corrette le osservazioni svolte con riferimento, oltre al passo considerato, anche a D. 7.7.1 e a D. 30.24.pr., da C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 67 e s., il quale dubita che in questi testi si alluda, come vorrebbe l’Albertario, esclusivamente alla «condizione fisiologica del concepito», in quanto qui vengono in considerazione non già cose presenti, ma cose future non solo e non tanto nella loro condizione fisiologica. Conseguentemente, secondo l’autore, se pure è conforme a logica considerare l’oggetto dei diritti non ancora esistente nell’epoca anteriore alla nascita, da ciò non deriva necessariamente l’affermazione dell’inesistenza del *nondum natus*. Cfr. M. BALESTRI FUMAGALLI, *‘Spes vitae’*, in «SDHI.», IL, 1983, p. 242 nt. 25. Altrove ho già evidenziato che, se si tiene conto della reale finalità perseguita da Gaio nella sua esposizione, il sillogismo proposto dall’Albertario – per cui, costituendo le espressioni *‘FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO ...’* e *‘QUOD EX ILLA ANCILLA ...’* esemplificazioni di *‘res, quae in natura rerum non des’*, si dovrebbe trarre la conseguenza che *‘FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO ...’* e *‘QUOD EX ILLA ANCILLA ...’* non devono essere *‘in rerum natura’* – si rivela privo di consistenza. Sia i frutti che nasceranno dal fondo, sia colui che nascerà dalla schiava potrebbero già esistere (allo stato di germogli o di embrione) al momento della disposizione, ma potrebbero anche – a quel medesimo momento – non esistere ancora: cfr. BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., p. 284 ss. e, naturalmente, le ulteriori argomentazioni che, qui, svolgo nel seguito.

²⁶) BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., p. 284 ss., 305 ss. e 328 s.

²⁷) LAMBERTI, *Studi sui «postumi»* [I], cit., p. 45 e nt. 74, la quale – dopo aver menzionato il passo gaiano qui considerato, nonché D. 7.7.1, D. 25.4.1.1, D. 30.24.pr., D. 35.2.9.1, D. 37.9.1.pr., D. 38.16.1.8 e D. 44.2.7.3 – osserva che «è ben presente, nei passi relativi al nostro argomento, la condizione fisiologica del *conceptus*, che *in rerum natura non est*». Com’è noto, l’autrice sostiene la tesi, da me aversata, che la figura del *‘conceptus’* sia, in diritto romano, esito di una finzione giuridica.

‘FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT’ e quella ‘QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT’ indicano necessariamente *res* che devono avere consistenza – a livello di semi o di feto – già nel momento in cui il testatore dispone?

Ed egualmente, la locuzione conservata dal passo di Pomponio ‘QUIDQUID ILLA ANCILLA PEPERISSET’ indica quale oggetto del legato – con tutta evidenza, anch’esso *per damnationem*²⁸ – il *partus* di una determinata *ancilla* necessariamente già *praegnans* al tempo della redazione del testamento²⁹?

Osservo che queste formule, benché solo schematicamente abbozzate, sono comunque sufficientemente precisate grazie all’indicazione di una determinata *ancilla* o a quella di un determinato *fundus*. Ipotizzo, invece, che un testatore non avrebbe validamente disposto ove, proprietario di più schiave, non avesse precisamente individuato quella il cui *partus* intendeva legare *per damnationem*. In tal caso, credo che la formula ‘QUOD EX ANCILLA NATUM ERIT’ si sarebbe rivelata indeterminata, salvo come insegna il Ferrini, che l’insufficiente indicazione dell’oggetto non potesse esser compensata da altri coefficienti di determinazione³⁰. Ipotizzo, ulteriormente, che – stante il principio generale per cui l’oggetto del legato dev’essere possibile³¹ – si sarebbe rivelata invalida una disposizione con cui il testatore avesse onerato il proprio erede di dare al legatario ciò che fosse nato dal suo servo Stico, in quanto il legato avrebbe avuto ad oggetto una prestazione impossibile³². Il legato sarebbe stato, invece, valido ma inefficace ove l’*ancilla* si fosse rivelata sterile³³. Possibilità e determinabilità dell’obbligazione sono requisiti da tempo sottolineati negli studi romanistici e non certo necessari solo per la validità di un legato ad effetti obbligatori.

