ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche – PhD in Legal Studies

Ciclo XXXII

Settore concorsuale: 12/H1

Settore scientifico-disciplinare: IUS/18

Ricerche sulle *Res cottidianae*

Presentata da: Francesco Alberto Santulli

Coordinatore del Dottorato

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Supervisore

Chiar.mo Prof. Filippo Briguglio

Esame finale anno 2020

ai miei genitori

ABSTRACT

Le *Res cottidianae sive Aurea* sono un'opera giuridica elementare di diritto privato romano. A differenza delle *Institutiones* di Gaio, di cui abbiamo conoscenza in larga misura grazie al palinsesto Codice Veronese, tutto ciò che sappiamo delle *res cottidianae* si arresta a ventisei frammenti che ci sono tramandati dal Digesto. Dibattuta è la loro paternità, dibattuta la genuinità del loro contenuto, dibattuti sono il titolo che recavano e di quanti libri fossero composte. La presente ricerca tenta di rispondere a queste *vexatae quaestiones* e offrire nuove prospettive alla risoluzione del c.d. «enigma gaiano». Punto di partenza sarà una indagine preliminare sul rapporto intercorrente tra le *res cottidianae* e le *Institutiones* di Gaio, volta a mostrare la struttura parallela delle due opere, le analogie testuali, i punti di contatto e divergenza. Ci si addentrerà, in seguito, nei ventisei frammenti delle *res cottidianae*, posto che qualsiasi riflessione scientifica sull'opera non può essere svincolata dall'analisi testuale. Si offrirà infine un bilancio complessivo delle *res cottidianae*, anche in relazione all'effettiva portata del lascito gaiano agli studi giuridici di diritto positivo.

INDEX

INTRODUZIONE……1

CAPITOLO I

LE RES COTTIDIANAE E LE ISTITUZIONI DI GAIO A CONFRONTO

1. La struttura delle *res cottidianae* in parallelo con le *Gai Institutiones*……5
2. Le analogie testuali tra le *res cottidianae* e le *Gai Institutiones*. Il *tertium comparationis* offerto dalle Istituzioni imperiali…….14
3. Le indagini interpolazionistiche sul c.d. *Urgaius.* Osservazioni critiche…….18
   3.1. La tesi di Arangio-Ruiz……...…….18
   3.2. La tesi di Wolff…….29
   3.3. Le tesi di Fuhrmann e Flume……35
   3.4. La tesi di Kniep…….41
4. Il rapporto tra i due libri istituzionali di Gaio……..46

CAPITOLO II

CONSTITUTIO TEXTUS

LIBER I

1. Framm. 486 *rer. cott.* La testimonianza offerta dal dettato gaiano in una prospettiva di evoluzione della disciplina della *manumissio vindicta*……..53
2. Framm. 487 *rer. cott.* Il vecchio e il nuovo destino della legge *Fufia Caninia*……...61
3. Framm. 488 *rer. cott.* La *donatio mortis causa* eseguita in stato di pericolo e i presupposti della sua revoca……..71
4. Framm. 489 *rer. cott.* Per una nuova lettura delle manomissioni testamentarie eseguite in frode dei creditori……..76

LIBER II

1. Framm. 490 *rer. cott.* Dalle *res publicae ex iure civili* al *dominium omnium ex iure naturali*. L'importanza della *lectio* gaiana nell'inquadramento dei beni pubblici…....86
2. Framm. 491 *rer. cott.* La particolareggiata disciplina dei modi di acquisto della proprietà……96
   2.1. I modi di acquisto del *dominium ex iure civili* e *ex iure gentium*. La paternità della definizione di *obligatio* contenuta in Inst. Iust. 3, 13 pr. ……107
   2.2. La rilevanza della *libertas* quale bene naturale in tema di occupazione……112
   2.3. La disciplina gaiana degli incrementi fluviali……...122
   2.4. La specificazione e la confusione. Ulteriori ipotesi di accessione (*inaedificatio*, *implantatio*, *satio*, *scriptura*, *tabula picta*)……126
3. Framm. 492-293 *rer. cott.* L'usucapione tra errore di fatto ed errore di diritto. L'ipotesi del *furtum fundi*……...134
4. Framm. 494 *rer. cott.* I tagli dei compilatori alla trattazione gaiana dell'usufrutto…..139
   4.1. L'usufrutto sui fondi provinciali in prospettiva *mortis causa* e *inter vivos*……...140
   4.2. Lo "scopo alimentare" dell'usufrutto……...143
   4.3. L'usufrutto alle persone giuridiche e il problema della temporaneità……...144
   4.4. Accenni al diritto di uso……145
5. Framm. 495 *rer. cott. Partus ancillae in fructu non est*: l'*utilitas* contro l'*humanitas*……146
6. Framm. 496 *rer. cott.* La linea di demarcazione tra *usus* e *usus fructus*……153
7. Framm. 497 *rer. cott.* La costituzione della servitù mediante legato e l'incertezza sull'ulteriore trasferimento del diritto agli eredi degli eredi……158
8. Framm. 498 *rer. cott.* La tripartizione delle fonti delle obbligazioni e la classificazione delle obbligazioni nascenti da contratto. La disciplina dei contratti reali e della *stipulatio*……162
9. Framm. 499-500 *rer. cott. Praestare custodiam* e *periculum emptoris* nella compravendita di *vinum doliare*……..179
10. Framm. 501 *rer. cott.* Profili di *familiaritas* tra compravendita e locazione conduzione……..188

11. Framm. 502 *rer. cott.* L'evoluzione normativa della responsabilità del socio nell'esperienza giuridica romana…….199
12. Framm. 503-504 *rer. cott.* Le varie figure di mandato. Il *mandatum tua gratia*. L'eccesso di mandato……..203

LIBER III

1. Framm. 505 *rer. cott.* Dai *delicta* ai *maleficia*…….213
2. Framm. 506 *rer. cott.* La fortuna della tripartizione gaiana delle fonti delle obbligazioni…….219

CAPITOLO III

LA PATERNITÀ DELL'OPERA

1. L'enigma gaiano……..231
2. Ancora un raffronto testuale tra *res cottidianae* e *Institutiones*……234
3. La paternità gaiana delle *res cottidianae*……..242

BIBLIOGRAFIA……249

FONTI……275

INTRODUZIONE

Le *Res cottidianae sive Aurea* sono un'opera giuridica elementare di diritto privato romano.

A differenza delle *Institutiones* di Gaio, di cui abbiamo conoscenza in larga misura grazie al palinsesto Codice Veronese, tutto ciò che sappiamo delle *res cottidianae* si arresta a ventisei frammenti che ci sono tramandati dal Digesto. Dibattuta è la loro paternità, dibattuta la genuinità del loro contenuto, dibattuti sono il titolo che recavano e di quanti libri fossero composte. Insomma, sulle *res cottidianae* le certezze sono poche. Eppure queste considerazioni non devono stupire, posto che si collocano in un discorso più ampio attorno alla figura del giurista Gaio. E almeno su questo vi è comunanza di vedute: *pauca sunt quae de Gaio certo constant*[1].

Ora, attribuire l'opera a Gaio – come ci suggerirebbe il Digesto – non è un'operazione scontata. Anzitutto, perché nonostante l'evidente impronta gaiana, non si può escludere *a priori* che si tratti di una compilazione postclassica, quasi una libera parafrasi delle *Institutiones*[2]. Inoltre, pure ammettendo la paternità gaiana, è inverosimile che nel corso del tempo altri non ne abbiano intaccato il contenuto. E questa ipotesi è avvalorata se si considera che quanto è rifluito nel Digesto è passato per il filtro dei compilatori giustinianei, i quali, raccogliendo gli *excerpta* dei giuristi classici in forma ordinata e completa, ebbero cura di rimaneggiarli, al fine di trarre da questi «il troppo e 'l vano»[3]. Lo stesso titolo dell'opera e il numero di libri che la componevano – dicevamo – sono forieri di dubbi. Nell'Indice Fiorentino si parla di *aureon* βιβλία ἑπτά[4], ma nei frammenti del Digesto i compilatori si riferiscono all'opera citandola talvolta come *res cottidianae*, talvolta come *aurea*, talvolta come *libri aureorum*. E oltre a queste svariate nomenclature, che ci fanno supporre l'esistenza di numerose versioni dell'opera già circolanti ai tempi della compilazione, resta la questione del numero dei libri: il predetto *Index* ne menziona sette, ma nel Digesto risultano solo i primi tre.

La nostra ricerca tenterà di rispondere a queste *vexatae quaestiones* e offrire nuove prospettive alla risoluzione dell'«enigma gaiano»[5].

---

[1] E. HUSCHKE, *Gaii institutionum iuris civilis commentarii quattuor recensuit Ph. E. Huschke. Editio separata tertia ad Studemundi apographum curata*, Lipsiae, 1878, 4.
[2] V. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione alle Gai Institutiones*, in ID. – A. GUARINO, *Breviarium iuris romani*, Milano, 1943, 6.
[3] DANTE, *Commedia*, *Paradiso*, VI, 10-12.
[4] P. KRUEGER – TH. MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, *Institutiones et Digesta,* Berolini, 1872, XXX, *sub* XX, 4.
[5] F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 2.

Punto di partenza sarà una indagine preliminare sul rapporto intercorrente tra le *res cottidianae* e le *Institutiones* di Gaio, volta a mostrare la struttura parallela delle due opere, le analogie testuali, i punti di contatto e divergenza. Occorrerà ripercorrere le teorie avanzate dalla romanistica in ordine alla genuinità o meno del testo delle *res cottidianae*[6], distinguendo nei lacerti dell'opera le interpolazioni *ope ingenii* (cioè dovute alla più o meno marcata fantasia degli interpreti) dai glossemi che, diversamente, devono essere attribuiti con certezza ai compilatori giustinianei.

Il secondo capitolo sarà dedicato all'analisi dei ventisei frammenti delle *res cottidianae*, giacché riteniamo che qualsiasi riflessione scientifica sull'opera non possa essere svincolata da una minuziosa indagine testuale. A tal fine, abbiamo seguito l'elencazione leneliana[7] e affiancato a essa una – si spera non troppo maldestra – traduzione[8].

L'ultimo capitolo compendierà i risultati della nostra ricerca[9]. Si vedrà allora che le controversie in ordine alle *res cottidianae* non sono che un tassello del più ampio «paradosso gaiano»[10], una sfumatura appena tratteggiata eppure così marcata – si perdoni l'ossimoro – delle molteplici aporie ruotanti attorno al giurista adrianeo. Perché un bilancio sulla caratura scientifica di Gaio non può essere effettuato senza risolvere l'intricata questione dei rapporti tra le *Institutiones* e le *res cottidianae*, e comprendere la portata effettiva del lascito gaiano agli studi giuridici di diritto positivo.

Il diritto romano – inteso come esperienza giuridica vigente – non esiste più. Le istituzioni di diritto romano, sì[11]. Esse continuano a vivere nel nostro sistema giuridico, nelle categorie dogmatiche, nel nostro lessico di giuristi e nei criteri ermeneutici ed esegetici di interpreti e studiosi. Ecco allora che, restando alla nostra ricerca, viene alla mente soprattutto l'art. 1173 c.c. in materia di fonti delle obbligazioni, e il parallelo offerto dal framm. 498 *rer. cott.*, ove,

---

[6] Nel *mare magnum* della letteratura romanistica, a portare il lumicino dietro di sé per mostrarci la strada e renderci dotti, come Virgili di carta sono stati H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, *Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981, 294 s. e A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, in «BIDR», Terza Serie XL-XLI, CI-CII dell'intera collezione (1998-99), Milano, 2005, 61 s. (= ID., in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, 591 s.).

[7] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, «Gaius», Lipsiae, 1889 (rist. Graz, 1960; Roma, 2000), col. 251-261, nn. 486-506.

[8] Per dipanare i dubbi, abbiamo trovato conforto nelle validissime traduzioni di G. VIGNALI, *Corpo del diritto*, voll. II-VII, Napoli, 1856-1859 e S. SCHIPANI – L. LANTELLA, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae: testo e traduzione*, voll. I-IV, Milano, 2004-2011; S. SCHIPANI – A. PETRUCCI – A. SACCOCCIO, *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae: testo e traduzione*, vol. V, Milano, 2014.

[9] E ne racchiuderà le conclusioni, che abbiamo preferito lasciare nel corpo dell'ultima parte della ricerca anziché rendere di questa una inutile superfetazione.

[10] G. PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, 3 s.

[11] Così, O. DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente*), in *Rivista di diritto civile*, LI, 2005, 109.

accanto ai contratti e ai *maleficia*, spuntano le *variae causarum figurae*, o meglio, diremmo con il legislatore, «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

E la ricerca che abbiamo compiuto – sia essa nei risultati condivisibile o meno – riceve, per così dire, una pronta assoluzione: quella di aver provato a costruire un ponte tra il vivere giuridico dell'oggi e del passato, ché il pensiero dei giuristi romani, meravigliosamente duttile, sarà di tornaconto al giurista odierno se questi avrà voglia di affacciarsi alla porta del tempo, memore dell'insegnamento del poeta secondo cui «la tradizione non si eredita, ma si conquista con grande fatica»[12].

[12] T.S. ELIOT, *Tradition and the Individual Talent*, in *The Egoist*, 4-VI, 1919, 55: «Tradition is a matter of much wider significance. It cannot be inherited, and if you want it you must obtain it by great labour».

CAPITOLO I

LE RES COTTIDIANAE E LE ISTITUZIONI DI GAIO A CONFRONTO

1. La struttura delle *res cottidianae* in parallelo con le *Gai Institutiones*

Una corretta *constitutio textus* dei *libri rerum cottidianarum sive aureorum* di Gaio non può prescindere da una indagine preliminare sul rapporto che intercorre tra essi e il noto manuale elementare pure attribuito a Gaio, le *Institutiones* contenute nel palinsesto Codice Veronese[1].

---

[1] Il Codice Veronese (*Codex* V), o Codex XV (13), è un codice palinsesto (*codex rescriptus*). Su di esso, probabilmente nell'VIII secolo, il testo giuridico delle *Institutiones* gaiane, esclusi il *Fragmentum* (o *Folium singulare*) *de praescriptionibus et interdictis* e le righe 10-24 del *folium* 2r, venne ricoperto da testi cristiani (in particolare, le *Epistulae* di San Girolamo). Il manoscritto è composto da 127 *folia*; di questi, 125 appartenevano in origine al Codice gaiano, mentre altri due (il numero 1 e il 127, secondo la numerazione relativa alle *Epistulae*) erano fin dall'inizio privi di scrittura. Si sono conservate inoltre le due pagine contenenti il *Fragmentum* (o *Folium singulare*) *de praescriptionibus et interdictis*. Complessivamente, si hanno dunque 252 pagine delle *Institutiones* di Gaio. Del Codice Veronese sono *ter scripta* i *folia*: 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 72v, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81r, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 122, 123, 125, 126r. Due *folia*, invece, sono parzialmente *ter scripta*: 81v righe 1-13; 118v righe 14, 15, 22, 23, 24. I restanti *folia* (esclusi i *folia* 1 e 127) sono *bis scripta*. Infine, non sono palinsesti (poiché presentano una sola *scriptura*) il *folium* 2r (ma solo alle righe 10-24) e il *Fragmentum de praescriptionibus et interdictis* (ora denominato *folium* 128). Di seguito, l'elenco dei *folia ter scripta*, ordinati secondo la numerazione delle *Institutiones*: 75v (*ter scriptum*) I 22-27, Stud., 6; 80r (*ter scriptum*) I 43-45, Stud., 11; 80v (*ter scriptum*) I 45, Stud., 12; 65v (*ter scriptum*) I 69-73, Stud., 19; 65r (*ter scriptum*) I 74-77, Stud., 20; 119r (*ter scriptum*) I 130-132, Stud., 35; 119v (*ter scriptum*) I 133-134, Stud., 36; 72v (*ter scriptum*) I 135-137a, Stud., 38; 67r (*ter scriptum*) I 156-160, Stud., 43; 67 v (*ter scriptum*) I 160-164, Stud., 44; 114r (*ter scriptum*) I 164a-165, Stud., 45; 114v (*ter scriptum*) I 165-168, Stud., 46; 117v (*ter scriptum*) I 196-197, Stud., 53; 117r (*ter scriptum*) I 197-200, Stud., 54; 63r (*ter scriptum*) II 1-9, Stud., 55; 63v (*ter scriptum*) II 9-14, Stud., 56; 62r (*ter scriptum*) II 14-15, Stud., 57; 62v (*ter scriptum*) II 15-21, Stud., 58; 116v (*ter scriptum*) II 21-26, Stud., 59; 116r (*ter scriptum*) II 26, Stud., 60; 69r (*ter scriptum*) II 111-112, Stud., 81; 69v (*ter scriptum*) II 112-117, Stud., 82; 124r (*ter scriptum*) II 124-127, Stud., 85; 124v (*ter scriptum*) II 127-132, Stud., 86; 123r (*ter scriptum*) II 132-134, Stud., 87; 123v (*ter scriptum*) II 134-137, Stud., 88; 76r (*ter scriptum*) III 5-9, Stud., 127; 76v (*ter scriptum*) III 9-14, Stud., 128; 126r (*ter scriptum*) III 34, Stud., 133; 79r (*ter scriptum*) III 43-46, Stud., 137; 79v (*ter scriptum*) III 46-50, Stud., 138; 64r (*ter scriptum*) III 64-68, Stud., 143; 64v (*ter scriptum*) III 68-69, Stud., 144; 60r (*ter scriptum*) III 95-96, Stud., 153; 60v (*ter scriptum*) III 96-100, Stud., 154; 115r (*ter scriptum*) III 117-121, Stud., 159; 115v (*ter scriptum*) III 121-122, Stud., 160; 118v (vv. 14-15-22-23-24 *ter scripti*) III 157-161, Stud., 170; 78v (*ter scriptum*) IV 12-14, Stud., 191; 78r (*ter scriptum*) IV 14-15, Stud., 192; 77v (*ter scriptum*) IV 31, Stud., 199; 77r (*ter scriptum*) IV 31-35, Stud., 200; 66r (*ter scriptum*) IV 48-52, Stud., 205; 66v (*ter scriptum*) IV 52-53, Stud., 206; 71r (*ter scriptum*) IV 59-60, Stud., 209; 71v (*ter scriptum*) IV 60, Stud., 210; 68r (*ter scriptum*) IV 60-61, Stud., 211; 68v (*ter scriptum*) IV 61-66, Stud., 212; 73r (*ter scriptum*) IV 72-73, Stud., 215; 73v (*ter scriptum*) IV 73-74, Stud., 216; 125r (*ter scriptum*) IV 80-81, Stud., 219; 125v (*ter scriptum*) IV 81-84, Stud., 220; 122r (*ter scriptum*) IV 131-133, Stud., 233; 122v (*ter scriptum*) IV 133-134, Stud., 234; 120r (*ter scriptum*) IV 163-165, Stud., 241; 120v (*ter scriptum*) IV 165, Stud., 242; 81r (*ter scriptum*) IV 165-166, Stud., 243; 81v (*ter scriptum* fino al v. 13, *bis scriptum* alle righe 14-24) IV 165-166, Stud., 234; 74r (*ter scriptum*) IV 166-170, Stud., 245; 74v (*ter scriptum*) IV 170, Stud., 246; 113r (*ter scriptum*) IV 170-171, Stud., 247; 113v (*ter scriptum*) IV 171-177, Stud., 248. Si consideri, inoltre, che in vari luoghi del manoscritto (in particolare nel *folium* 2r) sembra esservi la presenza di una *quarta scriptura* posta al di sotto di quella gaiana. Tale *scriptura* potrebbe appartenere a una mano coeva o forse di poco precedente a quella che ha trascritto il testo del manuale istituzionale gaiano. Tracce di *scripturae*

I ventisei frammenti delle *res cottidianae* giunti fino a noi sono contenuti nel Digesto[2], citati dai compilatori in vario modo: «Gaius libro … rerum cottidianarum» (oppure «cott. rer.» o solo «cott.»); o più di frequente con il doppio titolo «Gaius l. … rer. cott. sive aureorum»; per tre volte, infine, con il titolo breve «Gaius l. … aureorum»[3].

Ma al di là di una siffatta varia nominazione[4], dall'Indice Fiorentino si ricava che i libri che componevano le *res cottidianae* erano sette: *aureon* βιβλία ἑπτά[5]. Dal quarto al settimo, tuttavia, nulla ci è pervenuto.

Ora, come è noto, per la redazione delle Istituzioni di Giustiniano si fece largo uso delle *res cottidianae*[6]. Ciononostante, le Istituzioni imperiali sono completamente inadatte a ricostruire il testo originale dell'opera gaiana poiché in esse non vi è alcun riferimento alle fonti utilizzate[7].

---

pregaiane sono state trovate sui *folia bis scripti* 2r, 47v e 112v. Sul punto, si rinvia a F. BRIGUGLIO, *L'individuazione di una quarta scriptura pregaiana nel Codice Veronese delle Institutiones di Gaio*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, «SCDR», XXIII-XXIV, 2011, 157 s.

[2] Nel corso del lavoro, si farà riferimento all'elencazione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, «Gaius», Lipsiae, 1889 (rist. Graz, 1960; Roma, 2000), col. 251-261, nn. 486-506.

[3] Dei ventisei frammenti rifluiti nel Digesto, il doppio titolo «libro … rerum cottidianarum sive (o vel) aureorum» si riscontra sedici volte: 1, 8, 5; 7, 1, 3; 7, 8, 11; 8, 4, 16; 39, 6, 4; 40, 2, 7; 40, 4, 24; 40, 9, 10; 41, 1, 1. 3. 5. 7. 9; 41, 3, 36. 38; 50, 13, 6; cinque volte il titolo «rerum cottidianarum» o «cott. rer.»: 17, 2, 72; 18, 6, 2. 16; 19, 2, 2; 22, 1, 28; due volte «cottidianarum»: 17, 1, 2. 4; tre volte il titolo breve «aureorum»: 44, 7, 1. 4. 5. Cfr. TH. MOMMSEN, *Epimetrum*, in P. KRUEGER – G. STUDEMUND, *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum Studemundianum novis curis auctum in usum scholarum*[7], Berolini, 1923, LXVIII; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 201, n. 4.

[4] A prediligere il più pretenzioso titolo *aurea* a quello di *res cottidianae*, H.J. ROBY, *Introduzione allo studio del Digesto giustinianeo. Regole e notizie per l'uso delle Pandette nella scienza e nella pratica, traduzione dall'inglese di Giovanni Pacchioni con prefazione di Pietro Cogliolo*, Firenze, 1886, 189. Secondo, invece, E. GLASSON, *Étude sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain*, Parigi, 1885, 201 (rist. Roma, 1965), il titolo *aurea* sembra essere stato aggiunto dai posteri «a cause du credit, dont ils [cioè le *res cott.*] jouissaient». Dello stesso avviso, J.F.L. GÖSCHEN, *Über die res quotidianae des Gaius*, in «ZGR», I, 1815, 4; F. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten*, in «ZGR», IV, 1818/1820, 266. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 251, n. 3 avanza questa congettura: «Aureorum nomen non a Gaio adiectum esse, sed scholarum usui deberi veri simile est».

[5] KRUEGER – MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, *Institutiones et Digesta,* cit., XXX, *sub* XX, 4.

[6] Nella Const. *Imperatoriam*, 6 sono menzionate come *rerum cottidianarum commentarii*: «Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et precipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas cum tres praedicti viri prudentes nobis optulerunt, et legimus et cognovimus et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accomodavimus».

[7] A tentare di ricostruire le *res cottidianae* anche attraverso le Istituzioni di Giustiniano è stato S. DI MARZO, *I 'libri rerum cottidianarum sive aureorum'*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, «BIDR», LI-LII, 1948, 1: «Credo che il problema della paternità e del valore dei *libri rerum cottidianarum sive aureorum* non si possa risolvere senz'avere prima tentato di stabilire quale contributo essi abbiano dato alla formazione delle Istituzioni imperiali e quali modificazioni essi abbiano subite per opera dei giustinianei».

Ecco perché una scelta più saggia sarà basarsi sui frammenti delle *res cott.* tramandati nel Digesto e porli in confronto sinottico con le *Institutiones* gaiane[8]. Potranno notarsi così *ictu oculi* i paralleli tra i tre *libri aureorum* e il manuale istituzionale di Gaio[9]:

---

[8] Non è questa la sede per ripercorrere le tappe che hanno portato alla scoperta, o meglio alla *riscoperta*, del manoscritto delle Istituzioni di Gaio a opera del filologo danese Barthold Georg Niebuhr; si tratta di vicende storiche, congetture in merito alla reale paternità del ritrovamento, *buone stelle* su cui la più valida letteratura si è già ampiamente dilungata. Quanto all'importanza della scoperta, si rimanda a I. F. L. GOESCHEN, *Gaii Institutionum Commentarii IV e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis Auspiciis Regiae Scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi a I. F. L. Goescheni accedit Fragmentum veteris iurisconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum*, Berolini, 1820, I: «Bibliotheca Capitularis Veronensis, librorum manuscriptorum copia atque praestantia celebris, maxime membranis, quae juridici argumenti sunt, excellit»; PH. BRIGUGLIO, *Gai Codex Rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis curavit Philippus Briguglio*, Firenze, 2012, 1, n. 1, afferma che, tra tutti i preziosi testi giuridici posseduti dalla Biblioteca Capitolare di Verona, il Codex XV (13), anche noto come Codice Veronese, è indiscutibilmente il più importante. È infatti pacifico il valore immenso che la riscoperta del manoscritto gaiano ha avuto per gli studi del diritto romano, ai quali, secondo R. ORESTANO, s. v. *Gaio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, «NNDI», VII, Torino, 1961, 733, «ha dato un nuovo impulso e dischiuso nuove vie». Come nota G. HAUBOLD, *Ueber die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen HandSchriften*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, «ZGR», III, 1817, 358, nel 1816, anno in cui il Codice Veronese contenente le Istituzioni di Gaio fu scoperto da Barthold Georg Niebuhr, la scienza giusromanistica ha salutato il principio di una nuova era. Basti solo ricordare che il manuale gaiano ha permesso lo studio su basi storiche del diritto classico di Roma, consentendone la ricostruzione specie per quanto concerne il processo civile – sia arcaico che formulare – che in precedenza si conosceva in via sostanzialmente congetturale. Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, *Introduzione, nozioni fondamentali, i soggetti del processo: lezioni dell'anno accademico 1947-1948*, Torino, 1948; ID., *Il processo formulare*, II, Torino, 1950; ID., *Il processo civile romano*, 2, *Il processo formulare*, Tomo 1, Milano, 1963. Per una prospettiva diacronica degli eventi che portarono alla scoperta, si vedano S. MAFFEI, *Verona Illustrata. Parte terza. Contiene la notizia delle cose in questa città più osservabili*, Verona, 1732, 464; ID., *Praef. a Cassiodorii Senatoris Complexiones in epistolas et Acta Apostolorum et Apocalypsin. E vetustissimis Canonicorum Veronensium membranis nunc primum erutae*, Firenze, 1721, in *Opuscoli ecclesiastici, App. a Istoria teologica delle dottrine e delle opinioni corse ne' cinque primi secoli della Chiesa in proposito della divina Grazia, del libero arbitrio e della predestinazione*, Trento, 1742, 106; A. MASOTTI, *Scipionis Maffeii Bibliotheca Manuscripta Capitularis, recognita, digesta, suppleta sub auspiciis amplissimi Capituli ab Antonio Masotti bibliothecario*, Verona, 1788, e pubblicato in appendice a G. B. C. GIULIARI, *La Capitolare Biblioteca di Verona*, Libri I e II, Verona, 1888; F. C. VON SAVIGNY, *Neu entdeckte Quellen des Römischen Rechts*, in «ZGR», III, 1816, 129-172; E. VOLTERRA, *La prima edizione italiana del Gaio Veronese*, in «BIDR», LXXXIII, 1980, 271 s.; C. VANO, *Il nostro autentico Gaio. Strategie della Scuola Storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000 (tradotto in tedesco con il titolo *Der Gaius der Historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht*, Frankfurt am Main, 2008); M. BRETONE, *La «cartella rossa»*, in *Rechtsgeschichte*, I, 2002, 146 s.; F. BRIGUGLIO, *Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones*, in *Atti del Convegno «Gaio Ritrovato». Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, X, 2007, 144 s.; M. AVENARIUS, *L'"autentico" Gaio e la scoperta del Codice Veronese. La percezione delle Institutiones sotto l'influsso della Scuola Storica*, in *Rivista storica dell'antichità*, Bologna, XXXVIII, 2008, 177-197; F. BRIGUGLIO, *Barthold Georg Niebuhr und die Entdeckung der Gaius-Institutionen – tatsächlich ein "Glückstern"?*, in «ZSS», CXXVIII, 2011, 263 s.; in particolare, ID., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna, 2012, 69, n. 144: «Niebuhr tratta della sequenza dei suoi ritrovamenti come se, dall'apertura dell'armadio, senza soluzione di continuità, tutte le pergamene fossero state ritrovate all'interno del volumetto di Dionisi, compreso il Codice palinsesto delle Istituzioni di Gaio. […] Il ritrovamento del Codice palinsesto, invece, non può essere avvenuto nel medesimo contesto in cui si è verificato quello delle pergamene sciolte, perché tale Codice non aveva la loro stessa collocazione. Appare dunque inverosimile che Niebuhr possa essere arrivato al Codice palinsesto senza l'aiuto del Catalogo basato sulle schede di Maffei ove, a chiare lettere, era segnalata quella caratteristica di *rescriptus* di cui il dotto filologo andava spasmodicamente alla ricerca». Si noti peraltro che Niebuhr, nella lettera inviata a Friedrich Carl von Savigny, ci tenga a sottolineare che il Catalogo del Maffei non sia stato per lui di alcun aiuto ai fini della sua scoperta. In tale celebre lettera, infatti, il filologo danese racconta del ritrovamento e afferma: «Appena venne

INSTITUTIONES	RES COTTIDIANAE
Gai. I, 20: *manumissio vindicta in transitu*	I[13], framm. 486 LENEL[14] D. 40, 2, 7: *manumissio in transitu*
Gai. I, 37: inefficacia della manomissione eseguita in frode ai creditori o ai patroni *ex lege Aelia Sentia*	I, framm. 489 D. 40, 9, 10: la legge *Aelia Sentia* sulle manomissioni eseguite *in fraudem*

aperto l'armadio dei manoscritti, mi cadde fra le mani un volumetto molto sottile, nel quale il summenzionato canonico Dionisi […] nel 1758 aveva riunito insieme antichi fogli e fogli singoli o doppi in pergamena che erano sparsi. Essi erano perlopiù frammenti biblici dal sesto all'undicesimo secolo e ciò che contenevano era stato indicato in una nota dal curatore della raccolta. Ma in mezzo a loro, fin quasi dal primo istante, mi è caduto l'occhio su due frammenti di natura molto diversa, che egli [n.d.r. Dionisi] non aveva riconosciuto e che aveva anche lasciato privi di descrizione. Vi mando questi due frammenti, amico mio, affinché li rendiate noti nella vostra rivista». Dopo aver trattato dei due frammenti, il *Fragmentum de iure fisci* e il *Fragmentum* (o *Folium singulare*) *de praescriptionibus et interdictis*, Niebuhr narra del terzo ritrovamento, il Codex XV (13): «Giunge dunque il messaggio che desidero annunciarle: a Verona si è conservato così tanto Ulpiano da poter riempire un volume in ottavo piccolo. […] Avevo già iniziato ad andare in cerca di codici rescritti a Würzburg […]. A Verona mi è toccata una diversa buona stella. Vale a dire il Codice 13 delle Lettere di San Girolamo, un volume in quarto, alquanto più grosso, del nono secolo che è rescritto fino a un massimo di una quinta parte dei fogli che sono stati nuovamente utilizzati». La lettera, parte del Savigny Datenbank dell'Universitätsbibliothek di Marburg, può leggersi in M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, Torino, 2012, 117-124. Cfr. anche A. CASTRO SÁENZ, *El Gayo veronés: nuevas perspectivas sobre un tema de siempre (Acotaciones en torno a una nueva generación de romanistas)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, «SDHI», LXXIX, 2013, 627 s.; J. COMA FORT, *«Ein entdecktes juristisches Ineditum»: a propósito del descubrimiento de las Institutiones de Gayo*, in «SDHI», LXXIX, 2013, 653 s.; D. MANTOVANI, *Tituli e Capita nelle Institutiones di Gaio e nell'Epitome* Gai. *Contributo allo studio del paratesto negli scritti dei giuristi romani*, in «SCDR», XXVIII, 2015, 587-622. Sempre in ordine al ritrovamento del Codice Veronese, AVENARIUS, *L'"autentico" Gaio e la scoperta del Codice Veronese*, cit., p. 182, osserva che la scoperta avvenne in un «contesto culturale che per così dire aveva arato il terreno e in un certo senso addirittura se lo attendeva». Posto che era si viveva allora un periodo molto vivace per la filologia, stante l'attuazione di un vero e proprio piano di azione finalizzato al recupero degli antichi *codices rescripti*, le scoperte che si susseguirono in quegli anni non possono essere considerate mero frutto del caso.

[9] Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, abbiamo motivo di ritenere che la struttura delle *res cottidianae* abbia riprodotto in maggiore ampiezza il disegno delle *Institutiones*. Se ciò è vero, in una futura ricostruzione dei *libri aureorum* la disposizione dei frammenti offerta da Lenel potrebbe essere modificata.

[13] Libro delle *res cottidianae* (I-II-III).

[14] Da ora, solo «framm.» per riferirsi ai frammenti di *res cott.* ordinati da LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 251 s.

	creditorum
Gai. I, 45/46 (lacuna di ventiquattro righe[10]): la legge *Fufia Caninia* prescrive di indicare *nominatim* gli schiavi che si intende manomettere	I, framm. 487 D. 40, 4, 24: ulteriore chiarimento della legge *Fufia Caninia* in relazione alle parole *nominatim liberi esse iussi*
Gai. I, 45/46 (seconda parte della lacuna[11]): limitazione delle manomissioni effettuate da un soggetto *sub tempore mortis* in frode alla legge *Fufia Caninia*	I, framm. 488 D. 39, 6, 4: un'impresa consistente in un viaggio pericoloso può fondare il requisito del *periculum* alla base di una *donatio mortis causa*
Gai. II, 11: le *res publicae*	II, framm. 490 D. 1, 8, 5: i fiumi, le loro rive, le coste marittime sono *res publicae*
Gai. II, 29: le servitù che costituiscono *iura praediorum urbanorum* si trasmettono mediante *in iure cessio*; gli *iura praediorum rusticorum*, invece, mediante *mancipatio* o *in iure cessio*	II, framm. 497 D. 8, 4, 16: legato *per damnationem* in relazione a quattro tipi di servitù urbane (*servitutes altius non tollendi*, *ne luminibus officiatur*, *tigni immittendi*, *stillicidii*) e rustiche (*iura itinerum*: *via, iter*, *actus*; *servitus aquae haustus*)
Gai. II, 30-31: l'usufrutto di un fondo italico è suscettibile di *mancipatio* e *in iure cessio*; diversamente, per costituire l'usufrutto o una servitù su fondi provinciali occorre ricorrere a *pactiones* e *stipulationes*, poiché tali fondi non sono suscettibili di mancipazione o rinuncia in tribunale	II, framm. 494 D. 7, 1, 3: l'usufrutto di un fondo (provinciale) si costituisce con *pactiones* e *stipulationes*
	II, framm. 495 D. 22, 1, 28 e II, framm. 496 D. 7, 8, 11: ulteriori nozioni in tema di usufrutto (l'usufruttuario acquista la proprietà dei cuccioli di animali, non anche dei figli di una schiava

[10] Il contenuto della pagina mancante può essere desunto da Gai Epit. 1, 2, 2: «Nam si aliquis testamento plures manumittere uoluerit, quam quot continet numerus supra scriptus, ordo seruandus est, ut illis tantum libertas ualeat, qui prius manumissi sunt, usque ad illum numerum, quem explanatio continet superius comprehensa: qui uero postea supra constitutum numerum manumissi leguntur, in seruitute eos certum est permanere. Quod si non nominatim serui uel ancillae in testamento manumittantur, sed confuse omnes seruos suos uel ancillas is, qui testamentum facit, liberos facere uoluerit, nulli penitus firma esse iubetur hoc ordine data libertas; sed omnes in seruili conditione, qui hoc ordine manumissi sunt, permanebunt. Nam et si ita in testamento seruorum manumissio adscripta fuerit, id est in circulo, ut qui prior, qui posterior nominatus sit, non possit agnosci, nulli ex his libertatem ualere manifestum est, si agnosci non potest, qui prior, qui posterior fuerit manumissus».

[11] Gai Epit. 1, 2, 3 permette di determinare approssimativamente il contenuto della lacuna: «Nam si aliquis in aegritudine constitutus in fraudem huius legis facere uoluerit testamentum, sed epistolis aut quibuscumque aliis rebus seruis suis pluribus, quam per testamentum licet, conferre uoluerit libertates, et sub tempore mortis hoc fecerit, hi, qui prius manumissi fuerint, usque ad numerum superius constitutum liberi erunt: qui uero post statutum numerum manumissi fuerint, serui sine dubio permanebunt».

	(ipotesi del c.d. *partus ancillae*); restrizioni per l'usufruttuario
Gai. II, 50-51: rapporti tra *usucapio* e *bona fides*	II, framm. 492 D. 41, 3, 36 e II, framm. 493 D. 41, 3, 38: *usucapio* e il requisito della *bona fides*
Gai. II, 65-79: modi di acquisto della proprietà *iuris gentium* (o *iuris naturalis*, poiché fondati sulla *naturalis ratio*). L'*occupatio* delle *res nullius* (cattura di animali selvatici, cose sottratte al nemico in tempo di guerra); gli incrementi fluviali (*adluvio*, *insula nata*); l'*accessio*, che si verifica allorquando una cosa corporale si arricchisca per l'aggiunta di un'altra che non appartenga allo stesso proprietario (compresa la c.d. *implantatio*). Il § 79 tratta della trasformazione di una cosa appartenente ad altri sino a farne altra cosa che, secondo il comune apprezzamento, possa dirsi nuova, cioè la *specificatio*[12]. Si riportano in merito opinioni scolastiche dissenzienti: Sabino e Cassio sono in contrasto con i Proculiani. Un terzo – mediato – orientamento, presente nelle *res cottidianae* (D. 41, 1, 7, 7) non è citato invece nelle Istituzioni	II, framm. 491 D. 41, 1, 1. 3. 5. 7. 9: modi di acquisto della proprietà *iuris gentium* (fondati sulla *naturalis ratio*). L'*occupatio*, gli incrementi fluviali, la lavorazione e trasformazione di liquidi, frutta, metalli per creare una cosa nuova (c.d. *specificatio*). In ordine a quest'ultima, D. 41, 1, 7, 7 contrappone differenti pareri scolastici: Nerva e Proculo da un lato, Sabino e Cassio dall'altro, e poi *in medio* una terza dottrina. Si tratta anche della accessione (*implantatio*, *scriptura*, *pictura*)
	In D. 41, 1, 9, 3-8 si menziona il modo di trasferimento della proprietà senza necessità formali, cioè la *traditio.* In seguito, l'ipotesi della *traditio brevi manu* e di quella fittizia. Si esclude la configurabilità di una *traditio in incertam personam* nel caso di merci gettate in mare per causa di necessità dovuta a una tempesta (configurabilità che invece si avrebbe, per esempio, per merci gettate per munificenza, posto che tali cose non si vogliono più come proprie)
Gai. III, 88-90: classificazione delle obbligazioni:	II, framm. 498 D. 44, 7, 1 classificazione delle

[12] Il termine *specificatio* appare per la prima volta intorno al 1100 nel medievale *Brachylogus iuris civilis* 2, 5 pr. (si veda l'edizione di E. BÖCKING, *Corpus Legum sive Brachylogus Juris Civilis,* Berlino, 1829). Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I[2], München, 1975, 431, n. 53; T. MAYER-MALY, *Spezifikation*, in «ZSS», LXXIII, 1956, 128, n. 18.

ex contracto, *ex delicto*. Ulteriore suddivisione dei contratti in quattro *genera*: *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu.* I contratti reali (§ 90): a titolo di esempio si richiama il mutuo (*mutuum*)	obbligazioni in tre gruppi: *ex contractu*, *ex maleficio*, *proprio quodam iure ex variis figuris*. Ulteriore divisione dei contratti nei seguenti *genera*: *re*, *verbis*, *consensu* (il quarto *genus*, rappresentato dai contratti letterali, manca nel Digesto; sembra essere stato cancellato dai compilatori giustinianei[15]). I contratti reali: si tratta il *mutuum*, il *commodatum*[16], il *depositum* e il *pignus.*
Gai, III, 92-109: i contratti verbali. In particolare, le s*tipulationes,* la *dotis dictio*, le *stipulationes inutiles*	Sui contratti verbali: la *stipulatio*; casi in cui le stipulazioni sono inammissibili
Gai. III, 135-162: i contratti consensuali:	II, framm. 499-504 D. 18, 6, 2. 16; 19, 2, 2; 17, 2, 72; 17, 1, 2. 4: sui contratti consensuali
compravendita (§§ 139-141);	framm. 499 e 500: due casi selezionati dalla Commissione del Digesto nel passo dedicato all'*emptio venditio.* Entrambi concernono la misura in cui il venditore deve essere responsabile della qualità del vino nel barile non

[15] Cfr. *infra*, 49, n. 100.

[16] Il passo D. 44, 7, 1, 4, in cui si discute in che misura il mutuatario sia responsabile per la perdita o altri danni del prodotto, è oggetto di analisi da parte di F.M. DE ROBERTIS, *I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1965, 373 s. (in particolare, 383 s.). L'autore afferma anzitutto che il copista del *Codex* V aveva abbreviato il testo originale di Gaio, omettendo quei punti in cui si discuteva il problema della responsabilità (il passo esatto dell'omissione non è però indicato da De Robertis). In secondo luogo, rileva che il framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 4 è da considerarsi in parte una aggiunta postclassica. Non è però d'accordo con tali conclusioni NELSON, *Überlieferung*, *Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, cit., 298, n. 11, secondo cui sarebbe scorretto *a priori* aspettarsi una certa completezza dalle Istituzioni di Gaio, trattandosi di un libro di testo elementare. Basti leggere la sezione dei contratti reali dedicata al problema della responsabilità di un mutuatario (Gai. III 90-91) ove, per esempio, il comodato non è affatto trattato. Né si potrebbe concordare con l'asserzione di De Robertis secondo cui gran parte del frammento delle *res cottidianae* non è genuino perché vi si utilizzano i termini *diligentia* ed *exactissima diligentia* per delineare la responsabilità (come in passato affermato da altri interpolazionisti). Al contrario, Gai. IX *ad ed*. D. 13, 6, 18 pr. («in rebus commodis talis diligentia praestanda est, qualisquisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet») avalla la genuinità della terminologia gaiana utilizzata nelle *res cott.* Analoghe obiezioni a quelle di De Robertis contro la paternità gaiana di D. 44, 7, 1, 4 (nonché di Gai. IX *ad ed*. D. 13, 6, 18 pr.), sebbene più cautamente formulate, sono sostenute da H.J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlino, 1968, 12 s. Questi critica l'uso non tecnico dei superlativi. Ma, a ben vedere, nel passo delle *res cott.*, Gaio voleva semplicemente esprimere che chiunque abbia preso in prestito un oggetto deve tenerlo con la massima cura e, qualora si astenga da tale comportamento, in caso di perimento del bene, ne sarà responsabile. NELSON, *Überlieferung*, cit., 298, 11 afferma, al riguardo, che non è possibile partire dall'aggettivo utilizzato da Gaio per sostenere una ipotesi di interpolazione che si fondi su una lieve sfumatura concettuale tratta dal tardo scolastico bizantino o anche dai glossatori bolognesi. L'*exactissima diligentia* – precisa – non può essere interpretata in Gaio come la "controparte" del termine medievale *culpa levissima*. Si veda, *infra*, cap. II, framm. 498.

	ancora consegnato;
locazione-conduzione (§§ 142-147);	framm. 501: sulla *locatio conductio*;
società (§§ 148-154b);	framm. 502: come un socio sia responsabile per mancata diligenza negli affari comuni;
mandato (§§ 155-162)	framm. 503: sul mandato, distinzione in cinque categorie;
	framm. 504: limiti dell'*actio mandati*; si riporta l'opinione di Proculo, difforme da Sabino e Cassio (in Gai. III, 161 la dottrina proculiana non è menzionata)
Gai. III, 182: obbligazioni da delitto. Furto (*furtum*), rapina (*bona vi rapta*), danno (*damnum*), lesioni personali (*iniuria*)	III, framm. 505 D. 44, 7, 4: sulle obbligazioni *ex maleficio*. *Furtum*, *damnum*, *rapina* e *iniuria*.
Del framm. 506 *rer. cott.* non può essere trovato nelle *Institutiones* alcun parallelo eccetto il pagamento dell'indebito, menzionato in Gai. III, 91 come sottospecie dei contratti reali (… *ac si mutuum accepisset*)	III, framm. 506 D. 44, 7, 5 e 50, 13, 6: Le obbligazioni *proprio quodam iure ex variis figuris.*
	Dapprima, le obbligazioni *quasi ex contractu*: *negotiotum gestio*, *tutela*, *legatum*, *non debitum solutum* (definito *quasi mutui datio*).
	In secondo luogo (D. 50, 13, 6), le *obligationes quasi ex maleficio*: *iudex qui litem suam fecit*, *deiectum vel effusum*, *culpa nautarum cauponum stabulariorum*

Come è agevole notare, i frammenti del libro primo delle *res cottidianae* concernono le manomissioni, argomento rientrante nel diritto delle *personae*, mentre quelli del libro secondo si occupano esclusivamente di questioni inerenti al diritto di proprietà (*res*).

Posto che il contrasto *personae – res* ricopre un ruolo decisivo nella struttura dell'opera in parola, così come del resto nelle *Institutiones*[17], si può concludere che la disposizione dei temi

[17] Sul punto, perspicue le definizioni di G. CALISTI, *Prelezioni degli elementi di dritto civile secondo l'ordine delle Istituzioni di Giovanni Gottlieb Eineccio*[3], I, Bologna, 1835, 62: «Uomo e persona sono grammaticalmente sinonimi; giuridicamente però differiscono di molto. Certamente ogni persona è uomo, ma non ogni uomo è persona. Uomo è chiunque ha mente fornita di ragione in corpo umano (*Homo est cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contingit*). Persona è l'uomo considerato nel suo stato (*persona est homo cum statu quodam consideratus*). Chiunque pertanto non abbia uno stato, non può chiamarsi persona. In questa materia i giureconsulti seguono i comici. Come infatti per questi non ogni uomo che presti l'opera nella commedia dicesi persona, ma un altro uomo in quello che rappresenta, come per esempio un re, un servo, un vecchio, ec. ec., così per i giureconsulti non istimasi persona che colui che rappresenta o un padre di famiglia, o un cittadino, o un uomo libero; in conclusione uno che abbia uno stato», che traduce J. HEINECKE, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, *commoda auditoribus methodo adornata*, *a Io. Go. Heineccio*,

all'interno del secondo libro delle *res cottidianae* fosse molto simile a quella dei libri II e III delle Istituzioni. Ciò giustifica il motivo per cui il framm. 490 in materia di *res publicae* (o meglio di *usus publicus* di talune *res*) sia stato posto da Lenel all'inizio del secondo libro delle *res cottidianae*.

La prima metà del libro II include dunque i frammenti relativi all'acquisizione *iure gentium* della proprietà (molto ampio al riguardo il framm. 491), le servitù (framm. 497), l'usufrutto (framm. 494-496), l'usucapione (framm. 493). Alla seconda metà del libro appartengono i frammenti 498-504, in cui si trattano le obbligazioni *ex contractu* (contratti reali, verbali e consensuali).

Nel terzo libro, infine, si tratta delle obbligazioni derivanti da delitto (*ex maleficio*) e di quelle che sorgono *proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (secondo la classificazione giustinianea, le cc.dd. obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio*). In assenza di frammenti rilevanti, non è possibile stabilire se la parte relativa alle *actiones* fosse trattata nelle *res cottidianae*.

La parte relativa alle successioni – di cui non possediamo *excerpta* – doveva essere seguita da quella sulle obbligazioni, in parte inserita alla fine del secondo libro (con le *obligationes ex contractu*), in parte all'inizio del terzo (con le *obligationes ex maleficio* e *proprio quodam iure ex variis figuris*). Il resto del terzo libro potrebbe essere stato dedicato alle *actiones*.

Ora, sebbene l'opera sia in parte rifluita nel Digesto, resta il fatto che nulla ci è giunto dal quarto al settimo libro, al punto che taluni studiosi hanno invero dubitato che l'opera constasse in tutto di sette libri[18].

Lausannae, 1766, 32, nel commento di Inst. Iust. I, 3 *De iure personarum*. Si vedano anche B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 7 s. e la vasta bibliografia ivi citata.

[18] Non rientra tra questi DI MARZO, *I 'libri rerum cottidianarum sive aureorum'*, cit., 1 s., che ritiene corretto il riferimento bibliografico riportato nell'Indice fiorentino (*aureon* βιβλία ἑπτά) e ipotizza come contenuto del libro quarto e quinto il diritto delle successioni (insieme con i legati e la successione *ab intestato*), mentre, per il libro sesto e settimo, le *actiones*. In questo modo, tuttavia, le sezioni dedicate alle successioni e al diritto processuale diventerebbero molto più ampie rispetto alle restanti. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., 203 presume, invece, che le *res cottidianae* constassero di soli tre libri, e differissero per contenuto rispetto alle *Institutiones*. Non le *actiones*, ma solo le successioni sarebbero state trattate nell'opera, e precisamente nella seconda metà del terzo libro, dietro alle obbligazioni da delitto e alle *quasi*-obbligazioni. Tuttavia, non è dato comprendere perché Schulz giudichi l'assenza di frammenti delle *res cott.* in materia successoria in modo difforme rispetto alla mancanza di passi in materia processuale, ritenendo che solo la prima fosse oggetto dell'opera. Anzi, basterà analizzare al riguardo i brani delle Istituzioni gaiane rifluite nel Digesto per notare lo scarso interesse dei compilatori per la materia ereditaria che si trovava nel libro istituzionale (Gai. II, 97; III, 76), laddove invece decisero di accogliere i soli passi offerti da Gai. II, 114 e III, 133-134. Sempre in ordine al tema di quanti libri componessero le *res cottidianae*, cfr. MOMMSEN, *Epimetrum*, cit., LVIII s. e F. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, 107 s. Da sottolineare, infine, che altri studiosi, convinti della struttura in tre libri delle *res cottidianae*, hanno suggerito che il riferimento dell'Indice Fiorentino a *aureon* βιβλία ἑπτά riguardasse appunto l'unione di tre libri ai quattro *capita selecta* intesi per la preparazione giuridica elementare di cui si legge nella Const. *Omnem* I (cioè i *libri singulares quattuor*). I *libri singulares quattuor* erano dedicati a *res uxoria*, tutela, testamento e legati. Come è

Le *res cottidianae* – si afferma – sarebbero state composte di tre soli libri, e dalla successiva unione con i quattro delle *Institutiones* sarebbe derivata un'opera composita, dal titolo *aurea*[19].

Se da un lato ciò spiegherebbe la presenza di un secondo titolo dell'opera e la completa assenza dei libri dal quarto al settimo tra i passi citati nel Digesto, d'altro canto non sembra persuadere. L'Indice Fiorentino menziona, infatti, *instituton* βιβλὶα τέσσαρα (*sub* XX, 6) separatamente da *aureon* βιβλία ἑπτά (*sub* XX, 4), lasciando intendere che si tratti di due opere differenti.

2. Le analogie testuali tra le *res cottidianae* e le *Gai Institutiones*. Il *tertium comparationis* offerto dalle Istituzioni imperiali

Per i fini che intendiamo perseguire in questo primo capitolo – un confronto introduttivo tra le *res cottidianae* e le Istituzioni di Gaio – le varie congetture da ultimo enucleate sulla struttura dei *libri aureorum* assumono rilievo marginale, posto che, essendo l'opera incompleta, potremmo al più ricavarne supposizioni.

È preferibile attenersi al materiale in nostro possesso e porre a fondamento dell'analisi i primi tre libri *aureorum* rifluiti nelle Pandette, insieme, ovviamente, alle *Institutiones*.

La già ricordata somiglianza nella struttura non è il solo elemento ad avvicinare le due opere; non meno sorprendenti risultano le analogie testuali, che rasentano talvolta l'identità parola per parola[20].

a) In materia di *occupatio* di animali selvatici:

Gai. II, 67	II, framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 3, 2 e 41, 1, 5 pr.
eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur. cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit,	*eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custoria coercetur. cum vero evaserit custodiam*

noto, la questione in ordine al contenuto dei *libri singulares quattuor* è ancora controversa. Si veda al riguardo S. SCHIAVO, *Aspetti processuali nell'Epitome Gai*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA – S. TAROZZI – P. BIAVASCHI (a cura di), *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 57 s.; e anche T. MOMMSEN, *Gaius ein Provinzialjurist*, in *Gesammelte Schriften*, II, Berlino, 1905, 35 s.; SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., 350 s.; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960 (nuova ed. 1975), 133 s.

[19] SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., 203.

[20] Nei confronti paralleli che seguono si riportano in corsivo le analogie testuali e tra parentesi in numeri romani gli eventuali spostamenti strutturali dei periodi.

(I) *rursus occupantis fit,* (II) quia *nostrum esse desinit. Naturalem autem libertatem recipere* videtur*, cum* aut *oculos nostros* evaserit aut*,* licet *in conspectu sit nostro, difficilis* tamen *eius persecutio sit.*

nostram et in naturalem libertatem se receperit, (II) *nostrum esse desinit* et (I) *rursus occupantis fit ... Naturalem autem libertatem recipere* intellegitur, *cum* vel *oculos nostros* effugerit vel ita *sit in conspectu nostro,* ut *difficilis sit eius persecutio.*

Si noti che Inst. Iust. 2, 1, 12 presenta le stesse corrispondenze letterali. Nei luoghi in cui le Istituzioni di Gaio e il frammento di *res cottidianae* divergono, le Istituzioni di Giustiniano ricalcano le seconde.

b) In materia di *occupatio* di animali che hanno la consuetudine di allontanarsi e tornare, come colombi, api e cervi:

Gai. II, 68

In his autem animalibus, quae ex *consuetudine abire et redire solent*, veluti columbis et apibus item cervis, qui in silvas ire et redire solent, *talem* habemus *regulam* traditam, ut *si revertendi animum habere desierint*, etiam *nostra esse desinant et fiant occupantium. Revertendi autem animum* videntur *desinere habere, cum revertendi consuetudine deseruerint*.

II, framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 5, 5

In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant. Quod *si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium.* Intelleguntur *autem desisse revertendi animum habere* tunc, *cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

Anche qui Inst. Iust. 2, 1, 15 offre un terzo testo parallelo che coincide quasi letteralmente con i due precedenti; ove ci sono divergenze, le Istituzioni giustinianee si rivolgono al Digesto (con una leggera eccezione: *videntur desinere* nelle Istituzioni, in luogo di *intelleguntur ... desisse*).

c) Sui modi di acquisto della proprietà *iure gentium* (o *iure naturali*), la *specificatio*:

Gai. II, 79

(I) Proinde si *ex uvis <aut olivis aut spicis>* meis *vinum* aut *oleum* aut *frumentum* feceris, quaeritur utrum meum sit id vinum aut oleum aut

II, framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7

frumentum an tuum.

(II) Item *si ex auro* aut *argento* meo *vas aliquod* feceris vel *ex tabulis* meis *navem* aut *armarium* aut *subsellium* fabricaveris, item si *ex lana* mea *vestimentum* feceris vel si *ex vino et melle* meo *mulsum* feceris sive *ex medicamentis* meis *emplastrum* vel *collyrium* feceris, <quaeritur utrum sit id quod feceris> an meum.	II (veluti *si ex auro* vel *argento* vel aere *vas aliquod fecero* vel *ex tabulis* tuis *navem* vel *armarium* vel *subsellia* fecero vel *ex lana* tua *vestimentum* vel *ex vino et melle* tuo *mulsum* vel *ex medicamentis* tuis *emplastrum* aut *collyrium* (I) vel *ex vinis aut olivis aut spicis* tuis *vinum* vel *oleum* vel *frumentum.*

In questo caso il parallelo è offerto in parte da Inst. Iust. 2, 1, 25.

d) In materia di contratti reali, ove si discorre dapprima del mutuo e in seguito del pagamento dell'indebito:

Gai. III, 90 *Re contrahitur obligatio* velut *mutui datione.* <*Mutui autem datio*> proprie *in his* fere *rebus* contingit, *quae* res *pondere numero mensura constant,* qualis est *pecunia numerata vinum oleum frumentum* aes argentum aurum; *quae res* aut numerando aut metiendo aut pendendo *in hoc damus, ut accipientum fiant* et quandoque nobis non eaedem, sed *aliae eiusdem* naturae reddantur.	II, framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 2 *Re contrahitur obligatio mutui datione. Mutui autem datio* consistit *in his rebus, quae pondere numero mensura*ve *constant,* veluti *vino oleo frumento pecunia numerata, quae res in hoc damus, ut fiant accipientis*, postea *alias* recepturi *eiusdem* generis et qualitatis.
Gai. III, 91 *Is quoque, qui non debitum accepit* ab eo, qui *per errorem solvit,* re *obligatur* … Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is *qui solvendi* animo dat, *magis distrahere* vult negotium *quam contrahere*	III, framm. 506 *rer. cott.* D. 44, 7, 5, 3 *Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur* quidem quasi ex mutui datione … Sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse. *Qui* enim *solvit* per errorem, *magis distrahendae* obligationis animo *quam contrahendae* dare videtur.

Sebbene tali passi siano molto simili tra loro nella formulazione, essi differiscono notevolmente per il posizionamento che ricoprono nella rispettiva opera: nelle *Institutiones*, Gai. III, 91 – in materia di pagamento dell'indebito – è successivo a Gai. III, 90 (si consideri che a quest'ultimo corrisponde il framm. 498 *rer. cott.*); nelle *res cottidianae*, invece, il

pagamento dell'indebito, cui è dedicato il framm. 506, è parte di altra sezione rispetto al framm. 498. Quest'ultimo, infatti, si trova nel libro secondo, in una parte dedicata alle *obligationes ex contractu*, mentre il framm. 506 si colloca nel terzo libro in materia di *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*, cioè a proposito di una categoria – al pari di quella delle *obligationes quasi ex maleficio* (*delicto*[21]) – che neppure è prevista nelle Istituzioni. Ciò induce a ritenere che il passo delle *res cott.* rappresenti un ulteriore sviluppo del sistema del diritto privato seguito nelle Istituzioni[22].

Quanto ai paralleli offerti dalle Istituzioni giustinianee, occorre notare che Inst. Iust. 3, 14 pr. contiene molti riferimenti letterali a Gai. III, 90, mentre 3, 14, 1 a Gai. III, 91. A prima vista, le Istituzioni imperiali sembrerebbero seguire, dunque, le Istituzioni gaiane, sia nel testo sia nella struttura. In verità non è proprio così. Anzitutto, le Istituzioni di Giustiniano, così come le *res cottidianae*, contengono una sezione sulle *obligationes ex contractu* e una sulle *obligationes quasi ex contractu* (e, parimenti, una sulle *obligationes quae ex delicto nascuntur*, e un'altra sulle *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*). E inoltre nelle Istituzioni giustinianee, per quanto riguarda il *non debitum solutum*, vi è una peculiarità pure rispetto alle *res cott.*: l'istituto è trattato sia nella sezione dei contratti (Inst. Iust. 3, 14, 1) che in quella dei quasi contratti (Inst. Iust. 3, 27, 6); nelle *res cottidianae*, invece, solo in quest'ultima (framm. 506). Da ciò risulta che Inst. Iust. 3, 27, 6 (*non debitum solutum* come quasi contratto) fornisce una ripetizione approssimativa di quanto già dichiarato in Inst. Iust. 3, 14, 1 (*non debitum solutum* come contratto).

e) In materia di contratti consensuali, in particolare *emptio venditio* e *locatio conductio*:

Gai. III, 145	II, framm. 501 *rer. cott*. D. 19, 2, 2, 1

[21] Si noti la differente terminologia: Gai. III, 88, «obligatio … nascitur … ex delicto» e framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1 pr., «Obligationes … nascuntur … ex maleficio»; come pure si ravvisa tra Gai. III, 182 e il framm. 505 *rer. cott.* D. 44, 7, 4. A. M. HONORÉ, *Gaius: a biography*, Oxford, 1962, 101 s. è dell'opinione che Gaio, durante la scrittura delle *res cottidianae*, abbia sostituito il *delictum* con il *maleficium* perché più incisivo, in quanto più adatto a indicare «un illecito deliberato». La modifica è anche collegata al fatto che Gaio voleva creare una categoria separata, i quasi delitti, per fattispecie che non potevano essere attribuite a una condotta illecita intenzionale. Contro l'ulteriore supposizione di Honoré secondo cui Gaio, nel delineare a nuova classificazione delle obbligazioni, avesse preso spunto da Aristotele, *Ethica Nicom*. 5, si vedano le obiezioni di G.G. ARCHI, Recensione a A. M. HONORÉ, *Gaius: a biography*, in «SDHI», XXIX, 1963, 436. Comunque, i redattori delle Istituzioni di Giustiniano adottarono talora *delictum* talora *maleficium*, determinando così una terminologia incoerente: *e.g.*, da un lato, Inst. Iust. 4, 1 tit. *de obligationibus quae ex delicto nascuntur* e 4, 5 tit. *de obligationibus ... quasi ex delicto*, mentre, dall'altro, Inst. Iust. 4, 1 pr. *de obligationibus ex maleficio* e *hae nascuntur ... ex ipso maleficio* e 4, 5 pr. *non proprie ex maleficio obligatus*. Torneremo più diffusamente sul binomio terminologico – e giuridicamente rilevante – *delictum-maleficium*, *infra*, cap. II, all'interno dell'analisi del framm. 505 *rer. cott.*, 213 s.

[22] Sui rapporti tra le *Institutiones* e le *res cottidianae* gaiane, *infra*, § 4, 46 s.

Adeo autem emptio et venditio et *locatio et conductio familiaritatem aliquam* inter se *habere videntur, ut in quibusdam* causis *quaeri soleat, utrum emptio et venditio* contrahatur *an locatio et conductio.*	*Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio,* item *locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio* sit *an locatio et conductio.*
Gai. III, 147	*ibid.*
Item quaeritur, *si cum aurifice mihi convenerit, ut si ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia* denarios CC, *utrum emptio et venditio an locatio et conductio* contrahatur … Atqui *si* meum *aurum* ei *dedero mercede pro opera constituta*, convenit *locationem conductionem* contrahi.	ut ecce *si cum aurifice mihi convenerit*, *ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia* trecenta, *utrum emptio et venditio* sit*an locatio et conductio* ... Quod *si* ego *aurum dedero mercede pro opera constituta*, dubium non est, quin *locatio* et *conductio* sit.

Si osservi in questo caso il parallelo di Inst. Iust. 3, 24, 3 che, laddove divergente, ricalca talvolta le Istituzioni gaiane, talvolta il frammento contenuto nel Digesto.

3. Le indagini interpolazionistiche sul c.d. *Urgaius.* Osservazioni critiche

3.1. La tesi di Arangio-Ruiz

Le cinque sezioni di brani paralleli appena mostrate – in funzione esemplificativa e non certo esaustiva – sono sufficienti a stabilire che le Istituzioni di Gaio (o meglio, ciò che costituisce la *scriptura inferior* del Codice Veronese) e le *res cottidianae* hanno una comune matrice.

L'opinione oggi prevalente della dottrina[23] ritiene le *res cottidianae* una più recente opera didattica di Gaio, con la conseguenza che tutte le modifiche ivi presenti rispetto alle *Institutiones* potrebbero spiegarsi assumendo che le *res cott.* siano il frutto di un progresso nel sistema gaiano del diritto privato romano. Ipotesi tanto più verosimile se si considera che Gaio fu al contempo giureconsulto e docente, e pertanto sollecitato a una costante elaborazione critica e costruttiva della materia insegnata.

[23] *Ex multis*, P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Romischen Rechts*[2] , Monaco, 1912, 206 s.; NELSON, *Überlieferung*, cit., 308. Più diffusamente, *infra*, § 4, 46 s. e cap. III.

Tuttavia, specie in passato, e in particolare dagli anni venti del secolo scorso, cioè dal momento in cui la giusromanistica si è addentrata in una sempre più smaniosa ricerca delle interpolazioni, numerosi dubbi sono stati sollevati sulla paternità gaiana dei *libri aureorum*.

Basti pensare che Arangio-Ruiz, sulla base di un confronto tra Inst. Iust. 3, 13 e Gai. III, 88-89, da un lato, e il framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1 pr. – 1, dall'altro, ipotizzi che i compilatori giustinianei, come fonte per la redazione del loro manuale, non abbiano usato un testo identico a quello racchiuso nel *Codex Veronensis* né un testo paragonabile al frammento delle *res cottidianae* contenuto nel Digesto. Il testo gaiano usato come *specimen* sarebbe stato diverso da entrambi. Motivo per cui lo stesso Codice Veronese dovrebbe considerarsi una elaborazione successiva all'originale opera istituzionale, mentre i frammenti contenuti nel Digesto a noi pervenuti sotto il nome di *res cott.*, un raffazzonamento post gaiano[24].

Il testo veronese, per quanto successivo al primo e genuino manuale gaiano, trasmetterebbe in ogni caso la lezione più autentica dell'opera del giurista degli Antonini[25], mentre delle *res cottidianae* – afferma Arangio-Ruiz – sarebbero circolate due versioni ai tempi della codificazione giustinianea: l'una utilizzata per redigere le Istituzioni imperiali, l'altra rifluita nelle Pandette. Entrambe avrebbero subito trasformazioni in epoca postgaiana, in parte attraverso l'inclusione di glosse a margine, in parte attraverso espunzioni o aggiunte da altri scritti di Gaio[26].

Ciò posto, confrontando le due versioni delle *res cottidianae*, risulterebbe che la versione utilizzata per le Istituzioni di Giustiniano sia qualitativamente migliore rispetto ai frammenti tramandati dal Digesto. Non deve stupire: l'autore della prima – ritiene lo studioso – era assai più acuto e preparato dell'altro, «estensore [invece] verboso e sciatto»[27].

---

[24] V. ARANGIO-RUIZ, *D. 44,7,25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, I, Parigi, 1926, 81-95, rist. in ID., *Scritti di diritto romano,* II, Napoli, 1974*,* 143-155. Cfr. in particolare 92-93: «[…] non solo ignoriamo se le *res cotidianae* siano pervenute ai compilatori in una loro stesura originale o in un raffazzonamento postclassico, ma anche ignoriamo (tante sono le divergenze) se i redattori delle Istituzioni imperiali e quelli dei Digesti abbiano lavorato su manoscritti eguali; e, se ci orientiamo – com'è nella tendenza più diffusa – verso l'ipotesi di rimaneggiamenti tardivi, i mezzi sembrano mancarci per indagare se questi siano stati operati sulle Istituzioni o su altro scritto gaiano, e se su quella stessa edizione dei commentarii che il ms. veronese ci ha conservata o su altra successiva».

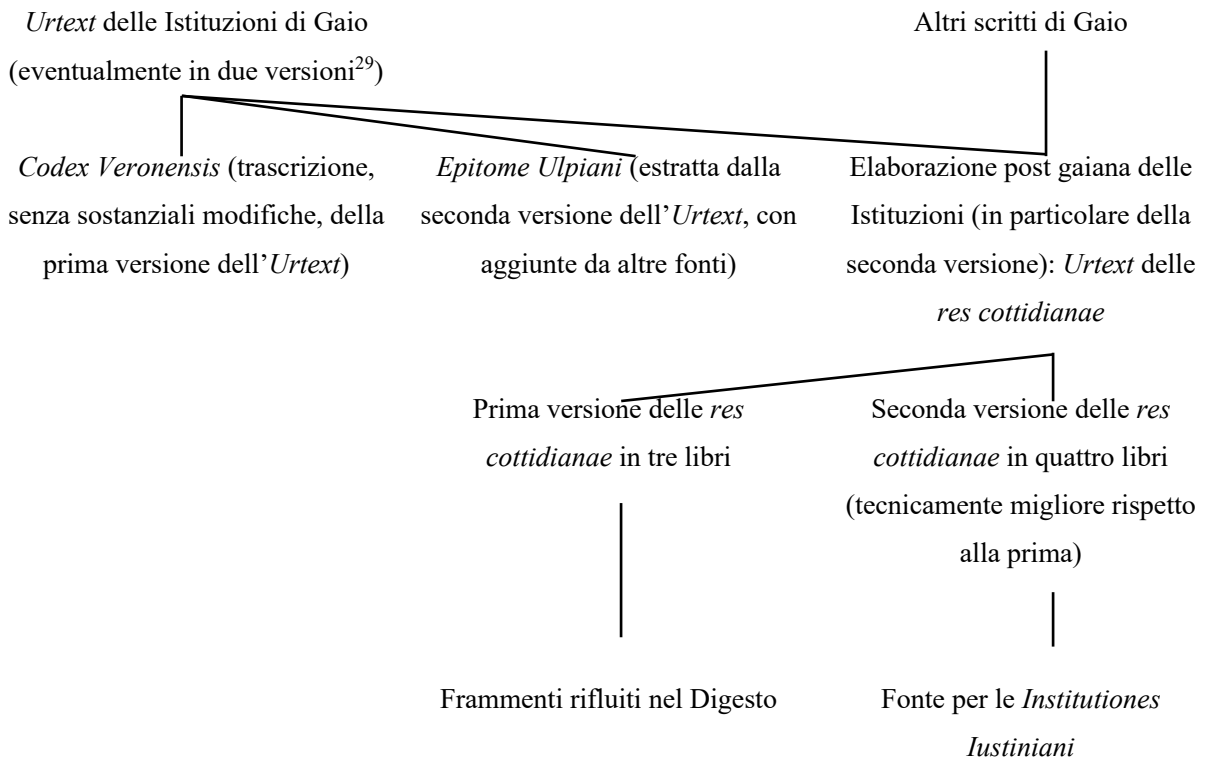
[25] ID., *Ancora sulle Res cottidianae*, *Studio di giurisprudenza postclassica*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milano, 1930, 495 s. Si noti che nell'arco temporale intercorso tra questo contributo e quello citato nella nota precedente era avvenuta la scoperta dei papiri di Ossirinco (precisamente nel 1927). Cfr. A.S. HUNT, *The Oxyrhyncus Papyri*, XVII 2103, Londra, 1927, 173-180.

[26] ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 509: «Bisogna dunque concludere che le divergenze erano nei manoscritti escerpiti dai compilatori: e, poiché non è luogo a dubitare che anche le Inst. siano per questa parte attinte alle *res cottidianae*, ne deriva che di queste esistevano due diverse redazioni, compilate nelle scuole bizantine sul commento assai libero che uno stesso maestro veniva facendo di passi scelti da Gaio».

[27] *Ibid.*, 517 a proposito del confronto tra Inst. Iust. 1, 6, 3 e il framm. 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10: «Nell'adattare il testo alle *r.c.*, i due estensori di queste avrebbero proceduto ciascuno secondo le sue predilezioni: il giurista più acuto, al quale anche qui attingono le Inst., avrebbe conservato l'andamento

Orbene, attesa l'esistenza di una doppia versione delle *res cottidianae*, l'indicazione offerta dall'Indice Fiorentino (che riporta sette libri di *res cottidianae sive aurea*) sarebbe da leggersi in questo modo: tre libri utilizzati per il Digesto, i restanti quattro presi a modello per le Istituzioni giustinianee.

La tesi di Arangio-Ruiz può riassumersi agevolmente dal seguente prospetto[28]:



dell'originale; mentre il verboso e sciatto estensore del testo escerpito nei Dig. avrebbe conservato solamente quel tanto che occorreva a preparare il suo pezzo forte sulle *transmarinae negotitationes.* Quanto ai giustinianei, ritengo che abbiano accolto i passi così come li trovavano nelle loro fonti: salvo che, se il libro escerpito per le Inst. conteneva ancora la menzione dei giuristi cui si doveva la sentenza prevalsa, le Inst. dovettero cancellarla secondo il criterio costantemente seguito dai loro estensori».

[28] NELSON, *Überlieferung*, cit., 310

[29] V. ARANGIO-RUIZ, *Sul «liber singularis regularum». Appunti gaiani*, in «BIDR», XXX, 1921, 178-219 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., 89-132). Nello specifico, Arangio-Ruiz muove dalle coincidenze fra il manuale istituzionale giustinianeo e i *Tituli ex corpore Ulpiani* (o *liber singularis regularum* o *Epitome Ulpiani*), legittimando la conclusione che, dovunque il testo imperiale si distacchi dal Veronese, ivi se ne distacchino, e nella stessa direzione, anche le *regulae*. Questa constatazione toglie ogni probabilità all'opinione allora dominante, suffragata dall'autorità di C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in «BIDR» XIII, 1900, 101-207 (= *Opere di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1929, 307-419): avere i compilatori delle Istituzioni imperiali tenuto sullo scrittoio, oltre alle opere elementari sussidiarie, i due manuali di Gaio, *Institutiones* e *res cottidianae*, attingendo ora alle une ora alle altre, e contaminando spesso con entrambe lo stesso paragrafo, o perfino la stessa frase. Per sostenere ciò, bisognerebbe ammettere non solo che il compilatore del *lib. sing.* avesse anche lui sotto mano le due opere gaiane, ma che scegliesse dall'una e dall'altra esattamente secondo gli stessi criteri più tardi seguiti da Teofilo e Doroteo. E ammettere pure che tutti quei passi di stile gaiano, che in Inst. Iust. sembrano integrare o correggere un'esposizione condotta sulla falsariga del Gaio

A ben vedere, tuttavia, quanto affermato da Arangio-Ruiz si risolve in una semplice congettura non suffragata da evidenze oggettive sufficienti a dimostrare che i redattori delle Istituzioni di Giustiniano e i compilatori dei Digesto siano ricorsi a due differenti versioni delle *res cottidianae*. Vero è che non si possono negare, specie considerando i lunghi periodi, talune discrasie significative tra i passi paralleli delle due opere. Ma questo dato non è di per sé conclusivo.

Basta infatti porre a confronto le stesse Istituzioni di Giustiniano con quelle gaiane per notare anche in questo caso molteplici differenze. Ciò è dovuto in buona parte a un eclettismo seguito dagli editori del manuale imperiale: talvolta hanno ripreso da Gaio solo una serie di singole parole; in altri luoghi, invece, interi periodi o addirittura paragrafi. Non vi è motivo di supporre che abbiano agito diversamente con le *res cottidianae*.

Pertanto, in linea di principio, si deve considerare irricevibile qualsiasi ricostruzione del testo delle *res cottidianae* fondata *sic et simpliciter* unicamente sulle Istituzioni di Giustiniano. E per quanto riguarda, invece, i frammenti delle *res cottidianae* contenuti nel Digesto, neppure persuade il giudizio di Arangio-Ruiz secondo cui il loro testo sarebbe proprio di un «estensore sciatto» e quindi qualitativamente peggiore, sotto un profilo tecnico-giuridico, rispetto a quanto rifluito nelle Istituzioni imperiali. Tanto nell'uno che nell'altro

---

Veronese, non fossero stati inseriti dai compilatori, ma già facessero corpo con il restante discorso nel manoscritto che essi escerpivano, manoscritto conforme a quello già tenuto sott'occhio dal compilatore delle *regulae*. Tale tesi potrebbe pure confermare l'opinione che vuole le *res cott.*, in sostanza, essere una seconda edizione accresciuta delle Istituzioni. Ma l'argomentazione sarebbe fallace. Anzitutto perché in Const. *Imperatoriam*, 6 si afferma che le Istituzioni furono composte «ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam rerum cottidianarum», cioè da due opere perfettamente distinte. Inoltre, può dimostrarsi che il compilatore delle *regulae* non compulsò le *res cott.* dal momento che, se vi è un punto in cui il *lib. sing.*, riproducendo massime tolte alle Istituzioni gaiane, non ha nessun contatto con Inst. Iust., è il titolo *de dominiis et adquisitionibus rerum* (tit. XIX), nella cui materia Inst. Iust. dipende dai *libri aureorum* (si veda S. RICCOBONO – J. BAVIERA – C. FERRINI – J. FURLANI – V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani in usum scholarum*, «FIRA», *Pars Altera*, *Auctores*, Florentiae, 1968, 280). Il sistema di *libri aureorum* era sul punto molto divergente dal Veronese, e finanche superiore. Arangio-Ruiz, allora, afferma che occorre rinunciare a vedere nelle *res cott.* una seconda edizione delle *Institutiones*. Esse sarebbero, sì, un trattatello, ma destinato a un pubblico più eletto delle *Gai Inst.*; e si presenterebbero, quindi, tanto più ricche di svolgimenti pratici e dottrinali quanto meno intese ad abbracciare tutto il diritto privato. Ora, posto che nessun giurista si è tanto ripetuto quanto Gaio, i massi erratici che compaiono in *res cott.*, dopo averli visti nelle *Institutiones*, sono assai numerosi. E nello svolgimento di una siffatta attività di espositore si rivela appunto una seconda edizione delle Istituzioni, che, ispirata alle nuove esperienze fatte, intendeva colmare le lacune del manuale e correggerlo nelle parti più difettose. La seconda edizione – prosegue Arangio-Ruiz – non riuscì a soppiantare del tutto la prima, che anzi passò in Occidente, dove servì di base all'epitomatore della *lex Romana Wisigothorum* ed ebbe la persistente tradizione manoscritta che fa capo al Veronese; ma fu invece alla seconda, certamente più diffusa, che fecero capo sia l'ignoto docente di Autun sia i compilatori delle *regulae*, delle Istituzioni giustinianee, della Parafrasi. La seconda edizione delle *Gai Inst.*, per inciso, è attribuita all'età di Commodo. Lo studioso ritorna sull'argomento in ID., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 173-174, n. 1. Tuttavia, quest'ultimo lavoro è solo un breve commento sul confronto tra Gai. III, 161 (secondo la lettura del *Codex* V), da un lato, e il framm. 504 *rer. cott.* D. 17, 1, 4 con Inst. Iust. 3, 26, 8, dall'altro.

caso, coloro che hanno tratto gli *excerpta* sono intervenuti cancellando parole o intere frasi, ovvero hanno usato termini differenti in alcuni passi per meglio adattarli al contesto. Le deviazioni dal modello originale sono dovute non già a un diverso modello compulsato, quanto alle modifiche liberamente apportate dai redattori dell'una e dell'altra opera giustinanea.

Ancora, la tesi per cui i frammenti di *res cottidianae* del Digesto sarebbero nient'altro che un raffazzonato lavoro post gaiano neppure convince se si considerano i singoli passi contestati dallo studioso.

Non si comprende, per esempio, perché nel confronto tra Inst. Iust. 1, 6, 3 e il framm. 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10 quest'ultimo debba essere degradato a una «sciocca tirata», uno sproloquio inutile che avrebbe avuto il solo risultato di sopprimere le parti più rilevanti della trattazione gaiana. Nel passo in parola – si ricorderà – dopo avere chiarito che manomette in frode dei creditori colui che nel tempo della manomissione già si trova in stato di insolvenza, ovvero colui che con il dare la libertà cesserà di essere solvente, l'estensore decide di discostarsi da Gai. I, 37 e precisa, a titolo di esempio, il pericolo in cui incorrono taluni uomini che non hanno contezza della propria situazione patrimoniale effettiva (a causa di operazioni commerciali compiute oltremare) e manomettono, perciò, i servi che possiedono, ignorando di ledere i propri creditori[30]:

Framm. 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10: In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse. *Saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Quod frequenter accidit his, qui transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent: quod saepe, adtritis istis negotiationibus longo tempore, id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem*.

Altro passo contestato dallo studioso concerne la discussione sulle categorie del mandato:

Gai. III, 155-156	II, framm. 503 *rer. cott.* D. 17, 1, 2 pr.

[30] ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 516: «[…] quale interesse avevano i giustinianei, nell'atto di cotanto offizio, ad aggiungere nel passo dei Dig. la sciocca tirata sulla scarsa conoscenza che un commerciante più avere de' suoi affari trasmarini? E, se avessero avuto tempo e spazio per siffatti sproloquii, perché mai avrebbero contemporaneamente soppresso le parti più rilevanti della trattazione gaiana? A me pare che il problema si chiarisca ammettendo che anche qui uno squarcio di opera gaiana (integra o comunque glossata) sia stato parzialmente accolto e variamente elaborato nelle due stesure delle postclassiche *r.c.*». Nell'*excerptum* che segue, la sezione criticata è riportata in corsivo.

Mandatum consistit, sive *nostra* gratia mandemus sive *aliena* … Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum *eqs.*	Mandatum inter nos contrahitur, sive *mea* tantum gratia tibi mandem sive *aliena* tantum sive *mea et aliena* sive *mea et tua* sive *tua et aliena*. Quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum *eqs.*

Inst. Iust. 3, 26 pr. è abbastanza simile al frammento di *res cottidianae* e pure distingue tra cinque categorie: *sua tantum gratia*, *sua et tua*, *aliena tantum*, *sua et aliena*, *tua et aliena.*

Arangio-Ruiz considera l'aggiunta, rispetto alle *Institutiones*, delle tre categorie c.d. miste come pura «completomania che non era nei metodi del vecchio giurista, come non era nel suo stile quel magro seguito di regolette mnemoniche, che ci rende fastidiosa la lettura di fr. 2 D. 17, 1 e Inst. III, 26»[31].

Non è dato comprendere – non ostandovi alcun motivo – perché lo studioso escluda *a priori* che Gaio possa avere ampliato le categorie del mandato in un proprio successivo lavoro. Piuttosto, dal confronto con le Istituzioni di Giustiniano traspare un altro elemento da non trascurare:

a)	II, framm. 503 *rer. cott* D. 17, 1, 2, 1	Inst. Iust. 3, 26, 1
	vel ut pro me *fideiubeas*	vel ut pro eo *sponderes*
b)	*Ibid.* § 2	*ibid.* § 3
	vel ut pro eo (Titio) *fideiubeas*	vel ut pro Titio *sponderes*
c)	*ibid.* § 3	*ibid.* § 4
	vel ut pro me et Titio *fideiubeas*	vel ut pro eo et Titio *sponderes*

È pacifico che nel modello comune utilizzato dai redattori del Digesto e delle Istituzioni imperiali, la formula di «garantire per un obbligo altrui» era espressa dall'antico e solenne *spondere* (e non dal più moderno *fideiubere*). Infatti, non si può ritenere che le tre ripetizioni (*sponderes*) di cui sopra siano state create *ex nihilo* dagli autori del manuale istituzionale di Giustiniano, ma esse – vuoi per pura incuria o per dedizione scolastica – sono state trasposte immutate dal loro originale. Copiatura non effettuata invece dai compilatori del Digesto, che hanno deliberatamente sostituito *sponderes* con *fideiubeas* in tutti e tre i punti[32].

[31] *Ibid.*, 506.

[32] E. LEVY, *Sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*, Berlino, 1907, 113 s. trova le più recenti menzioni degli *sponsores*, oltre che in S. Girolamo (e per altre citazioni coeve, cfr. M. ROTONDI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1922, 529) anche in C. Th. 8, 18, 1, 3 (a. 315) e C. Th. 3, 15, 1 (a. 392) e sottolinea come i termini *spondere,*

Ma torniamo sulle divergenze materiali sussistenti tra le Istituzioni di Gaio e le *res cottidianae*.

In tema di *specificatio*, si discute sulla proprietà nel caso di unione, miscelazione, fusione di cose appartenenti a soggetti diversi. Il confronto tra Inst. Iust. 2, 1, 25 e II, framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7-9 – ipotesi in cui taluno abbia creato qualcosa di un nuovo tipo da una cosa altrui aggiungendovi un'altra sostanza, o anche solo effettuandovi una semplice elaborazione – merita di essere analizzato con attenzione.

Arangio-Ruiz ritiene che in questo caso si siano accumulate varie sovrastrutture postclassiche su un identico brano gaiano[33]. Nelle parti di sicura classicità l'aderenza a Gai. II, 79 è così evidente da doversi considerare tale passo come la fonte comune. Tuttavia, già in queste stesse parti si rilevano minute differenze, sia nell'ordine invertito degli esempi (che di seguito indichiamo con i numeri I e II), sia nel fatto che nelle Istituzioni gaiane e imperiali la posizione della questione con i relativi esempi precede l'esposizione della controversia tra la scuola proculiana e quella sabiniana, mentre nel Digesto si offrono prima le due soluzioni avverse e poi gli esempi (si vedano le lettere *a* e *b*):

Gai. II, 79	II, framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7	Inst. Iust. 2, 1, 25
(I) Proinde *si ex uvis <aut olivis aut spicis*[34]*> meis vinum aut oleum aut frumentum* feceris … (II) item *si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris* … item si *ex lana mea vestimentum* feceris, … <quaeritur utrum tuum sit id quod feceris,> an meum.	*cum quis ex aliena materia speciem aliquam* suo nomine	*Cum ex aliena materia species aliqua* facta sit ab aliquo, quaeri solet, qui eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui *fecerit*, an ille potius, qui materiae dominus fuerit: ut ecce *si* quis (I) *ex alienis uvis*

sponsio, sponsor nel senso di «garanzia per responsabilità altrui» furono abbandonati in epoca postclassica. Pertanto, se si incontrano talvolta nelle costituzioni imperiali del quarto secolo devono considerarsi in senso generico come una promessa ordinaria di qualsiasi tipo. B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garenzie personali*, in «BIDR», XLV, 1962, 127 s. (= ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 280 s.) sottolinea che la *fideiussio* assorbì la *sponsio* e la *fidepromissio* in epoca classica, allo stesso modo in cui la *stipulatio* assorbì la *sponsio*. Introdotta la *fideiussio*, le antiche forme di garanzia caddero in desuetudine, e l'attenta trattazione di Gaio ebbe il ruolo di sortire un valore soprattutto storico. Si veda anche KASER, *Privatrecht*, I², cit., 661 s. e II², München, 1975, 457 s.; F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999; ID., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in AA.VV., *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova, 2008, 93-129.

[33] ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 519.

[34] La lacuna è colmata dal framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7.

(*a*) *Quidam* materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut *cuius materia sit*, *illius et res*, *quae facta sit*, *videatur esse*; idque maxime placuit *Sabino et Cassio*; (*b*) *alii* vero *eius rem esse putant*, *qui fecerit*; idque maxime *diversae scholae auctoribus* visum est.	*fecerit*: (*b*) *Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit*, quia quod factum est, antea nullius fuerat; (*a*) *Sabinus et Cassius* magis naturalem rationem efficere putant, ut *qui materiae dominus fuerit*, *idem eius quoque*, *quod ex eadem materia factum sit*, *dominus esset*, quia sine materia nulla species effici possit: (II) veluti *si ex auro vel argento* vel aere *vas aliquod fecero* … vel *ex lana tua vestimentum* ... (I) vel *ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum.*	*aut olivis aut frumentum fecerit*, aut *ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit* … (II) vel *ex* aliena *lana vestimentum fecerit* … Et post multas (*a*) Sabinianorum et (*b*) Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit

Nonostante le differenze di composizione, i testi riflettono non solo la stessa dottrina in termini di contenuto, ma in diversi punti anche la medesima formulazione testuale.

Nelle *res cottidianae*, tuttavia, segue un'aggiunta di cui non vi è alcun parallelo nelle Istituzioni gaiane (vi è purtuttavia, come si può agevolmente notare sopra, in quelle imperiali):

Framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7: Est tamen etiam media sententia [recte] existimantum, *si species ad materiam reverti possit*, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt; *si non possit reverti*, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris *reverti potest*, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas *reverti non potest*; ac *ne* mulsum *quidem* ad mel vel vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta *reverti possunt.* videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, *non novam speciem facit*, sed eam quae est detegit.

All'esposizione derivante da Gaio si sovrappongono, dunque, tre regole, perfettamente compatibili l'una con l'altra, variamente distribuite tra le due compilazioni:

1) la *media sententia*, che distingue tra specie riducibili alla materia prima e materie irriducibili (esposta in Dig. e in Inst. Iust., e non in Gai.);

2) la dottrina della proprietà dello specificatore sulla specie per la quale abbia impiegato anche materia propria (esposta solo in Inst. Iust.)[35];

3) l'osservazione che la trebbiatura non costituisce specificazione (esposta solo in Dig.).

Arangio-Ruiz è convinto che la *media sententia* non sia gaiana né nella forma né nella sostanza, e che malamente sia stata inserita nel passo[36]. Un glossema del genere dovette insinuarsi assai presto nelle Istituzioni classiche, sicché entrambi gli estensori delle *res cott.* ve lo trovarono – vale a dire, gli estensori delle *res cott.* rifluite nelle Istituzioni giustinianee e gli altri che compilarono la versione di *res cott.* usata per i Digesti. Che la dottrina contenuta *sub* 2) sia propria di Giustiniano e dei suoi compilatori è opinione comune in virtù della *praesumptio* (*iuris tantum*) che sia giustinianeo tutto quanto non è classico; *sub* 3), invece, sarebbe contenuta una osservazione giusta ma trascurata da classici e postclassici per la sua scarsa importanza pratica, tant'è che nelle Istituzioni giustinianee e nel Digesto il caso del *frumentum ex spicis factum* ha conservato il suo posto nell'esemplificazione.

Ora, per risolvere il problema dell'autenticità del passo in esame, occorre rispondere alla domanda se al tempo di Gaio la dottrina citata nella *media sententia* fosse già nota[37].

In essa si afferma che un oggetto di nuova forgia cade in proprietà dello specificatore solo se il materiale originale (per esempio, a causa di un'accurata fusione o miscela) non possa tornare allo stato iniziale (*ad materiam reverti non potest*) o se l'oggetto abbia nel frattempo assunto una qualità completamente nuova (*novam specie facit*).

Già Pomponio, che è giurista precedente a Gaio, sostenne il medesimo insegnamento. Ce lo riferisce Ulp. XVI *ad ed*. D. 6, 1, 5, 1, a proposito del commento all'editto da lui redatto[38]:

Idem (scil. Pomponius) scribit, si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari; sed puto verius, ut et ipse significat, eius potius esse qui fecit, *quoniam suam speciem pristinam non continet.* sed si plumbum cum argento mixtum sit, *quia deduci possit*, nec

[35] Inst. Iust. 2, 1, 25: «Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque … dubitandum non est hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit».

[36] ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 520. Di questo avviso, anche C. FERRINI, *Appunti sulla dottrina della specificazione*, in «BIDR», II, 1889, 234; ID., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in «BIDR», cit., 147 (= *Opere*, II, cit., 357); A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten jahrhunderte der Kaiserzeit*, 2.1, Halle, 1895, 321, n. 3; KRUEGER – MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, cit., 691, *sub* (6).

[37] Cfr. D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, cit., 72 s.; KASER, *Privatrecht*, I[2], cit., 431.

[38] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, «Sextus Pomponius», Lipsiae, 1889 (rist. Graz, 1960; Roma, 2000), col. 26, n. 77; *ibid.*, «Domitius Ulpianus», col. 509, n. 549.

communicabitur nec communi dividendo agetur [, quia separari potest][39]: agetur autem in rem actio.

