
Index

Quaderni camerati di studi romanistici
International Survey of Roman Law

estratto

36
2008

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

Direttore Luigi Labruna

Sotto gli auspici
della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino
e del «Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert
per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti».

Organo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano».
Presidente Pierangelo Catalano.

Comitato direttivo: Ignazio Buri, Luigi Capogrossi Colognesi, Pierangelo Catalano, Giovanni Lobrano, Sandro Schipani.

Comitato di redazione: Cosimo Cascione, coordinatore. - Carla Masi Doria, Felice Mercolegiano; Francesca Reduzzi Merola; Francesco Salerno.

Scritti di:

Antonio Guarino	Chiara Renda
Alessio Guasco	Encarnació Ricart
Francesco Guizzi	Alessandra Ronno
Rolf Knittel	Ulrike Roth
Renzo Lambertini	Oswaldo Sacchi
Franca La Rosa	Loudes Salomón Sancho
José Luis Linarés	Henryk Samsonowicz
Luca Marocco	Victoria Sansón
Rosaria Mazzola	Paola Santini
Valerio Massimo Minale	Sandro Schipani
Felice Mercolegiano	Silvia Segnolini
Esteban Moreno Resano	Aurora Sepe
Fara Nasti	Armando Torrent
Carlo Nisch	Carmen Tort-Martorell
Javier Paricio	Marisa Tortorelli Ghidini
Pascal Pichonnaz	Daniil Tuzov
Federico Prochi	Cristina Vano
Salvatore Puliani	Carmen Velasco
Natale Rampazzo	Carlo Venturini
Francesca Reduzzi Merola	Massimiliano Vinci

In redazione:

Valeria Di Nisio; Aplaia McClintock; Carlo Nisch;
Natale Rampazzo; Paola Santini; Fabiana Tuccillo.
Segretaria: Daniela Piccione.

*Profili antidogmatici del diritto romano:
«in fundo morari», «precarium» di «habitatio»
e «gratuita habitatio»*

Paola Biavaschi

1. Leggendo passi di giuristi di epoca classica, si incontrano sovente figure giuridiche che appaiono difficilmente inquadrabili da parte dei moderni all'interno degli schemi dogmatici cui usualmente essi ricorrono e che possono essere, invece, ricondotte alla consueta abitudine dei Romani di utilizzare un metodo eminentemente pratico e casistico¹.

Tali profili si possono cogliere prendendo in considerazione alcune figure giuridiche che si intrecciano tra loro provocando nel moderno interprete la sensazione di trovarsi di fronte a un vero labirinto: è il caso, ad esempio, delle ambiguità che riguardano *gratuita habitatio*, *habitatio*, *precario di habitatio*, *donatio*, *comodato*, *in fundo morari*, *usus* e *usufructus*.

Il punto di partenza delle seguenti brevi riflessioni si trova nel tentativo di comprendere se la *rogatio precario ut in fundo morari liceat* e il *precario di habitatio* fossero conosciuti in epoca classica e quale ne fosse il contenuto: tale campo apparentemente ristretto di indagine ha tuttavia prodotto una serie di rimandi e interrelazioni di ambito notevolmente più ampio; già da una prima analisi delle fonti è derivato che dovessero essere sfumati margini delimitativi troppo netti tra le varie situazioni giuridiche e che dovesse essere accantonata l'aspirazione ad imporre eccessivi schematismi a istituti che si presentano oltremodo sfuggenti.

Ad esempio, il dibattito relativo al rapporto di *precarium* si è lungamente occupato della possibilità della configurazione in epoca classica di un *precario di detenzione*. Parte della dottrina² aveva negato apertamente

¹ Ci limitiamo a richiamare in merito gli essenziali: F. Schulz, *I principi del diritto romano*, tr. it. V. Arango-Ruiz (Firenze 1946) 34 ss.; L. Raggi, *Il metodo della giurisprudenza romana (lezioni dell'a. 1967-68)*, in *Scritti* (Milano 1975) 165 ss.; M. Kasser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akad. der Wissenschaften* (Göttingen 1962-9) = *Ausgewählte Schriften* I (Napoli 1976) 3 ss.; M. Talamante, *Per la storia della giurisprudenza*, in *BIDR*, 80 (1977) 195 ss.; F. Gallo, *La consuetudine nel diritto romano*, in *Atti del colloquio romanistico-canonicistico - febbraio 1978* (Roma 1979) 98 ss.; F. Horak, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il Case Law nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Legge, Giuristi, Giuristi. Atti del Convegno di Cagliari 18-21 maggio 1981* (Milano 1983) 67 ss.; L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano 1974, rist. 1982) 1 ss.; Id., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* (Torino 1989) 107 ss. ² In particolare P. Capessoni, *Il precarista detentore*, in *Atti del Primo Congresso di Studi Romani II* (Roma 1929) 199; F. Bozza, *Sull'origine del possesso*, in *Annali Matera* 6 (1930) 189 ss.; P. Zamorani, *Precario habere* (Milano 1969) 12: «Il *precarium* con detenzione, a mio parere, è certamente creazione postclassica». La prospettiva di Zamorani è comunque molto più complessa e personale ed è opportuno riportarla qui: «Comunemente... si sostiene che può ravvisarsi la figura del *precarium* con detenzione laddove ci si trova dinanzi ad un *precarista detentore*. L'affermazione, così espressa, può for-

tale eventualità e aveva, di conseguenza, ritenuto interpolati i frammenti dei *Digesta* che ne danno testimonianza, compresi quelli che riguardano il cosiddetto precario di pegno³. Autori di opinione diversa⁴, al contrario, non hanno trovato alcuna giustificazione a tale orientamento «negazionista» e hanno sostenuto la genuinità dei passi, oltretutto di numero non esiguo, che presentano situazioni di questo genere.

Al quesito sul motivo per cui i Romani utilizzassero tale particolare forma di precario, che aveva la peculiarità di non permettere al *precario accipiens* di fruire della protezione interditale, ma anche quella di far sì che il *precario dans* recuperasse la cosa solamente per mezzo dell'interdetto *de precario*, senza poter ricorrere allo spossamento *in ius*, la risposta più soddisfacente che finora è stata messa in campo consiste nell'affermare che, in epoca classica, veniva impiegato il precario di detenzione per quei diritti (secondo qualcuno solo per quelli⁵) che non erano suscettibili di se sembrare un semplice gioco di parole; ma ciò non è». L'autore, poi, divide i cosiddetti precari di detenzione, per poi discutere il contenuto e contestare la classicità o la natura stessa, in quattro categorie: a) il *precarium* di pegno; b) il *precarium* in cui il soggetto roga *in possessione esset*; c) il *precarium* il cui il soggetto richiede solo l'esercizio di determinate attività; d) il *precarium* ove il precarista è *possessor naturalis* o *corpore*. A noi interessa considerare solo il punto *sub c*). Lasciando la parola a Zamorani: «È questo in particolare, il caso contemplato da D. 43.26.6.2 e D. 43.26.21: ora, è ben vero che in questi casi ci si trova dinanzi ad un precarista che è mero detentore del bene che ha ricevuto in concessione, ma è necessario del pari tener presente che questa detenzione non costituisce l'oggetto della *rogatio*. Il precarista, cioè, non ha richiesto il bene in detenzione: ha richiesto di poter svolgere sul bene certe attività, dalle quali discende la sua situazione non-possessoria nei confronti del bene stesso». Sia alla presente ricerca provare a porre in campo qualche congettura su cosa fossero effettivamente tali attività.

³ Presentiamo menzione del precario di pegno Giuliano D. 44.7.16; Ulpiano D. 13.7.22.3 (nei quali, tuttavia, è evidente la sostituzione compilatoria del *pignus* alla *fiducia*; Celso D. 43.26.11; Macro D. 2.8.15.2; Fiorentino D. 13.7.35.1; C. 8.27.2 del 223 d.C.). Non è questa la sede idonea ove trattare l'intricato e problematico argomento del precario di pegno. Si rimanda, quindi, a S. Tondo, *Pignus e precarium*, in *Labo* 5 (1959) 157 ss.; P. Biavaschi, *Ricerche sul 'precarium'* (Milano 2006) e, in altro senso, a P. Zamorani, *'Precario habere'* cit. 243 ss. ⁴ G. Branca, *Missiones in possessionem e possessio*, in *Studi Solazzi* (Napoli 1948) 500 ss.; G. Scherillo, *Locazione e precario*, in *Rendiconti Istituto Lombardo di scienze e lettere. Classe di lettere e scienze morali e storiche* II s. 62 (1929) 393 = *Scritti giuridici* II/2. *Studi di diritto romano* (Bologna 1995) 440 s. (da cui d'ora in poi si cita): «classico è invece il concetto del doppio possesso, e classico è il precario di detenzione»; G. Longo, *Negozii giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*, 45 (1979) 138, così afferma: «La dimostrazione intrinseca della sistematica interpolazione dei testi è mancata; la tesi urta instabilmente contro la dimostrata genuinità di un'altra serie di frammenti che il precario con detenzione riconoscono. E, trattandosi di una teoria assoluta, essa cade quando tutti i testi non l'assistono. La dottrina appare, poi, priva di fondamento, anche nei confronti delle fonti giustiniane, se complessivamente valutate»; ha sostenuto con profonde argomentazioni l'esistenza del precario di pegno in epoca classica, S. Tondo, *Pignus* cit. 157 ss. ⁵ E questa la posizione di V. Silva, *Precario con possesso e precario con detenzione*, in *SDHI*, 6 (1940) 260 ss.: «... io credo ... che già i giuristi classici in questi casi di concessione dell'*usufructus*, dell'*usus*, della *habitatio*, riconoscessero la possibilità di un precario senza possesso. Si trattava in questi casi di conce-

possesso, cioè, ad esempio, per il *tignum immittere*⁶, gli *immissa e proleca*⁷, l'*uti frui*⁸, lo *stillicidium*⁹, l'*aquam ducere*¹⁰, l'*iter ad sepulchrum*¹¹, le altre servitù¹² e, ma questo è tema d'altro¹³, il pegno (per chi non considerava interpolati¹⁴ tutti i passi ad esso relativi).

A causa della presenza di queste situazioni, nelle quali il possesso non era possibile, si sarebbe introdotta o, per alcuni di questi rapporti, sarebbe sopravvissuta sin dall'epoca in cui il precario non avrebbe avuto natura possessoria¹⁵, un gruppo limitato, ma significativo, di casi in cui il *precario accipiens* sarebbe stato mero detentore.

Potremmo, in primo luogo, lecitamente chiederci se i giuristi romani si siano in ogni occasione interrogati sulla natura del precario o se tale natura abbia avuto rilievo nella riflessione giurisprudenziale solo quando tale problema abbia avuto peso nella situazione concreta.

Non v'è dubbio, comunque, che nella sua, potremmo dire, «normalità», se per normalità vogliamo intendere il prestito di un fondo o di una cosa mobile¹⁶, il precario abbia avuto natura per lo più possessoria e che si sia configurato come detenzione soprattutto quando il diritto in questione non poteva essere oggetto di possesso. Il contenuto di tali diritti è perciò quasi ovunque abbastanza chiaro, tranne nei due casi specifici cui sopra accennavamo e che vale la pena ora prendere in considerazione per la particolarità delle fattispecie, oltre che per la mancanza di un autentico approfondimento da parte della dottrina: si tratta dell'*in fundo morari* e del precario di *habitatio*.

Sebbene il numero di fonti che trattano questi problemi sia esiguo, tuttavia, anche con lo scarsi materiale a nostra disposizione, è possibile dere precariamente l'esercizio di un diritto: esercizio, che non era configurabile come possesso; si trattava, insomma, non della concessione precaria della cosa, ma della concessione precaria di un diritto che nell'età classica non poteva, appunto perché diritto, essere posseduto. La concessione precaria della cosa, invece, trasmetteva sempre la *possessio*. Cfr. P. Zamorani, *'Precario habere'* cit. 72 ss.

⁶ Gaio D. 43.26.3; Dessau, 6017. ⁷ Pomponio D. 43.26.15.2. ⁸ Ulpiano D. 7.1.12.2. ⁹ Gaio D. 43.26.3. ¹⁰ CIL, V, 2447. ¹¹ Ulpiano D. 11.7.12 pr. ¹² Celso D. 8.6.12; Giuliano 8.2.32; Papiniano D. 8.4.17; Gaio D. 43.26.3; CIL, I, 1831; CIL, V, 2447; CIL, V, 3743; CIL, XI, 3743. ¹³ V. *supra* nt. 2. P. Zamorani, *'Precario habere'* cit. 121: «Il riferire al *precarium* con detenzione i testi relativi al *precarium* di pegno costituisce un chiaro arbitrio: il *precarium* di pegno è costruzione classica e, come tale, comporta l'acquisto del possesso da parte del precarista». ¹⁴ V. *supra* nt. 1. ¹⁵ Non è questa la sede idonea per approfondire l'argomento: facciamo tuttavia brevisimamente cenno al fatto che esistono seri argomenti a favore del fatto che in origine il precario fosse più che altro un rapporto di prestito di natura extragiuridica e che quindi non avesse natura possessoria. In tal senso ritiene che in origine il precario fosse mera detenzione F. Borza, *Sull'origine* cit. 251; su questo delicato problema, P. Zamorani, *'Precario habere'* cit. 11 ss. e P. Biavaschi, *Ricerche* cit. 29 ss. ¹⁶ E con ciò non si vuole affatto sostenere che nella prassi fosse più utilizzata l'una forma piuttosto che l'altra (anzi ho potuto notare che, nei documenti epigrafici, effettivamente non numerosissimi, ma significativi, le situazioni più frequenti erano quelle relative a precari di servitù o figure affini), ma solo che il quadro offerto dai *Digesta* ci fa apparire la concessione di immobili come il tipo di precario più trattato dai giuristi. W. Roels, *Het woonworp en de Toepassing van het 'precarium'*, in *RIDA*, 6 (1951) 177 ss.

giungere a qualche risultato, seppur in via di ipotesi, quantomeno sul contenuto delle fattispecie in esame che ha la caratteristica di essere particolarmente sfuggente.