E’ interessante, in proposito, che anche in un passo di Paolo (2 *ad ed.*, D. 7.7.1), riguardante la *stipulatio* avente ad oggetto colui che nascerà da una schiava, sia stata conservata una formula in cui l’*ancilla* è precisamente individuata, nel caso, con la menzione del di lei nome: ‘Opera in actu constitit, nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quodadmodum cum stipulamur: QUOD EX ARETHUSA NATUM ERIT’³⁴.

Col Grosso si possono enunciare, come propri di un legato *per damnationem*, i generali requisiti della prestazione di ogni obbligazione: possibilità, liceità, determinabilità, patrimonialità³⁵ e asserire

²⁸ P. VOGLI, *Diritto Ereditario Romano*, I², Milano, 1967, p. 251 nt. 2, indica il passo di Pomponio quale squisito esempio di legato obbligatorio di cosa futura. Conclusione pressoché inevitabile attesa l’inidoneità di un legato ad effetti reali a disporre di cose future. Il frammento di Pomponio fa, del resto, perfettamente *pendant* con Gai., *inst.* 2.203, ove si parla espressamente di un legato *per damnationem*, né le peculiarità del legato *sinendi modo* consentirebbero di ravvisarne qui la presenza.

²⁹ Analoghe domande potrebbero porsi per le espressioni ‘EX VINO QUOD IN FUNDO MEO NATUM EST’ e ‘FETUS TANTUM DATO’, conservate nel passo di Pomponio. Anche in tal caso sarebbe difficile sostenere che debbano essere già essere presenti sul fondo vitigni in grado di fruttificare o che l’animale, il cui feto soltanto vien legato – *fetus tantum* – debba essere gravido.

³⁰ FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit., p. 240 s.; tra questi coefficienti possono, a titolo esemplificativo, annoverarsi la *consuetudo patrisfamilias*, la dignità del legatario, i vincoli sussistenti tra testatore e legatario e molti altri, tutti utili – in fine – a verificare se possa essere individuata la volontà del testatore. Naturalmente non si tratta di criteri che rimangono immutati nel tempo come dimostra, ad esempio, il noto rescritto di Antonino Pio, relativo ad un legato di scelta, menzionato in D. 33.5.1 (Ulp. 2 *ad Sab.*).

³¹ Anche sulla nozione di possibilità – declinata in senso materiale e giuridico – si veda FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit., p. 232 ss.

³² Ne costituisce esempio squisito D. 33.6.7.1 (Iav. 2 *ex post. Lab.*), sul quale, per tutti, cfr. BIONDI, *Successione testamentaria*, cit., p. 324.

³³ Mi pare interessante D. 19.1.21.pr. (Paul. 33 *ad ed.*) ove si afferma che la vendita di un *partus* di una schiava, poi rivelatasi sterile, dà luogo all’*actio ex empto* a favore del compratore.

³⁴ Anche per D. 7.7.1 si vedano MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., p. 67 e s., e BIANCHI, *Per un’indagine*, cit., p. 287. E’ interessante notare che la questione trattata da Paolo si inserisce nella contrapposizione – generalissima – tra l’*opera in actu* e quella non ancora esistente: quest’ultima non è ‘*in rerum natura*’ prima che ‘*dies venit, quo praestanda est*’. Ma resta del tutto evidente che l’espressione ‘QUOD EX ARETHUSA NATUM ERIT’ – qui impiegata a livello esemplificativo – intende indicare tutto ciò che nascerà da questa schiava e, dunque, non presuppone necessariamente che chi (eventualmente) verrà a nascere sia stato concepito quando si perfeziona il negozio, ma comprende anche colui che verrà a nascere essendo stato concepito successivamente a questo momento, fermo restando che la prestazione andrà, comunque, eseguita una volta che la schiava abbia partorito.