Ciò dimostra che anche prima della composizione delle Istituzioni di Gaio vi erano stati tentativi volti a mediare le opinioni dei Sabiniani con quelle dei Proculiani in materia di *specificatio*. Non si può escludere allora che anche Gaio, in una sua opera, abbia elaborato un tentativo di mediazione. Non sarebbe neppure il solo, posto che la *media sententia* in materia di specificazione è citata da Paul. XIV *ad Sab*. D. 41, 2, 24[40]:

In omnibus *quae ad eandem speciem reverti non possunt*, dicedum est, si materia manente *species dumtaxat forte mutata sit*, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere.

Se, da un lato, parrebbe non potersi sollevare obiezioni sulla classicità della *media sententia*, d'altro canto, qualche dubbio sorge se si considerano talune singole parole presenti nel testo.

L'inciso *est tamen etiam media sententia recte existimantium* nel framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7 indicherebbe che Gaio è d'accordo sul contenuto della *media sententia.* Qualche riga sotto, tuttavia, questi decide di rigettarla almeno su un punto: la trebbiatura non costituisce specificazione. L'autore ritiene infatti corretta l'obiezione di alcuni giuristi (*videntur tamen mihi recte quidam dixisse*) che la raccolta di frumento da spighe altrui non è tanto una questione di creare una specie nuova, quanto di *scoprire* quella che già esiste (cioè il chicco).

Su questo punto Gaio sposa la dottrina sabiniana, secondo cui la proprietà della cosa originale deve essere considerata più importante della successiva elaborazione da parte di uno specificatore.

Se ciò è vero, deve considerarsi improbabile che l'autore del passo abbia aggiunto un *recte* all'inizio della discussione sulla *media sententia* (*est etiam media sententia* recte *existimantium*). L'avverbio deve essere stato inserito piuttosto dai redattori del Digesto (si veda al riguardo Inst. Iust. 2, 1, 25 ove il *recte* non è presente, e neppure è riportata la questione delle trebbiatura).

In conclusione, la *media sententia* deve considerarsi genuinamente gaiana, ma comunque non immune da interventi modificativi avvenuti allorquando il testo è rifluito nelle Pandette.

---

[39] Si tratta di una glossa esplicativa a *quia deduci possit*.
[40] LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 1288 n. 1868.

Le parole *recte existimantium* del framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7 risultano, infatti, in contraddizione con l'obiezione critica appena successiva in materia di trebbiatura. Contraddittorietà da ascriversi a un compilatore particolarmente frettoloso[41].

Ma perché – si può chiedere – Gaio non ha menzionato l'opinione intermedia anche nel corpo delle Istituzioni (Gai. II, 79)? Va notato che anche in altri passi delle *Institutiones* si riscontrano omissioni, nonostante in generale un certo parallelismo con le *res cottidianae*. Al riguardo, può citarsi la trattazione dei contratti reali, molto più dettagliata nei *libri aureorum* che nelle Istituzioni: mentre in queste ultime si menziona a titolo di esempio solo una singola specie dei contratti reali, il mutuo, nelle *res cottidianae* ve ne sono altre tre: il *commodatum*, il *depositum* e il *pignus*[42]:

Gai. III, 90	II, framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 2-4
Re contrahitur obligatio velut *mutui datione*; <*mutui autem datio*> proprie *in his* fere *rebus* contingit, *quae* res *pondere numero mensura constant*, qualis est *pecunia numerata vinum oleum frumentum* aes argentum aurum; *quas res* aut numerando aut metiendo aut pendendo *in hoc damus*, *ut accipientium fiant* et quandoque nobis non eaedem, sed *aliae eiusdem* naturae reddantur *eqs*.	*Re contrahitur obligatio mutui datione*; *mutui autem datio* consistit *in his rebus*, *quae pondere numero mensura*ve *constant*, veluti *vino oleo frumento pecunia numerata*, *quas res in hoc damus*, *ut fiant accipientis*, postea *alias* recepturi *eiusdem* generis et qualitatis.
	Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur *eqs*. Is quoque, apud quem rem

[41] Di questo avviso, NELSON, *Überlieferung*, cit., 318.

[42] L'estensione dei contratti reali ad altri negozi potrebbe ritenersi postclassica. Non sono di questo avviso F.B.J. WUBBE, *Gaius et les contrats réels* in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, «TR», XXXV, 1967, 523 s., C.A. MASCHI, *Tutela, fedecommessi, contratti reali*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, IV, Milano, 1971, 689, M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen*, Wien, 1972, 46, che considerano di età classica la classificazione di *commodatum*, *depositum* e *pignus* all'interno della categoria dei contratti reali. Wubbe e Maschi, in particolare, non vogliono escludere che Gaio fosse l'autore delle *res cottidianae*. Il primo ipotizza che in un primo momento Gaio, nelle sue Istituzioni, seguisse ancora una impostazione risalente, e solo in seguito, nella stesura delle *res cottidianae*, avrebbe tenuto conto dell'espansione della categoria di contratti reali nel frattempo intercorsa. Maschi (*op. cit.*, 690 s.) si domanda se il copista del *Codex* V abbia escluso in Gai. III, 90 un passaggio più lungo dell'originale, contenente gli altri istituti. Entrambe le opinioni sono difficilmente verificabili. È vero però che l'inciso presente in Gai. III, 90 (*velut mutui datione*) dimostra che Gaio conoscesse altri contratti reali (come il deposito, su cui Gai. III, 207). Occorre pure sottolineare che Gaio non ricercava la completezza nella redazione del suo libro elementare: così come ha completamente omesso il diritto alla dote e il diritto delle donazioni tra i coniugi (cfr. NELSON, *Überlieferung*, cit., 377), altrove si sarebbe accontentato di semplici *exempla*, come appunto in Gai. III, 90 (cfr. M. DAVID – H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar herausgegeben*, *Kommentar*, *1. Lieferung*, Leiden, 1954, 159 su Gai. I, 128; ID., *Gai Institutionum Commentarii IV*, *Kommentar*, *3. Lieferung*, Leiden, 1968, 382 su Gai. II, 182. Ma, d'altra parte, in Gai. II, 218 ha elencato per intero le tipologie di legato, *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*: cfr. *ibid.*, 410).

aliquam deponimus, re nobis tenetur *eqs.* Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur *eqs.*

Non è insolito che lo stesso argomento venga trattato in uno dei manuali gaiani più dettagliatamente che nell'altro. Sebbene in genere ciò avvenga a favore di una maggiore completezza delle *res cottidianae* – come nelle ipotesi appena esaminate – è vero talvolta anche il contrario (*e. g.* i contratti verbali in Gai. III, 92-109 rispetto al parallelo offerto dal framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 7-15).

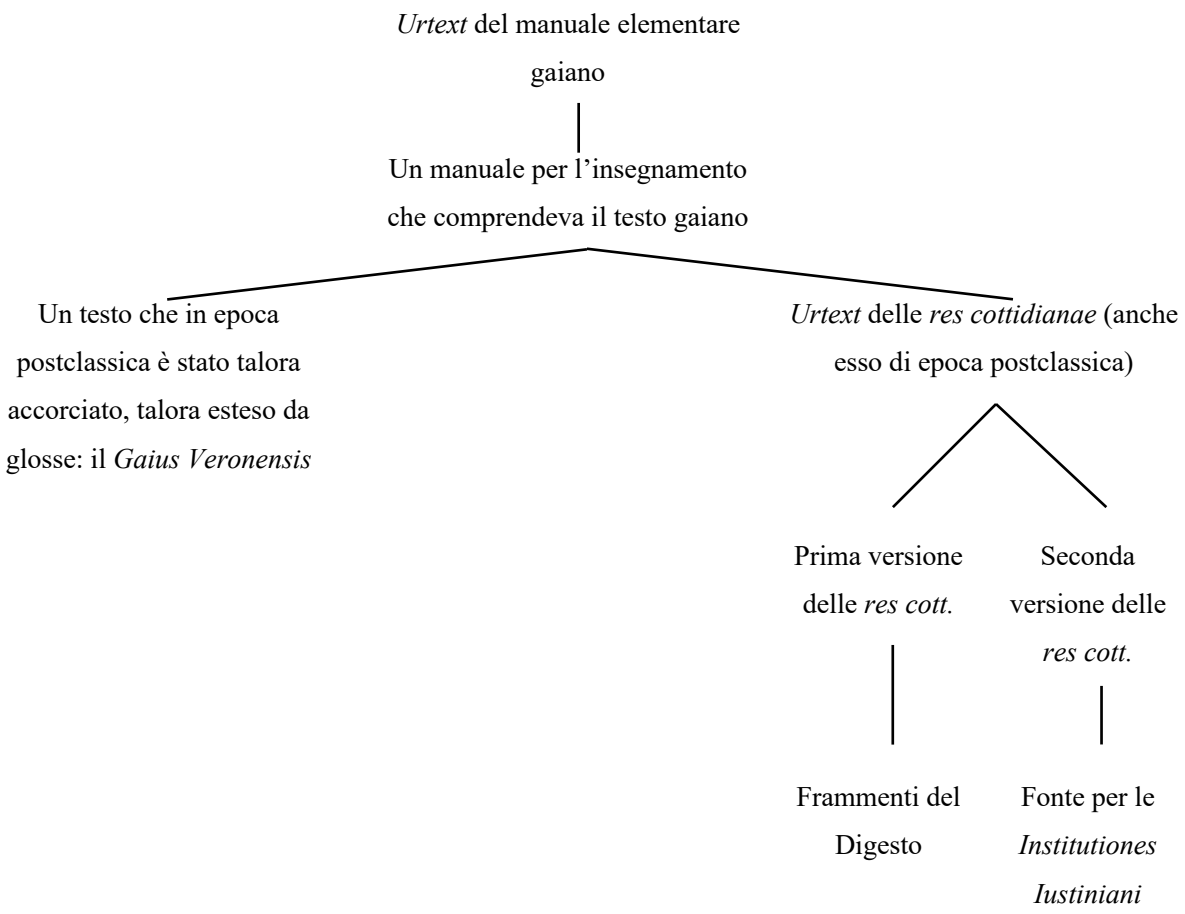
In ogni caso, l'analisi condotta partendo dalle argomentazioni di Arangio-Ruiz porta alla conclusione che tali obiezioni non bastano a negare la paternità gaiana delle *res cottidianae*. Priva di riscontri oggettivi è pure la tesi che al tempo di Giustiniano fossero presenti due diverse versioni dell'opera in parola.

Ciò nonostante, i dubbi avanzati dallo studioso hanno spinto altri ricercatori a cercare argomenti a supporto della origine non gaiana delle *res cottidianae*, ed eventualmente anche del testo istituzionale così come contenuto nel *Codex Veronensis*.

3.2 La tesi di Wolff

Sulla strada tracciata da Arangio-Ruiz si pone anzitutto Wolff: le Istituzioni veronesi e le due versioni di *res* cott. non sarebbero state vergate da Gaio, ma sono da ritenersi il frutto di tre diverse modifiche al genuino manoscritto gaiano, rimaneggiato in epoca postclassica[43]. E le due versioni dei *libri aureorum* offrirebbero spesso una migliore riproduzione del testo originale di Gaio rispetto al *Codex* V.

[43] H.J. WOLFF, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, 1953, 171 s.



Per addivenire alla ricostruzione dei rapporti che intercorrono tra le opere gaiane – riassunta nello schema mostrato[44] – Wolff mette a confronto taluni passi paralleli del Codice Veronese con i frammenti di *res cottidianae*, traccia paralleli con le Istituzioni giustinianee e tenta di estrarre da questi tre testi una comuna matrice: il c.d. *Urgaius*.

Le espunzioni operate dallo studioso, poiché bollate come non genuine, sono spesso estese.

Si veda il frammento del Digesto in materia di occupazione (framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 3 pr. – 2 e D. 41, 1, 5 pr. – 7), ove i seguenti tre passi non sono ritenuti gaiani:

1) D. 41, 1, 3, 1: la seconda metà, e specialmente da *plane qui in alienum fundum ingreditur* a *potest ... iure prohiberi ne ingrederetur*; 2) D. 41, 1, 5: dalla seconda metà del §1 fino all'inizio del §5 incluso, da *quodsi desierimus eam persequi* a *quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat* e 3) D. 41, 1, 5, 6: da *gallinarum et anserum non est fera natura* a *qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit*. Del parallelo nel testo istituzionale veronese (Gai. II, 66-69), una frase in Gai. II, 68 è oggetto di critica: *item cervis qui in silvas ire et redire solent*.

[44] NELSON, *Überlieferung*, cit., 320.

Occorrerà esaminarli singolarmente. Nel passo 1) – in materia di acquisto della proprietà *iure gentium* – si discute dell'*occupatio* delle *res nullius*, precisando che quando si tratta di animali selvatici non rileva se siano catturati su fondo proprio o altrui. Tuttavia, il proprietario del fondo può proibire l'ingresso a coloro che intendano cacciare animali all'interno di esso. Ebbene, Wolff giustifica l'espunzione del passo sulla base di un percorso logico già battuto in passato da altri (in particolare, Lombardi[45]): mentre in epoca classica un cacciatore era libero di entrare nel fondo altrui allo scopo di esercitare la caccia, in epoca postclassica si riconobbe la facoltà dei proprietari di negare l'accesso al fondo a costoro. E dal momento che in D. 41, 1, 3, 1 un tale rifiuto di ingresso è menzionato (*potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur*), il passo dovrebbe ritenersi postclassico[46].

Ma a ben vedere, la rimozione di un intero paragrafo, come ritiene di fare Wolff, comporta un intervento così ingente che difficilmente può giustificarsi con il solo richiamo all'esegesi di Lombardi. Tanto più che l'oggetto della ricerca di questi – un approfondimento sullo sviluppo storico della libertà di caccia in diritto romano – non ha nulla in comune con lo studio di Wolff.

Quanto al passo 2), sempre in materia di *occupatio* di animali selvatici, lo studioso critica anzitutto le parole che si leggono nella seconda metà del § 1 di D. 41, 1, 5: *quosi desierimus eam* (scil. *feram bestiam vulneratam*) *persequi*, *desinere nostram esse et rursus fieri occupantis*. Esse sarebbero niente altro che una ultronea ripetizione (*blosses Nachplappern*[47]) di quanto già detto in D. 41, 1, 3, 2 (*nostrum esse desinit et rursus occupantis fit*).

Inoltre, secondo Wolff l'intera sezione contenuta in D. 41, 1, 5, 1-5 rappresenterebbe un marginale commento scolastico a opera di un insegnante di diritto che voleva accompagnare con esempi la propria trattazione. E per giunta sarebbe singolare poi che questi contasse i pavoni tra gli uccelli in volo (D. 41, 1, 5, 5: *Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent*).

Ora, a fronte di tali critiche dobbiamo rilevare che, anche se talune ripetizioni sogliono trovarsi nel testo, non si possono ritenere di per sé indice oggettivo della non genuinità del passo. È errato peraltro già parlare di ripetizione, stante una diversità di contesto: in D. 41, 1,

---

[45] G. LOMBARDI, *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, in «BIDR», LIII-LIV, 1948, 316 s. e 330 s. Cfr. anche. F. ORTH, s. v. *Jagd*, in *Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, «RE», IX, Stuttgart, 1914, col. 563 s.

[46] Come nota NELSON, *Überlieferung*, cit., 322, n. 38, questo argomento sembra più un diallele che una oggettiva prova dell'origine non classica del passo delle *res cottidianae* (il *ius prohibendi* del *dominus fundi* sarebbe da intendersi postclassico sulla base di una pretesa postclassicità delle stesse *res cott.*). Ma a ben vedere è lo stesso Lombardi a citare un altro passo – Callistrato, III *De cognitionibus*, D. 8, 3, 16 – ove si riporta che il diritto di rifiutare l'ingresso alla proprietà era già previsto al tempo di un rescritto dell'imperatore Antonino Pio.

[47] WOLFF, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, cit., 173, n. 7.

3, 2 si considera il caso generale dell'animale selvatico che, braccato, fugge o vola via; in D. 41, 1, 5, 1, invece, il caso speciale dell'occupazione di un animale selvatico che è già stato ferito dal cacciatore. Inoltre, l'autore del testo non riporta le parole in esame come proprie, ma le attribuisce a Trebazio, da lui citato.

Quanto alle restanti critiche di Wolff, non si comprende perché il passo sia tacciato di essere un marginale commento scolastico e non sia possibile attribuire esempi siffatti a Gaio. Se si considera la critica sull'inserimento dei pavoni tra gli uccelli in volo, ebbene va sottolineato che lo stesso *exemplum* è riportato da altri autori romani, per esempio dallo scrittore di agricoltura Columella. Nel suo *De re rustica* 8, 11, 1 questi utilizza il verbo *volitare* in relazione ai pavoni. Vero è che aggiunge *nec sublimiter nec per longa spatia*, ma Gaio, in D. 41, 1, 5, 5, non rivendica in alcun modo il contrario.

Neppure persuadono le obiezioni di Wolff al passo 3), cioè a D. 41, 1, 5, 6[48]: Wolff aveva qui l'impressione che, come il testo precedente, anche esso potesse essere attribuito solo a un "commentatore", senza tuttavia addurre riscontri tangibili a tale affermazione.

Passiamo ora alle espunzioni avanzate da Wolff riguardanti il Codice Veronese.

Delle parole *item cervis qui in silvas ire et redire solent* in Gai. II, 68, lo studioso afferma che non possono ritenersi gaiane, ma piuttosto opera di uno scoliaste (*dem Gehirn eines Scholiasten*[49]).

Possiamo confrontare il passo con due paralleli: il primo offerto da Inst. Iust. 2, 1, 15, ove si parla espressamente di cervi docili, nel senso di mansuefatti (*cervos ... mansuetos*)[50]; il secondo, più che un parallelo testuale, riporta invece una descrizione dei recinti privati di caccia (Columella, *De re rustica*, 9, 1, 6), e si osserva che per la nutrizione degli animali selvatici ivi rinchiusi – tra cui i cervi[51] – è consigliabile farvi accedere anche animali già mansuefatti, così da vincere la naturale diffidenza dei primi verso il cibo loro offerto. Pertanto quei cervi, qualora avessero abbandonato l'abitudine di tornare regolarmente a coloro che li nutrivano, sarebbero stati considerati fauna selvatica, e non più *mansueti*.

---

[48] *Ibid.*, 176, n. 14.

[49] *Ibid.*, 175.

[50] Inst. Iust. 2, 1, 15: «cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat». Già L. FRIEDLÄNDER, *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, Leipzig, 1864, 97, n. 2 sottolineava l'interesse dei romani verso i cervi mansuefatti. Ulteriori prove della menzione di tali cervi nella letteratura romana sono fornite da F. ORTH, s. v. *Hirsch*, in «RE», Stuttgart, VIII, 1913, col. 1944 s. M. KASER, *Zur Galubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen: über die Grenzen der Interpolationenkritik*, in *Atti del II Congresso Internazionale della società. italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, 321, n. 76 pure ritiene che in Gai. II, 68 si parli di cervi mansuefatti.

[51] Su questo passo si veda ORTH, s. v. *Jagd*, in «RE», cit., col. 562 s. Oltre ai cervi, in Gai. II, 68 si parla di colombi e api. Per l'allevamento di questi animali, Columella fornisce descrizioni in *De re rustica* 8, 8 per i colombi e 9, 2 per le api.

Tuttavia, il riferimento all'opera di addomesticazione dei cervi da parte dei cacciatori, di cui parla Columella, e a cui potrebbe riferirsi Gai. II, 68, è da intendersi come una mera proposta interpretativa. In ogni caso, pure ammettendo che Columella, Gaio, o anche i compilatori delle Istituzioni giustinianee si fossero sbagliati nel descrivere il comportamento dei cervi, ciò solo comunque non basterebbe a espungere il passo in parola poiché ritenuto non autentico[52].

E ancora, Wolff opera un confronto tra Gai. II, 70-72 e il framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 1-6[53], in materia di *insula in mari* o *in flumine nata*, per concludere che l'avversativo *at* all'inizio di Gai. II, 72 (*at si in medio flumine insula nata sit eqs.*) assume il significato che gli è proprio solo se può riferirsi al passaggio che nel parallelo di D. 41, 1, 7, 3 (e anche in Inst. Iust. 2, 1, 22) precede le parole appena citate, cioè l'*insula quae in mari nascitur eqs.*

Il contrasto sarebbe quindi tra *insula in mari nata* e *insula in flumine nata*, e per spiegare più efficacemente tali opposti eventi, ecco l'utilizzo della congiunzione avversativa *at*.

Ebbene, del caso dell'isola nata nel mare non vi è traccia nel testo veronese poiché, afferma lo studioso, è stato espunto dal redattore, mentre è stato lasciato intatto il caso dell'isola nata nel fiume introdotto dall'*at*, ormai però mutilo di significato.

Si criticano anche talune soluzioni linguistiche adottate nel *Codex* V: alla fine di Gai. II, 72 *iuxta ripam* in luogo di *prope ripam* (come si legge invece in D. 41, 1, 7, 3 e sempre in Gai. II, 72 appena due righe prima); *praedia habent* in luogo di *preaedia possident* (*ibid.*). Tali soluzioni dimostrerebbero la non classicità delle Istituzioni veronesi, a differenza delle *res cottidianae*.

Ma in verità Wolff ha trascurato che, quanto alla prima obiezione, è Gai. II, 70 (*quod ... flumen agro nostro adicit*), che concerne l'ipotesi dell'*adluvio*, a trovarsi in una relazione avversativa rispetto ad *at si in medio flumine insula nata sit*[54]. Per quanto riguarda, invece, la preposizione *iuxta* e la frase *praedia habere*, simili locuzioni possono trovarsi in importanti autori classici (*praedia habere*, per esempio, perfino in Cicerone[55]).

L'argomentazione delle soluzioni linguistiche ricorre anche in ordine alle due continuazioni dei paralleli appena citati, cioè Gai. II, 73-79 e il framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7-13 e 41, 1, 9 pr. – 2, già compulsati da Arangio-Ruiz. Wolff li analizza per confermare la

---

[52] Di questo avviso, NELSON, *Überlieferung*, cit., 324.

[53] WOLFF, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, cit., 177 s.

[54] DAVID – NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar herausgegeben*, *Kommentar*, *2. Lieferung*, cit., 284.

[55] Cic., *Pro Roscio Amerino*, 133. Sul punto, cfr. DAVID – NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar herausgegeben*, *Kommentar*, *2. Lieferung*, cit., 285.

tesi secondo cui le *res cottidianae* siano più vicine al testo attribuito al c.d. *Urgaius* di quanto lo sia il *Codex Veronensis*[56].

In particolare, il genuino testo gaiano sarebbe da ricercarsi nei *libri aureorum* stante la presenza, nel testo veronese, di alcune parole in esso che apparirebbero prive di senso in una trattazione manualistica, come le espressioni *maxime placuit* e *maxime visum est* (entrambe in Gai. II, 79).

Va però considerato che, da un lato, l'espressione *maxime placere* può trovarsi molto frequentemente anche in Cicerone[57], e dall'altro, che la terminologia gaiana (dal *quaerere* al *dubitare*, dal *placere* all'*existimare*) espone come è ovvio dei contrasti, in quanto varietà e opposizione tra scelte giurisprudenziali sono uno snodo ricorrente nella formazione del diritto. È vero che da una trattazione volutamente semplicistica ci si aspetterebbero solo enunciati certi e diritto consolidato, senza immergersi negli interrogativi e nella instabilità delle discussioni. Ma non è così in Gaio, perché la discussione non può eludere il pluralismo interno alla *scientia iuris*, rimandando così al gioco delle opinioni, al flusso dei pareri differenziati, cioè alla vera trama dell'insegnamento[58].

In secondo luogo, Wolff lamenta l'errata disposizione in cui la materia delle *acquisitiones iure gentium* (o *iure naturali*) è trattata in Gai. II, 73-79: un autore che pone i "casi più generali" (Gai. II, 79) dietro ai "casi più specifici" (Gai. II, 73-78) mancherebbe di una visione sistematica della materia; pertanto tale autore non può identificarsi nel *nostro* Gaio[59].

---

[56] WOLFF, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, cit., 179 s.

[57] Cic. *De finibus bonorum et malorum* 1, 1, 2; 1, 10, 33; *De divinatione* 2, 14, 33; *De legibus* 3, 5, 13.

[58] Così M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, «AUPA», LV, 2012, 105-106.

[59] L'appellativo *nostro* è preso in prestito dalla storia. Per comprenderlo appieno è doveroso fare un passo indietro, e partire dalla celebre affermazione di CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, cit., 1, secondo cui «Nella nostra scienza Gaio segna un'aporia». Ebbene, nel V secolo, il *nostro* celebre istituzionista era ufficialmente compreso fra i cinque giureconsulti capaci di determinare, con le loro opinioni, le decisioni giudiziarie delle controversie (C. Th. 1, 4, 3: «*Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt*»), e il suo manuale fungeva nello stesso secolo – e forse già nel IV – da testo istituzionale nelle scuole di diritto dell'Impero, tanto in Occidente quanto in Oriente. Tuttavia, per converso, egli è stato sistematicamente ignorato dagli altri giuristi classici, sia contemporanei che posteriori. Tali giuristi, infatti, che erano soliti citarsi spesso tra di loro, non lo citano mai. Invero, nel Digesto un tale *Gaius* è citato ben quattro volte: Giuliano (D. 24, 3, 59), Giavoleno (D. 35, 1, 54; D. 46, 3, 78), Pomponio (D. 45, 3, 39). Le prime tre citazioni non si riferiscono senz'altro a Gaio; la quarta – ascrivibile a Pomponio – solleva invece un ragionevole dubbio («*non sine ratione est, quod Gaius noster dixit*»). Sulla base del dettato di tale *excerptum*, taluni hanno sostenuto una vera e propria conoscenza tra Gaio e Pomponio. Secondo altri, invece, il passo in esame è oggetto di interpolazione; tra questi, cfr. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, cit., col. 72, e PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista*, cit., 4, n. 6, il quale sottolinea che: «Esso (n.d.r. il passo in esame) si spiega, se scritto da Giustiniano o Triboniano, poiché l'imperatore e il suo ministro si sentivano legati a Gaio da un particolare rapporto; non si spiegherebbe invece nella penna di Pomponio, che non cita Gaio in nessun altro luogo e non risulta affatto intrinseco di questo autore, non potendo in proposito bastare il fatto, segnalato da HONORÉ, *Gaius*, cit., 3 s., che Pomponio stesse

Ma anche qui l'obiezione non trova fondamento. Al contrario – come l'inizio di Gai. II, 79 indica chiaramente – vi si discutono altri casi in cui anche (*quoque*) si ricorre alla ragione naturale (*in aliis quoque speciebus naturalis*): si tratta solo di casi diversi.

Mentre in Gai. II, 73-78 si susseguono le ipotesi della *aedificatio* (§ 73), *implantatio* (§ 74), *satio* (§ 75) da parte di altri sul proprio fondo, ovvero la *scriptura* (§ 77) e *pictura* (§ 78) di altri su tavole di legno o pergamene proprie, in Gai. II, 79, invece, si discorre della *specificatio* (ricavare vino dall'uva, ovvero olio o frumento; modellare un vaso con argento o oro propri; fabbricare una nave o un armadio o un sedile con tavole proprie; intessere un vestito con lana propria; produrre un vino mielato dal vino e miele propri; o un balsamo o un collirio da farmaci propri).

Non si comprende allora perché, trattare dapprima la *specificatio* – come accade nei frammenti di del framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7-9 – e solo successivamente le restanti tipologie di acquisto della proprietà, *aedificatio*, *plantatio*, *scriptura*, *pictura* (D. 41, 1, 7, 10-13 e 41, 1, 9 pr. – 2), dovrebbe ritenersi trattazione più sistematica, e in definitiva genuina.

Possiamo allora concludere che nessuno degli argomenti sollevati da Wolff suggerisce che sia le Istituzioni veronesi che le *res cottidianae* siano modifiche postclassiche a un modello classico comune. Eppure, altri studiosi hanno continuato a sostenere l'esistenza del c.d. *Urgaius*.

3.3 Le tesi di Fuhrmann e Flume

In questo senso, Fuhrmann ha ipotizzato la relazione intercorrente tra le *Institutiones* e i *libri aureorum* nei termini che seguono.

Un manuale classico (*Urgaius*) era stato scelto come modello da uno o più autori al fine di ricavarne un'opera che presentasse il diritto privato romano in ordine sistematico: le *res cottidianae* sarebbero il risultato di tale processo. Tuttavia, poiché l'opera così scaturita risultava perfino superiore al modello originario – giusta il maggiore livello di approfondimento – un compilatore successivo decise di rimediare, inserendo alcune parti delle *res cott.* nelle originarie Istituzioni[60]: da quest'ultimo lavoro, ecco il *Codex* V.

---

scrivendo un'opera *ad Q. Mucium* e che un'analoga opera sia stata scritta (ma non si sa se prima o dopo quella di Pomponio) da Gaio». In ordine agli studi sul Digesto, si segnala, *ex multis*, D. MANTOVANI, *Costantinopoli non è Bologna. La nascita del Digesto fra storiografia e storia*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi* (a cura di Dario Mantovani e Antonio Padoa Schioppa), Pavia, 2014, 105-134.

[60] M. FUHRMANN, *Zur Entstehung des Veroneser Gaius-Textes*, in «ZSS», LXXIII, 1956, 341 s.

Per avallare o meno l'ipotesi in parola occorre analizzare taluni punti rilevanti[61].

Secondo Fuhmrann, il passo di Gai. II, 65-79 sulle *acquisitiones iure naturali* risalirebbe alle *res cottidianae*, in quanto il parallelo offerto nel testo veronese appare come il lavoro raffazzonato di un epitomatore che male ha interpretato il testo che compulsava.

Gai. II, 66	II, framm. 491 *rer. cott.,* D. 41, 1, 1
Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam ……. occupando ideo ……. erimus, quia antea nullius essent; *qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur.*	*Omnia* igitur animalia, *quae terra mari caelo capiuntur*, id est ferae bestiae et volucres pisces capientium fiunt *eqs.*

Dal confronto dei lacerti, si ricaverebbe che le parole *omnia quae terra mari caelo capiuntur* in Gai. II, 66 appaiano improprie, poiché in verità nel passo si discuteva della cattura di animali selvatici, e non di ogni genere di cosa (come si evince dal frammento tramandato dal Digesto).

Gai. II, 67	2 rer. cott., D. 41, 1, 5 (Framm. 491)
Naturalem autem libertatem recipere videtur, *cum* aut *oculos nostros* evaserit, aut licet *in conspectu sit nostro*, *difficilis* tamen *eius persecutio sit.*	*Naturalem autem libertatem recipere* intellegitur, *cum* vel *oculos nostros* effugerit vel ita *sit in conspectu nostro,* ut *difficilis sit eius persecutio.*

Inoltre, in Gai. II, 67 a Fuhrmann non convince l'espressione *oculos evaserit*, che qualifica come barocca[62], da registrarsi solo dal II secolo d.C. Ma a onor del vero, l'enfasi dello studioso su siffatta locuzione non può dare alcun argomento contro la paternità gaiana del testo contenuto nel *Codex* V, posto che lo stesso Gaio è vissuto nel II secolo d.C., secondo la dottrina oggi prevalente[63].

---

[61] Per i passi delle *Gai Institutiones*, si è seguita la lezione di S. RICCOBONO – J. BAVIERA – C. FERRINI – J. FURLANI – V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani in usum scholarum*, «FIRA», *Pars Altera*, *Auctores*, Florentiae, 1968.

[62] FUHRMANN, *Zur Entstehung des Veroneser Gaius-Textes*, cit., 353.

[63] Secondo questo prevalente orientamento, Gaio visse nel II secolo d. C., dall'età di Adriano fino a oltre l'anno 178, data del senatoconsulto Orfiziano da lui commentato in un *liber singularis*. A Roma, egli fu un insegnante che si professava educato alla scuola dei Sabiniani, sebbene, come nota G. GROSSO, *Osservazioni su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, cit., 33, nell'esposizione delle opinioni delle

Gai. II	II, framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 3
§ 71 Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet. § 72 At si *in* medio *flumine* insula *nata* sit, haec *eorum* omnium *communis est*, *qui ab utraque parte fluminis eqs.*	Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. *in flumine nata* (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, *communis est eorum*, *qui ab utraque parte fluminis eqs.*

Infine, anche Fuhrmann interviene su Gai. II, 72, dove si introduce il tema dell'*insula in medio flumine nata*. La congiunzione *at*, che sempre ricorre nelle Istituzioni come una netta cesura, per sottolineare un contrasto chiaro e ben definito, sarebbe invece qui usata erroneamente, in maniera niente affatto gaiana, in luogo di un più calzante *autem* (trattandosi, quest'ultima, di una congiunzione che serve a legare il passaggio da un argomento all'altro).

I dubbi sollevati da Fuhrmann sono stati efficacemente dipanati dalla successiva e maggioritaria giusromanistica[64]. Le considerazioni svolte dallo studioso, inoltre, fanno trasparire talvolta una certa contraddittorietà: da un lato, le pesanti osservazioni critiche alla

---

diverse scuole, nel suo manuale, si mantenesse per lo più imparziale. Tra le ipotesi più note sulla biografia gaiana, E. HUSCHKE, *Gaius*, Lipsia, 1855, sostiene che Gaio vivesse a Roma; MOMMSEN, *Gaius ein Provinzialjurist*, cit., 1 s. afferma, invece, che Gaio fosse di origine peregrina; diversamente, H. DERNBURG, *Die Institutionen des Gaius*, Halle, 1869, ritiene che Gaio fosse un cittadino romano e che le sue opere riportassero i *tria nomina* dell'autore quando furono pubblicate per la prima volta, ma a causa di un'abitudine tralatizia dei librai di far circolare queste indicando il solo *praenomen* "Gaius", nel corso del tempo il suo nome completo è stato dimenticato e perduto; taluni ipotizzano (tra questi, Ş. LONGINESCU, *Caius: der Rechtsgelehrte*, Berlino, 1896) che Gaio altri non fosse che Gaio Cassio Longino, giurista del I secolo, talvolta ricordato da Giavoleno e Giuliano anche lui con la menzione del semplice *praenomen*; di opinione contraria, J. MUIRHEAD, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, Londra, 1899, 431, che identifica il *nostro* Gaio con Gaio Lelio Felice, un giurista liberto della *gens Laelia* (come riportato da Aulo Gellio); secondo un'altra teoria, Gaio sarebbe lo pseudonimo di una donna (così, R. SAMTER, *War Gaius das männliche Pseudonym einer Frau?* in *Deutsche Juristenzeitung*, XIII, Berlino, 1908, 1386 s.); J.C. LEDLIE, *Continental Legal History Series Vol.II – Great Jurists of the World: Gaius*, New York, 1914, 1-16, torna sul problema della collocazione logistica di Gaio ed è persuaso che egli fosse originario di una provincia orientale greca; D. PUGLSLEY, *Gaius or Sextus Pomponius*, in *Revue International des Droits de l'Antiquité*, «RIDA», XLI, Oxford, 1994, 353 s., avanza l'ipotesi della possibile identificazione di Gaio con il giurista Pomponio. Egli sostiene che del palinsesto trovato a Verona nel 1816 l'inizio fosse andato perduto, ma presumibilmente esso riportava il titolo dell'opera e del suo autore; osservazioni critiche a questa teoria sono state mosse da O. STANOJEVIĆ, *Gaius and Pomponius (Notes on David Pugsley)*, in «RIDA», XLIV, Oxford, 1997, 333 s. Sempre avverso alla teoria del Pugsley, si consideri, inoltre, che il Codice Veronese contiene ben visibile il nome dell'autore, "*Gaius*": È singolare, infatti, che per molto tempo nessun riferimento sia stato fatto alla scritta "*gaius*" presente nel margine superiore del *folium* 50r in alto a sinistra. La si vede, con tutta chiarezza, su tale *folium* poco al di sotto della prima riga del testo delle lettere di San Girolamo. La scritta è una corsiva minuscola di età oscillante tra il VI e il VII secolo. Non è noto chi l'abbia apposta al manoscritto all'inizio delle *Institutiones*, ma essa proviene di certo da una mano diversa e successiva a quella del copista che ha trascritto l'opera gaiana. La sua presenza permette di ipotizzare che nel manoscritto non dovesse figurare né l'autore né il titolo dell'opera.

[64] Si veda l'analisi condotta da DAVID – NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar herausgegeben*, *Kommentar*, *2. Lieferung*, cit., 279 s.

prima metà del secondo libro delle Istituzioni (Gai. II, 1-97) e in particolar modo alla sezione di Gai. II, 65-79, e dall'altro, l'asserita superiorità dei paralleli offerti dai frammenti di *res cottidianae*. Non si capisce allora perché Fuhrmann, nonostante tutte le qualità ascritte a queste ultime, le ritenga comunque non gaiane e postclassiche[65].

Anche gli studi di Flume devono essere collocati nella interpolazionistica volta a risalire a un originale manuale gaiano – già battezzato come *Urgaius* – partendo dalle due opere istituzionali in nostro possesso, *Institutiones* e *res cottidianae*[66].

Anzitutto, Flume non intende cancellare le parole *cervis qui in silvas ire et redire solent* in Gai. II, 68, che secondo Wolff erano da attribuirsi a uno scoliaste, e ritiene di dover intervenire in misura assai minore sul passaggio del framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 5, 1-5 (da *quodsi desierimus* al § 5 *nemo negat*).

Il riferimento alla *fera natura* di colombi, api e cervi, menzionato in tale passo delle *res cott.*, sarebbe indispensabile per una corretta comprensione dell'intera sezione sulla *occupatio*. Ciononostante, la versione parallela molto più breve di Gai. II, 68 – rileva Flume – si risolverebbe in una epitome dei testi tramandati dalle *res cottidiane*, perché tralascia la questione sulla *fera natura* di tali animali.

Gai. II, 68	II, framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 5, 5
	Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita

[65] NELSON, *Überlieferung*, cit., 328.

[66] W. FLUME, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in «ZSS», LXXIX, 1962, 1 s. Oltre a lui, occorre ricordare lo studio compiuto da WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., 187 ss., il quale sottolinea la superiorità delle *res cottidianae* e afferma che non solo la copia veronese, ma anche tutte le altre opere di Gaio, usate in epoca postclassica (per circa 300 anni) dai giuristi romani in Oriente e Occidente, si basano su un modulo di testo che ha subito diverse modifiche ed eliminazioni. Di conseguenza, il testo trasmesso dal *Codex* V non dovrebbe essere considerato come una riproduzione fedele di un testo originale classico, ma semplicemente un rifacimento postclassico a noi tramandato sotto il nome di *Gaius* e con il titolo di *commentarii* e *institutiones*; un'opera derivata, insieme ad altri scritti come le *res cottidianae*, da un archetipo di cui non è rimasta traccia. Per suffragare le sue tesi, Wieacker analizza diversi passaggi delle istituzioni gaiane (secondo la *lectio* del Veronese) che, a suo avviso, potrebbero presentare tracce di eliminazioni e interpolazioni, ovvero glosse delle dimensioni di una frase o di un periodo, e infine anche trasposizioni testuali. Come proprie fonti Wieacker si rifà non solo a Wolff ma anche a precedenti studiosi di interpolazione, come KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare* cit., E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti delle obbligazioni romane*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, «RIL», LIX, 1926, 409 s., G. BESELER, *Romanistische Studien*, in «TR», X, 1930, 161 s., S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, Palermo, 1931 (rist. *Ultimi scritti*; *Glosse a Gaio*, *Notae*, Napoli, 1972). Secondo NELSON, *Überlieferung*, cit., 328, n. 41 oggi l'orientamento maggioritario della romanistica ritiene che, nonostante gli studi di interpolazione appena citati, non siano state offerte prove tangibili a mettere seriamente in discussione la paternità gaiana del Codice Veronese.

	quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. *in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula* comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod *si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium.* intelleguntur *autem desisse revertendi animum habere* tunc, *cum revertendi consuetudinem deseruerint.*
In his autem animalibus, quae ex *consuetudine abire et redire solent*, veluti columbis et apibus item cervis, qui in silvas ire et redire solent, *talem* habemus *regulam* traditam, ut *si revertendi animum habere desierint*, etiam *nostra esse desinant et fiant occupantium. Revertendi autem animum* videntur *desinere habere, cum revertendi consuetudine deseruerint*.	

Quanto invece alla questione della congiunzione *at* in Gai. II, 72, Flume ritiene che a dimostrare un taglio nel testo veronese rispetto all'originale manuale gaiano, più che la congiunzione *at*, che introduce il caso dell'*insula in medio flumine nata*, debbano considerarsi le parole che seguono: *eorum omnium communis est*, *qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident*.

In particolare, sarebbe la parola *omnium* a essere incoerente con la restante parte del testo, in quanto assumerebbe significato solo se combinata con il passaggio che in nel framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 3 precede l'isola nata in mezzo al fiume e tratta dell'*insula quae in mari nascitur*.

Se infatti per quest'ultima si precisa nelle *res cott.* che *nullius esse creditur*, a maggior ragione per la trattazione che segue sull'*insula in flumine nata* varrà che *omnium communis est eqs.* (come si legge nelle Istituzioni). In altre parole, l'*omnium* dovrebbe essere inteso nel senso di contrasto a *nullius*, restando irrilevante la congiunzione *at*.

Altre prove alla tesi secondo cui le Istituzioni veronesi rappresenterebbero il sunto di un più ampio modello originario si ritrovano esaminando Gai. II, 73, in materia di *aedificatio*, e Gai. II, 79, sulla *specificatio*.

Gai. II, 73	II, framm. 491 *rer. cott*., D. 41, 1, 7, 10
Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies *solo cedit*.	Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur *solo cedit*. nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare

eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet *eqs.*

Quanto alla prima fonte, risulterebbe evidente che la discussione sulla costruzione di un edificio sul proprio fondo con materiale altrui sia assai più approfondita nelle *res cott.* che nel parallelo offerto dal Veronese[67]; quanto alla seconda fonte già compulsata, come pure si è detto, la c.d. *media sententia* in materia di specificazione fa capolino solo in D. 41, 1, 7, 7, laddove la questione nel *Codex* V è abbozzata in termini superficiali. Pertanto, l'esclusione dell'esempio della trebbiatura in materia di specificazione, unitamente all'omissione della *media sententia* tra le opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani, convaliderebbe l'ipotesi dell'esistenza di un epitomatore del Veronese[68].

Ma anche le argomentazioni di Flume sono passibili di contestazione. Vediamole singolarmente.

Sulla questione della *fera natura* di colombi, api e cervi – menzionata solo nel framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 5, 5 – ci si chiede perché le parole *in his autem animalibus*, *quae ex consuetudine abire et redire solent*, *veluti columbis et apibus item cervi*, *qui in silvas ire et redire solent* di Gai. II, 68 non possano riferirsi anche ad animali solo in parte mansuefatti, che pure conservino, ma solo parzialmente, la loro originaria *fera natura*. Non si comprende perché la questione sulla *fera natura* di detti animali debba essere intesa in termini così stringenti (nel senso che non essendo menzionata nelle Istituzioni allora sarebbe da escludersi), se si considera che sempre in D. 41, 1, 5, 5 si parla di *fera natura* proprio di colombi, api e cervi[69].

---

[67] FLUME, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, cit., 15 s.

[68] *Ibid.*, 17 s. Flume evidenzia che nel Gaio Veronese è data maggiore enfasi alla dottrina sabiniana, e da qui potrebbe spiegarsi la espunzione del caso della trebbiatura, che difatti assume rilievo solo per i Proculiani (posto che esclude, quand'anche si volesse accogliere la dottrina di questi ultimi, che l'opera del trebbiatore è da considerarsi specificazione). Anche a proposito di Gai. III, 161, Flume afferma che l'orientamento proculiano – presente in 2 *rer. cott.*, D. 17, 1, 4 e Inst. Iust. 3, 26, 8 – fu cancellato dall'epitomatore. Secondo NELSON, *Überlieferung*, cit., 330, n. 42 questa ipotesi è improbabile, atteso che la dottrina proculiana è diventata in seguito la dominante (conforme a LENEL, *Palingenesia*, cit., col. 259, n. 6). È quindi più ragionevole presumere che inizialmente il Gaio sabiniano non abbia ritenuto necessario prestare particolare attenzione alle opinioni contrastanti; solo più tardi al momento della stesura delle *res cottidianae*, diffusosi maggiormente l'orientamento proculiano, decise di considerare e riportare anche quest'ultimo.

[69] Né si può affermare con certezza che la questione sulla *fera natura* di colombi, api e cervi sia *in toto* esclusa nelle Istituzioni gaiane, attesa la lacuna di Gai. II, 67: «Itaque si fera*m* bestiam aut volucrem aut piscem ……. captum …… *eo us*que nostrum *eqs.*», che Göschen in KRUEGER – STUDEMUND, *Gai Institutiones*[7], cit., 56-57, *sub* 19-20 colma così: «piscem ceperimus, quidquid ita captum fuerit, statim nostrum fit, et eo usque *eqs.*».

È opinabile anche l'affermazione secondo cui l'*omnium* di Gai. II, 72 avrebbe senso solo se posto in contrasto con il *nullius* che si legge nel framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 3, e che l'assenza di quel *nullius* in Gai. II, 72 potrebbe spiegarsi solo con l'intervento di un epitomatore. Il contrasto con *omnium* può infatti leggersi facilmente nella stessa sezione con le parole *eos pertinet*, *qui ab ea parte quae proxima est iuxta ripam praedia habent.*

Gai. II, 72

At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum *omnium* communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad *eos pertinet*, *qui ab ea parte quae proxima est iuxta ripam praedia habent*.

3.4 La tesi di Kniep

A collocarsi in una diversa prospettiva sulla questione interpolazionistica è Kniep[70], il quale non mette in discussione la genuinità delle *res cottidianae*, quanto piuttosto quella del Codice Veronese. Il *Codex* V – ritiene lo studioso – non conterrebbe il testo autentico delle Istituzioni di Gaio, ma soltanto una loro posteriore compilazione, eseguita sulla base di un'altra opera gaiana, le *res cottidianae*.

Tracce sicure da cui desumere il carattere di successiva compilazione si rinverrebbero in due passi gaiani: Gai. II, 51, in raffronto con D. 41, 3, 37, 1; e Gai. II, 126. Occorre vagliarli con attenzione.

Gai. II, 51

Fundi quoque alieni potest aliquis *s*ine vi possessionem na*n*cisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; *qu*am si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fun*d*um, *tamen* nihil hoc *bonae fidei p*ossessori ad usucapionem nocet, <*cum*> impro*b*ata sit eorum se*n*tentia, qui putaverint

Gai., II *inst.* D. 41, 3, 37, 1

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore afuerit;

II, framm. 493 *rer. cott*. D. 41, 3, 38

Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit, alienum se possidere, et ob id mala fide possidet; sed si alii bona fide tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum, neque furtivum possidet; abolita est enim

[70] F. KNIEP, *Vacua possessio*, I, Jena, 1886, 461 s. Si veda la recensione di C. FADDA in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, «RISG», II, 463 s.

furt*iuum* fundum fieri po*sse*.

quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri.

Come si nota agevolmente, i compilatori del Digesto non trascrivono per intero il passo istituzionale gaiano ma, arrivati ad *afuerit*, seguitano con un brano delle *res cottidianae*. Obietta allora Kniep: se il testo genuino delle *Institutiones* fosse stato quello contenuto nel *Codex* V, perché i compilatori dovettero ricorrere alle *res cott.* e non trascrivere interamente il passo delle Istituzioni?

Tuttavia, l'insinuazione di Kniep – oltre a non considerare il rapporto che deve ritenersi intercorrere tra le *res cott*. e le Istituzioni – tralascia che l'uso dei compilatori di interrompere un passo di un giureconsulto e continuare con quello di altri o di altra opera dello stesso è per nulla infrequente[71]. Se infatti ammettiamo che i *libri aureorum* servano di complemento alle *Institutiones*[72], e che Gaio in questi esponga «easdem res latius et accuratius»[73], ebbene l'interruzione in parola non deve stupire, anzi confermare il rapporto tra le due opere istituzionali gaiane[74]. Perciò, i compilatori, giunti ad *afuerit*, preferirono deviare dalle Istituzioni e proseguire dalle *res. cott.* poiché ritennero che il concetto in esse fosse più ampiamente sviluppato, o comunque da preferire[75].

Kniep fonda la sua tesi su un altro brano istituzionale, Gai. II, 126:

Et hoc iure utebamur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suas non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrescendi consequerentur.

Secondo lo studioso, l'*Antoninus* cui si riferisce il passo sarebbe Caracalla, cioè il medesimo *Antoninus* di cui a Cod. Iust. 6, 28, 4 *de liberis praeteritis vel exheredatis*[76]. Gai. II, 126 sarebbe pertanto interpolato, posto che Gaio mai avrebbe potuto citare una costituzione di Caracalla.

---

[71] Ulp. D. 1, 1, 4 continua con Pomp. D. 1, 1, 2; Paul. D. 36, 1, 40 continua con Gai. D. 36, 1, 41; il framm. 490 *rer. cott*. D. 1, 8, 5 continua con Marcian., III *Inst.* D. 1, 8, 6, che a sua volta è seguito da Ulp. XXV *ad Ed*. D. 1, 8, 7.

[72] J.B. MISPOULET, *Les sources des Institutes de Justinianen*, in *Noveau Revue historique de Droit français et étranger*, «RHD», XIV, 1890, 9-10.

[73] E. HUSCHKE, *Gaius. De Gaio eiusque scriptis et hac Institutionum eius editione dissertatio praevia*, in *Gai Institutionum iuris civilis Commentarii quottuor recensuit Ph. E. Huschke. Editio separata tertia ad Studemund Apographum curata*, Lipsiae, 1878, 11, n. 1.

[74] Sul rapporto tra *Institutiones* e *res cottidianae* si veda più diffusamente, *infra*, il paragrafo seguente.

[75] C. FERRINI, *Ad Gai. 2,51*, in «BIDR», I, 1888, 31.

[76] P. KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis*, II. *Codex Iustinianus*, Berolini, 1872, 262.

Ma è pacifico che Cod. Iust. 6, 28, 4 contenga un errore storico: l'*imperator Antoninus* di Gai. II, 126 non è Caracalla, bensì Marco Aurelio (Antonino)[77]. Cade così qualsiasi sospetto di interpolazione.

Ciò chiarito, e tornando a Gai. II, 51, ci si può chiedere se la tesi di Kniep possa trovare conforto dal raffronto del brano in parola con i paralleli offerti dalle Istituzioni imperiali e dalla loro Parafrasi greca attribuita a Teofilo. Prendiamo le mosse dalle prime[78]:

Gai. II, 51	Inst. Iust. 2, 6, 7
Fundi quoque alieni potest ali*quis* sine vi *possessionem* nancisci, quae vel ex *neglegentia domini* vacet, vel *quia* dominus *sine successore decesserit* vel longo tempore afuerit; quam si ad alium *eqs.*	Quod autem ad eas res, quae solo continentur, expeditius procedit, ut *quis* loci vacantis *possessionem* propter absentiam, aut *neglegentiam domini*, aut *quia sine successore decesserit*, sine vi nanciscatur.

È evidente che i compilatori delle Istituzioni di Giustiniano attingono alle *Gai Institutiones*. Tuttavia, non riproducono *in toto* il passo, anzi talora se ne discostano al punto di rendere la trattazione meno precisa[79]. Vale al riguardo, in ogni caso, quanto affermato da Mispoulet: «en géneral, les Institutes reproduissent plus fidelement que le Digeste le texte du manuscrit de Vérone»[80].

II, framm. 493 *rer. cott.* D. 41, 3, 38	Inst. Iust. 2, 6, 7
Quam rem *ipse* quidem non potest usucapere, *quia intellegit alienum* se possidere et ob id *mala fide possidet*; sed *si alii bona fide accipienti*	Qui quamvis *ipse mala fide possidet*, *quia intellegit se alienum* fundum occupasse, tamen *si alii bona fide accipienti tradiderit*, *poterit* ea

[77] *Ibid.*, n. 1: «id est Caracallae, errore scilicet Iustinianorum». Cfr. DERNBURG, *Die Institutionen des Gaius*, cit., 69 s.

[78] Nei confronti che seguono si riportano in corsivo le analogie tra i testi.

[79] Basti considerare il *propter absentiam* del testo imperiale in luogo del *longo tempore afuerit*. Come infatti rileva A. ZOCCO-ROSA, *Sul genuino contenuto del Codice Veronese e sui rapporti tra le Institutiones e le res cottidianae di Gaio*, in *Circolo giuridico di Palermo*, Palermo, 1891, 30, n. 2: «Non è l'*absentia* pura e semplice (la quale può essere di giorni o di ore) quella che rende *vacua* la *possessio* o possibile *fundi quoque alieni ... sine vi possessionem nancisci*». KNIEP, *Vacua possessio*, I, cit., 22 s., pur ammettendo la lunga durata della assenza, ritiene vi fosse un antico periodo in cui non si concepiva l'idea di possesso senza il continuo dimorare del possessore nel luogo, al punto che, appena se ne allontanasse, diveniva *vacua* la *possessio*. Per le critiche a questa tesi, cfr. R. VON JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889; E. KUNTZE, *Zur Besitzlehre*, Leipzig, 1890.

[80] MISPOULET, *Les sources des Institutes de Justinianen*, cit., 11, ove peraltro menziona i punti in cui le Istituzioni imperiali riproduono il testo veronese in modo assai poco fedele (*e.g.* Inst. Iust. 1, 15, pr.-1; 3, 11, pr.-1).

tradiderit, *poterit* is usucapere, *quia neque vi possessum*, *neque furtivum* possidet. *Abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.*

longa possessione res adquiri, *quia neque furtivum*, *neque vi possessum* accepit. *Abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri eqs.*

È dato evincere che in questo secondo caso, invece, i compilatori delle Istituzioni di Giustiniano ricalchino le *res cottidianae*. Anzi, proprio come i compilatori del Digesto, anche quelli delle Istituzioni giustinianee, giunti ad *afuerit*, si discostano dalla *lectio* delle *Gai Institutiones* e seguono i *libri aureorum*.

E allora – seguendo lo stesso ragionamento già esposto sopra – la tesi di Kniep potrebbe ritenersi corretta posto che i compilatori delle Istituzioni imperiali non avrebbero avuto bisogno di ricorrere alle *res cott*. se il genuino Gai. II, 51 fosse stato concepito così come si legge nel Veronese?

A ben vedere, ad analoga obiezione corrispondono analoghe contro obiezioni. L'interruzione ad *afuerit* non può di per sé provare nulla contro la genuinità del *Codex* V: ciò attiene, infatti, esclusivamente al *modus operandi*, al metodo seguito dai compilatori[81].

Se poi tanto nelle Istituzioni che nelle Pandette si incontra la stessa interruzione, basti una di queste due differenti spiegazioni: che i compilatori delle Inst. Iust. attinsero i frammenti delle *res cott.* dall'originale[82] ovvero che tali frammenti furono attinti dalle Pandette[83].

Pertanto, dal confronto tra Gai. II, 51 e Inst. Iust. 2, 6, 7 la tesi di Kniep non risulta fortificata, atteso che continua a mancare un serio elemento per scalfire la asserita genuinità del *Codex* V. Passiamo allora a confrontare il brano gaiano con la Parafrasi di Teofilo (Par. 2, 6, 7):

τὸ δὲ UI POSSESSION ἀπὸ τῆς ἐν ἔργῳ κρίνεται βίας, ὅτε τις ἐπελθών μοι βίᾳ με ἐξωθήσει τοῦ ἐμοῦ ἀγροῦ ἢ τῆς ἐμῆς οἰκίας. (τὸ γὰρ FURTIUON καὶ ἀπὸ νομίνων κανόνων καταλαμβάνεται.) ὥστε οὖν ἐὰν βίᾳ σε ἐξωθήσω τοῦ ἀκινήτου πράγματος, οὐ δύναμαι τοῦτο USUCAPITEUEIN, ἐπειδὴ MALA FIDE νέμομαι. οὐ μὴν οὐδὲ ὁ BONA FIDE τοῦτο παρ' ἐμοῦ λαβών, διὰ τὸ προσὸν τῷ πράγματι UITION· ἔστι γὰρ UI POSSESSON. εἰ δὲ καθαρεύοι τῆς ἐν ἔργῳ βίας, ὁ τοῦτο λαμβάνων παρ' ἐμοῦ BONA FIDE δύναται USUCAPITEUEIN. καὶ πῶς συμβαίνει ἀναγκαῖον εἰπεῖν. εἶχέ τις ἀγρόν.

[81] E. GRUPE, *De Justiniani Institutionum compositione*, in *Dissertationes Philologae Argentoratenses*, Strasburgo, 1884; C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Memorie del Regio Istituto Lombardo di scienze e lettere*, 23, 1890, 131 s.; E. GRUPE, *Zur Frage nach den Verdassern der Institutionen Justinians* in *Commentationes in honorem Guilelmi Studemund*, Strasburgo, 1889, 173-180.

[82] P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, Leipzig, 1888, 341.

[83] MISPOULET, *Les sources des Institutes de Justinianen*, cit., 18 s.

ἀποδημήσας τοῦτον κατέλιπεν ἀπρονόητον, ἢ καὶ παρὼν οὐδεμίαν ἐτίθετο φροντίδα τοῦ ἀγροῦ, ἢ καὶ ἐτελεύτησέ τις ἀδιάδοχος καὶ οὐδεὶς παντελῶς τὴν τούτου κατεδέξατο περιουσίαν. ἑωρακὼς ἐγὼ ὑπ' οὐδενὸς διακατεχὸμενον τὸν ἀγρὸν ἐν κατοχῇ γέγονα τούτου. USUCAPITEUEIN αὐτὸν οὐδενὶ δυνήσομαι λόγῳ· MALA FIDE γὰρ νέμομαι, εἰδὼς αὐτὸν ἀλλότριον ὄντα. εἰ μέντοι ἑτέρῳ τοῦτον TRADITEUSO BONA FIDE λαμβάνοντι, πρόεισιν ἡ USUCAPION καὶ ὁ μακρὸς χρόνος, ὡς εἴρηται, περιποιεῖ τὴν δεσποτείαν αὐτῷ. τέως μὲν γὰρ ἡ πρώτη ἀπόκρισις οὐκ ἐμποδίζει τῇ USUCAPIONI, νέμεται γὰρ BONA FIDE, οὔτε δὲ ἡ δευτέρα· ἀπήλλακται γὰρ UITIU τὸ πρᾶγμα.

E dopo un accenno a coloro che a torto parlavano di *res furtiva*, il parafraste conclude così:

ἀνῃρέθη γὰρ καὶ τῆς πολιτείας ἐκβέβληται ἡ γνώμη τῶν δοξασάντων νομικῶν ὅτι ἐπὶ τῶν ἀκινήτων ἁμαρτάνεται κλοπή.

Ebbene, che si voglia convenire con l'opinione oggi maggioritaria che attribuisce la Parafrasi a Teofilo, ovvero con quella che considera la stessa compilata dal c.d. Pseudo Teofilo (il quale si sarebbe giovato di un κατὰ πόδας delle Istituzioni di Gaio), in nessun caso il testo greco contiene prove sufficienti ad avallare la tesi di Kniep.

Perché se accogliamo la tesi dello Pseudo Teofilo, basterà considerare, da un lato, che il parafraste omette l'espressione *vi possessum* che si incontra nelle *res cott.* e nelle Istituzioni imperiali, e dall'altro, la sua esplicita menzione del fondo identica alle Gai. Inst., per rilevare che «gli esemplari orientali scolastici di Gaio, da cui pendeva il κατὰ πόδας beritese, contenevano qui tutto quello che contiene il codice veronese»[84]. Ma pure se accogliamo

[84] C. FERRINI, *Dell'origine della Parafrasi greca delle Istituzioni imperiali*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, in *Archivio Giuridico*, «AG», XXXVII, 1886, 406 (= *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 105 s.). Più in generale sulla Parafrasi di Teofilo si vedano C. FERRINI, *Intorno all'opportunità di una nuova edizione della Parafrasi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo*, in «RIL», XVI, 1883, 1 s. (= *Opere*, I, cit., 1 s.); ID., *La Parafrasi di Teofilo e i Commentari di Gaio*, in «RIL», XVI, 1883, 565 s. (= *Opere*, I, cit., 15 s.); ID., *La glossa torinese alle Istituzioni e la Parafrasi dello Pseudo-Teofilo*, in «RIL», XVI, 1883, 715 s. (= *Opere*, I, cit., 41 s.); ID., *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo*, in «RIL», 16, 1883, 892 s. (= *Opere*, I, cit., 27 s.); ID., *Institutionum graeca paraphrasis*, *Theophilo antecessori vulgo tributa*, 2 voll., Berlino-Milano, 1884-97; ID., *Di alcuni studi recenti sulle origini delle Istituzioni imperiali*, in «RIL», XVIII, 1885, 661 s.; ID., *Natura e diritto nella Parafrasi greca delle Istituzioni*, in «RIL», XVIII, 1885, 857 s. (= *Opere*, I, cit., 71 s.); ID., *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, in *Memorie dell'Istituto Lombardo*, IX, 1886, 13 s. (= *Opere*, I, cit., 139 s.); G. SEGRÈ, *Sulla questione se la Parafrasi greca alle Istituzioni imperiali abbia avuto per fondamento il testo dei Commentari di Gaio*, in *Il Filangieri*, XII, 1, 1887, 735 s. (= *Scritti giuridici*, II, Cortona, 1938, 1 s.); B. CIRMENI, *Sulle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Annuario Ist. Stor. dir. rom. Univ. di Catania*, IV, 1893-94, 86 s.; A. ZOCCO-ROSA, *Teofilo e la Parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee*, in *Annuario Ist. Stor. dir. rom. Univ. di Catania*, VII, 1899-1900, 133 s.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Romischen Rechts*[2], cit., 408 s.; B. KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts*[2], München, 1912, 408 s.; ID., s. v. *Theophilos*, in «RE», XIV, vol. 5, Stuttgart, 1934, col. 2138 s.; S. RICCOBONO, *Il proemio della Parafrasi greca di Teofilo nella*

l'opinione che attribuisce la Parafrasi proprio a Teofilo, non si riscontra, nel confronto tra il testo della stessa e Gai. II, 51, una sola parola che possa alimentare anche un minimo dubbio sulla genuinità del contenuto del *Codex* V[85].

Né servirebbe a scalfire la sua autenticità obiettare che l'inciso della Parafrasi *ἀνῃρέθη γὰρ καὶ τῆς πολιτείας ἐκβέβληται ἡ γνώμη τῶν δοξασάντων νομικῶν ὅτι ἐπὶ τῶν ἀκινήτων ἁμαρτάνεται κλοπή* si avvicini di più all'espressione del framm. 493 *rer. cott*. D. 41, 3, 38 *abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri* che all'espressione *cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtiuum fundum fieri posse* di Gai. II, 51.

Difatti, pure ammettendo una maggiore corrispondenza, nulla si dimostrerebbe, stante la già incontrata fusione in Inst. Iust. 2, 6, 7 tra brano delle Istituzioni gaiane e brano delle *res cottidianae*. La Parafrasi greca, in altre parole, rispecchierebbe sì il più ampio concetto offerto dalle *res cott.*, ma sono le stesse Istituzioni giustinianee – di cui il testo greco è appunto la parafrasi – a scegliere di seguire sul punto i *libri aureorum*.

Ecco allora dover concludere che né i confronti tra le *res cott.* e le Istituzioni gaiane, né quelli tra queste ultime e quelle imperiali, né quelli ancora tra entrambe le Istituzioni e la Parafrasi di Teofilo avallano la tesi sostenuta da Kniep, secondo cui il palinsesto veronese non conserva il genuino contenuto delle *Gai Institutiones.*

4. Il rapporto tra i due libri istituzionali di Gaio

Dopo aver passato in rassegna le maggiori interpretazioni avanzate dalla interpolazionistica, si ricava che non sono tanto le singole teorie analizzate a non riuscire a offrire risultati soddisfacenti, anzi, come è stato notato a proposito degli studi di Solazzi – considerazione che possiamo allargare a tutti i lavori sopra scandagliati – ci si trova sempre dinanzi a «una vera miniera di originali osservazioni critiche, qualunque sia la posizione da assumere intorno al problema centrale del testo veronese»[86].

---

edizione del Ferrini, in «BIDR», XXXV, 1938, 1 s.; C.A. MASCHI, *La Parafrasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo* e le glosse a Gaio, in *Scritti Ferrini. Univ. di Pavia*, Milano, 1946, 321 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustinianea e i suoi commentari bizantini*, in *Scritti Ferrini. Univ. di Pavia*, Milano, 1946, 81 s.; A. BERGER, s. v. *Theophilus*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 736 s.

[85] Di questo avviso, ZOCCO-ROSA, *Sul genuino contenuto del Codice Veronese e sui rapporti tra le Institutiones e le res cottidianae di Gaio*, cit., 35.

[86] F. DE MARTINO, *Siro Solazzi (1875-1957)*, in *Iura*, IX, 1958, 149, ove si precisa che le le c.d. "glosse a Gaio" costituiscono una questione assai controversa in dottrina, tra l'altro ridimensionata nel corso del tempo. Si

A sollevare dubbi è piuttosto constatare che, in buona sostanza, è inammissibile sottoporre le Istituzioni gaiane e le *res cottidianae*, tradizionalmente indicate come due differenti opere, a una sorta di armonizzazione reciproca. Non occorre spiegare che se due opere con titoli diversi vengono trasmesse da uno stesso autore, è lecito aspettarsi reciproche differenze: una concordanza troppo ampia, d'altra parte, darebbe adito al sospetto che, dopo tutto, una *reductio ad unum* resti possibile.

Ora, il perché Gaio scrisse due manualetti di diritto durante la sua attività insegnamento resta questione di difficile soluzione[87]. Ma che ciò sia avvenuto non è certo inusuale.

Dai frammenti del Digesto ricaviamo infatti che Pomponio scrisse un *regularum liber singularis* oltre a un *Enchiridion*. E nelle Pandette quest'ultimo appare indicato in alcuni passi come formato da un solo libro (*liber singularis enchiridii*) e in altri da due (*libri duo enchiridii*). Nel nome di Paolo si riportano nell'Indice Fiorentino sia gli *institutionum libri II* (*instituton* βιβλία δύο)[88] sia le *regulae*: queste ultime, a loro volta, nella forma apparentemente epitomata del *regularum liber singularis* (*regularion* βιβλίον ἑν)[89] e nella più grande opera dei *regularum libri VII* (*regularion* βιβλία ἑπτά)[90]. A Ulpiano si attribuisce, oltre al *regularum liber singularis* (*regularion* βιβλίον ἑν)[91], anche un'opera intitolata *institutionum libri II* (*instituton* βιβλία δύο)[92], in parte richiamata nel Digesto, in parte nella *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*.

Ovviamente non è possibile determinare in modo inequivocabile quali fossero i differenti obiettivi perseguiti con questi duplici lavori. Ma di là dalle ipotesi – che avremo modo di avanzare comunque nel corso della trattazione[93] – possiamo cercare di trarre fin da ora dei punti fermi in ragione degli elementi in nostro possesso.

Per chiarire allora il reale rapporto in cui stanno tra loro *Institutiones* e *res cottidianae* si procederà secondo questo metodo: premetteremo le varie congetture sorte in dottrina, torneremo sui confronti paralleli delle due opere, e potremo infine decidere quale (o quali) tesi accogliere.

---

legga l'aneddoto raccontato da A. GUARINO, *La Ferrari Testarossa*, in *Index*, XVIII, 1990, 208, ove si narra che Solazzi usasse chiamare «Vestali del Veronese» i suoi molti contraddittori.

[87] HONORÉ, *Gaius*, cit., 94 s. afferma che Gaio scrisse le Istituzioni a Roma e le r*es cottidianae* a Berytus (odierna Beirut). Ma è solo un'ipotesi: è anche vero, peraltro, che un docente può decidere di scrivere un supplemento a un proprio precedente manuale senza cambiare le sue posizioni dottrinali. Inoltre, è noto che il luogo, o i luoghi, in cui Gaio praticò l'insegnamento non sono individuabili con certezza.

[88] KRUEGER – MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, cit., XXXI, sub XXV, 18.

[89] *Ibid.*, sub XXV, 9.

[90] *Ibid.*, sub XXV, 8.

[91] *Ibid.*, sub XXIIII, 15.

[92] *Ibid.*, sub XXIIII, 14.

[93] *Infra*, cap. III.

Si riassumano così le diverse posizioni dottrinali:

a) Le *res cott.* sarebbero identiche alle *Institutiones*[94];
b) le *res cott.* sarebbero un nuovo lavoro di Gaio sulle *Institutiones*[95];
c) le *res cott.* sarebbero servite di complemento alle *Institutiones*[96];
d) con le *res cott.* Gaio avrebbe redatto un'opera elementare di pratica, mentre con le *Institutiones* un'opera elementare squisitamente teorica. Entrambi i lavori avrebbero seguito una medesima struttura, e medesime sarebbero state le materie trattate[97];
e) le *res cott.* sarebbero un trattato più approfondito delle materie di cui già si occupavano le *Institutiones*, destinato alla pratica dell'insegnamento più che alla pratica del foro. Le *Institutiones* avrebbero conservato un genere prettamente isagogico, mentre nelle *res cott.* sarebbero state esposte gli stessi argomenti ma in maniera più ampia e accurata. Anche la distribuzione delle materie sarebbe stata diversa[98].

Le *res cottidianae*, a differenza delle *Institutiones*, ci sono pervenute frammentariamente, tuttavia, avanzando per induzione, possiamo delineare le diverse modalità di trattazione che Gaio seguì nella composizione dei due libri elementari.

Si nota allora che nei frammenti di *res cott.* non si incontrano spiegazioni etimologiche dei termini giuridici. A titolo di esempio, quanto espresso in Gai. III, 90 a proposito del mutuo (*unde etiam mutuum appellatum est*, *quia quod ita tibi a me datum est*, *ex meo tuum fit*) non si rinviene nel parallelo offerto dal framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 2. Ciò però non vuol dire che nelle *res cottidianae* manchino *in toto* definizioni di termini giuridici: si pensi al framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 1 pr.: *iure civili*, *id est iure proprio civitatis nostrae*.

Per quanto concerne le discussioni su questioni di classificazione e disposizione, se non si può affermare che siano completamente omesse nei *libri aureorum*, tuttavia, dai frammenti di questi traspare che Gaio vi abbia assegnato uno spazio minore rispetto alle Istituzioni. Per

---

[94] Delle varie congetture si riportano i massimi esponenti. Per questa prima, peraltro la meno accolta in seno alla romanistica, F.C. CONRADI, *Parerga*, I, Helmstadt, 1735, 7.

[95] F. MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen Romischen Rechts*, Gießen, 1842, § 47.

[96] G. HUGO, *Histoire du droit romain*, Bruxelles, 1840; MISPOULET, *Les sources des Institutes de Justinianen*, cit., 9-10; J. MUIRHEAD, *Historical introduction to the private law of Rome*, Edimburgo, 1886, 322; O. KARLOWA, *Romische Rechtsgeschichte, 1, Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig, 1885, 725; KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Romischen Rechts*[2], cit., 341.

[97] GLASSON, *Étude sur Gaius*, cit., 201; A. SCHWEPPE, *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthumer: mit erster vollstandiger Rücksicht auf Gaius und die Vaticanischen Fragmente*, Göttingen, 1832, 145, § 90; LENEL, *Palingenesia*, cit., col. 251, n. 4: «Ex his quae supersunt colligi licet eundem fere fuisse in rebus cottidianis atque in institutionibus rerum ordinem, nisi quod in illis ius hereditatium post ius obligationum tractatum fuisse videatur».

[98] A. BUCHHOLTZ, in G. HUGO, *Civilistische Magazin*, VI, Berlino, 1832, 232 e 261; HUSCHKE, *Gaius. De Gaio eiusque scriptis et hac Institutionum eius editione dissertatio praevia*, cit., 9.

notarlo basta giungere «colà dove si va per tutte strade»[99], alla classificazione delle fonti delle obbligazioni:

Gai. III, 88-89	II, framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1 pr. – 1
Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim *obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Et prius videamus de his, quae *ex contractu* nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: *aut* enim *re contrahitur obligatio aut verbis* aut litteris *aut consensu*.	*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio* aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. *Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*[100].

Sebbene le *res cottidiane* abbiano una categoria di obbligazioni ulteriore – le *variae causarum figurae* – il paragrafo dedicato allo schema di disposizione è considerevolmente più breve rispetto alle Istituzioni: nelle *res cottidianae* mancano affermazioni didascaliche come *summa divisio in duas specie diducitur* e *harum autem quattuor genera sunt*, così come periodi che intendono mimare nella esposizione scritta l'insegnamento orale (*nunc transeamus*; *et prius videamus de*).

Tuttavia, nel prosieguo dei testi, confrontando il framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 2-6 con Gai. III, 90-96, la situazione si capovolge, e troviamo nei *libri aureorum* una maggiore completezza rispetto alle Istituzioni. Mentre queste ultime menzionano, infatti, solo il singolo esempio del *mutuum* (*velut mutui datione*), le *res cottidianae* elencano quattro tipi di contratti reali: oltre al *mutuum* vi sono il *commodatum*, il *depositum* e il *pignus*. Si ha l'impressione, al riguardo, che le *res cottidianae* vogliano fornire nozioni utili alla pratica, mentre nelle Istituzioni si prediligano spiegazioni giuridiche storiche e teoriche.

---

[99] ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 513. Lo studioso unisce al confronto anche Inst. Iust. 3, 13: «Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio». E aggiunge: «In nessun passo è così chiara come in quello delle Istituzioni giustinianee la diretta derivazione da Gaio».

[100] L'assenza delle parole *aut litteris* nel testo delle *res cottidianae*, tra *aut verbis* e *aut consensu*, deve con tutta probabilità essere attribuita all'intervento della Commissione del Digesto: come è noto, i contratti letterari sono caduti in disuso nel periodo postclassico (forse anche prima, anteriormente alla fine dell'età classica: cfr. KASER, *Privatrecht*, I^2, cit., 54 s. e II^2, cit., 382 s.). Nel Corpus giustinianeo tali contratti sono menzionati solo in un punto, precisamente in Inst. Iust. 3, 21. Dalla formulazione risulta chiaro che i compilatori considerassero antiquati i contratti letterali: *Olim scriptura fiebat obligatio: quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu eqs*. L'inclusione di questo passo nel libro di testo imperiale è dovuta esclusivamente all'influenza del modello istituzionale gaiano; perfino nel Digesto, difatti, non c'è un singolo frammento in cui le *obligationes litteris contractae* siano menzionate.

Su questa scia, il largo spazio dedicato alla trattazione del contratto verbale della *stipulatio* in Gai. III, 92-96 rispetto al framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 7 può ritenersi significativo della maggiore enfasi dedicata nelle Istituzioni a questioni giuridiche ormai superate.

Ne sarebbe prova il fatto che nel parallelo delle *res cottidianae* Gaio ometta qualsiasi approfondimento sugli aspetti formali della *stipulatio* e si accontenti di una trattazione piuttosto sommaria di tali formalità: *verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu cum quid dari fierive nobis stipulemur*. Questa brevità alquanto peculiare potrebbe giustificarsi considerando che rispetto allo scambio di formule dapprima in uso, nella prassi successiva quelle regole andarono sfumando, avviandosi il fenomeno della c.d. deformalizzazione della *stipulatio.* Difatti, in Ulp. XLVIII *ad Sab.* D. 45, 1, 1, 2 – giurista, com'è noto, successivo a Gaio – si legge che al tempo di quest'ultimo non si prestava più attenzione alla vecchia regola della perfetta uguaglianza del verbo di domanda e risposta[101]: *si quis ita interrogatus*[102] '*dabis?*' *responderit* '*quidni?*' *et is utique in ea causa est, ut obligetur*[103].

Tale processo di deformalizzazione potrebbe allora essere iniziato già in epoca gaiana – cioè circa mezzo secolo prima di Ulpiano – e quindi rifluito nella stesura del suo successivo libro elementare, molto più attento alle questioni pratiche anziché teoriche, le *res cottidianae*, le quali, si è visto, espongono la *stipulatio* in modo piuttosto lapidario.

Orbene, da tali elementi subito crolla l'opinione di chi ritenne identificare un *bis in idem* nelle due opere gaiane: identità che è contraddetta sia dai confronti paralleli sopra svolti, sia dalla presenza di due diversi titoli. È vero che spesso si incontrano nei *libri aureorum* periodi analoghi alle Istituzioni – giusta le precise analogie testuali sopra individuate – ma ciò si spiega se si ammette, da un lato, che le *res cottidianae* furono scritte dopo le Istituzioni, e dall'altro, che in queste Gaio abbia trattato in modo più ampio e circostanziato le stesse

---

[101] O meglio, l'esigenza di coerenza tra quanto chiesto e quanto risposto comportava sì che non fosse possibile rispondere in modo diverso da come domandato, ma in un senso che va oltre la questione meramente linguistica: affinché la *stipulatio* fosse valida e utilmente posta in essere era necessario che la risposta data corrispondesse all'*id quod* richiesto.

[102] La *Littera Florentina* riporta *interroget*, mantenuto da KRUEGER – MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, cit., 720 (*sub nota* 18, Mommsen propone *interroganti*) e da LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 1186, n. 2949. La correzione in *interrogatus* è S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustinianeo*, in «ZSS», XXXV, 1914, 247. Poiché similmente si legge più avanti, è verosimile che la correzione avanzata sia corretta (vedi D. 45, 1, 1, 2: *aut si ita interrogatus ... responderit eqs.*). La presenza di una manipolazione del testo – vale a dire un errore grammaticale (*interroget* invece di *interrogatus*) – non può essere addotta come prova del fatto che i compilatori volessero modificare il contenuto dell'enunciato e quindi interpolarlo.

[103] Si veda l'interpretazione del passo offerta da F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, Oxford, 1953, 154.

materie oggetto del primo manuale istituzionale[104]. Anzi, è proprio grazie ai raffronti che abbiamo reso palesi che emerge il carattere delle *res cottidianae* quale opere che attribuisce un maggiore sviluppo a quanto già trattato nelle Istituzioni.

Ciò peraltro non significa che Gaio si limiti a esporre le *easdem res* della prima opera, come per esempio rilevava Huschke[105]. Negli *aurea* il giureconsulto si preoccupa anche di istituti che nelle *Institutiones* non trovano spazio (*e.g.* il comodato, il deposito, il pegno, le *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*). Gaio potrebbe quindi aver composto la seconda opera proprio per colmare le lacune delle sue *Institutiones*[106].

E il titolo *res cottidianae* sembra fornire un ulteriore indizio. Potrebbe significare che oltre a un libro introduttivo – cioè le *Institutiones* – in cui si trattavano i punti di vista teorici e più generali, come questioni di classificazione, definizioni, considerazioni dottrinali *et cetera*, l'autore volesse fornire in aggiunta agli studenti un compendio sui principi giuridici per le questioni di tutti i giorni (*cottidianae*, dunque, nel senso di ordinarie)[107]. Non quindi un vero e proprio trattato pratico, ma un'opera pur sempre didattica – coerente nello stile di Gaio – seppure con un taglio maggiormente rivolto alla pratica. Si ricordi sempre, infatti, che Gaio «studii theoretici excitator et promotor exstitit»[108], posto che «doctrinae ac libros scribendo, quam foro et respondendo se dare maluit»[109].

Si può affermare, pertanto, che le congetture enucleate *sub* c) ed e), da sole incomplete, ravvicinate tra loro si completino a vicenda: le *res cottidianae* sarebbero un trattato istituzionale, con struttura analoga alle Istituzioni, ma rispetto a esse più approfondito nelle questioni di diritto e – aspetto pure interessante – ancora più vicino alle concrete vicende della prassi giuridica.

Risulta difficile rispondere all'eventuale domanda di come i due manuali elementari gaiani siano stati utilizzati a fini didattici, se unitamente oppure se l'uno seguito dall'altro. Possiamo

---

[104] HUSCHKE, *Gaius. De Gaio eiusque scriptis et hac Institutionum eius editione dissertatio praevia*, cit., 5: «Denique etiam rerum cottidianarum libri, si totam eorum rationem perpenderis, non possunt iudicari non post institutiones compositi esse». Del medesimo avviso, BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten*, cit., 266.

[105] *Ibid.*, 11, n. 1.

[106] Che le *res cottidianae* siano state scritte successivamente alle *Institutiones* è, di certo, l'opinione avallata dalla dottrina maggioritaria. Illustreremo una ipotesi in senso contrario nel cap. III, cui si rimanda.

[107] Secondo SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, cit., 202, *res cottidianae* sta a indicare gli insegnamenti elementari tradizionalmente insegnati nella scuola di legge. Tuttavia, di *cottidianus* nel senso di "proprio di una istruzione elementare" non sussiste alcun riferimento; Schulz richiama *Thesaurus Linguae Latinae* IV, Leipzig, 1900, 1090, 48 s., ma *cottidianus* ivi indica "consumato", "banale", "volgare", mai "elementare").

[108] HUSCHKE, *Gaius. De Gaio eiusque scriptis et hac Institutionum eius editione dissertatio praevia*, cit., 10.

[109] *Ibid.*, 9.

avanzare una ipotesi, sulla falsariga del *modus operandi* seguito dai compilatori giustinianei nella redazione del *Corpus Iuris.*

Come è noto, Triboniano, Teofilo e Doroteo si servirono delle *Institutiones* di Gaio come modello per le Istituzioni imperiali[110], ricorrendo alle *res cottidiane* ovunque la trattazione offerta dalle prime risultasse inadeguata o insoddisfacente. *Mutatis mutandis*, si può allora suppore che le *res cottidianae* siano state utilizzate da Gaio già durante le sue lezioni, come supplemento all'insegnamento istituzionale.

[110] Const. *Imperatoriam*, 6.

CAPITOLO II

CONSTITUTIO TEXTUS

LIBER I

1. La testimonianza offerta dal dettato gaiano in una prospettiva di evoluzione della disciplina della *manumissio vindicta*

[*De manumissis vindicta*]

486.

[D. 40, 2, 7] Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul legatusve Caesaris.

486.

[D. 40, 2, 7] Non è assolutamente necessario che si manometta in udienza; così, spesso, si suole manomettere gli schiavi di passaggio, quando per esempio il pretore o il proconsole o il legato di Cesare siano usciti per andare alle terme o ai giochi.

La *manumissio* è il negozio giuridico mediante il quale il *dominus* concede personalmente, o con il tramite di un terzo (erede legatario o fedecommissario), la libertà al proprio schiavo[1], il quale diventa così liberto e, in quanto tale, *civis romanus*[2].

---

[1] E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, 136: «L'atto di sovranità familiare con il quale il *pater familias* conferisce al proprio schiavo la libertà, ossia la padronanza di se stesso, è la *manumissio*. Con esso non si trasferisce allo schiavo la *potestas* del padrone, ma, abdicandosi a questa, si fa sbocciare appieno quel germe di personalità che lo schiavo portava, per così dire, chiuso in se stesso».

[2] Sul punto, V. DEVILLA, *La manumissio vindicta nel diritto giustinianeo*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, II, Milano, 1956, 275: «allo schiavo manomesso nelle forme civili, compete oltre la libertà anche la qualifica di cittadino romano, mentre allo schiavo liberato nei cosiddetti modi pretori, spetta, dapprima una libertà di fatto, perfino revocabile dal manumissore, ed in seguito la condizione di latino giuniano». Si noti che per taluni l'attribuzione della cittadinanza ai manomessi nelle forme civili è apparsa come una anomalia, finanche qualcosa di paradossale: cfr. V. SCIALOJA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma, 1912, 201 s.; F. DE VISSCHER, *De l'acquisition du droit de cité romaine par l'affranchissement*, in «SDHI», XII, 1946, 69 s. In verità, tali critiche sono presto smentite se si considera che i manomessi ottengono sì la cittadinanza, ma con gli effetti a questa propri nel campo del diritto privato, mentre sul versante pubblicistico essa subisce gravi limitazioni, essendo rimasta peraltro esclusa in alcuni periodi storici (cfr. M. KASER, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in «ZSS», LXVIII, 1951, 320). In ogni caso, il beneficio della cittadinanza concesso ai manomessi non doveva sorprendere i romani, stante il tenore di alcune testimonianze scritte. Così, Cic. *Pro Caecina*, 33, 96: «Qui enim potest iure Quiritium liber esse, qui in numero Quiritium non est?»; Liv. *Hist*., 41, 8

Secondo il *ius civile*, le specie di *manumissiones* possono essere distinte in *vindicta*, *censu* o *testamento*[3]. Come è stato notato in dottrina, non abbiamo evidenze bastevoli ad affermare che l'enumerazione gaiana abbia carattere storico[4]. Non possiamo affermare con certezza, cioè, se la *manumissio vindicta* abbia preceduto le altre due in termini diacronici, oppure se Gaio abbia seguito nelle *Institutiones* un ordine siffatto in virtù della maggiore rilevanza dell'una rispetto alle altre[5]. Ciò che invece si suole accettare è che il termine *vindicta*, prestando fede alla testimonianza liviana, sarebbe da ricondursi al nome dello schiavo *Vindicius* che, dopo avere svelato la congiura che mirava a riportare i Tarquini a Roma, fu premiato con la concessione della libertà[6].

Quanto alla qualificazione giuridica della *manumissio vindicta*, si registrano numerose opinioni contrastanti che si dispiegano, come un ampio ventaglio, dall'opinione maggioritaria, secondo cui essa deve considerarsi uno dei casi di *in iure cessio*[7], fino ad altre che la concepiscono, rispettivamente, come una *causa liberalis ficticia*[8], una semplice dichiarazione fatta dal *dominus* davanti al magistrato[9], una *legis actio sacramento in rem* con funzione contenziosa[10], oppure, ancora, come la dichiarazione di proprietà sul servo da parte del *dominus* e la sua successiva dichiarazione di volerlo manomettere, con l'intervento finale del littore[11].

Tenendo al momento per buona l'opinione maggioritaria, diremo che la *manumissio vindicta* si risolveva in una finta rivendicazione dello schiavo in libertà da parte di un *adsertor libertatis*. Quest'ultimo, insieme al *dominus*, si presentava dinanzi al pretore, l'*adsertor libertatis* teneva in mano un bastoncino (c.d. *festuca* o *virgula* o, appunto, *vindicta*) e,

---

(12): «Liberos suis quibuslibet romanis in eam condictionem ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives esse».

[3] Gai. I, 17: «Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit».

[4] Di questo avviso, M.A. DE DOMINICIS, s. v. *Manumissio*, in «NNDI», X, Torino, 1964, 192.

[5] In Frag. Dosith. 5 si segue il diverso ordine *vindicta*, *testamento*, *censu*.

[6] Liv. 2, 5, 10: «Ille primum dicitur vindicta liberatur; quidam vindictae quoque nomen tractum ab illo putant: vindicio ipsi nomen fuisse». Si veda anche Teoph., Par., I, 5.

[7] A. SCHULTING, *Iurisprudentia Anteiustinianea*, Lugduni, 1717, 12; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1946, 99 s.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1949, 85; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14], Napoli, 1960, 484; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia*, Milano, 1963, 172 s.

[8] M. WLASSAK, *Die prätorischen Freilassungen*, in «ZSS», XXVI, 1905, 385.

[9] L. LÉVY-BRUHL, *L'affranchissement par la vindicte*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, III, Palermo, 1936, 3-19. DE VISSCHER, *De l'acquisition du droit de cité romaine par l'affranchissement*, cit., 69 s.

[10] L. ARU, *Breve nota sulla* «*Manumissio vindicta*», in *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, II, Milano, 1941, 313-323.

[11] F. MEYLAN, *L'individualité dans la manumissio vindicta*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 469 s.

toccando con esso lo schiavo, pronunciava solennemente la formula «Hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse aio»[12]. A questo punto, il *dominus* non eccepiva alcunché né si opponeva, il pretore ne prendeva atto e, con la *addictio*, lo schiavo diveniva alfine libero e cittadino.

Se gran parte della romanistica concorda nel delineare in tal modo la *manumissio per vindictam*, è pur vero che questo negozio giuridico variò forme e procedura a seconda dell'epoca storica e del sistema giuridico considerati (*ius civile*, pretorio, imperiale), lasciando scomparire il simbolismo e le precipue formalità richieste a vantaggio di un più celere e semplice procedimento.

Poiché il frammento 486 di *res cottidianae* (D. 40, 2, 7) si instilla proprio in un più ampio discorso di evoluzione dell'istituto in parola, allorquando in particolare, a scapito di elementi formali quali la presenza dell'*adsertor libertatis* o dei littori, restò il solo elemento indispensabile della volontà del *dominus* di manomettere il proprio servo, occorre ai nostri fini riesaminare il problema sul rapporto tra *in iure cessio* e *manumissio vindicta*.

Le tante dottrine già richiamate – così discordanti tra loro – appaiono invero più o meno fondate a seconda del periodo storico in cui si inquadrano. Questa singolare caratteristica si giustifica per il fatto che la *manumissio vindicta*, cedendo con il passare del tempo all'originaria funzione, struttura e formalismo, fa sì che non ci si possa irregimentare in una concezione uniforme dell'istituto per tutta l'epoca classica. In altre parole, ciascuna dottrina, accolta pure solo in parte, riempie di significato un istituto che tanto è cambiato nel corso del tempo.

Ciò posto, la *manumissio vindicta* e la *in iure cessio* rientrano nel novero della *legis actio in rem*[13]. Questi gli elementi in comune: entrambe rappresentano una applicazione di principi e di forme del processo di proprietà, proprio poiché una *legis actio in rem* era necessaria per fare valere una signoria su una potestà familiare; in entrambe si utilizza la *vindicta*; in entrambe, ancora, il riconoscimento della pretesa dell'attore, da parte del convenuto, determina la realizzazione della sua pretesa[14].

Sia nella *in iure cessio* che nella *manumissio vindicta* una parte coopera al riconoscimento – *expressis verbis* o meno – della pretesa dell'altra. In origine, infatti, le due specie di

---

[12] Così in Gai. I, 119, che ricalca la formula, in ordine alla *legis actio sacramento in rem*, di Gai. IV, 16. Cfr. M. KASER, *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfenermit Studien zur Natur der manumissio vindicta*, in «SDHI», XVI, 1950, 72 s.; ID., *Das römische Privatrecht*, I, Monaco, 1955, 101.

[13] Sulla *in iure cessio*, Gai. II, 24. Sulla *mancipatio vindicta*, Marcian. I *inst.* D. 1, 16, 2; Paul. Sent. 2, 25, 4.

[14] DEVILLA, *La manumissio vindicta nel diritto giustinianeo*, cit., 279. Si veda Frag. Vat. 50, che fa risalire *mancipatio* e *in iure cessio* alle XII Tavole: «et mancipationem et in iure cessionem lex XII tab. confirmat».

vindicationes assumevano una funzione processuale che trovava esplicazione nella affermazione *in iure* del diritto della controparte. In seguito, la funzione processuale lasciò spazio al carattere di diritto sostanziale di ciascuno dei due negozi: nella *in iure cessio*, sotto forma di trasferimento della proprietà di una cosa; nella *manumissio vindicta*, di liberazione di uno schiavo.

Quanto a quest'ultima, risulta semplice comprendere come il riconoscimento del diritto dell'attore da parte del convenuto nel processo di rivendicazione della libertà, o anche il silenzio del convenuto che così confermava il diritto della parte attrice, si mostrò essere un mezzo perfetto per accordare allo schiavo la libertà dietro iniziativa dello stesso *dominus*: scomparve così la struttura processuale e la *manumissio*, atto per se stante, assunse carattere sostanziale. Se quindi in epoca classica resta ancora la parvenza di un processo di libertà[15], ciò non vale per il diritto giustinianeo, laddove l'istituto perde ogni vestigia di *in iure cessio*.