E Vittoria Silva, nel 1940, ad aver tentato di offrire una qualche descrizione: «È indubitabile che già all'epoca classica si debba attribuire... il riconoscimento di un precario che, almeno in questa ipotesi dell'*habitatio*, fa del precarista un *possessor alieno nomine*. Questo, per il caso che venga concesso precariamente l'uso di una casa; se, invece di una casa, si tratti di un fondo, la frase usata è *ut ipsi in eo fundo morari liceat*¹⁷.

Si tratterebbe, dunque, di due realtà tra loro parallele: l'una relativa all'uso di un'abitazione, l'altra a quello di un fondo; nessuna menzione da parte della quasi totalità degli autori del motivo per cui il *precario dans* e il precarista optassero per tale soluzione che apparirebbe simile contenutisticamente al normale precario di possesso, tranne che per la qui assente possibilità del ricorso agli interdetti possessori. Ci troveremo di fronte, dunque, agli unici casi in cui la natura di possesso o meno non è scelta in base al tipo di diritto in oggetto, quanto, apparentemente, tramite una specifica opzione del concedente¹⁸.

In realtà, approfondendo la questione, si potrà giungere al risultato di revocare in dubbio sia la troppo stringata spiegazione che la Silva riserva all'*in fundo morari*, sia, ancor di più, il fatto che si possa considerare «indubitabile» la configurabilità, in epoca classica, di un precario di *habitatio*.

2. Ritengo opportuno iniziare la trattazione dall'*in fundo morari*, poiché, come si vedrà tra breve, nulla si oppone al fatto di considerare nella sostanza genuini i due passi che lo riguardano.

Cominciamo la trattazione dal frammento di Venuleio Saturnino, più risalente rispetto all'altro:

D. 43.26.21 (Venul. 4 *actionum*). Cum precario quis rogat, ut ipsi in eo fundo morari liceat, supervacuum est adici 'ipsi suisque': nam per ipsum suis quoque permissum uti videtur¹⁹.

Il frammento proviene dall'opera *De actionibus*: pare probabile che Venuleio abbia scelto tale titolo utilizzando l'antico significato di *actio* come atto solenne, riferendosi a quelli sia di tipo negoziale, sia di tipo processuale. Il modello sarebbe stato quello di Manlio Manilio che aveva denominato *actionum libri* un suo scritto avente ad oggetto redazione e uso di formulari²⁰. L'opera di Venuleio si occuperebbe quindi anche della

¹⁷ V. Silva, *Precario con possesso* cit. 263. ¹⁸ Ma contra P. Zamorani 'Precario habere' cit. 126 ss. ¹⁹ O. Lenel, *Pal. II. Venuleius Saturninus*, n. 1. ²⁰ P. Frezza, *Girispudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'Alto Medioevo e negli scritti di giuristi romani*, in SDHI, 42 (1976) 237; P. Cerami, *Il sistema ofiliano*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno (incontri di studio Napoli 1996)* (Napoli 1998) 108 ss.; parlando dei libri *De actionibus* di Ofilio, Cerami afferma: «... la terza parte *De actionibus* relativa ... alle formule negoziali e processuali in base ad un preciso

preparazione di *cautiones* e D. 43.26.21 (come anche, secondo Frezza²¹, D. 46.5.11²²) ne sarebbe prova. In questo contesto, il giurista meterebbe in evidenza l'innuità di inserire nella *cautio* la nota *ipsi et suis* poiché per *ipsum suis quoque permissum videtur*.

Il passo è considerato genuino dalla maggior parte della dottrina: non vi è alcun motivo di mettere in dubbio, quindi, l'originalità del riferimento all'*in fundo morari* come a un *uti*. Vale la pena di menzionare solo molto rapidamente l'ipotesi di Ciapessoni²³, il quale, volendo in ogni modo negare l'esistenza di un precario di detenzione, sostituiva *cum precario quis rogat* con *cum quis stipulatus sit*, giustificando la correzione con il fatto che la concessione precaria sarebbe stata sempre di carattere strettamente personale e il discorso sarebbe, quindi, più confacente a una *stipulatio*. La proposta di Ciapessoni non presentava naturalmente il minimo sostegno probatorio e, già pochissimi anni dopo la sua genesi, trovò una fiera opposizione.

La Silva propone per confutare quell'ipotesi argomentazioni che qui è opportuno riportare: «Ma la concessione precaria è personale soltanto nel senso che non si trasmette agli eredi del concessionario ... ma, finché duri nel precarista, dà ad esso poteri tanto ampi che questi può partecipare del godimento che ne ritrae chiunque voglia. Ché, anzi, ricordando questo ci si spiega perché Venuleio non dica semplicemente *cum precario quis rogat*, ma aggiunga *ut ipsi in fundo morari liceat*: nel caso normale a nessuno poteva venire in mente di chiedersi se fosse permesso o no ritenere compresa nella concessione anche la *familia* del precarista; il dubbio sorge soltanto quando la concessione non è più generale sull'intero fondo, ma si restringe a dare solo alcune facoltà su questo fondo e allora uno legittimamente può domandarsi se non vi siano anche altre restrizioni, nel senso che i poteri a lui concessi il precarista li debba esercitare ad esclusione di qualsiasi altro e ci voglia uno speciale permesso da parte del *dominus* perché anche la *familia* possa partecipare: dubbi che Venuleio risolve negativamente»²⁴.

Le parole dell'autrice, pur essendo corrette nella parte in cui affermano la genuinità del passo, non chiariscono in nessun modo che cosa significherebbe l'espressione *in fundo moretur* e quali sarebbero le «facoltà» di cui godrebbe o meno il precarista in questo caso speciale.

Inoltre, anche ammesso che, nella normale concessione a precario di un fondo, fosse permesso ai *sui* l'ingresso in esso, come possiamo esser

indirizzato letterario che risale alle omonime opere di M. Manlio ed Ostilio e che sarà ripreso nel II d.C. da Venuleio Saturnino con i *decem 'Actionum libri* ... intendendo ed assumendo qui il termine '*actiones*' nell'ampio e risalente significato di '*formulae*' o '*schemi*' sia negoziati che processuali predisposti e finalizzati al raggiungimento di determinati effetti giuridici».

²¹ P. Frezza, *Girispudenza* cit. 237. ²² D. 46.5.11 (Venul. 8 *actionum*): *In eiusmodi stipulationibus quae quanti ea res est promissionem habent commodus est certum summam comprehendere quoniam plerumque difficultis probatio est quanti cuiusque interit et ad exigiam summam deductur.* ²³ P. Ciapessoni, *Il precarista detentore* cit. 199 ss. ²⁴ V. Silva, *Precario con possesso* cit. 264.

certi che, nelle situazioni di precario con mera detenzione, ad esempio nel precario di servitù, il passaggio o l'utilizzo della cosa da parte dei *sui* fossero dati per scontati? Del resto, ripetiamo, la precisazione di Venuleio, seppur qui favorevole alla possibilità di *ui* anche da parte dei *sui*, ha senso solo se nasce in ragione di risolvere un dubbio. L'apertura all'utilizzo da parte dei *sui* indica che il diritto in capo a questo precarista detentore, in caso di *in fundo morari*, non era, secondo Venuleio, di carattere strettamente personale, bensì esteso, appunto, ai *sui*.

La situazione di detenzione del precarista si arguirebbe qui dalla presenza del termine *ui*²⁵, che il giurista impiega per indicare che anche i *sui* del concessionario possono utilizzare il fondo poiché, nel momento in cui vi è una *rogatio precario ui in fundo morari liceat*, è inutile aggiungere *ipsi et sui*, dal momento che i *sui* sono ammessi all'*ui* grazie alla concessione fatta al precarista.

Il giurista, in realtà, non mostra qui alcun interesse a mettere in evidenza il fatto che il precarista si trovi in una posizione di detenzione o di possesso; lo scopo dell'osservazione di Venuleio è sostanzialmente pratico. Vi sono solo due ragioni per cui si poté sentire l'esigenza di chiarire il punto: che si conoscessero forme di precario nelle quali l'accesso ai *sui* fosse impedito, o che la situazione di incertezza si riferisse all'*ui*, o, meglio, all'*usus*. Di queste due opzioni la seconda è sicuramente provata²⁶. La prima è priva di testimonianze, ma, in via di ipotesi, non è certo da rigettare l'eventualità che esistessero tipi di precario in cui la concessione fosse strettamente personale.

Per rimanere alla seconda possibilità, il problema potrebbe essere sorto appunto in via parallela a quello relativo all'*usus* inteso come diritto reale autonomo: in diversi passi dei *Digesta*, infatti, i giuristi si pongono interrogativi su quali persone legate o meno da rapporti di parentela con l'usuario potessero accedere all'*usus*.

Un caso simile a D. 43.26.21 si può rintracciare nelle parole di Ulpiano:

D. 7.8.2 pr. (Ulp. 17 *ad Sabinum*). Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. et de singulis videndum. domus usus relictus est aut marito aut mulieri: si marito potest illic habitare cum familia quoque sua.

Scapini commenta la ratio del passo in modo, a mio avviso, condivisibile e applicabile anche al frammento di Venuleio: «Ulpiano afferma

²⁵ S.v. «*Uion*» e «*usus*», in *Voabularium Iurisprudentiae Romanae* V (Berlin 1939).
²⁶ Il problema delle persone che potevano *utro habitare* (che, come vedremo, in epoca classica era, se diritto reale, riconducibile all'*usus* o all'*usufructus*) dovette essere motivo di ampia riflessione giurisprudenziale testimoniata dai frammenti contenuti nel titolo D. 7.8 *De usu et habitazione*. D. 7.8.9 si occupa specificamente della possibilità che moglie e marito possano utilizzare promiscuamente delle cose di cui è stato *legatus* l'*usus* al marito. Numerosi i passi nei quali ci si occupa dei soggetti che possono vivere nella dimora di cui un soggetto ha ottenuto l'*habitatio*, bastano come esempi D. 7.8.2; D. 7.8.3; D. 7.8.4; D. 7.8.5; D. 7.8.6; D. 7.8.17; I. 2.5.2. In merito N. Scapini, 'Usus domus' e 'habitatio' nel diritto romano, in *Studi Grosso* V (Torino 1972) 33 ss.

che se l'*usus* è stato lasciato al marito, questi può abitare nella *domus* anche con la sua famiglia. L'asserzione è posta come principio di *ius recipiunt* ... se si pone mente alla funzione economico-sociale dell'*usus* che, come per l'*usufrutto*, doveva essere quella di beneficiare qualcuno (sia pure nell'ambito più circoscritto del semplice *ui* che implicava un uso diretto della cosa). Il concedere all'usuario di abitare nella *domus* assieme alla sua famiglia rientra così nella funzione propria dell'*usus*, dal momento che, in caso contrario, l'onorato non trarrebbe alcun beneficio dalla disposizione non essendo in grado, di esercitare il suo diritto per la prevalenza, almeno nella generalità dei casi, degli interessi affettivi sugli interessi materiali²⁷.

L'origine della configurazione dell'*usus* come diritto reale risale forse già al II secolo a.C. Può darsi che esso abbia avuto ad oggetto inizialmente le cose infruttifere, ma, in seguito, forse già dal tempo di Laboneo, si sarebbe esteso anche a quelle fruttifere, come appunto i fondi rustici²⁸, così come è dimostrato da D. 7.8.10.4.

D. 7.8.10.4 (Ulp. 17 *ad Sabinum*). Si usus fundi sit relictus, minus uique esse quam fructum longeque nemo dubitat, sed quid in ea causa sit, videndum. et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibitorium illo venire: sed colonum non prohibitorium nec familiam scilicet eam, quae agris colendi causa illic sit ...

Il passo chiarisce che il proprietario del fondo poteva inviare in esso persone che lo coltivassero e ne percepissero i frutti²⁹. Un altro frammento, D. 7.8.11, contenuto anch'esso nel titolo *De usu et habitazione*, si rivela per noi interessante³⁰:

²⁷ N. Scapini, 'Usus domus' cit. 34. Quest'ultimo, poi, aggiunge (N. Scapini, 'Usus domus' cit. 36): «Resta da vedere a quale tipo di famiglia si allude in D. 7.8.2.1. Al proposito risulta di valido aiuto lo stesso passo delle Istituzioni giustiniane citate sopra citato [I. 2.5.2 n.d.a.]. Esso pone in risalto tramite l'accento alle incertezze e alle discussioni giurisprudenziali circa i soggetti legittimati ad abitare con l'usuario l'originario carattere strettamente personale dell'*usus* per cui è fuori di dubbio che Ulpiano nel frammento in questione intendesse esclusivamente parlare della famiglia proprio *ture dicta* comprendente *plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae ut puta patrem familias matrem familias filium familias filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur ut puta nepotes et nepes* (D. 50.16.195.2)». In sostanza si parla dei *sui* menzionati in Venuleio D. 43.26.21. Cfr. J. Garcia Sanchez, 'Domus usus', in *Estudios Juridicos en homenaje al Prof. Alvarez Sastre* (Madrid 1978) 1175 ss.; L. Boyer, *La fonction sociale des legs d'après la jurisprudence classique*, in *RHDE*. 43 (1965) 353 s.
²⁸ G. Pugliese, s.v. «*Abitazione e uso. Diritto romano*», in *NNDI*. I (Torino 1958) 55 ss.
²⁹ G. Longo, *Negozii giuridici* cit. 137; W.B. Frier, *Law Technology and Social Change: the Equipping of Indian Farm Tenants*, in *ZSS*. 96 (1979) 224 nt.; P.W. De Neeve, 'Remissio mercatoris', in *ZSS*. 100 (1983) 303 nt.; R. Mentakka, 'Praedia rustica - praedia urbana'. *Consideraciones sobre los criterios distintivos en el derecho romano clásico*, in *RIDA*. 33 (1986) 150 nt.
³⁰ Il termine *morari* in Gato D. 7.8.11 che pure palesemente parla di diritto d'uso non mi sembra possa significare nello specifico solo «utilizzare» come sostiene la Silva. Sul

D. 7.8.11 (Gai. 2 *rerum cottidianarum*). Inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest.

Qui *ei* (cioè l'*usurarius*, secondo Lenel³¹) ha la facoltà di *morari in fundo*, come in quello di Labbone di *habitare*: *Labeo ait habitare eum in fundo posse; inque eo fundo hactenus et morari licet*. *Morari* qui sembrerebbe proprio indicare l'azione di stare materialmente nel fondo, o, ancor più, a mio avviso³², di vivere, di risiedere in esso con la limitazione, però, del libero accesso del proprietario e dei suoi collaboratori.