³⁵ GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., p. 240 s.

che essi sono sicuramente requisiti necessari anche in un legato di cosa futura.

Rilevo, poi, che tanto la locuzione di Gaio quanto quella di Pomponio, che qui si stanno considerando, utilizzano il genere neutro. In proposito è stato recentemente osservato che l'uso del genere neutro nelle clausole che hanno per oggetto chi ancora non sia nato assolve alla prudenziale funzione di comprenderne numero e sesso e, talvolta, all'esigenza di indicare, oltre che i nascituri, anche coloro che siano già nati³⁶.

I pronomi 'quod' o 'quidquid' nei passi di Gaio e di Pomponio imporrebbero di concludere che – morto il testatore e avendo *illa ancilla* partorito – il legatario potrà esperire l'*actio de testamento* anche in caso di parto plurigemellare e, naturalmente, quale sia il sesso di colui che sarà nato da '*illa ancilla*'.

Nulla potrà egli, naturalmente, pretendere se un parto non interverrà, come nel caso l'*ancilla* abortisca. E potrà, invece, richiedere tutto ciò che l'*ancilla* genererà. In punto alla esigibilità della prestazione rileveranno, ovviamente, il *dies cedens*, il *dies veniens* e rileverà anche la circostanza che l'erede sia necessario anziché volontario. Ma tutto ciò non ha riguardo alla validità del legato nel momento in cui esso viene disposto. In quel momento non rileva che l'*ancilla* sia o meno *praegnas* (o che su quel determinato fondo siano o meno presenti semi o germogli).

Beninteso, non escludo che l'*ancilla* – del cui futuro parto si disponeva – potesse essere già in stato di gravidanza al momento della redazione del testamento. Anche in questo caso colui che già era stato concepito costituiva una *res futura* in quanto, prima della nascita, non suscettibile di effettivo utilizzo. Ma, per la validità del legato, non era affatto necessario che l'*ancilla* fosse in quel momento *praegnas* e il di lei *partus* già concepito. Ovviamente, poi, nel caso in cui *illa ancilla* avesse già partorito nel momento della confezione del testamento, un legato avente ad oggetto '*quod ex illa ancilla natum erit*' escluderebbe il parto già avvenuto e riguarderebbe solo quello che, eventualmente, potesse intervenire nel futuro.

Formule di legato *per damnationem* contenenti espressioni simili a quelle qui considerate si rivelano, invece, pienamente valide anche ove l'*ancilla*, al momento della redazione del testamento, non sia ancora *praegnas* e, quindi, ove le disposizioni abbiano ad oggetto colui che riceverà la denominazione – come già rammentato non riscontrabile nelle fonti giuridiche romane – di '*concepturus*', che non ha, al momento della disposizione del legato, esistenza neppure a livello embrionale e che – proprio essendone privo – costituisce cosa futura non solo in senso giuridico, ma addirittura fisico.

Le parole '*QUOD EX ILLA ANCILLA ...*' e quelle '*QUIDQUID ILLA ANCILLA ...*' ricomprendono tanto il *conceptus* quanto colui che non ha ancora esistenza. Similmente mi pare si possa dire per l'espressione '*FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO ...*'. Anche i *fructus* possono, infatti, consistere in cose già *in fieri* ovvero in cose che verranno ad esistenza solo in futuro.

Un fondo potrebbe necessitare che trascorrono anni dal momento della disposizione prima di dar effettivamente frutto. Egualmente una schiava potrebbe essere in età prepubere e, quindi, in condizione di poter generare solo molto tempo dopo la redazione del testamento. Ma né l'una né l'altra condizione produrrebbero invalidità del legato.