Tuttavia occorre intendersi bene: affermare che la *manumissio vindicta* presenti analogie con la *in iure cessio*, attesa la loro matrice comune, non deve creare confusione tra le due figure. La *manumissio vindicta* si svolge davanti al magistrato *domino tacente aut negante*[16] – come pure la *in iure cessio* – e termina con una *addictio*, con l'effetto di rendere libero lo schiavo. Ma in essa compare l'inedita figura dell'*adsertor* e, inoltre, elemento caratterizzante, si richiede la volontà del *dominus* di liberare lo schiavo. È proprio questo requisito volitivo – comune a tutti i tipi di manomissione civile[17], come pure a quelle pretorie[18] – che permise di riconoscere, fin dal diritto classico, che un *servus* potesse liberarsi *per vindictam*, posto che a tale fine era indirizzata la volontà del *dominus*, condizione imprescindibile di ogni atto di affrancazione.

Sebbene poi la funzione del magistrato fosse quella di avallare quanto già statuito dalle parti, da alcune fonti emerge che la sua funzione potesse andare oltre quella meramente confermativa di una volontà altrui. Se talora questi è stato persino considerato autore della

---

[15] Il nucleo comune ai due istituti è dato dalla lite apparente sullo *status* di un soggetto, con l'obiettivo di renderlo libero. *Contra*, M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in «ZSS», XXVIII, 1907, 78; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilpocessrechts*, Münich, 1925, 30, n. 8; S. SOLAZZI, *Iurisdictio contenziosa e voluntoria nelle fonti romane*, in «AG», XCVIII, 1927, 21.

[16] Gai. II, 24; D. 40, 2, 23.

[17] Festo, *De significatione verborum*, s.v. *Manumitti*, lib. XI (dai *Pauli Diaconi excerpta ex libris Pompeii Festi de significatione verborum*, ediz. a cura di K.O. MÜLLER, Leipzig, 1839, 159): «Manumitti servus dicebatur cum dominus eius dicebat: hunc hominem liberum esse volo»; Ulp. II *de off. cons.* D. 1, 10, 1 pr.: «officium consulis est consilium praebere manumittere volentibus»; Cic. *Top.*, 10 e *De Orat.*, 1, 183: «qui domini voluntate census sit».

[18] *Manumissio testamento*: Tit. Ulp. 1, 12; D. 40, 4, 1; *inter amicos*: C. 7, 6, 2; *per epistulam*: D. 29, 5, 3, 13. E pure si parla di volontà del *dominus* quando a manomettere è l'Imperatore: D. 40, 1, 14, 1: «Imperator cum servum manumittit, non vindictam imponit, sed com voluit, fit liber is qui manumittitur ex lege Augusti».

manomissione[19], senz'altro svolgeva una funzione di controllo del negozio compiuto. A titolo di esempio basti ricordare un senatoconsulto dell'anno 177 a.C. nel quale si richiedeva ai magistrati che confermavano le manomissioni di ricevere un giuramento con cui il manomissore assicurava che l'atto di affrancazione non fosse *civitatis mutandae causa*, non fosse cioè preordinato a realizzare un mutamento di cittadinanza[20]. Peraltro, le stesse limitazioni cui la *lex Aelia Sentia* era dedicata – con le disposizioni sull'età di chi manometteva e dello schiavo da liberare, e con il requisito della *causae probatio* – andavano nel senso di riconoscere al ruolo del magistrato un ruolo attivo, e non di semplice attestazione.

Così descritta, la *manumissio vindicta* – che pure deriva da una *actio in rem* – si distingue tanto dalla *in iure cessio* finalizzata al trasferimento del diritto di proprietà su una cosa da un dante causa a un avente causa, quanto pure dalla *confessio* nel processo di libertà che rendeva l'attore, assistito dall'*adsertor*, *ingenuus*. La *manumissio vindicta* – lo ripetiamo – attuava o convalidava la volontà del *dominus* di liberare il proprio *servus*, che diveniva così *libertus*[21], con l'intervento necessario del magistrato.

E la distinzione tra questo tipo di *manumissio* e la *in iure cessio* si rese ancora più marcata allorquando non solo l'elemento volitivo da parte del *dominus* si accentuò sempre di più a detrimento dell'apparato formale e processuale originario, ma anche la stessa *in iure cessio*, già gradualmente abbandonata nell'ultimo diritto classico[22], scomparve del tutto in epoca giustinianea[23]. Quella *per vindictam* restò quindi come unica forma di manomissione civile *inter vivos*, abbandonata ormai la *manumissio censu*, mentre quella *testamento* fungeva al medesimo scopo, ma in virtù di un negozio *mortis causa*. Non deve stupire, pertanto, la progressiva espunzione delle formalità richieste, per addivenire a una sua applicazione più svelta e accessibile, posto che era la sola *manumissio vindicta* a scongiurare, negli atti di liberazione tra vivi, quello stato di semilibertà cui invece andavano incontro i manomessi nelle forme pretorie[24].

---

[19] Plauto, *Rudens*, 927: «ut liberet et ex populo praetor»; Cels. III *dig.*, D. 1, 18, 17: «si forte praeses provinciae manumiserit»; Ulp. II *de off.. cons.*, D. 1, 10, 1, 1: «consules et seorsum singuli manumittunt».

[20] Liv. *Ab urbe condita*, 41, 9, 11.

[21] D. 38, 16, 3, 1: «libertum accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem romanam perduxit»; Gai. I, 35; III, 56. 58.

[22] Gai. II, 25: «Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quo denim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere».

[23] Come rileva DEVILLA, *La manumissio vindicta nel diritto giustinianeo*, cit., 283, n. 2, l'istituto potrebbe essere scomparso dopo il 293 d.C. insieme alla *mancipatio*.

[24] Come noto, le manomissioni pretorie non producevano la libertà *stricto iure* intesa, ma determinavano l'effetto per cui lo schiavo era di fatto tenuto come libero. I rapporti sociali a cui partecipava lo schiavo così manomesso trovavano tutela da parte del pretore, il quale negava ai rispettivi *domini* la possibilità di richiamarli allo stato servile (Frag. Dosith. 5: «Interveniebat praetor e non patiebatur manumissum servire»; cfr. Gai. III, 56.

In età giustinianea la *manumissio* assunse un carattere unitario, nel senso che a tutti gli affrancati spettavano uguali diritti, quale che fosse il modo di liberazione[25]. La *manumissio vindicta* conservò il suo nome, restando però mutila della funzione di *vindicatio in libertatem* e di *in iure cessio* che aveva in origine, e di essa resta una breve menzione sia nel Digesto (D. 40, 2 *De manumissis vindicta*) che nel Codice giustinianeo (C. 7, 1 *De vindicta libertate et apud consilium manumissione*).

Orbene, a riprova dell'evoluzione dell'istituto appena delineata, si possono confrontare taluni passi[26]:

Gai Epit. 1, 1, 1: Cives romani sunt, qui in tribus modis id est testamento aut in ecclesia aut *ante consulem* manumissi fuerint

Tit. Ulp. 1, 5-6: Libertorum genera sunt tria, cives romani latini iuniani, dediticiorum numero. Cives romani sunt liberti qui legitime manumissi sunt, idest vindicta, aut censu aut testamento, nullo iure inpediente[27]

Gai Epit. 1, 2, 1: Nam qui voluerit aut in ecclesiis aut *ante consulem*, aut inter amicos aut per epistulam manumittere *eqs*

Ebbene, proprio alla luce delle considerazioni svolte deve inquadrarsi il frammento 486 delle *res cottidianae*, che dell'evoluzione dell'istituto della *manumissio vindicta* costituisce una chiara testimonianza: persa ormai ogni traccia originaria del processo, si è passati a un negozio avente a oggetto la libertà riconosciuta al *servus* giustificato dall'accordo delle parti di cui il magistrato prende semplicemente atto[28]. È quindi la volontà del *dominus* a rappresentare la *condicio sine qua non* dell'atto da compiersi, il vero elemento caratterizzante

---

E così, liberti e cittadini, da un lato, *latini iuniani* e *manumissi* nelle forme civili, dall'altro, rappresentarono un contrasto destinato a vivere non solo per tutto il diritto classico (Inst. Iust. 1, 5, 3; C. 7, 5, 6), ma fino a Costantino (si veda C. 1, 13, 2, ove si afferma, in materia di *manumissio in ecclesia*, che la cittadinanza ottenuta con tale istituto non differiva da quella conseguita dal manomesso *vindicta*).

[25] S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1906, 271; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[10], Torino, 1951, 47; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14], cit., 485, n. 1; WLASSAK, *Die prätorischen Freilassungen*, cit., 267. Quanto alla questione se nel periodo classico le manomissioni pretorie siano state o meno manomissioni formali, si veda A. BISCARDI, *Manumissio per mensam e affrancazioni pretorie*, Firenze, 1939.

[26] Si noti, in particolare, come nei due testi epitomati (Gai Epit. 1, 1, 1 e 1, 2, 1), la parola *vindicta* sia sostituita dalla formula *ante consulem*, stante a indicare la figura del magistrato.

[27] Il testo istituzionale gaiano (Gai. I, 12), lacunoso da *tria* fino a *dediticiorum numero*, doveva essere simile. Quanto, invece, a Inst. Iust. 1, 5, 1, ove i libertini sono tripartiti in *cives*, *latini* e *dediticii*, FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, II, cit., 337 lo reputa *in toto* alterato.

[28] Così, M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustinianea: disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Parigi, 2000, 64.

l'istituto, al punto che la manomissione può avvenire anche *in transitu*, cioè quando il magistrato si trovi *in balneum*, *in theatrum*, etc., come chiaramente riportato dal passo del primo libro delle *res cottidianae* cui è dedicato D. 40, 2, 7 e che trova diretto parallelo in Gai. I, 20:

Maiores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat.

Ci si chiederà, a questo punto, davanti a quali magistrati potesse esprimersi la volontà del *dominus* di liberare il proprio schiavo. È ancora il dettato gaiano – sia delle *res cottidianae* che delle *Institutiones* – che può aiutare a fornire una risposta.

Nelle fonti compare anzitutto la figura del console, cui in origine era attribuita la *legis actio* funzionale alla pronuncia della *addictio*[29]. In età repubblicana con questa figura si intendeva il pretore, giusta la testimonianza offerta da talune fonti letterarie[30]. Ciò che preme sottolineare, tuttavia, è che già da Ulpiano l'*officium consulis* svolse come esclusiva attività proprio l'accertamento della volontà del *dominus* di manomettere lo schiavo[31].

A seguire troviamo il pretore, magistrato davanti al quale con più frequenza si celebrano le *manumissiones vindicta* in epoca classica. È tale figura istituzionale a provvedere, prima della *lex Iunia*, alla irrevocabilità delle manomissioni non civili, negando come si è detto la *vindicatio in servitutem* al *dominus* manomissore[32].

Quanto al proconsole, pure costui è citato nelle fonti:

Marcian. I *inst.* D. 1, 16, 2: Omnes proconsules statim quam egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam sed voluntariam; ut ecce manumitti apud eum possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.
§ 1: Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem.

Ulp. XXXVI *ad Sab.* D. 1, 16, 3: nec adoptare potest, quia non habet iurisdictionem talem.

[29] D. 1, 7, 3; D. 40, 2, 5; D. 40, 2, 20, 4.
[30] Plaut., *Persa*, 4, 13, 15, 7: «dic bona fide iam libera est? ad forum ad praetorem exquire»; *Pseud.*, 1, 5, 4, 124: «nunquam ad praetorem cursim curram ut amittar manu»; Cic., *ad Att.*, 7, 2, 8.
[31] D. 1, 10, 1 pr.: «Officium consulis est manumittere volentibus». Sulla *cognitio* dei consoli in materia di libertà, C. 2, 7, 23, 5; D. 35, 1, 50; D. 40, 12, 27, 1-2.
[32] *Supra*, n. 24.

Si ritiene poi che un magistrato investito del potere di manomettere sia il *praeses*. Ciò in quanto gli era concessa la *legis actio* nelle province, e difatti interveniva nella *in iure cessio* e nelle adozioni[33]. Probabile pertanto che avesse anche la facoltà di validare le *manumissiones*[34].

Ora, mentre il frammento 486 *rer. cott.* e Gai. I, 20 riportano che il *praetor* e il *proconsul* potevano manomettere *in transitu*, in Inst. Iust. 1, 5, 3 vi si aggiunge la figura del *praeses*. Si è ipotizzato che l'elencazione gaiana non sia esaustiva ma, nel puro stile del nostro autore, solo esemplificativa, come il *veluti* del manuale istituzionale lascia immaginare (*veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat*). Questa linea esegetica troverebbe appoggio ammettendo che nella denominazione di *praeses* sia ricompreso il proconsole, come se tra i due vi fosse un rapporto di specie a genere, laddove il proconsole rappresenterebbe una qualifica più generale e comprensiva[35].

Ciò chiarito in ordine ai magistrati, resta infine da capire se la figura dell'*adsertor* fosse ancora presente o meno in età giustinianea, argomento sul quale si registrano in dottrina opinioni discordanti.

Anche in questo caso il frammento 486 *rer. cott.* può sciogliere il dubbio esistente tra chi ritiene l'*adsertor* scomparso già nel diritto classico[36] e chi, invece, continua ad annoverarlo perfino nel Digesto[37]. A basare quest'ultima ipotesi vi sarebbe un testo di Ermogeniano:

D. 40, 2, 23: Manumissio per lictores domino tacente hodie expediri solet, et verba solemnia licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.

Si potrebbe ritenere, infatti, che il passo di Ermogeniano faccia riferimento a una *vindicatio in libertatem* con la presenza di un *adsertor*, che nella fattispecie era un littore. A suffragio si pongono il passo offerto da Gai. II, 24, in cui la *addictio* della *in iure cessio* ha luogo *domino negante aut tacente*, e il passo ulpianeo che nelle Pandette segue il frammento in analisi delle *res cottidianae*:

---

[33] D. 1, 7, 3; Gai. II, 24.

[34] D. 40, 2, 15, 5.

[35] D. 1, 18, 1: «Praesidis nomen generale est eoque et proconsulet et legati Caesaris … praesides appellantur: proconsulis appellatio specialis est».

[36] G. ROTONDI, *La "manumissio" del "servus communis" nel diritto romano classico*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1922, 93, n. 2; SOLAZZI, *Iurisdictio contenziosa e voluntoria nelle fonti romane*, cit., 14, n. 5.

[37] WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, cit., 126.

Ulp. V *ad ed.* D. 40, 2, 8: Ego cum in villa, cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti etsi lictoris praesentia non esset.

La locuzione *passus sum* lascia presumere una sorta di tolleranza in via eccezionale a una manomissione che generalmente richiedeva la presenza del littore. Diciamo *generalmente* poiché, se leggiamo il passo in parola unitamente al frammento 486 *rer. cott.*, conveniamo che era in ogni caso ammissibile manomettere davanti al magistrato *in transitu*, cioè di passaggio, come alle terme o ai giochi – e pertanto senza la figura del littore in veste di *adsertor* – trattandosi di atti non strettamente legati al suo ufficio o alla sua carica. Situazioni, queste ultime, che avrebbero invece senz'altro richiesto la presenza dei littori[38].

Possiamo allora concludere che in epoca giustinianea la *manumissio vindicta* perse qualsiasi traccia processuale, così come pure andò sfumando la concezione di una libertà concessa sulla base di un accordo tra le parti. A prevalere, in altri termini, restò la sola volontà del *dominus* del servo, unico vero elemento indispensabile dell'atto, laddove la volontà dell'altra parte, pure se presente, era da considerarsi irrilevante.

Il magistrato, d'altro canto, poteva manomettere *apud se*, anche *in transitu*, e senza la presenza di altri soggetti all'atto: abolito l'*adsertor* – la cui ragione di esserci permaneva finché perdurava il carattere processuale della manomissione – a rilevare, come unico elemento formale, restò la sola dichiarazione di manomettere resa dal *dominus* dinanzi all'autorità pubblica, volontà unilaterale di cui il magistrato si sarebbe limitato a prendere atto.

2. Il vecchio e il nuovo destino della legge *Fufia Caninia*

[*Ad legem Fufiam Caniniam*]

487.

[D. 40, 4, 24] Nominatim videntur liberi esse iussi, qui vel ex artificio vel officio vel quolibet alio modo evidenter denotati essent, veluti 'dispensator meus' 'cellarius meus'

487.

[D. 40, 4, 24] Si considerano liberati nominativamente gli schiavi individuati in modo chiaro per il loro mestiere o arte o in qualunque altro modo a ciò equivalente, come

[38] Di diverso avviso, T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I, Leipzig, 1876, 374 s. e B. KÜBLER, s. v. *Lictor* in «RE», XIII, I, Stuttgart, 1926, 511 affermano che i littori precedevano il magistrato anche quando compariva in pubblico come privato cittadino.

‘cocus meus’ ‘Pamphili servi mei filius’.	quando si dice ‘il mio tesoriere’, ‘il mio cameriere’, ‘il mio cuoco’, ‘il figlio del mio schiavo Panfilo’.

Ancora alla materia delle *manumissiones*, e in particolare alle limitazioni in caso di manomissioni disposte per testamento, è dedicato il frammento 487 *rer. cott.* Il passo in esame non può che collocarsi anche esso all’interno del libro primo, dedicato al diritto delle *personae*, posto che, come chiarito nel capitolo precedente, la struttura del trattatello gaiano segue la tripartizione *personae – res – actiones*, già seguita nelle Istituzioni[39].

Limitazioni alle *manumissiones testamento* sono previste dalla legge *Fufia Caninia*, ascrivibile al 2 a.C.[40], emanata nel quadro della più generale normativa augustea restrittiva delle concessioni di libertà[41]. A spingere il legislatore a varare questo provvedimento furono le preoccupazioni su quanti e quali soggetti – in condizione servile e destinatari di atti di affrancazione – potessero acquistare la cittadinanza oltre che la libertà.

Come afferma Svetonio, le limitazioni in parola erano finalizzate a salvare il popolo romano dalla mescolanza di sangue straniero e servile (*Aug.* 40, 3: *ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis servare populum*), e troviamo analoghe giustificazioni – di stampo etnico e si potrebbe pure dire, con le lenti del presente, xenofobo – in altre fonti letterarie[42].

Ma quali erano siffatte limitazioni? Anzitutto, il numero delle manomissioni effettuabili: il disponente poteva affrancare un numero limitato dei propri servi, individuato in una percentuale decrescente all’aumentare del numero complessivo degli schiavi manomessi, per un massimo, in ogni caso, di cento *manumissi*[43]. In caso di superamento della misura

---

[39] Cfr. *supra*, cap. I, 12 s.

[40] G. GATTI, *La vera data della “Lex Fufia Caninia” rivelata da un’iscrizione*, in «BIDR», XVIII, 1906, 115-117.

[41] Per l’ampia bibliografia si veda G. BOULVERT – M. MORABITO, *Le droit de l’esclavage sous le Haut-Empire*, in «ANRW», II.14, 1982, 98-182. Sul tema, *ex multis*, L. RODRIGUEZ ALVAREZ, *Las leyes limitadoras de las manumisiones en época augustea*, Oviedo, 1978; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 47 s.

[42] Cassio Dione, *Historia Romana*, 56, 33, 3-4; Dionigi di Alicarnasso, *Antiquitates Romanae*, 4, 26, 6. Cfr. C. COGROSSI, *Preoccupazioni etniche nelle leggi di Augusto sulla ‘manumissio servorum’*, in *Conoscenze etniche e rapporti di convivenza nell’antichità*, VI, Milano, 1979, 158 s.

[43] Tit. Ulp. 1, 24: «Lex Fufia Caninia iubet testamento ex tribus servis non plures quam duos manumitti; et usque ad decem dimidiam partem manumittere concedit a decem usque ad triginta tertiam partem, ut tamen adhuc quinque manumittere liceat, aeque ut ex priori numero; a triginta usque ad centum quartam partem, aeque ut decem ex superiori numero liberari possint; a centum usque ad quingentos partem quintam, similiter ut ex antecedenti numero viginti quinque possint fieri liberi. Et denique praecepit, ne plures omnino quam centum ex cuiusquam testamento liberi fiant».

permessa, la sanzione sarebbe stata la nullità dell'atto[44]. In secondo luogo, e quanto più interessa ai nostri fini, si imponeva al testatore di indicare nominatamente (*nominatim*) i servi che intendeva affrancare.

Sarà il caso di affiancare al frammento 487 *rer. cott.* ulteriori passi in materia.

Gai. II, 239: Libertas quoque non videtur incertae personae dari posse, quia lex Fufia Caninia iubet nominatim servos liberari.

Tit. Ulp. 1, 25: Eadem lex cavet, ut libertates servis testamento nominatim dentur.

Inst. Iust. 2, 20, 25: Libertas quoque non videbatur posse incertae personae dari, quia placebat nominatim servos liberari.

La *ratio* della indicazione *nominatim*, come anticipato, ricalca finalità di stampo etnico, poiché il legislatore interpreta come interesse pubblico l'obiettivo di evitare che gli individui considerati peggiori, già ai margini della società, possano in essa farvi ritorno, ed essere riconosciuti come propri pari dagli altri consociati del consesso civile.

Se questo era il fine esplicito della norma, è vero però che nulla poteva frenare la volontà del manomissore di liberare il proprio schiavo, pure se turpe. E allora, proprio per scongiurare questa evenienza e porvi ulteriori limiti, fu emanata pochi anni dopo, nel 4 d.C., la legge Elia Senzia, in materia di manomissioni di schiavi c.d. turpi[45].

A ben vedere, la previsione dell'indicazione nominativa non è dovuta solo alla sola difesa dell'interesse pubblico anzidetto, ma lo è parimenti per la presenza all'interno dell'istituto di un soggetto che, invece, non compare negli altri tipi di manomissioni: l'erede.

Questi, infatti, ha tutto l'interesse personale, davanti a una indicazione ambigua del testatore – cioè suscettibile di interpretazione – che a essere manomessi siano i peggiori tra gli schiavi posseduti dal *de cuius* (soggetti che quindi diverranno liberi e cittadini), così da

---

[44] F. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*[6], I, Firenze, 1897, 124.

[45] Le principali disposizioni della legge *Aelia Sentia* erano le seguenti: 1) gli schiavi che durante la loro condizione servile avevano commesso un delitto, ed erano perciò stati condannati a pene corporali, non potevano acquistare per manomissione la cittadinanza romana, ma solo la *dediticia libertas*; una condizione, dunque, pari a quella dei popoli vinti in guerra e con ignominia da Roma. Non potevano abitare entro cento miglia dall'*Urbe*, né potevano acquistare la cittadinanza romana. 2) Il manomissore doveva avere più di venti anni e poteva manomettere *per vindictam* dopo avere fornito una giusta causa di manomissione in un *consilium* presieduto da un magistrato. 3) Analoghe formalità si richiedevano quando il servo da manomettere avesse meno di trenta anni, altrimenti sarebbe divenuto non *civis*, bensì Latino Juniano. 4) Le manomissioni eseguite in frode dei creditori erano nulle, sempre che vi fosse l'*intentio fraudis* del manomissore – cioè il dolo – e i creditori avessero concretamente patito un pregiudizio economico.

conservare nel proprio *dominium* solo gli individui più affidabili (e di maggior valore economico).

Pertanto, la previsione della legge *Fufia Caninia* sull'indicazione *nominatim*, da un lato, tutela l'interesse pubblico della difesa etnica della *societas romana*, e dall'altro, mira a scalfire, o nella migliore delle ipotesi rendere innocuo, quell'interesse meramente privatistico dell'erede che si pone in palese contrasto con la pubblica utilità.

Allo scontro tra l'interesse pubblico e quello privato resta del tutto estraneo il testatore, il quale, anzi, ne è presumibilmente disinteressato, posto che la liberazione di un ingente numero di servi si aveva, in genere, per motivi di vanità[46]. Pertanto, è il legislatore a imporre al testatore il limite dell'indicazione nominativa; indicazione che per i fini di quest'ultimo è, come detto, irrilevante, ma che tanto rileva sia per lo Stato romano che per gli ostacoli di fatto di cui l'erede è destinatario. Se il testatore vorrà – per i motivi più vari – affrancare i propri servi nel suo atto di ultima volontà, potrà certamente farlo, ma rispettando i divieti quantitativi e qualitativi della legge *Fufia Caninia*.
Possiamo inoltre aggiungere che le previsioni legislative, oltre alle manomissioni dirette, furono estese anche a quelle fedecommissarie, allorquando il sistema provvide al loro riconoscimento[47]. Anzi, secondo parte della dottrina, si è ipotizzato che il riconoscimento dell'istituto del fedecommesso di libertà sia collegato proprio alla emanazione di una norma estensiva della *lex Fufia*[48].

---

[46] BONFANTE, *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia*, cit., 227. Si consideri come, mentre in origine il testamento ebbe «carattere di atto supremo e responsabile, decisivo per l'immagine che di se stesso lasciava il testatore, sicché questi non avrà voluto, di regola, figurare negativamente per via di sconvenienti manumissioni» (così, ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 48), un siffatto senso di responsabilità è sempre più raro da trovare nel prosieguo dell'esperienza romana, rispondendo pertanto l'affrancazione di un gran numero di propri schiavi a semplice motivo di ostentazione.

[47] Cfr. G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa: studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963, 62 s. Sulla base di un passo di Pomponio (D. 40, 4, 40, 1), il riconoscimento potrebbe esservi già stato al tempo di Ofilio, allievo di Sulpicio Rufo e *Caesari familiarissimus*. Cfr. anche M. TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, III, Milano, 1965; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II^2, Milano, 1963, 379, n. 51 e 432.

[48] D. DALLA, *Nominatim manumittere*, in *Labeo*, XXX, 1984, 279. Secondo l'autore, l'intervento di riconoscimento potrebbe essere ascritto a uno dei tanti senatoconsulti di cui tratta Gaio nelle Istituzioni (I, 46): «Sunt enim specialia senatus consulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt». Così, il requisito della indicazione nominale nella manomissione fedecommissaria è soddisfatto con l'indicazione del nome nei codicilli. Secondo, invece, K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz, 1966, 125, a operare l'estensione ai fedecommessi sarebbe stato il senatoconsulto di cui tratta Gai. II, 287: «Item olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei possit; sed senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est». Si veda, ancora, Paul. IX *ad Plaut.* D. 40, 4, 37: «Nominatim codicillis manumissus videtur servus, cuius nomen testamento continetur», di cui Mommsen, in KRUEGER – MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, cit., 618, *sub nota* 4, offre la diversa lettura «Nominatim testamento manumissus videtur servus, cuius nomen codicillis continetur».

Ora, il requisito della indicazione nominativa, oltre al perseguimento delle finalità sopra delineate, si spiega anche per una terza ragione. Si rende necessaria, infatti, la determinazione di un ordine da seguire per le manomissioni disposte nel testamento, così da distinguere, in ipotesi di superamento del numero massimo previsto per legge, le valide dalle nulle[49].

Questa considerazione si basa sul dato testuale offerto dalla *Epitome Gai*, che permette di colmare le ventiquattro righe di Gai. I, 45-46 che mancano nel Codice Veronese[50].

Gai Epit. 1, 2, 2: Nam si aliquis testamento plures manumittere voluerit, quam quot continet numerus supra scriptus, ordo servandus est, ut illis tantum libertas valeat, qui prius manumissi sunt, usque ad illum numerum, quem explanatio continet superius comprehensa: qui vero postea supra constitutum numerum manumissi leguntur, in servitute eos certum est permanere. Quod si non nominatim servi vel ancillae in testamento manumittantur, sed confuse omnes servos suos vel ancillas is, qui testamentum facit, liberos facere voluerit, nulli penitus firma esse iubetur hoc ordine data libertas; sed omnes in servili conditione, qui hoc ordine manumissi sunt, permanebunt. Nam et si ita in testamento servorum manumissio adscripta fuerit, id est in circulo, ut qui prior, qui posterior nominatus sit, non possit agnosci, nulli ex his libertatem valere manifestum est, si agnosci non potest, qui prior, qui posterior fuerit manumissus.

In questo passo, il *nominatim* deve essere inteso nel senso di «seguire un *ordo* nella individuazione dei servi da manomettere», così da potersi arrestare, senza ambiguità, al raggiungimento del contingente massimo consentito per legge. In caso di violazione, la sanzione è la nullità (*nulli penitus firma esse … libertas*).

La stringente normativa della *Fufia Caninia* poteva, inoltre, rischiare di essere violata superando il limite quantitativo senza l'indicazione dei nomi degli schiavi, oppure indicando i nomi ma senza un ordine nelle manomissioni. Si poteva tentare, cioè, di aggirare il vincolo sulla base di una disposizione testamentaria volutamente equivoca; ma come afferma Gaio nelle Istituzioni, anche questo espediente non sortiva alcun effetto:

Gai. I, 46: Nam etsi testamento scriptis in orbem servis libertas data sie, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sint

[49] IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa*, cit., 123; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., 49. Secondo S. DI PAOLA, *«Leges perfectae»*, in *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 1084 s., anziché nulle o invalide, le manomissioni disposte violando le previsioni della *lex Fufia* dovrebbero qualificarsi, più correttamente, come inefficaci.

[50] G. STUDEMUND, *Gaii Institutionum Commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsiae, 1874, 12. Si vedano le considerazioni di G.G. ARCHI, *Epitome Gai*, Milano, 1937, 47.

rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea quae in fraudem eius legis excogitata sunt.

In altri termini, i disponenti tentavano di aggirare la legge in due modi: evitando l'indicazione nominativa e disponendo manomissioni di cui non si potesse distinguere chiaramente le valide dalle nulle, oppure prevedendo sì l'indicazione *nominatim* ma senza un *ordo manumissionis*. Si può ipotizzare che fosse la stessa legge *Fufia* a incoraggiare tali tentativi fraudolenti, prevedendo come conseguenza del comportamento da essa sanzionato la sola nullità dell'atto[51].

Gai Epit. 1, 2, 3: Nam si aliquis in aegritudine constitutus in fraudem huius legis facere voluerit testamentum, sed epistolis aut quibuscumque aliis rebus servis suis pluribus, quam per testamentum licet, conferre voluerit libertates, et sub tempore mortis hoc fecerit, hi, qui prius manumissi fuerint, usque ad numerum superius constitutum liberi erunt: qui vero post statutum numerum manumissi fuerint, servi sine dubio permanebunt.

Come introdotto sopra, inoltre, nell'opera gaiana la previsione di manomettere *nominatim* è accostata al divieto di liberare una persona incerta (Gai. II, 239: *Libertas quoque non videtur incertae personae dari posse, quia lex Fufia Caninia iubet nominatim servos liberari*). Sulla relazione tra le due previsioni, la dottrina è divisa, tra chi ritiene che prima della legge *Fufia Caninia* la manomissione delle *incertae personae* fosse ammessa[52], e chi invece afferma che un siffatto divieto derivi da una norma generale relativa agli atti a favore di persona indeterminata, indipendentemente dai limiti imposti dalla successiva legge *Fufia*[53].

Ma l'accostamento gaiano non deve trarre in inganno: altro è l'individuazione del soggetto beneficiario nell'ambito delle *incertae personae*, altro invece l'assenza di designazione nominativa nelle manomissioni testamentarie. A rimarcare questa differenza giova considerare un altro passo istituzionale gaiano, a riprova del fatto che la *ratio* della indicazione *nominatim* abbia avuto origine nella legge *Fufia*, lasciando da parte qualsiasi considerazioni sulla questione delle *incertae personae*.

---

[51] In ordine a un ulteriore tentativo di aggirare la norma, cfr. Paul., *libro singulari ad legem Fufiam Caniniam* D. 35, 1, 37: «Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, legaverit ita, ut eum legatarius manumitteret, etsi a legato non repellatur, non est compellendus, ut manumittat, quoniam totiens secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quotiens contra legem nihil sit futurum, idque Neratius scripsit, et tamen a legato non esse eum repellendum, quoniam magis legatarium aliquid commodum testator in hoc servo quam heredem habere voluisset». Ad analizzare il passo, IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa*, cit., 125, n. 23.

[52] *Ibidem*, 122.

[53] W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908, 460 e 477.

Gai. II, 238: Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, velut: EX COGNATIS MEIS QUI NUNC SUNT QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI HERES MEUS X MILIA DATO.

Ebbene, ciò posto in ordine teorico, occorre adesso analizzare come la disposizione che prevedeva la nominatività sia stata interpretata dai giuristi, per addivenire a constatare che il frammento 487 *rer cott.* permette di registrare il mutamento ermeneutico che ha interessato la legge *Fufia Caninia*, avutosi con il passare del tempo.

In origine, l'interpretazione della formula *nominatim* era senz'altro rigorosa[54] e letterale (nel senso di un *nominatim* inteso sempre «namentlich», mai «ausdrücklich»[55]), e un siffatto orientamento prevalse almeno fino al senatoconsulto Orfiziano del 178. Opinioni dissenzienti, da un lato, sono successivi a questo senatoconsulto, e dall'altro, non paiano comunque tali da derogare al rigore della indicazione nominale.

Paul. IX *ad Plaut.* D. 40, 4, 37: Nominatim codicillis manumissus videtur servus, cuius nomen testamento continetur.

Nel passo di Paolo, per esempio, il vincolo del manomettere *nominatim* non viene meno, ma si reputa rispettato qualora il nome dello schiavo risulti dal testamento, invece che dal codicillo che ne prevede l'affrancazione.

Così pure in passo di Scevola che, pure se successivo in questo caso al S.C. Orfiziano che, come vedremo, segnerà una cesura nell'ermeneutica del *nominatim manumittere*, mantiene saldo il rispetto della designazione nominale.

Scaev. XXIII *dig.* D. 40, 4, 59 pr.: Titia servis quibusdam et ancillis nominatim directas libertates dedit, deinde ita scripsit: 'et pedisequas omnes, quarum nomina in rationibus meis scripta sunt, liberas esse volo.

Il requisito della nominatività, si afferma, è rispettato se il testatore abbia fatto riferimento al proprio registro per la manomissione delle schiave del seguito (c.d. *pedisequae*). Atti di

[54] U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967, 129.

[55] Con questi termini, WLASSAK, *Die prätorischen Freilassungen*, cit., 380 sottolinea la differenza tra i *nominatim* della legge *Fufia* e della *Aelia Sentia*.

liberazione di tal genere sarebbero pienamente legittimi, poiché l'individuazione del nome del servo vi sarebbe, seppure *per relationem*, attraverso il ricorso ai registri del disponente.

Anche in un altro passo di Scevola – pure questo successivo all'Orfiziano – si fa comunque salvo il rigore della previsione nominale. In particolare, l'errore materiale del testatore in ordine al nome dello schiavo che intende manomettere non pregiudica la legittimità dell'atto, poiché resta manifesta la volontà del disponente[56]:

Scaev. IV *resp.* D. 40, 4, 54 pr.: Qui habebat servum Cratistum, testamento ita cavit: 'servus meus Cratinus liber esto': quaero, an servus Cratistus ad libertatem pervenire possit, cum testator servum Cratinum non habebat, sed hunc solum Cratistum. respondit nihilo obesse, quod in syllaba errasset.

Bisognerà attendere il senatoconsulto Orfiziano del 178 d.C. per assistere a una meno rigorosa interpretazione della individuazione *nominatim* dei servi manomittendi[57]. La sola fonte a trattarne sono le Paul. Sent. 4, 14, 1:

Nominatim servi testamento manumitti secundum legem Fufiam possunt. Nominatim autem manumitti intellegitur hoc modo: STICHUS LIBER ESTO. Cum autem OPSONATOREM, vel QUI EX ANCILLA ILLA NASCETUR, LIBERUM ESSE VOLO, ex Orfitiano senatus consulto perinde libertas competit, ac si nominatim data sit; officiorum enim et artium appellatio nihil de significatione nominum mutat; nisi forte plures sint, qui eo officio designentur; tunc enim nomen adiungendum est, ut eluceat, de quo testator sensisse videatur.

---

[56] VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², cit., 827, n. 19.

[57] Da non confondere con l'omonimo senatoconsulto, sempre databile all'anno 178 d.C., sulla base del quale ricaviamo preziose informazioni biografiche su Gaio, dal momento che questi lo commentò in un proprio *liber singularis*: si veda *supra*, capitolo I, 36, n. 63. Sul medesimo argomento, inoltre, LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 181-182; H.H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen*, Halle, 1908, 51, 59; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1969, 421; R. ORESTANO, s. v. *Gaio*, cit., 731; HONORÉ, *Gaius*, cit., XI; 58; 69; LIEBS, *Gaius und Pomponius*, cit., 65; M. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum*, Graz, 1967, 143, n. 4; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁵, Napoli, 1975, 478; M. BRUTTI, *Lineamenti di storia del diritto romano* (sotto la direzione di M. TALAMANCA), Milano, 1979, 494. Cfr. anche BERGER, s. v. *Senatus consultum Orfitianum (A.D. 178)*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., 699: «Another senatus consultum (of the same year) declared testamentary manumissions of slaves valid when their identity could be established beyond doubt, even if they were not indicated in the testament by name, as the *lex Fufia Caninia* required». E. VOLTERRA, s. v. *Senatus consulta*, in «NNDI», XVI, Torino, 1969, 1047 s. distingue, infatti, il S.C. Orfiziano del 178 d.C., di cui tratta Paul., Sent. 4, 14, 1, rispetto all'Orfiziano in tema di successione *ab intestato*. Si veda pure WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, cit., 129, n. 41. La datazione (178 d.C.) si basa sulle indicazioni dei consoli offerte dai fasti consolari: A. DEGRASSI, *I fasti consolari dell'impero romano*, Roma, 1952, 14, 33, 42, 49. Va dato conto, tuttavia, di un opposto orientamento, quello cioè della *reductio ad unum* dei due provvedimenti, secondo cui l'Orfiziano in materia ereditaria e l'Orfiziano in materia di manomissioni testamentarie potrebbero non essere, in realtà, provvedimenti distinti: così, DALLA, *Nominatim manumittere*, cit., 289-290.

Ebbene, il senatoconsulto Orfiziano, oltre a disciplinare tanto le manomissioni dirette (*Stichus liber esto*) quanto le fedecommissarie (*liberum esse volo*), reputò rispettata la previsione del *nominatim manumittere* allorquando, nella disposizione del dante causa, fosse specificato l'ufficio o la professione del servo, o addirittura nell'ipotesi di manomissione del nascituro di una determinata serva (*qui ex ancilla illa nascetur*, *liberum esse volo*), in deroga a quanto sopra detto, valido quantomeno per il diritto classico in ordine alle *incertae personae*[58].

Secondo parte della dottrina, una deroga tanto ingente non può che giustificarsi sulla base di un rimaneggiamento del passo in età postclassica[59]; altri, invece, facendo leva sull'improprio accostamento operato da Gaio tra designazione nominale e divieto di manomettere le *incertae personae* (Gai. II, 238-239)[60], ha affermato che, con il senatoconsulto in commento, una volta caduto lo stringente requisito nominale, si ammisero anche le manomissioni di persone non determinate, poiché dall'elemento della nominatività, si passò a quello della individuazione.

Alla fine di Gai. II, 238, infatti, si ammette il legato a favore di persona incerta, purché se ne dia una indicazione determinata, e questa previsione resta comunque compatibile con l'obbligo di *nominatim manumittere* del successivo Gai. II, 239. Se questo può accettarsi pacificamente – si afferma – allo stesso modo deve ritenersi compatibile, con l'originaria previsione nominale della legge *Fufia*, la meno stringente interpretazione giurisprudenziale che andò diffondendosi in seguito al senatoconsulto Orfiziano[61].

E ciò appare senz'altro condivisibile, atteso che è proprio in questo senso che deve intendersi il caso del servo liberato, individuato solo in relazione al lavoro svolto. Vero è che il servo non è designato per nome, ma la manomissione resta valida se il soggetto è univocamente individuabile. Pertanto, qualora così non fosse, si andrà incontro al diverso esito della inefficacia della manomissione.

Paul. XXVI *ad ed.* D. 40, 4, 31: Cum ex pluribus eodem nomine servis unus liber iussus non appareat qui sit, nullus liber esto.

Possiamo a questo punto trarre le conclusioni del nostro discorso.

---

[58] Gai. II, 238. 239. 287; Tit. Ulp. 22, 4. *Contra*, Inst. Iust. 2, 20, 25: cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 6. Le successioni*, Roma, 1930 (= Milano, 1974, 382).

[59] G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in «ZSS» LVII, 1937, 45.

[60] Cfr. *supra*, 66.

[61] DALLA, *Nominatim manumittere*, cit., 285-286.

È chiara, infatti, l'evoluzione della previsione di *nominatim manumittere*: da interesse generale, finalizzato a evitare che diventino liberi e cittadini individui che la rigida gerarchia romana intende delegare ai margini del consesso sociale, a strumento di contenimento dell'interesse privato dell'erede, per divenire, infine, elemento su quale condurre l'interpretazione della volontà del testatore. Emblematico in questo senso l'inciso di Paul. Sent. 4, 14, 1: il nome dello schiavo non è necessario, ma se vi è, serve «ut eluceat, de quo testator sensisse videatur».

Del maggiore riconoscimento dell'elemento volitivo del dante causa – riconoscimento che si pone in senso analogo a quanto affermato, *mutatis mutandis*, sull'evoluzione della *manumissio vindicta*, a proposito del frammento 486 *rer. cott.* – il frammento 487 delle *rer. cott.* si pone in termini di netta cesura rispetto al parallelo di Gai. I, 45-46 e II, 239. Questa cesura è spiegabile con l'avvenuta emanazione, nel 178 d.C., del S.C. Orfiziano. Difatti, le *Institutiones*, a esso precedenti, seguivano la precedente – e più rigida – interpretazione legislativa; le *res cottidianae*, pur senza menzionare il senatoconsulto, fanno invece proprio il più morbido orientamento, di cui vi è traccia nelle menzionate *Sententiae* di Paolo.

È vero che le nostre certezze sul *nominatim* riportato nelle Istituzioni si fermano a Gai. II, 239 (*lex Fufia Caninia iubet nominatim servos liberari*), poiché Gai. I, 45-46 presenta una lacuna di ben ventiquattro righe; ma è anche vero, come anticipato, che la lacuna in parola può essere colmata da Gai Epit. 1, 2, 2, e la gran parte della romanistica ritiene fedele al dettato istituzionale il lavoro svolto dall'epitomatore[62].

Ebbene, sulla interpretazione del *nominatim manumittere* nel senso non già di una denominazione nominativa, ma di una individuazione, registriamo che il frammento 487 *rer. cott.*, D. 40, 4, 24 è in linea con questo avvenuto mutamento, laddove afferma che «nominatim videntur liberi esse iussi, qui vel ex artificio vel officio vel quolibet alio modo evidenter denotati essent, veluti 'dispensator meus' 'cellarius meus' 'cocus meus' 'Pamphili servi mei filius'».

L'individuazione del servo manomesso, oltre che sulla base del lavoro svolto (*vel ex artificio vel officio*), può avvenire *quolibet alio modo*, purché i manomittendi siano *evidenter denotati*[63]. Da quanto affermato, possiamo ragionevolmente desumere che l'epitomatore non

[62] DALLA, *Nominatim manumittere*, cit., 287; ARCHI, *Epitome Gai*, cit., 47.

[63] A ritenere interpolata tale formula, E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, *1. Persone e famiglia*, Milano, 1933, 322, secondo cui l'avverbio *evidenter* è «sospetto sempre». In ogni caso, il passo gaiano, a differenza di Paul., Sent. 4, 14, 1, non distingue tra manomissioni dirette e fedecommissarie, né cita le manomissioni a favore di *incertae personae*.

avesse sottomano il testo delle *res cottidianae* – quantomeno in ordine al passo in questione – ma il solo dettato istituzionale[64].

Ecco allora spiegato perché le Istituzioni gaiane, da un lato, e il frammento 487 delle *res cottidianae*, dall'altro, permettano di segnare il vecchio e il nuovo destino della legge *Fufia Caninia* che imponeva che la libertà, nell'ambito delle *manumissiones testamento*, fosse concessa *nominatim*[65].

3. La *donatio mortis causa* eseguita in stato di pericolo e i presupposti della sua revoca

488. [D. 39, 6, 4] … aut per insidiosa loca iturus …	488. [D. 39, 6, 4] … o dovendo compiere un viaggio pericoloso …

Nella parte relativa alla *lex Fufia Caninia*, Lenel[66] inserisce anche il frammento 488 *rer. cott.* D. 39, 6, 4, rifluito nel Digesto in appena cinque parole. Si vedrà come il passo debba leggersi in una al successivo brano ulpianeo di D. 39, 6, 5 e a quelli paolini di D. 39, 6, 3 e D. 39, 6, 6[67].

Come risulta titolo VI del Digesto, libro trentanovesimo, l'istituto trattato è quello della *donatio mortis causa*. Seppure breve, il lacerto gaiano offre spunti interessanti in ordine alla delineazione dell'istituto in parola e, in particolare, sulle conseguenze nell'ipotesi di revoca. Per cogliere tali aspetti è necessario illustrare gli elementi della *d.m.c.*

La *d.m.c.* è quella tipologia di donazione che diventa pienamente efficace o con la premorienza del donante al donatario, ovvero, almeno, con la non sopravvivenza del primo al secondo[68]. Infatti, se la morte del donante e del donatario avviene contestualmente, la *d.m.c.* resta efficace[69].

---

[64] Sulla base di questa considerazione DALLA, *Nominatim manumittere*, cit., 288 reputa discutibile l'accostamento, operato da LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 252, n. 1, tra D. 40, 2, 4 e Gai Epit. 1, 2, 3. Su questo concorda ARCHI, *Epitome Gai*, cit., 47.

[65] Così, testualmente, DALLA, *Nominatim manumittere*, cit., 288.

[66] LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 252, *sub* 488.

[67] LENEL, *ibid.*, *sub* 2), ha avanzato, peraltro, un parallelo fra questo frammento delle *res cott.* e Gai Epit. 1, 2, 3: «nam si aliquis in aegritudine constitutus *rel.*». In senso contrario, A. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, in «BIDR», Terza Serie XL-XLI, CI-CII dell'intera collezione (1998-99), Milano, 2005, 74 (= ID., in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, 605, edizione cui da ora si farà riferimento), secondo il quale il collegamento fra le due opere risulta «troppo labile per essere classificato come un legame fra *Res cottidianae* e *Institutiones*».

[68] M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, 3. Più in generale sulla *d.m.c.* si vedano E.F. BRUCK, *Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht*, I, Breslau,

Quanto all'oggetto di tale donazione, possono ricomprendersi sia beni singolarmente considerati sia l'intero patrimonio del donante, senza tuttavia che ciò configuri una successione a titolo universale.

La struttura della *d.m.c.* può bene riassumersi nella formula secondo cui il donante preferisce se stesso al donatario e il donatario all'erede, come limpidamente si desume dai seguenti passi:

Marcian. IX *inst.* D. 39, 6, 1 pr.[70]: Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.

Paul. VI *ad leg. Iul. et Pap.* D. 39, 6, 35, 2: Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: 'se potius habere vult, quam eum cui donat, illum 'deinde potius quam heredem suum'.

Inst. Iust. 2, 7, 1: … Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum cui donatur, magisque eum cui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.

Dalle istituzioni imperiali e dal brano introduttivo della rubrica delle Pandette dedicata alla *d.m.c.* emerge in particolare l'esempio letterario tratto dall'Odissea, libro XVII, vv. 78-83: la donazione di Telemaco a Pireo dei regali ricevuti da Menelao per l'evenienza che lo stesso

---

1909; S. CUGIA, *L'espressione «mortis causa»*, Napoli, 1910, 43 s.; F. SENN, *Études sur le droit des obligations. Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, Paris, 1914; B. BIONDI, *Appunti intorno alla «donatio mortis causa» nel diritto romano*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenzadell'Università di Perugia*, 1914, 173 s.; P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte*, Varallo Sesia, 1915; F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus*, *39*, *6*, in «ZSS», XXXVIII, 209 s.; G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, I, Milano, 1941, 111 s.; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*[2], Milano, 1955, 707 s.; S. DI PAOLA, *Sulla struttura della «donatio mortis causa»*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano, 1956, 159 s.; R. YARON, *Some remarks on «donatio mortis causa»*, in «RIDA», III, 1956, 493 s.; P. SIMONIUS, *Die «donatio mortis causa» im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958.

[69] Marcian. II *reg.* D. 39, 6, 26: «Si quis invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit».

[70] Ad avanzare dubbi sulla genuinità del passo, F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1942, 42. Si ponga poi il brano di Marciano a confronto con Paul. Sent. 2, 23, 6: «Nam in donationibus, quae mortis causa fiunt, haec verborum solennitas custoditur: illum agrum aut illam domum te malo habere quam me: te quam heredes meos». Si vedano al riguardo BIONDI, *Appunti intorno alla «donatio mortis causa» nel diritto romano*, cit., 182, n. 2; F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, Torino, 1889, 295, *sub* i); E. VOLTERRA, *Sull'uso delle Sententiae di Paolo presso i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustinianei*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, (Bologna e Roma, 17-27 aprile 1933), I, Pavia, 1934, 48; DI PAOLA, *Sulla struttura della «donatio mortis causa»*, cit., 137 s.

Telemaco venisse ucciso dai Proci (poiché se invece Telemaco ne fosse uscito vittorioso, Pireo avrebbe dovuto restituirglieli).

Ora, i motivi che spingono un soggetto a effettuare una *d.m.c.* possono essere riassunti in due grandi categorie: un evento pericoloso da fronteggiare o che, comunque, si è costretti a subire (si pensi a una malattia o guerra, o un viaggio per mare, che potrebbero comportare la morte del donante), oppure, la semplice *cogitatio mortis*, cioè la consapevolezza da parte del donante della propria natura mortale[71].

Paul. VI *ad leg. Iul. et Pap.* D. 39, 6, 35, 4: Mortis causa donatio fit multis modis[72]: alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est: alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique, tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest.

All'interno di queste due categorie rientrano le tre *species* di *d.m.c.*: la donazione fatta, appunto, sulla base della mera *cogitatio mortis*; la donazione dovuta a un imminente pericolo per il donante, che comporta l'immediato acquisto del bene donato da parte del donatario; la donazione pure dovuta a un imminente pericolo per il donante, ma che subordina l'acquisto del donatario alla realizzazione dell'evento morte del donante.

Ulp. XXXII *ad Sab.* D. 39, 6, 2: Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta[73].

È pacifico che la categoria del *periculum* rappresenti la primaria e più importante *ratio* fondante dell'istituto[74], ed è anzi proprio il pericolo inerente alla vita del donante che

---

[71] M. AMELOTTI, s. v. *«Donatio mortis causa». Diritto romano*, in «NNDI», VI, Torino, 1960, 222.

[72] Come abbiamo chiarito, i modi in realtà sono solo due. Cfr. BIONDI, *Appunti intorno alla «donatio mortis causa» nel diritto romano*, cit., 186; L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938, 162, n. 1.

[73] In altri termini si pone Inst. Iust. 2, 7, 1: «Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cui quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is, cui donatum sit», ove si ravvisa la *reductio ad unum* delle motivazioni del donante nella più generica formula *propter mortis suspicionem*.

[74] Su questo, in particolare, Paul. Sent. 2, 23, 1; 3, 7, 1.

caratterizza in origine la *d.m.c.*, distinguendola dalle disposizioni di ultima volontà[75]. Tale considerazione giustifica la nascita del fedecommesso senza che quest'ultimo abbia rappresentato un istituto ultroneo rispetto alla *d.m.c.*, stanti le diverse finalità intese a perseguire[76].

Affermare la priorità della categoria del *periculum* non comporta, però, che la categoria della *cogitatio mortis* debba ritenersi di matrice giustinianea o comunque postclassica. In tal senso si consideri che non solo si ricorse alla *d.m.c.* per aggirare la normativa limitativa dei legati (*lex Falcidia* e leggi caducarie, prima che queste fossero estese alla *d.m.c.*), ragion per cui, è chiaro, doveva prescindersi dall'esistenza di un *periculum* in capo al donante; ma inoltre, la stessa genuinità di D. 39, 6, 2 – che tratta, abbiamo visto, del caso della *cogitatio* – non è da mettere in dubbio secondo la dottrina maggioritaria[77].

Se allora i due grandi motivi alla base della *d.m.c.* – evento pericoloso da fronteggiare e *cogitatio mortis* – sono genuini, essi tuttavia rispecchiano due successivi momenti nello sviluppo dell'istituto, e ciò si desume dall'analisi delle differenti ipotesi di revoca della stessa *d.m.c.* È proprio su questo punto che si inserisce il testo gaiano del frammento 489 *rer. cott.*

La *d.m.c.*, infatti, può essere revocata in due casi: se viene meno l'evento pericoloso (la malattia, l'impresa bellica, il viaggio insidioso, etc.) oppure se il donatario premuoia al donante[78]:

Iul. X *dig.* D. 12, 1, 19 pr.: Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convaluisset aut is qui accipiebat prior decessisset.

---

[75] Così, AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, cit., 10.

[76] Di tale avviso, M. KASER, *Recensione a* S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, in *Iura*, II, 1951, 250. *Contra*, invece, DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, cit., 147 s.

[77] SENN, *Études sur le droit des obligations. Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, cit., 44 s.; VISMARA, *Storia dei patti successori*, I, cit., 112, n. 2; KASER, *Recensione a* S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, cit., 244 s.; AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, cit., 16 s.

[78] Deve ritenersi, invece, postclassica una terza ipotesi di revoca, quella *mutata voluntate*, di cui tratta Iul. XVII *dig.* D. 39, 6, 13: «Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero. *MARCELLUS notat*: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur: et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit decesserit. sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator». Sul punto, cfr. D. RÜGER, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, 35 s.

Fermo restando che la possibilità di revoca costituisce un *essentiale negotii* per la *d.m.c.*, poiché non può esservi una siffatta donazione senza che sia prevista alcuna revoca[79], le due ipotesi di revoca, speculari alle due grandi categorie fondanti la *d.m.c.*, rappresentano, come accennato, l'evoluzione dell'istituto che qui stiamo analizzando.

Infatti, finché in origine si donò solo in vista del pericolo di morte, l'ipotesi di revoca si concretizzava con il venire meno di tale pericolo; quando, successivamente, per eseguire una *d.m.c.* si ammise la semplice *cogitatio mortis*, fondativo della revoca divenne l'evento rappresentato dalla premorienza del donatario, non essendovi in questo caso alcun pericolo che potesse scomparire[80].

Per dirla con Giuliano, quindi, alla originaria *d.m.c.* relativa a un pericolo corrispondeva in modo esclusivo la revoca *si donator convaluerit*, mentre alla posteriore *d.m.c.* relativa alla *cogitatio mortis* corrispondeva tanto la revoca testé citata quanto, più di frequente, quella *si ille qui acceperit prior decesserit*[81].

Orbene, giacché a seconda del tipo di *d.m.c.* – cioè in relazione a un pericolo o alla *cogitatio* – diversi erano i presupposti in tema di revoca, si rese necessario chiarire *expressis verbis* quando ricorresse l'una o l'altra tipologia. Pertanto, per differenziarli dalla *d.m.c.* fondata sull'elemento della *cogitatio*, gli *excerpta* tratti da D. 39, 6 cristallizzano gli eventi che *instans periculum demonstrant*. Tra di essi figura anche il frammento gaiano 488 *rer. cott.*:

§ 3 Paul. *libro septimo ad Sab.*: Mortis causa donare licet non tantum infirmae valetudinis causa, sed periculi etiam propinquae mortis vel ab hoste vel a praedonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundae:

§ 4 Gai. *libro primo rerum cottidianarum sive aureorum*: aut per insidiosa loca iturus

§5 Ulp. *libro secundo institutionum*: aut aetate fessus:

§ 6 Paul. *libro septimo ad Sab.*: haec enim omnia instans periculum demonstrant.

---

[79] Revocabilità che comporta l'inammissibilità della *d.m.c.* nel nostro ordinamento, stante il carattere irrevocabile, in senso generico, che la donazione ha in comune con gli altri contratti. Il nostro codice civile configura la donazione come contratto (art. 769 c.c.), e ne discende la irrevocabilità per volontà unilaterale di un contraente. Seppure tale esplicita caratteristica sia stata espunta dal codice attuale rispetto al precedente art. 1050 c.c. 1865, resta esclusa la possibilità da parte del donante di revocare a proprio arbitrio l'atto compiuto. Cfr. A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di U. CARNEVALI e A. MORA, Milano, 2006, 395; B. BIONDI, s. v. *Donazione (diritto civile)*, in «NNDI», VI, Torino, 1960, 238; G.B. FUNAIOLI, *Sulla revocabilità della donazione*, in *Nuova rivista di diritto commerciale*, *diritto dell'economia*, *diritto sociale*, 1951, 227 s.; F. MAROI, *Una sopravvivenza arcaica: l'irrevocabilità della donazione*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, II, Bologna, 1953, 421-435.

[80] Così, AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, cit., 12.

[81] *Ibid.*

In conclusione, l'importanza delle poche parole del lacerto gaiano si risolve nella chiara delineazione di tutti quegli eventi intesi come potenzialmente lesivi della propria vita che possono spingere il donante a compiere l'atto di liberalità a causa di morte. Il *periculum* può sostanziarsi in una malattia, in uno stato di salute cagionevole, ovvero nel rischiare la vita in guerra o difendendosi in caso di furto dai ladri, o più in generale da aggressori, e ancora nel compiere un viaggio difficoltoso per mare, e infine, come da dettato gaiano, nello spingersi verso luoghi pericolosi.

Consequenziale allora intuire che il donante, per ampliare il più possibile il proprio *ius poenitendi*, anche in caso di *d.m.c.* per *cogitatio mortis* avrebbe potuto allegare una contingenza pericolosa a fondamento del suo atto di liberalità. In tal modo, avrebbe potuto esercitare la revoca non solo in caso di premorienza del donatario, ma anche qualora il pericolo fosse venuto meno.

4. Per una nuova lettura delle manomissioni testamentarie eseguite in frode dei creditori

[*Ad legem Aeliam Sentiam*]

489.

[D. 40, 9, 10] In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse. saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. quod frequenter accidit his, qui transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent: quod saepe, adtritis istis negotiationibus longo tempore, id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem.

489.

[D. 40, 9, 10] Si ritiene che manometta in frode ai creditori colui che sia già insolvente al momento della manomissione, o che lo diventerà concedendo la libertà; spesso, infatti, gli uomini sperano che le loro risorse siano più floride di quanto siano in realtà. Ciò accade di frequente a coloro che, per mezzo di schiavi e liberti, esercitano attività commerciali oltremare e in regioni diverse da quelle dove risiedono: poiché spesso costoro, ignorando le perdite già subite da tempo, concedono la libertà ai loro schiavi, manomettendoli pur senza intento fraudolento.

A chiudere il primo libro delle *res cottidianae*, nella ricostruzione effettuata da Lenel sui brani dell'opera in nostro possesso, ritroviamo il frammento 489, contenente quella «sciocca tirata»[82], la cui genuinità tanto è stata messa in discussione da parte della romanistica.

Il frammento gaiano 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10 concerne la disciplina prevista dalla legge *Aelia Sentia* in ordine alle manomissioni eseguite in frode dei creditori. Su tale argomento una vastissima letteratura[83] si è cristallizzata sulla *communis opinio* di ritenere: 1) che il provvedimento riguardasse tanto le manomissioni eseguite *mortis causa* che quelle compiute per atto tra vivi; 2) che la sanzione giuridica, in caso di manomissioni eseguite in violazione dei divieti posti dal provvedimento, fosse la nullità delle stesse.

A ben vedere, però, l'attenta analisi del passo gaiano che in queste pagine intendiamo condurre, con l'ausilio di altri brani che di volta in volta vi accosteremo, consentirà di mettere in dubbio – o, se si riterrà, superare – l'orientamento maggioritario.

Al pari di quanto visto in ordine alla *Fufia Caninia*, anche la legge *Aelia Sentia* dell'anno 4 d.C. rientra nell'ampia normativa augustea finalizzata a «porre un freno al dilagante fenomeno delle manomissioni, che aveva immesso nella città una massa raccogliticcia, fonte di disordini e di turbamento sociale»[84].

Il contenuto essenziale di tale provvedimento era il seguente: divieto di manomissioni compiute da un *dominus* minore di anni venti – a eccezione dei casi di *manumissio vindicta* – da eseguirsi davanti a un *consilium manumissionis* che ne attestasse una *iusta causa*; divieto di manomissione di un servo minore di anni trenta, salva l'eccezione appena riportata; divieto di manomissioni in frode dei creditori; infine, la creazione della categoria dei *dediticii Aeliani*, ovverosia di quei liberti che in condizione servile avevano commesso un delitto ed erano perciò stati condannati a pene corporali. Costoro non potevano acquistare per manomissione la cittadinanza romana, ma solo la *dediticia libertas*, una condizione, dunque,

---

[82] ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 516. Si veda *supra*, cap. I, 22 s.

[83] Cfr. BUCKLAND, *The roman law of slavery*, cit., 537 s. e 559 s.; A. GUARNERI CITATI, *En matière d'affranchissement fraudeleux*, in *Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil*, I, Gand, 1926, 425 s.; F. SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen Recht*, in «ZSS», XLVIII, 1928, 197 s.; M. KASER, *Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene*, in «ZSS», LVIII, 1938, 88 s.; F. DE VISSCHER, *De l'acquisition du droit de cité romain par l'affranchissement*, in *Nouv. Etudes de droit romain*, Milano, 1949, 119 s.; C. COSENTINI, *Studi sui liberti*, I-II, Catania, 1948-1950; M. LEMOSSE, *Affranchissement*, *clientèle*, *droit de cité*, in «RIDA», III, 1949, 507 s.; M.A. DE DOMINICIS, *Manumissio*, in *Studi vari di storia del diritto romano*, Padova, 1950, 286 s.; R. DANIELI, *Origine ed efficacia delle forme civili di manumissione*, in *Studi Urbinati*, XXI, 1952-1953, 173 s.; C. COSENTINI, *Ancora sull'origine e l'efficacia delle forme civili di manumissione*, in *Miscellanea romanistica*, Catania, 1956, 181 s.; J. RABINOVITZ, *Manumission of slaves in roman law and oriental law*, in *Journal of Near East Studies*, XIX, 1960, 42 s.

[84] A. METRO, *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo*, VII, 1961, 148.

pari a quella dei popoli vinti in guerra e con ignominia da Roma; essi non potevano abitare entro cento miglia dall'*Urbe*, né potevano acquistare la cittadinanza romana.

In ordine al vario contenuto della legge *Aelia Sentia*, il frammento 489 *rer. cott.* tratta proprio delle manomissioni fraudolente, cioè di quegli atti di affrancazione che cagionano un pregiudizio economico ai creditori, in quanto compiuti o da un debitore già insolvente, o che lo diventerà a causa dell'atto (in questo senso didascalica è la prima parte di D. 40, 9, 10: *in fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse*).

Come anticipato, la dottrina maggioritaria è incline a ritenere che la legge *Aelia Sentia*, in punto di manomissioni fraudolente, si riferisca, certamente, alle libertà date per testamento, ma pure a quelle eseguite *inter vivos*[85]. Passiamo allora in rassegna taluni brani per saggiare questo convincimento.

Citano *expressis verbis* il provvedimento:

Iul. LXIV *dig.* D. 28, 5, 43 (42): Qui solvendo non erat, duos Apollonios liberos heredesque esse iusserat. Altero ante apertas tabulas testamenti mortuo non ineleganter defendi poterit eum qui supererit liberum et solum necessarium heredem fore. Quod si uterque vivit, institutionem nullius esse momenti propter legem Aeliam Sentiam, quae amplius quam unum necessarium heredem fieri vetat.
Paul. LVII *ad. ed.* D. 28, 5, 58 (57): Si is qui solvendo non est servum cum libertate heredem instituerit et liberum substituerit, ante incipiendum erit a substituto: lex enim Aelia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest.

---

[85] Se in ordine alla legge *Fufia Caninia* la romanistica è concorde nell'affermare che concernesse solo le manomissioni testamentarie (Gai. I, 42: «Praeterea lege Fufia Caninia certus modus constitutus est in servis testamento manumittendis»; si rimanda, *supra*, all'analisi del framm. 487 *rer. cott.*), sulla *Aelia Sentia* ci si divide tra chi, sulla base di Gai. I, 37, sostiene un generico divieto di manomissioni in frode dei creditori (R. DE FRESQUET, *Traité élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1854, 107; R. LEONHARD, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, 1894, 178; R. SOHM – L. MITTEIS – L. WENGER, *Institutionen Geschichte und System des römischen Privatrechts*[17], Mûnchen-Leipzig, 1926, 176; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*[2], I, Roma, 1928, 258; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I[2], Padova, 1942, 178, n. 9; P. JÖRS – W. KUNKEL, *Römische Privatrecht*[3], Berlino, 1949, 72; E. WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*[2], Basel, 1949, 88; W.W. BUCKLAND, *A manual of roman private law*[2], Cambridge, 1953, 46; S. DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, 1954, 48; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*[2], Milano, 1954, 392; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*[3], Milano, 1956, 119; G. SCHERILLO, *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, sesta rist., Milano, 1956, 149; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14], cit., 487; C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*[4], Napoli, 1960, 126) e chi, diversamente, afferma che il provvedimento disciplinasse anche gli atti di affrancazione *inter vivos* (E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*[2], Paris, 1928, 98; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*[2], Torino, 1925, 142 s.; G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*[3], Torino, 1935, 146; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, II[2], Milano, 1938, 432; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[10], Torino, 1946, 48-49; infine, P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*[3], Milano, 1954, 97, contrariamente, però, a quanto dallo stesso autore affermato in ID., *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1956, 440).

Cels. XXIX *dig.* D. 28, 5, 61 (60): Qui solvendo non erat, servum primo loco et alterum servum secundo loco heredes scripsit. Solus is qui primo loco scriptus est hereditatem capit: nam lege Aelia Sentia ita cavetur, ut, si duo pluresve ex eadem causa heredes scripti sint, uti quisque primus scriptus sit, heres sit.
Afr. III *quaest.* D. 40, 9, 8 pr.: Cum is, qui sub condicione debet, manumittat fideicommissi causa, lex Aelia Sentia locum habet.
C. 7, 2, 5 (Imp. Alex. A. Quintiano, s.a.): In fraudem creditorum testamento datae libertates, quambis debitori heres qui solvendo est exstiterit, per legem Aeliam Sentiam non valent.

Non citano espressamente la legge *Aelia Sentia*, ma si riferiscono comunque a essa:

Scaev. IV *resp.* D. 40, 4, 54, 1: Scripti testamento heredes … si testator fraudandi consilium non habuisset, competere libertates.
Gai. III *de man.* D. 40, 4, 57: Si locuples egenti heres exstiterit, videamus, an ea res testamento datis libertatibus proficiat, ut creditores fraudari non videantur.
Ulp. LX *ad ed.* D. 40, 5, 4, 19: Si in fraudem creditorum libertas data sit ab eo, qui mortis tempore solvendo non est, an competat?
Iul. LXIV *dig.* D. 40, 9, 5 pr.: Cum hereditas solvendo non est … libertas ex testamento competit.
Iul. II *ad U. Fer.* D. 40, 9, 7 pr.: Si quis integralis facultatibus codicillos confirmavit, deinde, cum consilium creditorum fraudandorum cepisset, libertates codicillis dederit *eqs*
Afr. III *quaest.* D. 40, 9, 8, 1: Si miles iure militari testamento facto libertates dederit in fraudem creditorum et non solvendo moriatur, impediuntur libertates.
Paul. XVI *ad Plaut.* D. 40, 9, 18 pr.: Si mortis tempore solvendo sit hereditas *eqs*
Pap. V *resp.* D. 40, 9, 25: In fraudem creditorum testamento datae libertates *eqs*
Marc. XXIV *dig.* D. 40, 13, 2: Servum … testamento liberum esse iussit: quamquam solvendo decesserit, non erit ille liber *eqs*
Iul. XLIX *dig.* D. 42, 8, 15: Si quis … libertates dederit testamento *eqs*

Dall'ingente mole di brani riportati – tutti in materia successoria – ricaviamo un primo argomento a fondamento del fatto che la legge Elia disciplinasse non già ogni tipo di manomissione, ma le sole manomissioni testamentarie.

Ciononostante, si pongono in contrasto con questa ipotesi altri due passi – tra cui proprio il frammento 489 *rer. cott.* – che sembrerebbero, a prima vista, avallare la *communis opinio*:

Framm. 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10: In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse.

C. 7, 11, 1 (Imp. Alex. A. Antiochio, a. 223): Certum ius est non alias directas libertates per legem Aeliam Sentiam, quae sunt in fraudem creditorum manumissorum, revocari, nisi et consilium fraudis hoc animo manumittentis et eventus damni suum recipere volentium sequatur, inter creditores autem etiam eos numerandos esse, quibus fideicommissum debetur, olim placuit.

In verità, a un esame più attento, i due testi non smentiscono quanto finora affermato (*i. e.* che la legge Elia disciplinasse solamente le manomissioni testamentarie). Occorre, infatti, sottolineare, da un lato, che il passo gaiano si limita a introdurre, in termini generici, il concetto di frode dei creditori, senza operare alcun riferimento alla legge *Aelia Sentia*, e dall'altro che, come già notato da autorevole dottrina, il brano in questione deve ritenersi – quantomeno parzialmente – non genuino[86].

Allo stesso modo, il frammento contenuto nel codice giustinianeo, anche esso sospettato di interpolazione, indica solo i requisiti della frode dei creditori, senza operare alcun accenno a quali debbano intendersi, specificamente, le manomissioni vietate dal provvedimento augusteo.

Per fornire un ulteriore appoggio alla nostra tesi, passiamo allora a inquadrare la legge Elia in un'ottica più ampia, vale a dire quella dell'ordinamento giuridico vigente al momento della sua emanazione.

Come è noto, in diritto classico erano offerti ai creditori due strumenti per evitare il danno arrecato loro da debitori fraudolenti: la *restitutio in integrum ob fraudem* e l'*interdictum fraudatorium*[87]:

---

[86] Oltre al già ricordato ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 516, di questo avviso anche METRO, *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, cit., 152. Si vedano, poi, E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, cit., 409 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*[7], Napoli, 1957, 367 s.; ID., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], Napoli, 1958, 62 s. In ogni caso, il passo gaiano non è il solo a riportare una generica formulazione. Si vedano anche Pomp. IX *ex var. lect.* D. 40, 9, 23: «Semper in fraudem creditorum libertas datur ab eo, qui sciret se solvendo non esse, quamvis bene dedisset merenti hoc»; Inst. Iust. 1, 6, 3: «In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo *eqs*»; Gai. I, 47: «In summa sciendum est, <*cum*> lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, *hoc etiam* ad peregrinos pertinere (senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani), cetera vero iura eius legis ad peregrinos non pertinere»; Herm. I *iuris epit.* D. 40, 9, 27 pr.: «In fraudem creditorum manumittitur liberque esse prohibetur, sive dies solvendae pecuniae iam cessit, sive in diem, vel sub condicione sit debitum. diversa causa est legati sub condicione relicti: nam antequam condicio exstiterit, inter creditores legatarius iste non habetur. ex omni autem causa creditoribus in hac parte lex Aelia Sentia prospexit, inter quos fideicommissarium etiam esse placuit».

[87] Per un approfondimento su questi istituti si vedano S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*[3], I-II, Napoli, 1945; G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958; M. LAURIA, *Jurisdictio*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1930, 481 s. e 513 s. Quanto alla datazione dei due mezzi giuridici, cfr. T. REINHART, *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger*, Winterthur, 1871, 67.

Ulp. LXVI *ad ed.* D. 42, 8, 1 pr.: Ait praetor: "Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo".

Ulp. LXXIII *ad ed.* D. 42, 8, 10 pr.: Ait praetor: "Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. Interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam".

Secondo parte della dottrina, tanto le manomissioni *inter vivos* che quelle *mortis causa* erano escluse dall'applicazione di questi due strumenti, tant'è che per esse si rese necessario un apposito provvedimento, la legge Elia[88]. Secondo altri – ed è l'orientamento che appare più condivisibile – non era ogni tipo di manomissione a non potersi avvalere della *restitutio* e dell'*interdictum*, quanto, piuttosto, le sole manomissioni testamentarie[89]. A dare tutela, in caso di pregiudizio arrecato con queste ultime fraudolentemente ai creditori, sarebbe allora intervenuta la legge Elia.

Ecco perché tutti i testi sopra riportati – concernenti l'*Aelia Sentia* – hanno per oggetto solo le manomissioni testamentarie, mentre il frammento 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10 e il passo offerto da C. 7, 11, 1, pur senza espresso riferimento al provvedimento augusteo, ci danno notizia della facoltà dei creditori di far revocare le manomissioni fraudolente per loro pregiudizievoli.

Quanto finora affermato ci permette di smentire la *communis opinio* anzitutto in ordine al punto *sub* 1) di cui sopra: la legge *Aelia Sentia* disciplinava esclusivamente gli atti di affrancazione concessi per testamento.

---

[88] SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*[3], I, cit., 106 s.; IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, cit., 115.

[89] METRO, *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, cit., 160-161. Tale autore, peraltro, nota che già SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*[3], I, cit., 140, n. 2, pur seguendo la concezione tradizionale, non può che rilevare anch'egli che: «Sotto la legge *Aelia Sentia* cadono anche le manumissioni fra vivi; ma la circostanza che le fonti parlino di frode quasi esclusivamente nella manomissione testamentaria non è casuale e nemmeno si spiega col fatto che le disposizioni testamentarie, eccettuata la manumissione, non sono in grado di nuocere al diritto dei creditori o del patrono. Per il silenzio sulle altre disposizioni testamentarie non occorrono spiegazioni; invece gli scarsi ricordi delle manumissioni fraudolente tra vivi dipendono dall'estrema improbabilità che un insolvibile si spogli delle ultime risorse concedendo la libertà ai propri schiavi. Normalmente non poteva essere in frode che la manumissione testamentaria e a questa ipotesi doveva adeguarsi la disciplina legislativa». Cfr. anche B.W. LEIST, in C.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. di Silvio Perozzi, XXXVII-XXXVIII, p. IV, Milano, 1905, 259; SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen Recht*, cit., 230.

Prima di passare al punto *sub* 2), relativo alla sanzione giuridica da comminarsi alle manomissioni eseguite in violazione di detto provvedimento, è d'uopo analizzare gli elementi costitutivi del comportamento fraudolento, l'*eventus damni* e il *consilium fraudis.* Anche in questo caso, infatti, il frammento 489 *rer. cott.* risulta di estrema importanza.

In ordine all'*eventus fraudis* o *damni* – senza volere qui considerare la questione terminologica sulla genuinità nelle fonti di siffatta espressione[90] – il concetto è limpidamente sintetizzato nella formula «solvendo non est»[91], che identifica quella situazione di insufficienza patrimoniale, oggi qualificata come insolvenza.

Tale situazione è esplicata chiaramente proprio dal passo gaiano, che ora converrà mettere a confronto con un altro brano delle Istituzioni imperiali.

Framm. 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10	Inst. Iust. 1, 6, 3
In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse.	In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse.
	Praevaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuit, non impediri libertatem, quamvis bona eius creditoribus non sufficiant.
saepe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. quod frequenter accidit his, qui transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent: quod saepe, adtritis istis negotiationibus longo tempore, id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem.	Saepe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. Itaque tunc intellegimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est et consilio manumittentis et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus.

Secondo Schulz, il testo imperiale è da ritenersi interpolato, quantomeno da *praevaluisse*[92]. I compilatori giustinianei – ritiene lo studioso – avendo avuto sottomano il testo offerto dal

[90] Per cui rimandiamo a METRO, *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, cit., 162, nn. 35, 36, 37.

[91] Le fonti in cui tale espressione si ritrova sono le seguenti: Gai. III, 205; Tit. Ulp. 1, 14; D. 4, 4, 7, 10 (Ulp.); D. 11, 7, 14, 15 (Ulp.); D. 11, 7, 20, 2 (Ulp.); D. 16, 3, 22 (Marc.).

[92] SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen Recht*, cit., 249 s. Dello stesso avviso, S. CUGIA, *L'espressione «mortis causa»*, cit., 68 s. Ritiene invece il passo genuino FERRINI,

framm. 489 *rer. cott.* D. 40, 9, 10 avrebbero infatti ipotizzato l'esistenza di una teoria gaiana fondata esclusivamente sul requisito oggettivo della frode. Così, al fine di inserire anche il loro punto di vista – che comprendeva il *consilium fraudis*, oltre all'*eventus* – avrebbero, da un lato, espunto dal testo l'esempio gaiano sugli affari oltremare introdotto da «quod frequenter», e dall'altro, inserito la frase «praevaluisse … sufficiant».

In tal modo – continua Schulz – i compilatori volevano mostrare come, tra due concezioni classiche, una basata sul solo elemento oggettivo dell'*eventus*, l'altra anche su quello soggettivo del *consilium*, fosse prevalsa la seconda.

Ma al di là di queste speculazioni interpolazionistiche, i due brani gaiani chiariscono che il primo requisito della *fraus creditorum* è rappresentato dall'insolvenza del *dominus*, pur senza dire nulla in ordine al momento in cui questa diventa rilevante: se cioè al momento della redazione del testamento ovvero alla morte del testatore. L'opinione oggi maggioritaria è propensa a riconoscere importanza a entrambi gli elementi; per aversi manomissione fraudolenta sarà allora necessaria non solo la contezza della propria insolvenza, da parte del testatore, nel momento di redazione del testamento, ma anche che questa permanga al sopraggiungere della morte[93].

In ordine al secondo requisito delle manomissioni fraudolente – il c.d. *consilium fraudis* – possiamo delineare *incidenter tantum* in che cosa esso consista, con l'ausilio di taluni passi.

Gai. III *de man.* D. 40, 4, 57: … qui existimat, consilium quemque manumittentis spectare debere: nam qui sub ea condicione servum suum liberum esse iubet, adep sone fraudis consilio liberum esse iubet, ut apertissime curare videatur, ne creditores sui fraudarentur.

Ulp. LX *ad ed.* D. 40, 5, 4, 19: … si quis autem exemplum aditae hereditatis fuerit secutus, directae libertates non competent, si consilium et eventus fuerit fraudandorum creditorum *eqs*

Pomp. IV *ex var. lect.* D. 40, 9, 23: Semper in fraudem creditorum libertas datur ab eo, qui sciret se solvendo non esse *eqs*

Ebbene, l'elemento soggettivo del *consilium fraudis* si sostanzia nella coscienza, da un lato, del proprio stato di insolvenza e, dall'altro, della lesione arrecata ai creditori mediante

---

Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano, in *Opere*, II, cit., 338. In posizione mediata, GUARNERI CITATI, *En matière d'affranchissement fraudeleux*, cit., 455.

[93] Si vedano le considerazioni di G. BESELER, *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 187; B. KÜBLER, *Atquin. Kritische Studien zur Interpolationenforschung*, in «ZSS», XLII, 1921, 530 s.

l'atto di affrancazione. Se si vuole compiere, infatti, l'atto dannoso di cui si conoscono gli effetti, vuol dire che si vogliono quegli stessi effetti: l'elemento soggettivo si identifica in siffatta *voluntas laedendi*[94].

Possiamo, infine, passare al punto *sub* 2) dell'orientamento maggioritario in ordine alle manomissioni testamentarie a danno dei creditori, per vedere se, anche in questo caso, possano offrirsi elementi volti a smentire la *communis opinio*.

Come si è detto, essa afferma che la sanzione giuridica, in caso di manomissioni eseguite in violazione dei divieti posti dalla legge *Aelia Sentia*, sia la nullità delle stesse[95], che, tuttavia, costituisce un concetto giuridico moderno (al pari, peraltro, di quello di invalidità o inefficacia), di cui è assai arduo trovare traccia nelle fonti romane[96]. Anzi queste, in generale, non parlano di nullità dell'atto[97], ragion per cui di conseguenza neppure ve ne è traccia nelle fonti che trattano della manomissione testamentaria eseguita in frode dei creditori. Al riguardo, si registra piuttosto una genericissima varietà terminologica[98] in cui l'elemento comune non è già una pretesa nullità dell'atto, quanto la specificazione, *sic et simpliciter*, che la manomissione eseguita in frode dei creditori sia proibita dalla legge.

Calando queste osservazioni nel dato testuale, si afferma allora che il testatore insolvente «non potest manumittere» (C. 7, 8, 1), o che la «lex … prohibet manumittere» (Tit. Ulp. 1, 15), pertanto «libertas non recte datur» (D. 29, 7, 4), o «impedietur» (D. 40, 9, 24), e in definitiva «manumissio non valet» (C. 7, 2, 5), o ancora che il testatore «nihil agit» (Gai. I, 37), che lo schiavo «libertatem non consequitur» (D. 40, 4, 57) e «non erit liber» (D. 40, 13, 2).

---

[94] Come notato da autorevole dottrina (METRO, *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, cit., 179, n. 67), il discorso in parola può assimilarsi a quanto avviene, sul diverso versante del diritto penale, in ordine all'istituto dell'omissione. In questo senso, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[4], Milano, 1960, 159.

[95] In particolare, GUARNERI CITATI, *En matière d'affranchissement fraudeleux*, cit., 490 s.; SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen Recht*, cit., 258 s.

[96] Per un'analisi sui rapporti tra nullità, invalidità, inefficacia, cfr. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*[2], I, cit., 152; O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlino, 1877, 116; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, IV, cit., 610 s.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1902, 326 s.; H. DERNBURG, *Pandette*, I.1, trad. italiana a cura di Francesco Bernardino Cicala, Torino, 1906, 364 s.; C. FERRINI, *Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici*, in *Opere di Contardo Ferrini*, III, Milano, 1929, 357; F. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi*, Palermo-Messina, 1922-1924; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1950; S. DI PAOLA, *Premesse ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1958.

[97] G. HELLMANN, *Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*, in «ZSS», XXIII, 1902, 380 s. e XXIV, 1903, 50 s.; ID., *Therminologische Untersuchungen über die rechtiliche Unwieksamkeit im römischen Recht*, München, 1914.

[98] Si veda lo schema di METRO, *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, cit., 185-186.

Sembra, pertanto, che più che di nullità, la conseguenza di una manomissione eseguita in frode dei creditori comporti che il testatore non otterrà il suo scopo, potendo i creditori tutelare le loro pretese con la rescissione degli atti di affrancazione compiuti a loro nocumento. Una sanzione giuridica che, ricondotta nell'alveo della moderna dogmatica, sarebbe rappresentata al più dalla inefficacia del negozio.

Ad avallare quanto detto, un frammento di Paolo ci informa sullo *status* del servo manomesso nel periodo intercorrente tra la morte del testatore e le eventuali rivendicazioni (con buon esito o meno) dei creditori.

Paul. V *ad Sab.* D. 40, 7, 1 pr.[99]: Statuliber est, qui statutam et destinatam in tempus vel condicionem libertatem habet. § 1 Fiunt autem statuliberi vel condicione expressa vel vi ipsa. Condicione expressa quid est, manifestum est. Vi ipsa, cum creditoris fraudandi causa manumittuntur: nam dum incertum est, an creditor iure suo utatur, interim statuliberi sunt, quoniam fraus cum effectu in lege Aelia Sentia accipitur.

Possiamo allora concludere che i manomessi per testamento in frode dei creditori acquistavano la *statulibertas*, al pari dei manomessi dal testatore *sub condicione*. Una duplice possibilità si prospettava per loro: il ritorno in schiavitù, qualora i creditori ereditari avessero esercitato vittoriosamente i propri diritti, ovvero il definitivo acquisto della libertà, se i creditori avessero perso qualunque diritto di azione, compreso anche il caso in cui si fossero altrimenti soddisfatti[100].

Si ritiene, a questo punto, di avere fornito argomentazioni sufficienti a porre quantomeno in dubbio la *communis opinio* intorno alle manomissioni testamentarie eseguite in frode dei creditori. Da un lato, l'oggetto di disciplina della legge *Aelia Sentia* deve ritenersi afferente alla sola materia testamentaria; dall'altro, l'effetto giuridico delle manomissioni eseguite in violazione di tale provvedimento non era la nullità delle stesse, quanto piuttosto la *statulibertas* che il servo acquistava, al pari degli altri affrancati per testamento *pendente condicione.*

---

[99] A ritenere, tuttavia, il passo interpolato: A. GUARNERI CITATI, *Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condicione*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, III, Milano, 1930, 454, n. 59; BESELER, *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, cit., 214; G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, 9 s.

[100] Propone una diversa soluzione W.W. BUCKLAND, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*[2], Cambridge, 1950, 80.

LIBER II

1. Dalle *res publicae ex iure civili* al *dominium omnium ex iure naturali*. L'importanza della *lectio* gaiana nell'inquadramento dei beni pubblici

[*De rerum divisione*]

490.

[D. 1, 8, 5] Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.

1 In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant.

490.

[D. 1, 8, 5] L'uso delle rive è pubblico per *ius gentium*, come quello del fiume stesso. Perciò chiunque è libero di far approdare una nave alle rive, legare le funi agli alberi ivi sorti, asciugare le reti e ritirarle dal mare, deporre sul lido (del mare[101]) qualche carico, così come chiunque è libero di navigare il fiume stesso. La proprietà delle rive del fiume, invece, è di coloro ai cui fondi esse ineriscono: per tale motivo a questi stessi soggetti appartengono gli alberi sorti sulle rive.

1 Coloro che pescano nel mare sono liberi di porre sul lido una capanna in cui ritirarsi.

Il primo frammento del libro II dell'opera gaiana trasposto nel Digesto concerne la classificazione delle *res*, analogamente a quanto avviene nel libro II delle Istituzioni di Gaio e nel libro II di quelle giustinianee.

Il lacerto, che puntualizza l'uso pubblico ai sensi del *ius gentium* dei fiumi e delle loro rive, trova un puntuale parallelo in Inst. Iust. 2, 1, 4-5, ed è proprio il confronto tra i due brani a evidenziare la svista infelice dei compilatori del Digesto che, tagliando e ricucendo male l'originale gaiano, hanno confuso un discorso relativo al regime fluviale con un altro sul lido del mare.

[101] Per l'ambiguità creata dai compilatori giustinianei, che hanno confuso il regime delle rive del fiume con quello del lido del mare, si veda l'analisi che segue in questo paragrafo.

Come si vedrà nel corso di questo paragrafo, infatti, è vero che dal punto di vista dell'uso pubblico i fiumi e loro rive, da un lato, e i mari e i litorali, dall'altro, sono disciplinati allo stesso modo, ma dal punto di vista dell'appartenenza, mentre le rive fluviali cadono in proprietà del soggetto cui i relativi fondi ineriscono, il lido del mare non è suscettibile di appartenenza privata[102].

A ben poche conclusioni si giunge, invece, ponendo a confronto il brano delle *res cott.* con la parte del manuale gaiano relativa alla classificazione dei beni (Gai. II, 2-11), stante non solo l'estrema sintesi di quest'ultimo sul punto, ma anche la lacuna di otto righe presente nel Veronese all'altezza di Gai. II, 9, che non permette di supporre l'inserimento in esso di un approfondimento analogo a quello condotto nelle *res cott.*

In ogni caso, il framm. 490 *rer. cott.* conserva una particolare dignità all'interno del vasto discorso delle *res publicae*, specificamente per l'evoluzione che beni quali i fiumi e i loro lidi, il mare e le sue coste, hanno subito nell'interpretazione giurisprudenziale dal *ius civile* al *ius naturale*, passando, come è ovvio, per il diritto delle genti. Nelle fonti si assiste, infatti, all'inquadramento di tali beni, in una prima fase relativa al *ius civile*, come *res publicae*; nella successiva età degli Antonini, assorbiti nel *ius gentium* con la previsione di *usus publicus iuris gentium*; e infine, durante l'età dei Severi, gli stessi beni saranno intesi come *res communes omnium*[103]. Dall'*usus omnium* al *dominium omnium*, quindi, e di questo percorso evolutivo conserva traccia il lascito gaiano[104].

Divideremo allora il nostro discorso in tre punti, relativi alla sussunzione della materia nell'alveo del *ius civile*, poi *gentium*, infine *naturale*.

Il primo e più stringente – applicabile ai soli *cives*, poiché *ius proprium civitatis* – qualifica mari, fiumi, coste e rive quali *res publicae*[105]. Rilevano al riguardo le opinioni di Labeone[106] e Aristone[107], che converrà analizzare singolarmente.

---

[102] Così, CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 605-606.

[103] G. SANNA, *Il mare come patrimonio comune dell'umanità: dalla tradizione alcuni spunti per un regime giuridico di tutela ambientale*, in *Rivista del diritto della navigazione*, XLI-1, Roma, 2012, 183, n. 118.

[104] P. MADDALENA, *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione*, in *Les zones protégées en Méditerranée: espaces, espèces et instruments d'application des conventions et protocoles de la Méditerranée (Actes de colloque*, *Tunis – Novembre 1993)*, Tunis, 1995, 251 s.

[105] Più in generale sul tema delle *res publicae* si vedano E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1941; E. CORTESE, s. v. *Demanio*, in «ED», XII, Milano, 1964, 70-74; P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*. *Parte I*, Villa San Giovanni, 1981; J. PLESCIA, *The Roman Law on waters*, in *Index*, XXI, 1993, 433-451; H. ANKUM, *Litora maris et longi temporis praescriptio*, in *Index*, XXVI, 1998, 361-381; A. MIELE, *«Res publica»*, *«res communis omnium»*, *«res nullius»: Grozio e le fonti romane sul diritto del mare*, in *Index*, XXVI, 1998, 383-387; M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999; F. SINI, *Persone e cose: res communes omnium*. *Prospettivi sistematiche*

Ulp. LXVIII *ad ed.* D. 43, 12, 1, 17: Si mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: ne quid in mari inve litore quo portus, statio interve navigio deterius fiat.

Occorre premettere che tra la fine del I secolo a.C. e l'inizio del I secolo d.C. si poteva concedere in via utile un interdetto c.d. popolare – o pubblico, come anche è definito[108] – in ordine alla navigabilità dei fiumi[109]. Gli interdetti *publica* o popolari – di cui fa menzione Ulpiano in D. 43, 1, 1 pr., *De interdictis extraordinariis actionibus*, *quae pro his competunt* – sono infatti quelli *de locis publicis*, *de viis deque fluminibus publicis*[110].

In particolare, le *res publicae* coperte dalla tutela interdittale a legittimazione popolare erano: 1) i *loca quae publico usui destinata sunt*, che Labeone fa ricomprendere in *areas*, *insulas*, *agros*, *vias publicas itineraque publica* (giusta la testimonianza di Ulp. LXVIII *ad ed.* D. 43, 8, 2, 3)[111]; 2) le *viae publicae*[112]; 3) le cloache pubbliche; 4) e quanto più interessa ai nostri fini, i *flumina publica* e le loro rive. Per quest'ultima categoria si prevedono due coppie di interdetti popolari[113]: la prima composta da un interdetto proibitorio, volto a evitare che sia fatto alcunché sul fiume pubblico o sulla sua riva che possa impedire la sosta o il passaggio di

---

tra diritto romano e tradizione romanistica, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e tradizione romana*, VII, 2008, 6 s.

[106] Si vedano A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das Römisches privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, 68 s.; LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 521 s., *sub* 153 s.; F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II, I, Lipsiae, 1898, 142; PH. HUSCHKE – E. SECKEL – B. KÜBLER, *Iurisprudentiae Anteiustinianae reliquiae*[6], I, Lipsiae, 1908, 61; H. FUNAIOLI, *Grammaticae Romanae fragmenta*, Lipsiae, 1907, 557.

[107] LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 61, *sub* 3.

[108] F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino, 1888, 141 e *sub* ff).

[109] A. DI PORTO, *Interdetti popolari a tutela delle res in usu publico*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, *Atti del Seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera*, *4-5 dicembre 1991*, Napoli, 1994, 483; ID., *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, 26 s.; e specificamente sulla tutela di fiumi e mari, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003.