Nota infatti Marrone a proposito dell'*in fundo morari precario*³³: «Ora a me sembra che l'*in fundo morari*, a differenza del *possidere* del comune precarista, non esprimesse l'idea di una totale materiale disponibilità del fondo con conseguente totale esclusione dell'altra parte dal fondo medesimo ... Accanto all'usufruttuario in D. 43.26.6.2 sono ricordati il colono e l'inquilino. Ebbene, io sono persuaso che neanche costoro potessero di regola impedire al *dominus*, o meglio al locatore, il libero accesso al fondo». Che, poi, il proprietario potesse inviare dei soggetti a custodire il fondo o la dimora è testimoniato anche da D. 7.8.16:

D. 7.8.16.1 (Pomp. 5 *ad Sabinum*). Dominus proprietatis etiam invito usufructuario vel aedes per salutarium vel insularium custodire potest: interest enim eius fines praedii tueri.

Il *dominus* può, anche se l'usufruttuario o l'usuario sono contrari, presidiare i confini della sua proprietà, un elemento che è ulteriormente utile per comprendere il motivo per cui non veniva concessa al precarista la facoltà di ricorrere agli interdetti possessori, dal momento che essi permettevano di solito al *precario accipiens* di difendersi dalle turbative provenienti da terzi.

Abbiamo detto che, per poter intendere completamente il significato dell'espressione, è necessario compiere un approfondimento di carattere terminologico di *morari*: il verbo *morari*, definito come *ferre tardari, canctarari*³⁴, indica, genericamente, l'indugiare, l'attardarsi, il fermarsi in un luogo: all'interno dei *Digesta*, tuttavia, il termine assume, se associato a un sostantivo indicante una località, anche generica (*in fundo, provincia, ruri, civitate*,

passo anche G. Longo, *Negozii giuridici* cit. 137; R. Menixaka 'Praedia rustica' cit. 149 nt.; M. Morabito, *Eschavage et enregistrement da droit: les institutes de Gaius*, in *Index* 15 (1987) 60 nt.

³¹ = Lenel, *Pal. I*, *Gaius*, n. 496. ³² Così anche A. D'Ors (et alii), *El Digesto de Justiniano I* (Pamplona 1968) 336: «Es licito al usuario morare en aquel fundo en quanto non la obstaculo para el dueño del fundo ni para a quels que llevan a cabo las faenas del campo ...». ³³ M. Marrone, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in *AUPA*, 28 (1961) 44 ss. ³⁴ S. v. «Moror», in *Theaurus Linguae Latinae* VIII (Lipsiae 1936-1966).

ecc.), il significato di «stare», «vivere»³⁵. Tutti i frammenti a nostra disposizione, adombranti situazioni simili a quella considerata, confermano che *morari in fundo* o *in praedio* significa «trovarsi materialmente nel fondo».

Bisognerebbe ora identificare che cosa potrebbe indicare tale significato specificamente in relazione al precario: in primo luogo dobbiamo dire che, dato ciò che si è analizzato, è probabile che il riferimento riguardi la richiesta di una permanenza *in situ* di carattere materiale, concreto, nel fondo.

Dal momento che in molti casi *morari* descrive il vivere per un periodo più o meno lungo nel luogo in questione (e il caso proposto precedentemente di Gai. D. 7.8.11 è paradigmatico), sarebbe possibile che anche qui ci si riferisse ad un vivere nel fondo, situazione per la quale Venuleio avrebbe trovato *supervacuum* dover specificare che l'utilizzo di esso sarebbe possibile anche per i *sui* del precarista. La frase di Venuleio lascia in ogni caso ad intendere chiaramente che l'*in fundo morari* è un tipo specifico e particolare di precario: *qui precario rogat ut in fundo moretur*.

3. Detto ciò, non si è tuttavia risolto il problema relativo al contenuto del diritto in questione. D. 43.26.6.2, pur non dando informazioni certe, offre qualche dato in più.

D. 43.26.6.2 (Ulp. 71 *ad edictum*). Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident³⁶.

Il frammento è stato al centro di un vivace dibattito, soprattutto per quanto riguarda la genuinità della sua seconda parte, da *nam* in poi, parte che è stata considerata un'aggiunta dei Compilatori giustiniane³⁷, ma che già Schenllo³⁸ riteneva attribuibile a Ulpiano. Il motivo per cui il giurista, citando probabilmente Marcello³⁹ (*inquit*), nominato nel *principium* del frammento, tracciava un'analogia tra usufruttuario, colono ed inquilino, è dovuto al fatto che essi sono detentori e che la loro situazione di non possessori serve a chiarire la posizione del precarista, il quale *rogat ut in fundo moretur*: «Ebenso werden Nießbraucher, Kolone und Mieter qualifiziert und deren Besitzstellung gewissermaßen zur Begründung der Besitzstellung des Prekaristen angeführt, wie aus dem *nam et* eikennbar ist»⁴⁰.

³⁵ S. v. «Moror», in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* III/2 (Berlin-New York 1983). ³⁶ O. Lenel, *Pal. II Ulpianus*, n. 1607. ³⁷ S. Petrozzi, *Istituzioni di diritto romano* I (Roma 1928) 881 nt. 1. ³⁸ G. Schenllo, *Locazione e precario* cit. 442 s.; così anche risolutamente G. Longo, *Negozii giuridici* cit. 138: «La chiusa di questo frammento dice cosa esatta per il diritto classico». ³⁹ S. Riccobono, *Vecchi e nuovi problemi intorno alla terminologia del possesso*, in *Scritti in on. di G. Chironi* I (Torino 1915) 417. ⁴⁰ K. P. John, J. Köhn, V. Weber, *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches. Eine Untersuchung der literarischen juristischen und epigraphischen Quellen vom 2. Jahrhundert v.u.Z. bis zu den Severern* (Berlin 1983) 193.

Questo passo palesa un po' di più il significato di *in fundo morari* dal momento che propone la relazione di somiglianza con gli altri tre soggetti: più esattamente si afferma che anch'essi *svnt in praedio*⁴¹. A questo punto va clla ancor di più la tesi della Silva⁴², la quale, pur ammettendo che nella quasi totalità dei casi⁴³ *morari in fundo* significa «trovarsi materialmente nel fondo», sostiene che, in questo passo, tale espressione abbia invece contenuto tecnico indicante solo il diritto d'uso e non l'altro significato, comune invece a tutti gli altri casi.

Sembrerebbe più aderente al contesto, invece, che anche qui, riferendosi all'*in fundo morari*, il giurista si rivolga a coloro che *svnt in praedio*.

La mancanza del possesso viene considerata da Marrone⁴⁴ «un caso del tutto eccezionale»: ora qui bisogna indagare il motivo per cui il precarista in questo caso non possiede, se si tratta di una situazione contenutisticamente diversa e perché il *precario dans* ha deciso di concedere il fondo in un modo particolare, cioè senza promettere al concessionario di ricorrere agli interdetti possessori. Nel corso della ricerca si è addiventati anche ad un altro interrogativo, che potrebbe apparire paradossale; la situazione di detenzione conferisce al precarista solo un *minus* o anche un *plus* rispetto al possesso?

La risposta più immediata sarebbe «solo un *minus*». Secondo Marrone⁴⁵, come abbiamo visto, il concessionario avrebbe, nel caso in questione, il diritto di libero accesso nel fondo e questa sarebbe la reale differenza che lo contraddistinguerebbe. Si ipotizzerebbe quindi la situazione di un utilizzo della cosa senza esclusione del *precario dans*. L'opinione di Marrone è pienamente condivisibile, anche se, a mio avviso, non si può affermare che questo sia un «caso speciale, che non è di precario vero e proprio», poiché, come si può notare dal tenore dell'interdetto *de praeratio*⁴⁶, l'istituto non presenta una natura meramente possessoria⁴⁷.

Alla conclusione che l'*in fundo morari* prevedesse per il *precario accipiens* poteri più limitati ero giunta quando proposi, in via naturalmente solo congetturale, che esso si riferisse ad un utilizzo non continuativo del *praedium*, ma meramente occasionale o più probabilmente stagionale, differente rispetto alla «normale» concessione a precario⁴⁸.

È possibile, come abbiamo visto, che il contenuto del diritto consistesse nel vivere per un periodo più o meno lungo su un fondo; in questo caso l'esigenza di attribuire la tutela interdittale verso terzi sarebbe stata

⁴¹ Cfr. P. Voci, *Tradizione donazione vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Lura* 38 (1987) 76 in relazione con Ulpiano D. 6.1.77 che tratta di un caso di donazione in cui il donatario precedentemente «era già sul fondo; e dobbiamo ritenere che ci fosse a qualche titolo poiché un fatto casuale non avrebbe avuto per il giurista tanto significato da meritare ricordo... poiché il donatario era sul fondo (cioè lo deteneva) ...». ⁴² V. Silva, *Precario con possesso* cit. 263. ⁴³ Ad esempio Modestino D. 32.82; Ulpiano D. 33.7.12.44; Secola D. 33.7.27.3; Ulpiano D. 43.24.11. ⁴⁴ M. Marrone, *La legitimazione passiva alla rei vindicta*, *Corso di diritto romano* (Palermo 1970) 120 s. ⁴⁵ M. Marrone, *La posizione possessoria* cit. 44 ss. ⁴⁶ Ulpiano D. 43.26.1.1. ⁴⁷ Come definitivamente chiarito da M. Kaser, *Zur Geschichte des praeratum*, in *ZSS* 89 (1972) 94 ss. ⁴⁸ P. Biavaschi, *Ricerche* cit. 266 ss.

inutile perché il proprietario poteva egli stesso svolgere una funzione di controllo sul fondo. Tale assenza potrebbe, inoltre, essere stata contemplata da un altro aspetto ritenuto, ad un certo punto, altrettanto pressante: il *precario dans*, in caso di possesso del precarista, aveva la possibilità di spossessarlo se quest'ultimo non avesse voluto restituire il fondo dopo la revoca della concessione. Gli interdetti possessori (tranne, come è noto, l'*unde vi armata*) contenevano per l'appunto la *clausula viiii* che permetteva al possessore di difendersi nei confronti dei terzi a meno che egli non possedesse la cosa *vi, clam* o, appunto, *precario*. È vero che lo stato di detenzione nega, da un lato, al *precario accipiens* la possibilità di adire gli interdetti possessori, ma nega anche, d'altro canto, al concedente la facoltà di spossessare a proprio piacimento e anche *vi* il precarista che non voglia ottemperare alla richiesta di restituzione.

Quindi si può osservare, ed è possibile che si tratti di un aspetto non irrilevante per gli esiti postclassici dell'istituto, che tale situazione, paradossalmente, non rappresenta solo un *minus* per il precarista, ma anche un *plus*. L'esclusione della possibilità di spossessare *vi* il fondo segna, infatti, un duro colpo contro la difesa privata e contro l'uso della forza per risolvere un problema giuridico.

Si può avanzare la congettura che, nel II-III secolo d.C. (periodo a cui risalgono i frammenti in oggetto), ci si fosse posti il problema di permettere al *precario dans*, in determinate occasioni, solamente il ricorso all'interdetto *de praeratio* per mantenere la cosa data a precario.

Del resto, la riflessione sul fatto che la posizione del precarista fosse, sempre e comunque, e non solo in casi speciali, simile alla situazione del *fuciliarius*, del conduttore e del *colonus* determinò un sempre maggior avvicinarsi del precario a negozi di tipo contrattuale come il comodato e la locazione: fu tale processo a condurre il precario ad assumere, sempre nel periodo postclassico, natura di mera detenzione⁴⁹.

Due fonti tarde, che recuperano⁵⁰, ma in modo palesemente alterato, frammenti di diritto classico, non possono purtroppo esserci molto utili, in quanto chiaramente tradiscono la confusione a livello terminologico e giuridico che doveva regnare all'epoca della loro stesura: l'uso di composti del verbo *morari*, in relazione all'istituto del precario, nell'*interpretatio* alle *Pauli Sententiae* e nelle *Etymologiae* (*seu Origines*) di Isidoro di Siviglia, risale, a nostro parere, al periodo postclassico.

