

## III. I DUE SESSI DELLO SCHIAVO

1. Il *partus ancillae* ed il connesso problema relativo al se esso fosse da includere tra i frutti a disposizione dell'usufruttuario costituiscono un argomento tanto spesso e variamente trattato da escludere, credevo, la possibilità di dedicarvi ancora qualche parola. Mi ha distolto da questa persuasione un recente articolo dello Zuccotti («*Partus ancillae in fructu non est*», in *On. Dell'Oro* [2001] 185 ss., ivi bibliografia precedente). Un articolo tanto copioso di pagine (149, se ho ben contato) e tanto ricco di fluenti periodi (uno dei quali, sempre se ho ben contato, di circa 38 righe), da indurmi ad un'allarmata autocritica, cioè a chiedermi se io sono poi davvero un semplicista, o peggio un semplicione, che tira giù a risolvere troppo rapidamente e inadeguatamente i problemi che gli passano davanti agli occhi.

Orbene, oltre che semplicista o semplicione sarò eziandio un ostinato, ma l'attenta lettura dello studio (comunque ammirevolmente dotto) dello Zuccotti non mi ha molto convinto circa le ragioni per cui i giuristi romani dell'età classica prevalentemente ritennero, sulle tracce del preclassico M. Giunio Bruto (pr. 142 a. C.), che «*partus ancillae in fructu non est*». E passo a spiegarmi.

2. Come tutti sanno, i testi da tenere particolarmente presenti sono tre: *a*) Cic. *de fin.* 1.4.12: ... *an partus ancillae sitne in fructu habendus, disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M.que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet ...*; *b*) Gai. 2 *rer. cott.* (D. 22.1.28.1 = Inst. 2.1.37): *Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*; *c*) Ulp. 17 *ad Sab.* (D. 7.1.68 pr.): *vetus fuit quaestio, an partus (sc. ancillae) ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit (rell.)*.

La lettura di questi passi induce a ritenere, sia pure approssimativamente: *a*) che il problema se il *partus ancillae* fosse da concepire come un *fructus* si pose, nel secondo secolo a. C., già in ordine ad un ormai ben conosciuto e largamente affermato istituto dell'*ususfructus*; *b*) che Publio Mucio e Manio Manilio ne discussero a lungo, propendendo forse (almeno inizialmente) per una soluzione positiva, ma che Bruto dissentì nettamente da loro, tagliando corto a favore della soluzione negativa; *c*) che la soluzione negativa («*partus ancillae in fructu non est*»), se anche fu irremissibilmente negata da Publio Mucio e Manilio (il che non è sicuro), prevalse sino a tutta l'epoca classica (e postclassica); *d*) che (lasciando qui da parte ogni questione di intervento postclassico) Gaio ed Ulpiano, consci come erano del fatto che «*non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*» (Iul. D. 1.3.3), abbozzarono della soluzione negativa propugnata da Bruto la giustificazione che sarebbe assurdo (sarebbe contro la «*rerum natura*») che un essere umano fosse *in fructu* di un altro essere umano.

3. Siccome nulla (nemmeno il generico «*videbatur*» di Gaio o di un suo glossatore) ci autorizza ad affermare che la giustificazione corrente in periodo classico avanzato (oppure in periodo postclassico) sia stata la stessa giustificazione addotta da Bruto e non sia stata piuttosto suggerita dal successivo diffondersi del concetto (vorrei dire del culto) della «*naturalis ratio*» e del «*ius naturale*» (sul che cfr., da ultimo, W.

Waldstein, «*Ius naturale*» nel dir. rom. postclassico e in Giustiniano, in *Saggi sul diritto non scritto* [2002], 207ss.), quale potè essere l'argomentazione fondante di M. Giunio Bruto?