[110] Si veda anche Paul. LXIII *ad ed.* D. 43, 1, 2, 1. Interessante l'annotazione di SINI, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettivi sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, cit., 7: «nel sistema giuridico-religioso romano al cittadino, al *quivis* e *populo*, era affidata la gran parte della responsabilità nella tutela delle *res publicae*, attraverso la possibile utilizzazione di strumenti come gli interdetti popolari e l'*operis novi nuntiatio publici iuris tuendi gratia*. Si trattava di strumenti giuridici che tutelavano un diritto proprio di qualsiasi cittadino, in quanto parte del Popolo romano: un diritto cioè che apparteneva al *civis* (a ciascun cittadino) come membro del popolo e non già al popolo come ente diverso e distinto dal cittadino. I citati interdetti si fondano dunque sulla sovranità dei *cives* e sul generale diritto dei cittadini romani all'uso comune delle *res publicae*». Cfr. pure G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001.

[111] A. DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, 139, n. 448.

[112] Per le quali si introducono un interdetto proibitorio (D. 43, 8, 2, 20) e uno restitutorio (D. 43, 8, 2, 35). Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*[3], Leipzig, 1927 (rist. 1956), col. 458 s.

[113] LENEL, *Das Edictum perpetuum*[3], cit., col. 461; C.G. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, Bologna, 1882, 154 s.; C. FADDA, *L'azione popolare*, Torino, 1894, 50 s. e 86 s.; DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, cit., 32.

un'imbarcazione (D. 43, 1, 1 pr.[114]) e uno restitutorio, finalizzato, invece, alla riduzione in pristino qualora il *facere* o l'*immittere* si sia risolto in un *factum* ovvero in un *immissum* (D. 43, 12, 1, 19); la seconda coppia pure composta da un interdetto proibitorio, per impedire in ogni caso l'alterazione del corso d'acqua (D. 43, 13, 1 pr.)[115] e il suo parallelo restitutorio (D. 43, 13, 1, 9).

Secondo Labeone – la cui lezione è tramandata da Ulpiano[116] nel libro XLIII delle Pandette sotto il titolo XII *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur* – qualora si faccia qualcosa nel mare, competerà l'interdetto che prevede il divieto di compiere in esso, ovvero sul suo lido, attività che inficino o possano inficiare il porto o il passaggio delle navi. L'interdetto in parola, che abbiamo visto essere già contemplato per i fiumi, intesi pacificamente quali beni pubblici[117], si estese quindi anche al mare. E tale estensione, comportando l'equiparazione del mare e del suo lido ai fiumi, fa conseguire la qualificazione di beni pubblici al mare e al lido, al pari dei fiumi e delle loro rive[118].

Pertanto, già in origine, i fiumi e le loro rive, il mare e le sue coste, si inquadravano nella categoria dei beni comuni di uso pubblico, cioè *res publicae* caratterizzate dalla pubblica destinazione, rappresentata dall'uso comune (da qui la dizione di *res in usu publico*)[119].

Con particolare riferimento al mare, il suo carattere pubblico è avallato dall'opinione di Aristone, il cui passo anticipato in premessa è attribuito a Pomponio[120]:

Pomp. VI *ex Plaut.* D. 1, 8, 10: Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.

---

[114] *Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas*, *quo statio iterve navigio deterior sit fiat*.

[115] *In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere*, *quo aliter aqua fluat*, *quam priore aestate fluxit*, *veto.*

[116] LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., col. 810 s., *sub* 1509 s.

[117] FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., 54 s.

[118] A. DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo dell'Oro* (a cura di Iole Fargnoli, Claudio Luzzati e Riccarda dell'Oro), Milano, 2015, 194 s. (rist. da *Studi Urbinati*, XXXI, 1962-1963, 239-290); MADDALENA, *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare*, cit., 251 s. Cfr. anche ID., *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963.

[119] R. ORTU, *Plaut. Rud. 975 «Mare quidem commune certost omnibus»*, in *Jus-Online. Rivista di scienze giuridiche a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano*, II, 2017, 171.

[120] Per una più approfondita analisi del lacerto, si veda BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, cit., 279.

Secondo il giureconsulto, come diventa privato ciò che è stato edificato nel mare, così diventa pubblico ciò che è stato occupato dal mare. Perciò, si è notato in dottrina, «ai singoli è concesso edificare nel mare (o sulla spiaggia) purché non si ostacolino gli usi comuni del mare. È in sostanza una forma di uso comune di un bene pubblico»[121].

L'impostazione di Labeone e Aristone, in ordine all'uso comune del mare e dei suoi lidi, è suffragata da Celso[122]:

Cels. XXXIX *dig.* D. 43, 8, 3 pr.-1: Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.

Nel passo non solo si riafferma l'uso comune del mare per tutti gli uomini, ma si prevede anche la facoltà di costruire in mare dei moli, purché non inficino la possibilità degli altri consociati di godere del mare o del lido. Si noti come in quest'ultima ipotesi – in un certo senso analoga alla previsione gaiana del framm. 490 *rer. cott.* D. 1, 8, 5, 1, ove si ammette che i pescatori possano costruire sul lido una capanna dove rifugiarsi – si escluda l'applicazione del principio *superficies solo cedit*. Difatti, poiché si tratta di un bene pubblico, l'uso comune che tutti possono fare di esso include la facoltà di costruirvi, con la conseguenza che il costruttore del molo diverrà di questo proprietario[123].

È dato riscontrare lo stesso principio in un *excerptum* di Nerazio, questa volta in ordine alle costruzioni edificate sul lido del mare:

Nerat. V *membr.* D. 41, 1, 14 pr.: Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt. § 1 Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit, hoc est

---

[121] MADDALENA, *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare*, cit., 34.

[122] Cfr. C.A. CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Scritti scelti di diritto romano* (a cura di Letizia Vacca), II, Torino, 2012, 334 s.

[123] B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del «litus maris»*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, I, Palermo, 1925, 277. F. MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, «RISG», 1919, 151 s. Inoltre, sul punto, SANNA, *Il mare come patrimonio comune dell'umanità: dalla tradizione alcuni spunti per un regime giuridico di tutela ambientale*, cit., 184, n. 121 afferma che un siffatto regime giuridico «dà luogo ad una inversione del principio generale per cui *superficies solo cedit*, che è alla base dell'acquisto della proprietà *inter privatos*; inoltre, la suddetta proprietà viene meno una volta che *aedificio funditus diruto* sia (cfr. D. 41, 3, 45 pr.-Papin. X *Resp.*) e la porzione di mare o di lido torni ad essere una *res publica* a tutti gli effetti».

utrum mancat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset, quod proprius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem.

Nerazio conferma la natura di bene pubblico del lido del mare, precisando che, quanto agli edifici ivi costruiti, essi appartengono ai rispettivi costruttori e, in caso di rovina di edifici, il lido tornerà di proprietà della collettività, così che qualsiasi *civis* potrà compiervi una nuova costruzione. Inoltre, come è stato notato in dottrina, per Nerazio «il lido è pubblico anche se deve essere differenziato dalle *res in patrimonio populi*: egli non afferma affatto che i *litora publica* siano *res nullius*, ma solo dice che la loro condizione può essere per alcuni aspetti avvicinata a queste, nel senso cioè che di esse può appropriarsi il primo occupante; ma, se viene meno la giustificazione dell'occupazione, che nella specie si trova solo nell'edificazione di una costruzione, il lido ritorna ad essere pubblico e proprio per questa conseguenza prevale il carattere pubblico rispetto al carattere di *res nullius* del lido stesso»[124].

Orbene, dalla qualifica *ex iure civili* dei beni in parola quali *res publicae*, e in particolare di *res in usu publico*, in seguito, fin dal II secolo d.C., gli stessi trovarono una più ampia collocazione all'interno dell'*ius gentium*[125]. È proprio in questo contesto che si colloca il frammento 490 *rer. cott.*, rifluito tanto nel Digesto che – secondo taluni, in forma più genuina[126] – nelle Istituzioni imperiali:

Framm. 490 *rer. cott.* D. 1, 8, 5: Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, *retia siccare et ex mare reducere*, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est,

Inst. Iust. 2, 1, 4: Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas

[124] DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 203.

[125] In generale sull'*ius gentium*, si vedano G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di "ius gentium"*, Milano, 1946; M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993. Celebre poi sull'argomento l'attacco istituzionale di Gai. I, 1: «Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus»; come è noto, la lacuna del Codex XV (13) è integrata dalla lezione offerta da Inst. Iust. 1, 2, 1.

[126] MADDALENA, *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare*, cit., 253, secondo cui il contenuto del frammento delle istituzioni giustinianee «sembra più vicino all'originale del giurista classico di quanto non lo sia il passo del Digesto». Dello stesso avviso, anche DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 184.

sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.
1 In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant.

earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt.
5 Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est causami ibi imponere, in qua se recipiant, sicuti retia siccare et ex mare deducere. Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena.

Prima di analizzare il regime giuridico *ex iure gentium* di fiume e rive, mari e coste, come esso emerge dal dettato gaiano, si noti nel frammento 490 il maldestro intervento dei compilatori giustinanei[127].

Difatti, l'inciso *retia siccare et ex mare reducere* è evidentemente fuori contesto, posto che Gaio nel proprio testo sta trattando delle rive fluviali, e non già del regime giuridico dei lidi del mare[128]. Più corretta potrebbe essere, allora, la ricostruzione operata da Huschke, il quale, prestando fede al parallelo offerto dalle Istituzioni imperiali, sposta l'inciso in parola all'interno del § 1 di D. 1, 8, 5:

D. 1, 8, 5, 1: In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant <, retia siccare et ex mari reducere>[129].

In verità, a prescindere da uno sterile discorso in materia di sviste e interpolazioni – che difficilmente porterebbe a conclusioni sicure – ciò che conta in questa sede è chiarire che il lascito giuridico delle *res cottidianae* rappresenti, in ogni caso, l'«espressione corrente dei giurisperiti dell'epoca in cui quest'opera vide la luce»[130].

Dobbiamo pertanto registrare che già dai tempi di Gaio si assiste a una evoluzione di quei beni (mare, rive, fiumi, coste) che abbiamo già visto essere qualificati, *ex iure civili*, *sic et simpliciter* come *res publicae*: dette cose rappresentano, sì, beni sottratti al commercio

[127] Cfr. G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*[2], Bologna, 1946, 30 s. e 72 s.
[128] LOMBARDI, *Ricerche in tema di "ius gentium"*, cit., 81-82.
[129] E. HUSCHKE, *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik aus Ed. Huschkes Nachlass*, in «ZSS», IX, 1888, 339.
[130] SANNA, *Il mare come patrimonio comune dell'umanità: dalla tradizione alcuni spunti per un regime giuridico di tutela ambientale*, cit., 183, n. 117.

giuridico[131], e pertanto non soggetti a formare oggetto di proprietà civilistica, ma caratterizzanti adesso una categoria giuridica a sé che, giusta la loro pubblica destinazione, li qualifica in termini di cose di uso pubblico per diritto delle genti, cioè sempre parte dell'ordinamento giuridico romano, ma applicabile – a differenza dell'*ius civile stricto sensu* ai soli cittadini romani – a tutti gli esseri umani in quanto tali.

Il frammento 490 *rer. cott.* è testimone dell'evoluzione in parola, attraverso la quale i fiumi e le loro rive – ma anche il mare e le sue coste, stante la svista dei compilatori che abbiamo anticipato – pur mantenendo la categorizzazione di beni pubblici, possono comunque destinarsi all'uso comune di tutti gli uomini ai sensi dell'*ius gentium*, fermo il limite che proibisce che l'uso del bene da parte del singolo infici l'uso dello stesso da parte della collettività[132], come testimonia un passo di Scevola, in ordine al lido del mare[133]:

Scaev. V *resp.* D. 43, 8, 4: Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.

Il frammento 490, inoltre, avalla la regola che stabilisce la facoltà di edificare sul *litus maris*, regola che in questo caso è ovviamente estesa non solo ai cittadini romani ma a tutti gli uomini, atteso l'inquadramento del bene nella più ampia cornice dell'*ius gentium*.

Prima di passare all'ulteriore evoluzione dei beni quali il mare e il suo lido e i fiumi e le loro rive all'interno dell'*ius naturale*, si concluda anticipando che ritroveremo la categoria delle *res publicae iuris gentium* nel frammento 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 1 pr., premurandosi Gaio di chiarire ancora una volta come tali *res* fossero caratterizzate dalla destinazione all'uso comune da parte dei consociati, attestando così una contitolarità sulla base dei principi dell'*ius gentium*[134] .

A partire dal III secolo d.C. inizia a diffondersi una nuova concezione giurisprudenziale ai sensi della quale i beni finora considerati (mare, coste, fiumi, rive) verranno regolati dal più includente *ius naturale*[135].

---

[131] Cioè *nullius in bonis*, come sono definite da D. 1, 8, 1 pr. e da Gai. II, 11.

[132] ORTU, *Plaut. Rud. 975 «Mare quidem commune certost omnibus»*, cit., 177.

[133] Sull'analisi del passo, si vedano COSTA, *Le acque nel diritto romano*, cit., 105, n. 1; MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, cit., 164; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, I, in *Opere complete di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1966, 55; G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano: le cose*, I, Milano, 1945, 79.

[134] Così, ORTU, *Plaut. Rud. 975 «Mare quidem commune certost omnibus»*, cit., 178.

[135] Sull'argomento si vedano A. BURDESE, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, in «RISG», VII, 1954, 407 s.; G. NOCERA, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1962; P.P. ONIDA, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli, 2012.

Quest'ultimo, differentemente dal diritto delle genti, comune a tutti gli uomini, e a quello civile, applicabile ai soli *cives*, si rivolge a tutti gli esseri viventi, conformemente alle definizioni ulpianee[136]. All'interno del *ius naturale*, pertanto, si assiste a una estensione della qualificazione giuridica dei beni destinati a un uso collettivo[137]. Ma prima di giungervi compiutamente, rileviamo come a collocarsi in una posizione intermedia, nel passaggio alla qualificazione *ex iure gentium* a quella *ex iure naturali*, sia Ulpiano:

Ulp. LVII *ad ed.* D. 47, 10, 13, 7: Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece dicitur) ducere, an iniuriarim iudicio possim eum convenire? Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et pleriquie esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. Conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohinenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi.

Lasciando da parte le questione – ai nostri fini irrilevante – della concessione dell'*actio iniuriarum*[138], si noti come Ulpiano affermi che il mare *commune omnium est*, al pari dei suoi lidi e dell'aria, e conseguentemente non è possibile vietare la pesca. Ciononostante, la posizione ulpianea resta, come detto, intermedia poiché il giurista si mantiene saldo alla concezione del *ius gentium* in ordine alla questione sulla facoltà di costruire sul lido e nel mare, a condizione che tale attività non sia causa di pregiudizi per i terzi:

Ulp. LII *ad ed.* D. 39, 1, 1, 18: … si quis in mare el in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suu facit …

---

[136] Cfr. Ulp. I *inst.* D. 1, 1, 1, 3-4: Ius naturale est, quod natur omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. Cfr. anche Ulp. 1 *inst.* D. 1, 1, 6: Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus.

[137] Cfr. G. LOBRANO, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e de iure condendo*, in *Diritto@Storia. Quaderni di Scienze giurifiche e tradizione romana*, III, 2004, 1 s.

[138] Per cui si rimanda a DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 180 s.

Ulp. LXVIII *ad ed.* D. 43, 8, 2, 8: … si autem nemo damno sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.

Il vero passaggio alla nuova concezione si legge, invece, in un passo di Marciano, grazie al quale si potrà oltrepassare la qualifica del mare e delle sue coste, dei fiumi e delle loro rive, in termini di *res publicae iuris gentium*, per giungere alla nuova categoria delle *res communes omnium*, pienamente integrate all'interno della cornice del diritto naturale[139]:

Marcian. III *inst.* D. 1, 8, 2 pr.-1: Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nuliius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris[140].

Si arriva a teorizzare, così, un ordine di beni comuni a tutti gli esseri viventi, ivi compresi gli animali, tanto nella proprietà che nell'uso. E a farne parte sono tutte quelle *res* insuscettibili di proprietà privata: l'aria, l'*aqua profluens* (cioè i fiumi e implicitamente le loro rive), il mare e le sue coste. E la lezione di Marciano viene inclusa nel *Corpus iuris*, tanto nel frammento delle Pandette appena riportato, quanto in Inst. Iust. 2, 1 pr.-1:

Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igirur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.

Orbene, la compilazione giustinanea conferma l'inclusione del mare e delle sue coste, dei fiumi e delle loro rive, nell'ampio perimetro rappresentato dalle *res communes omnium ex iure naturali*: un *dominium omnium* cui si giunge dopo essere passati dalla qualificazione di

---

[139] La categoria delle *res communes omnium* è ampiamente dibattuta in dottrina. Taluni la escludono dal diritto classico: COSTA, *Le acque nel diritto romano*, cit., 105; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 596; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[14], cit., 171. Altri la attribuiscono al solo Marciano: BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, I, cit., 55; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 237. La ritengono, invece, parte del diritto classico: V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933, 131; G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose, contratti* (a cura di L. Lantella), Torino, 1974, 93.

[140] Secondo FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, II, cit., 354, è da ricercarsi in tale frammento del Digesto il brano originale delle Istituzioni di Marciano.

res publicae ai sensi del più risalente *ius civile*, a quella di *res publicae ex iuris gentium* come è emerso dall'analisi del frammento gaiano 490 *rer. cott.*

E giova sottolineare, in conclusione, che i riflessi di questo percorso evolutivo si intravedono ancora oggi nel dettato codicistico di cui all'art. 822 c.c. (Demanio pubblico):

1: Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale.
2: Fanno parimenti parte del demanio pubblico se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico

2. La particolareggiata disciplina dei modi di acquisto della proprietà

[*De adquirendo rerum dominio*]

491.
[D. 41, 1, 1] Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est, iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.

1 Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt:

[D. 41, 1, 3] quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.

491.
[D. 41, 1, 1] Di alcune cose acquistiamo la proprietà per *ius gentium*, diritto che, per ragione naturale, vige in generale tra tutti gli uomini; di altre cose, invece, acquistiamo la proprietà per *ius civile*, cioè in base al diritto proprio della nostra città. E poiché il *ius gentium* è più antico, dal momento che è sorto con lo stesso genere umano, occorre trattare prima di esso.
1 Dunque, tutti gli animali catturati sulla terra, nel mare o nell'aria, vale a dire gli animali selvatici, gli uccelli e i pesci, diventano di proprietà di chi li cattura per primo:
[D. 41, 1, 3] perché ciò che non è di nessuno diviene di proprietà, per ragione naturale, di

1 Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi acupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur.

2 Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit:

[D. 41, 1, 5] naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.

1 Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commississe. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.

chi lo occupa.

1 Dal momento che si tratta di animali selvatici e pesci, non importa se taluno li catturi sul fondo proprio o altrui. Ovviamente, a colui che entra in un fondo altrui per esercitare la caccia o l'uccellagione, il proprietario potrà legalmente vietare l'ingresso.

2 Qualunque animale avremo preso tra quelli, si intende essere nostro finché sarà sotto il nostro controllo. Ma quando sarà evaso dalla nostra custodia per riacquistare la sua naturale libertà, cesserà di essere nostro e diventerà di nuovo del primo prenditore:

[D. 41, 1, 5] si intende poi riacquistare la naturale libertà l'animale che sarà sfuggito alla nostra vista o che, sebbene ancora visibile, sia difficile da inseguire.

1 Ci si è chiesti se un animale selvatico, già ferito per poter essere catturato, debba ritenersi già di nostra proprietà. Trebazio ritenne che esso è subito nostro, e tale resta finché lo inseguiamo; ma se smettiamo di inseguirlo, cessa di essere nostro e diventa di nuovo di chi lo occupa. E così, se durante il nostro inseguimento qualcun altro catturerà l'animale al fine di trarne profitto, costui avrà commesso furto a nostro danno. L'orientamento maggioritario riteneva, invece, che l'animale diventasse nostro solo se l'avessimo effettivamente catturato, posto che nei frangenti della caccia molti ostacoli possono frapporsi. E questa opinione è

preferibile.

2 Apium quoque natura fera est: itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae esse intelleguntur quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint. ideo si alius eas incluserit, earum dominus erit.

2 Anche le api sono selvatiche per natura; e così quelle che si posarono su un albero, prima di essere da noi chiuse in un alveare, si intendono nostre non meno che gli uccelli che abbiano fatto un nido sopra un nostro albero. Pertanto, se qualcuno ve le chiuderà dentro, ne diverrà proprietario.

3 Favos quoque si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur.

3 Inoltre, se le stesse avranno fatto dei favi, chiunque potrà possederli senza che ciò integri furto, sebbene, come abbiamo chiarito sopra, a colui che accede al fondo altrui può essere legalmente proibito l'ingresso dal proprietario di questo.

4 Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit.

4 Uno sciame che sia volato via dal nostro alveare si intende nostro finché non sfugge alla nostra vista e non ne sia difficile il recupero; altrimenti, diverrà di proprietà dell'occupante.

5 Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi

5 La natura dei pavoni e delle colombe è selvatica, nonostante la loro consuetudine di volare via e ritornare. Difatti, anche le api si comportano allo stesso modo, e di esse è pacifica la natura selvatica. Taluni poi hanno addomesticato i cervi affinché vadano per i boschi e facciano ritorno, e purtuttavia nessuno ne nega la natura selvatica. Nel caso di questi animali, che sogliono andare via e tornare, si è cristallizzata la regola per cui sono da intendersi nostri finché conservino l'istinto di tornare; se perdono tale istinto, cessano di essere nostri e diventano di chi li occupa. Si ritiene che perdano tale istinto

consuetudinem deseruerint.

6 Gallinarum et anserum non est fera natura: palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres. itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint, ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit.

7 Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt:

[D. 41, 1, 7] adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem deducantur: qui tamen, si evaserint hostium potestatem, recipiunt pristinam libertatem.

1 Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adicit, iure gentium nobis adquiritur. per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possimus, quantum quoque momento temporis adiciatur.

2 Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse.

3 Insula quae in mari nascitur (quod raro

quando abbandonino l'abitudine di fare ritorno.

6 Non è selvatica la natura delle galline e delle oche; è ovvio che pure esistano altre specie di galline e oche selvatiche. Perciò qualora le mie oche e le mie galline, turbate per un qualsiasi motivo, volino via tanto lontano da non sapere dove sono, restano nondimeno di mia proprietà; pertanto, chiunque se ne appropri al fine di trarne profitto risponderà di furto nei miei confronti.

7 Anche le cose prese dai nemici diventano nostre all'istante per *ius gentium*:

[D. 41, 1, 7] al punto che persino uomini liberi possono essere ridotti in schiavitù, ma se riescono a sottrarsi al controllo del nemico riacquistano la precedente libertà.

1 Inoltre, ciò che il fiume aggiunge al nostro fondo in seguito a una alluvione diventa nostro per *ius gentium*. Si intende aggiungersi per alluvione quanto gradualmente vada a unirsi a un fondo, al punto da non poter discernere in che misura e in che momento ciò sia avvenuto.

2 Ma se la forza del fiume dovesse strappare una parte del tuo fondo e aggiungerla al mio, è ovvio che essa rimane tua. In verità, se questa parte si è aggiunta al mio fondo da molto tempo e gli alberi presenti su di essa hanno posto radici nel mio fondo, si ritiene che da quel momento sia divenuta parte del mio fondo.

3 L'isola che nasce nel mare (evento raro)

accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

4 Quod si uno latere perruperit flumen et alia parte novo rivo fluere coeperit, deinde infra novus iste rivus in veterem se converterit, ager, qui a duobus rivis comprehensus in formam insulae redactus est, eius est scilicet, cuius et fuit.

5 Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit et flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident. cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma et, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam

diventa di chi la occupa, poiché si reputa essere di nessuno. Quella nata nel fiume (evento più frequente), se sorge nel mezzo del fiume, è in comproprietà di coloro che possiedono fondi lungo la riva del fiume, secondo l'estensione che ciascun fondo ha lungo la riva; se invece l'isola sorge più vicina a una parte della riva, è soltanto di coloro che da quella parte possiedono fondi.

4 Ora, se un fiume dovesse straripare e seguire in parte un nuovo corso per poi ritornare nell'alveo originale, quella parte di fondo trasformatasi in isola, perché circondata dai due corsi d'acqua, resta ovviamente del precedente proprietario.

5 Ma se il fiume abbandona del tutto il proprio alveo naturale, il primo letto del fiume diventa di coloro che possiedono fondi lungo la riva, secondo l'estensione che ciascun fondo ha lungo la riva; il nuovo alveo, invece, assume il carattere dello stesso fiume, sarà cioè pubblico per *ius gentium*. Ma se, dopo qualche tempo, il fiume riprende il suo corso originale, l'alveo che si era formato in seguito sarà di coloro che lungo la sua riva possiedono fondi. Tuttavia, se il nuovo alveo ha occupato per intero il fondo di un soggetto, allora, se il fiume riprende il suo corso originale, il soggetto proprietario del fondo che è stato coperto, per stretto diritto non potrà vantare diritti sull'alveo ormai abbandonato, perché il suo fondo ha cessato di esistere perdendo la propria forma

partem in eo alveo habere: sed vix est, ut id optineat.

distintiva, e giacché non ha fondi vicini, non può vantare diritti su quell'alveo per ragioni di vicinanza; ma è improbabile che questa soluzione possa essere accettata.

6 Aliud sane est, si cuius ager totus inundatus fuerit: namque inundatio speciem fundi non mutat et ob id, cum recesserit aqua, palam est eiusdem esse, cuius et fuit.

6 Diverso è il caso di un fondo che sia del tutto inondato dal fiume, perché l'inondazione non muta la forma del fondo e perciò è chiaro che, quando l'acqua si sarà ritirata, quel fondo resterà del suo proprietario.

7 Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collytium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et

7 Quando taluno ricava da materiale altrui una cosa nuova, Nerva e Proculo ritengono che questi ne diventi proprietario, poiché ciò che è stato creato non apparteneva dapprima a nessuno. Sabino e Cassio, di altro avviso, ritengono che per ragione naturale il proprietario dei materiali sarà anche proprietario di ciò che da quei materiali è ricavato, posto che senza di essi nulla poteva essere creato. Per esempio, qualora io ricavi un vaso dal tuo oro, argento o bronzo, oppure una nave, un armadio o sedie dalle tue tavole, un vestito dalla tua lana, vino mielato da vino e miele di tua proprietà, o una pomata o un collirio da medicine tue, o vino, olio, frumento dalle tue uve, olive o spighe. C'è tuttavia un orientamento intermedio secondo cui, giustamente, se la cosa può essere riportata ai suoi materiali originari, allora è preferibile l'opinione di Sabino e Cassio; ma se non può essere riportata, bisognerà accogliere la tesi di Nerva e Proculo. Così, per esempio, mentre un vaso può tornare alla

spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.

materia grezza di oro, argento o bronzo, invece, il vino, l'olio e il frumento non possono tornare allo stato di uva, olive o spighe, e neppure il vino mielato può tornare a essere miele e vino, o la pomata e il collirio ai singoli medicinali che li compongono. A mio avviso, tuttavia, è condivisibile l'opinione di chi ritenne indubbio che il frumento ricavato dalle spighe altrui sia del proprietario delle spighe; infatti, il frumento contenuto nelle spighe è da considerarsi prodotto già finito, e quindi il trebbiatore non crea una cosa nuova, ma semplicemente scopre quella che già esiste.

8 Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit, sive eiusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt vel argentum conflaverunt, sive diversae, veluti si alius vinum contulerit alius mel, vel alius aurum alius argentum: quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species.

8 Quando due soggetti confondono volontariamente i propri beni ne diventano comproprietari, sia se i beni sono del medesimo genere, come se mescolarono il loro vino o argento, sia nel caso di generi diversi, come se l'uno contribuì con il vino e l'altro con il miele, o l'uno con l'oro e l'altro con l'argento, e ciò nonostante si ricavino vino mielato e ambra.

9 Sed et si sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae vel eiusdem generis vel diversae, idem iuris est.

9 Ma lo stesso accade anche qualora, senza la volontà dei due proprietari, siano confusi i loro beni, tanto dello stesso genere che di generi diversi.

10 Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. nec tamen idea is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest neque ad

10 Quando taluno abbia costruito sul proprio fondo un edificio con materiali altrui, sarà proprietario anche dell'edificio, poiché diventa parte del suolo tutto ciò che si edifica al di sopra di esso. Né tuttavia il proprietario dei materiali perde il proprio diritto su di essi;

exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt. ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere.

ma intanto non può rivendicarli né agire per l'esibizione stante la Legge delle XII tavole, secondo cui a nessuno è richiesto di rimuovere la trave altrui unita ai propri casamenti, ma dovrà pagare il doppio del suo valore. Il vocabolo usato è "trave"; tuttavia, in effetti, esso ricomprende qualsiasi materiale edile. Pertanto, in caso di crollo dell'edificio, il proprietario dei materiali potrà rivendicarli e agire per l'esibizione.

11 Illud recte quaeritur, an, si id aedificium vendiderit is qui aedificaverit et ab emptore longo tempore captum postea dirutum sit, adhuc dominus materiae vindicationem eius habeat. causa dubitationis est, an eo ipso, quo universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res, ex quibus constabat, captae essent: quod non placuit.

11 Ci si chiede giustamente, nell'ipotesi in cui il costruttore abbia venduto l'edificio e questo sia crollato dopo che il compratore l'abbia usucapito, se il proprietario dei materiali abbia ancora il diritto di rivendicarli. Dal momento che l'intero edificio è stato usucapito, il dubbio è se parimenti siano state usucapite anche le singole cose che lo compongono; si ritenne di no.

12 Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amississe proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit. certe si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum.

12 Diversamente, se taluno ha edificato con i propri materiali su suolo altrui, l'edificio diventa del proprietario del suolo, e se costui era consapevole dell'altruità del suolo, si intende aver perduto volontariamente la proprietà della materia; così, pure se l'edificio dovesse crollare, non potrà rivendicarne i materiali. Di certo, se il proprietario del suolo richiede l'edificio ma non paga il valore dei materiali o i salari dei lavoratori, potrà essergli opposta l'*exceptio doli mali*, assumendo che il costruttore ignorasse che il suolo era di altri e avesse ritenuto in buona fede di costruire su suolo

proprio; ma se ne era a conoscenza, gli si opporrà la colpa di avere edificato temerariamente su un suolo che sapeva essere altrui.

13 Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit: antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. his conveniens est, quod, si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem: rationem enim non permittere, ut alterius arbor intellegatur, quam cuius fundo radices egisset. et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est.

13 Se avrò posto sul mio suolo una pianta altrui, sarà mia; al contrario, se avrò posto una mia pianta su suolo altrui, sarà del proprietario di questo; in entrambi i casi, però, la pianta deve avere gettato le sue radici, atteso che, finché ciò non avviene, resta del precedente proprietario. Ne consegue che se con la terra ho compresso l'albero del vicino al punto che esso ha affondato le radici nel mio fondo, l'albero sarà mio, perché la ragione non permette che un albero appartenga ad altro soggetto rispetto a colui nel cui fondo gettò le radici. E perciò un albero posto lungo il confine, se avrà gettato le radici nel fondo del vicino, è comune.

[D. 41, 1, 9] Qua ratione autem plantae quae terra coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quae sata sunt solo cedere intelleguntur. ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificavit, si ab eo dominus soli petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse poterit, qui in alienum fundum sua impensa consevit.

[D. 41, 1, 9] Per la stessa ragione per cui le piante che crescono nella terra cedono al suolo, anche il frumento e i semi si intendono cedere al suolo. E come chi costruisce sul suolo altrui può difendersi con l'*exceptio doli mali* se il proprietario del suolo richiede l'edificio, così può avvalersi dello stesso mezzo di difesa chi ha seminato a proprie spese sul suolo altrui.

1 Litterae quoque licet aurae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea quae aedificantur aut seruntur. ideoque si in chartis membranisve tuis

1 Le lettere, anche se d'oro, accedono alle carte e alle pergamene allo stesso modo in cui l'edificio o le semine accedono al suolo. Perciò, se scriverò sulle tue carte o

carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis non ego, sed tu dominus esse intellegeris. sed si a me petas tuos libros tuasve membranas nec impensas scripturae solvere velis, potere me defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide eorum possessionem nanctus sim.

pergamene una poesia, una storia o un discorso, si intende che non sarò io il proprietario dell'opera, ma tu. Tuttavia, se mi richiederai indietro i tuoi libri o le tue pergamene senza voler pagare le spese del mio lavoro, potrò difendermi attraverso l'*exceptio doli mali*, ammesso che avessi acquistato in buona fede il possesso di essi.

2 Sed non uti litterae chartis membranisve cedunt, ita solent picturae tabulis cedere, sed ex diverso placuit tabulas picturae cedere. utique tamen conveniens est domino tabularum adversus eum qui pinxerit, si is tabulas possidebat, utilem actionem dari, qua ita efficaciter experiri poterit, si picturae impensam exsolvat; alioquin nocebit ei doli mali exceptio: utique si bona fide possessor fuerit qui solverit. adversus dominum vero tabularum ei qui pinxerit rectam vindicationem competere dicimus, ut tamen pretium tabularum inferat: alioquin nocebit ei doli mali exceptio.

2 Ma a differenza delle lettere, che accedono alle carte e alla pergamene, le pitture non accedono alle tavole su cui sono state impresse. Sono invece le tavole ad accedere alle pitture. Occorre però concedere al proprietario delle tavole un *actio utilis* da esercitarsi contro colui che ha dipinto e che è in possesso delle tavole, e previo pagamento delle spese della pittura; in caso contrario, gli verrà opposta l'*exceptio doli mali*; beninteso, se colui a cui ha pagato sarà stato possessore di buona fede. Diciamo poi competere una *vindicatio* diretta a colui che ha dipinto contro il proprietario delle tavole, previo il pagamento del valore delle tavole; in caso contrario, gli sarà opposta l'*exceptio doli mali*.

3 Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

3 Le cose che ci sono consegnate mediante *traditio* diventano nostre per *ius gentium*, posto che nulla è tanto conforme all'equità naturale quanto la volontà del proprietario di trasferire ad altri un proprio bene.

4 Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate eius aliquis. qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur

4 Né rileva che il proprietario consegni il bene personalmente o per mezzo di altri. Per tale motivo, se il soggetto, a cui è stata affidata la

permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

libera amministrazione degli affari da un altro che deve allontanarsi per un viaggio, decide di vendere e consegnare qualcosa, trasferirà la proprietà a chi la riceve.

5 Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposuit, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.

5 Talvolta, peraltro, la nuda volontà del proprietario è sufficiente a trasferire il bene anche senza la *traditio*. Per esempio, se ti venderò qualcosa che detenevi già a titolo di comodato o locazione o deposito; vero è che non te l'avevo consegnata per quel motivo, ma il fatto che permetta che la cosa resti presso di te a titolo di vendita la rende tua.

6 Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

6 Allo stesso modo, se taluno venderà le merci contenute in un magazzino, nel momento in cui consegna al compratore le chiavi del magazzino gli trasferirà anche le merci ivi contenute.

7 Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce qui missilia iactat in vulgus, ignorate nim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult quod quisque exceperit eius esse, statim eum dominum efficit.

7 Inoltre, talvolta la volontà del proprietario può concernere il trasferimento di un bene a un soggetto non identificato; come nel caso di chi elargisca doni a una folla: costui ignora chi prenderà che cosa, ma poiché vuole che chi prenderà una cosa la tenga per sé, con quel gesto di munificenza lo rende proprietario.

8 Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur: hae enim dominorum permanent, quia non eo animo eiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat. qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nanctus lucrandi animo abstulerit, furtum committit.

8 È diverso il caso di quelle cose che si gettano in mare durante una tempesta al fine di alleggerire il carico della nave: esse restano del loro proprietario in quanto questi non le ha gettate perché non le voleva più, ma per consentire alla nave di avere più possibilità di fronteggiare la tempesta. In conseguenza, commette furto chi, trovandole

per quel motivo trasportate dalle onde o in mare, se ne appropri al fine di trarne profitto.

All'interno del titolo 41, 1 delle Pandette (*De adquirendo rerum dominio*), le *res cottidianae* fanno la parte del leone[141], posto che nella prima sezione vi compare il lungo frammento 491, costituito da ben 5 lacerti gaiani (D. 41, 1, 3. 5. 7. 9), intervallato nel testo giustinianeo dapprima da passi delle Istituzioni di Fiorentino (D. 41, 1, 2. 5. 6) e Marciano (D. 41, 1, 8), e subito seguito da un frammento delle Istituzioni gaiane (D. 41, 1, 10 che corrisponde a Gai. II, 86-93) e altri testi sempre di Marciano (D. 41, 1, 11), Callistrato (D. 41, 1, 12), Nerazio (D. 41, 1, 13-15), Fiorentino (D. 41, 1, 16), per ritornare infine ai grandi commentari *ad Sabinum*, ai *Digesta* di Giuliano e ad altre importanti opere (da D. 41, 1, 17 fino alla fine del titolo).

La ragione per cui i compilatori giustinianei scelsero di ricorrere principalmente a opere istituzionali deve individuarsi nell'argomento stesso cui è dedicato il titolo – la trattazione dei modi di acquisto della proprietà. Non deve stupire, quindi, l'ampio spazio riservato alle *res cottidianae*. Anzi, ciò prova non solo che l'opera debba essere ascritta appieno al novero delle più complete e chiare dissertazioni teoriche didattiche in materia, ma anche il particolare pregio che gli estensori del Digesto intesero attribuire alla stessa a scapito di altre opere.

Il lungo frammento 491 *rer. cott.* presenta anzitutto la fondamentale distinzione tra modi di acquisto della proprietà *iure civili* e *iure gentium* (D. 41, 1, 1 pr.), per poi trattare singolarmente dell'*occupatio* (da D. 41, 1, 1, 1 a D. 41, 1, 7 pr.), delle differenti ipotesi che realizzano un incremento fluviale (da D. 41, 1, 7, 1 a D. 41, 1, 7, 6), della specificazione (D. 41, 1, 7, 7), della confusione (D. 41, 1, 7, 8. 9) della *inaedificatio* (D. 41, 1, 7, 10. 12), della *implantatio* (D. 41, 1, 7, 13) della *satio* (D. 41, 1, 9 pr.), della *scriptura* (D. 41, 1, 9, 1), della *tabula picta* (D. 41, 1, 9, 2), e infine della *traditio* (da D. 41, 1, 9, 3 a D. 41, 1, 9, 8).

Anche a noi converrà procedere per gradi.

2.1 I modi di acquisto del *dominium ex iure civili* e *ex iure gentium*. La paternità della definizione di *obligatio* contenuta in Inst. Iust. 3, 13 pr.

In ordine ai modi di acquisto della proprietà di *singulae res*, la *summa divisio* che risulta dalle fonti consta dei modi di acquisto previsti dal *ius civile* e di quelli previsti dal *ius*

[141] In questi termini, CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 606.

gentium[142]. Tale classificazione, pur se non generalmente condivisa, era senz'altro prevalente in epoca imperiale. È seguita infatti nelle *Institutiones* gaiane (Gai. II, 65, seppure una differente dizione), nelle *res cottidianae* (framm. 491), nelle fonti giustinianee (Paul. XXI *ad ed.* D. 6, 1, 23 pr.; Inst. Iust. 2, 1, 11) e nella Parafrasi di Teofilo[143] (Par. 2, 9, 6).

La divisione apicale tra acquisto *iure civili* e *iure gentium* ci pone dinanzi – per la prima volta dall'inizio della analisi dei singoli frammenti delle *res cott.* – a un parallelo diretto con il testo istituzionale gaiano. A ben vedere, in generale, all'intero frammento 491 *rer. cott.* bene si accostano i brani offerti da Gai. II, 65-79, pur con talune significative differenze.

Partiamo allora dal raffronto tra D. 41, 1, 1 pr. e Gai. II, 65.

Gai. II, 65: Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.

Nel passo istituzionale la distinzione *naturali iure – civili iure*, riferita ai modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo, sostituisce quella *iure gentium – iure civili* menzionata da D. 41, 1, 1 pr. Ma al di là della diversità terminologica, ciò che più rileva è constatare come nelle *res cottidianae* sia subentrato un criterio sistematico basato sulle diverse sfere dell'ordinamento giuridico romano, a onta di una classificazione *ratione materiae* incentrata sul compimento di atti, propria invece del manuale istituzionale gaiano[144].

Mentre infatti il framm. 491 *rer. cott.* disciplina l'acquisto del *dominium* sulle *res* corporali basato, appunto, sui modi previsti dal diritto civile e dal diritto delle genti – dei quali si segue una precisa successione storica[145] – nel lacerto istituzionale, invece, è prioritario ed esclusivo il compimento di atti giuridici per distinguere i modi di acquisto del *dominium*, che può avvenire segnatamente attraverso una *mancipatio*, una *in iure cessio* o una *traditio*.

---

[142] S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 84, n. 4.

[143] Laddove – secondo P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà: storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924, 93 – la classificazione in parola non rappresenta solo un rudimento storico, quanto uno «schema scolastico ancora attuale».

[144] G. FALCONE, *La definizione di obligatio*, *tra diritto e morale*, Torino, 2017, 115-116.

[145] Infatti, dapprima sono analizzati gli istituti più risalenti (caccia, pesca, occupazione, etc.) e solo da ultimo la *traditio*, in senso opposto a quanto accade nelle Istituzioni gaiane, ove alla *traditio* seguono gli altri modi di acquisto della proprietà *iure gentium* (Gai. II, 65-66).

Si aggiunga che il dualismo *iure civili – iure gentium*, posto nelle *res cott.* quale «perno e criterio sistematico ispiratore dell'intera illustrazione»[146], si rinviene – lo anticipiamo fin da ora – anche in materia di *obligationes*. Difatti, a differenza delle *Institutiones*, ove principio della disciplina delle obbligazioni sono le fonti delle stesse (giusta la nota dicotomia tra obbligazioni *ex contractu* e *ex delicto* di Gai. III, 88), nelle *res cott.* Gaio predilige anteporre alle stesse fonti la novità sistematica della *summa divisio* tra obbligazioni introdotte dal *ius civile* e obbligazioni introdotte dal diritto pretorio[147].

Vi è un'ultima considerazione da fare in ordine a D. 41, 1, 1 pr., che senza tema di esagerazione è la più importante: è grazie alla lezione che il testo gaiano tramanda che è possibile ascrivere proprio al giurista degli Antonini, e in particolare ai suoi libri *aureorum*, la paternità della celebre definizione di *obligatio* contenuta in Inst. Iust. 3, 13 pr.[148], il «miglior enunciato generale sul concetto di obbligazione a tutt'oggi escogitato»[149]:

Inst. Iust. 3, 13 pr.: Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

---

[146] FALCONE, *La definizione di obligatio*, *tra diritto e morale*, cit., 116. Secondo G.G. ARCHI, *'Lex' e 'natura' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift Flume*, I (= *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 167), la dicotomia *iure gentium – iure civili* è chiaramente di derivazione gaiana.

[147] Nella sede opportuna si illustreranno le ragioni per cui Inst. Iust. 3, 13, 1 – portatore della predetta *divisio* – debba ricondursi alle *res cott.* Il brano delle Istituzioni imperiali è il seguente: «Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut pretoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constituae aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur».

[148] Il testo giuridico latino più universalmente conosciuto, secondo B. ALBANESE, *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J.3,13pr.*, in «SDHI», L, 1984, 168 (= *Scritti giuridici*, II, 1991, 1658). Sul punto, *ex multis*, si vedano i contributi di A. MARCHI, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in «BIDR», XXIX, 1916, 5 s.; E. ALBERTARIO, *Le definizioni dell'obbligazione romana*, in *Scritti giuridici*, III, 1936, 1 s. (= *Scritti in onore di F. Ramorino*, 1927, 391 s.); G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni (Diritti reali e obbligazioni. Storia e concetto dell'obbligazione)*, 1937, 149 s.; ID., *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, 1971, 97 s.; A. BISCARDI, *"Secundum nostrae civitatis iura"*, in *Studi Senesi*, LXIII.1, 1951, 40 s.; L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di "obligatio"*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, 1971, 165 s.; C.A. CANNATA, *Le definizioni romane dell'"obligatio". Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, 1978, 132 s.; ID., *'Obbligazioni nel diritto romano*, *medievale e moderno'*, in *Digesto Quarta edizione*, *Discipline Privatistiche*, XII, 1995, 412; G. MANCUSO, *A proposito della definizione di "obligatio" (I.3.13pr.)*, in *Panorami 2*, 1990, 166 s.; A. GUARINO, *'Obligatio est iuris vinculum'*, in «SDHI», LXVI, 2000, 263 s. (= *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, 2001, 343 s.); M. LAURIA, *Contractus*, *delictum*, *obligatio*, in «SDHI», IV, 1938, 189; G. SEGRÉ, *Obligatio*, *obligare*, *obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, 1929, 545.

[149] G. FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, Torino, 2003, 5. Come è noto, alla definizione in parola si accosta quella altrettanto nota contenuta in Paul. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr..: «Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum». A rilevare in quest'ultima, più che il *vinculum*, è l'atto che fa sorgere il *vinculum*; cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*[3], Palermo, 2006, 144, n. 49; 401, n. 1; 431, n. 75.

Per addivenire a tale conclusione bisognerà dare risalto, da un lato, alle parole di esordio *obligatio est iuris vinculum* e, dall'altro, a quelle finali *secundum nostrae civitatis iura*, che analizzeremo singolarmente.

Quanto alle prime, si consideri anzitutto che l'espressione *vinculum iuris* ricorre anche in un altro passo delle Istituzioni imperiali relativo ai fedecommessi:

Inst. Iust. 2, 23 pr.: Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius de hereditatibus fideicommissariis videamus. 1 Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia *nullo vinculo iuris*, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim[150] etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis[151] ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

Nel passo si espone un *excursus* storico nel quale si chiarisce come, inizialmente, i fedecommessi fossero considerati *infirma*, poiché non erano ancora sugellati da alcun *vinculum iuris* (*nullo vinculo iuris ... continebantur*). L'esecuzione degli stessi era perciò rimessa alla *fides* e al *pudor* del *rogatus*, dal quale non si poteva esigere l'adempimento (*nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat*). Per ovviare a tale inconveniente, si stabilirono più stabili tutele giudiziali (come l'*interpositio* dell'*auctoritas* dei consoli, la creazione di una *adsidua iurisdictio* e di un *praetor proprius qui <de> fideicommissis ius diceret*)[152].

Ma ciò che conta ai nostri fini non è il contenuto del brano, quanto l'affermazione che esso provenga dalle *res cott.*, come emerge dalle seguenti peculiarità[153]:

---

[150] Secondo FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, cit., 50, n. 133, questo secondo *paulatim* deve essere espunto dal testo poiché inserito per errore da un copista pre- o giustinianeo, a causa del *paulatim* che si legge poche parole prima.

[151] Secondo FALCONE, *ibid.*, deve leggersi *qui de fideicommissis ius diceret*.

[152] Per un'analisi del brano, cfr. V. GIODICE-SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, 21 s.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Allargamento della circolazione dei beni mortis causa: le origini del fedecommesso*, in *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la memoire de Henrik Kupiszewski*, Varsovie, 1996, 205 s.; ID., *Il fedecomesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997, 36; M. DE BRUIN, *Papiria bona sua fidei commisit. Das Fideikommiß im zweiten Jahrhundert vor Christ*, in «RIDA», XLII, 1995, 167 s.

[153] Cfr. FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, cit., 60 s.

1) le parole *et ideo fideicommissa appellata sunt*, *quia nullo vinculo iuris* presentano la formula *et ideo ... quia*, con *ideo* in posizione prolettica, che è propria del linguaggio gaiano, sia con riferimento alla trattazione di un istituto[154], sia in altri casi[155];

2) la sequenza di due relative in ordine alla denominazione di un istituto (*praetor ... qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*), anche essa propria dello stile gaiano[156];

3) una minuziosa trattazione storica, dove la correzione di una precedente situazione di iniquità è rappresentata dal participio *motus* (*omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse*, *… Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarim motus…*), che si ritrova in altri lacerti gaiani ma non in altri giuristi[157];

4) l'espressione *auctoritatem imponere*, che solo Gaio impiega per indicare un intervento pretorio finalizzato a dirimere le controversie (*iussit consulibus auctoritatem ... interponere*)[158];

5) la presenza di numerosi collegamenti sintattici tra il lessico del brano istituzionale giustinianeo e quello delle *Institutiones* gaiane[159].

---

[154] Gai. II, 153; II, 157; II, 164; II, 194; II, 198; III, 56; IV, 71; IV, 94; IV, 105; IV, 144.

[155] Gai. I, 22; I, 30; I, 63; I, 122; I, 166a; II, 64; II, 66; II, 121; II, 131; II, 147; II, 149a; II, 244; III, 13; III, 20, III, 184; III, 198; IV, 11; IV, 114; D. 2, 3, 10, 1; D. 13, 4, 3; D. 13, 6, 18, 4; D. 39, 2, 20; D. 39, 2, 32; D. 44, 7, 1, 5 (framm. 498 *rer. cott.*); D. 44, 7, 5 pr. (framm. 506 *rer. cott.*); D. 44, 7, 5, 5 (framm. 506 *rer. cott.*). Si considerino, inoltre, i casi in cui ricorre l'espressione *ideo …*, *quod*: Gai. II, 131; III, 136; IV, 119; IV, 160; D. 2, 11, 6; D. 12, 6, 63; D. 26, 7, 13, 1; D. 29, 1, 2; D. 40, 12, 25, 1; D. 44, 2, 17.

[156] Gai. I, 119: *qui liram aeneam teneat*, *qui appellatur libripens*; Gai. I, 184: *alius dabatur*, *quo auctore legis actio perageretur*, *qui dicebatur praetorius tutor*; Gai. I, 195a: *tutorem*, *a quo manumissa est*, *qui fiduciarius dicitur*; Gai. III, 10: *qui ex duobus fratribus progenerati sunt*, *quos plerique etiam consobrini vocant*; Gai. III, 110: *qui idem stipulatur*, *quem vulgo adstipulatorem vocamus*; Gai. IV, 128: *adiectione …*, *qua actor adiuvator*, *quae dicirue triplicatio*; Gai. IV, 170: *iudicium comparatum est*, *quod appellatur fructuarium*, *quo nomine actor iudicatum solvi satis accipit*; Gai. VII *ad ed. prov.* D. 50, 16, 30, 2: *Novalis est terra precisa*, *quae anno cessavit*, *quam Graeci νέασιν vocant*; D. 44, 7, 5 pr. (framm. 506 *rer. cott.*): *actiones*, *quas appellamus negotiorum gestorum*, *quibus aeque invicem experiri possunt*; Inst. Iust. 3, 13, 1: *obligationes praetoriae sunt*, *quas praetor constituit*, *quae etiam honorariae vocantur*.

[157] Gai. I, 84: *Ecce enim ex senatus consulto Claudiano poterat civis Romana … Sed Postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam* eqs.; I, 85: *Item e lege … ex ancilla et libero poterant liberi nasci*; *nam ea lege cavetur*, *ut … Sed et in hac specie divus Vespasianus inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam* eqs.; III, 72: *… divus Traianus constituit …* § 74 *Et quia hac constitutione videbatur effectum*, *ut …*, *divus Hadrianus iniquitate rei motus auctor fuit senatur consulti faciundi*, *ut* eqs. In ordine ai concetti di *inelegatia* e di *iniquitas* cui si riferiscono i predetti brani, cfr. D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen antike*, 1974, 95 s.

[158] Gai. IV, 139.

[159] Per es., l'utilizzo di una proposizione ipotetica successiva a una relativa (*quibus non poterant hereditates relinquere*, *si relinquebant*, *fidei committebant eorum* eqs.), che ricorre anche in Gai. I, 153: *quae vero ancgustam habet optionem*, *si dumtaxat semel data est optio*, *amplius quam semel optare non potest*; II, 38: *quod mihi ab aliquo debetur*, *id si velim tibi deberi*, *nullo eorum modo … eficere possum*; II, 59: *qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit*, *si eandem ipse possederit*, *potest usucapere*; III, 169: *quo denim ex verborum obligatione tibi debeam*, *id si velis mihi remittere*, *poterit sic fieri* eqs. Oppure il ricorso al verbo plurale senza soggetto, per fare riferimento a epoche storiche remote (*si relinquebant*), come accade in

Attribuire il lacerto in materia di storia dei fedecommessi contenuto in Inst. 2, 23, 1 alle *res cott.* è un'operazione particolarmente pregnante per sussumere la definizione di *obligatio* di Inst. Iust. 3, 13 pr. alla predetta opera gaiana. Stante la presenza nel testo gaiano delle parole relative al *vinculum iuris*, quanto finora affermato costituisce un primo rilevante indizio.

Come anticipato, il secondo indizio proviene dall'analisi delle ultime parole della formula: *secunum nostrae civitatis iura*. È proprio il frammento 491 *rer. cott.* a guidarci in tal senso:

D. 41, 1, 1 pr: Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est, iure proprio civitatis nostrae[160].

Le parole *iure proprio civitatis nostrae* si avvicinano alla conclusione della definizione di *obligatio* non solo per la formula riferita alla *civitas nostra*, ma anche per l'utilizzo della stessa (in entrambi i casi al genitivo) in correlazione al termine *ius*. E per di più i medesimi stilemi ricorrono sovente nella produzione scientifica gaiana[161].

In conclusione, la corrispondenza della formula *secundum nostrae civitatis iura* al comune linguaggio utilizzato da Gaio, in una ai precisi risconti dati da D. 41, 1, 1 pr. (framm. 491 *rer. cott.*) e da Inst. Iust. 2, 23, 1 (da attribuirsi, come si è detto, ai *libri aureorum*), autorizzano ad affermare che la celebre definizione di obbligazione tramandata da Inst. Iust. 3, 13 pr. era stata collocata da Gaio all'inizio della trattazione delle *obligationes* all'interno delle *res cott.*[162].

2.2 La rilevanza della *libertas* quale bene naturale in tema di occupazione

---

Gai. IV, 16: *maxime sua esse credebant*, *quae ex hostibus cepissent*. E ancora l'aggettivo *proprius* inteso nel senso di *specifico* (*praetor proprius crearetur*): Gai. III, 33. 54 (*commentarius*); III, 127. 186. 187. 209 (*actio*); IV, 169 (*iudicium*).

[160] Si consideri il parallelo offerto da Inst. Iust. 2, 1, 11: «Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundam iure civili. Commodius est itaque a vetustiore iure incipere. Palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt esse, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt». G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in «AUPA», LV.1, 1998, 316 s. ha sottolineato come il brano delle *res cott.* contenuto in D. 41, 1, 1 pr. tramandi una lezione più genuina rispetto al passo istituzionale imperiale.

[161] Gai. III, 96: «Item uno loquente **** haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio. Sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum. Nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatium iura requirentes aliud intellegere poterimus …». Le lacune del Codice Veronese sono state rese con ****. Sul punto, cfr. F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, cit., 240, n. 40. Si veda anche Gai. I, 189: «Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatium iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. Nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus liberis suis impuberibus testamento tutorem dare; quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur liberos suos in potestate habere». Cfr. *ibid.*, 273 s.

[162] Così, FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, cit., 70.

Dopo la *summa divisio* di cui tratta D. 41, 1, 1 pr., il framm. 491 *rer. cott.* prosegue in un ampio discorso sul primo modo di acquisto della proprietà *iure gentium*: l'occupazione[163].

Per offrire una analisi esaustiva, i compilatori giustinianei hanno utilizzato vari lacerti dell'opera gaiana (nello specifico, da D. 41, 1, 1, 1 a 41, 1, 7 pr.) come molteplici tasselli di una tela[164]; ci si trova dinanzi a una trattazione che ripercorre quasi pedissequamente, ma con un diverso respiro, il sentiero già battuto dalle *Institutiones*, con le quali è palese «une grande similitude dans l'organisation de la matière et même dans la forme»[165]. Difatti, le *res cottidianae* – a eccezione del *proemium* sulla maggiore antichità del *ius gentium* – riproducono fedelmente l'esposizione istituzionale, facendo susseguire gli argomenti trattati per connessione e coordinazione[166].

La narrazione prende allora le mosse da tutti gli animali della terra, del mare e del cielo che, una volta catturati, divengono di proprietà di chi è riuscito a prenderli: *capientium fiunt*, secondo l'espressione di D. 41, 1, 1, 1. Ciò in quanto, dapprima (*antea*, si legge in Gai. II, 66) erano di nessuno (*nullius*), e in virtù della *naturalis ratio*[167] (ancora, Gai. II, 66) divengono di proprietà di chi li occupa: *quod enim nullius est*, *id ratione naturali occupanti conceditur* (D. 41, 1, 3 pr.).

Gai. II, 66: Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam **** occupando ideo **** erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur.

---

[163] Sull'occupazione si vedano, *ex multis*, M. KASER, s. v. *Occupazione*, in «RE», *Suppl.* VII, Stuttgart, 1940, col. 682 s.; G. LONGO, s. v. *Occupazione*, in «NNDI», XI, Torino, 1965, 731; G. FRANCIOSI, s. v. *Occupazione (storia)*, in «ED», XXIX, Milano, 1979, 610 s.; ID., *'Res nullius' e 'occupatio'*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche della Società nazionale di scienze, lettere e arti in Napoli*, Napoli, LXXV, 1964, 237 s.; A.J. ARNAUD, *Réflexion sur l'occupation*, *du droit romain classique au droit moderne*, in «RHD», XLVI, 1968, 183 s.

[164] A. ARNESE, *Nancisci in Gaio: la natura e il caso*, in «SDHI», LXVII, 2001, 61.

[165] O. STANOJEVIĆ, *Gaius Noster. Plaidoyer pour Gaius*, Amsterdam, 1989, 85.

[166] Di questo avviso, P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 1 s.

[167] Seppure usuale in Gaio, la formula *naturalis ratio* si trova anche in altri giuristi (come Ulpiano, in D. 25, 3, 5, 16; Paolo, in D. 5, 3, 36, 5; D. 17, 2, 83; D. 48, 20, 7 pr.; D. 50, 17, 85, 2). Gaio se ne serve nelle *Institutiones* (Gai. I, 1 = D. 1, 1, 9; Gai. I, 89; I, 189; II, 66; II, 79; III, 154), nel *De verborum obligationibus* (D. 3, 5, 38), nel commentario *ad edictum provinciale* (D. 7, 5, 2, 1; D. 8, 2, 8; D. 9, 2, 4 pr.; D. 13, 6, 18, 2), nelle *res cott.* (D. 41, 1, 1 pr.; D. 41, 1, 3 pr.; D. 41, 1, 7, 7; D. 44, 7, 1, 9). Sul punto, C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 248; P. FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in «SDHI», XXXIV, 1968, 363; HONORÉ, *Gaius*, cit., 106; N. SCAPINI, *I riferimenti alla ratio nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, cit., 328 s. e n. 13; P. STEIN, *The development of the notion of naturalis ratio*, in A. WATSON (a cura di), *Daube Noster*, Edimburgh and London, 1974, 305.

Ciò di cui parla Gaio, nelle *Institutiones* e a partire da D. 41, 1, 1, 1 del framm. 491 *rer. cott.*, è la *venatio* – l'attività venatoria – che produce, conseguentemente all'atto di apprensione della *fera bestia*, l'acquisto della proprietà sulla selvaggina da parte del cacciatore[168]. Questa attività, che in origine doveva apparire slegata da qualsiasi limitazione, si collegava al diritto fondamentale della comunità romana al sostentamento e al soddisfacimento dei propri interessi primari, di talché sarebbe prevalsa su ogni altra pretesa che avesse costituito rispetto alla stessa un ostacolo[169].

Come è ovvio, in seguito al sistematico sfruttamento del suolo e alla divisione di esso tra vari proprietari, le posizioni di cacciatore, da un lato, e di proprietario del fondo, dall'altro, entrarono in palese contrasto: al *dominus fundi*, per tutelarsi, fu riconosciuta la facoltà di escludere gli altri dal proprio terreno; il *venator*, dal canto suo, continuò a sostenere la pacifica libertà della caccia, ritenendo l'atto di apprensione della selvaggina alla stregua del più antico modo di acquisto del *dominium*[170].

In questo contesto si inserisce la normativa in tema di *venatio*, imperniata sul principio per cui la libertà di caccia rappresenta il punto di partenza della regolamentazione dei rapporti tra cacciatore e terzo, tanto nel caso in cui quest'ultimo sia un altro cacciatore (in ordine ai diritti sull'animale catturato[171]), quanto qualora questi sia il proprietario del fondo ove si esercita la caccia (in ordine, invece, al diritto all'ingresso e all'attività venatoria, fermo restando che il *dominus fundi*, pur potendo vietare l'ingresso nel fondo al *venator*[172], non vanta alcun diritto sull'animale catturato, che resta al cacciatore).

Il rapporto tra *venator* e *dominus fundi* è tratteggiato dal *ius prohibendi* che l'ultimo può esperire nei confronti del primo: divieto di ingresso che è riportato sia nelle *res cott.* che in taluni passi paralleli delle Istituzioni imperiali[173]:

---

[168] Così, G. POLARA, *Le "venationes". Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano, 1983, 7.

[169] *Ibid.*, 8, n. 2: «L'attività venatoria, con tutta probabilità, costituì un primo mezzo di sopravvivenza per l'uomo primitivo non ancora capace di produrre beni di consumo; far proprio l'animale selvatico costituiva certo la prima manifestazione del *meum esse* come atto di signoria della cosa. […] Tale rimane anche quando si è persa l'originaria funzione esclusivamente alimentare e diviene, al contrario, attività compiuta per svago; il diritto alla cattura della selvaggina *res nullius* rimane invariato e preminente rispetto al diritto del *dominus* del fondo su cui si trova la *fera bestia*».

[170] Sulla libertà di caccia la dottrina è divisa tra chi propende per l'esclusione di qualsiasi limitazione all'attività svolta dal cacciatore e chi sostiene l'esistenza di riserve di caccia ove l'attività venatoria fosse riservata al solo *dominus fundi*. Cfr. W. VON BRÜNNECK, *De dominio ferarum quae illicite capiuntur*, Halle, 1862; U. WENDT, *Römisches Jagdrecht*, in *Jhering Jahrbücher*, XIX, 1881, 373 s.; L. LANDUCCI, *Il diritto di proprietà e il diritto di caccia presso i romani*, in «AG», XXIX, 1882, 307 e bibl. cit. alla n. 4; ID., s. v. *Caccia*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1989, 22 s.; M.J. GARCIA GARRIDO, *Derecho a la caza y «jus prohibendi» en Roma*, in *Archives d'histoire du droit oriental*, «AHDE», XXVI, 1956, 271 s.

[171] D. 10, 2, 8, 2; D. 41, 1, 44; D. 41, 1, 55.

[172] D. 41, 1, 3, 1.

[173] Si veda anche Ulp. LVII *ad ed.* D. 47, 10, 13, 7.

D. 41, 1, 3, 1: Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi acupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur.	Inst. Iust. 2, 1, 12: Nec interest feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno: plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur.
D. 41, 1, 5, 3: Favos quoque si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur.	Inst. Iust. 2, 1, 14: … Favos quoque si quos *hae fecerint*[174], quilibet eximere potest. Plane integra re, si provideris, ingredientem in fundum tuum, potes eum iure prohibere, ne ingrediatur.

Le fonti, tuttavia, non appaiono complete sul punto, poiché non menzionano le conseguenze sanzionatorie di una eventuale violazione del precetto né la sorte relativa alla proprietà della preda comunque catturata dal *venator.* Per quanto concerne quest'ultima ipotesi, il primo periodo di D. 41, 1, 3, 1 sembra chiarire che la violazione del *ius prohibendi* da parte del cacciatore non potrà caducare la sua occupazione della preda, comunque intervenuta a seguito della cattura[175]. Quanto invece alla sanzione, la dottrina ha ritenuto esperibile l'*actio iniuriarum*[176], oppure, nel caso di danni al fondo cagionati dal cacciatore nell'esercizio della sua attività, l'*interdictum quod vi aut clam* (in questo senso, l'opinione di Labeone riportata da Venul. II *interd.* D. 43, 24, 22, 3).

Pertanto, i mezzi giurisprudenziali volti a prestare tutela al proprietario del fondo per i danni che i cacciatori possono arrecare allo stesso durante l'attività venatoria non estendono a tale soggetto il diritto di vietare la caccia ai *venatores*, purtuttavia è possibile pervenire a questo obiettivo in via indiretta attraverso lo *ius prohibendi* sul fondo ovvero l'*interdictum quod vi aut clam* qualora il proprietario contesti l'esistenza di danni.

---

[174] Così corretto da V. ARANGIO-RUIZ – A. GUARINO, *Breviarium iuris romani*[7], Milano, 1989, 247. I Codici riportano *effecerint*.

[175] Il cacciatore fa propria la preda ovunque la catturi: non potrebbe essere altrimenti. Il principio in parola è strettamente dipendente dalla natura di *res nullius* delle *ferae bestiae*: dal momento che non vi è alcun legame tra gli animali selvatici e il fondo o il suo proprietario, chiunque se ne appropri mediante la caccia ne acquista la proprietà per occupazione. Conseguentemente, il proprietario del fondo non potrà esperire l'*actio furti* verso chi abbia catturato i favi e le api selvatiche che si trovano sui propri alberi (così, Paul. IX *ad Sab* D. 47, 2, 26.).

[176] POLARA, *Le "venationes"*, cit., 9, n. 4 e 12, n. 8.

Una più pregnante disposizione – di cui abbiamo già trattato per destituire di fondamento le accuse di chi sostiene la non genuinità di D. 41, 1, 3, 1[177] – concerne un rescritto di Antonino Pio riportato da Callistrato:

Call.. III *de cognitionibus* D. 8, 3, 16: Divus Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὔλογον ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ὑμᾶς ἐν αλλοτρίοις χωρίοις ἰξεύειν.

Dinanzi a cacciatori di volatili che rivendicavano il diritto di accedere a fondi altrui *invito domino* (ἀκόντων τῶν δεσποτῶν), Antonino Pio rispondeva che non vi era una buona ragione (οὐκ ἔστιν εὔλογον) per condurre sui fondi altrui un'attività (ἰξεύειν) che i legittimi proprietari avessero vietato. Tuttavia, la forma del rescritto, più esortativa che di comando, fa emergere le resistenze – sociali e di riflesso giuridiche – all'imposizione di una specifica disciplina che prevedesse *claris verbis* il divieto di caccia su determinati fondi[178].

In ogni caso, il necessario confronto tra il framm. 419 *rer. cott.* in D. 41, 1, 3, 1 e D. 41, 1, 5, 3, da un lato, e il passo di Callistrato, dall'altro, mostra la certa classicità del frammento gaiano. Come è noto, infatti, il *nostro* visse ai tempi di Antonino Pio e doveva essere al corrente dei rescritti da questi emanati. Non deve stupire, quindi, che Gaio abbia inserito nel testo delle *res cott.* il principio contenuto nella costituzione imperiale, con la licenza di poter essere maggiormente assertivo su quei punti dove, per ragioni di opportunità politica, Antonino Pio scelse un più morbido registro[179]. A ben vedere, anzi, l'espressione *potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur* potrebbe riferirsi proprio al rescritto antoniniano (*iure)*: possiamo ribadire, pertanto, la pacifica genuinità del brano gaiano[180].

Strettamente legato al tema della attività venatoria è quello del mantenimento del possesso e, di conseguenza, l'acquisto della proprietà sulle *ferae bestiae*. Apprendiamo dalle fonti che della selvaggina, qualificata per natura *res nullius*, si acquista la proprietà mediante la

[177] Cfr. *supra*, cap. I, 31, n. 46.

[178] N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 73 s.

[179] Di questo avviso, POLARA, *Le "venationes"*, cit., 16-17, n. 12.

[180] Cfr. L. LANDUCCI, *Lezioni di diritto romano. Modi di acquisto della proprietà*, Padova, 1930, 30 s. che, a proposito di D. 8, 3, 16, afferma che «bisogna intendere la servitù di caccia come il diritto del proprietario del fondo dominante di esercitare la caccia sul fondo servente». Sul punto, cfr. anche R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, 151 e C.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. di Silvio Perozzi, XLI, Milano, 1905, 62, sub *v*).

materiale apprensione[181], così che l'animale selvatico rimane di proprietà del cacciatore finché questi ne mantenga la *custodia*[182]:

Paul. LIV *ad ed* D. 41, 2, 3, 13: Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Nam pecus simul atque aberravit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, qui presentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Si mantiene il possesso delle *res mobiles* – secondo Nerva, citato da Paolo – finché esse si trovano sotto la nostra *custodia*, vale a dire finché possiamo, se vogliamo, apprenderle materialmente[183]; ciò non vale per lo schiavo[184]. Si perde invece il possesso qualora la *custodia* venga meno, come nei casi specifici in cui il bestiame si allontani o il vasellame sia smarrito e ne risulti impossibile il ritrovamento. In entrambi i casi, «l'effetto negativo della perdita del possesso si verifica proprio perché il *dominus* ha la certezza della impossibilità del recupero delle *res mobiles* in quanto queste sono uscite irrimediabilmente fuori dalla propria potenziale sfera di influenza»[185].

Differente è l'ipotesi in cui la cosa, anche se sotto la *custodia* del proprietario, non sia da questi nel frattempo materialmente trovata (ma in questo caso resta ferma la certezza della facoltà del *dominus* di apprendere materialmente la cosa, all'esito di una più attenta ricerca).

---

[181] Nonostante, in giurisprudenza, il principio sia oggetto di un vivace contrasto. Si veda *infra* l'analisi di D. 41, 1, 5, 1, a proposito dell'opinione di Trebazio, secondo cui era sufficiente il ferimento dell'animale per far sorgere il diritto di proprietà del cacciatore finché questi avesse inseguito la preda.

[182] Celebre il passo di Paolo dove si afferma che il possesso si acquista e si mantiene *corpore et animo* (D. 41, 2, 3, 1). Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, Wien, 1865; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. 3. Diritti reali*, Roma, 1933, 130 s.; C.A. CANNATA, *L'animo possidere nel diritto romano classico*, in «SDHI», XXVI, 1960, 71 s.; ID., *Dalla nozione di "animo possidere" all'"animus possidendi" quale elemento del possesso*, in «SDHI», XXVII, 1961, 46 s.; P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, Milano, 1977.

[183] G. BESELER, *Romanistische Studien*, in «ZSS», L, 1930, 39.

[184] Si vedano al riguardo E. ALBERTARIO, *I problemi possessori relativi al servus fugitivus*, Milano, 1929; R. DEKKERS, *Recuperare possessionem*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, 162; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in «AUPA», XXV, 1956, 176 s. In particolare si pongano a confronto le divergenti opinioni di A. CARCATERRA, *Il servus fugitivus e il possesso*, in «AG», CXX, 1938, 170 s., secondo cui l'inciso *excepto homine* indicherebbe una eccezione, per quanto concerne lo schiavo, al principio generale valido per le altre *res mobiles*, per cui il *servus* potrebbe essere oggetto di possesso anche se non *sub custodia*, rispetto a G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i potestate subiecti*, Milano, 1960, 409, secondo il quale il *servus fugitivus* fuoriesce dal possesso del *dominus*. Si vedano, inoltre, le considerazioni svolte *infra* a proposito di D. 41, 1, 7, 7.

[185] POLARA, *Le "venationes"*, cit., 114.

Qualora, poi, la cosa sia una *fera bestia*, fintanto che un soggetto esercita sulla stessa la *custodia*, oltre ad averne il possesso ne avrà la proprietà, come si evince dal seguente passo istituzionale gaiano, parallelo in parte a D. 41, 1, 3, 2, a D. 41, 1, 5 pr. e a D. 41, 1, 5, 4:

Gai. II, 67: Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem … captum … eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur. Cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit. Naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.	D. 41, 1, 3, 2: Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.	D. 41, 1, 5 pr.: Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.	D. 41, 1, 5, 4: Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit.

A differenza del passo paolino, in Gai. II, 67 la *custodia* rileva non già in funzione del mantenimento del possesso, bensì della proprietà degli animali selvatici. Gaio, inoltre, aggiunge la condizione di *naturalis libertas* dell'animale selvatico, ovverosia quella situazione in cui lo stesso versava prima della cattura e che permetteva di qualificarlo quale *res nullius*[186]. Così, l'animale che si sia sottratto alla *custodia*, scomparendo dalla nostra vista ovvero rendendo impossibile la sua *persecutio*, riacquisterà quella condizione naturale e farà venire meno la proprietà del *venator*, spezzando il vincolo di cattività in cui era stato ridotto.

[186] C.A MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, cit., 175.

Si può allora comprendere che il concetto di *custodia* era funzionale a tutelare il diritto di proprietà del *venator* sulla *fera bestia*, qualora fosse venuto a mancare il materiale possesso dell'animale in caso di fuga: si ammetteva, così, la sussistenza di un certo lasso di tempo – tra la perdita della materiale detenzione e la perdita definitiva della proprietà sull'animale – in cui il *dominus*, pur senza il contatto fisico con l'animale fuggito, ne manteneva possesso e proprietà. La *custodia* allora deve identificarsi quale sinonimo di disponibilità: se il *dominus* avesse voluto apprendere materialmente di nuovo l'animale, avrebbe potuto, poiché quest'ultimo era soggetto ancora alla sua sfera di influenza[187]. *Custodia* che, venuta meno, comporta la perdita del possesso e della proprietà sulle *ferae bestiae*, come nel caso esemplificato da D. 41, 1, 5, 4, ove la fuga non di singole api ma di tutto lo sciame dall'alveare autorizza a pensare che si esuli dal normale andirivieni delle stesse, e che invece queste abbiano ormai abbandonato il loro *animus revertendi*[188].

In ogni caso, è importante notare come i vari casi analizzati nel frammento gaiano – casi trattati in modo più puntuale rispetto alle Istituzioni – rispecchino gli interrogativi che l'evoluzione della tecnica venatoria aveva fatto sorgere in relazione a tante problematiche concrete, dapprima inesistenti poiché la *venatio* soleva concludersi *sic et simpliciter* con l'uccisione dell'animale. E così, oltre all'evenienza della fuga della *fera bestia* (e conseguente perdita della *custodia* da parte del *venator*), Gaio tratta della *vexata quaestio* inerente al ferimento dell'animale selvatico: è cioè sufficiente o meno all'acquisto della proprietà del cacciatore?

A tal proposito, in D. 41, 1, 5, 1 Gaio menziona la disputa tra l'opinione di Trebazio e il diverso orientamento maggioritario degli altri giuristi (*plerique*)[189].

In tema di acquisto della proprietà della *fera bestia*, qualora questa sia stata ferita in modo da poter procedere alla sua cattura, Trebazio affermava che il *venator* acquistasse la proprietà nell'istante del ferimento, e non in quello successivo della cattura; il ferimento, tuttavia, era condizione necessaria ma non sufficiente, poiché si richiedeva al cacciatore anche di porsi all'inseguimento dell'animale, per rendere la cattura effettiva. Diversamente, in caso di desistenza dall'inseguimento, l'animale *desinere nostram esse et rursus fieri occupantis*. E

---

[187] POLARA, *Le "venationes"*, cit., 119-120.

[188] Il caso è trattato anche da Columella, *De re rustica*, 9, 12, 1, ove si esorta l'agricoltore a prevenire con vari accorgimenti la fuga dello sciame dall'alveare.

[189] Secondo G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, i *plerique* cui accenna Gaio dovrebbero identificarsi con i Sabiniani. Questa ipotesi è avallata dall'inciso *quod verius est*. Sulla disputa si vedano anche A.D. MANFREDINI, *"Chi caccia e chi è cacciato…" Cacciatore e preda nella storia del diritto*, Torino, 2006, 16 s. e R. KNÜTEL, *Arbres errants*, *îles flottantes*, *animaux fugitifs et trésors enfouis*, in *Revue historique de droit français et étranger*, «RH», LXXVI, 1998, 207 s.

ancora, se altri avesse preso possesso della preda, la quale, in seguito al ferimento, era inseguita dal cacciatore, avrebbe risposto di furto. Si trattava, pertanto, di una «ocupación espiritualizada»[190], poiché l'intenzione di catturare la preda ferita costituiva un elemento anticipatorio degli effetti che si sarebbero realizzati con l'apprensione corporale, e cioè l'acquisto della proprietà.

Di diverso avviso l'opinione maggioritaria, secondo cui l'effettiva cattura era un elemento imprescindibile per l'acquisto del *dominium* sulla preda, posto che dopo il ferimento molti eventi avrebbero potuto verificarsi, vanificando la presa di possesso. Perciò, l'acquisto della proprietà non poteva aversi senza che il *venator* avesse iniziato a esercitare la propria *custodia* sull'animale.

Gaio aderisce a quest'ultimo orientamento (*quod verius est*, si legge in D. 41, 1, 5, 1 a proposito dell'*opinio* dei *plerique*): l'acquisto della proprietà sulla preda non può prescindere da una relazione fisica con tale bene, poiché ne è richiesta l'apprensione corporale[191].

La presa di possesso – chiarisce in seguito Gaio in D. 41, 1, 5, 2 – è vieppiù necessaria per le api selvatiche, dal momento che la loro *fera natura* esclude che su di esse si estenda *ipso facto* il *dominium* del proprietario del fondo.

Quanto finora affermato in ordine al rapporto biunivoco tra acquisto della proprietà dell'animale selvatico e *custodia* dello stesso da parte del *venator* si applica altresì agli animali che sono soliti allontanarsi per molto tempo dal luogo ove vivono, per farvi ritorno in virtù del loro *animus revertendi*[192]. Difatti, non accade per essi ciò che si potrebbe logicamente aspettare – che cioè esisterebbe un c.d. periodo intermedio in cui tali animali, tornando allo stato brado, riacquisterebbero la *naturalis libertas* e la condizione di *res nullius* – poiché nelle fonti è espresso il principio per cui dell'animale selvatico, pur quando allontanatosi, non si perde la proprietà.

Tuttavia, per quanto le lezioni di D. 41, 1, 5-7 siano chiare sul mantenimento del potere del proprietario sugli animali che si allontano e fanno ritorno agli allevamenti, potrebbero sorgere delle perplessità sulle motivazioni giuridiche alla base di tale situazione. Ecco allora che l'espediente tecnico fu individuato ricorrendo nuovamente – e questa volta attraverso una

---

[190] A. CASTRO SÁENZ, *El tiempo de Trebacio. Ensayo de historia jurídica*, Sevilla, 2002, 252; ID., *Concepciones jurisprudenciales sobre el acto posesorio: un ensajo sobre la evolución del <animus> en derecho romano*, in *Iura*, LII, 2001, 89 s.

[191] P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, 31 s. richiama Gai. IV, 153 per sottolineare l'esclusione di un acquisto del possesso *animo* (vale a dire, prescindendo dall'apprensione corporale) secondo Gaio: «Adipisci vero possessionem per quos possimus, secundo commentario rettulimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem adipisci non possimus».

[192] L'istinto di ritornare di taluni animali è descritto da Varrone, *De re rustica*, 3, 7, 6.

interpretazione estensiva – al concetto di *custodia*: gli animali selvatici, già oggetto di occupazione, sarebbero rimasti *sub custodia* del *dominus* nei periodi intermedi in forza del loro *animus revertendi*[193].

L'elenco degli animali per cui i romani ritenevano ipotizzabile l'*animus revertendi* è vasto: si spazia da Gai. II, 68, ove si citano i colombi, le api e i cervi, al framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 5, 5, che oltre a essi menziona anche i pavoni, mentre Paolo (D. 41, 2, 3, 16) e Ulpiano (D. 10, 2, 8, 1) si riferiscono nei loro testi solo a colombi e api. Dall'elencazione gaiana si evince come si tratti di animali le cui modalità di allevamento giustificano totalmente la regola del mantenimento di possesso e proprietà in virtù dell'*animus revertendi*, e il confronto con alcuni passi del *De re rustica* di Varrone evidenzia il fedele collocarsi di Gaio nel solco della realtà economica di età classica[194].

L'elemento comune a siffatti animali può essere desunto dal confronto tra due frammenti gaiani, anche questa volta tratti dalle Istituzioni e dalle *res cott.*:

Gai. II, 68: … item cervis, qui in silvas ire et redire solent *eqs*	D. 41, 1, 5, 5: … cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat *eqs*

Seppure ci si riferisca ai soli cervi, è pur vero che l'elencazione gaiana ponga sullo stesso piano colombi, api, pavoni e cervi, disponendo trattarsi non di animali del tutto selvatici, ma di *ferae bestiae* che sono state *mansuetae*. Animali, cioè, che una volta addomesticati, hanno fatto propria l'abitudine di allontanarsi dal nido per farvi ritorno.

Da ultimo, rientra nel novero dei casi di occupazione l'evasione dei prigionieri di guerra che, riuscendo a sottrarsi al nemico, riconquistano la *pristina libertas* di cui si legge in D. 41, 1, 7 pr.

Come la libertà è posta da Gaio quale naturale condizione della *fera bestia* (a differenza della cattura, fatto accidentale e transitorio), e conseguentemente gli animali selvatici che si sottraggono alla *custodia* di chi li ha presi riacquistano il loro libero stato di natura[195], allo

---

[193] A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, 41, n. 83 riferisce di una *fictio custodiae*. Sul rapporto tra *custodia* e *naturalis libertas*, cfr. anche P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, Milano, 1977.

[194] Cfr. Varrone, *De re rustica*, 3, 6, 1-6: sull'allevamento dei pavoni e sul loro libero pascolo; 3, 7, 6: sulla libertà di uscire da concedere ai colombi affinché siano maggiormente produttivi; 3, 13, 2: sui cervi; 3, 16, 1: sulla necessità delle api di allontanarsi e ritornare all'alveare per la propria sopravvivenza.

[195] ARNAUD, *Réflexion sur l'occupation*, *du droit romain classique au droit moderne*, cit., 190.

stesso modo i prigionieri di guerra che portano a buon fine l'evasione riottengono (*recipiunt*) la condizione di uomini liberi[196].

In siffatta concezione giusnaturalistica[197] – stante l'intreccio tra natura e caso, tra condizione dell'animale e dell'uomo – la libertà è considerata bene naturale per eccellenza, che può venire meno nell'ipotesi di cattura d parte del *venator* o del nemico, ma che potrà essere sempre riconquistata, giacché si tratta di qualcosa che già era nostro: *quod aliquando habuimus*, parafrasando senza forzature le parole gaiane sull'*usureceptio*, vale a dire del *recipere per usucapionem*[198].

2.3 La disciplina gaiana degli incrementi fluviali

A partire da D. 41, 1, 7, 1 fino a D. 41, 1, 7, 6, il framm. 491 *rer. cott.* dedica una lunga disamina agli incrementi fluviali: l'alluvione (§ 1), l'avulsione (§ 2), l'isola nata nel fiume e nel mare (§§ 3-4), l'*alveus derelictus* (§ 5), l'*inundatio* (§ 6). Nelle Istituzioni gaiane, i passi paralleli sono rinvenibili in Gai. II, 70-72, all'interno dei modi di acquisto della proprietà, a cavaliere fra l'istituto dell'occupazione e quello dell'accessione.

Come è stato notato in dottrina[199], l'inquadramento risponde a una *ratio* precisa: il giurista degli Antonini ravvisa negli incrementi fluviali una figura intermedia che presenta taluni caratteri dell'occupazione (come nel caso dell'*insula in flumine nata* e dell'*alveus derelictus*[200]), e altri dell'accessione (si pensi all'*alluvio*). Tale impostazione, peraltro, non è appannaggio del solo Gaio; mentre Paolo, infatti, accosta le ipotesi di alluvione all'occupazione, anche Ulpiano menziona gli incrementi fluviali trattando di occupazione e accessione:

Paul. LIV *ad ed.* D. 41, 10, 2: Est species possessionis, quae vocatur pro suo: hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra coelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt.

---

[196] ZAMORANI, *Possessio e animus*, I, cit., 16 s.

[197] Per i rimandi di Gaio al diritto naturale si vedano W. WALDSTEIN, *Elementi «pre-positivi» dell'ordinamento nel diritto romano*, in *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, a cura di A. Corbino, Padova, 1995, 378, n. 38; G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, 1984, 194, n. 10.

[198] Gai. II, 59: «Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem».

[199] P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli, 1970, 6.

[200] Ipotesi, entrambe, di *res nullius*, come si dirà nel prosieguo.

Ulp. XVII *ad Sab.* D. 7, 1, 9, 1-6: Et si apes in eo fundo sint, earum quoque usus fructus ad eum pertinet. Sed si lapicidinas habeat et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum, Sabinus ait … Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit … Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait … ad fructuarium pertinere: ergo et piscationum. Seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere *eqs*

Si noti la tradizione giurisprudenziale (Sabino, Paolo, Ulpiano, il Gaio delle Istituzioni) che inquadra gli incrementi fluviali a cavaliere tra l'occupazione e l'accessione, e da cui invece decide di discostarsi Gaio nelle *res cottidianae*, che intervalla, tra detti incrementi e l'accessione, le ipotesi di specificazione e confusione. Ciò avallerebbe, secondo taluni, l'intervento di una mano postclassica nelle *res cott.*[201]; secondo altri, la maggiore completezza casistica delle *res cott.* porta a ritenerle in ogni caso successive alle Istituzioni[202]

In ogni caso, gli elementi unitari che legano tra loro i passi in materia di incrementi fluviali – tanto nell'inquadramento tra i modi di acquisto della proprietà, che nell'ordine di elencazione – potrebbero derivare da un comune *specimen* da individuarsi nell'opera di Sabino, posto che sul punto tutti gli altri giuristi si profondono nel suo commento[203]. Resta poi da notare che la materia di siffatti incrementi non potrebbe che essere collegata all'istituto dell'accessione, giacché lo stesso concetto di accrescimento è *in re ipsa* se si considera il verbo *accedere*[204].

Ciò premesso, passiamo all'analisi dei singoli lacerti gaiani in tema di incrementi fluviali.

In D. 41, 1, 7, 1 Gaio tratta dell'alluvione, ossia dell'ipotesi di accrescimento dei terreni rivieraschi che si verifica con la lenta ma costante unione al fondo di particelle alluvionali trasportate dal fiume. Posto che siffatte particelle si uniscono al fondo quasi impercettibilmente, risulta impossibile distinguere quando l'unione sia avvenuta. Ciò che si

---

[201] P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 2. *La proprietà*, 2, Milano, 1968, 93.

[202] MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, cit., 15.

[203] Oltre a D. 41, 10, 2 e D. 7, 1, 9, 1-6, si vedano Paul. XVI *ad Sab.* D. 43, 12, 3, pr.-2; Paul. XVI *ad Sab*. D. 41, 1, 29; Pomp. XXXIV *ad Sab.* D. 41, 1, 30, 1-3; Ulp. LXVIII *ad ed.* D. 43, 12, 1, 5-9.

[204] Sul rapporto che nelle fonti emerge tra *accessio* e il suo contrario, *decessio*, cfr. Alf. IV *dig.* D. 39, 3, 24, 3; Ulp. XLIX *ad Sab.* D. 50, 16, 178, 1; Ulp. IX *ad ed.* D. 10, 3, 6, 4-5; Iav. VI *ex Cass.* D. 40, 7, 28, 1; Pomp. IV *ad Quint Muc.* D. 15, 2, 3 pr. Sul rapporto tra l'opera di Sabino e gli altri giuristi classici, cfr. O. LENEL, *Das Sabinussystem*, Strassburg, 1892, 10 s.; G. PUGLIESE, *Res corporales*, *res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, III, 1953, 230 s.; G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, 1953, 446; ID., *Il concetto di diritti reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, 1962, 83, n. 3; M. LAURIA, *«Ius romanum»*, I.I, Napoli, 1963, 162 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 49, n. 1; ID., *La formation du système civil dans la science juridique romaine*, in «AUI», 1953, 136; G. SCHERILLO, *«Adnotationes gaiane»*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, 1968, 69 s.

acquista è l'*id quod per alluvionem nobis adicitur*, ossia l'estensione del terreno una volta compiutasi l'alluvione, e l'acquisto avviene in virtù della crescita del terreno già gravato dal diritto di proprietà del *dominus*, senza che sorga quindi un nuovo diritto in capo a tale soggetto[205]. Inoltre, a rilevare nell'acquisto è la crescita del fondo in sé, e non il fenomeno dell'attaccamento delle particelle a esso, posto che Gaio esclude dalla propria analisi una dialettica tra cosa principale e cosa accessoria, ma considera l'alluvione nella sua totalità[206].

In D. 41, 1, 7, 2 (perfettamente parallelo a Inst. Iust. 2, 1, 21) Gaio passa al fenomeno che in dottrina è stato definito avulsione[207], sebbene tale termine sia assente nelle fonti[208]. Il giurista spiega che la parte di fondo staccatasi da un fondo altrui e aggiunta al fondo di altro soggetto resta del precedente *dominus*; purtuttavia, qualora vi sia una coesione organica – per esempio, se gli alberi presenti sulla porzione avulsa avranno posto radici sul fondo incrementato – si ritiene che da quel momento la proprietà passi a chi è *dominus* del fondo incrementato. Il fatto che le fonti classiche sull'argomento – a eccezione di Gaio, tanto nel frammento di *res cott.* in commento, che in Gai. II, 71 – non parlino espressamente di avulsione, quanto piuttosto di una accessione che avviene *paulatim*[209], porta a ritenere che tale fenomeno non riuscì mai a conquistarsi una propria autonoma rilevanza, e venne relegato a differente ipotesi di alluvione.

Allo stesso modo, in dottrina non si registra una comune veduta sull'avulsione; vi è chi ritiene si debba ammettere solo l'acquisto degli alberi e non del terreno[210] e altri che ammettono l'acquisto della proprietà di entrambi[211]. L'importanza del frammento gaiano, tuttavia, restituisce dignità all'*avulsio*, poiché permette di distinguere tra una *alluvio* propriamente detta (nel senso di *incrementum latens* del fondo) e la *avulsio* (nel senso di *incrementum patens*).

---

[205] Occorre infatti separare due fenomeni: quello della crescita organica del fondo e quello della creazione *ex novo* di oggetti diversi dal fondo. I giuristi classici inquadrano l'acquisto della proprietà sugli incrementi fluviali o in termini di accrescimento della *res* (con l'estensione, in questo caso, del diritto di proprietà del *dominus* su quanto al proprio terreno si è aggiunto), oppure in termini di acquisto di un nuovo diritto di proprietà su cose concettualmente distinte – e, nel caso, anche riconoscibili – dal fondo. Cfr. F. DE VISSCHER, *Mancipium et res mancipi*, in «SDHI», II, 1936, 263 s.; R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della «mancipatio»*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, 1953, 580 s.; P. NOAILLES, *Fas et ius*, *études de droit romain*, Paris, 1948, 71; F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res mancipi e res nec mancipi*, Torino, 1957, 22 s.

[206] In senso contrario, SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, cit., 61 s.; C. FADDA, *Teoria della proprietà*, Napoli, 1908, 155 s.; G. BRANCA, s. v. *Accessione*, in «ED», I, Milano, 1958, 261 s.

[207] C. MAYNZ, *Cours de droit romain*, I, Bruxelles-Paris, 1886, 717; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, cit., 683 s.; M. PAMPALONI, *Sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi*, Prato, 1885, 30 s.

[208] Il termine *avulsio* si ritrova solo in Plin., *Nat. Hist.*, 17, 9; 17, 13; 17, 21.

[209] D. 7, 1, 9, 4 Ulp., XVII *ad Sab.*

[210] G. PASQUALI, s. v. *Accessione*, in «DI», I, 1, Torino, 1884, 289 s.

[211] M. FIORINI, *Le alluvioni*, Roma, 1878, 73 s.

