D. 46.3.36 (IUL. 1 AD URS. FER.): RIFLESSIONI SU *CONDICIO* E TUTELA DEI *NONDUM NATI* FRA INDICAZIONI ATTENDIBILI, OPINIONI TRALATICIE, INTERROGATIVI E CONGETTURE.

Ines de Falco*

D. 46.3.36 (Iul.1 ad Urs. Fer.)¹ Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse. Iulianus notat: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuisset, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque: nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse, quia vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt: et esse mulierem Romae Alexandrinam ab Aegypto, quae quinque simul peperit et tum habebat incolumes, et hoc et in Aegypto adfirmatum est mihi².

Un *pater* morì lasciando la moglie incinta; il suo unico figlio erede propose azione per chiedere l'intero ammontare del credito ereditario che era dovuto al padre. Taluni giuristi opinano che non si fosse prodotto alcun effetto consumativo della *litis contestatio* e se nessuno fosse nato, il figlio aveva operato legittimamente poiché sarebbe stato l'unico erede. Giuliano osserva che è più giusto che il figlio avesse perso quella parte per la quale sarebbe stato erede, prima che fosse stato certo che nessuno sarebbe nato, ovvero la quarta parte, perché potevano nascere tre figli, o la sesta, perché ne potevano nascere cinque: infatti Aristotele scrisse che i grembi delle donne potevano accoglierne altrettanti. Lo stesso Giuliano afferma di avere notizia di una donna di Alessandria d'Egitto che a Roma ne partorì cinque insieme e l'informazione gli fu confermata quando si trovava in Egitto.

Non sono pochi i punti non esplicitati nel testo che impediscono una inequivoca ricognizione del caso e generano dubbi interpretativi e interrogativi.

Non è, ad esempio, specificato se si tratti di un debito di una somma di danaro o di una *res*³, però – sebbene nel frammento non si faccia palese menzione di un'obbligazione di natura pecuniaria – dallo sviluppo del ragionamento pare abbastanza probabile che si discuta di un debito pecuniario. Non si comprende neanche se si discuta di un'azione connessa ad un unico credito o a più azioni relative all'ammontare complessivo di tutti i crediti ereditari⁴. Nemmeno sono presenti indicazioni

¹*Università degli Studi di Napoli "Federico" II, professore affidatario di Eseggesi delle fonti del diritto romano.

Il libro 46° dei Digesta, al titolo III è denominato *de solutionibus et liberationis*, una sorta di endiadi dal momento che il sostantivo *solutio* generalmente sta ad indicare la modalità tipica dell'estinzione dell'obbligazione e quindi della *liberatio* del debitore.

² Il frammento, probabilmente rimaneggiato dai compilatori ma non credo snaturato nella sostanza, è stato recentemente sottoposto ad una complessiva, attenta e minuziosa, rivisitazione da L. Parenti, *Urseius Ferox 1. Materiali per una palingenesi*, Lecce 2023, 151 ss. (al quale si rinvia per una panoramica completa sulla letteratura in argomento) ed, in particolare, nel corso del tempo, preso in considerazione sotto profili specifici da diversi studiosi: F. Vassalli, "*Dies vel condicio*": *Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in *BIDR* 27 (1914) 258 nt. 3; G. Provera, *La pluris petitio nel processo romano 1. La procedura formulare*, Torino 1958, 102 ss.; A. Masi, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966, 88 ss.; F. Lamberti, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana 1*, Napoli 1996, 46 nt. 76; Ead., *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana 2. Profili del regime classico*, Milano 2001, 61 ss.; N. Rampazzo, '*Plus petere*': *problemi romanistici e proiezioni dogmatiche*, in L. Garofalo (cur.), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, 2, Padova 2011, 827 ss..

³ Qualora si aderisse alla seconda ipotesi, sarebbe stato necessario considerare se la *res debita* fosse stata o meno divisibile.

⁴ Lo stralcio '*... et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem ...*' non consente, a mio avviso, di propendere con sufficiente grado di certezza per l'una o l'altra opzione: *totum hoc* e *debitum* risultano

sulla precisa identificazione della parte passiva del rapporto: l'obbligazione grava su un unico debitore ereditario o su più debitori? E ancora: l'erede era a conoscenza della gravidanza? Dal contenuto letterale del frammento sembrerebbe che egli ignorasse tale situazione.