Paul. Sent. Interpretatio 5.6.7. *Vi possidet, qui impetu efficaci depluso adversario possidet; clam possedisse videtur, qui ignorante et inscio domino possessionem occupat; precario qui per preem postulat, ut ei in possessione permittis dominus vel creditoris fiduciarii commorari liceat.*

Il testo vuole evidentemente chiarire il significato della *clausula vi-tiose possessionis*: la frase *qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario*

⁴⁹ P. Zamorani, *Precario habere* cit. 117 ss. ⁵⁰ E. Levy, *Vom römischen 'Precarium' zur germanischen Landliebe*, in *ZSS* 67 (1948) 3.

rio, *impune dicitur*, riportata in *Paul. Sent.* 5.6.7, doveva risultare ormai oscura nella prima metà del V secolo quando fu presumibilmente composta l'*interpretatio*⁵¹. Il tenore del passo dimostra che l'autore poteva ancora attingere dal materiale classico, ma attraverso il filtro del diritto della propria epoca⁵², ragion per cui l'interprete non distingue, ad esempio, tra *possidere* e *commorari in possessione* (in epoca classica l'uno avrebbe indicato il possesso e il secondo la detenzione). Qui, anzi, *commorari in possessione* sembrerebbe forse riferirsi, meno tecnicamente, allo «stabilirsi, fermarsi in un immobile». Non v'è, tra l'altro, nel testo alcun riferimento alla libera revocabilità del *dominus* o del *creditor*, né alla provvisorietà del *permissus*.

Inoltre, nel passo, viene inserito come caso generale di concessione precaria quello del *creditor fiduciarius* che concede al debitore di permanere precariamente nel fondo (sostanzialmente in modo da agevolarlo nel pagamento del debito). Sappiamo che l'uso di concedere in precario la cosa fiduciaria doveva essere assai diffuso in epoca classica, ma i giuristi di quell'epoca non hanno mai generalizzato questo caso specifico tanto da trarne addirittura una definizione di precario. Del resto l'autore dell'*interpretatio* si trovava nella difficile posizione di dover spiegare il significato dell'*exceptio vitiose possessionis*, la quale aveva cominciato a cadere in disuetudine addirittura dall'epoca costantiniana: tale descrizione dovette essere quindi influenzata e filtrata attraverso quella che era la realtà del precario nel V secolo in Occidente⁵³, ossia quella di un istituto assai simile al comodato, in cui il precarista deteneva il bene, il quale era quasi esclusivamente, se non esclusivamente, un immobile.

Venendo ora al passo di Isidoro di Siviglia, il quale compose la sua opera tra la fine del VI e l'inizio del VII secolo d.C., si può dire che esso detra una tanto tarda quanto ambigua definizione di precario; tuttavia risulta evidente che l'origine della prima parte dell'*Eymologia*⁵⁴ dell'ultimo Padre della Chiesa⁵⁵ si trova in un testo squisitamente giuridico⁵⁶.

⁵¹ In primo luogo l'edizione critica: M. Kaser, F. Schwartz, *Die 'interpretatio' zu den Paulsentenzen* (Köln 1956). Poi in merito E. Levy, *Pauli Sententiae: a Palimpsest of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Law* (Ithaca 1945); G. Franciosi, *Orientamenti in tema di 'interpretatio' alle Pauli Sententiae*, in *Labeo* 16 (1970) 392 ss. ⁵² E. Levy, *Vom römischen 'Precarium'* cit. Il considera questa *interpretatio* come esempio pregnante del precario postclassico in cui l'accordo tra le parti costituisce il fondamento dell'istituto: «Der einst wesentliche *tandem quondam* ist qui *concessit patitur* (Ulp. D. 43.26.1. pr.) glänzt hier durch Abwesenheit und die ungenaue Formulierung daß *derjenige bestzigt der den Besitz erbitte deuter auf Neue an wie die ausdrückliche Abmachung zwischen den Parteien nun die Grundlage bildet*». ⁵³ Dubia fortemente della classicità del concetto P. Zamorani, *'Precario habere'* cit. 25 nt. 27. ⁵⁴ La seconda parte risale probabilmente a un grammatico o potrebbe anche essere frutto della riflessione giusta nella sostanza (*precarium* deriva certamente da *preces*) ma per il resto fantasiosa (*quasi precarium R pro D littera communitata*) dello stesso Isidoro. ⁵⁵ A. García Gallo, *San Isidoro Jurista*, in *Isidoriana. Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento* (Leon 1961) 133. ⁵⁶ Anche se risulta impossibile, oggi come oggi, poter risalire alle fonti cui attinge Isidoro, il passo sembrerebbe da attribuirsi a un'opera postclassica. La dottrina

Isid. *Eymn.* 5.25.17. *Precarium est dum prece creditor rogatus permitti debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere. Et dicitur precarium quia prece aditur, quasi precadium, R pro D littera commutata.*

Si nota subito la delimitazione dell'ambito di applicazione del precario ai soli immobili⁵⁷, fatto che si era già sospettato per l'*interpretatio* alle *Pauli Sententiae* e che qui è chiaramente espresso. Parte della dottrina ha avanzato la congettura che Isidoro abbia generalizzato il caso del *creditor fiduciarius* al punto di trarre da questo caso specifico la definizione di precario.

È abbastanza improbabile che Isidoro abbia utilizzato come fonte per stilare questa *Eymologia* le *Istituzioni* di Gato (Gai 2.60⁵⁸), poiché la differenza tra i due testi appare radicale⁵⁹: in realtà la definizione di Isidoro, anche ammesso che si riferisca alla *fiducia cum creditore*, un istituto che ormai in quel tempo era completamente degenerato e scomparso nel senso classico del termine, appare poco chiara: la generalizzazione del precario come concessione operata dal creditore al debitore non corrisponde, infatti, né all'epoca di Isidoro (tranne che per il *demorari in possessione fundi*, riferimento agli immobili ed espressione perfettamente adeguata al periodo postclassico), né all'epoca classica.

Se⁶⁰, dunque, come sembrerebbe, il Padre della Chiesa parlasse proprio di una situazione di questo genere, sembrerebbe più plausibile la possibilità che un tale fraintendimento sia giunto a sua volta attraverso il

generalmente concorda nell'affermare che Isidoro non si sia servito direttamente delle fonti classiche ma di un manuale o compendio scritto forse in Spagna tra la fine del V e l'inizio del VI d.C. H.E. Dirksen, *Über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts*, in *Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen römischer Rechtsgeschichte und Alterthumskunde* I (Leipzig 1891) 185 ss.; B. Kübler, *Isidorstudien*, in *Hermes* 24 (1899) 436 ss.; F. Stella Maranca, *Iurisprudentialia Romanae religia quae Isidori Hispanensis Eymologiarum libri continentur adnotationibus illustravit* (Leipzig 1927) 1 ss.; A. Tabera, *La definición de 'furtum' en las Etimologías de S. Isidoro*, in *SDHI* 1 (1942) 23 ss.; A. García Gallo, *San Isidoro Jurista* cit. 133 ss.; I. Velazquez Soriano, *Léxico isidoriano en las Etimologías: problemas para su estudio*, in *Euphrosyne. Revista de filología clásica* 22 (1994) 235 ss.; R. Membraka, *Algunas consideraciones sobre Isidoro Et.* 5.25.22-24, in *Collatio Iuris Romani (Études dédiées à Hans Amelung à l'occasion de son 65^e anniversaire)* (Amsterdam 1995) 332 ss.; R. Membraka, *Algunas consideraciones sobre los 'termini' en particular contra el estado en las Etimologías de Isidoro* (Et. 5.26), in *TR* 65 (1997) 397 ss.

⁵⁷ P. Zamorani, *'Precario habere'* cit. 24 s. ⁵⁸ Gai 2.60. *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris tunc aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum essent si quidem cum amico contracta sit fiducia sane omni modo competit usureceptio, si vero cum creditore soluta quidem pecunia omni modo competit nondum vero soluta ita deum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio competit.* ⁵⁹ Così J. De Churrucá, *Las 'Institutiones' de Gato en San Isidoro de Sevilla* (Bilbao 1975) 72 ss., autore che ha profondamente indagato i problemi legati alle possibili fonti giuridiche di Isidoro. ⁶⁰ Il «se» è d'obbligo come correttamente nota P. Zamorani, *'Precario habere'* cit. 25 nt. 27.

fratendimento compiuto da un'opera tarda, probabilmente del V secolo, forse la stessa *interpretatio* o una fonte comune, che finì per essere ancor meno compresa dallo stesso Isidoro.

4. Differenti e più complesse le conclusioni che si possono trarre dai frammenti che citano il precario di *habitatio*⁶¹, esso sarebbe⁶² l'esatto corrispondente dell'*in fundo morari* avente per contenuto l'uso di una casa. Tuttavia, diversamente dall'*in fundo morari* — il quale è attestato solo da due passi del *Digesta*, ma comunemente ritenuti genuini — le prove dell'esistenza di questa forma di precario, almeno per l'epoca classica, appaiono molto incerte.

È opportuno prendere in considerazione, in primo luogo, un testo⁶³ di Pomponio, D. 43.26.15.1, tratto da un lungo frammento proveniente dal commentario *Ad Sabinum*, nel quale il giurista tratteggia in modo semplice e ben definito i principali caratteri del precario:

D. 43.26.15.1 (Pomp. 29 ad Sabinum). Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt non intelleguntur precario habitare.

⁶¹ Sull'*habitatio* e la sua natura non ben definita in epoca classica riconducibile in parte all'*usus* in parte all'*usufructus*, S. Riccobono, *Sull' 'usus'*, in *Studi Scialoja* (Milano 1905) 581 ss.; R. Leonhard, s.v. *habitation*, in *PWRE* VII/2 (Stuttgart 1912) 2151 ss.; G. Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano?* (Torino 1958) 496 ss.; G. Pugliese, *Abitazione e uso* cit. 55 ss.; N. Scapini, 'Usus domus' cit. 1 ss.; C. García Vázquez, *Contribución al estudio del 'usus' la 'habitatio' y las 'operae servorum'* (Cádiz 1995) 89 s. Salamente con Giustiniano nel 530 d.C. con l'emancipazione della costituzione C. 3.33.13 v'è la risoluzione definitiva di ogni dubbio sotto nell'*antiquitas dubitabat usu fructu habitatiois legato et primo quidem cui similis est utrumne usus vel usus fructus an neutri eorum sed ius proprium et speciem naturam sortitum est habitatio postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominum sibi vindicare auctorum iuribus decedentes comprehendit responso omnem habitatiois dubitationem rescamus. Tale concezione è ripresa anche da I. 2.5.5: *Sed si cui habitatio legata sine aliquo modo constituta sit neque ius videtur neque usus fructus sed quasi proprium aliquod ius*. Ritiene che questa concezione abbia avuto origine nelle scuole orientali, G. Grosso, *Usufrutto* cit. 494 ss. ⁶² V. Silva, *Precario con possesso* cit. 260 ss. In realtà è l'unica ad aver trattato specificamente e abbastanza ampiamente l'argomento. ⁶³ Il testo nella sua interezza ha il seguente tenore: D. 43.26.15 (Pomp. 29 ad Sabinum). *Et habet summam aequitatem ut eatenus quinquae accipiunt non intelleguntur precario habitare. 2. Precario habere etiam ea quae in iure habet precarium intendit et non competit. 3. Cum quis de re sibi restituenda cautum habet licet nactus possessionem non est dubium: an is quoque possidet qui rogatus est dubitatum est: placet autem penes attingere esse eum hominem qui precario datus esset penes eum qui rogasset quia possidet corpore penes dominum quia non dissecti animo possessione. 5. Quo quis loco precario aut possidet aut cooperit possidere nihil refert quod ad hoc interdictum pertinet.**

In realtà, il passo afferma solamente che gli ospiti e coloro che ricevono una *gratuita habitatio* non devono considerarsi *habitare precario*⁶⁴; è vero che il brevissimo testo, extrapolato probabilmente da un contesto più ampio di quello conservato in D. 43.26.15, asserendo che l'*hospitium* e la *gratuita habitatio* non implicano una *precario habitatio*, non ne esclude l'esistenza⁶⁵, tuttavia, neppure, a rigor di logica, l'affermazione: al limite indica la presenza di un problema, di un dubbio, di un interrogativo che non è detto non si risolvesse sempre negativamente. Si può concludere, dunque, che D. 43.26.15.1 non ci può dire nulla di certo.

La difficoltà nell'interpretazione del frammento consiste nel fatto che la natura giuridica dell'espressione *gratuita habitatio*⁶⁶ non è compresa appieno, ma che spesso si ritrova, come vedremo, ad essere avvicinata o frantesa con il precario, con il comodato o con la *donatio*. Il *gratuita habitare* appare, come si vedrà tra breve, una figura all'intersezione tra donazione, comodato e precario, tanto da costringere i giuristi classici a offrire diversi chiarimenti, a volte apparentemente contrastanti tra loro, al fine di escludere l'identificazione con il *precarium*, oppure di enucleare l'azione che si potrebbe concedere per proteggere il beneficiante dagli abusi del beneficiario.

Chiara è invece la differenza tra l'*habitatio gratuita* come *beneficium* accordato da un soggetto vivente e l'*habitatio* come diritto reale, assimilabile ora all'*usus*, ora all'*usufructus*, diritto che è comunemente lasciato in legato⁶⁷ (normalmente tramite un legato per *vindicacionem*).