Se finora i fenomeni di incremento fluviale hanno dato luogo a una crescita organica di un fondo con il conseguente acquisto della proprietà per *ius naturale*, i diversi casi di *insula in flumine nata*, da un lato, e *alveus derelictus*, dall'altro, rappresentano invece fenomeni in cui sorge una *res* nuova, la cui proprietà sarà soggetta all'acquisto ai sensi del *ius civile*.

Difatti, un problema di titolarità del diritto può sussistere solo in relazione a questi ultimi due fenomeni, e sarà risolto, vedremo, attraverso il ricorso al *ius civile*; tale problema non si pone invece per le ipotesi di crescita del fondo (alluvione e avulsione), giacché in quei casi si verifica semplicemente, in virtù del *ius naturale*, una corrispondente espansione dei diritti del proprietario del fondo incrementato. Parimenti, nel caso dell'*insula in mari nata*, di cui tratta D. 41, 1, 7, 3, si applicheranno le regole dell'occupazione, essendo questa *res nullius*.

Le peculiarità dei casi concernenti l'isola fluviale e l'alveo abbandonato si ravvisano anche in un testo di Proculo:

Proc. VIII *epist.* D. 41, 1, 56 pr.: Insula est enata in flumine contra frontem agri mei, ita ut nihil excederet longitudo regionem praedii mei: postea aucta est paulatim et processit contra frontes et superioris vicini et inferioris: quaero, quod advrevit utrum meum sit, quoniam meo adiunctum est, an eius iuris sit, cuius esset, si initio ea nata eius longitudinis fuisset. Proculus respondit: flumen istud, in quo insulam contra frontem agri tui enatam esse scripsisti ita, ut non excederet longitudinem agri tui, si alluvionis ius habet et insula initio proprior fundo tuo fuit quam eius, qui trans flumen habebat, tota tua facta est, et quod postea ei insulae alluvione accessit, id tuum est, etiamsi ita accessit, ut procederet insula contra frontes vicinorum superioris atque inferioris, vel etiam ut propior esset fundo eius, qui trans flumen habet.

Nel caso di prolungamenti dell'isola fluviale – già attribuita a uno dei proprietari frontisti – avvenuti in seguito ad alluvione, non si applicherà la norma civilistica, poiché l'alluvione concerne l'espansione di un diritto che è già stato attribuito al proprietario dell'isola[212]; detta norma si applicherà, invece, nel caso di un incremento fluviale che è dotato di una propria individualità economico-sociale, e l'attribuzione dell'isola al soggetto rivierasco sarà fatta *iure propinquitatis*[213].

La regola cardine dell'*insula in flumine nata* dispone che questa appartenga al rivierasco più vicino o, nel caso di isola sorta nel mezzo del fiume, *communis est eorum qui ab utraque*

[212] VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, cit., 254.

[213] L. MAGANZANI, *Gli incrementi fluviali in Fiorentino VI inst. (D.41.1.16)*, in «SDHI», LIX, 1993, 208 s.

parte fluminis praedia possident, come si legge nel seguente passo parallelo al frammento delle *res cott.* e in un corrispondente ulpianeo:

Gai. II, 72: At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae proxima est, iuxta ripam praedia habent.

Ulp. LXVIII *ad ed.* D. 43, 12, 1, 6: … insula … eius cuius ripam contingit, aut, si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident.

In dottrina ha suscitato ampi dibattiti la pretesa originalità di D. 41, 1, 7, 5, concernente l'ipotesi dell'*alveus derelictus*[214]. Secondo l'orientamento maggioritario, Gaio avrebbe inteso contrapporre gli effetti dell'*inundatio* (D. 41, 1, 7, 6) a quelli dell'*alvei mutatio* (D. 41, 1, 7, 5). Vi sono, infatti, numerose fonti che risultano in contrasto con la costruzione gaiana: l'*inundatio*, che per Gaio costituisce una causa di quiescenza del dominio, comporterebbe per altri giuristi la perdita stessa della proprietà.

Pomp. XXVI *ad Q. Muc.* D. 7, 4, 23: Si ager, cuius usus fructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur usus fructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur: ac ne piscando quidem retinere poterimus usum fructum. Sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita est usum fructum restituendum dicendum est.

2.4 La specificazione e la confusione. Ulteriori ipotesi di accessione (*inaedificatio*, *implantatio*, *satio*, *scriptura*, *tabula picta*)

In D. 41, 1, 7, 7 Gaio passa alla specificazione, dando atto della celebre *quaestio* tra Proculiani e Sabiniani in ordine all'attribuzione della *species* realizzata al soggetto che ha effettuato l'opera di specificazione ovvero al proprietario dei materiali utilizzati. Dopo svariati esempi, Gaio menziona la c.d. *media sententia*, in base alla quale se l'attività realizzata dallo specificatore è reversibile, allora la proprietà sarà del *dominus materiae*, altrimenti prevarrà l'opinione proculiana, per cui la *species* realizzata cadrà sotto la proprietà dello specificatore. Gaio, inoltre, decide di sposare proprio la *media sententia* (si vedano gli

[214] ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 498; S. RICCOBONO, *Nota sulla dottrina romana dell'alveo derelitto*, in *Studi in onore di F. Schupfer*, Torino, 1898, 17; A. GUARNERI CITATI, *Il ripristino della proprietà sull'alveo derelitto in diritto romano*, in *Annali Macerata*, I, 1926, 110 s.

incisi est tamen etiam media sententia recte existimantium e *videtur tamen mihi recte*). Ed è proprio il tenore delle motivazioni addotte dal giurista nell'aderire alla *media sententia* che sottolinea, secondo parte della romanistica, si tratti del frutto di una autonoma riflessione da parte di Gaio, così da avvalorare la genuinità del passo, considerato che l'utilizzo della prima persona male si concilia con una aggiunta giustinianea[215].

Confrontando il passo delle *res cottidianae* con il parallelo istituzionale, ci accorgiamo dell'assenza di corrispondenze testuali formali, pur restando una sostanziale aderenza nella sequenza di esempi (vaso d'oro e di argento, e anche di bronzo nelle *res cott.*, nave, armadio, sedie di legno, vestiti di lana, vino mielato, collirio medicinale):

Gai. II, 79: In aliis quoque speciebus naturalis ratio[216] requiritur. Proinde si ex uvis <aut olivis aut spicis> meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris; item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sine ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, <quaeritur, utrum tuum sit id quod ex meo effeceris,> an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero eius rem esse putant qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subripuerit habere actionem; nex minus adversus eundem condictionem ei conpetere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

Orbene, mentre i Sabiniani ritenevano che la nuova *species* sarebbe stata del proprietario della materia, i Proculiani affermavano che sarebbe caduta sotto il *dominium* dello specificatore; a prevalere fu la *media sententia* di Paolo (applicata in D. 32, 78, 4; D. 41, 1, 24; D. 41, 1, 26 pr.)[217].

---

[215] Cfr. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 611.

[216] W. WALDSTEIN, *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi di giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, 305 nota come si tratti dell'unico testo in cui è attestato un richiamo alla *naturalis ratio* con riferimento a Sabino e Cassio.

[217] Alcuni studiosi hanno evidenziato come la disputa tra Sabiniani e Proculiani in materia di specificazione sia del tutto analoga a quella convenuta in Gai. III, 147 avente a oggetto la questione se si configuri compravendita o locazione conduzione allorché un soggetto si accordi con un artigiano affinché realizzi degli anelli con l'oro di proprietà di quest'ultimo, cui è dedicata, *infra*, l'analisi del framm. 501 *rer. cott.* Si veda in proposito B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3.147*, in «RDR», III, 2003, 3-4.

In dottrina si susseguono numerosi contributi volti a chiarire le motivazioni di tale discordanza tra i due orientamenti. Secondo Baviera, la divergenza è dovuta al fatto che i Proculiani davano maggiore importanza al nesso causale tra lo specificatore e la cosa stessa, mentre i Sabiniani ponevano l'accento sul nesso tra *dominus materiae* e la materia con cui la cosa era fatta[218]. Stein fornisce invece una elaborata motivazione di natura processuale: l'attore che avesse voluto rivendicare una *res* avrebbe dovuto descriverla, e quindi, nel caso del *dominus materiae*, descrivendo la cosa che gli era appartenuta, costui non avrebbe fornito la descrizione di una cosa ancora esistente, ma allo stesso modo qualora avesse descritto la *nova res*, avrebbe descritto una cosa che non gli era mai appartenuta[219]. Secondo Falchi, i Proculiani riconducevano la specificazione all'acquisto della proprietà di una *res nullius*, mentre i Sabiniani ritenevano estinta la vecchia cosa, ma non la materia relativa alla cosa specificata; in questo modo, la proprietà della *species* sarebbe spettata al precedente proprietario, mentre lo specificatore non poteva acquistare la cosa nuova non sussistendo alcuna relazione col precedente proprietario[220]. E ancora, secondo Scacchetti, i Sabiniani avrebbero conferito maggior rilievo alla connessione tra proprietario, materia e nuova *res*, al fine di tutelare maggiormente il diritto di proprietà, a differenza dei Proculiani che, attribuendo maggior rilievo alla attività produttiva, davano maggior peso al nesso tra specificatore e *nova species*[221]. Secondo Calonge, la differenza tra i due orientamenti sarebbe ancora più incisiva di quanto in genere si afferma, dal momento che i Proculiani avrebbero ridotto il concetto di *nova species* alle sole trasformazioni della materia che non possono essere riportate allo stadio originario senza danno o perdita. A differenza dei Sabiniani, pertanto, le ipotesi di lavorazione dei metalli non avrebbero configurato una *nova species*, esulando così dalla specificazione[222]. Dinanzi a tale pletora di opinioni, appare più cauto Stolfi, secondo cui il *quidam* di Gai. II, 79 denota una condivisione della tesi Sabiniana anche al di fuori dell'omonima scuola, vieppiù considerando che i sostenitori dell'avversa concezione non paiono identificarsi del tutto con i Proculiani[223].

---

[218] G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, 50 s. (= Roma, 1970). *Contra*, S. PEROZZI, *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D. 41.1.7.7. sia di Gaio*, in «RIL», 2ª serie, XXXIII, 1890, 500 s.

[219] P. STEIN, *The Development of the Notion of 'Naturalis Ratio'*, cit., 306 s.

[220] G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, cit., 121 s.

[221] M.G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo tra Sabiniani e Proculiani*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, 390 s.

[222] A. CALONGE, *Breve exegesis en materia de especificación*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, II, Torino, 1968, 195 s.

[223] E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in «SDHI», LXIII, 1997, 53 s.

Passando a D. 41, 1, 7, 8, Gaio tratta brevemente della commistione – di cui non vi è traccia nelle Istituzioni – e assimila a quella volontaria la commistione casuale, cui dedica D. 41, 1, 7, 9.

L'esposizione gaiana si fonda su una quadripartizione (commistione voluta o non voluta dai proprietari; beni dei diversi proprietari appartenenti al medesimo genere oppure no), sostanzialmente vanificata dal riconoscimento, in tutti i casi, della comunione e relativa azione divisoria[224]. Il modello gaiano trova fortuna nelle Istituzioni giustinianee:

Inst. Iust. 2, 1, 27: Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed <et> si diversae materiae sint et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum aut ex auro et argento electrum, idem iuris est: nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quodsi fortuitu et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae eiusdem generis sunt, idem ius esse placuit.

Secondo taluni studiosi[225], il passo gaiano contenuto nei *libri aureorum* può essere letto unitamente alla trattazione di Pomponio – riportata da Ulpiano – sempre in materia di commistione:

Ulp. XVI *ad ed.* D. 6, 1, 3, 2: Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.

Quanto al regime della *inaedificatio*, occorre distinguere i tre casi che compaiono nel testo delle *res cott.*: la costruzione di un edificio con materiali altrui su suolo proprio; la questione dell'edificio che è venduto dal costruttore e posseduto dall'acquirente fino al compimento dell'usucapione, ma che è poi distrutto, domandandosi se anche in questo caso il proprietario originario dei materiali possa agire con la rivendica; infine, la costruzione di un edificio con materiali propri su suolo altrui. Occorre analizzare singolarmente detti casi.

---

[224] In questo senso, E. STOLFI, *Studi sui "Libri ad edictum" di Pomponio*, Milano, 2001, 326-327.

[225] Cfr. J. GAUDEMET, *Étude sur le regime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 83 s.; M.J. SCHERMAIDER, *Zur Unterscheidung von Vermischung und Verarbeitung im klassischen römischen Recht*, in «RIDA», XXXIX, 1992, 236 s.; ID., *Materia: Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien, 1992, 166 s.

Le trattazioni più rilevanti in ordine alla costruzione di edifici con materiali altrui su suolo proprio provengono da Paolo[226], Ulpiano[227] e Gaio.

In D. 41, 1, 7, 10, Gaio espone l'ipotesi della *inaedificatio* su suolo proprio[228]. In questo caso, l'edificio costruito appartiene al proprietario del suolo al di sopra del quale è stato costruito, in virtù del principio per cui *omne quod inaedificatur solo cedit*[229]; il proprietario dei materiali impiegati, invece, conserva su di essi il proprio diritto, tuttavia, ai sensi del disposto delle XII Tavole, non può esperire né la *rei vindicatio* né *l'actio ad exhibendum*, a meno che l'edificio non crolli (*aliqua ex causa dirutum sit aedificium*)[230]. Tuttavia, costui potrà ottenere il *duplum* attraverso l'*actio de tigno iuncto*[231]. È agevole comprendere perché i materiali congiunti all'immobile – cioè al suolo – pur restando nella sfera di dominio del precedente proprietario non possano essere rivendicati finché dura l'unione: essi, divenuti parte di un tutto, hanno perduto la loro individualità[232]

Nel passo gaiano è assente qualsiasi precisazione relativa alla furtività dei materiali, mentre si discorre più semplicemente di *aliena materia*; da ciò si desume un regime unitario e indifferenziato per tutti i casi riconducibili alla *inaedificatio* su suolo proprio, svincolando l'*actio de tigno iuncto* da discriminazioni di carattere psicologico[233].

Nel paragrafo successivo (D. 41, 1, 7, 11), si rimarca la distinzione tra proprietà sull'edificio e proprietà sui materiali che, oltre a fondarsi sull'antico principio *superficies solo cedit*[234], fa trasparire nel lacerto gaiano una più evoluta sensibilità giuridica[235]. Il giurista degli Antonini, infatti, chiarisce che i materiali rimangono al precedente proprietario – che potrà

---

[226] D. 6, 1, 23, 5. 6. 7; D. 6, 1, 43; D. 10, 4, 6; D. 24, 1, 63; D. 46, 3, 98, 8.

[227] D. 47, 3 *De tigno iuncto*.

[228] Cfr. R. QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito*, Bari, 1967, 88 s.; NELSON, *Überlieferung*, cit., 294 s.

[229] Principio inverso a quanto affermato in Gai. II, 73: «Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit».

[230] Qualora ciò dovesse verificarsi, *rei vindicatio* e *actio ad exhibendum* sarebbero tra loro alternative. Cfr. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in «AUPA», XXVI, 1957, 547.

[231] Che l'espressione *sed duplum pro eo praestet* di D. 41, 1, 7, 10 si riferisca all'*actio de tigno iuncto* è pacifico, attesa la più esplicita asserzione di Inst. Iust. 2, 1, 29: «… sed duplum pro eo praestet per actionem quae vocatur de tigno iuncto». Di questo avviso, F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, Milano, 1988, 78, nt. 5. Inoltre, taluni hanno accostato il passo gaiano alla disposizione decemvirale riportata in D. 46, 3, 98, 8 ove si prevede che al proprietario del *tignum aedibus iunctum*, che non possa al momento esercitare la rivendica, sia dato il *pretium*: «… denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit pretiumque eius dari voluit». Il *pretium* corrisponderebbe, infatti, al *duplum* cui si riferisce Gaio. Di questo avviso, M. PAMPALONI, *La legge delle XII Tavole de tigno juncto* in *Scritti giuridici*, I, Roma, 1941, 337.

[232] Iul. VI *ex Min*. D. 6, 1, 59: «… quae alienis aedificiis conexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse; simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti».

[233] *Contra*, R. MONIER, *Le tignum iunctum*, Paris, 1922, 162.

[234] Si vedano al riguardo J.P. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, in «ZSS», LXXXVIII, 1971, 145 s.; F. PASTORI, *Prospettiva storica del diritto di superficie*, Milano, 1989.

[235] Così, MUSUMECI, *Inaedificatio*, cit., 79. Cfr. anche M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in «ZSS», LXV, 1947, 239 s.

quindi rivendicarli quando l'unione verrà meno – perfino nel caso in cui altri abbia usucapito l'edificio.

Quanto al terzo e ultimo caso, relativo alla costruzione (da parte di altri) di un edificio con materiale altrui su suolo proprio, occorre anzitutto notare come di esso non si faccia menzione nelle *Institutiones*.

In D. 41, 1, 7, 12 Gaio ribadisce che anche in questo caso la costruzione accede al suolo e che l'acquisto della proprietà sull'edificio da parte del *dominus fundi* è definitivo, non potendo altri esperire la rivendica, anche in caso di distruzione dell'edificio. Qualora il costruttore ignorasse in buona fede l'altruità del fondo, il proprietario del fondo che intenda rivendicare come proprio l'edificio dovrà rimborsare i costi di costruzione, altrimenti potrà essergli opposta una *exceptio doli*. Qualora, invece, il costruttore abbia costruito su suolo altrui in mala fede (cioè avendo contezza dell'altruità del fondo), si intenderà avere perso volontariamente la proprietà dei propri materiali.

Nel parallelo offerto da Gai. II, 73 questo discorso è ridotto alla elementare affermazione per cui ciò che altri costruiscono sul nostro fondo diventa nostro *iure naturali* in virtù del principio *superficies solo cedit*, senza menzionare le tutele comunque garantite al costruttore di buona fede.

La trattazione gaiana degli *aurea* prosegue dunque con la disciplina della *implantatio*, che risulta assai più particolareggiata rispetto al parellelo Gai. II, 74-76. In D. 41, 1, 7, 13, infatti, si prevede che la proprietà dell'albero piantato su fondo altrui acceda a tale fondo qualora abbia messo radici in esso. La radicazione costituisce pertanto l'elemento caratterizzante dell'accessione, così che qualora l'albero, pur trovandosi su fondo altrui, abbia messo radici nel fondo appartenente a chi l'ha piantato, quest'ultimo ne diverrà proprietario; e se l'albero posto sul confine tra due fondi getti radici in entrambi i fondi, cadrà sotto il dominio di entrambi i *dominus fundi*.

In D. 41, 1, 9 pr. tale disciplina si estende alla semina su suolo altrui (c.d. *satio*), per cui il raccolto accederà al fondo ove viene prodotto. Il secondo periodo del lacerto effettua un parallelo con l'ipotesi di *inaedificatio* su suolo altrui: come il costruttore di un edificio su suolo altrui, anche il coltivatore potrà pretendere il rimborso delle spese sostenute *eiusdem exceptionis (doli) auxilio* (espressione che ricorda quella presente in Gai. II, 76, riferita però generalmente all'*inaedificatio*, alla *implantatio*, alla *satio*: *poterit nos per exceptionem doli mali repellere*).

Occorre precisare però che, sebbene *inaedificatio*, *implantatio* e *satio* debbano essere ricondotte al medesimo principio per cui *superficies solo cedit*, mentre il proprietario dei

materiali con cui era stato costruito l'edificio avrebbe potuto esperire la *rei vindicatio* una volta che l'edificio fosse crollato, invece, doveva intendersi come definitivo l'acquisto della proprietà degli alberi e dei semi altrui i quali, ormai attecchiti nel terreno, erano diventati una cosa diversa e non potevano più essere rivendicati dal precedente proprietario[236]. L'acquisto del *dominium* in capo al proprietario del fondo coincide quindi con il momento in cui la pianta o il seme abbiano attecchito nel suolo, come si evince anche da un passo paolino:

Paul. XIV *ad Sab*. D. 41, 1, 26, 1: Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.

Ancora in tema di accessione, Gaio tratta della *scriptura* in D. 41, 1, 9, 1 e della *tabula picta* in D. 41, 1, 9, 2. In relazione alla prima – di cui Gai. II, 77 è parallelo – si afferma che anche quando si tratti di *litterae aureae*, si verifica una situazione analoga alla costruzione o semina su fondo altrui: la scrittura accede al foglio e lo scrivente ne perde la proprietà (intellettuale, secondo le categorie giuridiche odierne[237]). Lo scrivente potrà però ottenere il rimborso delle spese di scrittura in caso di rivendica del proprietario del foglio e opponendo l'*exceptio doli* se in buona fede.

Gai. II, 77: Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis, sive membranis cedunt. Itaque si ego eos libros easve membranas petam nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero.

La questione relativa alla *tabula picta* appare invece più controversa, dovendosi stabilire se la proprietà del dipinto vada al pittore o al proprietario della tavola. A ben vedere, a differenza della *scriptura*, in questo caso il dipinto diventa parte integrante della *tabula* e non può esistere indipendentemente dalla stessa, cosa che non accade nello scritto[238]: Paolo in D. 6, 1, 23, 3 propende a favore del proprietario della *tabula*, mentre Gai. II, 78 – al pari di Inst. Iust. 2, 1, 34 – segue la regola già vista in precedenza per le altre ipotesi di accessione: se il

---

[236] Cfr. D. DAUBE, *'Implantatio' and 'satio'*, in *Collected Studies in Roman Law* (a cura di D. COHEN e D. SIMON), II, Frankfurt am Main, 1991, 739 s; ; E. HOLTHÖFER, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Recht*, Berlin, 1972; F. MAROI, *La proprietà degli alberi separata da quella del fondo*, in «SDHI», I, 1935, 349 s.

[237] Come notato da CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 613.

[238] C. SANFILIPPO, s. v. *Accessione*, in «NNDI», I, Torino, 1957, 132.

dominus tabulae rivendicherà la tavola potrà essere respinto dal pittore con *exceptio doli* se non lo rifonderà delle spese sostenute.

2.5 Le scarsa parentela tra l'esposizione della *traditio* nelle *res cottidianae* e nelle *Institutiones*

Il frammento 491 *rer. cott.* si conclude con la trattazione della *traditio*, modo di trasferimento della proprietà che rappresenterebbe secondo Gaio l'esempio paradigmatico di conformità all'*aequitas naturalis* (come enfaticamente si legge in D. 41, 1, 9, 3: *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati*)[239]. Il parallelo offerto da Inst. Iust. 2, 1, 40 e passi seguenti permette di chiarire la genuinità del testo gaiano, posto che, laddove i compilatori giustinianei intesero discostarsi dallo *specimen* gaiano, lo fecero attraverso l'aggiunta di lunghi periodi che, però, non inserirono altresì nel Digesto. Ciò permette di desumere che l'originalità del lascito gaiano proveniente dalle *res cott.* e rifluito nelle Pandette.

Orbene, in D. 41, 1, 9, 4 Gaio puntualizza che la *traditio* può aversi anche da parte di un soggetto che agisca *voluntate domini*, come nel caso in cui a taluno sia stata affidata la gestione degli affari e costui proceda a *vendere* o *tradere* un bene, trasferendone così la proprietà a chi lo riceve.

In D. 41, 1, 9, 5 si disciplina l'ipotesi della c.d. *traditio brevi manu*, cioè di una *traditio sine traditione*, atteso che la cosa era già detenuta dall'avente causa (per esempio a titolo di comodato, locazione o deposito). La *traditio symbolica* è oggetto di D. 41, 1, 9, 6, con l'esempio scolastico della consegna delle chiavi del magazzino. Ancora, tratta della *traditio in incertam personam* D. 41, 1, 9, 7, riportando il caso del *iactus missilium* alla folla; caso diverso, invece, da quello dei carichi che, in caso di tempesta, sono gettati in mare per alleggerire la nave ed evitarne l'affondamento, come si legge in D. 41, 1, 9, 8. In quest'ultimo caso, l'appropriazione a fini di lucro di quanto gettato in mare costituisce ipotesi di furto.

A dispetto della particolareggiata disciplina della *traditio* presente nei *libri aureorum*, nelle *Institutiones* l'esposizione appare molto più scarna:

Gai. II, 65: Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.

---

[239] Si vedano le puntuali considerazioni sul concetto di *naturalis ratio* di GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XLI, cit., 9 s.

§ 66: Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam **** occupando ideo **** erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur.

Anzitutto, nel manuale istituzionale non compare neppure una definizione di *traditio*, né vi si sottolinea come alla base dell'effetto traslativo proprio della stessa vi sia la *voluntas domini* espressa dalla *causa traditionis*, a cui invece le *res cott.* dedicano particolare attenzione. Pertanto, a eccezione dei riferimenti al *ius naturale* di Gai. II, 65 e della *naturalis ratio* del successivo § 66, la dottrina prevalente ha escluso una diretta parentela fra la trattazione dell'istituto nelle *res cott.* e nel manuale istituzionale[240].

3. L'usucapione tra errore di fatto ed errore di diritto. L'ipotesi del *furtum fundi*

492.
[D. 41, 3, 36] Potest pluribus modis accidere, ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tamquam suam vendat forte aut donet et ob id a bonae fidei possessore res usucapi possit: veluti si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse alienaverit.

1 item si quis aliqua existimatione deceptus crediderit ad se hereditatem pertinere, quae ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit, aut si is, ad quem usus fructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et fedus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit, [*furtum non committit*].

492.
[D. 41, 3, 36] In molti casi può accadere che taluno venda o doni una cosa altrui credendola per errore propria, e che quella cosa sia poi usucapita dal possessore di buona fede; per esempio, un erede può vendere un bene dato in comodato o locazione o deposito al defunto credendolo parte dell'asse ereditario.
1 Allo stesso modo, non commette furto chi per errore ritenga appartenergli un'eredità, che invece non gli appartiene, e aliena un bene che di essa è parte, oppure l'usufruttuario di una schiava che ritiene proprio il figlio che lei partorisce sul presupposto che anche il parto del bestiame appartiene all'usufruttuario, e lo aliena.

[240] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 618.

493.

[D. 41, 3, 38] [*Quod autem ad eas res quae solo continentur*, *expeditius procedit*, *ut quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini*, *aut qua sine successore decesserit*, *sine vi nanciscatur*]. Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.

493.

[D. 41, 3, 38] [*Quest'evenienza può verificarsi pure più velocemente nel caso di beni immobili, come, per esempio, se taluno occupi senza violenza il possesso di un fondo deserto per l'assenza o la negligenza del proprietario oppure perché questi sia morto senza lasciare eredi*]. Infatti, quello stesso fondo che un soggetto non può usucapire perché sa essere altrui e ne è possessore di mala fede, se lo consegnerà a un altro, che lo riceverà in buona fede, potrà da quest'ultimo essere usucapito, poiché il possesso di questi non sarà ne violento né furtivo. È stata ormai superata la concezione dei precedenti giuristi che ammettevano la configurabilità del furto di un fondo o di un luogo.

Al tema dei modi di acquisto della proprietà sono dedicati altresì i frammenti 492 e 493 *rer. cott.*

Stante lo stretto collegamento nelle materie trattate, e considerando peraltro che nel Digesto i lacerti D. 41, 3, 36 e D. 41, 3, 38 presentano come intermezzo D. 41, 3, 37, tratto dai §§ 50-51 del secondo libro delle Istituzioni gaiane, occorrerà analizzare insieme i frammenti in parola.

Nel primo (D. 41, 3, 36 pr.) Gaio discorre della vendita o donazione di cosa altrui eseguita da un soggetto che erroneamente creda detto bene di sua proprietà. Si afferma che l'*accipiens* che in buona fede ne acquisti il possesso potrà usucapire la cosa, come accade nell'ipotesi dell'erede che venda un bene dato in comodato o locazione o deposito al defunto ritenendolo parte dell'asse ereditario. Lo stesso principio si applicherà a colui che ritenga per errore di essere erede e alieni una *res hereditaria*; e ancora, al caso dell'usufruttuario di una schiava

che alieni il *partus* della stessa in quanto ignora che i neonati della schiava cadono sotto il dominio del nudo proprietario, e non dell'usufruttuario[241].

Un parallelo con il passo in parola è dato da Gai. II, 50:

Unde in rebus mobilius non facile procedit, ut bonae fidei possesori usucapio conpetat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam vendiderit aut donaverit, furtum non committit; item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit, furtum enim sine adfectu furandi non committitur.

All'interno del manuale gaiano, ci troviamo nella trattazione delle ipotesi in cui non si applica il principio generale relativo all'usucapione: questa non si verifica per le cose rubate (come stabilito dalle XII Tavole) ovvero per le cose il cui possesso è stato ottenuto con violenza (così, secondo le leggi Giulia e Plautia[242]). Ma come abbiamo visto, non vi è furto nel caso dell'errore dell'erede che ritiene compresa nell'eredità una cosa di cui non è parte (errore di un fatto) o dell'errore nel caso del *partus ancillae* (errore di un principio di diritto), stante la regola aurea per cui non si commette furto in assenza della volontà di rubare, cioè dell'*affectus furandi*[243].

---

[241] La nota disciplina del *partus ancillae* è trattata dal frammento 495 *rer. cott.* D. 22, 1, 28. Si veda, fin da ora, M.V. SANNA, *L'usucapione del partus ancillae furtivae*, in «SDHI», LXXIV, 2008, 425, n. 83.

[242] A proposito della *lex Plautia de vi* e delle *leges Iuliae*, cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899; C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, I, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, Milano, 1905; P.F. GIRARD, *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, in «ZSS», XXXIV, 1913, 323; J. COROI, *La violence en droit criminal romain*, Paris, 1915; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921; H. NIEDERMEYER, *"Crimen plagii" und "crimen violentiae"*, in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930; J.N. HOUGH, *'The lex Lutatia and the lex Plautia de vi'*, in *The American Journal of Philology*, LI, 1930, 135 s.; G. FLORE, *Di alcuni casi di "vis publica"*, in *Studi Bonfante*, IV, 335 s.; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'"imperium" nella repressione penale*, Torino, 1939; P.A. BRUNT, *'The army and the land in the Roman revolution'*, in *The Journal of Roman Studies*, LII, 1962, 69 s.; W. VITZTHUM, *Unterscuchungen zum materiellen Inhalt der lex Plautia et Iulia de vi*, München, 1966, 1 s.; A.W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968; U. EBERT, *Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve*, in «ZSS», LXXXVI, 1969, 526 s.; L. LABRUNA, *"Vim fieri veto" – Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971, 24 s.; ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1980; A. CAVARZERE, *La "lex Plautia de vi" nello specchio deformante della "pro Caelio" di Cicerone*, in *Atti del III Seminario romanistico Gardesano, 22, 25 ottobre 1985*, Milano, 1988; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza nel diritto ormano. Appunti delle lezioni*, Napoli, 1993; C. RENDA, *La 'lex Plutia de vi': problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index*, XXXVI, 2008, 492; G. COSSA, *Intorno ad alcuni aspetti della lex Iulia de vi publica et privata*, in «SDHI», LXXIV, 2008, 209 s.

[243] Cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto privato romano*, III, *Istituzioni*, Rimini, 2012, 102 s.

Per quanto si tratti di atti emanati in epoche lontane tra loro, le XII Tavole (451-450 a.C.) e le *leges* Plautia e Iulia (databili tra l'80 e il 60 a.C.) si inseriscono, insieme agli interdetti *unde vi* e *unde vi armata*, nella cornice dei provvedimenti volti a contrastare la violenza privata, fenomeno che dilagò specie sul finire del periodo repubblicano.

Sul framm. 492 *rer. cott.* occorre da ultimo spendere qualche parola sul rapporto tra esso e Gai. II, 50.

Il testo dei *libri aureorum*, a differenza di quello istituzionale, da un lato aggiunge qualche elemento, dall'altro lo espunge[244]. Per un verso, infatti, menziona l'errore di chi esegue l'alienazione, cita l'esempio del soggetto che si ritiene per errore erede e aliena un bene del *de cuius*, e particolareggia maggiormente l'errore di diritto dell'usufruttuario. Per altro verso, nelle *res cott.* non si ripete l'inciso efficace *furtum non committit*, né compare la massima per cui *furtum enim sine adfectu furandi non committitur*. Ciononostante, è pur vero che il testo delle *res cott.* – che non è completo – appare sul punto, per quel che ci è stato tramandato, più articolato e motivato del manuale elementare, nel chiaro solco tracciato dalla maggiore accuratezza di tale opera gaiana rispetto all'altra.

Passiamo al framm. 493 *rer. cott.* (D. 41, 1, 38), nella cui ricostruzione Lenel vi antepone l'incipit offerto da Inst. Iust. 2, 6, 7[245].

Ebbene, Gaio dapprima conferma la regola secondo cui il possessore di mala fede non può usucapire, e in seguito precisa che qualora costui effettui la *traditio* del bene immobile a un terzo in buona fede, il terzo ben potrà usucapire la cosa: difatti, il suo possesso non sarà stato acquisito *vi* oppure *clam*, giacché deve essere ritenuta del tutto superata quella concezione risalente che configurava l'ipotesi di *furtum* anche per gli immobili.

Come anticipato, tra i framm. 492 e 493 *rer. cott.* compare nel Digesto un brano tratto dalle Istituzioni di Gaio, che abbiamo già visto (Gai. II, 50):

Gai. II *inst.* D. 41, 3, 37: furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur. Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit.

---

[244] Come notato da CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 621.

[245] LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 256, *sub* 4): «Quod autem ad eas res quae solo continentur, expeditius procedit, ut quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut qua sine successore decesserit, sine vi nanciscatur».

Tale brano è funzionale alla comprensione del framm. 493 *rer. cott.* poiché vi si afferma l'acquisto del possesso senza violenza di un fondo altrui qualora il proprietario l'abbia abbandonato a causa di sua negligenza ovvero l'abbia comunque lasciato da molto tempo; il fondo in parola (*quam rem*, secondo la dizione gaiana all'inizio del framm. 493) non può essere usucapito dal primo possessore, che ben conosce l'altruità del bene, ma potrà essere oggetto di *traditio* verso il terzo in buona fede e da quest'ultimo usucapito.

Inoltre, anche la lettura del già citato Inst. Iust. 2, 6, 7 chiarisce meglio il dettato del framm. 493:

Inst. Iust. 2, 6, 7: Qui quamvis ipse mala fide possidet, quia intellegit se alienum fundum occupasse, tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res adquiri, quia neque furticum neque vi possessum accepit.

Si noti come sia sfuggito ai compilatori giustinianei l'utilizzo del verbo *usucapere* («… poterit is usucapere…», si legge nel framm. 493), laddove in epoca giustinianea sarebbe stato più corretto parlare di *longi temporis praescriptio* con effetto acquisitivo («… poterit ei longa possessione», più correttamente nelle Istituzioni imperiali).

Da ultimo, parallelo al frammento in commento è Gai. II, 51:

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor; et quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, <*cum*> inprobata sit eorum sententia, qui putaverint, furtiuum fundum fieri posse.

Il passo corrobora il principio cui siamo giunti secondo il quale l'usucapione di un fondo non può compiersi neppure per il possessore di buona fede qualora vi sia stato un impossessamento violento dello stesso, mentre in caso di impossessamento *sine vi* l'effetto acquisitivo potrà agevolmente realizzarsi[246].

[246] M. FRUNZIO, *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino, 2017, 59.

4. I tagli dei compilatori alla trattazione gaiana dell'usufrutto

[*De usu fructu et usu*]

494.

[D. 7, 1, 3] Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usum fructum. dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui. et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

1 Consistit autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus.

2 Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscendente usu fructu, placuit certis modis extingui usum fructum. et ad proprietatem reverti.

3 Quibus autem modis usus fructus et constitit et finitur, isdem modis etiam nudus usus solet et constitui et finiri.

494.

[D. 7, 1, 3] In forza del diritto in materia di legato, l'usufrutto può essere costituito su tutti i fondi, così che all'erede sia ordinato di darne l'usufrutto a qualcuno. Si intende che l'erede darà l'usufrutto se avrà immesso il legatario nel fondo o avrà tollerato che lo usi e ne percepisca i frutti. E anche senza testamento, se taluno vorrà costituire l'usufrutto, potrà farlo mediante pattuizioni e stipulazioni.

1 Inoltre, l'usufrutto può essere costituito non solo su fondi e case, ma anche su schiavi, bestie da soma e altre cose.

2 Tuttavia, al fine di non rendere del tutto inutili i diritti di proprietà, poiché ne sarebbe stato separato per sempre l'usufrutto, si ritenne opportuno che questo potesse estinguersi in determinati modi e ritornare alla proprietà.

3 I modi di costituzione ed estinzione dell'usufrutto sono gli stessi mediante i quali è costituito e si estingue il mero diritto d'uso.

Terminata la trattazione relativa alla proprietà, Gaio passa agli *iura in re aliena*. I frammenti a ciò dedicati comprendono i nn. 494, 495 e 496 in ordine ai diritti di usufrutto e uso, e il n. 497 relativo alle servitù.

Sebbene taluni abbiano sollevato perplessità sulla collocazione leneliana dei passi in parola[247] – in quanto risulterebbe differente sia dalle Istituzioni gaiane che trattano dell'usufrutto in Gai. II, 30-33, sia dal Digesto che dedica il settimo libro all'usufrutto e l'ottavo alle servitù – è pur vero che Lenel ha ritenuto di seguire l'ordine delle materie proprio delle Istituzioni imperiali.

Gettiamo uno sguardo di insieme al framm. 494 *rer. cott.* prima di procedere alla sua analisi: il passo gaiano, rifluito in D. 7, 1, 3, tratta dei modi costitutivi dell'usufrutto, dell'oggetto del diritto, del requisito essenziale della temporaneità, e infine ricollega al diritto di uso i medesimi modi di costituzione ed estinzione dell'usufrutto. Si noti, fin da ora, che mentre il brano gaiano è stato trasposto in modo più articolato e particolareggiato nelle Istituzioni di Giustiniano (D. 7, 1, 3, 1-3 parallelo a Inst. Iust. 2, 4, 1-2; 2, 5 pr.), nel Digesto la fonte gaiana presenta notevoli modifiche e cesure.

4.1 L'usufrutto sui fondi provinciali in prospettiva *mortis causa* e *inter vivos*

Leggendo D. 7, 1, 3 pr. è agevole desumere che Gaio stesse trattando dei modi di costituzione dell'usufrutto e che, in particolare, fosse ormai arrivato alla fine della loro esposizione.

L'elencazione gaiana – che riporta come primo modo di costituzione del diritto in parola, il legato – tradisce un intervento compilatorio. Il legato di cui parla l'autore è, infatti, impostato diversamente sia rispetto al classico legato a effetti reali (*per vindicationem*) sia ai legati a effetti obbligatori (*per damnationem* e *sinendi modo*), con la conseguenza che se è pur corretto il riferimento del nostro autore al legato in virtù delle origini storiche dell'usufrutto, lo specifico istituto di cui parla Gaio si configura come un vero e proprio *iussus* all'erede, diverso cioè dalle classiche figure di legato anzidette. Pertanto il quadro gaiano, che risulta più confacente alla struttura giustinianea che al diritto classico, deve essere stato oggetto di modifica da parte dei compilatori al fine di attenuare quelle divergenze sussistenti tra strutture giuridiche di epoche diverse.

Presumibile, in tal senso, l'intervento in sede di compilazione giustinianea, volto a cancellare qualsiasi riferimento alle diverse tipologie di legato, per livellarli sul piano dell'efficacia meramente obbligatoria[248].

---

[247] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 622.

[248] Così, G. PROVERA, *Servitù prediali ed obbligazioni «propter rem»*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1971, 18, n. 15.

A riprova delle avvenute modifiche postclassiche al lacerto originario, si ponga attenzione alla seconda parte di D. 7, 1, 3 pr., relativa alla costituzione dell'usufrutto mediante atto tra vivi attraverso *pactiones* e *stipulationes*. Come mai – potremmo domandare – Gaio omette qualsiasi riferimento ad altri modi di costituzione di epoca classica, come per esempio la *in iure cessio* o la *deductio* dalla *mancipatio* del fondo[249]? La risposta è stata fornita dalla romanistica, che in gran parte ha concordato sul fatto che Gaio si riferisse specificamente ai modi di costituzione dell'usufrutto su fondi provinciali per cui, come è noto, non si poteva ricorrere agli istituti anzidetti né a legati a effetti reali[250]. Della distinzione nei modi di costituzione dell'usufrutto su fondi su suolo italico o provinciale è lo stesso Gaio, peraltro, a scrivere nelle sue *Institutiones*:

Gai. II, 31: Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis sive quis usum fructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest: quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.

Ecco allora l'ulteriore prova dell'intervento compilatorio: in sede di redazione del Digesto, i compilatori – che già erano soliti sintetizzare taluni passi scelti ed equilibrarli con frammenti espunti da altre opere classiche – decisero di sopprimere l'aggettivo *provinciales* relativo ai fondi e di tagliare il discorso gaiano per non incorrere in un oneroso lavoro di correzioni, che sarebbe stato altrimenti tassativo stante l'evoluzione intervenuta in materia di costituzione dei diritti reali su cosa altrui. Le esegesi più avvalorate dell'incipit di D. 7, 1, 3 pr., a scapito del vago *omnium praediorum* di cui parla, sono concordi nell'inserire il frammento gaiano in un più ampio discorso in ordine ai soli fondi provinciali, dapprima in prospettiva *mortis causa* (il legato con effetti obbligatori), e in seguito per atto *inter vivos* (le *pactiones* e *stipulationes*). Un discorso, quindi, concernente in entrambi i casi modi di costituzione dell'usufrutto e delle servitù *in provincialibus praediis*[251].

---

[249] Istituti abbandonati in epoca giustinianea sebbene citati nelle Istituzioni imperiali: si vedano Inst. Iust. 2, 4, 1 sulla *deductio* e Inst. Iust. 2, 4, 3 sulla cessione dell'usufrutto.

[250] LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 256, *sub* 5). Si vedano anche G. SEGRÉ, *Corso di diritto romano 1919-20*, Torino, 1920, 262 s.; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 82 s.; P. FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XXII, 1934, 18 s.; S. SOLAZZI, *Usus proprius*, in «SDHI», VII, 1941, 409 s.; ID., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 109 s.

[251] Si veda G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2], Torino, 1958, 364.

A ben notare, inoltre, le modifiche postclassiche al testo gaiano sono state tali da stravolgere l'essenza e lo stile dei *libri aureorum*, i quali – si pensi al framm. 491 in ordine ai modi di acquisto della proprietà – si caratterizzano per una trattazione assai minuziosa ed esauriente, non compatibile con la sintesi estrema che traspare da D. 7, 3, 1 pr.

A questo punto, possiamo analizzare le caratteristiche della costituzione dell'usufrutto mediante testamento, e cioè di quel particolare legato con efficacia obbligatoria avente per oggetto l'ordine dato all'erede di *dare alicui usum fructum*.

L'esercizio dell'usufrutto permette al suo titolare una notevole disposizione di fatto sulla *res*, pur trattandosi come è ovvio di semplice detenzione e non di possesso della cosa. Inoltre, insuscettibile di *possessio* è lo stesso diritto di usufrutto, in quanto *res incorporalis*[252] .

Il rapporto tra usufrutto e possesso, o meglio tra *uti frui* e *possidere*, è chiarito da Gaio:

Gai. II, 93: Usufructuarius vero usucapere non potest, primum quia non possidet, sed habet ius utendi et fruendi; deinde quia scit alienum sevus esse.

L'usufruttuario non è quindi tutelato, almeno in linea di principio, dagli interdetti possessori, né può essere esperito nei suoi confronti l'*interdictum quod legatorum*.

Tuttavia, resta innegabile che l'*uti frui* comporti una ampia disposizione sulla cosa, presentando molti punti in comune con il possesso. Nel solco di quest'ultima considerazione deve allora intendersi l'estensione utile degli interdetti possessori che si ebbe a favore di chi si trovava nell'esercizio dell'usufrutto[253], e parimenti dell'interdetto *quod legatorum* verso chi si fosse immesso nel godimento della cosa oggetto di legato dell'usufrutto senza la volontà del *bonorum possessor* e in epoca successiva dell'erede[254].

Il godimento della cosa da parte dell'usufruttuario, che riceveva tutela dall'estensione utile degli interdetti possessori *uti possidetis* e *unde vi*[255], venne qualificata in termini di *quasi possessio*, un concetto che, seppure etichettato come glossema postclassico da parte della dottrina[256], è presente in un passo delle Istituzioni gaiane e in un brano parallelo del manuale imperiale:

---

[252] D. 41, 2, 3 pr.; D. 41, 3, 4, 26.
[253] Frag. Vat. 90, 91; D. 43, 16, 3, 13-16.
[254] Frag. Vat. 90.
[255] O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, 468; 473.
[256] E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, *2. Cose*, *diritti reali*, *possesso*, Milano, 1941, 309 s.; 371 s.

Gai. IV, 138-139: Superest ut de interdictis dispiciamus. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.

Inst. Iust. 4, 15 pr.: Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quae pro his exercentur … quod tum maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

Che il termine *quasi possessio* sia gaiano o meno poco importa ai nostri fini[257]. Ciò che rileva è sottolineare che, seppure l'usufruttuario era semplice detentore e non possessore della cosa, questi esercitava un potere di dominazione sulla cosa – ovverosia il contenuto proprio del diritto reale di godimento di cui era titolare – per molti versi analogo al possesso, ragion per cui gli venne estesa in via utile la tutela interdittale possessoria. E proprio considerando siffatta tutela, corrispondente a quella del possesso, dovremo concludere che la *quasi possessio* usufruttuaria era assimilabile al possesso nell'esecuzione dei rapporti obbligatori volti alla *datio* dell'usufrutto. Nel senso che, allo stesso modo di colui che, tenuto in forza di *stipulatio* o legato a *dare rem*, doveva far conseguire al creditore la proprietà e il possesso della *res*, così chi era tenuto a *dare usum fructum* doveva costituire l'usufrutto e procacciare la *quasi possessio rei utendi fruendi*[258]. È questo il significato attribuito da Segré a D. 7, 1, 3 pr.[259]: *dare autem intellegitur si in iure cesserit usum fructum et induxerit in fundum legatarium*.

4.2 Lo "scopo alimentare" dell'usufrutto

La brevità della trattazione si ravvisa anche in D. 7, 1, 3, 1, a proposito dell'oggetto dell'usufrutto. Oltre ai beni immobili, vengono infatti menzionati, a esemplificazione delle cose mobili, solo i *servi* e gli *iumenta*.

Rispetto a Inst. Iust. 2, 4, 2 – ove si riporta una disamina più corposa che comprende l'importante regola dell'esclusione dall'usufrutto delle *res quae usu consumuntur* – il lacerto gaiano deve essere stato anche in questo caso reso mutilo dai compilatori, probabilmente per la posizione che ricopre all'inizio dei nove titoli dedicati all'usufrutto e alle figure a esso

[257] In chiave di approfondimento, cfr. G. SEGRÉ, Recensione a E. SECKEL – B. KÜBLER, *Gai. Institutionum Commentarii quattuor*[4], in «BIDR», XXXII, 1922, 293 s.; S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949, 139 s.

[258] Così, GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2], cit., 337.

[259] SEGRÉ, Recensione a E. SECKEL – B. KÜBLER, *Gai. Institutionum Commentarii quattuor*[4], cit., 295. Il frammento del Digesto è da leggere in parallelo a Gai. II, 204.

assimilate. I compilatori potrebbero, cioè, avere voluto utilizzare il testo gaiano per l'introduzione dell'istituto e l'enunciazione delle sue caratteristiche elementari, per trarre in seguito da altri autori i passi funzionali al dovuto approfondimento.

Ma possiamo domandarci: restando pacifico il diverso regime che concerneva la costituzione di usufrutto su fondi italici o provinciali nei termini sopra discussi, come mai Gaio ha posto accanto ai fondi proprio i servi e il bestiame?

Un autorevole orientamento individua in questi tre elementi gli oggetti originari dell'usufrutto: il fine alimentare, inteso quale sostrato storico alla nascita dell'istituto in parola, poteva scorgere nella casa e nei fondi, negli schiavi e negli animali, i beni più diretti a permettere il proprio il soddisfacimento[260]. Seppure non necessariamente l'usufrutto dovesse comprendere in origine le sole cose fruttifere (si pensi, infatti, alla casa), è però vero che in seguito furono queste a rappresentare il fulcro essenziale del perseguimento del fine alimentare, in particolar modo con i frutti del fondo, schiavi e bestiame compresi.

4.3 L'usufrutto alle persone giuridiche e il problema della temporaneità

Il successivo D. 7, 1, 3, 2 è dedicato alla previsione della temporaneità dell'usufrutto. Si noti come il parallelo offerto da Inst. 2, 4, 1 non contenga la – pur breve – motivazione posta alla base del carattere temporaneo dell'istituto (*ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscendente usu fructu* eqs.).

Il predetto carattere può essere utile alla risoluzione di un *vexata quaestio* concernente la possibile titolarità del diritto di usufrutto in capo a una persona giuridica. Che ciò fosse in origine escluso, o che comunque non fosse argomento di discussione, è irrilevante, posto che quando si ammise la capacità dei *municipes* (intesi quali cittadini di un *municipium*) di ricevere per legato, il problema dell'ammissibilità di un usufrutto a persone giuridiche dovette senz'altro configurarsi[261].

Ai due poli del discorso si trovano, da un lato, il requisito essenziale della personalità dell'usufrutto, sintetizzato dalla giurisprudenza nella formula *usus fructus sine persona esse non potest* (ragion per cui, per esempio, non poteva acquistare l'usufrutto il servo ereditario

---

[260] O. KARLOWA, *Römische Rechtseschichte*, II, Leipzig, 1892, 540; F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius*, *II. §§ 1-96*, Jena, 1912, 156 s.

[261] Di questo avviso, GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2], cit., 297. Cfr. anche C. FADDA, *Il limite di tempo dell'usufrutto delle persone giuridiche*, in *Estratti degli Atti della Reale Accademia di Napoli*, Napoli, 1902, 35 s.; S. DI MARZO, *Appunti sulla dottrina della causa lucrativa*, in «BIDR», XV, 1903, 91 s. e continuazione in «BIDR», XVII, 1905, 103 s.

rispetto all'eredità giacente, giacché *tunc constituitur usus fructus cum quis iam frui potest*[262]), e intendendo per *persona* la sola persona fisica; dall'altro lato, invece, strettamente connesso alla persona fisica si collocava l'aspetto della durata finita della vita, motivo per cui il carattere generalmente vitalizio dell'usufrutto, che si estingueva al più con la morte del titolare, garantiva la pacifica coesistenza del diritto reale limitato con il diritto di proprietà.

Un usufrutto che fosse stato avulso dal carattere della temporaneità e si fosse, invece, configurato come perpetuo avrebbe inficiato il diritto del proprietario, vanificando qualsivoglia sua futura pretesa economica[263]. Peraltro, la preoccupazione dei romani che un usufrutto di durata perpetua potesse rendere *inutilis* la proprietà è argomento trattato dallo stesso Gaio nel commento all'editto provinciale e all'editto del pretore:

Gai. VII *ad ed. prov.* D. 7, 1, 56: An usus fructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione prorietas inutilis esset futura semper abscendente usu fructu.

Gai. III *de legatis ad ed. praet.* D. 33, 2, 8: Si usus fructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usu fructu tuendi sint: nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nudae proprietatis semper abscendente usu fructu. unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset.

Al fine di ristabilire il requisito essenziale della temporaneità, la soluzione gaiana al problema enucleato dall'inciso *quousue tuendi essent in eo usu fructu municipes* individua in cento anni la durata massima del diritto di usufrutto, calibrata sul *tempus vitae* di un uomo longevo. Quanto alla ammissibilità da parte di Gaio di un usufrutto ai *municipes*, la dottrina è divisa tra chi prospetta senz'altro una risposta negativa[264] e chi ritiene che Gaio avesse avanzato semplicemente dei dubbi sul *quantum* del tempo dell'usufrutto da parte dei *municipes*, dubbi che furono sciolti in epoca giustinianea dai compilatori con la previsione secolare sopra ricordata[265].

4.4 Accenni al diritto di uso

---

[262] Ulp. XVI *ad Sab.* D. 7, 3, 1, 2.

[263] In questo senso dovrebbe intendersi la motivazione sulla temporaneità dell'usufrutto di D. 7, 1, 3, 2 (parallelo a Inst. Iust. 2, 4, 1). Cfr. anche Gai. VII *ad ed. prov.* D. 7, 1, 56 e Gai. III *de legatis ad ed. praet.* D. 33, 2, 8.

[264] FADDA, *Il limite di tempo dell'usufrutto delle persone giuridiche*, cit., 35 s.

[265] GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2], cit., 299.

Si caratterizza per l'estrema brevità anche D. 7, 1, 3, 3, limitandosi a estendere al diritto di uso i medesimi modi di costituzione ed estinzione dell'usufrutto.

Il diritto di uso – di cui nel frammento dei *libri aureorum* non vengono neppure fornite una definizione ovvero le principali peculiarità – è di certo sviscerato più a fondo nelle parallele Inst. Iust. 2, 5, insieme al diritto di abitazione.

Una definizione del diritto in parola è però fornita da Gaio nel commento all'editto provinciale:

Gai. VII *ad ed. prov.* D. 7, 8, 1, 1: Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu: qui et ipse isdem modis constitui solet, quibus et usus fructus.

Possiamo limitarci ad affermare che l'analoga disciplina dell'uso rispetto all'usufrutto comporta, da un lato, che qualora l'usufruttuario acquisti l'uso l'*usus* ne risulterà assorbito[266], e dall'altro, che all'eventuale concorso nell'*uti frui* tra il legatario dell'usufrutto e il legatario della proprietà, in caso di *usus* potrà configurarsi un ulteriore concorso del legatario di uso tanto con il legatario di proprietà che con quello di usufrutto[267].

5. *Partus ancillae in fructu non est*: l'*utilitas* contro l'*humanitas*

495.

[D. 22, 1, 28] In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii.

1 Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia

495.

[D. 22, 1, 28] Tra i frutti è ricompresa anche la prole del bestiame, così come il latte, il pelo e la lana: pertanto gli agnelli, i capretti e i vitelli appartengono subito, di pieno diritto, al possessore di buona fede e all'usufruttuario.

1 Al contrario, i figli della schiava non sono compresi tra i frutti, e sono imputati quindi al titolare del diritto di proprietà. Si riteneva assurdo, infatti, che un essere umano fosse annoverato tra i frutti, posto che è la natura ad

[266] Ulp. XVI *ad Sab.* D. 7, 8, 4, 2.
[267] Cfr. B. BIONDI, *«Ususfructus»*, in *Iura*, IV, 1953, 214 s.

comparaverit.	avere posto tutti i frutti a beneficio degli esseri umani.

Il framm. 495 *rer. cott.* riveste una particolare importanza tra i lacerti dei *libri aureorum* rifluiti nel Digesto, al punto da essere stato trascritto quasi pedissequamente in Inst. Iust. 2, 1, 37.

Dedicato al diritto di usufrutto, la rilevanza che ha spiegato – e continua a spiegare – nelle numerose esegesi offerte dalla giusromanistica non deve essere ascritta alla sua prima parte (D. 22, 1, 28 pr.) nella quale il giurista adrianeo si limita a collocare tra i frutti del bestiame, al pari di latte, pelo e lana, anche la prole, e così gli agnelli, i capretti e i vitelli, bensì al secondo periodo (D. 22, 1, 28, 1), che tramanda la nota lezione per cui *partus ancillae in fructu non est*.

Le interpretazioni di D. 22, 1, 28, 1 possono essere distinte in due grandi filoni ermeneutici, corrispondenti a due contrapposte chiavi di lettura che nella stessa cultura romana si scontrarono a proposito della spinosa questione circa la posizione del *servus* in una società schiavistica.

Da un lato, una visione materialistica, imperniata sul rispetto dell'esclusivo interesse economico di nudo proprietario e usufruttuario; dall'altro, un orientamento che, seppur senza mettere in discussione la legittimità giuridica della schiavitù[268], ha inteso preferire al profilo economico quello squisitamente umanitario.

La regola della *utilitas* contro la regola della *humanitas*, pertanto. Contrapposizione che già traspare se si pongono in confronto sinottico la prima parte del framm. 495 *rer. cott.*, relativa ai *pecudum fructus*, rispetto alla seconda concernente il *partus ancillae*. La particella *vero* del § 1 è perfettamente contrapposta all'*etiam* che si legge all'inizio del frammento, al fine di rimarcare in modo netto che mentre *anche* la prole del bestiame rientra nella categoria dei frutti naturali allo stesso modo di latte, pelo e lana, *invece* non possono considerarsi frutti i nati da una schiava, e ciò indipendentemente dal fatto che la donna puerpera sia *stricto iure* una *res*.

Orbene, altri due sono i testi da compulsare per addentrarsi nell'analisi del frammento gaiano:

[268] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1985, 166; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 464 secondo cui una interpretazione letterale del frammento sarebbe fuorviante, poiché escluderebbe la praticabilità della stessa schiavitù.

Cic., *de fin.* 1, 4, 12: … an partus ancillae sitne in fructu habendus, disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M.que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet …

Ulp. XVI *ad Sab.* D. 7, 1, 68 pr.: Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit *eqs.*

Dalla lettura combinata dei brani si evince che: della *quaestio* relativa al figlio della schiava si discuteva già nel II sec. a.C., cioè in un'epoca ove l'usufrutto era istituto ben noto e utilizzato; le due posizioni avverse vedevano, da un lato, i giureconsulti Publio Mucio Scevola e Manio Manilio – che potrebbero averne discusso ampiamente, per virare, almeno in un primo momento, verso una soluzione affermativa – e dall'altro il giurista Bruto, che avanzò una soluzione negativa; quest'ultima – sintetizzata dalla formula *partus ancillae in fructu non est* – prevalse tanto in epoca classica che postclassica; le motivazioni di Bruto non sono note[269], tuttavia Gaio e Ulpiano ipotizzarono che la *ratio* fosse da ricondursi all'assurdità contro natura che un essere umano fosse considerato un frutto naturale per un altro essere umano (quest'ultimo in posizione di usufruttuario)[270].

A destare interesse, inoltre, è l'espressione gaiana *hominum gratia*[271], che confermando con il suo tenore l'importanza che il giurista adrianeo ha sempre rivolto alla persona[272], bene si concilia con l'espandersi della nozione di *naturalis ratio* e di *ius naturale* di cui sopra abbiamo detto[273].

Si ricordi che Gaio ha posto la persona come fulcro essenziale della propria opera istituzionale, ribaltando persino l'impostazione del suo maestro Sabino, che nei *tres libri iuris civilis* collocava al primo posto il tema della *hereditas*. La centralità della persona all'interno dell'*ius* traspare fin dalla prime parole delle Istituzioni (Gai. I, 8-9), e questa concezione manifesta degli echi nel lavoro dei giureconsulti successivi, posto che *omne ius* – per dirla

[269] Calzante in questo contesto la formula contenuta in Iul. LV *dig*. D. 1, 3, 20: «Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest».

[270] A. GUARINO, *I due sessi dello schiavo*, in *Trucioli di bottega. Dodici acervoli*, Napoli, 2005, 260.

[271] A confermarne la genuinità, V. DI NISIO, *Osservazioni in tema di partus ancillae*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli, 2007, 1495, n. 7.

[272] Cfr. R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, XXXVII, 1986, 24-26; E. STOLFI, *La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia politica*, XXI-3, 2007, 380; S. TAFARO, *Centralità dell'uomo (persona)*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 106 s.

[273] Vedi *supra*, all'interno dell'analisi al framm. 490 *rer. cott.* Cfr. anche W. WALDSTEIN, *«Ius naturale» nel dir. rom. postclassico e in Giustiniano*, in *Saggi sul diritto non scritto*, Padova, 2002, 207 s.

con Ermogeniano in D. 1, 5, 2 – è *constitutum hominum causa*[274]. Conseguente, allora, la simbiosi inscindibile per Gaio ed Ermogeniano tra il concetto di *homo* e quello di *persona*[275], quasi una sorta di «prossimità ideologica»[276] nonostante l'intervallo temporale che separa i due, e nonostante la preposizione gaiana *gratia* sveli una sfumatura umanitaria assente nel più asettico *causa* di Ermogeniano.

Su questa linea di pensiero, inoltre, deve essere letta la scelta dei compilatori giustianei effettuata in ordine al titolo V del libro I delle Pandette, *de statu hominum*[277]. Si tratta di tre lacerti – primo e terzo gaiano, il secondo di Ermogeniano – con i quali, dopo avere ribadito la tripartizione gaiana *personae - res - actiones*, si passa alla considerazione ermogeniana e infine si ritorna al primo autore con la *summa divisio personarum* tra liberi e servi. Una dicotomia che però esiste solo sul piano giuridico (non casuale, al riguardo, la dizione *de iure* di Gai. I *inst* D. 1, 5, 3[278]), non su quello umano, tant'è che subito dopo troviamo in D. 1, 5, 4 l'efficace massima di Fiorentino, secondo cui la *libertas* è *facultas naturalis* dell'uomo, mentre la *servitus* è istituto *contra naturam*[279].

Ora, i due grandi filoni ermeneutici del framm. 495 *rer. cott.* – che abbiamo sinteticamente distinto in economicistici e umanitari – corrispondono alla distanza che separa la lezione gaiana da quella ulpianea, contenuta sia nel già compulsato D. 7, 1, 68 pr., con cui il giurista si limita a ricordare la massima di Bruto[280], sia in D. 5, 3, 27 pr., che manifesta invece il fine meramente utilitaristico (*ut pariant*) alla base di chi intendesse acquistare delle schiave:

---

[274] Herm. I *iur. ep.* D. 1, 5, 2: «Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus». Cfr. l'analisi di G. MARTANO, *Retorica e giuridica*, in *Sodalitas*, *Scritti in onore di Guarino*, VIII, Napoli, 1984, 4104.

[275] Cfr. F. CASAVOLA, *Introduzione al VI Convegno culturale di Studium di intesa con l'Istituto della Enciclopedia Italiana*, in *Studium anno 91*, *4-5 luglio-ottobre 1995*, 500; E. DOVERE, *Sistema e ragioni culturali nei "Libri iuris epitomarum di Ermogeniano"*, in «SDHI», LXIII, 1997, 113; ID., *"De iure". Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino, 2001, 63.

[276] R. QUADRATO, *Hominum gratia*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, 275.

[277] Cfr. P. CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, 111.

[278] Cfr. G. CRIFÒ, *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Roma, 1996, 20 s.; G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS», XLVI, 1926, 268.

[279] Flor. IX *inst.* D. 1, 5, 4. Suggestive le parole di G. MELILLO, *Personae e status in Roma antica*, Napoli, 2006, 15, secondo cui in questa impostazione «anche gli schiavi appaiono protagonisti del diritto non per il loro ruolo, ma per la loro appartenenza al genere umano». Cfr. anche Teoph., Par. 1, 3, 1-2.

[280] Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, 589, n. 1; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. GIARDINA – A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981, 21.

Ulp. XV *ad ed.* D. 5, 3, 27: Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem *eqs.*

La domanda a cui tenteremo di fornire una risposta è la seguente: quale fu la motivazione che portò M. Giunio Bruto a escludere il *partus ancillae* dai frutti acquistabili dall'usufruttuario? E più nello specifico: possiamo ritenere che la motivazione di Bruto sia stata correttamente individuata da Gaio nella lezione umanitaria contenuta nel framm. 495 *rer. cott.*?

Orbene, le esegesi più vicine alla lezione ulpianea sono concordi nell'affermare che non vi sono elementi per sostenere che la giustificazione di Gaio all'esclusione del *partus ancillae* dai frutti (*i. e.* che nessun uomo può essere considerato un frutto per un altro uomo) fosse la medesima adottata da Bruto. Consideriamo per sommi capi queste prime ricostruzioni.

Secondo un autorevole orientamento, se Publio Mucio Scevola e Manio Manilio ritenevano che il *partus ancillae* fosse invero frutto della schiava, essi ponevano a fondamento del loro pensiero proprio il motivo per cui spesso le schiave erano alienate o cedute in usufrutto dai loro *domini*: a fine di procreazione ovvero di prostituzione. Bruto, diversamente, ritenne di escludere che una schiava fosse data in usufrutto a fine di procreazione – salvo ovviamente patto specifico – per cui considerò la schiava *foemina* alla stregua dello schiavo *homo*, essendo questi accomunati, cioè, dal fatto che erano dati in usufrutto per le loro forze e impieghi lavorativi, ovverosia per le *operae* di cui avrebbe giovato l'usufruttuario (così, infatti, Gai. II *de lib. causa ed. urb.* D. 7, 7, 4: «fructus hominis in operis consistit *eqs.*»).

Di talché, l'ingravidamento e il parto di una schiava non potevano ritenersi un guadagno dell'usufruttuario – e di conseguenza un *fructus* a lui imputabile – poiché *ex converso* tali eventualità avrebbero rappresentato per lui uno svantaggio economico, in termini di *deminutio* dell'impiego lavorativo della schiava. Il *partus ancillae*, pertanto, pure a volerlo considerare *fructus* (come risulta da Gai. II, 50), non era tuttavia *in fructu*, poiché escluso dai diritti che l'usufruttuario poteva acquisire[281].

[281] GUARINO, *I due sessi dello schiavo*, cit., 261-262. Cfr. anche A. ABRAMENKO, *Eine übersehene Stellungnahme des Trebatius zum Eigentumserwerb am parts ancillae furtivae*, in «ZSS», CXIV, 1997, 423 s.

Un secondo orientamento, invece, ha individuato altrove il fondamento della regola di Bruto, pur inquadrando comunque l'intera materia in chiava economicistica[282]. In particolare, vi si afferma, stante le origini storiche dell'usufrutto (cioè quelle di un legato con il quale il marito defunto garantiva alla moglie condizioni di vita non inferiori a quelle cui era abituata), l'eventuale parto della schiava sarebbe stato un *fructus* più *longevo* della donna titolare del diritto di usufrutto. A ben vedere, una volta che quest'ultima fosse morta, il *partus ancillae* sarebbe passato agli agnati di lei, svincolandosi dal patrimonio dei figli ed eredi del marito. Pertanto, Bruto, non potendo ritenere accettabile che un bene tanto prezioso, quale era un giovane schiavo per la società romana, fosse sottratto al patrimonio di chi doveva risultarne il legittimo titolare, redasse la sua nota *sententia*.

A questa visione interpretativa sul frammento gaiano in commento, si oppone quella di chi ha inteso riconoscere al giurista adrianeo una «direzione etica»[283], che si afferma essere già presente *in nuce* nella massima di Bruto (come trasparirebbe dal *videbatur* che sottintende un convincimento proveniente dal passato[284]).

Un uomo non può essere considerato un frutto naturale per un altro uomo all'interno dello schema dell'usufrutto, poiché, si afferma, ciò sarebbe *absurdum*, oltre che illogico e incoerente[285] con quanto lo stesso Gaio afferma in D. 7, 7, 4. Altro è infatti il parto degli animali (*pecudum fetus*), o il latte, il pelo o la lana del bestiame, o ancora i frutti naturali che uno schiavo può fornire, cioè le proprie *operae*, poiché tutto ciò è accomunato dal fatto di rappresentare beni economici finalizzati a soddisfare bisogni dell'usufruttuario[286]; altro, invece, è il *partus ancillae*, che non può essere considerato frutto poiché manca per esso quella relazione funzionale e teleologica[287] tra *homo* e *fructus* che vede nel frutto *quod ad usum hominis inductum est*[288], giacché è frutto ciò che è venuto a esistenza *ad hominum commoditates et usus*[289].

Ecco allora che la motivazione addotta da Gaio nel framm. 495 pare effettuare una cesura netta rispetto alle visioni materialistiche degli altri giuristi (Ulpiano *in primis*), poiché manifesta un richiamo all'uguaglianza naturale tra gli uomini che il diritto positivo viola,

---

[282] Si riporta per sommi capi la tesi sostenuta da F. ZUCCOTTI, *«Partus ancillae in fructu non est»*, in *«Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi)*, Padova, 2001, 185-326.

[283] Così, QUADRATO, *Hominum gratia*, cit., 278.

[284] TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, cit., 321.

[285] R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000, 252.

[286] Cfr. M. SCARLATA FAZIO, s. v. *Frutti (diritto romano)*, in «ED», XVIII, Milano, 1969, 195.

[287] F. ZUCCOTTI, *"Fruges fructusque" (studio esegetico su D.50.16.77). Per una ricerca sulle origini della nozione di "frutto"*, Padova, 2000, 87.

[288] Iav. V *ex post. Lab.* D. 33, 2, 42.

[289] Cic., *de leg.* 1, 8, 25.

anziché rispettare[290]. È vero che egli stesso in Gai. I, 9 opera la *summa divisio* tra *liberi* e *servi*, ma quelli che per stretto diritto sono «due mondi diversi e lontanissimi»[291] sfumano i propri contorni quando si considera che il *genus* di liberi e schiavi è invero il medesimo, quello umano[292].

Inoltre, a rendere più evocativa la peculiarità della linea gaiana rispetto a quella degli altri giureconsulti, si pone la formula *hominum gratia* che egli utilizza in luogo dell'*hominum causa* di Ermogeniano, differenza non meramente terminologica quanto, piuttosto, sostanziale. La preposizione *gratia*, seppure spesso interscambiabile con *causa*, mantiene infatti quella sfumatura che le impedisce di essere utilizzata al fianco di termini infelici, come *morbus*, *mors*, e in particolare nell'espressione *mortis causa*[293]; corrisponderebbe al greco χάριν[294], nel senso di «per amore di», «per far piacere a», così come ἕνεκα risulterebbe più adatto a tradurre la preposizione *causa*.

Ebbene, la spiegazione gaiana, fondata sull'aspetto umanitario, trovò terreno fertile con l'opera dei legislatori cristiani, nelle costituzioni tardo imperiali e nelle leggi di epoca giustinianea[295], affermandosi il concetto pacifico per cui lo schiavo, seppure *res* secondo l'ordinamento giuridico, è un essere umano non diverso dagli uomini liberi *quia*, *quod ad ius naturale attinet*, *omnes homines aequales sunt*[296].

Dal pensiero di Gaio emerge il riconoscimento alla centralità della persona umana nell'ordinamento giuridico: quasi un «manifesto ideologico»[297], come traspare nelle parole offerte da Gai. V *ad ed prov.* D. 50, 17, 122: «Libertas omnibus rebus favorabilior est»[298].

---

[290] Così, QUADRATO, *Hominum gratia*, cit., 282.

[291] F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 336 s.

[292] Cfr. M. LUBRANO, *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 134 s.

[293] Cfr. E. WÖLFFLIN, *Zu den lateinischen Kausalpartikeln*, in *Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik*, I, 1884, 170 s.; P.J. MONICONI, *Causa et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin* in *Publications de la Faculté des lettres d'Alger*, XVIII/2, Paris, 1951, 129; C. MOUSSY, *Gratia et sa famille*, Paris, 1966, 501; J. COLLART, *Quelques remarques sur l'emploi prépositionnel de «gratia» chez les comiques*, in *Varron grammaire antique et stylistique latine*, Paris, 1978, 296.

[294] Cfr. *Thesaurus grecae linguae*, s. v. Χάρις. La sfumatura si coglie anche grazie a Teoph., *Par.* 2, 1, 37 che traduce con χάριν il *gratia* di D. 22, 1, 28, 1.

[295] Sul diffondersi del concetto di *humanitas* nella normativa romana a partire dal II sec. d.C., si veda B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano. II. La giustizia-le persone*, Milano, 1952, 157. *Contra*, G. CRIFÒ, *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburstag*, Stuttgart, 1993, 80 s.

[296] D. 50, 17, 32 Ulp. XLIII *ad Sab.*: «Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt».

[297] QUADRATO, *Hominum gratia*, cit., 286.

[298] Si vedano al riguardo R. QUADRATO, *Favor rei ed aequitas: la regula di D.50,17,125*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor*

Una concezione della libertà che proviene dalla natura, la quale fa nascere tutti gli uomini uguali, così come gli animali della terra, del mare e del cielo di cui tratta il framm. 491 *rer. cott.* (D. 41, 1, 3. 5. 7), i quali perdono la *naturalis libertas* se divengono oggetto di occupazione, ma che possono riacquistarla una volta sfuggiti alla *custodia*, alla stregua degli uomini che da liberi vengono ridotti in schiavitù e che riacquistano la precedente libertà, una volta sfuggiti alla prigionia (D. 41, 1, 7 pr.).

L'abbiamo detto, l'intervento gaiano non intende certo minare le basi giuridiche dell'istituto della schiavitù; Gaio intende piuttosto, da un lato, riportare le motivazioni che spinsero Bruto a propendere per la predetta soluzione negativa, e dall'altro, cogliere l'occasione per ribadire il carattere di essere umano insito anche nello schiavo, per fare emergere quel legame di mutua assistenza che sussiste tra tutti gli uomini e le donne in quanto membri del consesso umano.

E allora, il timbro di *humanitas* che la formula *hominum gratia* dischiude sembra quasi affiancarsi alla più nota *humanitas* letteraria, come quella che traspare dalla sentenza di Terenzio *homo sum: nihil humani a me alienum puto*[299] (parallela al rintocco della campana che diciotto secoli dopo John Donne farà risuonare[300]), e fa rivivere quella suggestiva immagine di Marco Aurelio ove si narra di un ramo che, reciso da un altro ramo a cui è unito, resta separato dall'intera pianta, perché lo stesso accade all'uomo che, separato anche solo da altro uomo, resta separato dalla intera comunità[301].

6. La linea di demarcazione tra *usus* e *usus fructus*

496.

[D. 7, 8, 11] Inque eo fundo hactenus ei (*scil. usuario*) 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.

496.

[D. 7, 8, 11] All'usuario è consentito permanere nell'esercizio dell'uso del fondo finché non risulti di ostacolo al proprietario o di impedimento a coloro che svolgono nel fondo attività produttive; né l'usuario può vendere, locare o concedere gratuitamente il

---

Filippo Gallo, Napoli, 1997, 182 s.; ID., *Gaio cristiano?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, 352 s.

[299] Ter., Heautont., I, 77.

[300] *Each man's death diminishes me, for i am involved in mankind. Therefore, send not to know for whom the bell tolls, it tolls for thee.*

[301] Marc. Aur., *Ad se ipsum* 11, 8; cfr. le profonde considerazioni di QUADRATO, *Hominum gratia*, cit., 285-288.

proprio diritto ad altri.

Anche il lacerto dei *libri aureorum* in materia di diritto di uso è stato trasfuso dai compilatori in misura assai ridotta nel Digesto, per formare il framm. 496 *rer. cott.*

Come è agevole constatare sfogliando i brani che compongono il titolo VIII del settimo libro delle Pandette, *De usu et habitatione*, si preferì il ricorso ad altre fonti giuridiche, specialmente al libro XVII *ad Sabinum* di Ulpiano[302].

Il frammento in parola, sebbene assai stringato, è utile a fornire l'elemento essenziale volto a marcare il *discrimen* sussistente tra *usus* e *usus fructus*, stante una articolata evoluzione giuridica dell'istituto del diritto di uso che potrebbe far apparire sfumate, *prima facie*, importanti differenze.

Il diritto di uso è un istituto antico, risalente almeno al II secolo a.C., che costituisce il nucleo originario da cui in seguito si separò, per costituire uno *ius* autonomo, il diritto di abitazione (già dalla Repubblica, infatti, si ammetteva l'*usus domus*, che assicurava al titolare che lo vantava la facoltà di abitare in una dimora). In seguito, l'uso quale diritto autonomo andò evolvendosi in funzione della sua differenza rispetto all'usufrutto. Se dapprima tra i due diritti reali minori, *usus* e *usus fructus*, poteva scorgersi una netta cesura, poiché solo il secondo riconosceva la facoltà del titolare di percepire i frutti naturali e sfruttare indirettamente la cosa attraverso la concessione a terzi dell'*uti* (traendone, così, i frutti civili), tanto che in un primo momento oggetto dell'*usus* potevano essere solo *res* non produttive di frutti[303], successivamente la distinzione andò sfumando.

E così, si riconobbe anzitutto all'usuario di costituire il proprio diritto anche su beni fruttiferi, con la conseguenza che mentre costui avrebbe potuto usare la cosa, il *dominus proprietatis* ne avrebbe percepito i frutti.

Limpido è l'esempio concernente l'uso costituito su un fondo, nel quale, secondo Labeone, l'usuario pur potendovi abitare e impedire al proprietario di accedervi, non avrebbe potuto impedire l'accesso ai coloni o ai servi del *dominus* che dovevano coltivarlo:

Ulp. XVII *ad Sab.* D. 7, 8, 10, 4: Si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat. sed quid in ea causa sit, videndum. et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibiturum illo venire: sed colonum non prohibiturum nec familiam, scilicet eam, quae agri colendi causa illic sit: ceterum si urbanam familiam illo mittat, qua ratione ipse prohibetur, et

[302] Cfr. D. 7, 8, 2. 4. 6. 8. 10. 12. 14.
[303] Si pensi al già citato *usus domus*.

familiam prohibendam eiusdem rationis est. idem Labeo ait et cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero invito eo non usurum.

In secondo luogo, al titolare dell'*usus* fu concesso di percepire taluni frutti; la dottrina, su questo, punto, è divisa tra chi ritiene che una tale estensione del diritto avvenne solo in epoca giustinianea[304], e chi invece afferma l'esistenza di un riconoscimento a formazione progressiva della *facultas fruendi* dell'usuario[305]. Questo secondo orientamento appare preferibile[306] posto che, pure ammettendo la sussistenza di interventi interpolazionistici nelle fonti in nostro possesso, almeno due frammenti riconoscono la percezione dei frutti da parte dell'usuario (in D. 7, 8, 12, 1, in relazione, purché non si configurino abusi, a legna, frutta, ortaggi, fiori, acqua, etc.; in D. 7, 8, 15, circa i prodotti del fondo a fine di provviste annuali):

Ulp. XVII *ad Sab.* D. 7, 8, 12, 1: Praeter habitationem quam habet, cui usus datus est deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum: idem Nerva, et adicit stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit: Iuventius etiam cum convivis et hospitibus posse ut: quae sententia mihi vera videtur,, aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relicuts est usus. sed utetur his, ut puto, dumtaxat in villa: pomis autem et oleribus et floribus et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat an etiam in oppidum ei deferri possint: sed melius est accipere et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum, si abundet in fundo.

Paul. III *ad Sab.* D. 7, 8, 15: Fundi uso legato licebit usuario et ex penu quod in annum dumtaxat sufficiat capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur: quia et domo et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset.

La questione relativa al contenuto dell'uso relativo ai fondi appare spinosa proprio poiché bisogna delineare la posizione – e quindi i limiti – dell'usuario rispetto alla figura del

---

[304] Cfr. S. RICCOBONO, *Sull'«usus»*, in *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, I, Milano, 1905, 582 s.; E. ALBERTARIO, *Le valutazioni quantitative nel diritto giustinianeo e nelle legislazioni moderne*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1922, 679 s. (= *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1936, 293 s.).

[305] M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustinianeo*, in «RISG», LII, 1913, 241 s.; BONFANTE, *Corso di diritto romano. 3. Diritti reali*, cit., 89 s.; G. GROSSO, *L'uso, l'abitazione e le opere dei servi*, Torino, 1939, 37.

[306] Di questo avviso, G. PUGLIESE, s. v. *Abitazione e uso (diritto romano)*, in «NNDI», I[1], Torino, 1957, 56.

proprietario. Se infatti a distinguere il diritto di uso dall'usufrutto è l'assenza dell'elemento del *frui* laddove resta quello dell'*uti*, tuttavia, cosa bisogna intendere *stricto sensu* per godimento del fondo, vale a dire per *uti*?

Non deve escludersi, infatti, che in tale concetto possa rientrare anche una diretta utilizzazione dei frutti che il fondo offre[307].

A ben vedere, allora, il discrimine essenziale tra *usus* e *usus fructus* deve ravvisarsi nell'impossibilità, quanto all'*usus*, di concepire l'elemento dell'*uti* nei termini di onnicomprensivo godimento della cosa, nella totalità delle utilità che questa è atta a fornire secondo la propria destinazione economica. L'*uti* dell'usuario si contrappone all'*uti* dell'usufruttuario, che rappresenta l'appropriazione dei frutti nel senso più lato, che ricadono nel suo *dominium* attraverso la *perceptio*.

Così ragionando, dall'elemento del *frui* nell'uso devono escludersi non tanto i frutti naturali (giacché, abbiamo visto, essi possono essere percepiti – *rectius*, usati, goduti – in una qualche misura dall'usuario), quanto i frutti civili.

Chiarito ciò, tralasciando il contrasto dottrinario sopra delineato, occorre constatare in ogni caso che la questione circa la facoltà dell'usuario di percepire i frutti trovò diverse soluzioni a seconda della natura del bene oggetto del diritto minore: rispetto alle più ampie concessioni in relazione a fondi e ville (da cui può *sumere quod ad victum sibi suisque sufficiat*, anche con convitati e ospiti), maggiormente restrittiva restò la sfera di diritti del titolare in ordine al gregge (poiché non avrebbe potuto compiervi la *perceptio* di lana e agnelli) e sugli schiavi (l'usuario poteva al più delegare a questi l'acquisto di cose con il denaro da lui fornito).

Ciò che non mutò nel corso dell'evoluzione dell'istituto fu quanto affermato da Gaio nel frammento delle *res cottidianae* qui in commento, e che abbiamo già delineato come pacifica linea di demarcazione tra *usus* e *usus fructus*: la regola per cui l'usuario non poteva trasferire il diritto di *usus* o cederne ad altri l'esercizio o locare la *res* oggetto di uso o, in generale, compiere qualsiasi negozio che permettesse a terzi l'utilizzo della cosa. In altre parole, il divieto dell'usuario di percepire i frutti civili della cosa.

Il framm. 496 *rer. cott.* specifica così che l'usuario potrà permanere sul fondo oggetto del diritto reale di godimento purché il suo comportamento non arrechi molestia al *dominus fundi* e non ostacoli i lavori agricoli, fermo restando il divieto di cedere ad altri – anche a titolo gratuito – l'*uti* che è a lui riconosciuto in via personale ed esclusiva.

---

[307] GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2], cit., 442.

Ne deriva un più stretto carattere di personalità nel diritto di uso rispetto all'usufrutto; talché, mentre in quest'ultimo il titolare era ammesso a concedere ad altri di godere della cosa, di usarne e di farne propri i frutti, tanto a titolo oneroso che gratuito (si parla, al riguardo, di *vendere*, *donare*, *locare usum fructum*[308]), non può configurarsi invece una cessione dell'esercizio del diritto di uso, poiché essa rientra nel generale divieto di attribuire ad altri il godimento del diritto.

Oltre al framm. 496 *rer. cott.*, testimonianze in tal senso si riscontrano in:

Paul. XXIII *ad ed.* D. 10, 3, 10, 1: … usus … qui neque venire neque locari potest *eqs.*

Ulp. XVII *ad Sab.* D. 7, 8, 8 pr.: Sed neque locabunt … neque concedent habitationem … nec vendent usum.

Ulp. XVII *ad Sab.* D. 7, 8, 12, 6: Operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet, et ita Labeo: quaemadmodum enim concedere alii operas poterit, cum ipse uti debeat?

Ma l'importanza del frammento gaiano non si risolve nella delineazione della importante distinzione che abbiamo tracciato tra *usus* e *usus fructus*. Anzi, il lacerto può aiutare a tentare di risolvere una controversa questione inerente – non è un caso, stante la stretta correlazione tra i due istituti – il diritto di usufrutto.

Tale è la questione se sia stata ammessa per il diritto romano classico una locazione del diritto di usufrutto, che è cosa ben diversa dalla locazione del bene oggetto dell'usufrutto. Se, in altre parole, in epoca classica, oltre che locare la *res* dell'usufrutto (*locare rem*), si potesse già *locare usum fructum*[309]. Propendere per una soluzione negativa comporterebbe, come è ovvio, mettere in dubbio la genuinità delle già richiamate fonti ove si parla di *locare usum fructum*, tra cui proprio il framm. 496 *rer. cott.*

È dunque proprio la pacifica paternità gaiana del frammento in commento[310] a fornire un argomento, seppure indiretto, a conferma della classicità della *locatio usus fructus*.

---

[308] Cfr. D. 7, 1, 12, 2; D. 7, 4, 29 pr.; D. 10, 3, 7, 10; D. 23, 3, 66. Si vedano le considerazioni svolte da GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2], cit., 146 s.

[309] I due contrapposti schieramenti vedono G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*[2], Torino, 1972, 431 s., il quale propende per una soluzione affermativa, rispetto a L. AMIRANTE, *'Locare usum fructum'*, in *Labeo*, VIII, 1962, 206 s., che ritiene non classica la locazione di usufrutto, a differenza della locazione della cosa in usufrutto.

[310] Cfr. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 626; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, *I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962, 100 s.; M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960, 11, n. 13; T.

7. La costituzione della servitù mediante legato e l'incertezza sull'ulteriore trasferimento del diritto agli eredi degli eredi

[*De servitutibus*]

497.

[D. 8, 4, 16] Potest etiam in testamento heredem suum quis damnare, ne altius aedes suas tollat, ne luminibus aedium vicinarum officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidia adversus eum habere, vel ut patiatur vicinum per fundum suum vel heredis ire agere aquamve ex eo ducere.

497.

[D. 8, 4, 16] Anche nel testamento taluno può obbligare il suo erede mediante legato a non sopraelevare il suo edificio per non oscurare le luci dell'edificio del vicino, o a tollerare che quest'ultimo immetta una trave nella propria parete o che abbia uno stillicidio rivolto verso il proprio fondo, o a sopportare che il vicino passi e faccia passare animali e carri per il proprio fondo o per quello dell'erede, o che da questo fondo conduca l'acqua.

L'ultimo brano dei *libri aureorum* in tema di diritti reali su cosa altrui è dedicato alle servitù prediali.

La formula *heredem suum damnare* che si ritrova nel framm. 497 *rer. cott.* si riferisce alla facoltà di costituire una servitù anche attraverso il legato *per damnationem*; la predetta espressione, inoltre, è ben più esplicita del generico *iussum* di *dare alicui usum fructum* che abbiamo già visto nel framm. 494 *rer. cott.* D. 7, 1, 3 pr., a proposito della costituzione mediante legato dell'usufrutto.

Il legato *per damnationem* di cui tratta il lacerto può avere per oggetto la servitù *altius non tollendi*, quella *ne luminibus officiatur*, quella *tigni immittendi*, o ancora, quelle di stillicidio, passaggio o acquedotto. Nel testo gaiano, pertanto, non è accennata la distinzione tra *iura praediorum urbanorum* e *rusticorum*; significativo, al riguardo, che il brano sia rifluito nel

---

HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1981, 136 s. Per un particolareggiato approfondimento della questione, si veda C. SANCHEZ-MORENO ELLART, *'Locare usum fructum': note per l'esegesi di Ulp. 20 'ad ed.' D. 10, 3, 7, 10*, in «BIDR», CIII-CIV, 2000-2001, 293 s.

titolo IV del libro VIII delle Pandette, *Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*.

Sebbene la genuinità del passo gaiano sia stata messa in dubbio in passato, in particolar modo quanto alle espressioni *aedes sua* e *adversus eum*, e alle parole *vicinum* e *suum vel heredis*, la dottrina più recente ritiene che, ponendo in confronto sinottico il frammento in commento con il parallelo offerto da Inst. Iust. 2, 3, 4, la maggiore ampiezza degli *aurea* sia foriera di autenticità[311].

Inst. Iust. 2, 3, 4: Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat, ne luminibus aedium vicini officiat; vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere vel stillicidium habere; vel ut patiatur eum per fundum ire agere aquamve ex eo ducere.

A ben vedere, pure qualora venissero per ipotesi espunte le espressioni e parole la cui genuinità è stata contestata, non si minerebbe la struttura giuridica della trattazione; ma essendo queste presenti nel testo, deve registrarsi la loro precipua funzione di rendere lo stesso più limpido e particolareggiato, secondo lo stile proprio delle *res cottidianae* rispetto ad altre opere istituzionali (*in primis*, le Istituzioni di Gaio).

È soprattutto la formula finale *suum vel heredis* a costituire un ausilio terminologico alla comprensione dell'istituto che viene trattato. La servitù, difatti, può essere costituita non esclusivamente su un fondo di proprietà del testatore, bensì su un fondo dello stesso erede: il *legatum per damnationem*, a cui il framm. 497 è dedicato, fa sorgere un onere in capo all'erede di costituire la servitù tanto su un fondo che è parte dell'asse ereditario, quanto su un fondo di proprietà dell'erede.

La scelta di selezione effettuata dai compilatori giustinianei tradisce in questo caso – come già rilevato per gli altri frammenti *rer. cott.* – una minuta cernita dei lacerti gaiani contenuti nei *libri aureorum*: se in ordine al framm. 494 *rer. cott.* tale opera si era risolta in astuto lavoro di cesello volto ad attenuare le differenze giuridiche dovute all'evoluzione dell'istituto dell'usufrutto, il framm. 497 *rer. cott.* deve essere stato trasposto rispettandone la genuinità, pur espungendo la abbondante trattazione dei modi di costituzione delle servitù in epoca classica che, per lo stile a cui gli *aurea* ci hanno abituato, doveva senz'altro essere presente.

[311] Di questo avviso, CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 627.

Ecco allora che il frammento in commento si inserisce a pieno titolo nella esposizione del generale *legatum servitutis*. Come è noto, in epoca classica, questo poteva aversi in due modi, che spiegavano una diversa efficacia[312].

Anzitutto, il legato *per vindicationem*, nel caso in cui il testatore ricorresse alle formule *do*, *lego* o altra equivalente[313]; in questo caso, il legatario avrebbe acquistato la servitù *ipso iure*, fin dalla *aditio hereditatis*, anche a sua insaputa, e pertanto da tale momento avrebbe avuto inizio la prescrizione[314].

Diversamente, con il legato *per damnationem* il testatore poteva solo imporre all'erede di costituire la servitù a favore del legatario[315]; di conseguenza, a quest'ultimo era riconosciuta l'*actio ex testamento* per ottenere dall'erede la costituzione. Formulato l'istituto in questi termini, secondo taluni non potrebbe parlarsi di un vero e proprio modo di costituzione della servitù[316]; in ogni caso, nell'ipotesi di imposizione all'erede di costituire la servitù su fondo altrui – caso di cui il framm. 497 *rer. cott.* tratta[317] – l'erede sarebbe stato obbligato a procurare al legatario la costituzione della servitù a favore del *dominus fundi*.

La distinzione tra le figure di legato scomparve in epoca giustinianea con la C. 6, 43, 1 che, unificando le tipologie di legato, stabilì che da esso, qualsivoglia forma avesse assunto, derivasse sempre il riconoscimento della *actio in rem* in capo al legatario[318].

Pertanto, il *legatum servitutis* poteva aversi in tre casi: si legava un fondo a favore del quale si costituiva una servitù a carico del fondo dell'erede (ci sarebbero stati due legati, uno per il fondo legato, l'altro per la servitù); si legava un fondo costituendo a carico di esso una servitù a vantaggio del fondo ereditario; infine, si legavano due fondi a persone diverse, costituendo tra essi una servitù.

Ora, che un diritto reale limitato potesse costituirsi mediante legato è pacifico, stante la lettera del framm. 497 *rer. cott.* (tanto per costituire a vantaggio del legatario una servitù

---

[312] Devono escludersi, in materia di servitù, il legato *sinendi modo* e quello *per praeceptionem*. Con il primo, il disponente poteva costringere l'erede a tollerare talune facoltà riconosciute al legatario, ma gli effetti spiegati erano solo obbligatori, escludendo quindi la costituzione della servitù. Con il secondo, in seguito rifluito nel *legatum per vindicationem*, si permetteva di prelevare la *res* dal patrimonio ereditario, ed esso concerneva solo cose materiali.