Viaggiamo davvero nel campo delle ipotesi perché nel frammento mentre, da un lato, dove sarebbe stato necessario, non si individuano particolari o precisazioni per pervenire ad una ricostruzione organica con sufficiente margine di attendibilità (non si fa menzione, oltre alle lacune esposte pocanzi, e giusto per esemplificare ancora, della possibilità di una *interrogatio in iure* che sicuramente sarebbe potuta spettare all'attore che agiva come unico erede – qualora il pretore l'avesse accordata – e avrebbe presentato il vantaggio di sgombrare il campo da dubbi sulla legittimazione passiva e sulle partite debitorie) dall'altro, invece, ci si dilunga su contenuti, che nell'economia della vicenda, seppur opportuni, appaiono sviluppati in maniera fin troppo dettagliata: la quantificazione delle quote (ma questo, in realtà, si può comprendere al fine di stabilire l'effettivo ammontare del credito spettante all'erede che agiva nell'ipotesi in cui fosse sopraggiunto un postumo) e, principalmente, il numero dei figli⁵ che potevano nascere – utile, naturalmente, anche qui, allo scopo della determinazione e ripartizione definitive del credito dovuto a ciascun erede – occupano buona parte della narrazione, anzi, quest'ultimo argomento ne costituisce quella più consistente.

Per provare a districare qualcuno fra i tanti nodi problematici che affiorano dall'analisi del caso in esame non si può che procedere per approssimazioni e congetture; ho scelto di privilegiare un criterio di interpretazione del frammento che si concentri principalmente sulla considerazione degli interessi dei soggetti in gioco, *rectius* dei concepiti/postumi, che rappresenterebbero la parte potenzialmente danneggiata dall'azione in toto dell'erede, e della tutela ad essi accordata, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali.

Tra gli innumerevoli spunti di riflessione che emergono dalla lettura del testo e dalle ricostruzioni o ipotesi che a vario titolo sono state proposte dagli studiosi che se ne sono occupati mi è sembrato opportuno soffermarmi su uno dei tanti dettagli che a mio avviso generano tuttora perplessità. La mia attenzione si è polarizzata sull'accertamento della natura del diritto di agire, per richiedere il *totum* che al *pater* era dovuto, spettante all'erede creditore ereditario.

È stato sostenuto, infatti, che il diritto del figlio creditore che agiva per l'intero fosse subordinato a condizione⁶ e che l'azione, esercitata prima del verificarsi dell'evento indicato in

espressioni troppo generiche e indefinite e, peraltro, mi fanno allontanare dall'idea che la vicenda descritta potesse effettivamente riferirsi ad un caso reale.

⁵ Il numero dei figli che potevano nascere alla donna gravida doveva essere argomento che appassionava; una minuziosa elencazione del ricordo di parti plurimi è presente nel 17° libro del commentario paolino *ad Plautium* – compresa la stessa vicenda della donna di Alessandria d'Egitto ricordata nel nostro D. 46.3.36, anche se Paolo racconta che la donna aveva partorito quattro figli insieme e il quinto dopo quaranta giorni e non *quinque simul* come indicato nel frammento giuliano – ed è contenuta in D. 5.4.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*). Tuttavia, il giurista si premura di manifestare la sua perplessità sulle narrazioni che si tramandavano “*ideo nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur*” e, molto realisticamente, precisa che “*prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur*”.

⁶ Ad esempio, Vassalli, “*Dies vel condicio*” cit. 258 nt. 3 – tra i sostenitori dell'idea che nel diritto classico non si producesse una consunzione processuale dell'azione nell'ipotesi di debito condizionale – reputa che sia l'opinione di Urseio che quella di Giuliano “sembrano fondate sulla configurazione di un credito condizionale (il credito del tutto): la consunzione dell'azione non avverrebbe affatto, secondo taluno; più propriamente non avverrebbe rispetto a tre quarti o cinque sestimi del credito, secondo Giuliano, poiché per un quarto o per un sesto rispettivamente il giudizio poté essere accettato”, tra l'altro ritiene che il periodo *si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse* “ha tutto l'aspetto di un temperamento di equità cerebrina: il fatto che nell'utero della vedova sia un feto incapace di sviluppo non è meno incerto del fatto che nell'utero sia uno piuttosto che due o tre feti (cfr. D. 5, 1, 28, 5 Sab. Cass. ap. Paul. 17 *Plauti.*); e questa incertezza, rispetto a un fatto futuro al momento della *litis contestatio*, crea il carattere condizionale del diritto del figlio a tutta (Urs.) o a tante quote parti dell'eredità (Iul.)”. Tra gli altri, rinvergono