La differenza tra il *gratuita habitare* e la semplice ospitalità, invece, è efficacemente spiegata da Ulpiano in un frammento conservato sotto il titolo *De his qui effuderint vel detecerint* e consta sostanzialmente nella continuità del primo in raffronto alla transitorietà della seconda, motivo per cui solo l'*habitor* viene considerato responsabile⁶⁸:

D. 9.3.1.9 (Ulp. 23 ad edictum). *Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito, hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur qui hospitium dedit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

⁶⁴ T. Gimenez-Candela, *Algunas observaciones sobre D. 43.26.8 pr.*, in *SDHI*, 48 (1982) 481 nt. 3 osserva che l'avverbio *precario* si costruisce abitualmente con i verbi *habere* e *rogare* e, solo più raramente con altri verbi, come appunto *habitare* in questo caso, oppure *detinere* (C. 4.65.33) o *frudere* (Ulpiano D. 43.24.11.12). ⁶⁵ C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG*, 53 (1897) 57 = in *Opere* III, *Studi vari di diritto romano e moderno: sulle obbligazioni e quadtion*, in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* II (Berlino 1935). ⁶⁶ G. Pugliese, *Abitazione e uso* cit. 55. ⁶⁷ Così come del resto in Gai. D. 44.7.5.5 (Gai. 3 *autorum*) = I. 4.5.1. *Is quoque ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat detectum effusumque aliquid est ita ut disci noceret quasi ex maleficio teneri videtur.*

Ulpiano evidentemente sente qui⁶⁹ la necessità di chiarire bene il carattere di demarcazione tra le due fattispecie, estremamente importante in questo caso ai fini dell'individuazione della responsabilità extraccontrattuale e, quindi, del risarcimento del danno.

In merito, poi, ai fraintendimenti determinati da una certa analogia tra *precarium* e *gratuita habitatio* (ma il discrimine è qui palesemente rintracciabile), un frammento di notevole importanza da prendere in considerazione è D. 39.5.32, appartenente ai *Libri responsorum* di Scevola:

D. 39.5.32 (Scaev. 5 *responsorum*). Lucius Titius epistulam talem misit: 'Ille illi salutem. hospitio illo quamdiu volentis utaris superioribus diacis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio'; quaeiro, an heredes eius habitatio eum prohibere possunt, respondit secundum ea quae proponerentur heredes eius posse mutare voluntatem.

Il passo, esente da dubbi sulla presenza di interpolazioni, è stato inserito dai Compilatori nel titolo *De donationibus*, ma, dal tempo dei Glossatori, esso è stato comunemente considerato come adombrante un caso di precario.

Scevola ripropone l'*epistula* di un soggetto che ha inviato una missiva, con la quale rende noto al ricevente il fatto che gli concede il gratuito *hospitium* di tutte le stanze⁷⁰ del piano superiore; la lettera ha lo scopo di costituire prova della volontà del beneficiante: *idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio*.

Il beneficiario, e qui sta il punto risolutivo, potrà fruire degli spazi abitativi fino a quando vorrà: *quamdiu volueris, utaris*. Queste parole escludono completamente la configurabilità di un precario⁷¹: questi'ulti-

⁶⁹ Cfr. L. Gaigliardi, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani: aspetti giuridici* (Milano 2006) 76 s.; O. Licandro, *Domitium habere: Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano* (Torino 2004) 188. «Ulpiano assegna va... una maggior forza all'idea di *habitatio* esprimendo l'uri di una casa»: 194: «Ciò che caratterizzava l'*habitatio* e dunque un *habitor* da un *hospes* e lo distingueva dalla presenza passeggera era dunque l'attualità e una certa stabilità dell'abitare, la permanenza non meramente transitoria in un'abitazione». ⁷⁰ Non di rado i giuristi romani utilizzano vocaboli greci. *Diacetas* sarebbe impiegato, al posto di *dimora*, *cubiculum* come in Ulpiano D. 29.5.1.27 (50 *ad edictum*), ove tuttavia è usato al singolare: *'eadem autem tecto quodlibet accipiantur videndum utrum intra eodem portetis an et ultra intra eandem diaetam vel cubiculum vel eandem domum vel eodem foras vel in tam villam. et uti Sextus sic esse saepe indicatum ut quantum ex loci fuerint unde vocem exantite poluerunt hi puniantur quasi sub eodem tecto fuerint licet alii vultidinis vocis alii exigantur sunt nec omnes iudicis exantiri possunt*. A. Carcaterra, *Concezioni epistemiche dei giuristi romani*, in SDHI, 54 (1988) 38. Nel nostro frammento il significato di *diaeta* mi sembrerebbe più opportunamente riconducibile al termine italiano «stanza». ⁷¹ B. 47.1.31: 'Eav γότιμω σοι κερήθηθα ηή έμυ διατη δάγον έφ' όσον βούλει, τοτρό γάο οέ ποτέα κατά γώμωε του θύνωντα οί κληρονόμοι, μου τήν τουαύτην έναλλάσσειν γώμωε και έξέροθηάι σε. Sch. a. VI. 208. Οίτρο ηε έπέρταλέ τιν, τήθε τή όμντιό μου έός βούλει κέρηθηο και τός άνωτέρας, αύτοθό διατρας

mo solitamente dura tanto quanto il *precario dans* desidera, essendo sottoposto alla sua libera revocabilità. Si possono verificare casi in cui quest'ultima è, di fatto, attenuata dalla presenza di un termine (come nel *precarium ad tempus*)⁷² o in cui la concessione nella pratica dura a lungo, ma non si è potuto mai osservare il caso in cui è il precarista a decidere la durata del precario: tale eventualità è totalmente avulsa dal concetto stesso dell'istituto.

Poco importa, a questo punto, la questione che gli eredi possano richiedere la casa dopo la morte del *de cuius*, mutando la loro *voluntas* rispetto a quella di quest'ultimo: questo passo, che per nulla parla di precario, nulla ovviamente ci può dire sulla sua «successione».

Lascia stupiti la constatazione che diversi autori⁷³ abbiano sostenuto che si tratti di un esempio in cui si tratteggia una concessione *preario*, senza per nulla ammettere il problema della presenza di quel *quamdiu volueris, utaris* che definisce il quadro di una situazione giuridica del tutto differente: è probabile che essi abbiano interpretato il frammento in questo modo sulla scorta di illustri precedenti: la *Glossa*, in particolare Accursio⁷⁴, vedeva il fulcro del frammento nell'espressione *ex voluntate mea facere notum tibi facio*, senza considerare però che la *voluntas* del concedente consiste nel fatto che il concessionario tenga la casa quanto tempo il *precario dans* voglia.

Che, tuttavia, il problema fosse ben noto anche agli antichi commentatori si evince dalla nota del *Faber*⁷⁵, il quale si affrettava a correggere *volueris* in *voluerim* al fine di far «quadrare i conti», un'emendazione non riportata dalla *Silva* né da Grosso, ma assolutamente necessaria se si vuol far ricondurre il caso ad un precario⁷⁶. Infine, probabilmente sulla scorta

πίστας κωδής ένοικίου» τοτρό γάο κατά γώμωην έμην ποσειν σε διά ταύτης σημαινω σοι τής έπιστολής, και έτηρηθη, εί δυνατόα κληρονό μου τοθ έπιστελέκοντος κωλοσται τον τήν έπιστολήν δεξάμενον κερήθηθα ταύτη. Καί λέγει ό Σκαεβόλας δύνασθαι τους κληρονόμους τοθ έπιστελέκοντος έναλλά δεξα την περί τον δεξάμενον τήν έπιστολήν βούλησιν. Καί ό Παρμενιος γάο εις τό τοθ έπτογοσ θέλια ειρε ηή ένα κωθόγάν τήν τής διατης δωρεάν, αλλά διά τήν πρός τον δίδακκαλον διαγορήν έγράθηθα αύτην και μετά θάνατον τοθ δωροταμένου ούκ έστιν ούν τοτρό έναστω έκείνω. Heimbach 4 577. *Si ad te scripsero ut tu diaeta mea utaris quamdiu volueris id enim te ex mea voluntate facere: possunt heredes mei hanc mutare voluntatem et te expellere. non ergo hoc illi aduersatur*. Sch. 1: *Si ad te scripsero] Quidam ad aliquem talem epistolam scripsit: Hospitio illo meo quamdiu volueris utaris et superioribus eius diaetis nulla pensione soluta. id enim te ex mea voluntate facere hac epistula notum tibi facio. Et quæsitum est an heredes eius qui epistolam fecit eum qui hanc accepit prohibere possint quomvis ea utaris. Et Scaevola dicit heredes eius qui epistolam fecit posse mutare voluntatem erga eum qui epistolam accepit. Nam et Papianus in specie rhetoris respondit non esse metam donationem diaetae sed propter benevolentiam erga preceptorum etiam post mortem donatoris eam valere. Non ergo hoc illi aduersatur*.

⁷² P. Bivaschi, *Rivierre* cit. 157, 325 ss. ⁷³ V. Silva, *Precario con possesso* cit. 262; S. Broise, *Antimus domandi? Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna* I. *Parte generale* (Risa 1975) 85 ss.; C. García Vázquez, *Contribución* cit. 92.

⁷⁴ F. Accursius, in *Glossa De donationibus*, n. 33 1. *Lucius Titius*. ⁷⁵ A. Faber, *Coniecturarum iuris civilis libri XX* (Lugdunum 1596) 19 nn., 2-3, 51 ss. ⁷⁶ E. da Riportare, poi, lo strano commento del «consigliatore» Paolo De Castro: *Concesso ad usum in-*

della Glossa, anche Lenel inserisce il passo come l'unico della rubrica *De precario dei Libri responsorum*, influenzando così buona parte della dottrina seguente⁷⁷.

Ascoli⁷⁸ contestò però, tale assunto, affermando che trattavasi di un caso di donazione, interpretazione assai osteggiata soprattutto perché gli era stato contestato che era impossibile ricondurre a una donazione una situazione terminante con la morte del beneficiario.

Gli studi successivi, condotti prima da Michel⁷⁹ e poi da Slapnicar⁸⁰, hanno intravisto in questo passo un uso dell'espressione *gratuita habitatio* che adombrerebbe una figura giuridica autonoma, riconducibile, a loro avviso, alla categoria dei contratti reali, affine al comodato, ma tenuta distinta da esso da parte di alcuni giuristi romani di epoca classica; sostiene Michel: «Quand elle a lieu entre vifs, l'*habitatio gratuita* est un contrat gratuit, mais les juriconsultes classiques ont toujours hésité à l'assimiler purement et simplement au commodat»⁸¹ e Slapnicar asserisce: «Bei einem Vergleich des *commodatum* und der *habitatio gratuita* mit den anderen Typen römischen Realverträge, ergeben sich auch sonst keine Unstimmigkeiten. Die *habitatio gratuita* fügt sich vielmehr in diese inhaltlich auf Rückgabe gerichteten Verträge zwanglos ein. Ebenso wie *pignus, depositum* und *mutuum* erzeugen auch *commodatum* und *habitatio gratuita* eine *reddere*-Verpflichtung des Empfängerers»⁸². Ma tale classificazione della *gratuita habitatio inter vivos* come una sorta di contratto reale autonomo, oltre che confluire con il principio di tipicità contrattuale romana, non può che apparire francamente eccessiva dinanzi all'evidenza delle fonti, che non tradiscono al proposito nessun intento di categorizzazione dogmatica.

Un primo passo da prendere in considerazione per affrontare l'argomento si può reperire nelle *Istituzioni* di Gaio, nelle quali il *gratuita habitatio* viene accostato al colonato, alla locazione-conduzione, al deposito e al comodato, in quanto il possessore continua a possedere anche in questi casi attraverso la detenzione di un intermediario.

Gai 4.1.53. Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri *determinatum dicitur precarium non donatio: et transit ad heredes concedentis et potest per eos revocari*.

⁷⁷ G. Grosso, *Usufrutto* cit. 496 afferma senza dare ulteriori spiegazioni: «La concessione di abitazione ci è presentata talvolta per esempio come concessione di precario revocabile *ad nutum* del concedente». S. Broise, *'Arimus donandi? Coniectio romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna I. Parte generale* (Pisa 1975) 89 ss. e recentemente da C. García Vázquez, *Contribución* cit. 92. ⁷⁸ A. Ascoli, *Sulla legge Cincia*, in *BIDR.* 6 (1893) 199. ⁷⁹ J. Michel, *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et de ethnologie juridiques* (Bruxelles 1962) 51 ss. Prima di Michel, già G. Longo, *Negozii giuridici* cit. 137 aveva affermato che non si trattava di un caso di precario: «Di concessione a titolo precario non si fa esplicita menzione. Particolarmente trattasi di comodato». ⁸⁰ K. Slapnicar, *'Gratuita habitatio'* *Uremigeličeski Wohen nach römischen und geltendem Recht* (Berlin 1981) 43 ss. Sull'opera di Slapnicar cfr. la recensione di K. Misera, in *ZSS.* 101 (1984) 402 ss. ⁸¹ J. Michel, *Gratuité* cit. 55. ⁸² K. Slapnicar, *'Gratuita habitatio'* cit. 44.

subjectus non sit, qualis est colonus et inguilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitacionem praestiterimus ipsi possidere videmur.

Gaio non spiega che cosa intenda per *gratuita habitatio*, tuttavia, come afferma García Vázquez⁸³, la distingue dal comodato: «por otra parte en las Instrucciones gayanas, su autor se había limitado a firmar que se poseía a través de aquella persona a la que se le había entregado la *habitatio* de una manera gratuita sin definir ni clasificar la situación planteada».

In altro luogo la *gratuita habitatio* viene considerata proprio come riconducibile al comodato, forse perché sembra perfezionarsi con la consegna della cosa (in questo caso gli spazi abitativi).