[313] Cfr. Gai. II, 193; D. 33, 3, 1. 3. 4. 7.

[314] Cfr. Pomp. XXXII *ad Sab.* D. 8, 6, 19, 1.

[315] Cfr. D. 8, 2, 31. Si vedano anche S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, cit., 91 e G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 199, n. 14.

[316] Di questo avviso, B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, Milano, 1946, 196.

[317] Nonostante i dubbi sulla genuinità del testo di cui si è già detto, si noti che un siffatto legato può comunque ammettersi in via analogica con il legato di cosa altrui, valido se il disponente è a conoscenza dell'altruità della *res*.

[318] Cfr. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II^2, cit., 406; L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003, 442 s.

negativa, come quella *altius non tollendi*, quanto una servitù positiva, come quelle di acquedotto, passaggio e stillicidio); più controverso invece se un diritto costituito in vita a favore di un terzo potesse passare agli eredi di questo o dovesse estinguersi.

La questione merita un approfondimento partendo, come è ovvio, dall'analisi delle fonti:

Pap. II *resp*. D. 8, 3, 4: Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur: si tamen testatore personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestabitur servitus.

Il problema della opponibilità al compratore o all'erede (*rectius*, ai successori a titolo particolare o universale) di una servitù di pascolo o conduzione del gregge all'acqua per abbeverarlo che è sorta mediante legato è risolto, in prima battuta, da Papiniano: se l'oggettiva destinazione economica del fondo è il pascolo, la servitù stessa atterrà più al fondo che alla persona (*praedii magis quam personae videtur*), per cui il legatario potrà trasmetterla sia per atto tra vivi che *mortis causa*; qualora, invece, il testatore abbia fatto espressa menzione della persona titolare dell'attività oggetto di servitù, questa non atterrà più al fondo, quanto alla persona a cui il diritto è stato trasmesso dal defunto. Nell'ultimo caso, allora, il diritto di servitù non potrà essere trasmesso a sua volta dal legatario mediante atto tra vivi o *mortis causa*.

La regola di diritto che si evince dal brano compulsato afferma, in altri termini, che se l'attività è collegata al fondo e non al soggetto titolare del diritto, in caso di trasferimento del fondo potrà trasferirsi pure il diritto di servitù; non, invece, altrimenti[319].

Questo precetto è confermato indirettamente dalla precisazione che fa Pomponio in relazione alla servitù di attingere acqua (*haustus*), ove ricorda che nonostante l'evidente sussistenza nell'ambito della stessa dell'*intuitus personae*, si tratta comunque di un diritto su una *res*, non certo di una facoltà concessa a un individuo:

Pomp. XXXIII *ad Sab.* D. 8, 3, 20, 3: Haustus ius non hominis, sed praedii est.

Anche Paolo tratta del precetto concernente l'opponibilità al successore a titolo particolare e universale di una servitù costituita mediante legato, che ripetiamo essere ammessa quando la

[319] M. FIORENTINI, *Struttura ed esercizio della servitù d'acqua nell'esperienza giuridica romana*, in *Contributi romanistici*, Trieste, 108.

servitù è considerata qualità del fondo, e non ammessa quando il diritto reale è stato costituito sulla base dell'esclusivo criterio dell'*intuitus personae* del legatario:

Paul. III *resp.* D. 8, 3, 37: Λούκιος Τίτιος Γαίῳ Σείῳ τῷ ἀδελφῷ πλεῖστα χαῖρειν. Ὕδατος τοῦ ῥέοντος εἰς τὴν κρὴνην τὴν κατασκευασθεῖσαν ἐν ἰσθμῷ ὑπὸ τοῦ κατρός μου δίδωμι καὶ χαρίζομαί σοι δάκτυλον εἰς τὴν οἰκιάν σου τὴν ἐν τῷ ἰσθμῷ, ἤ ὅπου δ'ἀν Βούλῃ. quaero, an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaii Seii pertineat. Paulus respondit usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere.

Nel passo riportato, il responso alla domanda se l'erede del donatario conservi l'*usus aquae* ha tenore negativo, poiché nel caso di specie il negozio con cui il diritto è stato costituito presentava alla base un rapporto soggettivo con il beneficiario, tale da escludere i suoi eredi dal godimento del diritto in parola che non potrà essere trasmesso, pertanto, mediante il testamento.

Possiamo concludere che il *discrimen* tra trasmissibilità e intrasmissibilità del diritto di servitù già trasferito, in origine, mediante legato (ipotesi, quest'ultima prevista ai sensi del framm. 497 *rer. cott.*), è dato dal criterio dell'*intuitus personae*. Se tale elemento riveste minore importanza rispetto all'attività cui il fondo è destinato (vale a dire la sua destinazione economica), il diritto potrà essere trasferito senza problemi sia *inter vivos* che *mortis causa*[320]; se, invece, il diritto è stato in origine costituito dal testatore in virtù del particolare legame personale che questi serbava verso il legatario, allora il legame in parola impedirà di rendere il diritto oggetto di ulteriori atti di disposizione. In quest'ultimo caso, il diritto si estinguerà alla morte del suo titolare.

8. La tripartizione delle fonti delle obbligazioni e la classificazione delle obbligazioni nascenti da contratto. La disciplina dei contratti reali e della *stipulatio*

[*De obligationibus*, *quae ex contractu nascuntur*]

498.

[D. 44, 7, 1] Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

498.

[D. 44, 7, 1] Le obbligazioni nascono da contratto, da delitto oppure, secondo un proprio diritto, da varie specie di cause.

[320] Si tratta della caratteristica della c.d. ambulatorietà dei diritti reali, cfr. *ibid.*, 110.

1 Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu.

2 Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis.

3 Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur.

4 Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

1 Le obbligazioni nascenti da contratto si dividono in reali, verbali o consensuali.

2 L'obbligazione reale si contrae con il dare a mutuo. Il mutuo consiste nella dazione di cose che sono individuate in base al peso, al numero o alla misura, come nel caso di vino, olio, frumento, denaro contante; consegniamo tali cose affinché diventino di proprietà di chi le riceve, il quale si impegna a restituircele del medesimo genere e qualità.

3 Anche colui a cui diamo una cosa in comodato resta obbligato con noi in forza di un'obbligazione reale, ma egli è tenuto a restituirci la stessa cosa che ha ricevuto.

4 E invero, chi ha ricevuto da noi una cosa a titolo di mutuo, pure se per un caso qualunque la perderà, resterà lo stesso obbligato. Invece, chi l'ha ricevuta per farne uso, se per un caso fortuito a cui è impossibile resistere dovesse perderla, come nel caso di un incendio, una rovina, un naufragio, non sarà responsabile. Nondimeno, però, nel custodire la cosa è tenuto a osservare una *exactissima diligentia*, e non gli basterà adoperare quella medesima diligenza che applica ai propri affari, se altri avrebbe potuto custodire la cosa più diligentemente. Sarà invece responsabile, compreso nei casi di forza maggiore, se avrà tenuto un comportamento colposo, come per esempio se avrà deciso di portare con sé, in un viaggio, l'argento che aveva ricevuto per servirsene durante una cena con amici,

perdendolo poi a causa di un naufragio o per l'assalto di pirati o nemici.

5 Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere.

5 Anche colui presso il quale depositiamo una cosa resta obbligato nei nostri confronti in forza di un'obbligazione reale e sarà tenuto a restituire la stessa cosa che ha ricevuto. Ma anche se smarrirà la cosa per negligenza, non sarà responsabile; dal momento che non l'ha ricevuta per un vantaggio proprio, bensì a vantaggio della persona da cui l'ha ricevuta, risponderà solo in caso di perimento del bene a causa di un comportamento doloso. Infatti, non risponderà di negligenza, perché chi ha affidato la custodia di un proprio bene a un amico negligente deve biasimare solo se stesso. In ogni caso, si è ritenuto opportuno che un comportamento gravemente negligente sia equiparato al dolo.

6 Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.

6 Anche un creditore che ha ricevuto una cosa a titolo di pegno è tenuto in forza di una obbligazione reale e dovrà restituire lo stesso bene che ha ricevuto.

7 Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur.

7 Un'obbligazione verbale si contrae mediante domanda e risposta quando stipuliamo che una determinata cosa sia data a noi o venga fatta per noi.

8 Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur. et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur.

8 A ogni modo, ciascuno può impegnarsi in nome proprio o altrui; si definisce fideiussore colui che si impegna in nome altrui. E in generale è ammissibile che accanto a colui che si è impegnato in nome proprio vi siano altri che garantiscano della medesima obbligazione, così da essere più sicuri

dell'adempimento del debitore.

9 Si id, quod dari stipulemur, tale sit, ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero vel iam muortuo vel aedibus deustis facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum esse vel mortuum esse vel aedes deustas esse. idem iuris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit.

9 Se la cosa che abbiamo stipulato di dare è impossibile, è pacifico che per ragione naturale tale stipulazione è *inutilis*; siffatta evenienza si avrebbe, per esempio, qualora in ordine a un uomo libero o già morto o su case bruciate si contragga una stipulazione tra soggetti che ignorino che quell'uomo sia libero o morto ovvero siano incendiate le case. Parimenti si avrebbe nel caso di stipulazione di dare un luogo sacro o religioso.

10 Nec minus inutilis est stipulatio, si quis rem suam ignorans suam esse stipulatus fuerit.

10 Non meno *inutilis* è la stipulazione di taluno che abbia stipulato in ordine a una cosa propria ignorando che fosse propria.

11 Item sub impossibili condicione factam stipulationem constat inutilem esse.

11 Allo stesso modo, è evidente che è *inutilis* la stipulazione sottoposta a condizione impossibile.

12 Furiosum, sive stipulatur sive promittat, nihil agere natura manifestum est.

12 È chiaro che né la stipulazione né la promessa di un insano di mente facciano sorgere obbligazione.

13 Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intellegat, quid agatur: sed quod ad hunc benignius acceptum est: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse.

13 Molto vicina alla posizione di costui è quella del soggetto che, a causa della giovanissima età, non comprende che cosa fa; ma in relazione a quest'ultimo si è accolto un orientamento più favorevole: si ritiene, infatti, che chi è in grado di parlare possa validamente stipulare e promettere.

14 Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est.

14 È evidente per la natura delle cose che una persona muta non possa figurare come parte in una obbligazione verbale.

15 Sed et de surdo idem dicitur, quia, etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipulantis

15 E lo stesso vale per una persona sorda. Perché, anche ammesso che possa parlare, se

exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis. unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit.

promette, deve comunque essere in grado di sentire le parole dello stipulante, e se stipula, deve comunque essere in grado di sentire le parole del promittente. Ne consegue che non stiamo parlando di chi ha problemi di udito, ma di chi è del tutto non udente.

Come abbiamo avuto modo di precisare nell'analisi condotta sul framm. 491 *rer. cott.*, i *libri aureorum* non contengono una definizione di *obligatio*; o almeno, *prima facie*, dalla lettura dei frammenti dell'opera in parola trasposti nel Digesto non è possibile rinvenire una tale nozione.

Tuttavia, svariati indizi ci hanno già fatto propendere per un diverso convincimento. In via di estrema sintesi rispetto a quanto detto sopra, si ricordi allora che la corrispondenza della formula *secundum nostrae civitatis iura* al comune linguaggio utilizzato da Gaio, unitamente ai precisi risconti dati da D. 41, 1, 1 pr. (framm. 491 *rer. cott.*) e da Inst. Iust. 2, 23, 1 (da attribuirsi, senz'altro, ai *libri aureorum*), autorizzano ad affermare che la celebre definizione di obbligazione tramandata da Inst. Iust. 3, 13 pr. era stata collocata da Gaio proprio all'inizio della trattazione delle *obligationes* all'interno delle *res cott.*[321].

Lasciando ora da parte considerazioni già svolte, passiamo al dato pacifico offerto dalla lezione gaiana: dei lacerti delle *res cott.* trasfusi nelle Pandette, a prendere le mosse in ordine alla trattazione della materia obbligatoria è il framm. 498, che in D. 44, 7, 1 pr. contiene la celebre tripartizione delle fonti delle obbligazioni in contratto, fatto illecito i *variae causarum figurae*.

La differenza tra la tripartizione delle fonti presenti negli *aurea* – i cui echi si manifestano tuttora nella lettera dell'art. 1173 c.c.[322] – e la bipartizione delle *Institutiones* gaiane, da un

[321] Si rimanda *supra* all'interno dell'analisi al framm. 491 *rer. cott.*, § 2.1.

[322] Rubricato «Fonti delle obbligazioni» e a norma del quale «Le obbligazioni derivano da contratto, fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Diversamente, l'art. 1097 c.c. 1865 recitava: «Le obbligazioni derivano dalla legge, dal contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto». Il disposto codicistico abrogato riproduceva la quadripartizione giustinianea di Inst. Iust. 3, 13, 2, con l'aggiunta della legge (cfr. anche Mod. I *reg* D. 44, 7, 52 pr. e § 5.). Sebbene, in verità, la previsione della legge tra le fonti produttive di obbligazioni ricomprenda tutte le altre fonti previste, in quanto gli atti e i fatti richiamati in qualsiasi classificazione sono idonei a produrre obbligazioni solo allorché l'ordinamento giuridico riconosca a essi efficacia, la previsione della legge era confacente a un ordinamento che riconosceva anche al legislatore il potere di imporre obbligazioni fra privati (così, M. GIORGIANNI, s. v. *Obbligazione (diritto privato)*, in «NNDI», XI, Torino, 1965, 605). Parallela alla disposizione del codice abrogato è, inoltre, l'art. 1370 del codice civile francese nella formulazione *ante* riforma del 2016, che premurava di precisare che talune obbligazioni «résultent de l'autorité de la loi». Cfr. S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane: prolusione letta il 14 aprile 1902, con note*, Bologna, 1902; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*,

lato, e la quadripartizione delle *Institutiones* giustinianee, dall'altro, merita di essere anzitutto posta in evidenza *de visu*:

Gai. III, 88: *Nunc transeamus*[323] ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Inst. Iust. 3, 13, 2: Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

Mentre le Istituzioni di Gaio dividono le fonti delle obbligazioni in *contractus* e *delicta*, quelle imperiali prevedono l'ulteriore scissione dei contratti e dei *maleficia* in fonti *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio* (seppure l'espressione *quasi ex contractu teneri* si ritrovi nel framm. 506 *rer. cott.* D. 44, 7, 5, 1 e l'espressione *quasi ex maleficio teneri* nel medesimo frammento, D. 44, 7, 5, 4. 5. 6).

Della differenza terminologica tra *delictum* e *maleficium* abbiamo già parlato[324]; si rammenti adesso che tale discrasia non appare nascondere una differenza sostanziale oltre quella meramente linguistica, posto che seppure le *res cott.* utilizzino la parola *maleficium* in luogo di *delictum*, talvolta sono le stesse *Institutiones* di Gaio ad adoperare il termine *maleficium*, chiarendo così che al diverso registro linguistico corrisponde un medesimo significato giuridico[325].

Piuttosto, secondo un autorevole orientamento è proprio il contrasto in tema di classificazione delle fonti di obbligazione ad avallare l'asserita genuinità del brano delle *res cott.* in quanto, se i compilatori giustianei avessero voluto alterare la lezione gaiana per adeguarla alla rinnovata cultura giuridica, lo avrebbero fatto senz'altro nel senso fornito da Inst. Iust. 3, 13, 2 (contenente, appunto, la quadripartizione)[326]. Se questa asserzione deve essere condivisa, tuttavia genera confusione la scelta dei compilatori del Digesto di inserire la tripartizione degli *aurea* come frammento di *incipit* sulla trattazione della materia obbligatoria contenuta nel titolo VII, libro XLIV, *De obligationibus et actionibus*[327].

Madrid, 1996, 38 s. Per una più completa riflessione sul passaggio dalla bipartizione gaiana alla tripartizione adottata nelle *res cott.*, si rimanda, *infra*, all'analisi dei framm. 505 e 506 *rer. cott.* del terzo libro dell'opera gaiana.

[323] Integrato da Inst. Iust. 3, 13 pr.

[324] Cfr. *supra*, cap. I, 17, n. 21.

[325] Cfr. Gai. IV, 75; 80; 112.

[326] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 631.

[327] Cfr. G. SCHERILLO, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, cit., 112 s.

Da un lato, una discrasia così evidente lascerebbe intravedere quella *reverentia antiquitatis* di cui si legge in Const. *Tanta*, 10 che i giustinianei nutrivano verso i giuristi classici[328]; dall'altro, più ragionevolmente, la contraddittorietà che emerge nel riportare l'ormai abbandonata tripartizione anziché la quadripartizione adottata nelle nuove *Institutiones* può ricondursi a un semplice refuso da parte dei redattori del Digesto, soprattutto alla luce del fatto che le categoria del quasi contratto e quasi delitto compariranno, in seguito, nel framm. 506 *rer. cott.*

Di particolare evidenza risulta poi il parallelo tra D. 44, 7, 1, 1 e Gai. III, 89:

Gai. III, 89: Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

Vero è che la lezione delle *res cott.* appare più scarna rispetto a quella istituzionale, laddove quest'ultima provvede a sottoclassificare le fonti contrattuali in contratti reali, verbali, letterali e consensuali, mentre gli *aurea* espungono la categoria delle *obligationes litteris contractae*, ma è altrettanto vero che in età giustinianea quest'ultima categoria – già di poca rilevanza nel periodo classico – era definitivamente scomparsa. Si aggiunga considerare che costituiva ormai una prassi diffusa il ricorso a un documento contrattuale – seppure *ad probationem*, e non *ad substantiam* – in ogni affare negoziale. Pertanto, giacché l'inserimento dei contratti letterali nel disposto delle Pandette sarebbe risultato privo di significato, i compilatori devono essere intervenuti sul punto, sopprimendo la menzione di quell'arcaico istituto[329].

Il successivo paragrafo del frammento in commento, D. 44, 7, 1, 2, deve essere letto in parallelo con Gai. III, 90.

Sul punto il framm. 489 *rer. cott.* recita che l'obbligazione reale si contrae con la dazione a mutuo. Nel solco del suo caratteristico stile didascalico, Gaio chiarisce l'oggetto del contratto di mutuo: cose fungibili, *quae pondere numero mensurave constant* (di cui si menziona, a titolo di esempio, vino, olio, frumento, denaro contante) che con la consegna da parte del mutuante al mutuatario divengono di proprietà di quest'ultimo (*ut fiant accipientis*); costui sarà quindi tenuto a restituire cose al mutuante che siano *eiusdem generis et qualitatis*.

[328] Su cui si rimanda a S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: reverentia antiquitatis e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del Codice*, Bologna, 2010, 205.

[329] Cfr. *supra*, cap. I, 49, n. 100.

Gai. III, 90: Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem datio[330] proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fit.

Risulta più esteso il dettato istituzionale, che ricomprende tra gli *exempla* di cose mutuabili anche bronzo, argento e oro, e parimenti più descrittiva è la chiave narrativa seguita in ordine agli effetti del contratto di mutuo, laddove si precisa che una volta pagate, misurate o pesate le *res* mutuate, il mutuatario dovrà restituire non *eadem*, *sed alias eiusdem naturae*. È assente inoltre nel frammento degli *aurea* la questione etimologica che denomina il mutuo tale poiché *ex meo tuum fit*[331].

Dal momento che in tema di contratti reali le corrispondenti *Institutiones* di Giustiniano (Inst. Iust. 3, 14 pr.) seguono pedissequamente il manuale istituzionale gaiano anziché le *res cott.*, in una al fatto che laddove i compilatori del manuale imperiale dovettero ricorrere alle *res cott.* poiché le Istituzioni gaiane erano lacunose furono costretti a guarnire il testo di ulteriori esempi (come in Inst. Iust. 3, 14, 2-4), in dottrina si è sollevato il sospetto che la versione delle *res cott.* a disposizione dei compilatori del Digesto fosse sul punto più stringata rispetto a quella originaria[332].

Occorre prestare particolare attenzione al *veluti* posto da Gai. III, 90 a proposito dell'obbligazione *re contracta*. Tale termine ha in genere la funzione di introdurre una serie di esempi, come accade in D. 44, 7, 1, 2 e nello stesso frammento istituzionale poco dopo. Non così il *veluti* in parola, a cui non segue alcun esempio, anzi vi è la sola menzione della dazione a mutuo. Perciò con esso Gaio avrebbe potuto volere troncare fin da subito una più articolata disamina su quali e quanti siano i contratti reali, per limitarsi a citarne il più paradigmatico; quello che, oltre a concretizzare una *traditio* produttiva dell'effetto traslativo della proprietà, risultava altresì il più importante per una società fondata sul commercio come quella romana, vale a dire il *mutuum*.

Approfondiremo tuttavia al termine della trattazione dei paragrafi del framm. 498 *rer. cott.* dedicati ai contratti reali (D. 44, 7, 1, 2-6) l'assenza in Gai. III, 90-91 di comodato, deposito e pegno dal novero dei contratti reali, e le conseguenze che possiamo trarne in relazione allo studio delle *res cott.*

---

[330] Integrato in base a Inst. Iust. 3, 14 pr. e D. 44, 7, 1, 2.
[331] Cfr. *supra*, Cap. I, 48.
[332] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 633.

Ora, seppure non ne offrano una definizione, le *res cott.* trattano del comodato in D. 44, 7, 1, 3 (spingendosi in questo caso al di là della sintetica esposizione di Gai. III, 90, dedicata solo al mutuo, non anche agli altri contratti reali). Gaio specifica come, nel predetto contratto, il comodatario è tenuto a restituire la medesima *res*, non il suo equivalente.

Il successivo D. 44, 7, 1, 4 è dedicato alla responsabilità del debitore – nelle diverse figure di mutuatario e comodatario – in caso di perimento del bene oggetto del contratto (*si quod accepit amiserit*). Giova ripercorrere le diverse conclusioni a cui giunge il giurista adrianeo a seconda del contratto concluso.

Nel caso del mutuatario – che rispetto alle cose oggetto del mutuo ha acquistato la proprietà – la sua posizione resta particolarmente gravosa, in quanto *nihilo minus obligatus permanet*. E tale soluzione risulta ovvia, stante il tenore del principio *res perit domino*. Diverso invece è il trattamento riservato al comodatario: potrà sottrarsi al *periculum* rappresentato dalla perdita dalla *res qui utendum accepit* in ipotesi di *casus maior* (si noti la crasi di D. 44, 7, 1, 4 i concetti di *casus* e *vis maior*), esemplificato nell'incendio, nella rovina, nel naufragio.

E ad approfondire ulteriormente la responsabilità del comodatario, Gaio sottolinea che non rientra tra le ipotesi liberatorie il caso fortuito in cui subentri il concorso di colpa da parte dell'obbligato, come nell'esempio pittoresco di chi abbia ricevuto in comodato dell'argenteria da utilizzare in una cena con amici, ma che decida di portare con sé in un viaggio per mare, e che durante il viaggio l'argenteria vada perduta a causa di un naufragio o dell'attacco di pirati[333].

Nei casi che esulano dalla forza maggiore, invece, il comodatario è tenuto a *praestare exactissimam diligentiam custodiendae rei*. Il tenore del frammento echeggia anche nel manuale imperiale (Inst. Iust. 3, 14, 2), fatta eccezione per la chiusa del paragrafo istituzionale concernente la gratuità quale elemento essenziale del comodato, configurandosi altrimenti una *locatio conductio rei* (*... Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum*).

Quanto al concetto di *custodia* nel comodato, occorre spendere qualche parola sul differente trattamento della responsabilità per custodia in età classica rispetto all'epoca giustinianea, giusta le possibili interpolazioni che tale mutamento può avere comportato sul lacerto in commento.

[333] Ritorna a questo proprosito la tipica narrazione stilistica gaiana delle *res cott.*, ricca di *exempla* e assente finora nei precedenti paragrafi del framm. 498. Ciò potrebbe avallare l'ipotesi che i compilatori delle Pandette avessero sotto mano una copia mutila, forse a causa dell'uso scolastico.

Per il diritto classico il comodatario, tenuto alla restituzione della *res commodata*, è soggetto a una responsabilità di tipo oggettivo, denominata dalla dottrina custodia tecnica[334], giacché si prescinde da qualsiasi valutazione dell'elemento intenzionale, e si riconosce l'esistenza del nesso causale tra il comportamento del comodatario e la mancata restituzione in tutti i casi eccetto quelli determinati da forza maggiore. E la posizione del comodatario è talmente gravosa che anche l'ipotesi del furto – cui le fonti assimilano la fuga dell'animale o dei *servi qui custodiri solent* oppure la *amissio rei* , cioè la perdita della cosa[335] – non lo libera, pure qualora questo sia intervenuto senza sua colpa. Come noto, la *ratio* della onerosa responsabilità del comodatario deve ascriversi alla *utilitas contraentium*, sussunta in capo al solo comodatario che utilizza la cosa a titolo gratuito[336].

Quando alla fine dell'età classica cade il processo formulare e il *iudicium commodati* si incardina nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, il concetto di *custodia* e quello di *diligentia* sono riunificati. Si ricordi che la *diligentia* aveva già iniziato ad affermarsi quale responsabilità soggettiva consona alla *bona fides*, con il passaggio dalla formula *in factum* a una formula *in ius*, che permetteva al giudice, a differenza della primigenia configurazione di giudizio sul *factum debitoris*, di valutare il comportamento personale del comodatario. Si parla allora nel Digesto di *diligentia exactissima in custodiendo* (come in D. 44, 7, 1, 4) o *diligentia diligentissimi patris familias* (D. 13, 6, 18 pr.).

Orbene, posto che con la *diligentia exactissima in custodiendo* Giustiniano riconduce la responsabilità del comodatario nell'alveo della *diligentia*, ma parametrandola sulla base di un metro assai rigoroso, che rende la prova liberatoria molto difficoltosa, pure ammettendo eventuali alterazioni di D. 44, 7, 1, 4 a opera dei compilatori, esse sortirebbero conseguenze marginali ai nostri fini ermenutici, in quanto la *exactissima diligentia* di Giustiniano finiva per imputare al comodatario una responsabilità nei fatti non diversa da quella per *custodia*[337].

Il framm. 498 *rer. cott.* prosegue, in D. 44, 7, 1, 5, con la disciplina del contratto di deposito; trattazione invero assai scarna, poiché dobbiamo registrare anzitutto l'assenza di una sua definizione analogamente a quanto accade per il comodato. A essere menzionati sono invece il contenuto dell'obbligazione nascente dal contratto di *depositum* e la responsabilità del depositario.

---

[334] In quanto distinta dalla c.d. custodia atecnica, che rileva nel contratto di deposito per indicare la mera attività del custodire la *res* e la relativa obbligazione in capo al depositario.

[335] Cfr. D. 13, 6, 5, 13; D. 13, 6, 18 pr.; D. 50, 17, 23.

[336] Gai. III, 206.

[337] Di questo avviso, F. PASTORI, s. v. *Comodato (diritto romano)*, in «NNDI», III, Torino, 1964, 691.

L'obbligo di restituire quella medesima cosa ricevuta dal deponente sorge in capo al depositario nel momento della stessa consegna e la responsabilità del depositario per l'inadempimento è parametrata sul grado più basso di responsabilità soggettiva: poiché in tale figura contrattuale l'*utilitas contraentium* è a netto vantaggio del deponente, la responsabilità del depositario risulta limitata al dolo. Quest'ultimo soggetto, infatti, ha ricevuto la cosa *non sua gratia*, bensì a favore del deponente, pertanto risponderà del perimento del bene se da lui volontariamente causato.

Seppure, come diremo tra breve, le Istituzioni di Gaio non includano il deposito nella categoria dei contratti reali[338] (giacché in Gai. III, 90-91 si citano solo il mutuo e la *indebiti solutio*), il manuale gaiano è fedele al disposto degli *aurea* quanto alla responsabilità del depositario:

Gai. III, 207: Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo fecerit.

E i criteri che configurano la responsabilità a titolo di dolo, chiarisce ancora Gaio nel framm. 498 *rer. cott.*, sono i soli a trovare rilievo per il contratto in parola. Non potrà quindi configurarsi per il depositario una responsabilità dovuta a sua negligenza, anzi – e qui emerge il pungente stile del nostro autore – chi affida la custodia di un proprio bene a un depositario negligente deve biasimare non certo questi, ma solo se stesso (*de se quaeri debet*[339]).

Analogo discorso in materia di irrilevanza della *neglegentia* è contenuto nelle Istituzioni di Giustiniano:

Inst. Iust. 3, 14, 3: Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sedi s ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque neglegentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit suae facilitati id imputare debet.

[338] Cfr. F. SCHULZ, *History of Roman legal Science*, Oxford, 1953, 167 s.

[339] Locuzione analoga a quella che ritroveremo in tema di società, con riferimento alla scelta di un socio poco affidabile: cfr. *infra*, l'analisi del framm. 502 *rer. cott.*

Sono stati invece sollevati dubbi sulla genuinità dell'ultimo periodo di D. 44, 7, 1, 5 ove si equipara la *magna neglegentia* al dolo, in quanto parrebbe troppo simile alla regola postclassica secondo cui *culpa lata dolo aequiparatur*[340].

Non siamo in possesso di elementi tali da sciogliere il quesito; si ricordi, tuttavia, che solo in età postclassica l'evoluzione del dolo portò a ricomprendere in esso anche la *culpa lata*, come testimoniato dal confronto testuale tra Coll. 10, 8, 1 e C. 4, 34, 1[341].

L'ultimo paragrafo del frammento in commento dedicato ai contratti reali è D. 44, 7, 1, 6, in materia di pegno. Per non incorrere in ambiguità terminologiche, il nostro autore chiarisce subito che sorge una obbligazione *re* in capo al creditore che abbia ricevuto la *res pigneraticia* allorquando sia intervenuto l'adempimento del debitore. Difatti, posto che il pegno ha esaurito la sua funzione, il creditore del debito principale – ora debitore nel contratto reale di pegno – è tenuto a restituire la stessa cosa che ha ricevuto a garanzia del credito. La trattazione degli *aurea* è assai sintetica e risultano assenti la menzione dell'*actio pigneraticia* e della responsabilità del creditore pignoratizio, che si ritrovano invece in Inst. Iust. 3, 14, 4.

Esaurita la trattazione degli *aurea* in materia di contratti reali, come promesso è tempo di approfondire due questioni: la prima sulla qualificazione giuridica da fare assumere alla *indebiti solutio*, di cui tratta Gai. III, 91 subito dopo il mutuo e che invece pure è presente nelle *res cott.* non tra i contratti reali, bensì tra i quasi contratti cui è dedicato il framm. 506 D. 44, 7, 5, 3; la seconda sul perché la classificazione delle *obligationes re contractae* in mutuo, comodato, deposito e pegno sia contenuta solo nelle *res cott.* e non anche nelle Istituzioni gaiane.

Quanto alla prima questione, si consideri anzitutto che a Gai. III, 90, ove è disciplinato il mutuo che le Istituzioni pongono perfino a paradigma dei contratti reali in genere (*re contrahitur obligatio veluti mutui datione*), segue il § 91 avente per oggetto la *indebiti solutio*:

Gai. III, 91: Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.

[340] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 636.
[341] F. BONIFACIO, s. v. *Deposito (diritto romano)*, in «NNDI», V, 1964, 496.

Gaio dapprima indica il pagamento dell'indebito quale esempio di *obligatio re contracta*, in quanto colui che riceve un indebito da chi adempie per errore pure si obbliga tramite una cosa come se avesse ricevuto un mutuo. E così, medesima è la *condictio* per riottenere la somma pagata che è riconosciuta sia al mutuante che a colui che avesse pagato l'indebito. A fronte di siffatte analogie, in seguito, però, Gaio pone una dovuta distinzione tra l'istituto in parola e il mutuo: l'*indebiti solutio* non sorge da un contratto, poiché chi ha pagato con l'intenzione di adempiere intendeva estinguere un rapporto anziché contrarlo[342].

Nelle *res cott.* la *indebiti solutio* si trova in un altro luogo, il framm. 506 D. 44, 7, 5, 3 dedicato ai quasi contratti, che è nel terzo libro *aureorum* e non nel secondo al pari del framm. 498, in materia di obbligazioni nascenti da contratto.

La differente collocazione dei frammenti potrebbe rispondere alla pacifica divergenza tra *Institutiones* di Gaio e *res cott.* in ordine alle fonti delle obbligazioni. Se cioè Gaio inserì il pagamento dell'indebito nelle Istituzioni subito dopo il mutuo, ciò potrebbe essere dovuto al dubbio di dove collocare lo stesso in uno schema bipolare quale quello istituzionale, ove fonti sono i *contractus* o i *delicta*. Uno schema senz'altro troppo claustrofobico e rigido e in definitiva non esauriente[343].

Ecco allora che nelle *res cott.*, con l'aggiunta del *tertium genus* rappresentato dalle *variae causarum figurae*, alla *solutio indebiti* fu riconosciuta la natura di fonte autonoma, non ascrivibile né ai contratti né ai delitti, bensì a quegli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni che riecheggiano nell'odierno disposto codicistico. Nelle Istituzioni giustinianee l'evoluzione giuridica in materia di fonti delle obbligazioni, addivenuta ormai alla c.d. quadripartizione, esclude la *indebiti solutio* dal novero dei contratti reali di cui Inst. Iust. 3, 14, per dedicarvi, all'interno del titolo XXVII del terzo libro *De obligationibus quasi ex contractu*, autonoma trattazione; il lacerto offerto da Inst. Iust. 3, 27, 6 presenta notevoli analogie con il framm. 506 D. 44, 7, 5, 3, che a tempo debito porremo sotto analisi.

Quanto alla seconda questione, invece, il fatto che Gaio non tratti degli altri contratti reali in Gai. III, 90-91 non significa che non includa comodato, deposito e pegno nelle *obligationes re contracta*. Come abbiamo già detto, infatti, il *veluti* di Gai. III, 90 svolge una funzione esemplificativa, e con esso l'autore ha scelto volutamente di omettere la citazione degli altri contratti reali e di richiamare da solo il mutuo a titolo di esempio. Tale opinione è vieppiù confermata se si considera – come pure abbiamo visto – che nel manuale istituzionale gaiano quegli altri contratti reali pure sono a vario titolo menzionati.

---

[342] P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 98 s.
[343] Si veda *infra*, nell'analisi del framm. 506 *rer. cott.*, 224, n. 449.

Pertanto, come è stato notato in dottrina, probabilmente l'ostacolo maggiore in epoca classica all'inquadramento di deposito, comodato e pegno tra i contratti reali fu costituito dalla *datio rei* che, a differenza del mutuo e della *indebiti solutio*, non comportava per essi il trasferimento della proprietà all'*accipiens*[344]. Ma nonostante il silenzio delle *Institutiones*, i contratti in parola devono essere ascritti a pieno titolo tra le *obligationes re contractae* anche per il manuale istituzionale, giacché dal testo gaiano già emergono i caratteri essenziali dei contratti reali: da un lato, l'elemento oggettivo della consegna della cosa, e dall'altro, il non meno importante elemento soggettivo della *conventio* in ordine all'obbligo di restituire, il quale come è ovvio non può avere consistenza se non laddove abbia avuto luogo la consegna della *res.* Ecco perché non può considerarsi contratto reale – e ancor meno obbligazione nascente da contratto – la *indebiti solutio*, giacché in essa la volontà del soggetto è diretta piuttosto a *distrahere* che a *contrahere negotium*[345].

Proseguendo nell'analisi del frammento, ad aprire i paragrafi in materia di obbligazioni verbali è D. 44, 7, 1, 7, che indica come una siffatta *obligatio* sorga quando si stipula che una determinata cosa sia data a noi o venga fatta per noi (*quid dari fierive nobis*).

Il lacerto presenta è del tutto uguale al primo periodo di Inst. Iust. 3, 15 pr., mentre risulta diverso dalla lezione di Gai. III, 92:

Inst. Iust. 3, 15 pr.: Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulamur.

Gai. III, 92: Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBEO, FACIES? FACIAM.

Il breve frammento gaiano in materia di *stipulatio* non risulta particolamente pregnante, o almeno non tanto quanto il suo omologo contenuto nelle *Institutiones*, con cui, tuttavia, ha poco in comune. Invero, dal semplice schema dialogico *interrogatio-responsio* emerge anche, nel frammento delle *res cott.*, l'importanza di un istituto così elementare quanto fondamentale, attraverso il quale l'essenza stessa della vita di Roma è passata, nelle sue

[344] Così, BONIFACIO, s. v. *Deposito (diritto romano)*, in «NNDI», cit., 495.
[345] G. OSTI, s. v. *Contratto*, in «NNDI», IV, Torino, 1964, 466, n. 1.

relazioni familiari, economiche e processuali che attraverso lo strumento stipulatorio divenivano relazioni giuridiche e, così, materia di diritto[346].

Sul successivo D. 44, 7, 1, 8 occorre invece fermarsi più a lungo. Tale paragrafo concerne l'assunzione dell'obbligazione *alieno nomine* da un altro soggetto, qualificato come *fideiussor*. Come noto, quest'ultimo figura quale garante del debitore principale – cioè colui che ha assunto l'obbligazione *proprio nomine* – e sarà chiamato a rispondere dell'eventuale suo inadempimento.

La formula che identifica i fideiussori quali soggetti *qui eadem obligatione teneantur* merita particolare attenzione, stante l'intreccio che D. 44, 7, 1, 8 presenta con le *Institutiones* gaiane in tema di garanzie personali dell'obbligazione e la *vexata quaestio* che ha riguardato le stesse Istituzioni, finalmente risolta in tempi recenti[347].

È d'uopo partire dalla fonte istituzionale gaiana ove si afferma l'esistenza di tre distinte figure di garanti, lo *sponsor*, il *fideopromissor*, il *fideiussor*:

Gai. III, 115: Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus.
§ 118: Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio, fideiussoris valde dissimilis.

I tre istituti, infatti, differiscono tra loro principalmente sotto i seguenti aspetti: il verbo presente nella formula stipulatoria, l'obbligazione che esse garantiscono, l'oggetto di tale obbligazione e il requisito dell'accessorietà.

Per quanto concerne il verbo, occorrerà sottolineare che mentre il verbo usato nella *sponsio* (*spondere*) può essere utilizzato solo da *cives* romani, il verbo *fidepromittere* può essere utilizzato tanto da *cives* quanto da stranieri; inoltre, nel verbo *fidepromittere* compare un esplicito richiamo alla *fides*, valore socio-giuridico comune sia al *ius civile* che al *ius gentium*, assente invece nel verbo *spondere*[348]. E ancora, mentre *sponsio e fidepromissio*, in funzione di garanzia, non possono accedere ad altro che a un'obbligazione scaturente a sua volta da *stipulatio*[349], in quanto la loro creazione sembra dover essere ascritta a un'età in cui l'unico

[346] S. RICCOBONO, s. v. *Stipulatio*, in «NNDI», XVIII, Torino, 1971, 445.

[347] Si rimanda a F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi si storia del diritto e di semantica storica*, a cura di Leo Peppe, Padova, 2008, 93-129.

[348] Cfr. C. A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, 148 ss.

[349] Anche se, come afferma Gai. III, 170, la *sponsio* e la *fidepromissio* avrebbero potuto garantire anche un'obbligazione non nascente da *stipulatio*, purché si procedesse dapprima a novazione tramite *stipulatio*.

negozio a effetti obbligatori era, appunto, la stipulazione[350], al contrario, ciò non vale per la *fideiussio*. Essa, che nasce con una valenza marcatamente commercialistica, sembra essere stata creata per la garanzia di obbligazioni nascenti da contratto consensuale e, in ogni caso, per garantire quelle non nascenti da *stipulatio.*

Quanto all'oggetto dell'obbligazione da cui tali garanzie nascevano, occorre dire che la *sponsio* e la *fidepromissio* avrebbero potuto garantire solo obbligazioni che avessero per oggetto un *facere* fungibile poiché, a causa del loro regime di solidarietà (si pensi a una *fidepromissio* perfezionatasi con i termini *idem facies*) un'obbligazione avente a oggetto un *facere* infungibile sarebbe stata valida solo se l'oggetto della stipulazione principale potesse essere considerato attuabile anche dal garante. Solo attraverso la *fideiussio*, quindi, potevano essere garantite – in ogni caso – obbligazioni che avessero per oggetto un *facere* infungibile.

L'ultima differenza concerne l'accessorietà. La *sponsio* e la *fidepromissio* presentano un'accessorietà riferita all'atto giuridico[351]; dovendosi fare per loro riferimento alla stipulazione principale intesa come atto, esse risulteranno valide se accederanno a una *stipulatio* valida, non rilevando, invece, l'eventuale inefficacia della stessa *stipulatio* principale. L'accessorietà della *fideiussio*, diversamente, è relativa al rapporto giuridico principale: la sua validità sarà subordinata al fatto che possa essere postulata l'esistenza di un'obbligazione principale, civile o naturale, che essa, appunto, garantisce.

Fatta la doverosa premessa isagogica, passiamo al passo gaiano concernente le tre formule stipulatorie, oggetto degli interventi editoriali che vogliamo in questa sede analizzare:

Gai. III, 116: Sponsor ita interrogatur: idem dari spondes? fidepromissor <ita>: idem fidepromittis? fideiussor ita: id fide tua esse iubes?

Tale lettura – che alla luce delle ultime ricerche è da accogliere come quella corretta[352] – è la sola che si confà appieno alle considerazioni finora svolte; mentre, infatti, nel caso della

[350] Così BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati*, cit., 95-96.

[351] Cfr. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*. *Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Padeborn-München-Wien-Zurich, 1990, 29 ss.

[352] Le tre formule stipulatorie riportate da Gai. III, 116 hanno in realtà alle spalle un passato alquanto travagliato. Prima di giungere alla lettura finale, la romanistica si è frammentata in tante diverse ricostruzioni. Al riguardo, non è difficile comprendere che, mai come in questo caso, anche una differenza testuale minimale può stravolgere la ricostruzione di un intero istituto: porre infatti nella formula stipulatoria un *id* in luogo di un *idem* o viceversa stravolge *ab imis fundamentis* la *ratio*, le caratteristiche e le finalità di ciascuna delle suddette garanzie personali dell'obbligazione. Nello specifico, a distinguere tra *id* e *idem* nel Codice Veronese, che com'è noto è scritto in caratteri onciali, vi è un semplice punto di abbreviazione. Il disposto definitivo di Gai. III, 116 è stato ottenuto grazie agli studi compiuti dal Laboratorio Gaiano, diretto da Filippo Briguglio, attraverso una analisi multispettrale compiuta sulla linea 14 del *folium* 25v del Codice Veronese. Per maggiori approfondimenti si rimanda a BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati*, cit., 93-129.

sponsio o della *fidepromissio* di garanzia il garante si impegna a eseguire la medesima prestazione promessa dal debitore principale (*idem dari spondes? idem dari fidepromittis?*), nella *fideiussio*, invero, il garante assume solo la responsabilità per l'inadempimento del debitore principale, e non l'impegno all'esecuzione della stessa prestazione alla quale quest'ultimo è tenuto[353].

La formula stipulatoria della *fideiussio* è, difatti, *id fide mea esse iubeo* e quindi, facendo Gaio espresso riferimento all'*id* (e non all'*idem*), si deve concludere che in tale istituto il garante «non [sia] da considerarsi soggetto a un dovere di prestazione, ma [assuma] la responsabilità per il caso di inadempimento del debitore principale»[354].

Se quindi l'«*idem*» presente nelle formule di *sponsio* e *fidepromissio* comporta la precisa identità tra l'oggetto dell'obbligazione del debitore principale e l'oggetto dell'obbligazione del garante, l'*id* proprio della formula fideiussoria implica, invece, una valutazione economica della prestazione principale, poiché il *fideiussor* non si impegnerà a eseguire la medesima prestazione del debitore principale ma, piuttosto, dovrà rispondere delle conseguenze economiche negative che deriveranno dall'inadempimento di tale soggetto. Per questo motivo, come abbiamo sopra evidenziato, la *fideiussio* è l'unica forma di garanzia personale dell'obbligazione a poter garantire obbligazioni aventi a oggetto un *facere* infungibile.

Il framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 8, nelle parole *qui eadem obligatione teneantur*, deve allora essere letto in combinato disposto con la formula stipulatoria riportata da Gai. III, 116 (*id fide mea esse iubeo*). Non già un impegno del fideiussore all'esecuzione della medesima prestazione cui era tenuto il debitore principale, bensì la promessa a rispondere del danno economico che l'eventuale inadempimento di quest'ultimo avrà provocato al creditore.

Ciò posto, i frammenti che seguono del frammento in commento (D. 44, 7, 1, 9-11) trattano vari casi di invalidità della *stipulatio*. Essa si qualifica come *inutilis* nel caso abbia come oggetto una prestazione impossibile, e recita Gaio che *ratione naturali* non potrebbe essere altrimenti[355]. Ritorna a questo punto lo stile particolareggiato degli *aurea*, che riportano svariati esempi di *stipulationes inutiles* per impossibilità dell'oggetto. Così accade qualora in ordine a un uomo libero o già morto o su case bruciate si contragga una

---

[353] M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria dall'esperienza romana alle codificazioni moderne (considerazioni finali)*, in *La garanzia nella prospettica storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, 154, n. 20: «*lo* sponsor/fidepromissor*, personalmente obbligato per la prestazione oggetto della stipulazione principale, non risponde soltanto per l'inadempimento da parte del debitore, come invece accade per il* fideiussor».

[354] BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati*, cit., 117.

[355] Cfr. G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, 313-325.

stipulazione tra soggetti che ignorino che quell'uomo sia libero o morto ovvero siano incendiate le case. E pure si avrebbe nel caso di stipulazione di dare un luogo sacro o religioso. La *stipulatio* è altresì *inutilis* nel caso in cui oggetto della promessa di dare sia una *res* che è già proprietà dell'*accipiens* (D. 44, 7, 1, 10) o ancora qualora la stipulazione sia *impossibili condicione pendente* (D. 44, 7, 1, 11).

A disciplinare una invalidità della *stipulatio* dal punto di vista soggettivo di uno dei contraenti è D. 44, 7, 1, 12, che prescrive la nullità del contratto qualora vi abbia partecipato un *furiosus*. Il testo gaiano non è il solo a dedicare spazio all'insano di mente[356]. Costui infatti era incapace di agire e di porre in essere qualsiasi negozio (così, Gai. III, 106 e Inst. Iust. 3, 19, 8) giacché non poteva esprimere né *voluntas* né *consensus*[357].

Gli ultimi tre paragrafi del framm. 498 *rer. cott.* sono anch'essi dedicati all'invalidità della *stipulatio* sotto il versante soggettivo. E così, D. 44, 7, 1, 13 affianca al *furiosus* chi è tanto giovane di età da non comprendere il significato delle proprie azioni, sebbene, qualora egli sia in grado di parola (*qui loqui potest*), allora ben potrà concludere una *stipulatio* valida ed efficace.

Stante il necessario rispetto dello schema dialogico di domanda e risposta, sia una persona muta (D. 44, 7, 1, 14) che una persona sorda (D. 44, 7, 1, 15, che peraltro ammette al contratto *qui tardius exaudit*) sono escluse dal compimento della *stipulatio*. Il contratto in parola, difatti, richiede non solo la pronuncia di *certa et solemnia verba*, ma anche la facoltà di *exaudire* quelle stesse parole pronunciate dai contraenti.

9. *Praestare custodiam* e *periculum emptoris* nella compravendita di *vinum doliare*

499.

[D. 18, 6, 2] Hoc (*scil. vino doliari empto dolia ante vindemiam evacuari debere ab emptore*) ita verum est, si is est venditor, cui sine nova vindemia non sint ista vasa necessaria: si vero mercator est, qui emere vina et vendere solet, is dies spectandus est,

499.

[D. 18, 6, 2] Ciò è vero (cioè se, nell'acquisto di vino contenuto in giare, il compratore debba svuotarle prima della vendemmia) se si tratta di un venditore che non avrà bisogno dei recipienti se non con la nuova vendemmia; se si tratta, invece, di un

[356] Sarebbe fuori luogo dilungarsi oltremodo sul tema, pertanto si rimanda a A. GUARINO, *Notazioni romanistiche: IV-V-VI. Il «furiosus» e il «prodigus» nelle «XII tabulae»*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, 194 s.

[357] Cfr. C. 4, 38, 2; D. 29, 2, 47; D. 50, 17, 40.

quo ex commodo venditoris tolli possint.

commerciante, che è solito acquistare e vendere vino, occorrerà considerare il giorno in cui torni comodo al venditore che sia asportato il vino.

1 Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

1 Consideriamo poi quale grado di custodia debba garantire il venditore prima del giorno della misurazione: se una piena custodia, così che risponda anche per la mancanza di diligenza, oppure soltanto per dolo. E ritengo che il venditore sia tenuto a un grado di diligenza tale da essere scusato solo per evento fatale o forza maggiore.

500.

[D. 18, 6, 16] Si vina quae in doliis erunt venierint eaque, antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum adfirmavit, emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet. plane si, cum intellegeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque ad in eum diem quo tolli deberent, non admonuit emptorem, tenebitur ei, quanti eius interesset admonitum fuisse.

500.

[D. 18, 6, 16] Se del vino tenuto nelle giare sarà venduto, e per sua natura sarà andato a male prima di essere portato via dal compratore, se il venditore avrà dichiarato la buona qualità del vino, sarà obbligato nei confronti del compratore. Qualora, invece, non abbia dichiarato nulla, rischio e pericolo graveranno sul compratore, poiché questi non ha proceduto all'assaggio o, se l'ha fatto, l'ha fatto male. È pacifico che se il venditore non avrà avvertito il compratore, pur accorgendosi che la buona qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al momento del ritiro, sarà responsabile nei confronti del compratore nella misura dell'interesse di questi a essere avvertito.

Al termine della trattazione inerente alla *stipulatio*, il testo originario delle *res cottidianae* doveva proseguire con la disciplina dei contratti consensuali. Non siamo in possesso purtroppo dei frammenti introduttivi di siffatti contratti in quanto i compilatori delle Pandette scelsero di rivolgersi dapprima al manuale istituzionale di Gaio (Gai. III *inst.* D. 44, 7, 2 =

Gai. III, 135-137) e in seguito alle Istituzioni di Paolo (Paul. II *inst.* D. 44, 7, 3) per tracciarne le prime linee isagogiche.

In particolare, mentre il brano tratto dalle Istituzioni gaiane elenca le quattro tipologie di contratto consensuale (*empio vendito*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*) e pone il consenso quale elemento essenziale e sufficiente del negozio, il testo istituzionale paolino contiene la celebre definizione di *obligatio* ove si fa riferimento alla *substantia obligationum*, all'*animus obligandi* e alla necessaria presenza dell'elemento volitivo del *consensus* anche nelle obbligazioni verbali[358].

A ben vedere, nella collocazione compilatoria il brano di Paolo sembra quasi fuori posto, inserito maldestramente là dove si era già passati alla disciplina delle singole obbligazioni.

Ma lasciando da parte quest'ultima osservazione, non davvero rilevante ai nostri fini, il mutuo ricorso alle *res cott.* e alle Istituzioni gaiane, come hanno ritenuto di fare i compilatori saltando da un frammento all'altro del titolo VII, libro XLIV del Digesto, ci permette di ribadire ancora una volta la stretta relazione tra le due opere di Gaio (di cui ne è testimonianza anche la lezione offerta da Inst. Iust. 3, 22).

Orbene, lo sviluppo dei contratti consensuali nelle *res cott.* muove dalla compravendita, a cui sono dedicati i frammenti 499 e 500. Considerato che entrambi i lacerti hanno nel Digesto una comune collocazione (titolo VI, libro XVIII *De periculo et commodo rei venditae*) e che presentano per oggetto questioni molto specifiche riguardanti la vendita di *vinum doliare* (cioè vino dell'anno contenuto in giare), è bene trattarne unitamente.

Il framm. 499 *rer. cott*. è collocato nel Digesto immediatamente dopo un brano eccerpito dai *libri ad Sabinum* di Ulpiano (Ulp. XXVIII *ad Sab.* D. 18, 6, 1).

Nel frammento in parola Gaio chiarisce anzitutto la regola generale per cui le giare piene di vino che il venditore ha consegnato al compratore dovranno essere svuotate prima della nuova vendemmia, così che il produttore potrà riutilizzarle (D. 18, 6, 2 pr.). Tuttavia, tale disposto generale conosce un'eccezione: nel caso in cui il venditore necessiti delle giare prima del periodo di nuova vendemmia (situazione in cui si trova generalmente il mercante, che acquista e vende le botti di vino durante tutto l'anno), il compratore dovrà restituire le stesse a richiesta del venditore (in questo senso, l'espressione *ex commodo venditoris*).

---

[358] Paul. II *inst.* D. 44, 7, 3 pr. – 2: «Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. 1 Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est. 2 Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero 'spondes'? et tu responderis 'spondeo', nascetur obligatio».

Questa prima parte del framm. 499 *rer. cott.* non può essere compresa se non raffrontandola con il testo che la precede, Ulp. XXVIII *ad Sab*. D. 18, 6, 1, 3-4:

§ 3 Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam tes- tando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detri- mento sit ea res emptori. § 4 Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuarentur quam ad vindemiam opera eorum futura sit necessaria: quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.

Il testo – nel quale non è agevole distinguere quanto deve attribuirsi a Ulpiano e quanto a Sabino[359] – concerne nel § 3 la vendita di vino nella ipotesi in cui le parti abbiano stabilito un giorno *ad metiendum*, cioè per la misurazione dello stesso, e non si sia proceduto alla misurazione e al ritiro del vino entro detto termine. In tal caso, il compratore incorrerà in mora e il venditore potrà effettuare l'*effusio* del vino (ossia buttarlo via), previo avviso al compratore delle sue intenzioni. Tale facoltà si unisce ad altre due: il venditore potrà prendere in locazione le giare di vino e non consegnarle al compratore che rifiuti di pagare il canone di locazione oppure potrà vendere il vino a un altro compratore. Qualora decida di propendere verso questa seconda ipotesi, e si tratti di un venditore che eserciti l'attività di mercante che abitualmente compra e vende vino, il termine entro cui il nuovo compratore dovrà asportare il vino dalle botti deve avvenire secondo le strette necessità del venditore.

Il successivo § 4 concerne il caso della vendita senza che sia stato stabilito tra venditore e compratore il giorno entro cui il vino debba essere ritirato. Si afferma che, nel silenzio delle parti, il termine coinciderà con la prossima vendemmia e, spirato inutilmente tale termine, il venditore sarà legittimato a sversare il vino. Difatti, in età repubblicana la prassi negoziale considerava il tempo della vendemmia quale termine ultimo per il ritiro del vino acquistato:

[359] Cfr. le ricostruzioni di R. ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, 116 s.; F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea*, III, Bari, 1966, 675; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpians Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, 248.

qualora il compratore non si fosse presentato, il venditore avrebbe vuotato i recipienti, non prima però di misurare – come insegnavano i *veteres*[360] – la quantità del vino rimasto se questa non fosse stata palese, per avere contezza della quantità di prodotto che il compratore avesse perduto.

Ecco che la prima parte del framm. 499 *rer. cott.* riprende la regola sabiniana affermata in D. 18, 6, 1, 4: nel caso si tratti di un venditore che non necessiti delle giare per la futura vendemmia, il vino dovrà essere ritirato entro tale ultimo termine; qualora però il venditore sia un mercante, il termine del ritiro dovrà avvenire secondo quanto più conveniente per il venditore.

La seconda parte del frammento in commento (D. 18, 6, 2, 1) tratta invece della responsabilità per *custodia* del venditore. In particolare, vi si afferma che prima del giorno deputato alla misurazione del vino il venditore debba *praestare custodiam*, tuttavia non si chiarisce se ciò valga solo qualora ci si trovi in un momento temporale precedente alla mora del compratore (*ante admetiendi diem*), ipotesi già vista nell'ulpianeo D. 18, 6, 1, 3, oppure anche in seguito alla costituzione in mora di questi. L'interesse di Gaio è piuttosto volto a chiedersi se la *custodia* del venditore debba qualificarsi come *plena*, di talché sarà tenuto a una particolare diligenza, ovvero sia limitata al dolo.

La risposta gaiana è indirizzata verso la *custodia plena*, in quanto al venditore sarà richiesta ogni diligenza per impedire il perimento del vino, restando liberato solo nel caso di *damnum fatale* o *vis magna* (forza maggiore)[361].

Il framm. 499 *rer. cott.* ha sollevato numerose perplessità quanto alla questione della responsabilità del venditore a titolo di *custodia* e del suo esonero solo in caso di *damnum fatale* o forza maggiore[362]. Che problemi ermeneutici sorgano per quanto riguarda la posizione del venditore è abbastanza scontato, giacché dal versante del compratore l'obbligazione di *pretium solvere* non desta particolari ambiguità, trattandosi di obbligazione pecuniaria.

---

[360] Si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], cit., 73; A. WATSON, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford, 1965, 70 (rist. Aalen, 1984).

[361] Sul concetto di *praestare custodiam* si veda C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, 135, n. 53.

[362] Si rimanda a ARANGIO-RUIZ, *Ancora sulle Res cottidianae*, cit., 493 s.; H. HEUMANN – E. SECKEL, s. v. *Custodia*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*[10], Graz, 1958, 118; DI MARZO, *I 'libri rerum cottidianarum sive aureorum'*, cit., 52, n. 128; COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., 98 s.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, cit., 196; G. BESELER, *Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte*, in «TR», VI, 1928, 294; P. LAZO, *El riesgo en la compraventa de vino en el derecho romano*, in *Revista de Estudios Histórico-Juridicos (Sección Derecho Romano)*, XXVII, 2005, 88 s.

Nelle fonti la responsabilità del venditore ripercorre tutti i criteri seguiti in epoca classica: dolo, colpa[363] e *custodia*[364]. Quanto ai criteri soggettivi, paradigmatico risulta il brano di Ulp. XXIX *ad Sab.* D. 50, 17, 23, nel quale si precisa che la *emptio venditio* rientra tra quei contratti ove *dolum et culpam recipiunt*[365]. Tale impostazione è avallata da una numerosa serie di passi, ove si fa riferimento alla posizione del venditore che risponde per dolo o per colpa (o per dolo o colpa soltanto) o dove si menziona la diligenza che egli deve prestare[366]. Più complessa invece la configurazione della responsabilità del venditore in relazione al criterio oggettivo della *custodia*, posto che il criterio in parola si intreccia nell'ambito della compravendita con la disciplina del *periculum emptoris* (cui vedremo essere dedicato il framm. 500 *rer. cott.*).

Al di là delle reinterpretazioni della *custodia* in senso soggettivo avutesi in età postclassica e giustinianea (ove per essa si intese la *exacta* ovvero *exactissima diligentia in custodiendo*)[367], la formula *praestare custodiam* doveva indicare inizialmente una responsabilità di tipo oggettivo derivante dalla impossibilità di *rem restituere* a seguito del furto della cosa[368]. Difatti, il venditore (in linea di principio proprietario della *res*) era tenuto in forza del contratto di compravendita a *prastare custodiam* non già in virtù di una obbligazione *in dando* (poiché pure in caso di furto egli sarebbe rimasto obbligato), quanto in relazione al *tradere possessionem*, e quest'ultima obbligazione sotto il profilo del *praestare custodiam* era assimilabile a quella di *rem restituere*[369].

Ciò chiarito, la formula *praestare custodiam* suscita ulteriori dubbi, specie in relazione all'intreccio tra questa e la volontà delle parti. La dottrina si è infatti divisa tra chi ha inteso tale grado di responsabilità come un elemento naturale del negozio[370], neutralizzabile dal diverso convincimento delle parti, e chi, invece, l'ha ritenuto un elemento accidentale. Anzi, in quest'ultimo senso sembra lo intendesse Gaio in D. 18, 1, 35, 4 (X *ad ed. prov.*), i cui echi si manifestano anche in Inst. Iust. 3, 23, 3a, ove si delinea una automatica corrispondenza fra

---

[363] Cfr. M. TALAMANCA, s. v. *Colpa civile (storia)*, in «ED», VII, Milano, 1960, 517 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*[2], I, München, 1971, 505.

[364] M. TALAMANCA, s. v. *Custodia (diritto romano)*, in «ED», XI, Milano, 1962, 562 s.

[365] Cfr. D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in «ZSS», LXXIII, 1956, 68 s.

[366] D. 18, 1, 68 pr.; 18, 2, 14; 18, 2, 19 pr.; 18, 4, 2, 5. 7; 18, 4, 3; 18, 4, 21; 18, 6, 3; 18, 6, 5 pr.; 18, 6, 12; 19, 1, 6, 8; 19, 1, 13, 16. 17; 19, 1, 36; 19, 1, 54 pr.; 21, 1, 31, 9. 11. 12. 14; 21, 1, 47, 1; 21, 1, 48 pr.; 39, 2, 18, 8-9; 39, 2, 38 pr.; 39, 2, 44, 1; 47, 2, 81 pr.; Inst. Iust. 3, 23, 3.

[367] D. 18, 1, 35, 4; 18, 6, 3. 12; 19, 1, 36; 39, 2, 18, 8-9; 39, 2, 38 pr.

[368] Cfr. P. VOCI, *"Diligentia", "custodia", "culpa". I dati fondamentali*, in «SDHI», LVI, 1990, 29 s.

[369] Di questo avviso, C.A. CANNATA, s. v. *Vendita (diritto romano)*, in «ED», XLVI, Milano, 1993, 448.

[370] KASER, *Das römische Privatrecht*[2], I, cit., 504; E. BETTI, *"Periculum": problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, I, Milano, 1956, 138 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*[2], II, Napoli, 1980, 263 s.

custodia e *diligentia in custodiendo*[371]. Gaio avrebbe dunque riportato l'opinione dei Sabiniani[372], mentre i Proculiani avrebbero inteso la *custodia* quale elemento naturale del negozio[373]. Ma quanto appena affermato rivela l'esistenza di uno *ius controversum* sul punto, in quanto nel framm. 499 *rer. cott.* la *custodia* è considerata un elemento naturale del contratto di compravendita (così come attestato anche dagli ulpianei D. 18, 6, 1, 1 e D. 18, 6, 4, 1-2).

Resta da chiarire un ultimo aspetto in ordine alla responsabilità per *custodia* del venditore di vino.

Come abbiamo visto, il frammento in commento esonera tale soggetto solo nei casi di *damnum fatale* e *vis magna*. Ed è proprio questa precisazione a corroborare la natura oggettiva della responsabilità per *custodia*.

Come è noto, due tipologie di *diligentia* possono rilevare in tema di responsabilità: una che potremmo definire comune o ordinaria, che se impiegata libera il debitore da ogni responsabilità; un'altra che impone al debitore un particolare accorgimento e che si arresta solo dinanzi al *damnum fatale*, alla *vis magna*. Di talché, rilevando nel caso di specie questo secondo tipo di diligenza, la *custodia plena* menzionata da Gaio nel framm. 499 *rer. cott.* D. 18, 6, 2, 1 comprende anche la *diligentia*, mentre una *custodia non plena* si arresterebbe al solo caso di *dolus*.

Pertanto, allorquando Gaio si interroga se *ante admetiendi diem* sia imposta al venditore la *plena custodia* (intendendo per essa un criterio oggettivo di responsabilità superabile solo nei casi irresistibili) ovvero questi debba semplicemente astenersi dalla astensioni dolose, il giurista adrianeo risponde che il grado di *diligentia* richiesta è quello della piena custodia[374].

Passiamo adesso al framm. 500 *rer. cott.*, D. 18, 6, 16 (15), il quale parimenti sviluppa un problema assai specifico in tema di compravendita di *vinum doliare*. La già vista cifra stilistica delle *res cottidianae*, cioè quella di trattare la disciplina di questioni particolari dei singoli istituti giuridici e spesso circoscritte al versante pratico-casistico, emerge anche nel frammento di cui ci accingiamo a proporre un commento.

---

[371] La derivazione gaiana di Inst. Iust. 3, 23, 3*a* è sostenuta da FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, II, cit., 392.

[372] Conformemente a Ulp. XXIX *ad Sab.* D. 47, 2, 14, 1.

[373] Cfr. Nerat. III *membr.* D. 19, 1, 31 pr.

[374] Si registra un diverso orientamento interpretativo, rappresentato da V. ARANGIO-RUIZ, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in «BIDR», XX, 1908, 195, ove il giurista ritiene il framm. 499 *rer. cott.* senz'altro interpolato, in quanto il venditore di vino sarebbe stato tenuto, secondo un criterio di responsabilità di tipo soggettivo, a un grado di diligenza pari a quello del buon padre di famiglia. Arangio-Ruiz ipotizza che l'originario testo gaiano fosse il seguente: «Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam ut et diligentiam praestet an vero dolum dumtaxat videamus: et puto et diligentiam venditorem exhibere debere».

Gaio tratta la questione del vino che, contenuto nelle giare, si sia corrotto prima del ritiro da parte del compratore. Qualora si verifichi tale evenienza, bisognerà distinguere due casi: se il venditore avesse garantito della buona qualità del vino oppure no. Nella prima ipotesi, il venditore sarà responsabile verso il compratore della avvenuta *mutatio* del vino; ma se nulla aveva garantito in tal senso (*si nihil adfirmavit*), il rischio sarà esclusivamente del compratore, che potrà lamentarsi solo di stesso (*de se queri debet*) se non avrà effettuato la doverosa *degustatio* prima dell'acquisto del prodotto o se l'avrà eseguita ma maldestramente, senza capire che il vino si fosse guastato. Da ultimo, Gaio precisa che se il venditore si fosse accorto che il vino non avrebbe potuto reggere fino al giorno stabilito per il ritiro, e non avesse tuttavia avvertito il compratore, è pacifico che sarà responsabile nei suoi confronti nella misura del vantaggio che il compratore aveva a essere avvertito tempestivamente.

Per comprendere appieno la portata dell'*excerptum* gaiano occorre prospettare una più ampia visione di insieme sul contratto di compravendita.

Nel contratto consensuale e obbligatorio di *emptio venditio*, l'adempimento delle obbligazioni di *emptor* e *venditor*, come è ovvio, non avviene *ex necesse* nel momento stesso di manifestazione delle volontà negoziali e di perfezionamento del reciproco consenso. Se allora è pur vero che il momento dell'adempimento può avvenire in seguito, tuttavia, gli effetti che esso spiega sui contraenti devono essere i medesimi che vi sarebbero stati qualora le parti avessero adempiuto le loro rispettive obbligazioni al momento della conclusione del contratto.

Nelle fonti si trovano accenni alla questione sia nel caso in cui le parti non abbiano previsto un termine per l'adempimento (e di conseguenza una o entrambe le prestazioni sarebbero risultate immediatamente esigibili dalla controparte)[375], sia nel caso in cui detto termine sia stato fissato[376].

L'adempimento delle obbligazioni dei contraenti in un momento successivo a quello della conclusione della compravendita, pertanto, se da un lato importa che le parti dovranno conseguire la stessa posizione giuridica raggiunta se le prestazioni fossero state eseguite immediatamente, cioè non appena fossero divenute esigibili, dall'altro si intreccia con il problema delle eventuali modificazioni materiali o giuridiche che potrebbero colpire nel frattempo la cosa venduta.

---

[375] Si rimanda a KASER, *Das römische Privatrecht*[2], I, cit., 638 s.; J.G. WOLF, *Barkauf und Haftung D. 19, 1, 23 Iul. 13 dig.*, in «TR», XLV, 1977, 13 s.; S. WEYAND, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in «TR», LI, 1983, 225 s.

[376] *E.g.* Ulp. *lib.* XXXII *ad ed.* D. 19, 1, 13, 18.

È in relazione a quest'ultimo aspetto che rileva il principio *cuius commoda*, *eius et incommoda*[377]; infatti un particolare caso di *incommodum*, sotto il profilo qualitativo, è la c.d. *mutatio vini*, che riveste importanza sia nel senso stretto dell'avvenuto detrimento materiale del prodotto venduto, sia del *periculum* che ricade sull'*emptor* la cui controprestazione (*praestare vinum* di buona qualità) risulti divenuta impossibile[378].

L'eventuale inacidimento del vino – la cui deperibilità poteva comportare la vendita, testimoniata nelle fonti e avallata dal consenso delle parti, di *vina acida et mucida*[379] – comportava la notevole importanza assegnata dai contraenti al momento della *degustatio* del compratore, controllo che, sebbene costituisse un elemento accidentale del negozio[380], era nella pratica sempre previsto dalle parti. La *degustatio* poteva avvenire o in un termine stabilito dalle stesse parti ovvero, nel silenzio sul punto, entro il *dies* pattuito per la consegna della merce[381]. Qualora il termine per la degustazione fosse inutilmente spirato o se il controllo da parte del compratore ci fosse stato ma senza che questi avesse avuto nulla da obiettare sulla qualità del vino, il *periculum acoris et mucoris* sarebbe gravato in capo all'acquirente. In assenza di previsione della *degustatio*, il *periculum* sarebbe passato in capo all'*emptor* dal momento della conclusione del contratto.

Un ultimo profilo merita di essere approfondito, che ci ricollega al precedente framm. 499 *rer. cott.*, ovverosia il rapporto sussistente fra *degustatio* e *admensio* nella vendita del vino *ad mensuram*.

Sopra abbiamo avuto modo di vedere che D. 18, 6, 1, 3 disciplina la vendita di vino nella ipotesi in cui le parti abbiano stabilito un giorno *ad metiendum*, cioè per la misurazione dello stesso, e non si sia proceduto alla misurazione e al ritiro del vino entro detto termine. Con la

---

[377] Si vedano D. 18, 6, 7 pr.; 43, 24, 11, 9. 10; C. 4, 38, 1; Inst. Iust. 3, 23, 3. La dottrina ha distinto, in ordine al *commodum*, l'*akzessorisches* dallo *stellvertretendes commodum*: incrementi o decrementi materiali o giuridici della cosa venduta, nel primo caso, imputazione alle parti degli effetti economici o giuridici cagionati da suddetti incrementi o decrementi, nel secondo caso. Cfr. F. MOMMSEN, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, I, Braunschweig, 1859, 2 s.; CANNATA, s. v. *Vendita (diritto romano)*, in «ED», cit., 419 s.

[378] A trattare specificamente del *periculum emptoris* nel caso di specie, F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, II, *Periculum est emptoris*, in «ZSS», XLI, 1920, 90 s.; M. HARDER, *Weinkauf und Weinprobe*, München, 1975, 17 s.; I. MOLNÁR, *'Periculum emptoris' im römischen Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, 2236 s.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle in droit romain*, Bruxelles, 1987, 377 s.; V. CARRO, *Note sul riparto del rischio contrattuale nelle obligationes consensu contractae*, in *Revista general de derecho romano*, XXVII, 2016, 4 s.

[379] Pomp. IX *ad Sab.* D. 18, 6, 6.

[380] Ulp. XXVIII *ad Sab.* D. 18, 6, 1 pr. e 18, 6, 4, 1. Contrariamente all'orientamento maggioritario, ritiene la *degustatio* un elemento naturale del negozio R. YARON, *Sale of wine*, in *Studies in the Roman Law of Sale in memory of Francis de Zulueta*, Oxford, 1959, 71 s., cui si contrappone, *ex multis*, HARDER, *Weinkauf und Weinprobe*, cit., 29 s.

[381] Ulp. XXVIII *ad Sab.* D. 18, 6, 4, 1. Si veda la nota di correzione di Mommsen al lacerto in KRUEGER – MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, cit., 241, *sub* 1).

conseguenza, in caso di mancata misurazione, della costituzione in mora del compratore e della facoltà per il venditore di effettuare l'*effusio* del vino, previo avviso al compratore. Adesso occorre fare un passo avanti, in ordine allo stesso momento di perfezionamento del contratto di vendita di vino *ad mensuram*, di cui tratta Ulpiano in D. 18, 6, 1, 1:

Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. post mensuram factam venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia.

Ebbene, Ulpiano chiarisce come la stessa fattispecie contrattuale debba considerarsi incompiuta fino al momento della misurazione, in quanto il vino non è, per così dire, ancora venduto *ante admetiendi diem*. Pertanto fino alla misurazione il rischio graverà totalmente sul venditore, allo stesso modo in cui prima di tale operazione il venditore sarà tenuto a *praestare custodiam*, secondo la lettera del framm. 499 *rer. cott.* In seguito alla misurazione, il *periculum acoris et mucoris* passerà invece all'acquirente.

Tanto la *degustatio* che l'*admensio*, allora, producono sotto diversi profili il medesimo effetto: la traslazione del rischio derivante dalla *vini mutatio* in capo all'*emptor*.

10. Profili di *familiaritas* tra compravendita e locazione conduzione

501.

[D. 19, 2, 2] Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.

1 Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi

501.

[D. 19, 2, 2] La locazione conduzione è simile alla compravendita e poggia sulle medesime regole di diritto: infatti, come si contrae una compravendita se si è convenuto sul prezzo, così si intenderà conclusa una locazione conduzione se si è convenuto sulla mercede.

1 Invero, vi è una certa somiglianza tra compravendita e locazione conduzione, al punto che in certi affari ci si chiede se si configuri l'una o l'altra: per esempio, se ho convenuto con un orefice che costui, con il proprio oro, mi faccia anelli di peso e forma

faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

determinati, dietro corrispettivo di trecento, ebbene si tratterà di una compravendita o di una locazione conduzione (d'opera)? Ma è preferibile che si ritenga un solo affare e sia considerata quindi una compravendita. Se invece io avrò dato il mio oro, una volta stabilita una mercede per il lavoro, non vi è dubbio che si tratti di una locazione conduzione.

In modo analogo alle Istituzioni di Gaio (Gai. III, 142-147) e imperiali (Inst. Iust. 3, 24), anche i *libri aureorum* fanno seguire alla disciplina della *emptio venditio* quella inerente alla *locatio conductio*.

Il framm. 501 *rer. cott.* si concentra sulla *familiaritas* tra i predetti contratti consensuali, muovendo dapprima dall'elemento comune dell'accordo sul corrispettivo economico dovuto dal compratore o dal conduttore (rispettivamente, *pretium* e *merces*) ai fini della determinazione del momento genetico del *vinculum iuris* (D. 19, 2, 2 pr.), e successivamente precisando che la somiglianza tra i due contratti è tale alle volte da creare ambiguità, nel concreto, su quale dei due sia stato posto effettivamente in essere (in tal senso, la *conventio cum aurifice* in D. 19, 2, 2, 1).

I due aspetti – anche in questo caso eminentemente pratici, nel solco dello stile degli *aurea* – dovranno essere analizzati singolarmente, al fine di chiarire fino a che punto possano scorgersi analogie tra compravendita e locazione conduzione nella loro struttura e disciplina e, se tali analogie saranno dimostrate, quali siano i corollari.

Si consideri anzitutto la lettera del manuale istituzionale gaiano:

Gai. III, 139: Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arrha quidem data fuerit. nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae. § 140: Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est. § 141: Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei <pretium esse possit>, valde queritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod

vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait: […][382] et reliqua. diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, acceperim et pretii nomine homine forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

Nel § 139 Gaio precisa che il contratto di *emptio venditio* si intende concluso allorquando le parti abbiano concordato sull'elemento del *pretium*. Non rileva, infatti, né che il prezzo sia già stato pagato né che sia stata versata una *arrha*, poiché ciò che si richiede ai fini del sorgere dell'obbligazione (§ 140) è che il prezzo sia *certum*. Se infatti manca la certezza del prezzo – prosegue Gaio – come nel caso in cui la quantificazione dello stesso sia rimessa alla decisione di un terzo, devono registrarsi due opposti orientamenti: secondo Labeone e Cassio, un siffatto accordo sarà inefficace; secondo Ofilio e Proculo, invece, anche in questo caso si potrà parlare di una compravendita validamente conclusa.

In ordine all'elemento del prezzo, Gaio seguita a precisare (§ 141) che esso deve consistere in denaro contante (*pecunia numerata*), sebbene anche sotto questo profilo si segnala una disparità di vedute: i Sabiniani sono dell'avviso che il *pretium* possa consistere anche in altra cosa rispetto al denaro contante (sarebbe il caso della c.d. *permutatio rerum*, così risalente da essere testimoniata dallo stesso Omero); i Proculiani, diversamente, affermano che altro è la permuta e altro la compravendita, sicché a voler ritenere diversamente la *res*-oggetto della compravendita potrebbe confondersi con la *res*-oggetto del prezzo, né si può accettare che ciascuna *res* sia al contempo ciò che è venduto e ciò che è corrisposto a titolo di prezzo (anche se, afferma ancora Gaio, secondo Celio Sabino poteva qualificarsi come compravendita lo scambio di una *res venalis*, come un fondo, contro la consegna di uno schiavo a titolo di prezzo[383]).

Orbene, si noti nei §§ 140-141 la presentazione gaiana di due *regulae* in materia di compravendita: *pretium autem certum esse* e *pretium in numerata pecunia consistere debet*.

---

[382] I versi omerici tratti dall'Iliade, 7, 472-475 non sono riportati nel Codice Veronese; si veda allora Inst. Iust. 3, 23, 2. Cfr. P. BLAHO, *Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer*, in E. JAKAB – W. ERNST (a cura di), *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in der europäischen Kaufrechtsordnungen*, Köln-Heidelberg, 2008, 53 s.

[383] Si vedano G. NICOSIA, *Celio Sabino e le dispute su permutatio ed emptio venditio*, in *Iura*, LXII, 2014, 24 s.; F. LA ROSA, *Celio Sabino e le due Scuole*, in *Iura*, LXIII, 2015, 104 s.

Che tali disposizioni siano prescrittive è confermato dal combinato disposto del successivo § 142 in tema di locazione conduzione, ove si afferma che questo contratto consensuale segue le medesime *regulae* della compravendita per quanto concerne il momento genetico dell'obbligazione:

Gai. III, 142: Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi. § 143 Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. § 144 Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.

Possiamo tracciare allora i primi profili di *familiaritas* tra i contratti di compravendita e locazione conduzione: come nei §§ 142-143 rileva l'elemento della *merces certa* ai fini della conclusione della *locatio conductio*, così nell'antecedente § 140 si prescrive che il *pretium* debba essere certo affinché la compravendita possa considerarsi conclusa; allo stesso modo, nel § 144 l'ipotesi dubitativa in ordine a se sia effettivamente conclusa una *locatio conductio* quando taluno conceda ad altri l'uso di un bene e ottenga in cambio da questi l'uso di un altro bene corrisponde alla regola del § 141 dove si prescrive che il prezzo deve consistere in denaro contante (difatti entrambi i paragrafi sono introdotti da *item*, sebbene il § 144 sottintenda che la mercede debba consistere in *pecunia numerata*).

La simmetria tra le prescrizioni in tema di compravendita e locazione conduzione prosegue anche in ordine ai diversi orientamenti dottrinali su *pretium* e *merces*: il § 140 che riporta la disputa tra Labeone e Cassio contro Ofilio e Proculo sulla possibilità di far stabilire a un terzo il prezzo da pagare corrisponde al § 143 ove ci si chiede se via sia locazione conduzione allorché la valutazione del canone sia rimessa a un terzo; e richiamando il già citato § 144 in tema di *locatio conductio*, esso corrisponde a ben vedere alla disputa tra Sabiniani e Proculiani nel § 141 sul *discrimen* esistente tra compravendita e permuta.

Da ultimo, una ulteriore analogia tra i contratti consensuali in parola è da ravvisarsi nell'uso gaiano del termine *negotium* riscontrabile in Gai. III, 140 e il framm. 501 *rer. cott.* D. 19, 2, 2, 1 (sul quale, in ogni caso, torneremo avanti più diffusamente): nel manuale gaiano, a proposito della disputa sulla possibilità di rimettere a un terzo la decisione sul *pretium*, per Labeone e Cassio un tale *negotium* sarebbe stato inefficace (*Labeo negavit ullam vim hoc*

negotium habere; *cuius opinionem Cassius probat*), mentre Ofilio e Proculo sostenevano la nullità dell'intera compravendita (*Ofilius et eam emptionem et venditionem*; *cuius opinione Proculus secutus est*); nel framm. 501 *rer. cott.*, parimenti, il termine *negotium* si utilizza per delineare gli elementi volti a chiarire la demarcazione tra la fattispecie di compravendita e quella di locazione conduzione nel particolare caso della c.d. *conventio cum aurifice*, che a ben vedere non costituisce una ipotesi di *locatio conductio* bensì di compravendita (*sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse*)[384]. In entrambi i casi, pertanto, per *negotium* Gaio avrebbe inteso non già un patto aggiunto con il quale le parti si impegnavano a rimettere al terzo la determinazione del *pretium* o della *merces*, bensì la locuzione *negotium* voleva rappresentare l'intera operazione contrattuale, cioè non solo il contratto né solo il patto aggiunto dalle parti[385].

Ciò premesso, possiamo allora ravvisare un primo elemento di *familiaritas* tra *emptio venditio* e *locatio conductio* nella impossibilità delle parti dei rispettivi contratti di rimettere a un terzo la determinazione del prezzo o della mercede?

Detta impossibilità, come abbiamo visto, deriverebbe infatti dalla regola posta in tema di compravendita da Gai. III, 140 (*pretium autem certum esse debet*) e confermata per la locazione conduzione sia dal successivo § 142 sia dal framm. 501 *rer. cott.* D. 19, 2, 2 pr. (*nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit*). Né potrebbe scalfire la *regula* in parola il disposto pure attribuito a Gaio, proveniente dal commento all'editto provinciale, ove il giurista ammette la validità di una *locatio conductio* nella quale la determinazione della mercede avvenga a opera di un terzo:

Gai. X *ad ed. prov.* D. 19, 2, 25 pr.: Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur: sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta.

---

[384] A sospettare della genuinità delle parole *unum esse negotium et*, ventilando la presenza di un interpolazione giustinianea, è S. LONGO, *La «conventio cum aurifice» di Gai 3.147*, in *Index*, XXXVIII, 2010, 293, n. 7 e 332 s.

[385] Di questo avviso, G. FALCONE, *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita*, in «AUPA», LVIII, 2015, 47. Cfr. anche G.G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 38 (= *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, 2053).

Se infatti partiamo dalla analogia strutturale tra locazione conduzione e compravendita, ebbene dalla lettura del passo sembrerebbe che Gaio aderisse all'ammissibilità della validità di una clausola del tipo *quanti Titius aestimaverit* per la compravendita, come affermavano Ofilio e Proculo, diversamente da Labeone e Cassio[386]. Ma il testo appena compulsato non deve trarre in inganno, posto che D. 19, 2, 25 pr. è nella sostanza pedissequo rispetto a una costituzione giustinianea del 530, motivo per cui la romanistica prevalente ha ritenuto la sussistenza di un deciso intervento dei compilatori giustinianei, e pertanto che l'originale gaiano fosse diverso da quello tramandato nelle Pandette[387]:

C. 4, 38, 15 pr. (a. 530): Super rebus venumdandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. § 1 Quam decidentes censemus, cum hiuismodi conventio super venditione procedat "quanti ille aestimaverit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire […]. § 2 Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: […]. § 3 Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus.

Allora, tornando alla domanda posta in precedenza, le *regulae* gaiane che impongono la certezza del *pretium* e il fatto che esso debba consistere in *pecunia numerata*, tanto per il caso della compravendita (Gai. III, 140-141) che per la locazione conduzione (Gai. III, 142 e D. 19, 2, 2 pr.), comportano che ai predetti contratti sia preclusa l'ipotesi della determinazione del *pretium* ovvero della *merces* a opera di un terzo?

La risposta deve essere cercata all'interno dello stesso manuale istituzionale gaiano: in Gai. III, 142 (parallelo al framm. 501 *rer. cott.* D. 19, 2, 2 pr.), dopo aver precisato che la locazione conduzione segue la medesima struttura e disciplina della compravendita, si riporta l'opinione per cui non sembra contrarsi (*non videtur contrahi*) una *locatio conductio* allorquando la mercede non sia certa; e ancora, nel successivo § 143 si aggiunge la

[386] Cfr. H.L.W. NELSON – U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181*, Berlin, 1999, 282 s.

[387] Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, 5 s.; H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des methodes propres à les decouvrir*, Paris, 1895, 14 s.; P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e teoria dei contratti innominati*, I, Pavia, 1911, 217, n. 1; E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in «BIDR», XXXI, 1921, 10, n. 1; A. D'ORS, *C. 4.38.15 (530), interpolado por el mismo Justiniano*, in «SDHI», XXVI, 1960, 325 s.; K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., 148, n. 14; P. SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano, 1972, 567 s.; S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola "quanti Titius rem aestimaverit" nella riflessione dei giuristi romani*, in «RIDA», LVIII, 2011, 114.

controversia interpretativa per cui ci si domanda (*quaeritur*) se, nel caso in cui la determinazione della mercede sia rimessa all'arbitrio di un terzo, possa configurarsi comunque una locazione conduzione.

Ora, dal momento che i due periodi nel manuale istituzionale di Gaio sono l'uno conseguente all'altro (§ 142 … *nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*. § 143 *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*), dovremo concludere che la locuzione *non videtur contrahi* non debba essere intesa nel senso anzidetto di «non si contrae una locazione conduzione», quanto piuttosto nel senso di «non appare evidente che si contragga una locazione conduzione», posto che il successivo § 143 introduce proprio sulla base di una oscillazione interpretativa (*unde…*) una ulteriore incertezza sulla possibilità di rimettere al terzo la quantificazione della mercede.

Infatti, a ragionare diversamente sulla locuzione *non videtur contrahi*, se Gaio avesse affermato nel § 142 che in assenza di certa mercede, il negozio contratto non sarebbe stato una locazione conduzione, non avrebbe avuto senso indicare come conseguenza, nel seguente § 143, la sussistenza di una *vexata quaestio* relativa alla decisione del terzo sulla mercede.

Il dettato gaiano deve allora essere inteso nel senso che segue: qualora la mercede sia certa, allora è pacifico (*videtur*) che le parti concluderanno una locazione conduzione; qualora sia incerta, non si potrà invece affermare al di là di ogni dubbio (*non videtur*) che sia stata conclusa una locazione conduzione[388].

E stante la *familiaritas* tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*, è proprio su questa linea esegetica che deve leggersi Gai. III, 140 allorquando afferma che il prezzo deve essere certo, e il successivo § 141 laddove impone – al fine di non avere alcun dubbio sulla tipologia di contratto concluso – che il *pretium* debba consistere in *pecunia numerata* giacché, altrimenti, in caso di prezzo che consista *in ceteris rebus*, ci si espone (*valde quaeritur*) alla controversia sopra riassunta tra chi ammette una siffatta compravendita e chi la riconduce alla permuta.

In conclusione, il primo profilo di analogia tra i due predetti contratti consensuali è relativo all'elemento del *pretium*, per la compravendita, e della *merces*, per la locazione conduzione, e in tal senso il framm. 501 *rer. cott.* D. 19, 2, 2 pr. deve interpretarsi quando prevede la soggezione di tali tipologie contrattuali alle medesime *regulae iuris*. Siffatte regole sanciscono che la certezza del *pretium* o della *merces* nel momento di conclusione del

[388] Così, FALCONE, *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita*, cit., 52.

rispettivo contratto non rappresenta un requisito indefettibile per far sorgere l'obbligazione[389], bensì è la condizione per mettere al sicuro, oltre ogni dubbio ermeneutico, il risultato negoziale che le parti hanno inteso raggiungere (nello specifico, quello proprio di una compravendita o quello di una locazione conduzione).

In altre parole, se le parti seguiranno tali *regulae*, porranno senz'altro in essere, a seconda dei casi, l'uno o l'altro contratto consensuale, ma se decideranno di discostarsene, incorreranno – a seconda dell'orientamento giurisprudenziale che l'interprete del caso concreto vorrà seguire – o nella sanzione della inefficacia dell'atto (Gai. III, 140 e 142; D. 19, 2, 2 pr.) ovvero nella configurazione dell'atto come negozio diverso da quello voluto dalle parti (Gai. III, 141).

Pertanto, il fatto che Gaio nel manuale istituzionale si limiti a tracciare l'esistenza di uno *ius controversum* sulle questioni anzidette senza accennare al prevalere di un orientamento sull'altro e senza aderire ad alcuno di essi, e che tale scelta narrativa risulti confermata nel framm. 501 *rer. cott.*, ove sempre Gaio afferma che talvolta la *familiaritas* tra compravendita e locazione conduzione è tale che in certi affari ci si chiede (*quaeri soleat*) se si configuri l'una o l'altra, ebbene ciò non deve essere ascritto a una pretesa umiltà scientifica del giurista adrianeo ovvero a una sua incapacità di far proprio questo o quell'orientamento[390] o ancora a una mancata attività di revisione dei propri scritti[391]. Si tratta piuttosto di una precisa scelta didattica, vale a dire quella di non indugiare, all'interno di un manuale elementare, nella trattazione di approfondite *vexatae quaestiones* giurisprudenziali, e tracciarle invece appena, per lasciare le loro soluzioni a testi superiori[392] (e non possiamo escludere che gli esiti di tali controversie fossero contenute per intero nelle originarie *res cottidianae*).

Passiamo ora al secondo aspetto di analogia tra i contratti di compravendita e locazione conduzione.

Questo ulteriore profilo, cui Gaio dedica il framm. 501 *rer. cott.* D. 19, 2, 2, 1 (parallelo a Gai. III, 147), potrebbe definirsi della *familiaritas* tra i contratti in parola *in re ipsa*, atteso che

---

[389] R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, 175, n. 13.

[390] Cfr. B. KÜBLER, s. v. *Gaius* in «RE», VII.1, Stuttgart, 1910, 501; . KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Romischen Rechts*[2] , cit., 204, n. 23.

[391] Cfr. F. SCHULZ, *History of Roman legal Science*, Oxford, 1946, 163 (= *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 290).

[392] Cfr. A. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift Fritz Schulz*, II, Weimar, 1951, 214 s. (= *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona 1948)*, II, Milano, 1953, 136 s.); R. QUADRATO, *Il messaggio di Gaio: diligentius requiremus*, in ID., *Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, IX s.

è lo stesso Gaio a evidenziare che in taluni casi i due negozi sembrano sovrapporsi al punto da risultare difficile dire se le parti abbiano concluso l'uno o l'altro.

Un esempio in tal senso è menzionato proprio nel predetto lacerto, ovverosia nell'incarico conferito a un orafo affinché confezioni un anello d'oro di forma e peso determinati, dietro il pagamento di un corrispettivo. Alla domanda se un negozio del genere configuri una compravendita ovvero una locazione conduzione, la risposta gaiana è icastica: occorre considerare se la materia con cui gli anelli saranno creati, cioè l'oro, sia di proprietà del soggetto incaricante o dell'orafo. Nel primo caso, le parti avranno concluso una *locatio anuli faciendi* (inquadrabile nell'alveo della *locatio conductio operis*); nel secondo caso, una compravendita.

Ed è proprio questa seconda ipotesi a suscitare maggiore interesse per Gaio, tanto nel manuale istituzionale che nei *libri aureorum*. Si tratta di quel negozio – ribattezzato dalla romanistica *conventio cum aurifice* – nel quale un soggetto incarica un *aurifex* di realizzare, con l'oro di quest'ultimo, anelli di un certo peso e di una certa forma (*certi ponderis certaeque formae*), dietro il pagamento di un corrispettivo in denaro.

Difatti, mentre l'ipotesi che vede l'oro di proprietà del soggetto incaricante è rapidamente sussunta nell'alveo del contratto di compravendita, il giurista adrianeo si sofferma maggiormente sull'ipotesi che vuole l'oro di proprietà dell'orafo. Il più approfondito spazio dedicato alla *conventio cum aurifice* si giustifica in virtù delle diverse opinioni giurisprudenziali che tentavano di ricondurre detto negozio talvolta alla *emptio venditio* talvolta alla *locatio conductio*, tesi sulle quali Gaio dapprima si sofferma, per proporre in seguito la propria soluzione.