condicio, non avrebbe prodotto, secondo certa parte della dottrina⁷, la *pluris petitio* e non si sarebbe consumata. In particolare, si tratterebbe di una condizione sospensiva negativa perché secondo alcuni giureconsulti la *petitio* dell'intero credito sarebbe stata sottoposta alla mancata nascita dei *postumi*⁸.

Dalla descrizione della vicenda riferita in D. 46.3.36, non mi pare proprio possa essere ravvisata l'esistenza di una *condicio*⁹ in senso 'proprio' – per usare le categorie della dogmatica moderna – perché non vi è richiamo letterale di una volontà paterna di sospendere l'efficacia dell'azione. In altre narrazioni giuliane¹⁰, fra le quali, probabilmente, la più eclatante è quella contemplata in D. 38.16.6 (Iul. 59 *dig.* = L 741):

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 heres 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.

parimenti risiedere la giustificazione del venir meno della consumazione processuale nel fatto di considerare il diritto del figlio assoggettato a condizione. Provera, *La pluris petitio* 1 cit. 102 ss. e Lamberti, *Studi sui "postumi"* 2 cit. 60 ss.

⁷ Come si evince, tra altri, da un frammento paolino in tema di *actio redhibitoria* (D. 21.1.43.9 [Paul. 1 *ad aed. cur.*]: *Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante factum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit*) l'azione redibitoria è *inutiliter* intentata – se esercitata in relazione ad una vendita sottoposta a condizione, prima che quest'ultima si avveri – ed il suo esperimento intempestivo non dà luogo a consumazione processuale; ergo può essere riproposta quando essa si verifichi poiché solo allora la vendita sarà *perfecta*.

⁸ Provera, *La pluris petitio* 1 cit. 103. L'ipotesi formulata da Provera mi pare *ictu oculi* un po' forzata, per vero, analogamente a quella, parimenti artificiosa, secondo cui l'evento 'mancata nascita dei postumi' potrebbe anche risolversi in un termine se rapportato ad una congrua cessazione del *tempus* massimo della gestazione. Si tratterebbe nel caso *de quo* di un termine finale (*certus an, incertus quando*) e pertanto l'erede avrebbe correttamente agito, l'azione da lui esperita sarebbe stata legittima ed efficace fino al momento della futura nascita; d'altro canto, la conclusione del periodo ordinario della gravidanza, senza la nascita di un altro erede, avrebbe segnato definitivamente la regolarità della sua condotta.

⁹ Non la scorge nemmeno Parenti, *Urseius Ferox* 1 cit. 155, che ha interpretato correttamente la locuzione "*si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset me solum heredem fuisse*": "a me sembra che, con tale frase, si volesse intendere che era già *in rerum naturam*, al momento dell'esperimento dell'azione, che l'erede fosse unico. La conseguenza sarebbe che il diritto, in realtà, non sarebbe stato sottoposto ad una condizione, dato che l'evento non era futuro, ma solo non conosciuto. Ci troveremmo di fronte, cioè, a quella che viene definita 'condizione apparente' (nello specifico "*condicio in praesens collata*") che "*aut peremit obligationem aut omnino non differt*". Pertanto, è chiaro che, di fronte ad un'azione esercitata dall'erede non vi sarebbe potuta essere alcuna *pluris petitio*, con conseguente *consumptio actionis*, dato che poteva accadere che non nascesse nessuno e, quindi, la richiesta sarebbe stata perfettamente legittima".