Secondo la laboriosa ipotesi dello Zuccotti (che qui mi industrio di cogliere nel suo nocciolo), il ragionamento sarebbe stato all'incirca il seguente. Posto che le origini e le ragioni dell'usufrutto siano da collegare ad un legato con il quale il marito defunto avesse voluto assicurare alla moglie un tenore di vita pari (o quasi) a quello goduto «*manente matrimonio*», il figlio della schiava (sempre che, beninteso, fosse sfuggito al rischio dell'allora diffusissima mortalità infantile) sarebbe stato un «*fructus*» «troppo longevo» rispetto alla moglie ed alla sua normale durata in vita: morta la moglie, cioè l'usufruttuaria che l'avesse percepito e reso di sua proprietà, sarebbe andato a finire nelle mani degli agnati di lei e non sarebbe tornato nel patrimonio dei figli ed eredi del marito. In altri termini (per dirla alla maniera di Cicerone), il «*summum ius*» sostenuto da Publio Mucio e da Manilio (la tesi cioè che il «*partus ancillae*» è un *fructus*, punto e basta) si sarebbe risolto, secondo il piú avveduto Marco Bruto, nella «*summa iniuria*» di non far rientrare, nel patrimonio ereditario del marito, giunta a morte la moglie usufruttuaria, un bene prezioso come lo schiavo (o, perché no?, piú schiavi) messo (o messi) al mondo dalla schiava.

A quanto risulta dalle considerazioni dello Zuccotti, è vero che, in astratto, la moglie usufruttuaria si sarebbe potuto anche mangiare a pranzo il «*partus ancillae*» e farla finita con le questioni giuridiche. Ma l'antropofagia non era ammessa dal costume romano e non è pensabile che ad essa pensassero gli stessi Mucio e Manilio, «delle cui rette abitudini di vita le fonti non forniscono in verità elementi per dubitare fino a simili mostruosi eccessi» (p. 239). Forse Mucio e Manilio pensavano, in cambio, che l'usufruttuaria quel «*partus ancillae*» se lo sarebbe potuto, a qualunque sua età (prima cioè che fosse diventato «troppo longevo»), almeno vendere a terzi per utilizzarne il controvalore; non sono peraltro riuscito a trovare il punto preciso in cui lo Zuccotti, nel suo lungo discorso, lo dice.

4. La soluzione che in questa sede timidamente propongo è ispirata al ricordo del grande Cristoforo Colombo nell'anniversario del suo famoso viaggio (con connesso uovo) del 1492 e la dedico, per il suo compleanno, a Felix Wubbe, un amico che agli altri meriti aggiunge anche quello di saper sorridere.

Se Publio Mucio e Manio Manilio sostennero che il «*partus ancillae*» fosse da intendere solo ed esclusivamente come frutto della schiava, essi si riferirono a ciò che subito veniva alla mente dell'uomo e del giurista comune, particolarmente se si ricorda che non infrequentemente le schiave erano alienate o cedute dai loro proprietari proprio in quanto produttive di figli o ad impieghi di prostituzione. A tal fine occorre una volontà (o un accordo) di carattere specifico, ma spesso la volontà era implicita: al punto che non mancavano i casi in cui, a scanso di equivoci, la cessione di schiave era fatta con la clausola «*ne prostituatur*». Comunque Bruto, giustamente escludendo che una schiava (salvo patto specifico) fosse data in usufrutto in qualità di fattrice (cosí come uno schiavo maschio, non era certamente dato, salvo patto specifico, in qualità di stallone), considerò lo schiavo femmina alla stessa guisa dello schiavo maschio, cioè come «*homo*», come elemento umano concesso in sfruttamento per le sue forze e capacità di lavoro, o in altri termini per le «*operae*» che avrebbe reso all'usufruttuario («*fructus hominis in operis consistit*» si legge, ad esempio, in Gai. D. 7.7.4).

Per conseguenza, l'eventuale ingravidamento e parto di una schiava non erano e non potevano essere ritenuti un guadagno dell'usufruttuario, ma erano per lui, al contrario, solo una causa di perdita in termini di giornate di lavoro, alla pari di una malattia o di altra provvisoria causa di debilitazione. Il parto, essendo la schiava in dominio del concedente e non dell'usufruttuario, spettava al concedente. Quindi, anche a volerlo considerare «*fructus*» (il che risulta esplicitamente da Gai 2.50, nonché dai testi discussi da A. Abramenko in un'interessante «*Miszelle*» di ZSS. 114 [1997] 423 ss.), non era «*in fructu*», non era nella sfera dei diritti acquisibili dall'usufruttuario.