È giunto allora il momento di analizzare la seconda parte del framm. 501 *rer. cott.*: il lacerto offerto da D. 19, 2, 2, 1 al quale, quasi pedissequamente, Gai. III, 147 fa da contraltare[393].

---

[393] Sul lacerto istituzionale gaiano la letteratura è vastissima. Cfr. *ex multis* C. LONGO, *Diritto romano. La locatio-conductio. Lezioni dell'anno accademico 1920-1921*, Pavia, 1921, 141 s.; U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in «RISG», II, 1927, 567 s.; G. BESELER, *Romanistische Studien: Zur Sachbewertung nach dem aquilischen Recht*, in «ZSS», cit,, 34 s.; L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, in «AUPA», XVI, 1931, 160 s.; F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, 122 s.; T. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 74 s.; ID., *Tipicità e unità della 'locatio conductio'*, in *Labeo*, V, 1959, 395; F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963, 80; J.A.C. THOMAS, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in «ZSS», LXXXI, 1964, 109 s.; G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, cit., 95, n. 41; O. BEHRENDS, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index*, XII, 1983-1984, 222; C.A. CANNATA, *Droit privé romain. Obligations, successions, procédure*, II, Genève, 1987, 144; A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio operis «irregularis»*, in *Seminarios Complutenses*

Anche in questo caso, conviene partire dalla lettura del manuale istituzionale gaiano:

Gai. III, 147: Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.

Il giurista degli Antonini sussume sotto tre distinte opinioni la qualificazione giuridica della *conventio cum aurifice*: vi era chi ascriveva siffatto accordo alla *emptio venditio*, chi invece alla *locatio conductio operis*, e il giurista Cassio, infine, che tentava di conciliare gli opposti orientamenti – secondo uno schema da taluni ritenuto analogo alla *media sententia* gaiana già vista nel framm. 491 *rer. cott.* D. 41, 1, 7, 7 in tema di specificazione[394] – affermando la coesistenza di due contratti, cioè compravendita quanto alla materia utilizzata e *locatio conductio operarum* quanto al lavoro svolto[395].

Nel parallelo framm. 501 *rer. cott.* D. 19, 2, 2, 1 Gaio omette l'*opinio* di Cassio e avanza la già citata soluzione, nel caso in cui l'oro con cui confezionare gli anelli sia dello stesso orafo, affermando che *placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse*.

---

del derecho romano, «SCDR», VII, Madrid, 1995, 200 s.; E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., 51; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, 81, n. 26; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 206 s.; A. TORRENT, *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico: la conventio cum aurifice (Gayo 3.147) y el fundamento económico para su calificación contractual*, in *Iuris antiqui historia*, «IAH», VI, 2014, 37 s.

[394] Si rimanda *supra* all'analisi del framm. 491 *rer. cott.* Alla lettura ivi riportata si aggiungano O. BEHRENDS, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in «ZSS», CXII, 1995, 197 s. e M.J. SCHERMEIER, *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im Klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992, 198 s.

[395] In ordine alle opinioni sussistenti tra i giuristi romani sulla qualificazione giuridica della *conventio cum aurifice*, si segnala il contributo di LONGO, *La «conventio cum aurifice» di Gai 3.147*, cit., 291-336, nel quale l'Autrice afferma che in realtà le opinioni giurisprudenziali fossero solo due: da un lato, coloro che sostenevano la configurazione di una *emptio venditio* e, dall'altro, la tesi di Cassio. Contro l'ipotesi di Longo, e a rimarcare la ricostruzione maggioritaria del passo in parola, si pone A. CORBINO, *Ritorni su Gai 3.147. La ratio del dissenso giurisprudenziale circa la qualificazione causale dell'accordo di commissione di anelli da confezionare con materiali dell'artefice*, in L. GAROFALO – L. ZHANG (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)*, Pisa, 2017, 118 s. In ogni caso, gran parte della dottrina riconduce la disputa giurisprudenziale al ricorrente contrasto tra la scuola dei Sabiniani (tra cui si ascriverebbe l'orientamento maggioritario dei *plerique*) e quella dei Proculiani. Sul punto si vedano G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 130; P. STEIN, *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, in *Cambridge Law Journal*, XXXI, 1972, 8 s.; M.G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, cit., 367 s.; C.A CANNATA, *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggini*, Milano, 2002, 53 s. Invece, a ridimensionare il suddetto contrasto giurisprudenziale è A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 106, n. 121.

Diversamente, qualora la materia (l'oro) sia di proprietà del soggetto che commissiona l'opera all'orafo, *dubium non est quin locatio et conductio sit*.

Converrà tracciare brevemente le motivazioni poste alla base dei suesposti orientamenti giurisprudenziali. Secondo l'opinione minoritaria si tratterebbe di una *locatio conductio operis*, giacché a rilevare sarebbe l'opera realizzata dall'orafo (il quale confeziona un anello dapprima inesistente) e le direttive imposte a questi in relazione al peso e alla forma che gli anelli dovranno rispettare. Secondo l'opinione maggioritaria (attribuita, difatti, ai *plerique*) si tratta invece di *emptio venditio*, sulla base, da un lato, del trasferimento della proprietà degli anelli creati, e dall'altro, del *pretium* pagato dal soggetto che ha dato l'incarico, onnicomprensivo sia dell'attività svolta dall'orafo sia dei materiali da questi utilizzati.

Qualificare giuridicamente il negozio in parola nei termini di compravendita risultava una scelta più soddisfacente a disciplinare un negozio in effetti complesso. Se infatti ricondurre lo stesso alla locazione conduzione non sarebbe stato concettualmente impossibile (posto che oggetto dell'incarico era la realizzazione di un *opus* dell'orafo, cioè di un risultato concordato dalle parti attraverso uno schema giuridico che le stesse plasmavano in virtù dei loro interessi e secondo l'autonomia che le parti riversavano in un contratto che era, occorre ricordarlo, *ex fide bona*), l'orientamento maggioritario dei giureconsulti romani intese riconoscere quale aspetto preminente del contratto lo scambio di cosa contro prezzo. Tale aspetto si individuava limpidamente nell'ottenimento da parte del soggetto incaricante di un bene futuro (gli anelli d'oro), da intendersi non quale *res futurae* avulse da circostanze oggettive, bensì quali *res futurae* le cui caratteristiche (il peso e la forma) erano state già determinate al momento del sorgere dell'obbligazione contrattuale.

Ora, se tale soluzione ermeneutica risultò vincente e accolta dallo stesso Gaio, a ben vedere non è escluso che la suddetta disputa giurisprudenziale non sia stata, piuttosto, una precisa scelta didattica di Gaio, il quale potrebbe avere formulato la domanda inerente a quale contratto si applichi nel concreto (*utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio?*, nel framm. 501 *rer. cott.*; *item quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur*, in Gai. III, 147) solo al fine di introdurre l'opinione conciliativa di Cassio sulla coesistenza di due negozi, per poi prontamente smentirla. Ad avallare questa ipotesi sarebbe la lezione offerta proprio dalle *res cott.*, laddove Gaio, pur non citando l'opinione di Cassio, la boccia implicitamente con le parole *sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse*. Difatti, da un lato, il riferimento all'*unum negotium* paleserebbe una espunzione dovuta ai compilatori giustinianei dell'opinione di Cassio sui due negozi, e dall'altro, la sostituzione dei *plerique* con l'impersonale *placet* (o *placuit*, nel passo parallelo

delle Istituzioni imperiali[396]), evidenzierebbe che l'orientamento minoritario fosse ormai superato.

In definitiva, le lezioni offerte dai lacerti gaiani in tema di *conventio cum aurifice* non rilevano tanto nella misura in cui testimoniano una presunta disputa tra diverse scuole[397], quanto piuttosto nella chiara volontà didattica di Gaio di precisare che, si fosse pure trattato di compravendita o locazione conduzione (a seconda della proprietà dell'oro), le parti avrebbero in ogni caso dato vita a un *unum negotium*.

11. L'evoluzione normativa della responsabilità del socio nell'esperienza giuridica romana

502. [D. 17, 2, 72] Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.	502. [D. 17, 2, 72] Un socio è tenuto nei confronti di un altro socio anche a titolo di colpa, vale a dire per inerzia e negligenza. Tuttavia, la colpa non si riferisce a una *exactissima diligentia*: infatti, al socio basta impiegare nelle cose comuni una diligenza pari a quella che suole impiegare nelle proprie, poiché chi si procura un socio poco diligente deve biasimare solo se stesso.

Gli *aurea* confermano la propria ossatura parallela alle Istituzioni gaiane e imperiali anche per quanto concerne la disciplina del contratto consensuale di *societas*, cui è dedicato il framm. 502, collocato appena dopo la trattazione della *locatio conductio*. Difatti, mentre nelle Istituzioni di Gaio a tale contratto sono dedicati i §§ 148-154 del terzo commentario, così nelle Istituzioni imperiali occorrerà tenere presente la lezione offerta da Inst. Iust. 3, 25 (in particolare, § 9).

Bisogna tuttavia operare un distinguo tra i predetti testi istituzionali. Nelle *Institutiones* gaiane, seppure la disciplina della società tocchi le svariate questioni inerenti alle tipologie di *societates*, alla ripartizione degli utili e delle perdite tra i soci, al requisito della c.d. *affectio*

[396] Inst. Iust. 3, 24, 4: «Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro certi ponderis ceraeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Et Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit».

[397] È quanto sostiene COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3.147*, cit., 14 s.

societatis, ai casi di scioglimento del contratto, ebbene nel manuale non vi è alcuna menzione di quanto esposto nel framm. 502 *rer. cott.* sul criterio della *exactissima diligentia*, né peraltro una pur generale disamina sulla responsabilità reciproca tra i soci. Nelle *Institutiones* giustinianee la trattazione del contratto di società appare invero più analitica rispetto al manuale gaiano – e potrebbe darsi il caso che i compilatori abbiano attinto proprio alla lezione dei *libri aureorum*[398] – e specie in Inst. Iust. 3, 25, 9 si discute dei confini tra *culpa* ed *exactissima diligentia* con riferimento alle obbligazioni sociali, ricalcando quasi pedissequamente il frammento delle *res cott.* qui in commento.

Orbene, come è ormai uso, partiamo da una rapida osservazione sul contenuto del frammento degli *aurea*, per scandagliare in seguito e più nello specifico l'effettiva portata del brano.

Nel breve framm. 502 *rer. cott.* D. 17, 2, 72 il giurista adrianeo individua nel criterio soggettivo della *culpa* il grado di responsabilità contrattuale a titolo del quale ciascun socio è responsabile nei confronti degli altri soci. Detto criterio di responsabilità è sintetizzato nella locuzione *desidia atque neglegentia*, con cui si devono intendere quell'inerzia e negligenza che a ben vedere non ricadono né nell'alveo della responsabilità a titolo di dolo, né nella c.d. *exactissima diligentia*.

La colpa rilevante nella *societas* al fine di esperire l'*actio pro socio* nei confronti della parte del contratto inadempiente è, infatti, parametrata sul criterio della *diligentia quam suis*, vale a dire della diligenza seguita normalmente da un soggetto nella gestione dei propri affari. Ecco perché – in via analoga a quanto affermato nel framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1, 5 in ordine a un depositario incautamente designato – colui che sceglie come proprio socio una persona inaffidabile e negligente deve biasimare solo se stesso (*de se quaeri debet*).

Come abbiamo anticipato, la lettura del manuale istituzionale giustinianeo permette di completare la scarno frammento gaiano:

Inst. Iust. 3, 25, 9: Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est desidiae atque neglegentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.

[398] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 645.

In quest'ultimo passo, infatti, ci si domanda se contro il socio si possa esperire l'*actio pro socio* solo a titolo di dolo, come accadrebbe nei confronti di un depositario, ovvero anche a titolo di colpa, cioè qualora possa imputarsi al socio quel comportamento negligente oggettivizzato dall'endiadi *desidia atque negligentia*. A prevalere, seguita il passo imperiale, è stato il secondo orientamento: il socio è tenuto a titolo di colpa, criterio soggettivo di responsabilità contrattuale parametrato non già sulla esattissima diligenza, quanto piuttosto sulla *diligentia quam suis*, posto che sarà sufficiente al socio adoperare negli affari comuni quella diligenza che è solito adoperare negli affari propri.

Occorre però sottolineare che, ferma restando la possibilità di esperire l'*actio pro socio* per il risarcimento dei danni che il recesso doloso o intempestivo di un socio avesse cagionato agli altri contraenti, la responsabilità del socio per inadempimento o cattivo inadempimento risultava differente a seconda dei casi e delle circostanze[399], sicché la sua responsabilità era parametrata ora al dolo[400], ora alla colpa[401] e ora finanche alla *custodia*[402]. In diritto giustinianeo, infine, la responsabilità del socio si attestò alla *culpa in concreto*, cioè alla *diligentia quam suis*, come riporta il lacerto degli *aurea* in commento. Ecco perché il predetto framm. 502 *rer. cott.* può permetterci di indagare a fondo l'evoluzione normativa della responsabilità del *socius* per le obbligazioni sociali.

Scendiamo allora più nello specifico.

Il tema che intendiamo trattare si inquadra nella più vasta materia della responsabilità contrattuale, che per quanto concerne il contratto di *societas* – lo abbiamo visto – è stato variamente valutato a seconda delle epoche del diritto romano.

In origine, la giurisprudenza romana avrebbe parametrato l'elemento soggettivo della responsabilità del *socius* solo sulla base di un *dolus* latamente considerato (in quanto corrispondente a qualsiasi violazione della *fides* immanente al rapporto tra soci) ovvero della *custodia* (in quest'ultimo caso, però, nella particolare ipotesi dell'affidamento di beni sociali al socio inadempiente[403]).

---

[399] MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*[3], cit., 498.

[400] Paul. III *ad ed.* D. 2, 13, 9 pr.:«… et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausolam non intervenit: est enim pro socio actio…».

[401] In Ulp. XXXI *ad ed*. D. 17, 2, 52, 2. si riporta l'opinione di Celso secondo il quale i soci devono prestare fra di loro il dolo e la colpa. Si rimanda *infra*, all'interno di questo paragrafo, all'analisi del passo.

[402] Nel successivo Ulp. XXXI *ad ed.* D. 17, 2, 52, 3, ove si disciplina la *societas* tra il proprietario del bestiame e il pastore con lo scopo di dividere i frutti degli animali (corrispondente, dunque, all'odierno contratto di soccida), si prevede la responsabilità per *custodia* del socio-pastore in caso di perimento e furto degli animali. Per l'analisi del passo, cfr. *infra* in questo paragrafo.

[403] *Ibid.*

Nell'alveo dell'elemento del dolo, pertanto, erano ricompresi non solo i comportamenti volutamente diretti a cagionare un danno agli altri soci, bensì anche gli atteggiamenti di negligenza e omissione che, in termini di più stretto diritto, sarebbero stati sussumibili nella colpa[404].

Occorre quindi attendere l'età postclassica per addivenire alla configurazione di una responsabilità del socio a titolo di *culpa*, che declinata nella forma di *diligentia quam suis*, a cui gli interpreti medievali affibbieranno l'etichetta di *culpa in concreto* (in contrapposizione alla *culpa in abstracto*, ossia alla *culpa levis* che impone la *diligentia* del *bonus pater familias*)[405].

Dall'analisi delle fonti emergono taluni esempi di piena attenzione alla *diligentia* (D. 17, 2, 23, 1: *neglegenter versari*; D. 17, 2, 25: *ad periculum socii pertinet quod neglegentia eius perisset*; D. 17, 2, 26: *neglegenter agi ... non compensatur compendium cum neglegentia*), ed è dunque ammissibile presumere che la rigorosa applicazione di *diligentia quam suis* cui si riferisce il framm. 502 *rer. cott.* debba essere attribuita ai compilatori giustinianei, cui si conformano pienamente le dichiarazioni pure giustinianee contenute in Inst. Iust. 3, 25, 9. In età classica, pertanto, rilevanza sarebbe stata esclusivamente accordata, da un lato, a quel generale dolo comprendente ogni violazione della *fides*, e dall'altro, alla *custodia*.

Suddetta impostazione pare confortata dall'analisi degli orientamenti della giurisprudenza classica:

Ulp. XXXI *ad ed.* D. 17, 2, 52, 2: Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet; si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod si rei communis socius nocitu, magis admittit culpam quoque venire.

Sappiamo dunque che Celso, ponendosi la questione se il socio dovesse rispondere solo per dolo o per colpa, affermava l'eventuale sussistenza di entrambi i criteri soggettivi di

---

[404] Cfr. F. CANCELLI, s. v. *Società (diritto romano)*, in «NNDI», XVII, Torino, 1970, 513.

[405] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale*[3], Napoli, 1958, 188 s.; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Milano, 1966; F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, in «ZSS», LIV, 1934, 34 s.; L. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano, 2006, 7 s.; F. TUCCILLO, *Alcune riflessioni sulla responsabilità del magistrato e dell'adsessor. Dolus, diligentia, culpa*, in J. URBANIK (a cura di), *Culpa. Facets of liability in ancient legal theory and practice*, Warsaw, 2012, 258 s.

responsabilità contrattuale. Nel caso della costituzione di una società nella quale il socio avesse promesso una propria attività lavorativa, da svolgere con perizia, di certo avrebbe risposto anche a titolo di colpa. E a maggior ragione, afferma Celso, il socio risponderà per colpa qualora abbia cagionato un danno a uno dei beni comuni tra i soci.

Ulp. XXXI *ad ed.* D. 17, 2, 52, 3: Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.

Nel successivo lacerto, si parla di *damna fatalia* in cui possono incorrere gli *imprudentes*. La locuzione *damna quae imprudentibus accidunt* risulta *prima facie* ambigua e non deve ingannare: come si legge nel prosieguo del testo, ove si fa riferimento al contratto che oggi definiremmo di soccida, implicante una responsabilità per *custodia* del socio-pastore in caso di perimento e furto degli animali, è chiaro che l'*imprudentia* del brano in esame concerna eventi oggettivi, e non atti personali. Si resta pertanto fuori dallo schema della responsabilità per *culpa*, per ricadere in quella per *custodia*.

Così delineata l'evoluzione della responsabilità del socio per le obbligazioni sociali nell'esperienza giuridica romana, possiamo concludere che occorre attendere l'età giustinianea per una compiuta delineazione della responsabilità del *socius* parametrata alla *diligentia quam suis* che, se da un lato avrebbe comportato un aggravamento della imputabilità, laddove questa sarebbe rimasta ancorata al *dolus*, per altro verso senz'altro non sarebbe sfociata nel più rigido criterio della *exactissima diligentia*[406].

12. Le varie figure di mandato. Il *mandatum tua gratia*. L'eccesso di mandato

503.

[D. 17, 1, 2] Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum

503.

[D. 17, 1, 2] Tra noi si contrae mandato sia che io ti conferisca l'incarico solo nel mio interesse, sia nell'interesse solo di un altro, sia nell'interesse mio e di un altro, sia

[406] Si veda F.M. DE ROBERTIS, *Exactissima diligentia*, in «SDHI», XXIII, 1957, 119 s.

gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

1 Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeres vel ut pro me fideiubeas.

2 Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emeres vel ut pro eo fideiubeas.

3 Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et Titio fundum emeres vel ut pro me et Titio fideiubeas.

4 Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur.

5 Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.

6 Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloces: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est

nell'interesse tuo e di un altro; ma se ti conferisco un mandato nel tuo esclusivo interesse, esso sarà superfluo e non ne nascerà alcuna obbligazione.

1 Il mandato sarà nel mio esclusivo interesse se, per esempio, ti conferirò il mandato di gestire i miei affari o di comprarmi un fondo o di prestare fideiussione a mio vantaggio.

2 Sarà nell'esclusivo interesse di un altro se, per esempio, ti conferirò mandato di gestire gli affari di Tizio o di comprargli un fondo o di prestare fideiussione a suo vantaggio.

3 Sarà nell'interesse mio e di un altro se, per esempio, ti conferirò mandato di gestire gli affari miei e di Tizio o di comprare per me e per Tizio un fondo o di prestare fideiussione a vantaggio mio e di Tizio.

4 Sarà nell'interesse mio e tuo se, per esempio, ti conferirò mandato di prestare a interesse a colui che prende a mutuo per un mio affare.

5 Sarà nell'interesse tuo e di un altro se, per esempio, ti conferirò mandato di prestare a interesse a Tizio; tuttavia, se ti conferirò mandato di prestare senza interesse, si avrà mandato a esclusivo vantaggio di un altro.

6 Sarà invece nel tuo esclusivo interesse se, per esempio, ti conferirò mandato di investire il tuo denaro nell'acquisto di fondi anziché prestarlo a interesse oppure, viceversa, nel prestarlo a interesse anziché nell'acquisto di fondi. Un siffatto mandato è un consiglio piuttosto che un mandato e pertanto non

obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.

produce obbligazioni, poiché nessuno si obbliga per aver dato un consiglio, pure quando esso non sia utile alla persona cui viene dispensato, in quanto ciascuno è libero di decidere se accettare o meno un determinato consiglio.

504.

[D. 17, 1, 4] [*Si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeres, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem: idque maxime Sabino et Cassio placuit.*] sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat. quae sententia sane benignior est.

504.

[D. 17, 1, 4] [*Se ti ho incaricato, per esempio, di comprarmi un fondo a cento sesterzi e tu lo hai comprato a centocinquanta, non potrai agire per mandato contro di me, anche se vorrai consegnarmelo per la somma a cui ti avevo incaricato di comprarmelo; questo è stato l'orientamento di Sabino e Cassio*.] Proculo, invece, ritiene correttamente che il mandatario potrà agire fino al prezzo concordato; e tale orientamento è di certo più clemente.

A chiudere il secondo libro degli *aurea* – perlomeno rispetto ai lacerti superstiti dell'opera che sono rifluiti nelle Pandette – troviamo i framm. 503 e 504 *rer. cott*., entrambi in tema di mandato.

I frammenti in parola sono collocati nel libro XVII del Digesto, titolo primo *Mandati vel contra*. In particolare, il framm. 503, D. 17, 1, 2 segue il brano introduttivo del titolo attribuito a Paolo (Paul. XXXII *ad ed.* D. 17, 1, 1, in ordine alla qualificazione del mandato nei termini di contratto consensuale; alla possibilità di assumere il mandato anche tramite messaggero o lettera ovvero tramite le formule *rogo*, *volo*, *mando*; alla apposizione al contratto di un termine o di una condizione; al requisito della gratuità del mandato, necessario a differenziare lo stesso dalla *locatio conductio*); il framm. 504, D. 17, 1, 4, invece, si collega al brano paolino che gli è immediatamente antecedente, escerpito dalla stessa fonte (Paul. XXXII *ad ed.*, D. 17, 1, 3, inerente alla impossibilità che l'incarico di mandato peggiori le condizioni del mandante; alla esperibilità di *actio mandati directa* del mandante e *contraria* del mandatario nel caso non sia stato pattuito il prezzo al quale il mandatario si impegnava ad acquistare un

bene; all'ipotesi in cui il prezzo per l'acquisto del bene sia stato pattuito, ma il mandatario l'avrà comprato a un prezzo superiore).

Attesa l'inscindibilità della materia trattata nei due predetti frammenti delle *res cott.*, sarà bene analizzarli insieme in questo paragrafo.

Il framm. 503 *rer. cott.* offre una classificazione assai particolareggiata delle possibili figure di mandato che possono venire a esistenza a seconda degli interessi cui è riconosciuta rilevanza nell'incarico conferito. Si consideri, infatti, che già dal punto di vista etimologico, il termine *mandatum* trova origine nella locuzione *manum dare* che, secondo un autorevole orientamento, sta a indicare non soltanto l'atto generale di «aiutare qualcuno» o «dare una mano a qualcuno», quanto soprattutto l'«atto di porgere una mano perché venga stretta ed in tale accordo materiale si solennizzi un impegno reciproco, un accordo, ovvero si formalizzi un atto di 'affidamento' dell'uno, attraverso la *manus*, all'altro»[407].

E difatti, chiari ma dettagliati sono gli esempi di Gaio in ordine al rapporto che si istituzionalizza tra mandante e mandatario: si parte dalla comune tipologia di *mandatum mea gratia* (che si ha allorquando l'incarico conferito realizzi un interesse esclusivo del mandante, come nell'esempio di comprare un fondo per conto del mandante o di prestare per lui una fideiussione – D. 17, 1, 2, 1), per passare poi al *mandatum aliena gratia* (quando il mandatario debba gestire gli affari di Tizio, come comprare per un terzo un fondo o prestare per questi una fideiussione – D. 17, 1, 2, 2), al *mandatum mea et aliena gratia* (laddove l'incarico vada a beneficio sia del mandante sia del terzo – seguono così in D. 17, 1, 2, 3 gli esempi già visti nei precedenti paragrafi, opportunamente adeguati), al *mandatum tua et mea gratia* (qualora l'incarico rechi vantaggio sia al mandante sia al mandatario, che si avrà per esempio se il mandatario dovrà prestare denaro a interesse a un futuro finanziatore del mandante – D. 17, 1, 2, 4), e infine al *mandatum tua et aliena gratia* (come nell'ipotesi in cui l'incarico conferito al mandatario sia di prestare denaro a interesse a un terzo – D. 17, 1, 2, 5).

La casistica gaiana si arresta motivando l'esclusione, in D. 17, 1, 2, 6, della valenza giuridica del *mandatum tua gratia*, che si instaura, per esempio, quando il mandante incarichi il mandatario di investire il denaro di quest'ultimo nell'acquisto di fondi anziché prestarlo a interesse oppure, viceversa, nel prestarlo a interesse anziché nell'acquisto di fondi. La *ratio* addotta da Gaio è giustificata dalla constatazione che un siffatto incarico, indipendentemente dalla *forma iuris* in cui le parti intendono presentarlo, si sostanzia più in un suggerimento che in un mandato (*magis consilium est quam mandatum*), e sicché i suggerimenti non hanno

[407] S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 8.

efficacia obbligatoria, posto che chi li riceve può decidere in autonomia se accettarli oppure no, deve escludersi ontologicamente dal novero giuridico delle tipologie di mandato quello *tua gratia*.

Come sempre, passiamo al confronto tra il dettato degli *aurea* e il parallelo tratto dal manuale istituzionale gaiano:

Gai. III, 155: Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet. § 156: Nam si tua gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum; quo denim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerim, ut eam faenerares, quamvis eam ei mutuam dederis, a quo servare non potueris, non tamen habebis mecum mandati actionem. Item si hortatus sim, ut rem aliquam emeres, quamvis non expedierit tibi eam emisse, non tamen tibi mandati tenebor. Et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. Sed Servius negavit, nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. Sed sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Dal punto di vista della classificazione delle possibili tipologie di mandato, le Istituzioni di Gaio effettuano una notevole riduzione: nel § 155 Gaio riconosce valore giuridico solo all'incarico conferito nell'esclusivo interesse del mandante (*mea gratia*) e a quello nell'interesse di un terzo (*aliena gratia*). Nel § 156, invece, qualifica come *supervacuum* il mandato contratto nell'interesse del solo mandatario (*tua gratia*)[408]. Pertanto, le tre possibilità delle *Institutiones* divengono sei nelle *res cott.*, giacché si aggiungono a esse i casi di interesse misto (*mea et aliena*, *mea et tua*, *tua et aliena gratia*), pur confermando l'esclusione del *mandatum tua gratia* dal novero delle tipologie contrattuali.

Occorre però rilevare una diversa sfumatura di significati, tra le *res cott.* e le Istituzioni gaiane, quanto alla disciplina del *mandatum pecuniae credendae*, vale a dire al mandato di credito.

In Gai. III, 156 l'incarico di dare in prestito del denaro – anche dietro pagamento di un interesse – è qualificato come mandato *tua gratia* e pertanto è privo di valore giuridico. Colui che ha ricevuto il consiglio di prestare del denaro che custodiva in casa, con o senza profitto, non potrà quindi esperire una azione di mandato verso la persona che le ha dispensato il

[408] Cfr. G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in «BIDR», XXVII, 1914, 168 s. e continuazione in «BIDR», XXVIII, 1915, 191 s.

consiglio. Allo stesso modo in cui non potrebbe esperirla verso colui che le ha consigliato di comprare qualcosa, se poi tale acquisto non sia risultato conveniente.

Tuttavia, sempre in Gai. III, 156 si riporta la *vexata quaestio* tra Servio e Sabino in ordine alla ipotesi di un mandato di credito a persona determinata. Mentre Servio riteneva che anche tale incarico non sarebbe risultato differente dal mandato generico già disciplinato, e pertanto parimenti privo di valore giuridico, Sabino era latore della diversa opinione per cui tale incarico configurava un mandato *aliena gratia*, qualora il prestito fosse stato senza interesse, *tua et aliena gratia*, se con interesse. Ebbene, l'opinione di Sabino, ritenuta preferibile e pertanto seguita da Gaio, si fondava sul fatto che il prestito non avrebbe avuto luogo in assenza di un incarico propriamente detto, e perciò il mandato *ut Titio credas* non poteva ricadere nelle ipotesi di mandato *tua tantum gratia*.

La distinzione che abbiamo tracciato serenamente tra mandato generico di credito e mandato di credito a persona determinata, in verità, non appare così marcata nel testo istituzionale gaiano.

A ben vedere, infatti, la prima parte del § 156, ove si sottolinea che non è mandato l'atto di esortare taluno a impiegare in mutui le somme immobilizzate che tiene presso di sé o a effettuare certi acquisti, sembra in contraddizione con l'ipotesi del mandato di credito a Tizio, atteso che questa volta dinanzi a una fattispecie sostanzialmente analoga si tratterebbe però di un incarico giuridicamente produttivo di effetti. Perché – ci si chiede allora – al fatto di menzionare un determinato mutuatario, cioè Tizio, conseguirebbe la qualificazione di detto incarico come mandato e non come mero suggerimento[409]?

La risposta deve essere ricercata nel framm. 503 *rer. cott.*, in quanto D. 17, 1, 2, 4-6 appare più logico e limpido nella individuazione del *discrimen* tra due fattispecie in apparenza uguali.

Infatti, la menzione di un determinato mutuatario non rende *mandatum* ciò che abbiamo qualificato correttamente come *consilium*, perché sempre si tratta dell'esortare taluno a dare il

[409] La pandettistica si è inoltre interrogata se, nel caso debba seguirsi l'orientamento di Sabino, vi sia un mandato *tua gratia* che non sia più un mero consiglio o se, diversamente, pur rimanendo un consiglio dia comunque luogo in via eccezionale alla *actio mandati*; o ancora se, affinché il consiglio acquisti valore giuridico, basti l'elemento che il destinatario dello stesso avrebbe agito diversamente in assenza del suggerimento oppure sia necessaria anche l'assunzione di responsabilità di chi ha impartito il consiglio per le conseguenze che potrebbero derivarne. Cfr. K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Leipzig, 1876, 493 s., in part. § 569; F. MANCALEONI, *Mandatum tua gratia e consilium*, in «RISG», XXVII, 1899, 367 s.; G. SEGRÉ, *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico*, in «RISG», XXX, 1900, 227 s. (= *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, 267 s.). Appare saggio l'insegnamento di V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma anno 1948-1949*, Napoli, 1965,121, secondo cui si tratta in ogni caso di «un mare di inestricabili sottigliezze» nel quale «non giova arrischiare di annegarsi».

proprio denaro a mutuo. A rilevare non è tanto l'avere determinato o meno la persona del mutuatario, quanto l'importanza che deve assumere l'interesse in capo al mandatario.

Perciò, in linea con il dettato delle *res cott.*, se focalizziamo l'attenzione sull'esortazione a prestare il denaro nell'esclusivo interesse di chi riceve il consiglio e sul presupposto che chi esorta sia in buona fede, è pacifico che nulla autorizzerebbe chi ha seguito il consiglio ad agire contro il consigliere se quanto messo in pratica non fosse risultato infine vantaggioso[410]. Perché è come se – adottando un esempio dei nostri giorni – taluno consigliasse a un amico l'acquisto di obbligazioni o azioni di una determinata società e, dopo avere seguito il suggerimento, l'operazione economica fosse risultata svantaggiosa[411]: nulla in questo caso potrebbe pretendere dall'amico consigliere, giacché ha scelto in autonomia di seguire il consiglio quando poteva non farlo.

Diversamente, qualora chi ha dato il consiglio fosse stato in accordo con il futuro mutuatario, e il mandatario fosse a conoscenza dell'accordo, si configurerà allora un mandato di credito *aliena gratia* (in caso di mutuo senza *usuarae*, D. 17, 1, 2, 5) oppure un mandato *tua et aliena gratia* (mutuo con *usurae*, sempre D. 17, 1, 2, 5) o infine un mandato *mea et aliena gratia* (qualora il mutuatario sia il futuro mutuante del consigliere). Fermo restando che, qualora il mandatario non fosse stato, invece, a conoscenza dell'accordo, gli sarà comunque riconosciuta, in assenza di altro rimedio, l'*actio doli*[412].

Ecco perché il framm. 503 *rer. cott.*, pur in linea con quanto già affermato in Gai. III, 156, rende più chiara la trattazione del mandato di credito, specie distinguendo le varie ipotesi in cui un mandato di tal tipo può estrinsecarsi, rispetto al mandato *tua gratia* che era e resta mero *consilium*.

Giova a questo punto tirare le fila del discorso in materia di mandato *ut Titio credas*, per dimostrare la maggiore chiarezza espositiva adottata da Gaio nelle *res cott.* rispetto al manuale istituzionale.

In origine, abbiamo la controversia tra Proculiani e Sabiniani riportata da Gai. III, 156. Da un lato, i Proculiani, nell'insegnamento tramandato da Servio, non riconoscevano alcuna differenza tra il mandato di credito a persona determinata e il mandato generico di credito, posto che entrambi erano *consilia* e, in quanto tali, privi di valore giuridico. I Sabiniani, d'altro canto, affermavano che il mandato *ut Titio credas* doveva essere vincolante per il

[410] Cfr. Ulp. XXXI *ad ed.* D. 50, 14, 2: «Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. Et non puto tener, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen»..

[411] L'esempio è tratto da ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 122.

[412] Cfr. Ulp. XXXI *ad ed.* D. 50, 17, 47 pr.: «Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit».

mandante, il quale avrebbe dovuto rispondere delle eventuali conseguenze dannose patite dal mandatario, posto che in assenza di esortazione l'incarico non sarebbe stato conferito. Da ultimo, mentre nella scuola proculiana si continua a seguire l'orientamento di Servio[413], l'orientamento sabiniano diviene maggioritario e Gaio, che lo aveva già ritenuto preferibile nelle *Institutiones*, coglie l'occasione nelle *res cott.* per una più chiara delineazione oltre che una più schematica disciplina dell'istituto, sicché afferma che tale mandato potrà configurare o un incarico *aliena gratia* (in assenza di interessi) o *tua et aliena gratia* (se questi saranno previsti).

La lezione gaiana è rifluita anche in Inst. Iust. 3, 26, 1-6. Occorre però registrare un evidente refuso dei compilatori del manuale imperiale, i quali in Inst. Iust. 3, 26, 3-4, laddove trattavano il caso del mandatario garante di una obbligazione altrui, ricorrono all'espressione *pro Titio sponderes* quando avrebbero dovuto utilizzare la locuzione *fideiubeas*, giacché le originarie forme di garanzie personali dell'obbligazioni in età giustinianea erano rifluite nella *fideiussio*, come testimonia il framm. 503 *rer. cott.*, D. 17, 1, 2, 1-3.

Passiamo adesso al successivo framm. 504 *rer. cott.* Per comprenderlo è necessario considerare il testo paolino che lo precede:

Paul. XXXII *ad ed* D. 17, 1, 3: Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero numquam. § 1 Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quicquam statui tuque emisti, utrimque actio nascitur. § 2 Quod si pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere: namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum esse.

Paolo afferma che, in seguito al compimento dell'incarico oggetto del mandato, talora la posizione del mandante può migliorare, talora può restare la medesima, ma in nessun caso può peggiorare. Così, se l'oggetto dell'incarico consisteva nell'acquisto di un bene ma nulla è stato stabilito in ordine al prezzo, in seguito all'acquisto il mandante avrebbe potuto esperire l'*actio mandati directa* e il mandatario l'*actio contraria*. Ma se era stato stabilito un prezzo e il mandatario aveva acquistato il bene a un prezzo superiore, registriamo una diversità di opinioni.

[413] Orientamento in sostanza riprodotto da Cels. VII *dig.* D. 17, 1, 48, 1-2: «Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihique id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quaemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas».

Secondo un orientamento più rigido, il mandatario non avrebbe avuto l'*actio contraria*, anche se avesse proposto al mandante di rimettere l'eccedenza della spesa (e ciò faceva da contraltare all'analogo diniego per il mandante di esperire l'*actio directa*). Secondo un orientamento più clemente – riportato da Gaio nel framm. 504 *rer. cott.* – il mandato sarebbe rimasto valido nei limiti delle direttive impartite dal mandante, e pertanto il mandatario avrebbe potuto esperire l'*actio mandati contraria* fino all'ammontare del prezzo concordato in origine con il mandante.

Dobbiamo ricorrere alle fonti parallele di Gai. III, 161 e Inst. Iust. 3, 26, 8 per conoscere che l'orientamento più restrittivo è da attribuire a Sabino e Cassio. Il brevissimo framm. 504 *rer. cott.* attribuisce l'opposta tesi a Proculo ma sul punto occorre fare due precisazioni, una di metodo, l'altra di merito.

Quanto alla prima, stante la menzione dell'orientamento di Proculo, è pacifico ammettere che nelle originarie *res cott.* fosse menzionato anche l'opinione sabiniana e che, in generale, l'analisi della disputa fosse maggiormente articolata. In punto di merito, invece, occorre considerare che in Gai. III, 161 Gaio sembra aderire (e ciò ovviamente non stupisce) all'insegnamento sabiniano, anzi la tesi proculiana non è neppure menzionata. Se la propensione di Gaio verso la tesi di Sabino e Cassio dovesse corrispondere al vero, il framm. 504 *rer. cott.* sarebbe allora frutto di una sicura interpolazione tanto nell'aggettivo *recte* riferito a Proculo quanto nel giudizio di valore sulla *benignior sententia*[414]. Occorre spendere qualche parola per approfondire questa ipotesi.

L'argomento oggetto del framm. 504 *rer. cott.* è stato denominato dalla romanistica «eccesso di mandato»[415], e tratta di una problematica che concerne al tempo stesso le obbligazioni del mandante e quelle del mandatario.

L'eccesso nell'esecuzione del mandato (*egreditur mandatum*, secondo la terminologia propria di Gai. III, 161) racchiude *lato sensu* ogni ipotesi in cui il mandatario concluda l'atto oggetto dell'incarico a condizioni differenti rispetto a quelle fissate in principio dal mandante; differenti nel senso che possono essere meno o più onerose.

---

[414] Di questo avviso, CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 649.

[415] Si vedano S. RICCOBONO, *Studi critici sulle fonti del diritto romano*, in «BIDR», VII, 1894, 230 s.; M. PAMPALONI, *L'eccesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza*, in «BIDR», XX, 1908, 210 s.; J. PARTSCH, *Aus nachgelassenen und Kleineren Verstreuten Schriften*, Berlin-Heidelberg, 60 s.; F. PRINGSHEIM, *Eine absichtliche Textkürzung in Gai. Ver. 3.161*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il 40 anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1939, 323 s.; S. RICCOBONO, *Interdictum – Actio*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, 1939, 381 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Noterelle gaiane*, in *Festschrift für Leopold Wengerzu seinem 70. Geburtstag*, Münich, 1945, 64 s.

Nel primo caso, secondo Gaio è pacifico che il mandatario avrà correttamente adempiuto la propria obbligazione, dal momento che chi dà l'incarico di comprare un bene (il testo parla di un fondo) a una certa somma implicitamente converrà che sia acquistato a meno. Nel secondo caso, Gaio distingue due ipotesi: se il mandatario si sarà trovato nella impossibilità di acquistare il fondo al prezzo che gli era stato indicato poiché il proprietario non ha accettato l'offerta, il mandante nulla potrà pretendere, e allo stesso modo neppure il mandatario, sicché all'uno non compete l'*actio mandati directa* né all'altro la *contraria*; se invece il mandatario, adoperando una maggiore diligenza, poteva portare a termine l'acquisto al prezzo indicatogli dal mandante, allora risponderà verso il mandante dell'inadempimento. E prosegue Gaio, qualora il mandatario offra al mandante di coprire lui stesso l'eccedenza tra quanto pagato e quanto pattuito, trasferendo al mandante la proprietà del fondo al prezzo in effetti pattuito, ebbene anche in questo caso il mandatario non potrà pretendere che il mandante accetti di ricevere il fondo (conformemente alla tesi di Sabino e Cassio).

Ora, la palese iniquità di tale soluzione è attenuata se si considera che, a voler portare all'eccesso un ragionamento contrario, si potrebbe dare al mandatario la facoltà di compiere unilateralmente addirittura una donazione[416]. Ma questa soluzione sarebbe inaccettabile, posto che nella realizzazione di una donazione la collaborazione del donatario è un elemento imprescindibile[417].

Diversamente dal manuale gaiano, il framm. 504 *rer. cott.* riporta la *benignior sententia* dei Proculiani. Risulta però difficile pensare che possa trattarsi di un frammento genuino giacché, oltre all'analisi effettuata su Gai. III, 161 dal quale emerge la sua adesione all'orientamento sabiniano, quella stessa *benignitas* cui fa riferimento il lacerto degli *aurea* – aggettivo peraltro inespressivo, poiché soluzione più clemente non significa soluzione da preferirsi – è termine particolarmente caro alla legislazione e alla giurisprudenza bizantina[418].

[416] ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 171.
[417] V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*[10], Napoli, 1951, 578.
[418] ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 171.

LIBER III

1. Dai *delicta* ai *maleficia*

[*De obligationibus, quae ex delicto nascuntur*]

505.
[D. 44, 7, 4] Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.

505.
[D. 44, 7, 4] Le obbligazioni nascono da delitto, per esempio, nel caso di furto, danneggiamento, rapina, ingiuria. Tutte queste ipotesi appartengono a un unico genere, perché consistono soltanto in un azione che è stata commessa, e cioè il delitto stesso. Invece, le obbligazioni nascenti da contratto possono sorgere non solo per la dazione di una cosa, ma anche sulla base delle parole pronunciate o del consenso manifestato.

Come abbiamo già tracciato per sommi capi nelle scorse pagine del presente lavoro, uno degli aspetti più importanti – e certamente il più evidente – nella *constitutio textus* delle *res cott.* rispetto alle Istituzioni gaiane concerne il passaggio dalla rigida bipartizione delle fonti delle obbligazioni secondo lo schema *contractus-delicta*, presente nelle Istituzioni, alla tripartizione *contractus-maleficia-variae causarum figurae*, adottata nei *libri aureorum*. Come pure abbiamo notato, la modifica in ordine alle cause genetiche delle obbligazioni contiene in sé una ulteriore modifica, semantica e sostanziale al contempo, sulla qualificazione dei fatti illeciti in termini di *maleficia* e non più *delicta*.

È giunto ora il tempo di scandagliare più a fondo, da un lato, il significato giuridico del passaggio dalla nozione di *delictum* delle *Institutiones* a quella di *maleficia* delle *res cott.*, e dall'altro, l'effettiva portata – nonché le ricadute sull'odierno diritto positivo – della tripartizione delle fonti delle obbligazioni.

Al primo argomento sarà dedicato questo paragrafo, giacché dovremo analizzare il framm. 505 *rer. cott.*, che è il testo introduttivo dei soli due lacerti degli *aurea* tratti dal terzo libro

della predetta opera rifluiti nel Digesto; quanto alla questione della tripartizione delle fonti, volgeremo lo sguardo all'ultimo brano degli *aurea*, il framm. 506, che disciplina i casi di *variae causarum figurae*, e cioè le obbligazioni che *quasi ex contractu* o *quasi ex maleficio nascuntur*.

Consideriamo dunque la parafrasi del framm. 505 *rer. cott.*

Il testo trasposto nel Digesto nella legge 4, titolo VII, libro XLIV – con buona probabilità collocato anche come *incipit* del terzo libro delle *res cott.* – tratta delle obbligazioni nascenti da delitto (*ex maleficio*, secondo la nuova nomenclatura adottata da Gaio), individuando nei *maleficia* le figure delittuose del furto, del danneggiamento, della rapina e della *iniuria*. Si tratta di un elenco esemplificativo e non esaustivo (peraltro il medesimo seguito da Gai. III, 182, seppure in quest'ultimo la rapina preceda il danneggiamento[419]) di quei fatti illeciti che il giurista adrianeo nelle Istituzioni aveva qualificato come *delicta*, e a cui ora preferisce affibbiare l'etichetta di *maleficia*.

Nonostante la diversità terminologica, comune sia al manuale istituzionale sia alle *res cott.* è la *ratio* che, secondo Gaio, deve ricondurre i predetti esempi di fatto illecito a un unico *genus* (quello appunto di *maleficium/delictum*), laddove invece sono ben quattro i *genera* nei cui binari riportare i contratti (*re*, *verbis*, *consensu*, e *litteris*, anche se quest'ultima categoria è omessa nel framm. 505[420]).

Se pertanto da un punto di vista sostanziale il framm. 505 *rer. cott.* non si discosta tanto da Gai. III, 182, è il cambiamento terminologico rappresentato dalla scelta del termine *maleficium* in luogo di *delictum* l'aspetto più interessante del lacerto in commento sul quale gioverà soffermarsi.

La parola *maleficium* si incontra spesso nelle fonti letterarie[421] e da queste trasmigra verso le opere giuridiche, fenomeno che non stupisce, stante la mutua influenza che tuttora registriamo tra lingua letteraria e lingua giuridica[422]. A prediligere tale termine, tra i diversi giuristi che comunque lo utilizzano[423], è però Gaio: nelle Istituzioni[424], nel commentario ad

---

[419] Secondo CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 650, si tratta di una «esposizione più logica (il furto sta bene vicino alla rapina) e di più agevole assimilazione».

[420] Per le medesime ragioni osservate a proposito del framm. 498 *rer. cott.*, *supra*, a cui si rimanda.

[421] Plaut., *Rudens*, 1247; *Truculentus*, 501; Teren., *Phormio*, 336; Varr., *De lingua latina*, 5, 81; Sall., *De Catilinae coniuratione*, 5, 24; Quint., *Institutio oratoria*, 7, 4, 36; Tac., *Annales*, 3, 50, 2; Svet., *Augusto*, 32, 2; Gell., *Noctes Atticae*, 20, 1, 53; Cic., *Pro Balbo*, 28, 65; *Pro Caelio*, 31, 74; *De inventione*, 1, 29, 45; 1, 53, 102; 1, 54, 103; 2, 4, 14; 2, 26, 108; *Pro Roscio Amerino*, 11, 30; 13, 37; 30, 84; 33, 92; 40, 116.

[422] Cfr. A. CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano. Contributi*, Bari, 1968, 187; P. POCCETTI, *Latino e diritto: vicende di una specularità*, in S. SCHIPANI – N. SCIVOLETTO (a cura di), *Atti del convegno internazionale "il latino del diritto". Perugia 1992*, Roma, 1994, 34.

[423] Ulp. D. 2, 14, 7, 3; D. 5, 1, 18, 1; D. 9, 4, 2 pr.; D. 9, 4, 8; D. 11, 3, 11, 2; D. 13, 7, 24, 3; D. 16, 2, 10, 2; D. 17, 2, 52, 18; D. 17, 2, 53. 55. 57; D. 27, 3, 1, 14; D. 30, 53, 8; D. 43, 16, 1, 14. 15; D. 47, 1, 3; D. 47, 4, 1, 7;

edictum provinciale[425], nel *De verborum obligationibus*[426] e nei frammenti 505 e 506 *rer. cott.*

Considerato poi che solo una piccola parte degli scritti gaiani sono rifluiti nelle Pandette, è verosimile supporre che la presenza del termine fosse anche maggiormente consistente nelle sue opere, sicché, come dimostreremo a breve, non può trattarsi di una casualità, ma di una scelta ponderata e consapevole[427].

Già nel proprio manuale istituzionale Gaio ricorre al termine *maleficium* per indicare taluni illeciti al di fuori del catalogo dei *delicta*: precisamente in Gai. I, 128, ove si legge *aliquod maleficium* con riferimento a un *crimen* pubblico sanzionato dalla legge Cornelia con la severa *aquae et ignis interdictio*, e in Gai. II, 181, in relazione all'omicidio da parte del sostituto pupillare al pupillo stesso.

In entrambi i casi l'utilizzo di *maleficium* risponde alla necessità di disciplinare taluni illeciti pubblici, e pertanto concettualmente distinti dai *delicta*, per tali intendendosi esclusivamente gli illeciti privati. Ecco allora che più che i due testi citati, a destare interesse sono i restanti altri due frammenti provenienti dalle Istituzioni e in cui pure si parla di *maleficium*: Gai. IV, 75, nel quale si prescrivono le azioni nossali a sanzione dei delitti, quali furto o ingiuria, commessi da *filii familias* o schiavi, e Gai. IV, 112, che sancisce la intrasmissibilità nei confronti dell'erede delle azioni penali da delitto come quelle di furto, rapina, ingiuria e danneggiamento.

In questi ultimi due brani, infatti, il termine *maleficium* è utilizzato non già per illeciti pubblici, bensì privati (*furtum*, *iniuria*, *bona vi rapta*, *damnum iniuria*), e pertanto Gaio avrebbe dovuto adoperare il termine *delictum*, atteso per di più che l'intera ossatura delle fonti delle obbligazioni nelle Istituzioni si regge sul binomio *contractus-delictus* (e trattandosi di un manuale didattico l'utilizzo di un termine improprio avrebbe potuto ingenerare confusione nei discenti). Ma la scelta gaiana di ricorrere a *maleficium* è in entrambi i casi consapevole. Occorre fornirne le motivazioni.

D. 47, 6, 1 pr.; D. 47, 7, 7, 5; D. 47, 10, 17, 4; D. 47, 14, 1 pr. (= *Coll.* 11, 7, 1); D. 48, 18, 1, 27; D. 50, 17, 152, 2. Paul. D. 4, 3, 29; D. 38, 2, 47, 1; D. 47, 2, 54 (53) pr.; D. 48, 18, 8 pr.; D. 50, 16, 244. Pomp. D. 17, 2, 54; D. 49, 15, 6. Triph. D. 11, 4, 5; D. 16, 3, 31 pr. Alf. Var. D. 44, 7, 20. Iav. D. 41, 2, 24. Iul. D. 9, 2, 51, 2. Marcian. D. 37, 10, 2. Call. D. 48, 8, 14. Claud. Sat. D. 48, 19, 16, 10.

[424] Gai. I, 128; II, 181; IV, 75; IV, 80; IV, 112.

[425] D. 9, 4, 1. 20; D. 47, 10, 34; D. 50, 17, 111, 1.

[426] D. 46, 1, 70, 5.

[427] Cfr. A. ARNESE, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, 2011, 58; J.B. NORDEBLAD, *Gaiusstudien: Sprachliche Bemerkungen zu den Institutionen und den Digestenfragmenten des Gaius*, Lund, 1932, 62; R. QUADRATO, *«Iuris conditor»*, in *Index*, XXII, 1994, 89; ID., *Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, 97.

Gai. IV, 112: Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem ne competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredi **** actoris huius modi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.

In Gai. IV, 112, dopo avere sancito che non è possibile esercitare nei confronti dell'erede le azioni penali da delitto, si sottolinea tuttavia che all'erede dell'attore le azioni spettano e non vengono negate, eccetto l'azione per le ingiurie e un'altra azione simile, se vi è (*excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio*[428]). È proprio il riferimento alla *alia actio*, da parte di Gaio, a permetterci di comprendere che il giurista, con la parola *maleficium*, volesse intendere non solo i noti *delicta* propri del *ius civile* (cioè gli illeciti privati di furto, rapina, ingiuria e danneggiamento) ma anche altre tipologie di illecito dai essi distinti. Pertanto, il più stringente termine *delictum* non poteva in alcun modo abbracciare la vasta categoria di illeciti cui Gaio voleva indirizzare la sua trattazione[429].

Gai. IV, 75: Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.

Il secondo brano gaiano prescrive invece, a sanzione dei delitti commessi da *filii familias* o schiavi, quali furto o ingiurie, la previsione delle azioni nossali, attraverso le quali il padre o il *dominus* potrà scegliere se pagare il debito o effettuare la *noxae deditio*. Sarebbe *iniquum* – conclude caustico Gaio – che gli illeciti commessi da costoro (*nequitia eorum*) comportassero per i genitori o i proprietari un danno economico di ammontare superiore al loro stesso valore[430].

---

[428] Parallelo a Inst. Iust. 4, 12, 1 e il cui contenuto è esposto anche in Gai. II *ad ed. prov.* D. 50, 17, 111, 1.

[429] Questa lettura è avallata dal parallelo offerto dalla Parafrasi di Teofilo (Par. 4, 12, 1).

[430] Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, 30. L'ultimo periodo del brano istituzionale gaiano è sospettato di interpolazioni da parte di G. BESELER, *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 64. *Contra*, F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947, 202, n. 15.

In questo caso, è l'uso del termine *nequitia* – termine infrequente in ambito giuridico[431] – a destare interesse, giacché il carico di disvalore morale, malizia e cattiveria che trascina con sé, richiama alla mente la locuzione *maleficium* e non certo quella di *delictum*. Come è stato notato in dottrina, a differenza di Gai. IV, 112, in questo caso Gaio avrebbe potuto utilizzare tranquillamente il termine *delictum*; se non l'ha fatto, è proprio in virtù di «un cambiamento di rotta, una sorta di preparativo in vista di qualcosa da realizzare: il preannuncio di un piano ideato, di un itinerario ormai intrapreso, e che troverà la sua attuazione nelle *Res cottidianae*»[432].

Ora, a causa delle strettezze ermeneutiche di cui il vocabolo *delictum* è latore – perché esprime solo i menzionati quattro illeciti civilistici[433] – Gaio decide di passare dalla lezione del suo manuale istituzionale ove parla di *obligationes quae ex delicto nascuntur*[434] alla nuova dizione del framm. 505 *rer. cott.*, *obligationes quae ex maleficio nascuntur*, più idonea a porre l'accento non già sulle figure di illecito di furto, danneggiamento, rapina o ingiuria, bensì sul comportamento illecito in concreto tenuto dal soggetto.

Purtuttavia, ponendo a confronto Gai. III, 182 con il framm. 505 *rer. cott.*, a parte il diverso registro semantico, necessario per ampliare e dare un più ampio respiro alle ipotesi di illecito (il passaggio cioè da *delictum* a *maleficium*), le analogie restano innumerevoli: stessa la struttura, stesso l'attacco iniziale, stesso l'importante concetto per cui, mentre le obbligazioni nascenti da contratto possono incardinarsi in svariati *genera* (da cui distingueremo i contratti reali dai verbali dai consensuali dai letterali), le obbligazioni nascenti da fatto illecito appartengono tutte a un medesimo *genus*[435] e cioè – chiariscono in tal senso le sole *res cott.* – il delitto stesso (*id est ipso maleficio*[436]).

---

[431] La parola *nequitia* è preferito da autori letterari, tra cui Gell., *Noctes Atticae*, 6, 11, 1-2; 6, 11, 3-5; 6, 11, 7-9; Cic., *Philippicae*, 2, 31, 77. In fonti giuridiche, invece, si può trovare in D. 21, 1, 23, 2; D. 21, 1, 43, 4; D. 43, 30, 3, 4. 5.

[432] ARNESE, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, cit., 68.

[433] Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*[12], Napoli, 2001, 973; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 621.

[434] Gai. III, 182: «Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit; quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus».

[435] Sull'espressione *nam hae re tantum consistunt id est ipso maleficio*, si veda G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano, 1961, 247; W. WOLODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerca sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in «RISG», XCVII, 1970, 117.

[436] La lezione delle *res cott.* ritorna anche in Inst. Iust. 4, 1 pr.: «Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quattuor genera dividuntur: hae vero unius generis sunt, nam omnes ex re nascuntur id est ex ipso maleficio, veluti ex furto aut rapina aut damno aut iniuria».

Per comprendere meglio il significato sostanziale del passaggio da *delictum* a *maleficium* si consideri un altro passo gaiano:

Gai. II *ad ed prov.* D. 9, 4, 1: Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur: quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod dediquerit evitare litis aestimationem.

Nel brano Gaio afferma che sono dette azioni nossali quelle esperite non sulla base di un contratto, bensì di un fatto lesivo o delittuoso dei servi; in caso di condanna, l'avente potestà potrà evitare il pagamento della *poena* attraverso la dazione nossale del corpo del trasgressore al soggetto leso.

Soffermiamoci sulla locuzione *noxa atque maleficio*. Come si è notato in dottrina, essa non si risolve in una endiadi[437], ma la congiunzione *atque* è utilizzata da Gaio al fine di coordinare due termini: *noxa* – sentita come parola insufficiente ad abbracciare qualsiasi tipo di illecito, pubblico e privato[438], dal momento che coincide sostanzialmente con *delictum*[439] – e *maleficio*, con *atque* nel senso di *anche*[440], in virtù della portata più ampia che detto termine esprime.

Ecco quindi che i germi del cambiamento di rotta di Gaio, nel passaggio dall'angusta categoria dei *delicta* ai più generali *maleficia*, si trovano già in alcuni passi delle *Institutiones* e soprattutto nell'appena citato D. 9, 4, 1, che rappresenta la vera fucina in cui il giurista degli Antonini inizia a costruire la nuova architettura delle fonti delle obbligazioni, che troverà piena compiutezza nel framm. 505 *rer. cott.*

Dalla rigida dicotomia *contractus-delicta* delle Istituzioni alla tricotomia *contractus-maleficia-variae causarum figurae*, due rilevanti cambiamenti testimoniati da poche righe provenienti dalle *res cott.* Eppure è in tali poche righe che si manifesta, come abbiamo visto, l'evoluzione della dogmatica gaiana in materia di fonti delle obbligazioni, attenta per un verso a estendere la categoria degli illeciti attraverso i *maleficia*, e per altro verso a riconoscere la limitatezza della *summa divisio contractus-delicta*, dal momento che pure sussistono delle

[437] ARNESE, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, cit., 73.

[438] In questo senso, si vedano le considerazioni svolte su Gai. IV, 75.

[439] Con tale sfumatura deve interpretarsi il lacerto pure gaiano, estratto dal commentario alle XII Tavole, di D. 50, 16, 238, 3: «'Noxiae' appellatione omne delictum continentur». La limitazione del termine *noxa* ai soli illeciti privati è desumibile anche da Ulp. I *ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 17, 18: «Noxas accipere debemus privatas, hoc est eas, quaecumque committuntur ex delictis, non publicis criminibus, ex quibus agitur iudiciis noxalibus: denique specialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus. ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre».

[440] H. HEUMANN – E. SECKEL, s. v. *Atque*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*[10], Graz, 1958, 42.

fonti che non possono ascriversi né agli uni né agli altri. Stiamo parlando delle *variae causarum figurae* cui è dedicato l'ultimo lacerto delle *res cott.* in nostro possesso, il framm. 506.

2. La fortuna della tripartizione gaiana delle fonti delle obbligazioni

[*De obligationibus*, *quae quasi ex contractu vel quasi ex delicto nascuntur*]

506.

[D. 44, 7, 5] Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex

506.

[D. 44, 7, 5] Se qualcuno ha amministrato gli affari di una persona assente, nel caso in cui l'abbia fatto su mandato è chiaro che dal contratto nascano tra essi le azioni del mandato che ciascuno può esperire nei confronti dell'altro, essendo tenuti a comportarsi vicendevolmente secondo buona fede. Ma se l'amministrazione vi è stata in assenza di mandato, si ritenne che comunque sarebbero stati obbligati a vicenda, e a tale titolo si sarebbero prodotte azioni che definiamo "della gestione degli affari"; perciò essi sono sempre tenuti a comportarsi l'uno nei confronti dell'altro secondo buona fede. Ma in quest'ultima ipotesi le azioni non nascono né da contratto né da delitto, perché, da un lato, colui che ha amministrato non aveva dapprima concluso un contratto con l'assente, e dall'altro, l'amministrazione degli affari senza mandato non configura delitto; si potrebbe anzi ritenere che, senza saperlo, colui i cui affari sono stati amministrati abbia concluso un contratto o commesso un delitto, ma per ragioni di equità si ammise che i due

necessitate diutius absunt: quorum negotia disperire iniquum erat, quae sane disperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset.

soggetti fossero obbligati a vicenda. E si decise in tal senso posto che generalmente, quando gli uomini si allontano per motivi di viaggio, hanno l'intenzione di tornare presto e, sulla base di ciò, non affidano a nessuno la gestione dei propri affari, ma poi, dovendo fronteggiare nuovi impegni, restano lontani più a lungo. Sarebbe stato iniquo lasciare fallire quegli affari, e sarebbero sicuramente falliti se colui che si fosse offerto di amministrarli non avesse avuto un'azione a tutela delle spese da lui sostenute nella gestione, o se colui i cui affari erano stati amministrati non avesse avuto alcuna azione contro chi avesse interferito in essi.

1 Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit.

1 Anche coloro che sono coinvolti in un giudizio di tutela non possono essere considerati propriamente obbligati in forza di un contratto (perché, invero, non sussiste un contratto tra il tutore e il pupillo); ma poiché, ovviamente, non sono tenuti in forza di delitto, saranno tenuti per quasi contratto. E in questo caso vi saranno azioni reciproche: non solo del pupillo nei confronti del tutore, ma anche del tutore nei confronti del pupillo, se avrà dovuto sostenere delle spese nella gestione degli affari del pupillo o si sarà obbligato per lui o avrà impegnato al creditore del pupillo una cosa propria.

2 Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defunctio neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea

2 Anche l'erede che deve un legato non è tenuto né in forza di contratto né di delitto; poiché si intende che il legatario non abbia concluso un contratto né con il defunto né

re esse plus quam manifestum est.

3 Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.

[= D. 50, 13, 6] 4 Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

5 Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius

con l'erede, ed è pacifico che al riguardo neppure si configuri un delitto.

3 Anche chi ha ricevuto una cosa non dovuta per errore di chi l'ha data diviene obbligato come nel mutuo, e sarà tenuto in forza della medesima azione con cui i debitori sono responsabili verso i creditori; ma tale soggetto non può ritenersi responsabile in forza di contratto: chi paga per errore, infatti, sembra pagare con lo scopo di estinguere un'obbligazione, non di contrarla.

[=D. 50, 13, 6] 4 Se un giudice farà sua la lite non sembra propriamente obbligato per delitto, ma poiché di certo non lo è per contratto, e si intende che in ogni caso abbia commesso qualcosa di illecito, sebbene per negligenza, si riterrà obbligato in forza di una *actio in factum* per quasi delitto al pagamento di una sanzione rimessa all'equo apprezzamento del giudice.

5 È obbligato in forza di quasi delitto anche colui dalla cui stanza (di sua proprietà o che aveva in locazione o nella quale abitava a titolo gratuito) è stata gettata o versata qualcosa che ha recato danno a taluno; non si intende obbligato per delitto poiché generalmente sarà responsabile per colpa di altri, libero o schiavo che sia. Nella stessa situazione si trova chi tenga posta o sospesa una cosa al di sopra di un luogo dove c'è un frequente passaggio di persone, poiché nel caso di caduta può nuocere a taluno. Pertanto nel caso di un *filius familias* che abita

casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.

separato dal *pater*, se qualcosa è stata gettata o versata dalla sua stanza, o lì questi vi teneva posta o sospesa una cosa la cui caduta poteva recare danno, Giuliano ha ritenuto che né un'azione nossale né una *de peculio* debbano essere esercitate nei confronti del padre, ma occorrerà agire nei confronti del figlio.

6 Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabula factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.

6 Allo stesso modo si ritiene obbligato per quasi delitto chi abbia la direzione di una nave, di una taverna o di una stalla, per i danni o furti commessi sulla nave, nella taverna o nella stalla, nel caso in cui costui non abbia commesso alcun illecito e che questo sia stato commesso, invece, da taluno di coloro con cui dirige la nave, la taverna o la stalla. L'azione contro di lui non sorge per contratto ma, poiché si è servito del lavoro di persone disoneste, è in qualche misura responsabile a titolo di colpa, e perciò sarà obbligato in forza di quasi delitto.

L'ultimo frammento degli *aurea* rifluito nelle Pandette è dedicato alle *obligationes quae quasi ex contractu vel quasi ex delicto nascuntur*. Notevole, anche in questo caso, la distanza che separa il frammento in parola dalla struttura delle Istituzioni gaiane. Ci troviamo ormai in un'ottica completamente diversa, oltre la rigida dicotomia rappresentata dalla *summa divisio* dei contratti e dei delitti, per addivenire alla tricotomia contratti-*maleficia*-*variae causarum figurae*.

Come era avvenuto il passaggio dai *delicta* ai *maleficia* in virtù della limitatezza dei primi rispetto ai secondi, sempre in punto di fonti delle obbligazioni Gaio riconosce l'anacronismo

della precedente visione duale, rispetto a cui il framm. 506 *rer. cott.* rappresenta certamente un avanzamento, un evidente progresso dogmatico[441].

Al vincolante schema *contractus-delicta* Gaio contrappone una tripartizione in cui, oltre ad ampliare la categoria del fatto illecito attraverso la nuova nozione di *maleficium*, riconduce alla categoria delle *variae causarum figurae* quelle figure che per i giustinianei saranno i quasi contratti, cioè gli atti leciti produttivi di obbligazioni ma privi dell'elemento dell'accordo (*conventio*), e i quasi delitti, cioè i fatti comunque illeciti ma che, a differenza dei *maleficia*, difettano dell'elemento essenziale della colpevolezza e sono quindi meritevoli di una categoria giuridica autonoma[442].

Nell'analisi che intendiamo offrire del framm. 506 *rer. cott.* – da collegarsi *ex necesse* al framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1 pr. – occorre tenere a mente fin da ora che le *obligationes ex variis causarum figuris* erano ritenute, a seconda dei casi, *quasi ex contractu* o *quasi ex delicto*.

Infatti, come abbiamo visto nel framm. 498 *rer. cott.*, Gaio aveva classificato le obbligazioni in ragione delle loro fonti (*causae*), e tale impostazione era adottata anche nelle *Institutiones* (da Gai. III, 88 in poi). Diverso è l'approccio dei moderni, i quali sogliono classificare le fonti delle obbligazioni e occuparsi solo di queste, invece di specificare i caratteri propri di ciascuna tipologia obbligatoria (in tal senso, l'art. 1173 c.c.).

Ecco perché l'essere le *obligationes ex variis causarum figuris* talora ricondotte ai quasi contratti, talora ai quasi delitti, era funzionale a stabilire se le stesse dovessero soggiacere alla disciplina propria delle obbligazioni contrattuali o a quella delle obbligazioni nascenti da fatto illecito (si pensi, per esempio, alla trasmissibilità o meno all'erede dal lato passivo).

Gai. III, 88: *Nunc transeamus*[443] ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Come è noto, all'interno del suo manuale istituzionale Gaio ha esposto la teoria – di certo dominante al tempo in cui scrisse[444] – della bipartizione delle fonti delle obbligazioni. Queste

---

[441] Secondo G. MELILLO, *In solutum dare: contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, 67, la distanza tra l'impostazione seguita nelle Istituzioni e quella delle *res cott.* è solo apparente, poiché esse rispondono a visuali e finalità diverse. Cfr. anche ID., *Contrahere, pacisci, transigere: contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 66.

[442] Cfr. F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in «BIDR», LXXVI, Terza Serie vol. XV, 1973, 197 s.

[443] Integrato in base a Inst. Iust. 3, 13 pr.

[444] Secondo S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 350 s., in età classica il diritto romano avrebbe conosciuto solamente la teoria della bipartizione. G. GROSSO, *Il sistema*

derivano, afferma il giureconsulto, da due sole specie, o da contratto o da delitto. Ma il fatto che Gaio abbia riportato tale teoria nel proprio manuale non significa per forza che egli vi aderisse senza remora. Anzi, se si ammette che per ciascuno studioso è necessario dapprima criticare le teorie esistenti per maturare un proprio pensiero critico, al fine eventualmente di formulare nuove teorie, possiamo allora affermare che tale ipotesi risulta assai verosimile per Gaio che, essendo stato al contempo giureconsulto e docente, era in ogni momento sollecitato a una elaborazione critica e costruttiva della materia insegnata[445].

In Gai. III, 88 il nostro giurista afferma dunque che la bipartizione abbraccia tutte le obbligazioni. Si tratta di una *definitio per divisionem*, cioè di una definizione strutturata sulla individuazione di un *genus*, le obbligazioni, suddiviso a seconda delle *causae* che fanno sorgere le obbligazioni, vale a dire le loro due fonti. La *definitio per divisionem* è adottata anche nel framm. 498 *rer. cott.*, sicché in base a tre diverse *causae* si hanno obbligazioni nascenti da contratto, da delitto o nascenti *proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

Secondo Gaio, mentre le obbligazioni nascenti da contratto o da delitto nascono *proprio iure*, e presentano pertanto un *proprium ius*, quelle nascenti *ex variis causarum figuris* presentano invece un *proprium quoddam ius*, un certo qual proprio diritto. Tale differenza si riverbera sul fatto che mentre le obbligazioni da contratto o delitto hanno elementi propri che le differenziano tra loro[446], e nascono da *causae* esattamente individuate che fanno di loro due *species* di obbligazioni ben distinte[447], invece, le obbligazioni *ex variis causarum figuris* per un verso nascono da diverse *causae* (e in questo senso costituiscono fattispecie dotate di una forte individualità), ma per altro verso sono destinate a rifluire, a seconda dei casi, o nella disciplina delle obbligazioni da contratto ovvero da delitto[448]. In altre parole, nella tripartizione Gaio vuole chiarire che sussistono delle obbligazioni che, pur disciplinate alla stregua delle obbligazioni nascenti da contratto o da delitto, non nascono né dall'una né dall'altra fonte[449].

---

romano dei contratti[3], Torino, 1963, 63 s. ritiene che la teoria della bipartizione fosse ancora maggioritaria al tempo dei Severi.

[445] In questo senso, GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., 173.

[446] Cfr. G. SEGRÉ, *Le obbligazioni e le azioni ex delicto*, Torino, 1926, 42 s.

[447] Cfr. WOLODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris*, cit., 146 s.

[448] Cfr. H. DERNBURG, *Pandekten*, II, Berlin, 1886, 16.

[449] Peraltro, uno stadio intermedio tra la bipartizione e la tripartizione gaiana potrebbe essere testimoniato dalle stesse Istituzioni di Gaio, in Gai. III, 91, a proposito del pagamento dell'indebito. Nel passo il giurista afferma che tale ipotesi di obbligazione non può considerarsi nascente da contratto, poiché chi paga con l'intenzione di adempiere intende estinguere un rapporto piuttosto che contrarlo.

Orbene, nel framm. 506 *rer. cott.* D. 44, 7, 5 pr. – 3, in ordine alle obbligazioni *ex variis causarum figuris*, Gaio tratta delle obbligazioni *quasi ex contractu*: la *negotiorum gestio*, la tutela, il legato obbligatorio, il pagamento dell'indebito.

In queste fattispecie l'obbligazione non nasce *ex contractu*, ragion per cui le parti sono tenute *non proprie ex contractu*, ma *quasi ex contractu*, cioè come se il contratto ci fosse stato[450]. La precisazione gaiana è funzionale alla impostazione di cui abbiamo già parlato – e seguita sia nelle *Institutiones* che nelle *res cott.* – secondo cui Gaio dopo avere individuato le fonti delle obbligazioni, passava a occuparsi della disciplina delle singole obbligazioni e delle caratteristiche che legavano tra loro obbligazioni scaturite dalla medesima fonte (e pure abbiamo detto che suddetta impostazione non è seguita dal nostro legislatore, che si occupa solo della individuazione delle fonti delle obbligazioni). Pertanto tale precisazione sta a significare che le obbligazioni *quasi ex contractu* sarebbero state soggette, in ogni caso, alle regole delle obbligazioni contrattuali.

E così, in D. 44, 7, 5 pr. Gaio disciplina l'istituto della *negotiorum gestio*, ovverosia l'ipotesi in cui taluno *absentis negotia gesserit*. Non già il caso in cui l'intervento del gestore sia avvenuto sulla base di un precedente mandato tra le parti, posto che in tal caso le obbligazioni che scaturiscono sono quelle contrattuali *ex mandato*, e le parti saranno tenute a comportarsi vicendevolmente secondo buona fede. A rilevare è piuttosto l'ipotesi dell'intervento gestorio *sine mandatu*, poiché in tal caso si ritenne che sorgessero tra le parti obbligazioni reciproche di medesimo contenuto, con la possibilità riconosciuta alle parti di esperire azioni *negotiorum gestorum* con lo stesso oggetto di quelle nascenti dal mandato[451]. L'elemento legittimante la fattispecie è da individuarsi nell'*utilitas* (il c.d. *utiliter coeptum*), quale comportamento meritevole di riconoscimento, la cui sussistenza era da valutarsi caso per caso, e parametrato sui criteri della buona fede e della diligenza.

In D. 44, 7, 5, 1 Gaio passa alla tutela, per disciplinare la posizione del tutore e del pupillo legati tra loro dal *iudicium tutelae*. Dal momento che tali soggetti non hanno concluso alcun contratto tra loro, né il loro rapporto presenta alcunché di illecito, essi saranno tenuti vicendevolmente *quasi ex contractu*, stante l'assimilazione del loro rapporto a una obbligazione nascente da contratto. Il rapporto sinallagmatico tra tutore e pupillo comporta

---

[450] Secondo parte della romanistica, sono genuine la parti del testo gaiano (D. 44, 7, 5 pr. – 3) ove il giurista afferma che le obbligazioni non nascono da contratto, ma sarebbero interpolate quelle parti in cui afferma che le obbligazioni non sorgono neppure da delitto. Si vedano J.C. VAN OVEN, *Remarques sur Gai 3, 91*, in *Iura*, I, 1950, 22 s.; GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., 180-184.

[451] Cfr. A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'. Corso esegetico di diritto romano*, I, *Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997, 50 s.

che il pupillo potrà esperire l'*actio tutelae* contro il tutore qualora contesti la sua gestione, e il tutore avrà verso il pupillo l'azione contraria per il recupero di spese sostenute o obbligazioni assunte o garanzie prestate in suo favore.

In D. 44, 7, 5, 2 si passa alla disciplina della posizione dell'erede in caso di legato obbligatorio: questi sarà obbligato né da contratto né da fatto illecito, atteso che né si può ammettere che il legatario creditorie abbia concluso un contratto con il defunto o con l'erede, né si possono ravvisare nella fattispecie gli estremi di un illecito.

In D. 44, 7, 5, 3 Gaio tratta del pagamento dell'indebito. Colui che ha ricevuto una cosa non dovuta per errore di chi l'abbia data diviene obbligato *quasi ex mutui datione*, e sarà tenuto in forza della medesima azione con cui i debitori sono responsabili verso i creditori[452]. Ebbene, tale soggetto non può ritenersi però responsabile in forza di contratto, giacché chi paga per errore sembra pagare con lo scopo di estinguere un'obbligazione, non di contrarla (*magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae*).

Dalla prima parte del testo gaiano in materia di *obligationes ex variis causarum figuris* (framm. 506 *rer. cott.* D. 44, 7, 5 pr. – 3) troviamo conferma della *definitio per divisionem* adottata da Gaio per esprimere, in primo luogo, che mentre le obbligazioni nascenti da contratto o da delitto presentano un *proprium ius*, quelle nascenti *ex variis causarum figuris* presentano un *proprium quoddam ius*, e in secondo luogo, che dal punto di vista dei soggetti obbligati, costoro *non proprie ex contractu* ma *quasi ex contractu teneri videntur*.

In tutte le fattispecie considerate finora, infatti, l'elemento comune è rappresentato dall'assenza di un requisito essenziale nelle obbligazioni da contratto, e cioè l'accordo tra le parti (*conventio*)[453]. Purtuttavia, le predette fattispecie ricadranno nella disciplina delle obbligazioni contrattuali, poiché comunque devono essere soggette a regole generali uniformi.

Passiamo dunque ai lacerti successivi in tema di *obligationes quasi ex maleficio*.

Il frammento D. 44, 7, 5, 4 – riprodotto abbastanza fedelmente alla fine del titolo *De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur*, D. 50, 13, 6 – disciplina la fattispecie del *iudex qui litem suam fecerit*. Gaio afferma che, qualora un giudice faccia sua la lite, questi non sembra propriamente obbligato per delitto. Tuttavia, poiché di certo non è

---

[452] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 654 critica la vaghezza dell'espressione *qua debitores creditoribus*, ritenendo la sussistenza di un intervento compilatorio volto a sostituire con essa il più preciso riferimento alla *condictio* e alla relativa formula contenuto in Gai. III, 91.

[453] La previsione di suddette fattispecie è prodromico al superamento del sistema romano dei contratti fondato sulla tipicità. Così, GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., 189 e, *mutatis mutandis*, GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, cit., 70 s.

tenuto in forza di contratto, e si intende che in ogni caso abbia commesso qualcosa di illecito, seppure dovuta a propria negligenza, si riterrà obbligato in forza di una *actio in factum* per quasi delitto al pagamento di una sanzione rimessa all'equo apprezzamento del giudice. Quanto alla locuzione *litem suam facere*, in assenza di altre fonti, non conosciamo i concreti estremi integranti tale comportamento. Si trattava senz'altro di una condotta censurabile in quanto collegata a uno scorretto svolgimento della funzione giurisdizionale, seppure non intenzionale e dovuta a *imprudentia* (magari in relazione all'abbandono della condizione di imparzialità che avrebbe dovuto conservare in ogni momento del processo).

Nel successivo D. 44, 7, 5, 5 Gaio disciplina due ipotesi tra loro simili, l'*effusum et deiectum* e il *positum et suspensum*. Quanto alla prima, afferma che è obbligato in forza di quasi delitto anche colui dalla cui stanza (di sua proprietà o che aveva in locazione o nella quale abitava a titolo gratuito) è stata gettata o versata qualcosa che ha recato danno a taluno. In tal caso non si può parlare di obbligazione per delitto poiché potrà essere chiamato a rispondere anche per colpa di un altro soggetto, libero o schiavo che sia. Quanto alla seconda ipotesi, invece, afferma che è obbligato colui che tiene posta o sospesa precariamente una cosa al di sopra di un luogo dove c'è un frequente passaggio di persone, e tale cosa, cadendo, rechi danno a qualcuno.

Inoltre, nel caso di un *filius familias* che abiti separato dal *pater*, se qualcosa è stata gettata o versata dalla sua stanza, o lì questi teneva posta o sospesa una cosa la cui caduta poteva recare danno, secondo Giuliano non si potranno esercitare verso il padre né un'azione nossale né una *de peculio*, ma occorrerà agire nei confronti del figlio.

Nell'ultimo paragrafo, D. 44, 7, 5, 6, Gaio riconosce obbligato per quasi delitto chi abbia la direzione di una nave *(exercitor navis*), di una taverna o di una stalla (*stabularius*) per i danni o furti commessi sulla nave, nella taverna o nella stalla, nel caso in cui costui non abbia commesso alcun illecito e che questo sia stato commesso, invece, da taluno di coloro con cui dirige la nave, la taverna o la stalla. Anche in questo caso l'obbligazione contro di lui non sorge per contratto ma, poiché si è servito del lavoro di persone disoneste, deve ritenersi in qualche misura responsabile a titolo di colpa, e perciò obbligato in forza di quasi delitto.

Analogamente alle ipotesi che obbligano *quasi ex contractu* (in cui l'elemento comune è rappresentato dall'assenza di un requisito essenziale delle obbligazioni *ex contractu*, e cioè la

conventio), così nelle ipotesi dei §§ 4-6, D. 44, 7, 5 l'elemento unificatore è dato dall'assenza di un requisito essenziale delle obbligazioni *ex maleficio*, vale a dire la colpevolezza[454].

In altre parole, nelle ipotesi illustrate, secondo Gaio il soggetto sarebbe stato obbligato *quasi ex maleficio* poiché, a differenza delle obbligazioni da delitto, avrebbe risposto anche senza colpa, configurando così una responsabilità di tipo oggettivo.

Pertanto per esse è rispettata la *definitio per divisionem* che sottolinea ancora una volta, in primo luogo, che mentre le obbligazioni nascenti da contratto o da delitto presentano un *proprium ius*, quelle nascenti *ex variis causarum figuris* presentano un *proprium quoddam ius*, e in secondo luogo, che dal punto di vista dei soggetti obbligati, costoro *non proprie ex maleficio* ma *quasi ex maleficio teneri videntur*.

Possiamo finalmente tirare le fila del passaggio dalla bipartizione alla tripartizione.

Gaio, ritenendo essenziale alle obbligazioni da contratto il requisito della *conventio*, e a quelle da delitto l'elemento della colpevolezza, durante la sua attività scientifica, spinto dal continuo interrogarsi nella propria attività didattica, si accorse che in alcune fattispecie l'obbligazione nasceva però senza accordo, e in altre senza colpa. Riconducendo allora entrambe alla categoria delle *obligationes ex variis causarum figuris*, ritenne che le prime dovessero ricondursi alla disciplina delle obbligazioni *ex contractu*, le seconde alla disciplina delle obbligazioni *ex maleficio*.

Risiede in ciò la fortunata intuizione gaiana: individuando nell'accordo la causa giustificatrice dei contratti[455] e nella colpevolezza quella dei delitti, Gaio affermò che altra fosse la *ratio* in ordine alle *variae causarum figurae*, le quali producevano obbligazioni sulla base di un certo qual proprio diritto (*proprio quodam iure*). Questa causa giustificatrice era da individuarsi nell'esigenza, riconosciuta dall'ordinamento in virtù di specifiche ragioni proprie di ciascuna delle ipotesi considerate, di far sorgere obbligazioni, da ricondursi alla disciplina contrattuale, anche in assenza di accordo, e altre obbligazioni, da ricondursi alla disciplina dei delitti, anche in assenza di colpevolezza.

Ora, come abbiamo anticipato, la struttura dei testi gaiani è diversa quella adottata dagli odierni sistemi di diritto positivo[456]. In particolare, mentre Gaio parte dalle fonti delle

---

[454] V. ARANGIO-RUIZ, Recensione a C.H. ROBERTS, *Egypt exploration society. The Antinoopolis papyri*, *part I*, in *Iura*, II, 1951, 346; Cfr. H. HÜBNER, *Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit*, in *Iura*, V, 1954, 202 s.; P. STEIN, *The nature of quasi-delictal obligations*, in «RIDA», V, 1958, 569 s.; F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, 154 s.

[455] Art. 1321 c.c.: «Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

[456] Il Code Napoléon, nella formulazione anteriore alla ingente riforma che lo ha interessato in materia di disciplina del contratto, delle obbligazioni e del regime delle prove, intervenuta con *Ordonnance* n. 2016/131 del

obbligazioni per passare a una classificazione delle obbligazioni sulla base delle rispettive fonti, il nostro disposto codicistico in materia obbligatoria si limita all'individuazione delle fonti.

Inoltre, a differenza del codice civile del 1865, che adottava la quadripartizione giustinianea, il codice del 1942 ha preferito seguire la tripartizione gaiana espressa nelle *res. cott.*:

Non si è considerata […] la duplice figura dei quasi-contratti e dei quasi-delitti, che non ha mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale essendo ignota al diritto ormano classico, né dal lato sostanziale essendo priva di un contenuto determinato. I cosiddetti quasi-contratti e quasi-delitti non sono istituti giuridici simili ai contratti e ai delitti; sono fatti di natura varia che la legge considera quali fonti di obbligazioni, e che, appunto per la loro diversità, non sono suscettibili di classificazione. In particolare poi, per i quasi-delitti, la circostanza che l'obbligato non abbia cooperato materialmente alla produzione dell'evento appare un estremo irrilevante ai fini di una loro classificazione separata dai fatti illeciti, posto che l'evoluzione della dottrina della responsabilità ha messo in luce che anche la responsabilità indiretta deriva, di regola, da un comportamento (omissione) di chi è tenuto al risarcimento, e al quale, sotto particolari aspetti, potrebbe egualmente ricondursi la produzione dell'evento lesivo[457].

È certamente vero che il legislatore del 1942 ha inteso prediligere la tripartizione gaiana – giungendo a considerarla espressamente l'unica a rappresentare il lascito della tradizione giuridica di età classica – tuttavia occorre notare che mentre Gaio individuava le fonti delle obbligazioni in via funzionale alla classificazione delle obbligazioni stesse, l'art. 1173 c.c. si

---

10 febbraio 2016, prevedeva all'art. 1370 che fonti delle obbligazioni fossero i contratti, i quasi contratti, i delitti, i quasi delitti e la legge. L'aggiunta della categoria della legge è dovuta alla rielaborazione delle categorie di quasi contratti e quasi delitti. Difatti, posto che la dottrina occidentale arrivò a definire il quasi contratto in termini di fatto di una persona permesso dalla legge, la quadripartizione delle fonti risultò non più esauriente dal momento che restavano da essa escluse quelle fattispecie che, oltre a non presentare gli elementi della *conventio* o della colpevolezza, non potevano neppure qualificarsi come fatti, seppure leciti, di un uomo (cfr. R. POTHIER, *Oeuvres*, II, Paris, 1848, 56; H. DONELLUS, *Opera omnia*, IV, Florentiae, 1842, 131). Ecco perché, secondo il previgente art. 1379, co. 2 Code civil, alcune obbligazioni «résultent de l'autorité seule de la loi». Da notare come il vecchio art. 1370 Code civil era trasfuso nell'art. 1097 Codice civile 1865. A seguito della predetta riforma, le fonti delle obbligazioni sono disciplinate dall'art. 1100 Code civil, che al primo comma dispone: «Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiquesou de l'autorité seule de la loi». Quanto al diritto civile tedesco, il BGB non si discosta troppo dalla tripartizione gaiana. Si prevede infatti una impostazione strutturale che contrappone le obbligazioni nascenti da contratto a quelle derivanti da altre fattispecie. Tuttavia, anche gli atti illeciti presentano, non meno dei contratti, una propria individualità, al punto che può parlarsi anche per essi di una elaborazione unitaria (cfr. §§ 829, 833, 835 BGB). In questo senso si esprime GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., 213-215. Si vedano anche DERNBURG, *Pandekten*, II, cit., 16 s.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9], Frankfurt am Main, 1906, 237 s.

[457] Relazione al Re, *Delle obbligazioni*, 21.

limita solo al primo aspetto, la definizione delle *causae obligationum*. Mentre Gaio definiva le obbligazioni, il dettato codicistico si limita a elencarne le fonti.

Ecco perché, secondo un autorevole orientamento[458], il legislatore del 1942 si sarebbe semplicemente illuso di riallacciarsi alla dottrina gaiana, laddove avrebbe ricalcato l'indirizzo che a essa si era dato in età giustinianea. L'atteggiamento del legislatore sarebbe infatti analogo a coloro che, in epoca postclassica, si limitarono, in relazione alle parti della *negotiorum gestio*, all'erede nell'ipotesi del legato obbligatorio, etc., a dire che costoro fossero obbligati né in forza di contratto né in forza di delitto, ma sulla base di una fattispecie dotata di una propria individualità.

[458] GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., 217.

CAPITOLO III

LA PATERNITÀ DELL'OPERA

1. L'enigma gaiano

Nel corso della trattazione, sono stati posti in evidenza i rapporti intercorrenti tra le *res cottidianae* e le Istituzioni di Gaio, mostrando la struttura parallela delle due opere, le analogie testuali, i punti di contatto e divergenza tra la lezione istituzionale conservata nel Codice Veronese e quella dei *libri aureorum* che conosciamo grazie al Digesto. Abbiamo ripercorso le svariate teorie avanzate dalla romanistica in ordine alla genuinità o meno del testo delle *res cott.*, soppesando di volta in volta gli opposti orientamenti in seno alla dottrina, e distinguendo le interpolazioni *ope ingenii* (cioè dovute alla più o meno marcata fantasia degli interpreti) dai glossemi che, diversamente, devono essere attribuiti con certezza ai compilatori giustinianei. E ancora, abbiamo analizzato singolarmente i ventisei lacerti delle *res cott.* – raggruppati in ventuno frammenti, se si considera l'elencazione leneliana che abbiamo fatto nostra per una ragionata e ordinata esposizione[1] – tentando di offrire una visione di insieme sui molteplici istituti giuridici trattati nell'opera, alla luce del raffronto della stessa con le altre fonti romane, e rifuggendo da un andamento di mera parafrasi dei brani o di sterile commento delle – pur vivaci – dispute dottrinali.

Se infatti è evidente che una ricerca di tal genere, volta a redigere un bilancio quanto più sfaccettato delle *res cott.*, non possa prescindere dal duplice approfondimento delle fonti scritte e dei relativi studi ermeneutici, abbiamo ritenuto che questo approfondimento fosse solo propedeutico all'assunzione di una presa di posizione in ordine, finalmente, alle *vexatae quaestiones* su cui finora abbiamo glissato.

Tali sono la paternità gaiana delle *res cott.* (e conseguentemente l'eventuale origine postclassica dell'opera) e l'effettiva relazione che lega – o meglio chiedersi, *se* vi sia una relazione che lega – gli *aurea* alle Istituzioni di Gaio.

Non pensiamo tuttavia che siffatte riflessioni possano essere avulse dalla considerazione di un problema di portata più vasta, efficacemente sintetizzato dalla dottrina nella formula

[1] LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., col. 251-261, framm. nn. 486-506.

«enigma gaiano»[2]. O per dirla in termini altrettanto evocativi ma cambiando prospettiva, il «ferro ardente»[3] rappresentato nella scienza romanistica dalle *res cott.* è solo una delle svariate aporie che ruotano attorno alla figura di Gaio.

Del *nostro* si è detto infatti di tutto, «giungendo sino al punto di qualificarlo un poveraccio di provinciale, un non classico vissuto ai tempi dei classici, un plagiatore di Cassio Longino, uno pseudonimo di Lelio Felice e persino una donna travestita da uomo»[4]. Ma di là dalle ricostruzioni pittoresche – e spesso inconsistenti – della sua biografia, a noi interessa porre un punto fermo, incontrovertibile: Gaio, a Roma, è un docente di diritto che dichiara la propria adesione alla scuola sabiniana. E il suo è un modello scolastico, si ponga attenzione, ormai lontano da quello aristocratico del giureconsulto di età repubblicana, dinanzi al quale gli *auditores* si accalcavano per apprendere le funzioni civili del *respondere*, *cavere*, *agere*[5].

L'attività propria di Gaio si risolve invece tutta nell'insegnamento, giacché egli è svincolato dalla pratica del responso, non ha ambizioni o responsabilità nella vita pubblica[6], né è annoverato tra coloro *quibus permissum est iura condere* (Gai. I, 7). Ciò in quanto l'attività di *iura condere* non sarebbe direttamente funzionale a quella didattica, posto che al docente non si richiede di contribuire al dibattito scientifico, ma solo di darne conto. Ecco perché nelle opere gaiane espressioni quali *aio*, *arbitro*, *existimo*, *probo*, *puro*, *sentio*, *mihi videtur* sono assenti. La sola formula *puto* si ritrova appena quattro volte: due volte nei *libri ad ed. prov.*[7], una nei *libri de fideicomm.*[8], una infine nel framm. 499 *rer. cott.*

Ma è proprio così? Solo all'attività didattica si riduce il lascito gaiano?

Intendiamoci, è vero che il c.d. paradosso gaiano trova forma sotto molteplici profili[9]: la discrasia tra l'importanza dell'opera di Gaio ai fini dello studio storico del diritto classico romano e il fatto che «Gaius» potrebbe essere, in alternativa, *praenomen*, *nomen* o *cognomen*;

---

[2] CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, cit., 2.