¹⁰ Oltre al caso riportato nel testo, anche qui facendo un richiamo testuale al lemma, si riscontri, fra gli altri frammenti giuliane, anche D. 36.2.18 (Iul. 37 *dig.*): *Is cui ita legatum est 'quandoque liberos habuerit' si praegnate uxore relicta decesserit, intellegitur expleta condicione decessisse et legatum valere, si tamen postumus natus fuerit*. Su entrambi i frammenti v. F. Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in F. Lamberti, N. De Liso, E. Sticchi Damiani, G. Vallone (curr.) *Serta iuridica. Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle* 1, Napoli 2011, 316 s., 320, 345 e *passim*. Naturalmente, non solo in Giuliano ritroviamo la menzione letterale di *condicio*, unitamente ad un esplicito quadro narrativo/argomentativo rappresentato con idioma tecnico, per descrivere ipotesi di negozi sottoposti a condizione, v., a mero titolo esemplificativo, D. 9.2.40 (Paul. 3 *ad ed.*), D. 12.1.36 (Iav. 1 *ep.*), D. 21.1.43.9 (Paul. 1 *ad ed. aed. cur.*), D. 28.3.6 pr. (Ulp. 10 *ad Sab.*), D. 31.45.1 (Pomp. 8 *ad Quint. Muc.*), D. 35.2.73.1-2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*).

Giuliano – trattando di una diseredazione del figlio e dell’istituzione sotto condizione di un *extraneus* – non solo menziona tre volte il sostantivo *condicio* ma lo articola nel lessico tecnico tipico dell’apposizione della condizione: *sub condicione, pendente condicione, condicio defecisset*.

Nemmeno si evince dal contesto narrativo alcun intento deliberativo del testatore volto a differire il diritto del figlio erede alla eventuale nascita di uno o più figli alla moglie. Non rinvengo, quindi, nessuna esplicita o implicita manifestazione di quella autonomia delle parti – *rectius*, nel nostro caso, del *pater* – di cui l’apposizione della clausola condizionale costituisce una estrinsecazione fondamentale per circostanziare il contenuto e l’efficacia dell’atto.

Neanche si potrebbe far discendere *tout court* l’esistenza di una condizione sospensiva dalla presenza della congiunzione *Si*: stando al quadro espositivo e al dato preciso testuale del frammento, il cui *incipit* è costituito da un *si* introduttivo delle pròtasi *pater meus praegnante uxore relicta decesserit*¹¹ ed *et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem*, qui ci si limita a descrivere un caso (per il quale non riconosco l’esistenza di elementi decisivi che possano agevolare l’idea che si discutesse di una vicenda effettivamente verificatasi o, viceversa, far propendere per la sua natura di questione di scuola) nella consueta modalità ipotetica.

D’altronde, l’eventuale legittima preoccupazione del *pater* di evitare sperequazioni tra i figli e, quindi, l’intenzione di differire l’efficacia dell’azione spettante all’erede alla eventuale nascita di un postumo¹² – proposito che, ripeto, nella fattispecie *de qua* resta lettera morta perché non si traduce concretamente nell’apposizione di una condizione al diritto di riscuotere l’intero credito da parte del figlio esistente – avrebbero potuto trovare comunque realizzazione in virtù di un sempre più convinto indirizzo giurisprudenziale risalente all’età postdecemvirale¹³ volto a garantire e tutelare le aspettative successorie dei *postumi*, nati dopo la morte del *decius* ma già concepiti¹⁴ al momento dell’apertura della successione e che sarebbero rientrati sotto la sua *potestas*.

¹¹ Non riesco a riconoscere una sostanziale differenza tra il *decesserit* considerato come congiuntivo perfetto piuttosto che come futuro anteriore perché in entrambi i casi il senso del testo mi pare resti invariato.

¹² Il regime successorio dei *postumi* e dei *postumorum loco* è stato compiutamente studiato da Lamberti, *Studi sui “postumi”* 1 cit., con specifica attenzione all’età più antica e fino alla tarda repubblica, in relazione alla *successio ex testamento*, alla nascita e allo sviluppo semantico del lemma *postumus* ed alla emersione della rilevanza giuridica della categoria, e, dalla stessa, *Ead.*, *Studi sui “postumi”* 2 cit., successivamente approfondito, con riferimento alla *vocatio secundum et contra testamentum* ed in rapporto all’età classica e alle innovazioni legislative del primo principato.