Ad esempio, in D. 13.6.1.1, Ulpiano riporta l'opinione di Viviano, giurista vissuto nel periodo oscillante tra la fine del I secolo d.C. e i primi decenni del II⁸⁴, il quale, non solo accettava, ma anche ampliava la concezione di comodato di Cassio, che riteneva possibile oggetto di comodato anche le *res soli*. Viviano pensava, dunque, che potesse esservi un vero e proprio comodato avente ad oggetto una *habitatio*⁸⁵:

⁸³ C. García Vázquez, *Contribución* cit. 93. K. Slapnicar, *'Gratuita habitatio'* cit. 45 nota invece: «Es fällt auf daß Gaius das *gratuita habitatio* neben dem *commodatum* besonders erwähnt. Zu weit gieng es aber daraus zu schließen zwischen beiden bestehenden grundlegende Unterschiede. Diese Bedeutung läßt sich der Quelle nicht beilegen werden doch auch Mieter und Pächter nebeneinander genannt obwohl beide *condutores* sind. Gaius ging es in seinen zu Lehrzwecken verfaßten Institutionen bei der Darstellung des Besitzes wahrscheinlich nur darum möglichst plastische Beispiele für die nicht besitzenden Detentoren zu liefern». ⁸⁴ Secondo O. Lenel, *Pal. II. Vivianus*, col. 1225 ss. Viviano potrebbe essere vissuto sotto l'impero di Traiano; G. Scherillo, s.v. «Comodato», in *ED. VII* (Milano 1960) 981 ss. = in *Scritti giuridici II/2. Studi di diritto romano* (Milano 1995) 465 ss. A pagina 471 nt. 47 Scherillo afferma: «Il Viviano non menzionato in questi testi cita Sabino Cassio e Proculo e appar citato da Celso e da Pomponio: va quindi collocato nella seconda metà del I secolo d.C.». P. Zannini, *Spunti critici per una storia del 'commodatum'* (Milano 1983) 79 nt.: «non sembra potersi ragionevolmente collocare oltre la seconda metà di questo secolo [I] I d.C. n.d.a.». C. Ferrini, *Viviano*, in *Opere II* (Milano 1929) 74 era propenso a credere ad una scarsa creatività del pensiero del giuriconsulto: «L'opera quindi di Viviano fu cercata e letta piuttosto per i *responso* in essa diligentemente raccolti e addotti che non per le idee proprie dell'autore e s'intende benissimo come più di sovente si citi Viviano per attestare quello che *refert* che non quello che *dicit* o *scribit*». Non è questo, tuttavia, il caso di D. 13.6.6.1 e di D. 19.1.17 pr., ove, tra l'altro, il verbo usato è *ait* e ove a mio avviso si avverte non solo un pensiero originale in Viviano ma addirittura profondamente innovativo. M. Abellán Velasco, *Viviano y la 'castratio puerorum'* (a proposito de D. 9.2.27.28), in *AHDE.* 52 (1982) 739 s.; F. Stizza, *D.* 13.6.1.1 e D. 19.5.17 pr.: un caso tipico di 'duplex interpretatio' in tema di diritto di abitazione, in *Studi C. Santilippo II* (Milano 1982) 583 ss.; P. Cerami, *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti odierni*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor Murgu Gener* (Madrid 1994) 301 ss. [ora in *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche* (Palermo 1995) 283 ss.]; C. Russo Ruggieri, *Viviano giurista minore* (Milano 1997) 136 ss. ⁸⁵ G. Scherillo, *Comodato* cit. 471; F. Pastori, *Il comodato in diritto romano* (Milano 1995) 51 ss. ritiene che l'am-

D. 13.6.1.1 (Ulp. 28 *ad edictum*). Huius edicti interpretatio non est difficilis: unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Pacunius utendi fecit mentionem. Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendum dari etiam soli, sed ut appareat, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.

Il passo è andato, nella sostanza, esente dal sospetto di interpolazione. Zannini sostiene, in merito, che «mentre un giuriconsulto come Labeo riteneva il *commodatum* applicabile soltanto ai beni mobili, e perciò una semplice *species* del *genus* più ampio rappresentato dall'*utendum datum*, solamente con Cassio Longino si sarebbe venuta affermando l'opinione — sviluppata poi da Viviano e condivisa da colui *qui edictum concepit* — che il *commodare* comprendesse in sé anche le *res soli* oltre alle cose mobili»⁸⁶. Ora, direi che, mentre è evidente che sia stata comunemente accolta l'opinione di Cassio che allargava la tutela alle *res soli*, e, a riprova di questo, si può considerare il *sed ut appareat proprie*, Ulpiano si limita solo a riportare l'opinione di Viviano senza sblanciarci in merito a essa e, soprattutto, senza lasciare intendere un ampliamento «ufficiale» della fattispecie dell'*habitatio*.

In effetti, l'opinione di Viviano dovette essere oggetto di contrasto giurisprudenziale e ciò è provato dal fatto che a livello di tutela proces-

missione dell'*habitatio* tra ciò che è possibile concedere in comodato sia «l'ultimo stadio» dell'elaborazione giurisprudenziale: «Viviano ... si pronunciò nel senso di ammettere la possibilità di addiventare ad un comodato di *habitatio* che comporta un uso complesso tale da investire la destinazione giuridica della cosa in contrasto con la funzione più limitata cui il comodato adempie. Questa elaborazione giurisprudenziale non avviene certo senza contrasti come appare in D. 13.6.1 § 1 e da D. 19.5.17 pr. nei quali è fatta menzione dei dubbi cui non andava esente l'accoglimento dell'opinione di Viviano. Le riserve giurisprudenziali circa la legittimità di un comodato di *habitatio* sono una conferma della circostanza che il comodato adempiva ad una funzione conforme allo scopo particolare che lo giustificava, in quanto l'opinione di Viviano incontrò difficoltà per la sua ammissione proprio perché sembrava contrastare a tale regola. Ma, a ben guardare, l'opinione di Viviano si manifesta come l'ultimo stadio di una elaborazione giurisprudenziale tesa alla identificazione dell'oggetto del comodato e dell'uso ad esso consentito». Tuttavia, tale «ultimo stadio» non fu affatto unanimemente accolto come dimostra il fatto che un secolo o più di un secolo dopo Ulpiano è ancora scettico rispetto all'opinione di Viviano. Sul frammento, in primo luogo, P. Zannini, *Spuitt critica* cit. 70 ss. (con ampia lett.); cfr. anche K. Misera, *Gebrauchsbesitz und Schenkungsrecht unter Eleageten*, in *Index 3* (1972) 417 n.r.; R. Evans-Jones, *The Action of the Tutela Tablar 'ex causa depositi'*, in *Labo 34* (1988) 206; R. Robay, *Le prêt d'usage est-il un contrat de bonne foi en droit romain classique?*, in *RIDA 36* (1989) 384 n.r.; segnaliamo inoltre specificamente sul problema del comodato di *habitatio*: F. Glück, *Commentario alle Pandette XIII* cit. 226 ss.; C. Ferrini, *Storia*, in *Opere III* cit. 127 ss.; G. Cicogna, *Ancora sull'uso del comodato*, in *BIDR 19* (1907) 248 ss.; N. Scapini, *'Usus domus'* cit. 73 ss.

⁸⁶ P. Zannini, *Spuitt critica* cit. 73.

suale, non sarebbe stata unanimemente applicata l'*actio commodati*. Il problema, tuttavia, si sarebbe posto⁸⁷, prova ne è l'opinione in merito di Viviano stesso, in piena conformità con l'altra appena menzionata: egli avrebbe risolto il dubbio ritenendo che dovesse concedersi l'azione di comodato. Ulpiano che, anche in questo caso, ne riporta il parere, afferma di preferire l'*actio praescriptis verbis* poiché evidentemente non considera pacifico l'inquadramento dogmatico dell'istituto come forma di comodato e quindi ritiene più prudente il ricorso all'*actio praescriptis verbis* per proteggere l'interesse del beneficiante.

D. 19.5.17 pr. (Ulp. 28 *ad edictum*). Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere⁸⁸.

Il punto di vista dei giuristi romani partiva normalmente dalla tutelabilità delle situazioni giuridiche dal punto di vista processuale: lo scopo era la difesa dell'interesse lesso, quindi nella pratica la miglior linea strategica, quella che offriva le maggiori possibilità di vittoria nel processo. Qui, ad esempio, con un criterio che si avvicina, pur avendo portata più generale, a quello di Papiniano per il caso di Nicostrato (D. 39.5.27), che tra poco analizzeremo, Ulpiano si ritiene in dovere di esprimere un'opinione che offra le maggiori garanzie all'attore: *sed est tutius praescriptis verbis agere*⁸⁹.

⁸⁷ J. Michel, *Gratuité* cit. 52: «L'*habitatio gratuita* n'est pas sanctionnée par une action qui lui soit propre. Si le bénéficiaire comment quelque abus particulièrement pénétrant la durée du contrat comment le concedent pourra-t-il agir contre lui? Vivien s'est prononcé pour l'action du commodat surmontant les scrupules de ses prédécesseurs (D. 19.5.17 pr. et 13.6.1 [1]) mais Ulpian préfère penser à l'action *praescriptis verbis*». ⁸⁸ C. García Vázquez, *Contribución* cit. 91. ⁸⁹ C. García Vázquez, *Contribución* cit. 92, ritiene che la menzione dell'*actio praescriptis verbis* sia di matrice giustiniana. È possibile tuttavia che l'impianto logico del passo e le sue conclusioni possano essere attribuite ad Ulpiano: negli ultimi decenni infatti la più parte degli studiosi, ma con interpretazioni a volte anche molto diverse tra loro, si è aperta alla possibilità di un *agere praescriptis verbis* di epoca classica: citiamo solo M. Kaser, *Formeln mit 'intento incerta actio ex stipulatu und conditio'*, in *Labo 22* (1976) 7 ss.; R. Santoro, *'Actio civilis in factum actio praescriptis verbis e praescriptio'*, in *Studi in onore di Sanfilippo IV* (Milano 1983) 681 ss.; R. Santoro, *Aspetti formali della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto Romano. Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci (Napoli 1991) 83 ss.; C.A. Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale ARI-STEC, Palermo 7-8 giugno 1995*, a cura di L. Vacca (Torino 1997) 43 ss.; per uno sguardo sull'abbondante letteratura e i diversi orientamenti D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano* (Padova 1999) n. 45, 58 s.; L. Pellecchi, *La 'praescriptio'*. Processo diritto sostanziale modelli epistemi (Padova 2003) 230 ss.; T. Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica* (Padova 2004) 178 ss. e spt. n. 325-8. Ritorna alla tradizionale idea per cui l'*actio praescriptis verbis* risalga all'epoca giustiniana recentemente M. Sargenti, *'Actio civilis in factum' e 'actio pra-*

Evidentemente la proposizione dell'*actio commodati* in caso di *gratuita habitatio* non offriva la sicurezza dell'accoglimento: la giurisprudenza (nel senso moderno del termine) non s'era stabilizzata in questo senso. Probabilmente il concetto stesso di *gratuita habitatio* non poteva ricomporsi in tutti i casi al comodato, ma si poneva tra le realtà fluttuanti nel *mare magnum dei beneficia*.

Tuttavia Ulpiano, così come gli altri giuristi che propongono vie d'azione per la restituzione della *habilitatio* concessa gratuitamente, considerano necessario e dettato dal criterio dell'*aequitas*, proteggere l'interesse del beneficiario e dei suoi eredi. Una logica assai simile, ad esempio, avrebbe spinto lo stesso Ulpiano a considerare che la *naturalis aequitas* fosse il motivo per cui veniva concessa l'*actio praescriptis verbis*, oltre all'interdetto specifico, in caso di precario:

D. 43.26.2.2 (Ulp. 71 *ad edictum*). Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur⁹⁰.

5. A fornire ulteriori difficoltà di carattere classificatorio interviene, inoltre, un frammento di Pomponio, D. 39.5.9, il quale definisce il *gratuitus habitare* esplicitamente come una *donatio*:

D. 39.5.9 pr. (Pomp. 33 *ad Sabinum*). In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur, qui habitare, quod mercedem pro habitazione non solvit, potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo ne paciscar ante certum tempus ab eo petam.

Michel risolveva il problema del contrasto tra una *gratuita habitatio* simile al comodato, e una *donatio*, ritenendosi costretto ad ipotizzare che esistesse una forma di *gratuita habitatio*, differente da quella assimilabile ai diritti reali, consistente in una donazione intesa come atto irrevocabile⁹¹,

scriptis verbis, in SDHI. 72 (2006) 229 ss. Le nostre conclusioni non mutano comunque sia che Ulpiano già parlasse di *actio praescriptis verbis*, sia che si riferisse ad una *actio inerti* o addirittura a un'*actio in factum*.

⁹⁰ Per la letteratura riguardante questo passo e i pesanti sospetti di interpolazione che si erano su di esso appuntati v. P. Biavaschi, *Récherche* cit. 312 ss. ⁹¹ Sulla base del seguente frammento ulpiano che mette in luce proprio la differenza con il precario: D. 43.26.1.2 (Ulp. 1 *Institutionum*). *Et distat a donatione eo quod qui donat sic dat ne recipiat ut qui precario concedit sic dat quasi tunc recepturus cum sibi libenter precarium solvere*. Giuliano poi ritiene propriamente donazioni quelle irrevocabili: D. 39.5.1 pr. (Ulp. 17 *digestorum*). ... *dat aliquis ea mente ut statim veluti accipientis fieri nec alio casu ad se revertit et propter nullam aliam causam facti quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur* ...

Slapnicar⁹², invece, trovava inspiegabile il fatto che Pomponio facesse ritenere la *gratuita habitatio* tra le donazioni.

Credo, tuttavia, che si potrebbe avanzare la congettura per cui, in questo contesto, il termine *donatio* — che come ben noto non era considerata in epoca classica una figura negoziale tipica⁹³ — sia usato dal giurista come descrizione dell'atto di liberalità che viene compiuto dal concedente consegnando gratis la propria abitazione al concessionario: *id enim ipsum capere videtur qui habitare, quod mercedem pro habitazione non solvit*.