5. In passato avevo osservato che – in linea meramente teorica – da una formulazione dell'oggetto del legato ampia quanto quella conservata da Gaio e da Pomponio potrebbe derivare che il diritto del legatario non si debba limitare ai frutti provenienti dal fondo in una data annata o al primo parto della schiava.

Sul punto occorre, però, procedere con estrema prudenza, rispettando l'assenza di fonti che attestino il problema e ne offrano soluzione. Non escludo, infatti – limitandomi per brevità esposi-

³⁶ G. FONTANA, *Qui in utero sunt. Concetti antichi e considerazione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Torino, 1994, p. 55 s. A mio avviso, nelle clausole qui in esame, il genere neutro si giustifica anche per la finalità che l'oggetto della disposizione sia il più ampio possibile e contenga, al contempo, ciò che ha già esistenza e ciò che – sul piano materiale – ancora non esiste. Anzi, sempre a mio parere, le due formule di legato *per damnationem* qui considerate sono costruite con principale riguardo al '*concepturus*', a colui, cioè, che non ha, al momento della disposizione del legato, esistenza e che – proprio essendone privo – costituisce cosa futura non solo in senso giuridico, ma addirittura fisico.

tiva al solo legato *per damnationem* di un *partus ancillae* – che *illa ancilla* possa non essere ancora *praegnas* al momento della morte del testatore e che il legato non si riveli, per ciò solo, invalido. Il diritto romano conosce, del resto, la figura di legati disposti per annualità che sono esigibili da parte del legatario anche a distanza dalla morte del testatore. Legati con questo oggetto differiscono, sotto diversi profili, dal legato d'usufrutto come dimostra il fatto che essi permangono esigibili sino alla morte del legatario, ma non sino alla sua eventuale *capitis deminutio* e che per essi non sussiste neppure un vero e proprio *dies cedens*³⁷. E, d'altro canto, dovrebbero prendersi in considerazione i legati sottoposti a condizione.

Costituisce, infatti, un punto fermo negli studi sul legato *per damnationem* quello che l'obbligazione sorga, nel caso di legato puro o a termine certo, nel momento dell'*aditio hereditatis*, momento in cui si individua il soggetto obbligato alla prestazione, ma che – in caso di legato condizionale – essa sorga al verificarsi della condizione³⁸. E, d'altra parte, se nel caso di legato di cosa altrui l'impossibilità meramente soggettiva dell'onerato è irrilevante per l'esistenza dell'obbligazione³⁹, egualmente dovrebbe essere per il legato di cosa futura, anche qui rilevando la sola impossibilità oggettiva (ad esempio, *illa ancilla* è morta ovvero è divenuta sterile).

Da queste considerazioni sono indotto a ritenere che una disposizione ad effetti obbligatori avente ad oggetto '*QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT*' o '*QUIDQUID ILLA ANCILLA PEPERISSET*' potesse consentire al legatario di vantare un credito nei confronti dell'erede onerato anche se nell'istante della morte del testatore l'*ancilla* non fosse ancora stata *praegnas*. Il credito sarebbe poi divenuto esigibile nel momento in cui l'*ancilla* avesse partorito. Sicuramente, non solo il «gioco» del *dies cedens* e del *dies veniens*, ma lo stesso senso pragmatico di coloro che avrebbero potuto essere chiamati a interpretare clausole siffatte avranno evitato che si giungesse ad esiti sproporzionati alla reale volontà del disponente.

Ma credo risulti chiaro che queste mie congetture riguardano – per usare le moderne categorie dogmatiche – il profilo dell'efficacia della disposizione e non certamente quello della sua validità.

La validità di un legato *per damnationem* di un *partus* neppure concepito nel momento della confezione del testamento mi pare, infatti, fuori di ogni dubbio.

³⁷) In questo senso già P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 1946, p. 650; cfr. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., p. 200 e s.

³⁸) Gai., *inst.* 2.204. Sul punto si veda GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., p. 394.

³⁹) GROSSO, *I legati nel diritto romano*, cit., p. 245.