¹³ In relazione al periodo in cui si andava diffondendo l’idea della equiparazione dei *postumi* ai figli e della conseguente salvaguardia delle loro prospettive successorie, la Lamberti, riprendendo una ipotesi già manifestata in passato, ha posto in dubbio la risalenza alle XII tavole della tutela del diritto a succedere dei *postumi* ma la riconduce comunque alla pur sempre remota epoca postdecemvirale, circoscrivendola – ritengo rispetto ad una fase iniziale – principalmente al contesto della successione *ab intestato*, v. Lamberti, *Studi sui “postumi”* 1 cit. 57 ss., 73 e *passim*; la studiosa partendo dall’esegesi di D. 38.16.3.9 (Ulp. 14 *ad Sab.*) – e comparandolo alla notizia pliniana (Plin. *N. h.* 7.40 = Gell. *N. A.* 3.16.23) – sostiene che “l’asserzione che, sì, il postumo in qualsiasi caso succede “anche” in forza della legge decemvirale, sarebbe ulpiana, redatta però a conforto di affermazioni di Sabino successivamente espunte da un postclassico o da un triboniano ... la menzione delle Dodici Tavole quanto alla vocazione intestata dei *postumi*, nel nostro testo non è inequivoca ... il diritto del *nondum natus* alla successione legittima fu ricondotto in via di *interpretatio* alla legge decemvirale, finendo per trovare “in base ad essa” il suo titolo ... le *XII Tabulae* non avrebbero quindi fatto menzione dei *postumi*: l’estensione a tale categoria di soggetti delle previsioni regolanti la successione *ab intestato* dei *sui iam nati* sarebbe, insomma, frutto di lavoro interpretativo post-decemvirale” 63 ss.

¹⁴ Il periodo di ‘pendenza’ e l’evento ‘nascita’ che si sostanzia in un accadimento futuro e incerto sono presi in considerazione dalla riflessione dei giuristi e meticolosamente analizzati attraverso un’indagine del caso concreto. Con riferimento ad enunciazioni paoline (D. 1.5.7 [Paul. *l. s. de portion. quae liberis damn. conceduntur*], D. 5.4.3 [Paul. 17 *ad Plaut.*], D. 50.16.231 [Paul. *l. s. ad Sc. Tert.*] solo apparentemente di carattere generale, Lamberti, *Studi sui “postumi”* 2 cit. 53 s., spiega che “l’evento della nascita restava essenziale per l’effettivo acquisto della titolarità di situazioni soggettive: il *commodum* del nascituro infatti (è precisato nello stesso frammento paolino contenuto nel titolo *de statu hominum*) è un *commodum* volto al *partus ipsius*. Insomma, se di un *favor* si può parlare in riferimento alla situazione del

Se proprio si volesse intravedere una ‘subordinazione’, a posteriori, dell’operatività del diritto dell’erede di agire *in toto* per la riscossione del credito, all’avvenimento (quale poi? Non certo la gravidanza – che non era nota e di cui, peraltro, non era possibile conoscere l’esito – ma più concretamente l’eventuale nascita) si potrebbe, tutt’al più, pensare ad una, implicita, *condicio iuris*¹⁵ e quindi ad un requisito già preso in considerazione dalla *interpretatio*, reclamato dalla compagine giuridica e pertanto inutilmente indicato proprio perché già contemplato¹⁶. Si tratterebbe di una sorta di presupposto necessario, di una ‘condizione’, per così dire, *secundum legem* – che si tradurrebbe né più né meno nella riaffermazione di orientamenti, istruzioni e garanzie gradualmente elaborati dalla progressiva riflessione giurisprudenziale che regolavano la materia successoria – e, pertanto, considerata *supervacua*¹⁷.

Nel nostro caso, quindi, la ‘*condicio iuris*’ farebbe parte integrante della disciplina e non ha alcuna relazione con la condizione in senso proprio in quanto esula dalle estrinsecazioni dell’autonomia privata e prescinde dalla volontà delle parti: è l’‘ordinamento’, inteso nel senso cui poc’anzi si accennava¹⁸, che suggerisce, traverso l’analisi della concreta vicenda e dei suoi potenziali sviluppi, la nascita o la mancata nascita di figli, quale sia l’indicazione più idonea da seguire.