Il testo chiarisce che oggetto della *donatio* non è la dimora stessa, bensì l'*habitatio gratis*, senza pagare la *merces*⁹⁴. Il dono consiste nella remissione della *merces* stessa per il lasso di tempo scelto dal beneficiario: che questo fosse ciò che Pomponio intendeva si comprende dal prosieguo del testo, nel quale il giurista sostiene che, anche il non esigere il pagamento di un debito per un certo periodo di tempo⁹⁵, rappresenta una *donatio*.

Il parallelismo effettuato da Pomponio è chiaro: così come è *donatio* la dilazione nel tempo di un credito indipendentemente dalla donazione del *corpus* stesso, nello stesso modo è donazione l'uso gratuito di *aedes* che non abbia nulla a che fare con la donazione della casa stessa. Quindi, in pratica, ogni *merces* non pagata potrebbe essere considerata in sé una *donatio* irrevocabile: l'accento nella situazione è posto sulla gratuità dell'uso più che sulla durata della concessione⁹⁶.

A questo frammento può collegarsi idealmente D. 43.26.15.1 (tra l'altro entrambi i frammenti appartengono al commentario *Ad Sabinum*): mentre quest'ultimo chiarisce, come abbiamo visto, che gli *hospites* e coloro che abitano una casa gratis, *non intelleguntur precario habitare*, D. 39.5.9 pr. mette in evidenza, invece, la differenza rispetto alla locazione condudone dovuta al fatto che nella *gratuita habitatio* non viene pagata una *merces*.

Altro passo notevole in questo senso, ove la *gratuita habitatio* in una dimora concessa dal marito alla moglie o viceversa, è definita *donatio*, è D. 24.1.18.

⁹² K. Slapnicar, 'Gratuit habitare' cit. 81: «Damit steht zwar fest daß sowohl sad *commodatum* als auch die *habilitatio gratuita* nicht zugleich Schenkungen sin. Um so mehr bleibe unklar was Pomponius veranlaßt haben könnte das *habitare gratis* zweimal in Verbindung mit Regeln zu erörtern die nur für Schenkungen gelten». ⁹³ V'era invece in tale periodo una congettura di *causae donationis*. G. G. Archi, s.v. «Donazione», in ED. XIII (Milano 1964) 931: «Il *donare*, che pur è collocato nell'ambito della paritonalità, si caratterizza soprattutto per l'accentuazione del rilievo soggettivo della *gratuitas*». ⁹⁴ R. Fiori, *La definizione della locatio conductio*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica* (Napoli 1999) 280, afferma che Pomponio, più che mettere in evidenza la distinzione tra la *donatio* e la *locatio-conductio* (come invece avviene in Paolo D. 19.2.20.1 e soprattutto in Ulpiano D. 19.2.46), vuole in questo passo definire il *gratuitus habitare*. ⁹⁵ G. G. Archi, *Donazione* cit. 938: «Come si poteva mediante *acceptatio* rimettere un debito *donationis causa*, così tutto questo si poteva raggiungere tra le parti mediante *pacium de non petendo* avvene naturalmente la normale efficacia *oper exceptionis* (cfr. D. 39.5.9)». ⁹⁶ Cfr. G. G. Archi, *Donazione* cit. 939.

D. 24.1.18 (Pomp. 4 *ex uariis lectionibus*). Si vir uxoris aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit vel in aedibus eius gratis habitaverit, valeret donatio.

Il frammento, ascrivibile a Pomponio come il precedente, apparirebbe a prima vista avere una certa similitudine con quello: infatti laddove in D. 39.5.9 si afferma *in aedibus alienis habitare gratis donatio videtur*, in D. 24.1.18 si dice *si... in aedibus eius gratis habitaverit, valet donatio*. Tuttavia, mi sentirei di essere piuttosto cauta in merito poiché, a ben vedere, le fattispecie adombrano situazioni tra loro differenti. Non per nulla, se D. 39.5.9 è andato esente dal sospetto di interpolazioni, al contrario D. 24.1.18 è stato considerato spurio nella sua parte finale, non tanto per incongruenze di tipo formale (anche se l'*eius* ha dato vita ad alcuni sospetti)⁹⁷, ma per la soluzione *valet donatio*.

Il passo, posto all'interno del titolo *De donationibus inter virum et uxorem* afferma che l'utilizzo gratuito di servi, di abiti o dell'abitazione dà luogo ad una donazione *si, ma valida tra i coniugi*. Ora diverse sono state le soluzioni offerte dai vari autori: Pothier⁹⁸ riteneva che l'uso «momentaneo» di una cosa tra coniugi era permessa poiché il donatario non si arricchiva né il donante si impoveriva, spiegazione ripresa recentemente dalla Evans Grubbs⁹⁹ che afferma «some types of gift between spouses were allowed, even during marriage, particularly if the gift had not actually enriched the other spouse materially». Glück¹⁰⁰, invece, riteneva questa concessione una donazione valida dal momento che era considerata come «giuridicamente necessaria, perché serviva a mantenere agiatamente la moglie».

Il problema alla base di queste riflessioni, infatti, era semplice: se l'uso di tali cose da parte del coniuge cui era stato concesso era una donazione, come asserisce il passo, per quale ragione essa non ricadeva sotto il divieto di donazione tra i coniugi? Gli autori che abbiamo finora citato cercano una soluzione che conduca a «salvare» il pensiero di Pomponio, definendo questi casi come una sorta di «eccezioni» dovute alle caratteristiche intrinseche della concessione.

Altri autori¹⁰¹, invece, considerano compilatorio il finale *valet donatio*, sostituendolo con il concetto opposto *non est donatio*, sulla scorta del principio classico (espresso in *Ulpic. Frag. 269*) *quod utendum datum est non esse donatum*. In epoca giustiniana, con l'ampliarsi del concetto di donazione ad ogni atto di liberalità, il caso in oggetto sarebbe stato considerato una valida donatio.

⁹⁷ P. Koschaker, *Unterhalt* cit. 17 nt. e l. Anu, *Le donazioni* cit. 107 ss. ⁹⁸ R.G. Pothier, *Le Pandette di Giustiniano* II (Venezia 1841) 1157. ⁹⁹ J. Evans Grubbs, *Women and the Law in the Roman Empire. A Sourcebook on Marriage Divorce and Widowhood* (London-New York 2002). L'autrice cita anche Ulpiano D. 24.1.21; Paolo D. 24.1.28.2 e Pomponio D. 24.1.31.8 cui S. Broise, *Animus donandi* cit. 106, aggiunge Pomponio D. 21.1.31.1. ¹⁰⁰ F. Glück, *Commentario alle Pandette XXIV* (Milano 1889) 63. ¹⁰¹ P. Koschaker, *Unterhalt* cit. 17 nt. e l. Anu, *Le donazioni* cit. 107 ss.

García Garrido, tuttavia, pur considerando il passo accorciato e modificato dai Compilatori, ritiene classico il concetto di fondo per cui la *habitatio gratuita* poteva validamente venir concessa al coniuge¹⁰²; a riprova di ciò vi sarebbe, in primo luogo, un altro frammento che cita esplicitamente Pomponio, D. 7.8.4.1¹⁰³, nel quale si dice che già dal tempo di Quinto Mucio l'abitare da parte della moglie o del marito in casa dell'altro coniuge era consentito.

V'è anche chi propone qui «un senso più ampio di quello giuridico» per *donatio*, poiché in questo caso il beneficio non dipenderebbe da un atto di gratuità fine a se stesso, ma dall'affetto reciproco tra i coniugi¹⁰⁴.

A mio avviso, in primo luogo, non si può ricondurre in alcun modo questo tipo di *habitatio* a una qualsiasi forma contrattuale (come, ad esempio, al comodato): la concessione deriva dalla semplice volontà di un coniuge di lasciar abitare l'altro gratuitamente in una dimora; non v'è neppure un accento alla remissione della *merces*, in realtà impensabile tra coniugi. Il frammento indica tale permesso d'uso come una *donatio* poiché il termine è qui inteso, a mio parere, come *beneficium*, come atto di mera liberalità: se si ritiene che un concetto così ampio di *donatio* possa essere solamente ascrivibile al pensiero giustiniano, allora è evidente che è necessario considerare il frammento rimaneggiato (ma nel modo che intende García Garrido¹⁰⁵); se, invece, si accetta la possibilità che anche Pomponio (forse anche un po' influenzato dal suo stesso concetto generale espresso in D. 39.5.9) abbia potuto usare il termine *donatio* in modo più esteso, allora, anche senza definirlo addirittura un «vulgärer» Schenkungsbe-griff¹⁰⁶, si può ricondurre il testo direttamente alla mano del giurista.

La brevità del passo, estrapolato da un contesto più ampio ed articolato, e forse quanto meno accorciato, ci induce comunque alla prudenza nella sua valutazione.

6. Uno dei motivi dell'equivoco per cui Scevola D. 39.5.32 presenterebbe un caso di precatò, dipende dall'apparente contraddittorietà con la soluzione di Papiniano D. 39.5.27¹⁰⁷; in questo frammento tratto dai *Li-*

¹⁰² M. García Garrido, 'Ius uxorium'. *El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano* (Roma-Madrid 1958) 86 ss. e soprattutto 88 e nt. 33. ¹⁰³ D. 7.8.4.1 (Pomp. 17 *ad Sabinium*). *Mulieri autem si usus relictus sit posse eam et cum marito habitare* Quintus Mucius primus admisit ne ei matrimonium carendum foret cum uti vult domo. nani per contrarium quin uxor cum marito possit habitare nec fuit dubitatum. quid ergo si viduae legitis sit an nuptiis contractis possit constitutum usum mulier habitare cum marito possit? et est verum ut et Pomponius libro quinto et Papinianus libro nono decimo questionum probat posse eam cum viro et postea nubentem habitare. Cfr. Pomponio D. 23.2.5 e Scevola D. 24.1.63 pr. ¹⁰⁴ S. Broise, *Animus donandi* cit. 107. ¹⁰⁵ M. García Garrido, 'Ius uxorium' cit. 86 ss. ¹⁰⁶ K. Misera, *Rec. Sappincaer*, 'Gratis habitare' cit. 406: «Ob sich Pomponius selbst eines vulgären Schenkungsbegriffs bedient hat oder ob hier ein verwässertes nachklassischer Schenkungsbe-griff die Aussage des Pomponius überlagert hat ist eine offene Frage».

¹⁰⁷ Vasta la letteratura che si è occupata di questo frammento e che lo considera interpolato. *Index interp. ad h. l. e lert.* citata da S. Broise, *Animus donandi* cit. 84 ss.

brī quaestionum, si fa il resoconto di un caso giuridico di estremo interesse che dovette avere una certa risonanza all'epoca dei fatti:

D. 39.5.27 (Pap. 29 *quaestionum*). Aquilius Regulus invenis ad Nicostratum rhetorem ita scriptis: «quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti» defuncto Regulo controversiam habitations patrebatur Nicostratus et cum de ea mecum contrulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistrī quadam mercede remuneratum Regulam ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. quod si expulso Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit.

Aquilio Regolo, in giovane età, aveva stabilito di lasciare la *gratuita habitatio* della sua casa al proprio maestro, il retore Nicostrato¹⁰⁸. Quest'ultimo, morto Aquilio, si rivolse a Papiniano per chiedergli un *responsum*, nel timore che gli eredi del suo allievo lo privassero dell'abitazione. Il giurista risolse il caso nel modo seguente: Aquilio Regolo non aveva consegnato la casa al suo maestro per spirito di mera liberalità (*donatio*), bensì per ricompensarlo dell'attività prestata; per tale ragione il «debito» permase in capo agli eredi contro i quali potrà essere esperto l'interdetto solitamente concesso all'usufruttuario (*unde vi*). Papiniano giunge quindi alla conclusione che il caso presentato non sia una *gratuita habitatio* (perché altrimenti si sarebbe avuta la soluzione presentata da Scevola in D. 39.5.32).

Il motivo per cui il giurista tardoclassico addivene a tale decisione è evidente: egli vuole trovare una scappatoia per agevolare Nicostrato; quindi Papiniano riconduce la fattispecie ad una forma di abitazione non gratuita, ma derivante da un rapporto assimilabile a un debito: «Papinian considere donc qu'en assurant le logement de Nicostrate, Régulus ne fait que s'acquiescer de la dette qu'il a contractée à son égard et qu'il trasmet à ses héritiers»¹⁰⁹. Meglio sarebbe dire che si tratterebbe di un corrispettivo per le *operae liberales* rese.

A mio parere, Michel¹¹⁰ ritiene giustamente che Papiniano abbia forzato la mano per ottenere il risultato voluto, ossia una linea di giustificazione per il reintegro di Nicostrato nella dimora, nel caso egli ne fosse al-

Già Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano* (Roma 1988) 822 n. riteneva che fosse genuino: «Quest'ultimo [D. 39.5.27] è un testo celebre che la critica moderna senza convincenti ragioni sostiene essere interpolato».