La nota di Giuliano (*Iulianus notat: ... adfirmatur est mihi*) che commenta le parole di Urseio¹⁹ racconta, certo, ancora una volta di una predisposizione, di una particolare sensibilità del giurista adrianeo nei confronti della situazione di *qui in utero sunt*²⁰ e della sua preoccupazione di

concepito, esso è (tanto per diritto classico che per l’età giustiniana) un *favor nascendi*: si “riservano integri” al concepito diritti che egli acquisirà, appunto, al momento della nascita – è a quest’ultimo che guarda l’ordinamento, e le cautele da esso predisposte sono appunto volte a favorire l’effettiva nascita di quella che, sintanto che si trova nel ventre materno, resta una *spes*” 54 s.

¹⁵ Secondo la definizione che ne dà M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 253, sia pure partendo dall’ordinamento attuale ma con riferimento anche all’esperienza giuridica romana, “si parla di condizione impropria per indicare quei fatti, futuri ed incerti, che determinano l’inizio o la fine degli effetti del negozio non in base alla volontà delle parti, bensì ad una norma di diritto oggettivo: si tratta di quella che, con terminologia risalente già ai romani, vien detta *condicio iuris* (o condizione di diritto), a cui si contrappone la *condicio facti* come condizione in senso proprio. Qui, non manca la pendenza, perché al momento in cui si pone in essere il negozio si verifica un tale stato; ma non si ha una condizione propria, o *condicio facti*, perché la subordinazione degli effetti del negozio al fatto futuro ed incerto non dipende da una clausola negoziale voluta dalle parti”.

¹⁶ V. *infra* nt. 18.

¹⁷ Tale congettura presenta un’affinità con l’ipotesi formulata da Parenti, *Urseius Ferox* 1 cit. 155, infatti, al di là della differente configurazione, rispettivamente, delle *condiciones iuris* (fra le quali, a mio avviso, rientrerebbe il caso descritto in D. 46.3.36) e delle *condiciones in praesens collatae* (all’interno delle quali Parenti, come già anticipato *supra* in nt. 9, colloca la nostra fattispecie) almeno per quel che riguarda la loro sorte, le conseguenze di siffatte “condizioni apparenti” sono le stesse in quanto “tutte da considerarsi come non apposte al negozio perché superflue”, cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 401.

¹⁸ Il nucleo della complessiva esperienza giuridica romana non poggia le sue basi solo su leggi o altre emanazioni normative ma piuttosto si articola sull’opera – scientifica, didattica, casistica – della giurisprudenza che di quell’ordinamento costituisce il tessuto connettivo assicurandogli ‘apertura’ a nuove soluzioni ed evoluzione in linea con i mutamenti degli assetti politici, delle strutture socio-economiche, degli orientamenti ideologici e religiosi.

¹⁹ Alla natura dell’opera giuliana *Ad Urseium Ferozem* ha dedicato un ampio spazio del suo studio, sia pur ripromettendosi di ritornarvi in un secondo volume, Parenti, *Urseius Ferox* 1 cit. 121 ss. e *passim*, che, sulla scorta del raffronto tra D. 9.2.27.1 (Ulp. 18 *ad ed.*) e D. 9.4.41 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*), avanza “delle perplessità sulla sua configurazione di mero ‘commento lemmatico’” (p. 130) e pertanto Giuliano “non si sarebbe limitato nella sua opera a scegliere i brani dell’opera di Urseio e a correlarli di note, ma avrebbe anche, in alcuni casi, preso solo spunto da essi, modificando alcuni aspetti della fattispecie analizzata e fornendo soluzioni che potevano essere anche divergenti dal testo di Urseio” (p. 132).

²⁰ Una sorta di manifesto del suo orientamento è contenuta in D. 1.5.26 (Iul. 69 *dig.*): *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse* Dall’indagine di Lamberti, *Studi sui postumi* 1 cit. 52 rilevo (e condivido) che “l’‘equazione’ (che è operazione logica) fra concepimento e nascita, fra *in utero* e *in rerum natura esse*” si realizza in presenza di tali condizioni: “alla base della ‘finzione’, sussistano due requisiti, ossia il concepimento (l’*in*

tutelare le aspettative successorie dei *nondum nati* che tuttavia troverebbero esplicitazione solo al verificarsi della nascita effettiva.

L'istanza cautelativa di Giuliano, espressa nell'annotazione contenuta in D. 46.3.36, *prima facie* potrebbe apparire enfaticata, eccessiva, se si pone l'accento sulla particolareggiata sequela del numero dei figli che potevano nascere alla donna gravida, ma, ad una verifica più oculata, proprio la sua attenzione alla serie di esempi che riferisce svela la sua concentrazione sul dato concreto dell'evento 'nascita'²¹.

Non si può, quindi, ascrivere al giurista adrianeo un'indiscriminata e generalizzata tutela nei riguardi dei *nondum nati*²², bensì una valutazione favorevole, sì, ma realistica delle aspettative di nascituri e *postumi*, effettuata caso per caso.

Abstract. - Nell'articolo si analizza il caso descritto in D. 46.3.36 (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*) in cui un figlio agisce *ex causa hereditaria* per richiedere tutto ciò che era dovuto al padre morto, *praegnante uxore relicta*.

The essay analyzes the particular case described in D. 46.3.36 (Iul. 1 *ad Urs. Fer.*) in which a son acts *ex causa hereditaria* to claim everything that was due to his dead father, *praegnante uxore relicta*.

utero esse), e l'essere esso già avvenuto al momento della morte del *de cuius*" e ancora che "Giuliano sia stato effettivamente il primo a darne compiuta espressione" anche se "la finzione raffinata dell'*in rerum natura intellegi*, verosimilmente dovuta ... al genio giuridico di Salvio Giuliano, ha forse i suoi precedenti in una *fictio iuris* ben più antica, tesa a consentire al postumo le stesse prerogative di un *suus* già nato alla morte dell'ereditando" (p. 54).

²¹ La frammentazione, la lettura parziale e la decontestualizzazione delle fonti (si pensi al già menzionato testo dei *digesta* giulianeî di cui già nella nota precedente, D. 1.5.26) – interpretate senza il doveroso collegamento all'insieme delle altre presenti nel *Corpus iuris* – ha condotto, secondo Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana* cit. 311, 363, certa parte della dottrina ad una loro interpretazione forzata e antistorica "per piegarle alla 'deformazione moderna' rivolta al riconoscimento di una 'individualità giuridica' al concepito" anche se "è pur vero, in realtà, che alcune fonti giurisprudenziali appaiono adombrare un (sia pure *in nuce* e parziale) riconoscimento di prerogative al nascituro"; "le tecniche della retorica antica, delle quali si valevano costantemente i *iurisperiti* repubblicani e classici, consentivano di reperire, nel serbatoio di opinioni della cultura greca e latina, argomentazioni e visuali a sostegno sia dell'ipotesi di un riconoscimento (beninteso, *sub specie iuris* e, ovviamente, in considerazione del successivo verificarsi della nascita) della posizione del concepito, sia di quella, opposta, di una 'inesistenza' dello stesso in modo autonomo dalla madre (quanto meno sotto i profili giuridici di volta in volta considerati)" (p. 364).

²² D'altronde, come ha correttamente osservato Lamberti, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana* cit. 361., riprendendo uno spunto di G.G. Archi, sv. *Concepimento (diritto romano)*, in *Enc. Dir.* 8 (1961) 354 ss. (= *Scritti di diritto romano* 1, Milano 1981, 193 ss., part. 197), con particolare riferimento alle cautele per la donna incinta ed estensibili al concepito "nell'ordinamento romano le cautele in discorso furono predisposte a tutela non solo (e non tanto) delle ragioni del concepito (che, come già si è abbondantemente rilevato, poteva pure non venire ad esistenza), quanto delle esigenze dei *patres familiarum* o, *lato sensu*, della struttura familiare nel proprio insieme. A più riprese è stato rilevato infatti che 'l'evento della nascita non è visto solo in riferimento alla nuova *persona*, ma anche in considerazione dell'aspettativa del titolare della *patria potestas* o quanto meno della famiglia come istituzione".