¹⁰⁸ Su Nicostratus S.E. Diehl, in *PWRE*. XVII (Stuttgart 1936) 571 ss. ¹⁰⁹ J. Michel, *Gratuité* cit. 54. Infatti non si tratterebbe di una donazione bensì come già aveva notato J. Cujacius, *Observationum et emendationum libri XXVIII*. 21, 37 in *Opera III* (Neapoli 1722) 589 A di quasi merces. ¹¹⁰ J. Michel, *Gratuité* cit. 54: «Certe analyse n'a d'autre but que de permettre à Nicostrate de continuer à jouir sa vie durant du logement qu'il a reçu du vivant de Régulus. C'est à la fois le son sens et le souci de l'équité qui inspirent ici Papinian».

lontanato dagli eredi di Aquilio Regolo. Significativo il fatto che il giurista tardoclassico proponga, tuttavia, il ricorso all'interdetto concesso all'*usufructuarius*: quindi non un'*actio conducti*¹¹¹, le cui basi probatorie sarebbero abbastanza incerte, bensì una tutela simile a quella del *fructuarius* spoposato.

Letto in questa chiave, D. 39.5.27 non sembra più antiretico¹¹² a D. 39.5.32 e quest'ultimo può ricondursi a una *gratuita habitatio*, sfatando così la convinzione che esso abbia qualcosa a che fare con una concessione a precario.

7. Per ritornare al nodo iniziale della nostra trattazione, giungiamo, infine, all'ultima testimonianza di questo sempre più sfuggente «precarato di *habitatio*»: C. 8.9.2.

C. 8.9.2. IMPR. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. FABRICIO. Habitanis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri contra eos interdicto proposito manifeste declaratur. s.k. DEC. SIRMI AA.CONSS. (a. 293).

Il testo, molto breve, posto sotto la rubrica del Codice Giustiniano *De precario et de Sabiano interdicto*, è stato oggetto di pesanti critiche. Bonfante¹¹³ riteneva spurio il riferimento all'interdetto¹¹⁴ a meno che non si trattasse dell'*unde vi*; Giannetto Longo¹¹⁵ lo considerava mutilo del suo originario tenore e negava addirittura che vi si parlasse di precario. L'osservazione di quest'ultimo appare francamente priva di ogni fondamento: la costituzione parla certamente di precario, ma, in ogni caso, a

¹¹¹ Anche se nota R. Fiori, *La definizione* cit. 280 «il termine di riferimento del giurista è evidentemente un rapporto almeno simile alla *locatio conductio*». ¹¹² E tale non sembrava neppure a *Scholium* 1 a B. 47.1.31 (= D. 39.5.32) Scheltema B. 7.2765. V. *infra* n. 59. Anche N. Benke, *Exemplum contra legem*, in *TR*. 57 (1989) 296 s.: alla n. 169 N. Benke sostiene a nostro avviso a ragione: «Scaevola betrachtet das Angebot *quandiam volentis utaris* als ganz persönliche Gefälligkeit des Lucius Titus den Erben erwächst daraus keine Bindung». ¹¹³ P. Bonfante, *Corso di diritto romano VI. Le successioni* (Milano rist. 1974) 171 s.: «Quanto al testo di Diocleziano, esso non menziona la specie dell'interdetto e soltanto nel diritto giustiniano della rubrica del titolo dobbiamo intendere che è l'interdetto *quod precario*; il testo quindi potrebbe esser genuino e riferirsi all'interdetto *unde vi* ma può essere anche stata soppressa la menzione di questo interdetto o interpolato l'inciso *contra eos interdicto proposito*». ¹¹⁴ Al contrario P. De Francisci, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *RIDA*. 3 (1950) 333 ha ritenuto il riferimento all'interdetto originario. ¹¹⁵ G. Longo, *Negozii giuridici* cit. 136 s.: «Nego che CI. 8.9.2 alluda a un precario. Testo mutilo del suo originario tenore per l'interpolazione che vi ha preso il posto (*contra ... proposito*) esso dichiara solamente che gli eredi di chi provvisoriamente aveva l'uso di un *habitaculum* non potevano recalcitrare di fronte alla richiesta di restituzione dell'immobile. La cancelleria diocleziana non vede assolutamente un rapporto di precario nel caso posto in esame; decide perciò ... non *intelleguntur precario habitare*; e difetta ogni relativa tutela. Che qui si ipotizzasse un precario di uso è pura fantasia». Come Longo sia giunto a queste perentorie conclusioni non è dato sapere.

parte il fatto che la costituzione risale all'ultimo scorcio del III secolo e, quindi, fiorisce dall'epoca classica, è evidente che il testo è stato assai ridotto e che è ora avulso dal suo contesto originario.

La menzione dell'*habitus precario* non si può escludere sia dovuta al fatto che subito dopo si cita l'*habituarium*, creando una forte allitterazione, probabilmente gradita all'elegante cancelleria imperiale e che potrebbe non avere origine dalla volontà di distinguere in modo tecnico questo tipo di precario da quello di natura possessoria. In effetti non abbiamo idea se, al tempo di Diocleziano, il precario non fosse già diventato quasi sempre una detenzione. Lo stesso Levy¹⁶, che pur considera questa costituzione come l'ultima testimonianza, insieme alle *Pauli Sententiae*, di *precarium* classico, ammette anch'egli che essa sia stata fortemente condensata da Giustiniano (la perdita è aggravata dal fatto che la costituzione non si trova, purtroppo, in nessuna forma, nel Codice Teodosiano).

La fonte, tarda e mutila, non appare, così, avere molta attendibilità come esempio di precario di *habituatio*, ma, anche se ne parlasse effettivamente, dimostrerebbe solamente che, in epoca postclassica, forse sotto l'influenza dell'istituto del comodato, cui il precario era sempre più prossimo, sarebbe esistita una sorta di parallelo all'*in fundo morari* (utilizzato per i fondi rustici e, come abbiamo visto, avente contenuto specifico), un tipo di precario di cui, prima, non v'è prova si sia sentita l'esigenza, anche a causa della larga disponibilità di modalità per permettere di abitare gratuitamente in una dimora senza concederne il possesso.

8. Tra *precarium*, *habituatio*, *gratuita habitatio*, *donatio*, *usus*, *morari in fundo*, la tentazione è quella di creare un modello interpretativo per giustificare l'apparente disordine, ma risulta presto chiaro dall'analisi delle fonti che il modello di ordine offerto dalla scienza giuridica moderna non corrisponde a quello proprio dei Romani. Quest'ultimo, assai spesso, lungi dal voler offrire definizioni di carattere dogmatico, propone soluzioni pertinenti nello specifico a casi concreti, riconducendo talune situazioni che si trovavano ai margini tra diversi istituti o, talvolta, come nel nostro caso, addirittura ai margini tra il giuridico e l'extragiuridico, a ciò che può essere in linea con il principio dell'*aequitas* o, in modo meno idealistico, alle necessità di trarre d'impiccio chi si è rivolto a chiedere al giurista un *responsum*, come avviene in Papiniano D. 39.5.27.

Cercare, ad esempio, di ricondurre l'espressione *gratuita habitatio* a un istituto autonomo, risulta impresa impossibile e si rivela essere un errore approccio esegetico: essa sembra, infatti, sfuggire tra le dita dell'interprete ogni volta che egli cerchi di definirla dogmaticamente; si sottrae all'essere configurata come istituto autonomo caratterizzato da elementi

¹⁶ E. Levy, *Vom römischen 'Precarium'* cit. 3. n. 9 contestando l'ipotesi di Bonfante (v. n. 65): «Bestimmter zu reden verbietet die starke Kondensierung die der Erlaß bei Justinian erfahren hat. Immerhin ist es wenig wahrscheinlich daß erst dieser Kaiser das *interdictum* hineingbracht oder auf das i. de *precario* bezogen haben sollte».

fissi e immutabili e non può essere completamente ricondotta nell'alveo di altre figure giuridiche.

Essa non è diritto reale poiché il concessionario non può godere delle prerogative e neppure delle azioni concesse al titolare di *usus* o di *usufructus*, non è locazione poiché non è prevista una *merces*, non è comodato poiché non adombra un rapporto contrattuale e non si fonda su un accordo tra le due parti (per cui il tentativo di omologazione proposto da Viviano non ebbe fortuna), non è precario perché manca completamente l'elemento delle *preces*; presenta sì caratteri simili alla donazione, ma si tratta di un avviamento *lato sensu* poiché l'uso della *domus* non ha intrinsecamente i tratti della definitività, e per questa ragione la concessione è valida anche tra i coniugi.

L'unica conclusione comune a tutti i casi analizzati di *gratuita habitatio* è la presenza costante della caratteristica della *gratuita*, la sua natura di concessione unilaterale, di atto di liberalità¹⁷, di uso concesso per amicitia, per riconoscenza o per prossimità.

Le stesse difficoltà si ritrovano nel tentativo di classificare il precario, le numerose volte in cui, come nel caso del cosiddetto «precario di detenzione» (ma si tratta di un'altra categorizzazione moderna), esso viene presentato dai giuristi classici in modo ben diverso da come viene descritto quando si è cercato di «intrappolarne» in modo rigido i caratteri.

Ed è proprio grazie a tale fluidità che si crea lo spazio per l'evoluzione e la trasformazione degli istituti, tanto che non vi è allora da stupirsi del fatto che, con il trascorrere dei secoli, il precario, ad esempio, abbia assunto caratteristiche apparentemente quasi antitetiche a quello originario: il motivo è che tali caratteristiche erano già presenti, in modo latente, al di sotto del profilo istituzionale del *precarium*. Così avvenne per il precario in cui veniva concessa solamente la detenzione, come nel caso dell'*in fundo morari*, riguardo al quale era possibile, in caso di mancata restituzione della cosa, esperire da parte del *precario dans* solamente l'*interdicto quod precario*, ma non era lecito spogliare, avvalendosi della *exceptio vitioxae possessionis*, il precarista di un possesso di cui evidentemente questi non godeva: tale forma di precario, grazie a una trasformazione dell'istituto che lo condusse a omologarsi sempre più a un rapporto contrattuale, ma, soprattutto e definitivamente, grazie alla soppressione costantiniana della *clausula vitii*, divenne quella consueta nel periodo postclassico.

Il diritto romano, ancora una volta, più che cercare di creare modelli teorici o schemi di natura dogmatica, cui ricondurre in un secondo tempo i problemi presentati dalla pratica, dimostra di svolgere un'opera esattamente contraria, risolvendo i casi concreti con soluzioni *ad hoc*, specifiche per ogni occasione.

¹⁷ Non privo d'interesse il cenno di Seneca alla *domus* seppur troppo breve per dedurre che egli si riferisse a una donazione o alla concessione dell'uso. Sen. *De beneficiis* 2.34.5. *Sic beneficium est et actio ut diximus beneficia et ipsum quod datur per illam actionem ut pecunia ut domus ut praeterea*.

Alcuni tipi di *beneficia*¹⁸, categoria sorta in un contesto eminentemente extragiuridico, vengono ad essere ricompresi nell'ambito del giuridico, quando le esigenze pratiche lo richiedono.

D. 43.26.14 (Paul. 13 *ad Sabinum*) Interdictum de precariis merito introductum est: quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precari conditio.

Le parole di Paolo, originali nella sostanza, se non nella forma¹⁹, ben riescono a tratteggiare le motivazioni profonde della tutela pretoria del precario.

Il criterio dell'*aequitas* ha indotto i Romani a proteggere da possibili abusi la posizione del beneficiante con soluzioni specifiche nelle occasioni in cui ve ne era la necessità, ma in cui appariva più cauto, per la *gratuita habitatio*, secondo Ulpiano, ricorrere all'*actio praescriptis verbis* o alla tutela interdittale come in D. 39.5.27, caso esemplare di paternità papiniana, dal momento che mancavano i presupposti per una protezione processuale deviante da un'obbligazione contrattuale tipica.

Milano.

PAOLA BIAVASSCHI

Volume realizzato con l'intervento del «Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche» dell'Università di Camerino e del «Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti»

Index ha frequenza annuale. L'abbonamento costa € 90,00 per l'Italia e € 110,00 per l'estero (annata arretrata € 110,00); va sottoscritto presso la Casa Editrice Jovene, 109 via Mezzocannone, 80134 Napoli, tel. 081/5521019 - 5521274 - 5523471; telefax 081/5520687 (c/c postale n. 14015804) - e-mail: info@jovene.it - www.jovene.it

Tutti gli ordini relativi alle *annate arretrate* vanno indirizzati alla Casa Editrice Jovene che ha in distribuzione anche i volumi di *Index* pubblicati dal 1970 al 1985 da altro Editore.

Ogni collaboratore riceverà 50 estratti gratuiti. Eventuali estratti oltre i 50, ordinati al «si stampa» dato alle bozze del volume, saranno forniti dall'Editore al prezzo di € 0,08 a pagina e € 0,26 per copertina. Estratti anticipati: rimborso al costo delle spese extra.

Index segnala tutte le pubblicazioni ricevute dalla Redazione. I libri di cui si desidera la recensione critica vanno inviati in duplice copia.

I libri per recensione o segnalazione, i manoscritti ed ogni altra comunicazione di carattere redazionale vanno inviati al professor Luigi Labruna, 149/a via Chiaja, 80121 Napoli, tel. e telefax 081/425885, fax 081/2534327.

E-mail: index@unina.it - labruna@unina.it

L'indirizzo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano» è il seguente: professor Pierangelo Catalano, presso ISPROM, I - 07100 Sassari, Piazza d'Italia 32, Casella Postale 81.

Copyright 2008 by Jovene Editore Spa. - Napoli.

Registr. Trib. Camerino nr. 1 del 14.3.1970 - L. Labruna dir. resp.
Printed in Italy - Litonew - Napoli

¹⁸ Sulla nozione di *beneficium* A. Mantello, '*Beneficium*' *seruile* - '*Debitum*' *naturale*. *Sen de ben.* 3.18.1 ss. - D. 35.1.40.3 (*lan. 2 ex post. Lab.*) (Milano 1979) 39 ss.

¹⁹ Per tutto il dibattito sulla genuinità del passo cfr. P. Biavasschi, *Ricerche* cit. 284 ss.