[3] M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 45.

[4] A. GUARINO, *Ineptiae iuris romani IX. 3) Il ragioniere Gaio?*, in *Labeo*, XXXV, 1989, 341 (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, Napoli, 1994, 331). Cfr. anche C.A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne*, *1: La jurisprudence romaine*, Torino, 1989, 123 s.; ID., *Introduzione ad una rilettura di Gai 4.30-33*, in *Soliditas: scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, 1869 s.; T. MAYER-MALY, *«Gaius»*, in *Rocznìki Teologiczno-Kanoniczene*, X, 1963, Lublin, 55 s.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*[7], Napoli, 1987, 442 s.; ID., *Genuinità del Gaio Veronese*, in *Labeo*, IX, 1963, 398 s. (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, cit., 323 s.); ID., *L'intelligenza di Gaio*, in *Labeo*, IX, 1963, 115 s. (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, cit., 329 s.); ID., *Iusculum iuris*, Napoli, 1985, 224 s.

[5] Cic. *Brut.*, 306: «qui quamquam nemini se ad docendum dabat, tamen consulentibus respondendo studiosos audiendi docebat».

[6] CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, cit., 3.

[7] Cfr. D. 16, 1, 5; D. 39, 4, 13, 3.

[8] Cfr. D. 34, 5, 7 pr.

[9] PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista*, cit., 3 s.

l'influenza esercitata dalle sue Istituzioni sul diritto dell'Europa continentale che fa, da contraltare, alla mancata conoscenza diretta proprio delle *Institutiones* fino alla *riscoperta* del 1816; l'indifferenza riservata a Gaio dagli altri giuristi classici, contemporanei e posteri[10]; che lui stesso, infine, sia stato preso a paradigma del diritto romano di epoca classica, ma al contempo ritenuto un giurista non classico[11]. Eppure, dalla ricerca condotta nelle pagine precedenti, non sembra che la figura di Gaio debba ridursi a quella di un semplice insegnante.

Giacché riteniamo che un consuntivo sulla personalità scientifica di Gaio non possa essere portato a termine senza portare avanti, come un doppio binario, la questione dei rapporti tra le *Institutiones* e le *res cott.*[12], ebbene l'attività di ricerca scientifica condotta da Gaio, specie nei *libri aureorum*, sembra ascriversi appieno a quella di un giureconsulto che, proprio in quanto docente, soleva dapprima criticare le teorie esistenti e poi maturare un autonomo pensiero critico, anche al fine, eventualmente, di formulare nuove teorie.

A titolo di esempio, si consideri il framm. 498 *rer. cott.*, ove Gaio espone la tripartizione delle fonti delle obbligazioni, abbandonando la precedente visione duale delle Istituzioni. Una virata così rilevante su una differente posizione scientifica non può che giustificarsi sulla base delle continue sollecitazioni che Gaio, docente e giurista allo stesso momento, trovava sul proprio percorso di elaborazione critica e costruttiva della materia insegnata.

Possiamo allora introdurre un primo elemento volto a dipanare la questione del concreto contributo di Gaio alla scienza giuridica romana. Se consideriamo che il suo manuale istituzionale, le *Institutiones*, assunsero un ruolo così fondamentale nel campo didattico da adombrare la figura stessa dell'autore (tanto che, per fare riferimento a un passo dell'opera, la dottrina ricorre alla figura retorica della metonimia, adoperando la formula «Gai.»[13]), risulta assorbita la critica che addossa a Gaio una scarsa capacità scientifica di innovare il dibattito giuridico. Per comprendere questa considerazione facciamo un passo indietro.

Nel Digesto, le Istituzioni gaiane sono relegate all'estremo margine, a differenza – e qui occorre sottolinearlo – di altre opere gaiane di cui, se non fosse stato per la trasposizione compilatoria, non avremmo neanche un frammento. Tra queste opere vi sono, appunto, le *res cottidianae.* Ebbene, le critiche suesposte si intendono assorbite perché, come si dirà nel corso

[10] Fatta eccezione per Pomp. III *ad Q. Mucium* D. 45, 3, 39: «non sine ratione est, quod Gaius noster dixit». Cfr. *supra*, cap. I, 34, n. 59.

[11] KASER, *La classicità di Gaio*, cit., 42-54. Si veda la replica di A. GUARINO, *Il «classicismo» di Gaio*, in *Atti dell'Accademia Pontaniana*, XXXII, 1983, Napoli, 193 s. (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, cit., 326 s.).

[12] Rispondiamo dunque in senso affermativo al quesito posto da G.G ARCHI, *Dubbi su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, cit., 12.

[13] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 596-597.

di questo capitolo, altro sono le Istituzioni di Gaio, altro le sue *res cott.*, di talché, se comunque in entrambi i casi di opere didattiche si tratta, il livello di approfondimento e rigore scientifico, da un lato, e la stessa finalità perseguita, dall'altro, non sono i medesimi.

Eppure, le due opere restano strettamente legate, e altrimenti non potrebbe essere. Difatti, tale vicinanza non si giustifica solo per la nostra limitata conoscenza delle *res cott.*, dovuta al fatto che i soli frammenti che abbiamo sono quelli richiamati nel Digesto. Ma soprattutto, a porre il sigillo di inscindibilità tra le due opere è lo stesso Giustiniano che, nella Const. *Imperatoriam* di introduzione alle Istituzioni imperiali, volte come è noto a fornire i *prima legum cunabula* alla *cupida legum iuventus*, afferma che, tra tutto il materiale utilizzato, maggiore rilievo era stato dato alle due opere didattiche gaiane[14].

Ecco perché l'enigma gaiano si riversa anche nel problema delle *res cott.*, e cioè nella questione della loro effettiva portata, della pretesa paternità gaiana, dell'epoca di stesura, del rapporto con le *Institutiones.*

Ogni riflessione sulla figura di Gaio non può prescindere da un prudente apprezzamento delle sue *Institutiones* e delle *res cott.*, per questo finora abbiamo posto sotto gli occhi del lettore le somiglianze e le divergenze tra le opere. È tempo adesso di valutare se le analogie siano tali da permetterci di attribuire l'opera a Gaio o le discrasie tanto insuperabili da condurci a conclusioni di segno opposto.

2. Ancora un raffronto testuale tra *res cottidianae* e *Institutiones*

La questione della paternità gaiana delle *res cott.* è stata finora legata dalla dottrina a talune considerazioni più generali rivolte al materiale tramandatoci dalla compilazione giustinanea.

Difatti, mentre in passato – e specie in epoca di diffusa interpolazionistica – l'orientamento maggioritario della romanistica disconosceva l'attribuzione a Gaio degli *aurea*, bollando l'opera come una delle «numerose compilazioni postclassiche redatte sulla falsariga delle Istituzioni gaiane»[15], la dottrina più recente è di diverso avviso[16], ammettendo la paternità

[14] Const. *Imper.*, 6.

[15] ARANGIO-RUIZ, *Introduzione alle Gai Institutiones*, cit., 6.

[16] Ma si registrano voci contrarie, poiché sostenitrici del precedente orientamento, nei contributi di J. PARICIO, *Sull'idea di contratto in Gaio*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto in prospettiva storico-comparatistica* (II Congresso internazionale Aristec, Palermo, 7-8 giugno 1995), Torino, 1997, 156 s. e COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., 7 s.

gaiana delle *res cott.* pur, secondo taluno, «sulla scia di una tendenza diffusasi negli ultimi tempi a ritenere genuino tutto quanto conservatoci dal Digesto»[17].

A ben vedere, nessuna delle posizioni richiamate può convincere pienamente, atteso che l'attenzione è stata focalizzata maggiormente sulla genuinità o meno della compilazione giustinianea *tout court*, anziché sulla analisi dei singoli frammenti delle *res cott.*, da porsi in confronto sinottico con i manuali istituzionali gaiano e giustinaneo.

Al termine di questo lavoro, infatti, ci accorgiamo che la questione non è affatto semplice, né si può propendere serenamente – e con fede cieca – verso l'una o l'altra soluzione. Se è vero che le *res cott.* tradiscono una impronta senz'altro gaiana, è pur vero che i frammenti dell'opera in nostro possesso sono quelli contenuti nel Digesto, e pertanto sarebbe molto ingenuo aspettarsi una piena aderenza del testo al suo originale.

E inoltre vi è un altro aspetto da considerare, quello quantitativo. Infatti, delle *res cott.* conosciamo appena ventisei frammenti, cioè all'incirca novanta paragrafi, e cioè all'incirca un decimo delle *Institutiones* gaiane. Come possono trarsi, stante questo esiguo materiale, conclusioni ragionevolmente certe?

Ecco perché abbiamo ritenuto di partire dal dato testuale, operazione imprescindibile per addivenire a una risoluzione del problema della paternità gaiana delle *res cott.* che, se lo si riterrà, sarà condivisibile.

Procediamo allora a un *excursus* dei punti salienti di convergenza e divergenza tra le due opere.

Come abbiamo visto nel capitolo precedente, quanto al primo libro delle *res cott.* non è possibile riscontrare analogie formali o sostanziali con il testo delle *Institutiones*. I framm. 486-489 *rer. cott.* non offrono, infatti, appigli di convergenza con il manuale istituzionale, a causa della loro stessa brevità oppure per le lacune presenti nel Codice Veronese.

In ordine al secondo libro, giungiamo a conclusioni affatto diverse.

Infatti, il primo elemento di vicinanza tra le due opere è rappresentato dal framm. 491 *rer. cott.*, ossia quel lungo lacerto dedicato a una particolareggiata disciplina dei modi di acquisto della proprietà. Dall'esame dei singoli brani abbiamo notato notevoli punti di convergenza con il manuale istituzionale gaiano, tanto da scorgere quasi un rapporto di complementarietà tra le due opere gaiane[18].

---

[17] R. MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, in «AUPA», LV, 2012, 173. In ogni caso, sui diversi orientamenti, si rimanda alle considerazioni svolte nel cap. I.

[18] Di questo avviso, E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Gaio e Pomponio*, in «SDHI», LXIII, 1997, 69. Cfr. anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*,

In D. 41, 1, 1 pr. la *summa divisio* tra modi di acquisto della proprietà per *ius gentium* e modi di acquisto per *ius civile* è in buona sostanza parallela alla distinzione, presente in Gai. II, 65, tra modi di acquisto per *ius naturale* e *ius civile*. Difatti, la *naturalis ratio*, intesa quale fondamento dei modi di acquisto *iure gentium* nel framm. 491 *rer. cott.*, è citata anche in Gai. II, 66. E ancora, proprio in Gai. II, 66, a proposito del modo di acquisto per occupazione, si legge la formula di cose *quae terra mari coelo capiuntur*, che è uguale a quella riferita da D. 41, 1, 1, 1 sempre in tema di *occupatio*.

Nel successivo D. 41, 1, 5, ancora in tema di occupazione, si afferma che riacquista la naturale libertà l'animale che sarà sfuggito alla nostra vista o che, sebbene ancora visibile, sia difficile da inseguire, e talune espressioni (*naturalem libertatem se receperit*, *rursus occupantis fit*, *donec nostra custodia coercetur*) sono le stesse che si leggono in Gai. II, 67. Inoltre, a proposito dell'addomesticazione dei cervi, la formula *ut in silvas eant et redeant* di D. 41, 1, 5, 5 è quasi pedissequa a *qui in silvas ire et redire solent* di Gai. II, 68[19], e in ogni caso medesima è la regola per stabilire quando animali addomesticati ritornino a essere selvatici e possano, così, essere oggetto di occupazione (*cum revertendi consuetudinem deseruerint*).

La regola di D. 41, 1, 7 pr. relativa all'occupazione delle cose prese ai nemici è nel significato analoga a Gai. II, 69, sebbene si ripeta la differenza terminologica tra *iure gentium* (nelle *res cott.*) e *naturali ratione* (nelle *Institutiones*) speculare a quella, già registrata, tra modi di acquisto *iure gentium* di D. 41, 1, 1, 1 pr. e modi di acquisto *iure naturali* di Gai. II, 65.

In materia di incrementi fluviali, la formula *per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possimus, quantum quoque momento temporis adiciatur*, che si trova in D. 41, 1, 7, 1, e che offre una definizione del fenomeno della *adluvio*, con esso intendendosi ciò che gradualmente va a unirsi a un fondo, al punto da non poter discernere in che misura e in che momento ciò sia avvenuto, è testualmente parallela alla definizione di Gai. II, 70.

In D. 41, 1, 7, 7, la trattazione dell'acquisto della proprietà mediante specificazione è parallela a Gai. II, 79, anche se il testo delle *res cott.* risulta maggiormente dettagliato. In particolare, nel framm. 491 *rer. cott.* si riporta la *quaestio* tra Sabiniani e Proculiani in ordine alla proprietà della *res* specificata. Mentre i primi ritenevano che si dovesse badare più alla materia che alla sostanza, e che quindi la cosa prodotta dovesse cadere in proprietà del *dominus*

Napoli, 1971, 122, che ritiene verosimile che negli *aurea* largo spazio fosse dedicato a una accurata disamina delle più classiche controversie di scuola.

[19] Alla già citata letteratura sul punto, si aggiunga S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustinianea*, Milano, 1938, 380, che ritiene sospetta l'espressione *in silvas ire et redire*. Cfr. anche P. PESCANI, *Difesa minima di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, cit., 97-98.

della materia, i Proculiani (che in Gai. II, 79 sono indicati, genericamente, come *alii*) sostenevano che la cosa appartenesse allo specificatore. Inoltre, a differenza del testo istituzionale che non ne fa menzione, nel framm. 491 *rer. cott.* è riportata, per temperare le diverse posizioni scolastiche, la celebre *media sententia*, cui Gaio aderisce, secondo la quale, se la cosa può essere riportata ai materiali originari, allora sarà preferibile l'opinione dei Sabiniani, ma se non può essere riportata, bisognerà accogliere la tesi dei Proculiani.

In ordine alla ipotesi di *inaedificatio*, e in particolare alla costruzione di un edificio su suolo proprio con materiali altrui – fatto sussumibile nell'alveo dell'accessione – il brano offerto da D. 41, 1, 7, 10-12 è parallelo a Gai. II, 73, sebbene si tratti più di una analogia contenutistica che testuale. Infatti, le poche righe delle *Institutiones* si limitano a sancire la regola *superficies solo cedit*, laddove il framm. 491 *rer. cott.* disciplina anche il caso della rovina dell'edificio, del crollo dello stesso una volta che sia stato usucapito, della costruzione di un edificio con materiali propri su suolo altrui.

La maggiore sintesi che caratterizza il manuale istituzionale rispetto alle *res cott.* fa sì che la formula *poterit nos per exceptionem doli mali repellere*, prevista in Gai. II, 76 tanto per la *inaedificatio* che per la *implantatio* che per la *satio*, sia limitata in D. 41, 1, 7, 12 al caso di *inaedificatio* con materiali propri su fondo altrui.

Lo stesso accade per l'ipotesi di accessione rappresentato dalla *scriptura*: mentre in Gai. II, 77 si afferma che quanto fu scritto da taluno, pure con lettere d'oro, sulle proprie carte o pergamene divenga nostro in quanto le lettere accedono alle carte o pergamene, invece, in D. 41, 1, 9, 1 la medesima questione appare tratteggiata più analiticamente, ma in entrambi i testi si menziona l'esperibilità della *exceptio doli*.

In ordine all'ipotesi di *tabula picta*, in D. 41, 1, 9, 2 così come in Gai. II, 78, il giurista adrianeo chiarisce che, a differenza delle lettere, che accedono alle carte e alla pergamene, le pitture non accedono alle tavole su cui sono state impresse, sicché sono invece le tavole ad accedere alle pitture. Tuttavia, la diretta presa di posizione con cui Gaio criticava nelle Istituzioni siffatta regola, che affermava non comprendere (*cuius diversitatis vix idonea ratio redditur*), è assente nel framm. 491 *rer. cott.*[20].

Passando ai framm. 492 e 493 *rer. cott.*, si riscontrano analogie di duplice profilo con il manuale istituzionale. Nel primo lacerto (D. 41, 3, 36 pr. – 1) Gaio discorre della vendita o donazione di cosa altrui eseguita da un soggetto che erroneamente creda detto bene di sua proprietà. Vi afferma che l'*accipiens*, che in buona fede ne acquisti il possesso, potrà usucapire

[20] Secondo CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 664, pur in assenza di corrispondenze testuali, anche in D. 41, 1, 9, 2 si percepirebbe il dissenso di Gaio alla regola enunciata.

la cosa, come accade nell'ipotesi dell'erede che venda un bene dato in comodato o locazione o deposito al defunto ritenendolo parte dell'asse ereditario. Il medesimo principio varrà per colui che ritenga per errore di essere erede e alieni una *res hereditaria* e, ancora, per l'usufruttuario di una schiava che alieni il *partus* della stessa ignorando che i neonati della schiava cadano sotto il dominio del nudo proprietario, e non dell'usufruttuario. Sotto un versante testuale, il framm. 492 *rer. cott.* è parallelo a Gai. II, 50, giacché analoghe sono la struttura e gli *exempla* presenti nel testo.

Quanto al secondo lacerto (framm. 493 *rer. cott.* D. 41, 3, 38), sempre concernente questioni sul possesso, oltre a una analogia testuale con Gai. II, 51, si riscontra una stretta vicinanza con le Istituzioni gaiane in quanto, nella collocazione del Digesto, tra il framm. 492 e il 493 *rer. cott.* è stato posto dai compilatori proprio una parte di Gai. II, 50 (II *inst.* D. 41, 3, 37).

In tema di diritti reali su cosa altrui, occorrerà porre in confronto i framm. 494-497 *rer. cott.* con Gai. 30-33. Tuttavia, mentre le *res cott.* paiono molto più analitiche (nonostante la brevità dei rispettivi frammenti) nel tratteggiare usufrutto, uso e servitù, il manuale gaiano appare più scarno. È stato, però, giustamente notata una vicinanza espressiva tra il framm. 494 *rer. cott.* D. 7, 1, 3 pr. e Gai. II, 31 nella frase *si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*[21] .

Giungiamo ora al lacerto più discusso delle *res cott.*, il framm. 498 in materia di fonti delle obbligazioni. Come abbiamo potuto constatare nell'analisi a esso dedicata, la tripartizione enunciata rappresenta un cambio di rotta sostanziale rispetto alla bipartizione delle Istituzioni (Gai. III, 88); e pure abbiamo avanzato ipotesi in ordine alle motivazioni che spinsero Gaio a tale cambiamento.

Nonostante l'aggiunta delle *variae causarum figurae* e il passaggio dalla nozione di *delictum* a quella di *maleficium*, occorre registrare una comunanza tra i due testi quanto alla struttura (si parte dalla classificazione delle fonti per disciplinare poi le singole tipologie di obbligazione, pur in assenza delle obbligazioni letterali), all'attacco iniziale del testo (*omnis ... obligatio ... nascitur*, nelle *Inst.*; *obligationes ... nascuntur*, nelle *res cott.*), ad alcune formule utilizzate (in D. 44, 7, 1, 2 e Gai. III, 90: *Re contrahitur obligatio* [*veluti*] *mutui datione*).

Non si condivide l'opinione di chi ha affermato la sostanziale divergenza tra D. 44, 7, 1 pr. e Gai. III, 89, in materia di *obligationes quae ex contractu nascuntur*, sulla base dell'abbandono nelle *res cott.* della distinzione in *genera* e della ulteriore soppressione delle *obligationes litteris contractae*[22]. Infatti, anche senza la previsione dei *quattuor genera*, l'ossatura del frammento

[21] CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 665.
[22] Cfr. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., 31 s.

degli *aurea* è coerente con il disposto istituzionale; quanto alla soppressione delle obbligazioni letterali, come abbiamo detto nell'analisi del framm. 498 *rer. cott.* nel precedente capitolo, dal momento che l'inserimento di siffatta tipologia obbligatoria nel disposto delle Pandette sarebbe risultato privo di significato, i compilatori devono essere intervenuti sul punto, sopprimendo la menzione di quell'arcaico istituto[23].

Ma l'elemento di maggiore raccordo tra le *res cott.* e le Istituzioni è rappresentato proprio da una frase escerpita da Gai. III, 91:

> Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.

È lo stesso Gaio delle Istituzioni, infatti, a lasciarsi andare a una propria considerazione in ordine alla *indebiti solutio*, affermando che tale ipotesi di obbligazione non può essere considerata nascente da contratto, posto che il soggetto che dà con l'intenzione di adempiere intende estinguere un rapporto, e non contrarlo[24].

Gaio, pertanto, fin dal dettato istituzionale muove una critica alla rigida teoria della bipartizione delle fonti delle obbligazioni, incapace di inquadrare nel solo binomio *contractus-delicta* i fatti e gli atti produttivi di *obligationes*. In altre parole, questo elemento di raccordo, concettuale e non testuale, rappresenterebbe proprio la continua maturazione ed elaborazione scientifica del docente e giurista Gaio.

Di diverso avviso, secondo un recente orientamento, dal confronto tra Gai. III, 88 e D. 44, 7, 1 pr., in tema di fonti delle obbligazioni, emergerebbero le prove volte a escludere la paternità gaiana del frammento degli *aurea*[25]. Si afferma, infatti, che dal passo istituzionale si ricaverebbe la nozione gaiana di *contractus*, quale atto lecito finalizzato a creare un vincolo obbligatorio, restando irrilevante a tal fine l'elemento della *conventio* (accordo). A riprova di ciò, basterebbe considerare due testi: Gai. IV, 182 che, in materia di azioni comportanti l'*infamia*, tra le figure di contratto, contrapposte ai delitti, cita la società, la fiducia, il mandato, il deposito e la tutela (atto unilaterale, quest'ultimo, non necessitante di accordo); e Gai. III, 91, dove si afferma – l'abbiamo visto – che il pagamento dell'indebito non sembri nascere da contratto in quanto chi ha pagato con l'intenzione di adempiere intendeva estinguere un rapporto, non contrarlo.

---

[23] Non esclude questa possibilità anche A. BURDESE, Recensione a J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae, Madrid, 1996, pp. 230*, in «SDHI», LXII, 1996, 595.

[24] Si vedano, al riguardo, le considerazioni di GUARINO, *La Ferrari Testarossa*, cit., 209.

[25] Cfr. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., 17 s.

Ma contro questa ricostruzione, occorre rilevare anzitutto che in Gai. IV, 182 non emerge che l'autore intendesse ricondurre la tutela alle ipotesi di contratto e, in secondo luogo, quanto a Gai. III, 91, abbiamo già detto come l'osservazione gaiana confligga con la rigida struttura duale della bipartizione, tanto da lasciar presagire una nuova posizione – quella della tripartizione – adottata in seguito nelle *res cott.*[26].

In materia di contratti consensuali, in virtù dell'estrema specificità delle ipotesi oggetto dei framm. 499-500 *rer. cott.* in materia di compravendita (l'obbligazione di *praestare custodiam* e il *periculum* del compratore nel caso di compravendita di vino contenuto in botti), non deve stupire l'impossibilità di creare alcun collegamento con le Istituzioni[27]. Anzi, il riferimento a casi particolari inerenti alla vendita di vino è uno degli elementi per suffragare che le *res cott.*, a differenza delle Istituzioni gaiane, fossero un'opera di maggiori pretese[28].

Discorso diverso si deve fare per la locazione conduzione, tra il framm. 501 *rer. cott.* e Gai. III, 144-147. Difatti, non solo l'*incipit* di D. 19, 2, 2, 1 è parallelo nella sostanza a quello di Gai. III, 145 (*Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat…*), ma anche un altro parallelo si riscontra tra lo stesso passo delle *res cott.* e Gai. III, 147, in tema questa volta di *conventio cum aurifice*. In generale, D. 19, 2, 2 si pone come un riassunto di Gai. III, 142-147, e l'opinione di Cassio presente nelle Istituzioni a proposito della *conventio cum aurifice* – tesi a cui già Gaio dichiarava di non aderire – potrebbe essere stata espunta nelle *res cott.* giacché quest'altra opera era maggiormente indirizzata alla pratica anziché all'analisi dottrinale di tutte le dispute.

Quanto al contratto di società, come abbiamo visto, nelle *Institutiones* gaiane, seppure si tratti delle diverse tipologie di *societates*, della ripartizione degli utili e delle perdite tra i soci, del requisito della c.d. *affectio societatis*, dei casi di scioglimento del contratto, non vi è tuttavia alcuna menzione di quanto esposto nel framm. 502 *rer. cott.* sul criterio della *exactissima diligentia*, né comunque sulla responsabilità reciproca tra i soci. Il frammento degli *aurea* è ripreso in Inst. Iust. 3, 25, 9, prospettando così che i livelli di responsabilità societaria in età giustinianea sarebbero stati meno articolati di quelli previsti in età classica. Anche in questo

[26] Cfr. S. TONDO, *Classificazione delle fonti di obbligazione*, in *Labeo*, XLI, 1995, 380 s.; C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani. Études dédieés à Hans Ankum*, I, Amsterdam, 1995, 66; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1995, 35 s.

[27] MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, cit., 181-182, n. 19 sottolinea la «rimarcata singolarità del carattere non istituzionale di questo passo».

[28] BURDESE, *Recensione*, cit., 597.

caso, tuttavia, non è da escludersi un rimaneggiamento compilatorio dell'originale frammento gaiano[29].

In ordine al contratto di mandato, invece, il framm. 503 *rer. cott.* è parallelo a Gai. III, 155, seppure quest'ultimo risulti assai più sintetico rispetto al maggiore approfondimento circa i tipi di mandato, che conferma una maggiore attenzione al dettaglio da parte dei *libri aureorum*. Pertanto, da un lato, risulterebbe pacifico il sostrato gaiano del frammento delle *res cott.* e, dall'altro, è ipotizzabile un successivo approfondimento compiuto da Gaio sull'argomento proprio nella seconda opera[30]. In ogni caso, è meritevole di nota che D. 17, 1, 4 (in materia di eccesso di mandato), che menziona la tesi di Proculo, secondo cui il mandatario potrà agire nei confronti del mandante fino al prezzo concordato, sia da collegarsi all'opposta tesi sabiniana di cui tratta Gai. III, 161. Quest'ultimo orientamento doveva verosimilmente essere contenuto anche nelle *res cott.*, ma non possiamo averne certezza posto che i compilatori giustinianei collocarono in D. 17, 1, 3 un testo paolino (Paul. XXXII *ad ed.*).

I framm. 505-506 *rer. cott.*, unici testi in nostro possesso provenienti dal terzo libro dell'opera, sono dedicati alle obbligazioni nascenti da delitto e a quelle nascenti *ex variis causarum figuris*, enucleati dalla compilazione giustinianea nelle categorie di quasi contratti e quasi delitti.

Orbene, attesa l'evidente impossibilità di stabilire collegamenti tra le *Institutiones* e il framm. 506 *rer. cott.*, quanto invece al framm. 505, e in particolare tra D. 44, 7, 4 e Gai. III, 182, nonostante la differenza semantica *delictum-maleficium*, si riscontra un parallelo sia negli *exempla* effettuati (seppure con una diversa elencazione) sia nella riconduzione dell'obbligazione nascente da delitto all'*unus genus*.

Dal riepilogo appena effettuato in ordine a taluni dei punti di convergenza e divergenza tra le *res cott.* e le Istituzioni gaiane, ci basti al momento rilevare che: le differenze – ove pure ci sono e non possono serenamente ascriversi a una modifica dei compilatori giustinianei – non sono tali da escludere la paternità gaiana delle *res cott.*; anche ammettendo la presenza di svariate manipolazioni dell'opera – alcune necessarie, stante il fine stesso del Digesto di escludere dalle leggi il troppo e il vano[31] – deve parimenti ammettersi che i frammenti in nostro possesso risultano nel complesso genuini[32].

---

[29] Ipotesi ventilata dallo stesso COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., 105 s.
[30] BURDESE, *Recensione*, cit., 598.
[31] DANTE, *Commedia*, *Paradiso*, VI, 10-12.
[32] Così MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, cit., 188.

3. La paternità gaiana delle *res cottidianae*

Abbiamo già detto come una delle aporie della figura di Gaio sia la discrasia evidente tra l'importantissimo ruolo didattico da lui svolto rispetto alla discreta caratura scientifica che trasparirebbe dalle sue opere.

Abbiamo anche precisato, però, che un bilancio sulla personalità scientifica di Gaio non possa essere effettuato senza risolvere l'intricata questione dei rapporti tra le *Institutiones* e le *res cott*., posto che altro sono le Istituzioni di Gaio e altro le sue *res cott.*: in entrambi i casi ci troviamo dinanzi a opere didattiche, ma il livello di approfondimento e rigore scientifico, da un lato, e il fine paideutico del testo, dall'altro, non sono i medesimi.

Ci sembrano allora quanto mai veritiere le suggestive parole di Kaser: «Gaio, come una statua di Giano, ci mostra due facce: una di un maestro di scuola giuridica, una di un giurista che vuole essere misurato alla stregua degli altri giuristi classici»[33]. E se, della pregevole attività di docenza, paradigma sono le *Institutiones*, per misurare le sue reali capacità scientifiche occorrerà guardare *anche* alle *res cottidianae*.

Orbene, giunti al termine della presente ricerca, è tempo di vagliare le ragioni che ci conducono a propendere per una paternità gaiana dell'opera.

Non vogliamo considerare opinioni che, seppure verosimili, risultino svincolate dal dato testuale, elemento che finora ha rappresentato la cifra del presente lavoro. Poiché riteniamo che ogni ipotesi che si possa avanzare sulla paternità delle *res cott.*, per avere valore scientifico, debba trovare riscontro nell'analisi delle fonti, e in particolar modo nel confronto dei frammenti degli *aurea* con le *Institutiones* gaiane.

Inutile, pertanto, soffermarsi su considerazioni che esulerebbero da tale metodo di indagine, vadano esse verso l'attribuzione dell'opera al giurista adrianeo oppure no. Come, per esempio, qualora si ricercasse l'avallo alla paternità gaiana nel fatto che gli stessi compilatori giustinianei – che potevano conoscere di certo più facilmente rispetto a noi la verità storica sull'autore dell'opera e che avevano una solida conoscenza delle fonti classiche – attribuiscano il testo a Gaio; oppure, accorgendosi che negare la paternità gaiana dell'opera esporrebbe al quesito di chi sia stato quel giurista che, in età postclassica, abbia avuto l'idea di compilare un'opera giuridica in sette libri e pubblicarla senza il suo nome; o ancora, priva di fondamento è l'affermazione che le *res cott.* non possano essere attribuite a Gaio ma debbano ritenersi un rifacimento postclassico delle Istituzioni gaiane, poiché se così fosse, allora non si spiegherebbe

[33] KASER, *La classicità di Gaio*, cit., 42.

come mai i frammenti degli *aurea* abbiano una profondità di ragionamento e un grado di tecnicismo giuridico sconosciuti al manuale istituzionale gaiano; e pure ammettendo che di rifacimento postgaiano si tratti, resterebbe da capire perché l'autore abbia scelto l'anonimato; giacché è destituita di fondamento anche l'ipotesi che il reale autore abbia preferito ricorrere al celebre nome di Gaio per una più fortunata riuscita editoriale dell'opera, atteso il non riconoscimento del diritto di autore nel mondo antico[34].

Torniamo dunque al dato testuale. Dal confronto tra i frammenti di *res cott.* contenuti nel Digesto e le Istituzioni gaiane si evince che i passi paralleli (tanto nella struttura che nell'uguaglianza delle espressioni utilizzate) sono molteplici. Si è notata però una fondamentale differenza tra le opere in parola: mentre le *res cott.* si concentrano maggiormente nella delineazione di singoli dettagli degli istituti giuridici, ricorrendo sovente a esempi minuziosi e tentando di cogliere la sfumatura intrinseca agli argomenti trattati, le *Institutiones* restano fedeli all'immagine che di esse abbiamo sempre avuto, quella di un manuale elementare di diritto, e quindi spesso più conciso e diretto.

Riteniamo che sia proprio questa differente impostazione tra le due opere (l'una, le *Institutiones*, finalizzata alla didattica dei primi fondamenti del diritto; l'altra, le *res cott.*, volta a soddisfare un livello di apprendimento più approfondito e rivolto al versante pratico) a giustificare, in parte, le loro differenze.

Ma a fondamento delle divergenze tra *res cott.* e Istituzioni non vi è solo questa motivazione. Come abbiamo già sottolineato, infatti, il mutamento che si registra negli *aurea* su alcune importanti posizioni scientifiche rispetto alle *Institutiones* non può giustificarsi solo in virtù delle esigenze di semplificazione che, nel manuale istituzionale, Gaio doveva rispettare. Piuttosto, è proprio in virtù delle continue sollecitazioni che Gaio, docente e giurista allo stesso momento, trovava sul proprio percorso di elaborazione critica e costruttiva della materia insegnata, che il *nostro* maturò il proprio pensiero giuridico, per approdare a nuove – e più corrette – soluzioni.

A titolo di esempio, si consideri ancora una volta il parallelo offerto tra il framm. 498 *rer. cott.* D. 44, 7, 1 pr. e Gai. III, 88, ove sono enunciate le fonti delle obbligazioni. Ebbene, non possiamo ammettere che la bipartizione *contractus-delicta* sia dovuta esclusivamente a esigenze di semplificazione. Anzi, l'analisi testuale condotta nelle scorse pagine ci ha permesso di evidenziare quanto Gaio avesse, da un lato, acquistato consapevolezza della claustrofobica rigidità di tale dualismo, preferendo virare verso la tripartizione con l'aggiunta delle *variae*

[34] Cfr. CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 602-603.

causarum figurae e, dall'altro, quanto la stessa nozione di *delictum* fosse limitante, preferendo quindi sostituirla con quella di *maleficium*. E a fortificare il nostro convincimento è constatare che i germi del cambiamento della sua posizione scientifica sono presenti nello stesso dettato istituzionale: in Gai. III, 91, a proposito della *solutio indebiti*, dopo avere affermato che *is quoque, qui non debitum accept ab eo per errorem solvit, re obligatur*, aggiunge al termine del lacerto che *haec species obligationis non videtur ex contractu consistere*.

Esigenze di semplificazione possono, invece, ascriversi a Gai. III, 90, laddove Gaio menziona il solo mutuo a paradigma dei contratti reali (fondamentale in tal senso l'avverbio *veluti*), senza profondersi nella particolareggiata narrazione – con l'aggiunta di comodato, deposito e pegno – cui dedicherà il framm. 498 *rer. cott.*

Pertanto, le discrasie fra le due opere non solo ci permettono di determinare la differente finalità didattica che ciascuna di esse perseguiva ma, lì dove testimoniano la maturazione scientifica del loro autore, forniscono un ulteriore prova alla paternità gaiana delle *res cott.* D'altro canto, le numerose coincidenze letterali e l'analoga struttura narrativa portano a escludere, in definitiva, che debbano essere attribuite a due diversi autori.

Anche l'opinione di chi ha ritenuto i *libri aureorum* un rifacimento postclassico delle Istituzioni non può essere accolta[35]. Non solo perché, come si è detto, una affermazione siffatta esporrebbe al curioso quesito di chi sia stato quel giurista che, in età postclassica, abbia avuto l'idea di compilare un'opera giuridica in sette libri e pubblicarla senza il suo nome, ma anche perché, se obiettivo di questo autore anonimo era ampliare ed elaborare il manuale gaiano, allora lo stile che avrebbe adoperato sarebbe stato maggiormente fedele a quello delle *Institutiones*. Invece, nonostante le già ricordate corrispondenze testuali, abbiamo rilevato come lo stile proprio delle *res cott.* sia più analitico, rigoroso e profondo rispetto a quello didascalico istituzionale.

Ora, ascrivere l'opera a Gaio non significa, conseguentemente, accogliere come genuino tutto il suo contenuto. Ma per chiarire meglio questo aspetto facciamo un passo indietro, e ricorriamo ancora una volta alla pietra di paragone costituita dalle *Institutiones* di Gaio, aderendo anche noi a un autorevole orientamento[36].

Da quando il Codice Veronese è stato riscoperto nel 1816 e in seguito decifrato, le *Institutiones* gaiane hanno costituito e costituiscono tuttora lo strumento di verifica della classicità di un'opera. Vale a dire che se vi sono dubbi sull'appartenenza all'età classica di una

[35] *Supra*, cap. I, *sub* § 3.

[36] Le riflessioni in ordine alla classicità delle Istituzioni gaiane sono tratte da PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista*, cit., 5 s.

regola, di un principio o di un intero istituto, o ancora se ci si chiede se i brani in cui tali regole, principi e istituti sono enucleati siano davvero opera dei giuristi classici – conformemente all'attribuzione effettuata dal Digesto o da altre fonti – oppure siano stati alterati, in piccola o in grande misura, dai postclassici o dai compilatori giustinianei, si è soliti confrontarli con le Istituzioni di Gaio. Se queste tacciono al riguardo, o addirittura contraddicono il Digesto o l'altra eventuale fonte, non se ne può trarre nessuna conclusione sicura, sia perché è noto che l'esposizione fatta da esse del diritto privato non è completa, sia perché innovazioni e sviluppi possono essersi prodotti nel corso ulteriore dell'epoca classica.

Tuttavia, se le Istituzioni gaiane confermano i passi del Digesto o dell'altra eventuale fonte, questi saranno ritenuti genuini e, conseguentemente, classici. Per questo motivo il manuale istituzionale è stato ritenuto lo strumento di garanzia della classicità, né mina questa affermazione la circostanza che il Codice Veronese non sia anteriore alla seconda metà del V secolo d.C., e pertanto di almeno tre secoli successivi alla sua redazione[37]. È verosimile che alterazioni postclassiche abbiano potuto insinuarsi nel testo originale, ma oggi la maggior parte degli studiosi sono persuasi che queste si riducano a brevi e innocui glossemi e non intacchino la generale corrispondenza del Codice Veronese con l'opera gaiana[38]. Si potrebbe dire che ciò che è stata da sempre considerata la sfortuna del *Codex* V – cioè l'essere un codice palinsesto – ne abbia invece rappresentato la fortuna, mantenendo la quasi totale aderenza alla lezione autentica di Gaio[39].

E allora, come vi sono alterazioni nel testo che ci ha tramandato il contenuto delle Istituzioni di Gaio, vieppiù devono esserci modifiche, tagli, adeguamenti agli *excerpta* delle *res cott.*

Tali *excerpta* sono infatti rifluiti nelle Pandette, e la conoscenza che noi abbiamo dei *libri aureorum* è ineluttabilmente legata al filtro che intesero adoperare gli estensori dell'opera di Giustiniano, pertanto non possiamo affatto escludere aggiustamenti operati dai compilatori. A queste considerazioni, si aggiunga che, giusta il disposto della Cost. *Imperatoriam*, 6, le *res cott.* furono utilizzate anche per la redazione delle Istituzioni giustinianee *(Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et precipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum quam*

[37] Cfr. E.A. LOWE, *Codices latini antiquiores*, IV, Oxford, 1947, 488; H.L.W. NELSON – U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, 1992, 3; R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Bologna, 1996, 65; G. PURPURA, *Diritto, papiri e scrittura*[2], Torino, 1999, 119.

[38] DE MARTINO, *Siro Solazzi (1875-1957)*, cit., 149; Cfr. NELSON, *Überlieferung*, cit., 328, n. 41.

[39] Si pensi alle critiche avanzate, in ordine ai codici palinsesti, da K. MARX – F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, traduzione di Emma Cantimori Mezzomonti, Torino, 2014, 39: «È noto come i monaci ricoprissero di insipide storie di santi cattolici i manoscritti che contenevano le opere classiche dell'antichità pagana».

rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas cum tres praedicti viri prudentes nobis optulerunt, et legimus et cognovimus et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accomodavimus); tale operazione richiese *ex necesse* la rivisitazione in qualche punto della genuina prosa gaiana.

Alla luce di queste considerazioni, la paternità gaiana delle *res cott.* non può essere messa in discussione. Ciò posto, passiamo a chiarire il rapporto che intercorre tra tale opera e le *Institutiones*. Al termine del primo capitolo di questa ricerca avevamo qualificato le *res cottidianae* come un trattato istituzionale, con struttura analoga alle Istituzioni, ma rispetto a esse più approfondito nelle questioni di diritto e più analitiche nell'analisi delle concrete vicende della prassi giuridica. Avevamo anche ipotizzato che le *res cottidianae* potessero essere state utilizzate da Gaio già durante le sue lezioni, come supplemento all'insegnamento istituzionale.

Restiamo dello stesso convincimento: il giurista adrianeo potrebbe essersi servito, durante la propria attività di docenza, oltre che del manuale elementare delle Istituzioni, in cui si trattavano elementi teorici e più generali, come questioni di classificazione, definizioni, considerazioni dottrinali *et cetera*, anche di un compendio sui principi giuridici per le questioni di tutti i giorni (*res cottidianae*, appunto), un trattatello avente un superiore livello di tecnicismo, ma con un taglio pur sempre didattico.

Le *res cott.* non possono, dunque, rappresentare una semplice riedizione delle *Institutiones* gaiane, come parte della dottrina ha ritenuto[40], poiché, se divergenze rispetto alle Istituzioni ci sono, esse sono funzionali alla diversa finalità perseguita dall'opera, di cui abbiamo detto. E inoltre non si comprenderebbe come mai a ottenere la più ampia diffusione siano state le Istituzioni e non la loro asserita nuova edizione costituita dalle *res cott.*[41].

E ancora, come abbiamo già chiarito, a fondare le divergenze tra *res cott.* e Istituzioni non vi sono solo i diversi obiettivi didattici. Le diverse posizioni scientifiche che si registrano negli *aurea* rispetto alle *Institutiones* non sono motivate esclusivamente da quelle esigenze di semplificazione che, nel manuale istituzionale, Gaio doveva rispettare. Piuttosto, le *res cott.* – stante anche la funzione didattica diversa da quella prettamente elementare – hanno rappresentato l'occasione per il docente Gaio di elaborare in maniera critica e costruttiva la

[40] STANOJEVIĆ, *Gaius Noster*, cit., 84 s. Cfr. anche M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, 271.

[41] Di questo avviso, CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 670.

materia insegnata, giungendo a talune soluzioni che hanno influenzato in modo rilevante la futura scienza giuridica[42].

Ecco perché riteniamo, con il suffragio dell'analisi testuale dei frammenti dell'opera, che la redazione da parte di Gaio delle *res cott.* sia successiva alle Istituzioni[43]: le divergenze tra i due testi gaiani non possono giustificarsi nel senso di ritenere le *Institutiones* una posteriore e più semplice trattazione del diritto delle *res cott.*, posto che, se abbiamo evidenziato come i prodromi di una futura evoluzione scientifica in Gaio fossero già presenti nel dettato istituzionale[44], non è possibile percorrere la strada inversa, perché così argomentando dovremmo ritenere che Gaio, nelle *Institutiones*, abbia volutamente scelto una trattazione imprecisa e finanche errata[45]. Una scelta che contrasterebbe appieno con la lucidità delle costruzioni dogmatiche che hanno fatto proprio del manuale istituzionale il suo principale lascito giuridico.

L'autonomia concettuale e funzionale delle due opere gaiane – che ha portato parte della dottrina a indicare le Istituzioni come un «manuale» e le *res cott.* come un «trattato» – non esclude ovviamente che le *res cott.* conservino il marchio indelebile del loro autore nell'essere comunque una trattazione rivolta ai discenti. In tal senso, dobbiamo da ultimo considerare la questione del titolo dell'opera.

Dall'Indice Fiorentino ricaviamo che i libri che componevano le *res cottidianae* erano sette (*aureon* βιβλία ἑπτά)[46], ma i compilatori utilizzarono solo i primi tre libri dell'opera gaiana. Taluni hanno ipotizzato un errore del copista dell'*Index* che avrebbe trascritto VII in luogo di III[47], ma invero questa ipotesi è singolare, stante la meticolosità dell'Indice e il fatto che nello

---

[42] Degno di nota resta, in ogni caso, il punto di vista equilibrato di BURDESE, *Recensione*, cit., 602, secondo il quale «si tratta pur sempre di materia estremamente opinabile e in definitiva non molta differenza corre tra il ritenere che le *res cottidianae* siano opera della maturità di Gaio, successivamente riviste, o elaborate *ex novo* posteriormente a lui sulla scorta delle sue Istituzioni».

[43] Di diverso avviso, *ibid.*, 670 s. Ad affermare la posteriorità delle *res cott.* rispetto alle *Institutiones*, invece, STANOJEVIĆ, *Gaius Noster*, cit., 91; G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, Catania, 2001, 234 s.; TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, cit., 271; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*[2], Torino, 2001, 302; A. SCHIAVONE, *Diritto privato romano: un profilo storico*, Torino, 2003, 349.

[44] *E.g.* Gai. III, 91. Cfr. MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, cit., 174, n. 4.

[45] In particolare, mentre il passaggio dalla bipartizione istituzionale delle fonti delle obbligazione alla tripartizione delle *res cott.* si giustifica in virtù della maturazione giuridica di Gaio di cui abbiamo detto (cfr. *supra*, cap. II, l'analisi dei framm. 498 e 506 *rer. cott.*), ammettere che Gaio abbia dapprima redatto le *res cott.*, nelle quali era enunciata la tripartizione, e in seguito le *Inst.*, con la bipartizione, vorrebbe dire che il giurista abbia coscientemente deciso di trattare con estrema faciloneria un argomento tanto importante quale le fonti delle obbligazioni.

[46] KRUEGER – MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis*, I, *Institutiones et Digesta,* cit., XXX, *sub* XX, 4.

[47] COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., 9 s. e 214.

stesso le opere gaiane sono elencate dalle più corpose, in termini di numero di libri, fino ai *libri singulares*, e la posizione delle *res cott.* risulta esatta.

Se l'Indice Fiorentino menziona solo la dizione di *aurea*, i frammenti confluiti nel Digesto ricorrono alternativamente a questa nozione, a quella di *res cott.* o a entrambe insieme. Tali svariate nomenclature potrebbero dimostrare che, già ai tempi della compilazione, circolassero numerose versioni dell'opera gaiana e che, pertanto, non fu Gaio a intitolare così il testo ma le varie contingenze dovute all'uso che di esso si fece[48].

In ogni caso, a noi pare che tanto il titolo *res cottidianae* che quello di *aurea* debbano attribuirsi alle vicende successive che interessarono l'opera gaiana. Attesa la particolare attenzione, nel corso della trattazione, a risvolti pratici e minuziosi del vivere *secundum legem*, l'aggettivo *cottidianus* sembra confarsi all'obiettivo dell'opera di fornire agli studenti un compendio sui principi giuridici per le questioni di tutti i giorni[49]. Quanto al più pretenzioso titolo *aurea*, invece, esso potrebbe essere stato aggiunto dagli stessi studenti o dai successivi copisti dell'opera, quasi a voler ringraziare l'autore, attraverso questo epiteto ossequioso, del pregio del suo lavoro.

[48] Così CENDERELLI, *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, cit., 677 s., il quale inoltre ipotizza l'identificazione delle *res cott.* con i *libri ex Q. Mucio* di Gaio. Di diverso avviso, STANOJEVIĆ, *Gaius Noster*, cit., 84 attribuisce il titolo *res cottidianae* a Gaio, e il titolo *aurea* agli studenti e ai copisti dell'opera.

[49] Secondo MARTINI, *Gaio e le Res cottidianae*, cit., 175, l'aggettivo *cottidianus*, posto dai fruitori dell'opera, stava a significare, da un lato, che si trattasse di un'opera di uso quotidiano e, dall'altro, che il testo, per quanto didattico, potesse servire anche a scopi pratici.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMENKO A., *Eine übersehene Stellungnahme des Trebatius zum Eigentumserwerb am parts ancillae furtivae*, in «ZSS», CXIV, 1997, 423 s.

ALBANESE B., *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in «AUPA», XXV, 1956, 176 s.

ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979

ALBANESE B., *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J.3,13pr.*, in «SDHI», L, 1984, 168 s. (= *Scritti giuridici*, II, 1991, 1658 s.)

ALBERTARIO E., *Ancora sulle fonti delle obbligazioni romane*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, «RIL», LIX, 1926, 409 s.

ALBERTARIO E., *I problemi possessori relativi al servus fugitivus*, Milano, 1929

ALBERTARIO E., *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in «BIDR», XXXI, 1921, 10 s.

ALBERTARIO E., *Le definizioni dell'obbligazione romana*, in *Scritti giuridici*, III, 1936, 1 s. (= *Scritti in onore di F. Ramorino*, 1927, 391 s.)

ALBERTARIO E., *Le valutazioni quantitative nel diritto giustinianeo e nelle legislazioni moderne*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1922, 679 s. (= *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1936, 293 s.)

ALBERTARIO E., *Studi di diritto romano*, *1. Persone e famiglia*, Milano, 1933

ALBERTARIO E., *Studi di diritto romano*, *2. Cose*, *diritti reali*, *possesso*, Milano, 1941

AMBROSINO R., *Le applicazioni innovative della «mancipatio»*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, 1953, 580 s.

AMELOTTI M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953

AMELOTTI M., *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960

AMELOTTI M., s. v. *«Donatio mortis causa». Diritto romano*, in «NNDI», VI, Torino, 1960, 222 s.

AMIRANTE L., *'Locare usum fructum'*, in *Labeo*, VIII, 1962, 206 s.

ANKUM H., *Litora maris et longi temporis praescriptio*, in *Index*, XXVI, 1998, 361 s.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*[4], Milano, 1960

APPLETON H., *Des interpolations dans les Pandectes et des methodes propres à les decouvrir*, Paris, 1895

ARANGIO-RUIZ V., *Ancora sulle Res cottidianae*, *Studio di giurisprudenza postclassica*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milano, 1930, 495 s.

ARANGIO-RUIZ V. – GUARINO A., *Breviarium iuris romani*[7], Milano, 1989

ARANGIO-RUIZ V., *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in «BIDR», XX, 1908, 195 s.

ARANGIO-RUIZ V., *D. 44,7,25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, I, Parigi, 1926, 81 s.

ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949

ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma anno 1948-1949*, Napoli, 1965

ARANGIO-RUIZ V., *Introduzione alle Gai Institutiones*, in ID. – A. GUARINO, *Breviarium iuris romani*, Milano, 1943, 6 s.

ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*[14], Napoli, 1960

ARANGIO-RUIZ V., *La compilazione giustinianea e i suoi commentari bizantini*, in *Scritti Ferrini. Univ. di Pavia*, Milano, 1946, 81 s.

ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*[2], II, Napoli, 1980

ARANGIO-RUIZ V., *La formation du système civil dans la science juridique romaine*, in «AUI», 1953, 136 s.

ARANGIO-RUIZ V., *La società in diritto romano*, Napoli, 1950

ARANGIO-RUIZ V., *Noterelle gaiane*, in *Festschrift für Leopold Wengerzu seinem 70. Geburtstag*, Münich, 1945, 64 s.

ARANGIO-RUIZ V., Recensione a C.H. ROBERTS, *Egypt exploration society. The Antinoopolis papyri, part I*, in *Iura*, II, 1951, 346 s.

ARANGIO-RUIZ V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], Napoli, 1958

ARANGIO-RUIZ V., *Scritti di diritto romano,* II, Napoli, 1974

ARANGIO-RUIZ V., *Storia del diritto romano*[7], Napoli, 1957

ARANGIO-RUIZ V., *Sul «liber singularis regularum». Appunti gaiani*, in «BIDR», XXX, 1921, 178 s. (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 89 s.)

ARCHI G.G., *Dubbi su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 12 s.

ARCHI G.G., *Epitome Gai*, Milano, 1937

ARCHI G.G., *Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustiniano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 38 s. (= *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1981, 2053 s.)

ARCHI G.G., *'Lex' e 'natura' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift Flume*, I (= *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 167)

ARCHI G.G., Recensione a A.M. HONORÉ, *Gaius: a biography*, in «SDHI», 29, 1963, 436 s.

ARNAUD A.J., *Réflexion sur l'occupation*, *du droit romain classique au droit moderne*, in «RHD», XLVI, 1968, 183 s.

ARNESE A., *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, 2011

ARNESE A., *Nancisci in Gaio: la natura e il caso*, in «SDHI», LXVII, 2001, 61 s.

ARU L., *Breve nota sulla «Manumissio vindicta»*, in *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, II, Milano, 1941, 313 s.

ARU L., *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938

ASTOLFI R., *I libri tre iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983

AVENARIUS M., *L'"autentico" Gaio e la scoperta del Codice Veronese. La percezione delle Institutiones sotto l'influsso della Scuola Storica*, in *Rivista storica dell'antichità*, Bologna, XXXVIII, 2008, 177-197

BASSANELLI SOMMARIVA G., *Lezioni di diritto privato romano*, III, *Istituzioni*, Rimini, 2012, 102 s.

BAVIERA G., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, 50 s. (= Roma, 1970)

BEHRENDS O., *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in «ZSS», CXII, 1995, 197 s.

BEHRENDS O., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index*, XII, 1983-1984, 222 s.

BERGER A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953

BESELER G., *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913

BESELER G., *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920

BESELER G., *Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte*, in «TR», VI, 1928, 294 s.

BESELER G., , *Einzelne Stellen*, in «ZSS», XLVI, 1926, 268 s.

BESELER G., *Romanistische Studien*, in «TR», X, 1930, 161 s.

BESELER G., *Romanistische Studien*, in «ZSS», L, 1930, 39 s.

BESELER G., *Unklassische Wörter*, in «ZSS» LVII, 1937, 45 s.

BETTI E., *Diritto romano*, Padova, 1935

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I[2], Padova, 1942

BETTI E., *"Periculum": problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, I, Milano, 1956, 138 s.

BIONDI B., *Appunti intorno alla «donatio mortis causa» nel diritto romano*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenzadell'Università di Perugia*, 1914, 173 s.

BIONDI B., s. v. *Donazione (diritto civile)*, in «NNDI», VI, Torino, 1960, 238 s.

BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*. *II. La giustizia-le persone*, Milano, 1952

BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1946

BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*[3], Milano, 1956

BIONDI B., *La condizione giuridica del mare e del «litus maris»*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, I, Palermo, 1925, 277 s.

BIONDI B., *Le servitù prediali nel diritto romano (corso di lezioni)*, Milano, 1946

BIONDI B., *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garenzie personali*, in «BIDR», XLV, 1962, 127 s. (= ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 280 s.)

BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*[2], Milano, 1955

BIONDI B., *«Ususfructus»*, in *Iura*, IV, 1953, 214 s.

BISCARDI A., *Manumissio per mensam e affrancazioni pretorie*, Firenze, 1939

BISCARDI A., *"Secundum nostrae civitatis iura"*, in *Studi Senesi*, LXIII.1, 1951, 40 s.

P. BLAHO, *Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer*, in E. JAKAB – W. ERNST (a cura di), *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in der europäischen Kaufrechtsordnungen*, Köln-Heidelberg, 2008, 53 s.

BLUHME F., *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten*, in «ZGR», IV, 1818/1820, 266 s.

BÖCKING E., *Corpus Legum sive Brachylogus Juris Civilis,* Berlino, 1829

BONFANTE P., *Corso di diritto romano. 1. Diritto di famiglia*, Milano, 1963

BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, I, in *Opere complete di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1966, 55 s.

BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, 2. *La proprietà*, 2, Milano, 1968

BONFANTE P., *Corso di diritto romano*. *3. Diritti reali*, Roma, 1933

BONFANTE P., *Corso di diritto romano. 6. Le successioni*, Roma, 1930 (= Milano, 1974).

BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*[10], Torino, 1951

BONFANTE P., *Lucri a causa di morte*, Varallo Sesia, 1915

BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1969

BONIFACIO F., s. v. *Deposito (diritto romano)*, in «NNDI», V, 1964, 496 s.

BORTOLUCCI G., *Il mandato di credito*, in «BIDR», XXVII, 1914, 168 s. e continuazione in «BIDR», XXVIII, 1915, 191 s.

BOULVERT G. – MORABITO M., *Le droit de l'esclavage sous le Haut-Empire*, in «ANRW», II.14, 1982, 98 s.

BRANCA G., *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1941

BRANCA G., *Le cose extra patrimonium humani iuris*[2], Bologna, 1946

BRANCA G., , s. v. *Accessione*, in «ED», I, Milano, 1958, 261 s.

BRASIELLO U., *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in «RISG», II, 1927, 567 s.

BREMER F.P., *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II, I, Lipsiae, 1898

BRETONE M., *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998

BRETONE M., *La «cartella rossa»*, in *Rechtsgeschichte*, I, 2002, 146 s.

BRETONE M., *La nozione romana di usufrutto*, *I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli, 1962

BRIGUGLIO F., *Barthold Georg Niebuhr und die Entdeckung der Gaius-Institutionen – tatsächlich ein "Glückstern"?*, in «ZSS», CXXVIII, 2011, 263 s.

BRIGUGLIO F., *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999

BRIGUGLIO PH., *Gai Codex Rescriptus in Bibliotheca Capitulari Ecclesiae Cathedralis Veronensis curavit Philippus Briguglio*, Firenze, 2012

BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna, 2012

BRIGUGLIO F., *Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones*, in *Atti del Convegno «Gaio Ritrovato». Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, X, 2007, 144 s.

BRIGUGLIO F., *L'individuazione di una quarta scriptura pregaiana nel Codice Veronese delle Institutiones di Gaio*, in «SCDR», XXIII-XXIV, 2011, 157 s.

BRIGUGLIO F., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in AA.VV., *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova, 2008, 93 s.

BRUCK E.F., *Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht*, I, Breslau, 1909

BRÜNNECK VON W., *De dominio ferarum quae illicite capiuntur*, Halle, 1862

BRUNS C.G., *Le azioni popolari romane*, Bologna, 1882

BRUNT P.A., *'The anrmy and the land in the Roman revolution'*, in *The Journal of Roman Studies*, LII, 1962, 69 s.

BRUTTI M., *Gaio e lo ius controversum*, in «AUPA», LV, 2012, 105 s.

BRUTTI M., *Lineamenti di storia del diritto romano* (sotto la direzione di M. TALAMANCA), Milano, 1979

BUCHHOLTZ A., in HUGO G., *Civilistische Magazin*, VI, Berlino, 1832, 232 s.

BUCKLAND W.W., *A manual of roman private law*[2], Cambridge, 1953

BUCKLAND W.W., *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*[2], Cambridge, 1950

BUCKLAND W.W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908

BURDESE A., *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, in «RISG», VII, 1954, 407 s.

BURDESE A., Recensione a J.M. COMA FORT*, El derecho de obligaciones en las res cottidianae, Madrid, 1996, pp. 230*, in «SDHI», LXII, 1996, 595 s.

BUSACCA C., *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*. *Parte I*, Villa San Giovanni, 1981

CALISTI G., *Prelezioni degli elementi di dritto civile secondo l'ordine delle Istituzioni di Giovanni Gottlieb Eineccio*[3], I, Bologna, 1835

CALONGE A., *Breve exegesis en materia de especificación*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, II, Torino, 1968, 195 s.

CANCELLI F., s. v. *Società (diritto romano)*, in «NNDI», XVII, Torino, 1970, 513 s.

CANNATA C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003

CANNATA C.A., *Dalla nozione di "animo possidere" all'"animus possidendi" quale elemento del possesso*, in «SDHI», XXVII, 1961, 46 s.

CANNATA C.A., *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani. Études dédieés à Hans Ankum*, I, Amsterdam, 1995, 66 s.

CANNATA C.A., *Droit privé romain. Obligations, successions, procédure*, II, Genève, 1987

CANNATA C.A., *Histoire de la jurisprudence européenne*, *1: La jurisprudence romaine*, Torino, 1989, 123 s.

CANNATA C.A., *Introduzione ad una rilettura di Gai 4.30-33*, in *Soliditas: scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, 1869 s.

CANNATA C.A., *L'animo possidere nel diritto romano classico*, in «SDHI», XXVI, 1960, 71 s.

CANNATA C.A., *Le definizioni romane dell'"obligatio". Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, 1978, 132 s.

CANNATA C.A., *Lo splendido autunno delle due scuole*, in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 334 s.

CANNATA C.A., *'Obbligazioni nel diritto romano*, *medievale e moderno'*, in *Digesto Quarta edizione*, *Discipline Privatistiche*, XII, 1995, 412 s.

CANNATA C.A., *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per Gerardo Broggini*, Milano, 2002, 53 s.

CANNATA C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966

CANNATA C.A., s. v. *Vendita (diritto romano)*, in «ED», XLVI, Milano, 1993, 448 s.

CARCATERRA A., *Il servus fugitivus e il possesso*, in «AG», CXX, 1938, 170 s.

CARCATERRA A., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano. Contributi*, Bari, 1968

CARDILLI R., *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000

CARRO V., *Note sul riparto del rischio contrattuale nelle obligationes consensu contractae*, in *Revista general de derecho romano*, XXVII, 2016, 4 s.

CASAVOLA F., *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 2 s.

CASAVOLA F., *Introduzione al VI Convegno culturale di Studium di intesa con l'Istituto della Enciclopedia Italiana*, in *Studium anno 91*, *4-5 luglio-ottobre 1995*, 500 s.

CASTRO SÁENZ A., *El Gayo veronés: nuevas perspectivas sobre un tema de siempre (Acotaciones en torno a una nueva generación de romanistas)*, in «SDHI», LXXIX, 2013, 627 s.

CASTRO SÁENZ A., *El tiempo de Trebacio. Ensayo de historia jurídica*, Sevilla, 2002

CATALANO P., *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, 111 s.

CATALANO P., *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974

CAVARZERE A., *La "lex Plautia de vi" nello specchio deformante della "pro Caelio" di Cicerone*, in *Atti del III Seminario romanistico Gardesano, 22, 25 ottobre 1985*, Milano, 1988

CENDERELLI A., *Il trattato e il manuale: divagazioni in tema di «res cottidianae»*, in «BIDR», Terza Serie XL-XLI, CI-CII dell'intera collezione (1998-99), Milano, 2005, 61 s. (= ID., in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, 591 s.)

CENDERELLI A., , *La 'negotiorum gestio'. Corso esegetico di diritto romano*, I, *Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997

CHIAZZESE L., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, in «AUPA», XVI, 1931, 160 s.

CIRMENI B., *Sulle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Annuario Ist. Stor. dir. rom. Univ. di Catania*, IV, 1893-94, 86 s.

COCHIS B., *Una presunta disputa di scuola in Gai., inst. 3.147*, in «RDR», III, 2003, 3 s.

COGROSSI C., *Preoccupazioni etniche nelle leggi di Augusto sulla 'manumissio servorum'*, in *Conoscenze etniche e rapporti di convivenza nell'antichità*, VI, Milano, 1979, 158 s.

COLLART J., *Quelques remarques sur l'emploi prépositionnel de «gratia» chez les comiques*, in *Varron grammaire antique et stylistique latine*, Paris, 1978, 296 s.

COMA FORT J., *«Ein entdecktes juristisches Ineditum»: a propósito del descubrimiento de las Institutiones de Gayo*, in «SDHI», LXXIX, 2013, 653 s.

COMA FORT J., *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996

CONRADI F.C., *Parerga*, I, Helmstadt, 1735

CORBINO A., *Ritorni su Gai 3.147. La ratio del dissenso giurisprudenziale circa la qualificazione causale dell'accordo di commissione di anelli da confezionare con materiali dell'artefice*, in L. GAROFALO – L. ZHANG (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)*, Pisa, 2017, 118 s.

COROI J., *La violence en droit criminal romain*, Paris, 1915

CORTESE E., s. v. *Demanio*, in «ED», XII, Milano, 1964, 70 s.

COSENTINI C., *Ancora sull'origine e l'efficacia delle forme civili di manumissione*, in *Miscellanea romanistica*, Catania, 1956, 181 s.

COSENTINI C., *Studi sui liberti*, I-II, Catania, 1948-1950

COSSA G., *Intorno ad alcuni aspetti della lex Iulia de vi publica et privata*, in «SDHI», LXXIV, 2008, 209 s.

COSTA E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921

COSTA E., *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919

COSTA E., *Storia del diritto romano privato*[2], Torino, 1925

CRIFÒ G., *A proposito di humanitas*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburstag*, Stuttgart, 1993, 80 s.

CRIFÒ G., *Libertà e uguaglianza in Roma antica*, Roma, 1996

CRISTALDI S.A., *Sulla clausola "quanti Titius rem aestimaverit" nella riflessione dei giuristi romani*, in «RIDA», LVIII, 2011, 114 s.

CUGIA S., *L'espressione «mortis causa»*, Napoli, 1910

CUQ E., *Manuel des institutions juridiques des romains*[2], Paris, 1928

DALLA D., *Nominatim manumittere*, in *Labeo*, XXX, 1984, 279 s.

DANIELI R., *Origine ed efficacia delle forme civili di manumissione*, in *Studi Urbinati*, XXI, 1952-1953, 173 s.

DANTE, *Commedia*, *Paradiso*, VI

DAUBE D., *'Implantatio' and 'satio'*, in D. COHEN – D. SIMON (a cura di), *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt am Main, 1991, 739 s.

DAVID M. – NELSON H.L.W., *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar herausgegeben*, *Kommentar*, *1. Lieferung*, Leiden, 1954

DAVID M. – NELSON H.L.W., *Gai Institutionum Commentarii IV mit philologischem Kommentar herausgegeben*, *Kommentar*, *2. Lieferung*, Leiden, 1960

DAVID M. – NELSON H.L.W., *Gai Institutionum Commentarii IV*, *Kommentar*, *3. Lieferung*, Leiden, 1968

DE BRUIN M., *Papiria bona sua fidei commisit. Das Fideikommiß im zweiten Jahrhundert vor Christ*, in «RIDA», XLII, 1995, 167 s.

DE DOMINICIS M.A., s. v. *Manumissio*, in «NNDI», X, Torino, 1964, 192 s.

DE DOMINICIS M.A., *Manumissio*, in *Studi vari di storia del diritto romano*, Padova, 1950, 286 s.

DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà: storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924

DE FRANCISCI P., *Synallagma. Storia e teoria dei contratti innominati*, I, Pavia, 1911

DE FRANCISCI P., *Storia del diritto romano*, II[2], Milano, 1938

DE FRESQUET R., *Traité élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1854

DEGRASSI A., *I fasti consolari dell'impero romano*, Roma, 1952

DEKKERS R., *Recuperare possessionem*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, 162 s.

DELL'ORO A., *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in I. FARGNOLI – C. LUZZATI – R. DELL'ORO (a cura di), *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo dell'Oro*, Milano, 2015, 194 s. (rist. da *Studi Urbinati*, XXXI, 1962-1963, 239 s.)

DE MARTINO F., *Siro Solazzi (1875-1957)*, in *Iura*, IX, 1958, 149 s.

DERNBURG H., *Die Institutionen des Gaius*, Halle, 1869

DERNBURG H., *Pandekten*, II, Berlin, 1886

DERNBURG H., *Pandette*, I.1, trad. italiana a cura di Francesco Bernardino Cicala, Torino, 1906

DE ROBERTIS F.M., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946

DE ROBERTIS F.M., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustinianea*, III, Bari, 1966

DE ROBERTIS F.M., *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963

DESANTI L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, Milano, 2003

DE VISSCHER F., *De l'acquisition du droit de cité romaine par l'affranchissement*, in «SDHI», XII, 1946, 69 s.

DE VISSCHER F., *Mancipium et res mancipi*, in «SDHI», II, 1936, 263 s.

DE ZULUETA F., *The Institutes of Gaius*, II, Oxford, 1953

DE ROBERTIS F.M., , *Exactissima diligentia*, in «SDHI», XXIII, 1957, 119 s.

DE ROBERTIS F.M., *I problemi della responsabilità contrattuale nelle Istituzioni di Gaio e le lacune del manoscritto veronese*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1965, 373 s.

DEVILLA V., *La manumissio vindicta nel diritto giustinianeo*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, II, Milano, 1956, 275 S.

DE VISSCHER F., *De l'acquisition du droit de cité romain par l'affranchissement*, in *Nouv. Etudes de droit romain*, Milano, 1949, 119 s.

DE VISSCHER F., *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947

DILIBERTO O., *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente*), in *Rivista di diritto civile*, LI, 2005, 109 s.

DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: reverentia antiquitatis e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del Codice*, Bologna, 2010

DI MARZO S., *Appunti sulla dottrina della causa lucrativa*, in «BIDR», XV, 1903, 91 s. e continuazione in «BIDR», XVII, 1905, 103 s.

DI MARZO S., *I 'libri rerum cottidianarum sive aureorum'*, in «BIDR», LI-LII, 1948, 1 s.

DI MARZO S., *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, 1954

DI NISIO V., *Osservazioni in tema di partus ancillae*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli, 2007, 1495 s.

D'ORS A., *C. 4.38.15 (530), interpolado por el mismo Justiniano*, in «SDHI», XXVI, 1960, 325 s.

DI PAOLA S., *Donatio mortis causa*, Catania, 1950

DI PAOLA S., *Premesse ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1958

DI PAOLA S., *«Leges perfectae»*, in *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 1084 s.

DI PAOLA S., *Sulla struttura della «donatio mortis causa»*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano, 1956, 159 s.

DI PORTO A., *Interdetti popolari a tutela delle res in usu publico*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana*, *Atti del Seminario torinese in memoria di Giuseppe Provera*, *4-5 dicembre 1991*, Napoli, 1994, 483 s.

DI PORTO A., *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*, I, *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990

DI PORTO A., *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013

DONATUTI G., *Lo statulibero*, Milano, 1940

DONELLUS H., *Opera omnia*, IV, Florentiae, 1842

DOVERE E., *"De iure". Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino, 2001

DOVERE E., *Sistema e ragioni culturali nei "Libri iuris epitomarum di Ermogeniano"*, in «SDHI», LXIII, 1997, 113 s.

EBERT U., *Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve*, in «ZSS», LXXXVI, 1969, 526 s.

ELIOT T.S., *Tradition and the Individual Talent*, in *The Egoist*, 4-VI, 1919, 55 s.

ELVERS R., *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856

FADDA C., *Il limite di tempo dell'usufrutto delle persone giuridiche*, in *Estratti degli Atti della Reale Accademia di Napoli*, Napoli, 1902, 35 s.

FADDA C., *L'azione popolare*, Torino, 1894

FADDA C., Recensione a F. KNIEP, *Vacua possessio*, I, Jena, 1886, in «RISG», II, 463 s.

FADDA C., *Teoria della proprietà*, Napoli, 1908

FALCHI G.L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981

FALCONE G., *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, 313 s.

FALCONE G., *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003

FALCONE G., *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in «AUPA», LV.1, 1998, 316 s.

FALCONE G., *La definizione di obligatio*, *tra diritto e morale*, Torino, 2017

FALCONE G., *La trattazione di Gai 3.140-141 sul pretium nella compravendita*, in «AUPA», LVIII, 2015, 47 s.

FERRETTI P., *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017

FERRINI C., *Ad Gai. 2,51*, in «BIDR», I, 1888, 31 s.

FERRINI C., *Appunti sulla dottrina della specificazione*, in «BIDR», II, 1889, 234 s.

FERRINI C., *Dell'origine della Parafrasi greca delle Istituzioni imperiali*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, in «AG», XXXVII, 1886, 406 s. (= ID., *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 105 s.)

FERRINI C., *Di alcuni studi recenti sulle origini delle Istituzioni imperiali*, in «RIL», XVIII, 1885, 661 s.

FERRINI C., *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, I, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, Milano, 1905

FERRINI C., *Institutionum graeca paraphrasis*, *Theophilo antecessori vulgo tributa*, 2 voll., Berlino-Milano, 1884-1897

FERRINI C., *Intorno all'opportunità di una nuova edizione della Parafrasi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo*, in «RIL», XVI, 1883, 1 s. (= ID., *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 1 s.)

FERRINI C., *La glossa torinese alle Istituzioni e la Parafrasi dello Pseudo-Teofilo*, in «RIL», XVI, 1883, 715 s. (= ID., *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 41 s.)

FERRINI C., *La Parafrasi di Teofilo e i Commentari di Gaio*, in «RIL», XVI, 1883, 565 s. (= ID., *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 15 s.)

FERRINI C., *Natura e diritto nella Parafrasi greca delle Istituzioni*, in «RIL», XVIII, 1885, 857 s. . (= ID., *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 71 s.)

FERRINI C., *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo*, in «RIL», 16, 1883, 892 s. (= ID., *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 27 s.)

FERRINI C., *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, in *Memorie dell'Istituto Lombardo*, IX, 1886, 13 s. (= ID., *Opere di Contardo Ferrini*, I, Milano, 1929, 139 s.)

FERRINI C., *Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici*, in *Opere di Contardo Ferrini*, III, Milano, 1929, 357 s.

FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Memorie del Regio Istituto Lombardo di scienze e lettere*, 23, 1890, 131 s.

FERRINI C., *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in «BIDR» XIII, 1900, 101 s. (= ID., in *Opere di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1929, 307 s.)

FIORENTINI M., *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003

FIORENTINI M., *Struttura ed esercizio della servitù d'acqua nell'esperienza giuridica romana*, in *Contributi romanistici*, Trieste, 108 s.

FIORI R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999

FIORINI M., *Le alluvioni*, Roma, 1878

FITTING H.H., *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen*, Halle, 1908

FLORE G., *Di alcuni casi di "vis publica"*, in *Studi Bonfante*, IV, 335 s.

FLUME W., *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in «ZSS», LXXIX, 1962, 1 s.

FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Padeborn-München-Wien-Zurich, 1990

FRANCIOSI G., s. v. *Occupazione (storia)*, in «ED», XXIX, Milano, 1979, 610 s.

FRANCIOSI G., *'Res nullius' e 'occupatio'*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche della Società nazionale di scienze, lettere e arti in Napoli*, Napoli, LXXV, 1964, 237 s.

FREZZA P., *Appunti esegetici in tema di modi pretorii di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, XXII, 1934, 18 s.

FREZZA P., *La cultura di Ulpiano*, in «SDHI», XXXIV, 1968, 363 s.

FRIEDLÄNDER L., *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms*, Leipzig, 1864

FRUNZIO M., *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino, 2017

FUNAIOLI G.B., *Sulla revocabilità della donazione*, in *Nuova rivista di diritto commerciale*, *diritto dell'economia*, *diritto sociale*, 1951, 227 s.

FUHRMANN M., *Zur Entstehung des Veroneser Gaius-Textes*, in «ZSS», LXXIII, 1956, 341 s.

FUNAIOLI H., *Grammaticae Romanae fragmenta*, Lipsiae, 1907

GALLO F., *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in «BIDR», LXXVI, Terza Serie vol. XV, 1973, 197 s.

GALLO F., *Studi sulla distinzione fra res mancipi e res nec mancipi*, Torino, 1957

GALLO F., *Synallagma e conventio nel contratto. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1995

GARCIA GARRIDO M.J., *Derecho a la caza y «jus prohibendi» en Roma*, in *Archives d'histoire du droit oriental*, «AHDE», XXVI, 1956, 271 s.

GATTI G., *La vera data della "Lex Fufia Caninia" rivelata da un'iscrizione*, in «BIDR», XVIII, 1906, 115 s.

GIODICE-SABBATELLI V., *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993

GIORGIANNI M., s. v. *Obbligazione (diritto privato)*, in «NNDI», XI, Torino, 1965, 605 s.

GIRARD P.F., *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, in «ZSS», XXXIV, 1913, 323 s.

GLASSON E., *Étude sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du droit romain*, Parigi, 1885

GLÜCK VON C.F., *Commentario alle Pandette*, trad. di Silvio Perozzi, XXXVII-XXXVIII, Milano, 1905

GLÜCK VON C.F., *Commentario alle Pandette*, trad. di Silvio Perozzi, XLI, Milano, 1905

GOESCHEN I. F. L., *Gaii Institutionum Commentarii IV e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis Auspiciis Regiae Scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi a I. F. L. Goescheni accedit Fragmentum veteris iurisconsulti de iure fisci ex aliis eiusdem Bibliothecae membranis transcriptum*, Berolini, 1820

GORIA F., *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, 240 s.

GORIA F., *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 336 s.

GÖSCHEN J.F.L., *Über die res quotidianae des Gaius*, in «ZGR», I, 1815, 4 s.

GRADENWITZ O., *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887

GROSSO G., *Il sistema romano dei contratti*[3], Torino, 1963

GROSSO G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969

GROSSO G., *L'uso, l'abitazione e le opere dei servi*, Torino, 1939

GROSSO G., *Osservazioni su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 33 s.

GROSSO G., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose, contratti* (a cura di L. Lantella), Torino, 1974, 93 s.

GROSSO G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*[2], Torino, 1958

GRUPE E., *De Justiniani Institutionum compositione*, in *Dissertationes Philologae Argentoratenses*, Strasburgo, 1884

GRUPE E., *Zur Frage nach den Verdassern der Institutionen Justinians* in *Commentationes in honorem Guilelmi Studemund*, Strasburgo, 1889, 173 s.

GAUDEMET J., *Étude sur le regime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934

GUARINO A., *Diritto privato romano*[12], Napoli, 2001

GUARINO A., *Genuinità del Gaio Veronese*, in *Labeo*, IX, 1963, 398 s. (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, cit., 323 s.)

GUARINO A., *I due sessi dello schiavo*, in *Trucioli di bottega. Dodici acervoli*, Napoli, 2005, 260 s.

GUARINO A., *Il «classicismo» di Gaio*, in *Atti dell'Accademia Pontaniana*, XXXII, 1983, Napoli, 193 s. (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, cit., 326 s.)

GUARINO A., *Ineptiae iuris romani IX. 3) Il ragioniere Gaio?*, in *Labeo*, XXXV, 1989, 341 (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, Napoli, 1994, 331)

GUARINO A., *Iusculum iuris*, Napoli, 1985

GUARINO A., *La Ferrari Testarossa*, in *Index*, XVIII, 1990, 208 s.

GUARINO A., *L'intelligenza di Gaio*, in *Labeo*, IX, 1963, 115 s. (= *Pagine di diritto romano. Variazioni su Gaio*, V, cit., 329 s.)

GUARINO A., *Notazioni romanistiche: IV-V-VI. Il «furiosus» e il «prodigus» nelle «XII tabulae»*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, 194 s.

GUARINO A., *'Obligatio est iuris vinculum'*, in «SDHI», LXVI, 2000, 263 s. (= *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, 2001, 343 s.)

GUARINO A., *Storia del diritto romano*[2], Milano, 1954

GUARINO A., *Storia del diritto romano*[5], Napoli, 1975

GUARINO A., *Storia del diritto romano*[7], Napoli, 1987

GUARNERI CITATI A., *En matière d'affranchissement fraudeleux*, in *Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil*, I, Gand, 1926, 425 s.

GUARNERI CITATI A., *Il ripristino della proprietà sull'alveo derelitto in diritto romano*, in *Annali Macerata*, I, 1926, 110 s.

GUARNERI CITATI A., *Legato condizionale e costituzione di servitù pendente condicione*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, III, Milano, 1930, 454 s,

HARDER M., *Weinkauf und Weinprobe*, München, 1975

HAUBOLD G., *Ueber die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen HandSchriften*, in «ZGR», III, 1817, 358 s.

HAYMANN F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, II, *Periculum est emptoris*, in «ZSS», XLI, 1920, 90 s.

HAYMANN F., *Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus*, *39*, *6*, in «ZSS», XXXVIII, 209 s.

HEINECKE J., *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, *commoda auditoribus methodo adornata*, *a Io. Go. Heineccio*, Lausannae, 1766

HELLMANN G., *Therminologische Untersuchungen über die rechtiliche Unwieksamkeit im römischen Recht*, München, 1914

HELLMANN G., *Zur Terminologie der Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Thatsachen*, in «ZSS», XXIII, 1902, 380 s. e XXIV, 1903, 50 s.

HEUMANN H. – SECKEL E., s. v. *Atque*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*[10], Graz, 1958, 42 s.

HEUMANN H. – SECKEL E., s. v. *Custodia*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*[10], Graz, 1958, 118 s.

HOFFMANN H.J., *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlino, 1968

HOLTHÖFER E., *Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Recht*, Berlin, 1972

HONORÉ A. M., *Gaius: a biography*, Oxford, 1962

HONORÉ T., *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1981

HOUGH J.N., *'The lex Lutatia and the lex Plautia de vi'*, in *The American Journal of Philology*, LI, 1930, 135 s.

HÜBNER H., *Zur Haftung des iudex, qui litem suam fecit*, in *Iura*, V, 1954, 202 s.

HUGO G., *Histoire du droit romain*, Bruxelles, 1840

HUNT A.S., *The Oxyrhyncus Papyri*, XVII 2103, Londra, 1927

HUSCHKE E., *Gaii institutionum iuris civilis commentarii quattuor recensuit Ph. E. Huschke. Editio separata tertia ad Studemundi apographum curata*, Lipsiae, 1878

HUSCHKE E., *Gaius. De Gaio eiusque scriptis et hac Institutionum eius editione dissertatio praevia*, in ID., *Gai Institutionum iuris civilis Commentarii quottuor recensuit Ph. E. Huschke. Editio separata tertia ad Studemund Apographum curata*, Lipsiae, 1878, 4 s.

HUSCHKE E., *Gaius*, Lipsia, 1855

HUSCHKE PH. – SECKEL E. – KÜBLER B., *Iurisprudentiae Anteiustinianae reliquiae*[6], I, Lipsiae, 1908

HUSCHKE E., *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik aus Ed. Huschkes Nachlass*, in «ZSS», IX, 1888, 339 s.

IMPALLOMENI G., *Le manomissioni mortis causa: studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963

IMPALLOMENI G., *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958

JHERING VON R., *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der Herrschenden juristischen Methode*, Jena, 1889

JÖRS P. – KUNKEL W., *Römische Privatrecht*[3], Berlino, 1949

KARLOWA O., *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlino, 1877

KARLOWA O., *Romische Rechtsgeschichte, 1, Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig, 1885

KARLOWA O., *Römische Rechtseschichte*, II, Leipzig, 1892

KASER M., *Das römische Privatrecht*, I, Monaco, 1955

KASER M., *Das römische Privatrecht*[2], I, München, 1971

KASER M., *Das römische Privatrecht*, I[2], München, 1975

KASER M., *Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene*, in «ZSS», LVIII, 1938, 88 s.

KASER M., *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in «ZSS», LXV, 1947, 239 s.

KASER M., *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993

KASER M., *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 45 s.

KASER M., *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in «ZSS», LXVIII, 1951, 320 s.

KASER M., s. v. *Occupazione*, in «RE», *Suppl.* VII, Stuttgart, 1940, col. 682 s.

KASER M., *Recensione a* S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa*, Catania, 1950, in *Iura*, II, 1951, 250 s.

KASER M., *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfenermit Studien zur Natur der manumissio vindicta*, in «SDHI», XVI, 1950, 72 s.

KASER M., *Zur Galubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen: über die Grenzen der Interpolationenkritik*, in *Atti del II Congresso Internazionale della società. italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1971, 321 s.

KASER M., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen*, Wien, 1972

KNIEP F., *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910

KNIEP F., *Gai Institutionum Commentarius*, *II. §§ 1-96*, Jena, 1912

KNIEP F., *Vacua possessio*, I, Jena, 1886

KNÜTEL R., *Arbres errants*, *îles flottantes*, *animaux fugitifs et trésors enfouis*, in *Revue historique de droit français et étranger*, «RH», LXXVI, 1998, 207 s.

KRUEGER P. – MOMMSEN TH., *Corpus Iuris Civilis*, I, *Institutiones et Digesta,* Berolini, 1872

KRUEGER P., *Corpus Iuris Civilis*, II. *Codex Iustinianus*, Berolini, 1872

KRÜGER P., *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, Leipzig, 1888 (seconda edizione Monaco, 1912)

KÜBLER B., *Atquin. Kritische Studien zur Interpolationenforschung*, in «ZSS», XLII, 1921, 530 s.

KÜBLER B., *Geschichte des römischen Rechts*[2], München, 1912

KÜBLER B., s. v. *Gaius* in «RE», VII.1, Stuttgart, 1910, 501 s.

KÜBLER B., s. v. *Lictor* in «RE», XIII, I, Stuttgart, 1926, 511 s.

KÜBLER B., s. v. *Theophilos*, in «RE», XIV, vol. 5, Stuttgart, 1934, col. 2138 s.

KUNTZE E., *Zur Besitzlehre*, Leipzig, 1890

LABRUNA L., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli, 1980

LABRUNA L., *"Vim fieri veto" – Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971

LAMBERTINI R., *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Bologna, 1996

LANATA G., *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, 1984

LANDUCCI L., s. v. *Caccia*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1989

LANDUCCI L., *Il diritto di proprietà e il diritto di caccia presso i romani*, in «AG», XXIX, 1882, 307 s.

LANDUCCI L., *Lezioni di diritto romano. Modi di acquisto della proprietà*, Padova, 1930

LANTELLA L., *Note semantiche sulle definizioni di "obligatio"*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, 1971, 165 s.

LA ROSA F., *Celio Sabino e le due Scuole*, in *Iura*, LXIII, 2015, 104 s.

LAURIA M., *Contractus*, *delictum*, *obligatio*, in «SDHI», IV, 1938, 189 s.

LAURIA M., *«Ius romanum»*, I.I, Napoli, 1963

LAURIA M., *Jurisdictio*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1930

LAZO P., *El riesgo en la compraventa de vino en el derecho romano*, in *Revista de Estudios Histórico-Juridicos (Sección Derecho Romano)*, XXVII, 2005, 88 s.

LEDLIE J.C., *Continental Legal History Series Vol.II – Great Jurists of the World: Gaius*, New York, 1914

LEMOSSE M., *Affranchissement*, *clientèle*, *droit de cité*, in «RIDA», III, 1949, 507 s.

LENEL O., *Das Edictum perpetuum*[3], Leipzig, 1927 (rist. 1956)

LENEL O., *Das Sabinussystem*, Strassburg, 1892

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889 (rist. Graz, 1960; Roma, 2000)

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 (rist. Graz, 1960; Roma, 2000)

LEONHARD R., *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, 1894

LEVY E., *Sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*, Berlino, 1907

LÉVY-BRUHL L., *L'affranchissement par la vindicte*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, III, Palermo, 1936, 3 s.

LIEBS D., *Gaius und Pomponius*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 72 s.

LINTOTT A.W., *Violence in Republican Rome*, Oxford, 1968

LOBRANO G., *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e de iure condendo*, in *Diritto@Storia. Quaderni di Scienze giurifiche e tradizione romana*, III, 2004, 1 s.

LOMBARDI G., *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, in «BIDR», LIII-LIV, 1948, 316 s.

LOMBARDI G., *Ricerche in tema di "ius gentium"*, Milano, 1946

LONGINESCU Ş., *Caius: der Rechtsgelehrte*, Berlino, 1896

LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *Allargamento della circolazione dei beni mortis causa: le origini del fedecommesso*, in *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la memoire de Henrik Kupiszewski*, Varsovie, 1996, 205 s.

LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *Il fedecomesso universale nel diritto romano classico*, Warszawa, 1997

LONGO C., *Diritto romano. La locatio-conductio. Lezioni dell'anno accademico 1920-1921*, Pavia, 1921

LONGO G., s. v. *Occupazione*, in «NNDI», XI, Torino, 1965, 731 s.

LONGO S., *La «conventio cum aurifice» di Gai 3.147*, in *Index*, XXXVIII, 2010, 293 s.

LOWE E.A., *Codices latini antiquiores*, IV, Oxford, 1947

LUBRANO M., *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Torino, 2002

MACKELDEY F., *Lehrbuch des heutigen Romischen Rechts*, Gießen, 1842

MADDALENA P., *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli, 1970

MADDALENA P., *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione*, in *Les zones protégées en Méditerranée: espaces, espèces et instruments d'application des conventions et protocoles de la Méditerranée (Actes de colloque*, *Tunis – Novembre 1993)*, Tunis, 1995, 251 s.

MADDALENA P., *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963

MAFFEI S., *Praef. a Cassiodorii Senatoris Complexiones in epistolas et Acta Apostolorum et Apocalypsin. E vetustissimis Canonicorum Veronensium membranis nunc primum erutae*, Firenze, 1721, in *Opuscoli ecclesiastici, App. a Istoria teologica delle dottrine e delle opinioni corse ne' cinque primi secoli della Chiesa in proposito della divina Grazia, del libero arbitrio e della predestinazione*, Trento, 1742, 106 s.

MAFFEI S., *Verona Illustrata. Parte terza. Contiene la notizia delle cose in questa città più osservabili*, Verona, 1732

MAGANZANI L., *Gli incrementi fluviali in Fiorentino VI inst. (D.41.1.16)*, in «SDHI», LIX, 1993, 208 s.

MAGANZANI L., *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano, 2006

MANCALEONI F., *Mandatum tua gratia e consilium*, in «RISG», XXVII, 1899, 367 s.

MANCUSO G., *A proposito della definizione di "obligatio" (I.3.13pr.)*, in *Panorami 2*, 1990, 166 s.

MANFREDINI A.D., *"Chi caccia e chi è cacciato…" Cacciatore e preda nella storia del diritto*, Torino, 2006

MANFREDINI A.D., *Istituzioni di diritto romano*[2], Torino, 2001

MANTOVANI D., *Costantinopoli non è Bologna. La nascita del Digesto fra storiografia e storia*, in ID. – A.P. SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia, 2014, 105 s.

MANTOVANI D., *Tituli e Capita nelle Institutiones di Gaio e nell'Epitome* Gai. *Contributo allo studio del paratesto negli scritti dei giuristi romani*, in «SCDR», XXVIII, 2015, 587 s.

MARCHI A., *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in «BIDR», XXIX, 1916, 5 s.

MAROI F., *La proprietà degli alberi separata da quella del fondo*, in «SDHI», I, 1935, 349 s.

MAROI F., *Una sopravvivenza arcaica: l'irrevocabilità della donazione*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, II, Bologna, 1953, 421 s.

MAROI F., *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, «RISG», 1919, 151 s.

MARRONE M., *Actio ad exhibendum*, in «AUPA», XXVI, 1957, 547 s.

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*[3], Palermo, 2006

MARTANO G., *Retorica e giuridica*, in *Sodalitas*, *Scritti in onore di Guarino*, VIII, Napoli, 1984, 4104 s.

MARTINI R., *Gaio e le Res cottidianae*, in «AUPA», LV, 2012, 173 s.

MARX K. – ENGELS F., *Manifesto del partito comunista*, traduzione di Emma Cantimori Mezzomonti, Torino, 2014

MASCHI C.A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937

MASCHI C.A., *La Parafrasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo* e le glosse a Gaio, in *Scritti Ferrini. Univ. di Pavia*, Milano, 1946, 321 s.

MASCHI C.A., *Tutela, fedecommessi, contratti reali*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, IV, Milano, 1971, 689 s.

MASOTTI A., *Scipionis Maffeii Bibliotheca Manuscripta Capitularis, recognita, digesta, suppleta sub auspiciis amplissimi Capituli ab Antonio Masotti bibliothecario*, Verona, 1788, e pubblicato in appendice a GIULIARI G. B. C., *La Capitolare Biblioteca di Verona*, Libri I e II, Verona, 1888

MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010

MAYER-MALY T., *«Gaius»*, in *Roczniki Teologiczno-Kanoniczene*, X, 1963, Lublin, 55 s.

MAYER-MALY T., *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956

MAYER-MALY T., *Spezifikation*, in «ZSS», LXXIII, 1956, 128 s.

MAYER-MALY T., *Tipicità e unità della 'locatio conductio'*, in *Labeo*, V, 1959, 395 s.

MAYNZ C., *Cours de droit romain*, I, Bruxelles-Paris, 1886

MEINCKE J.P., *Superficies solo cedit*, in «ZSS», LXXXVIII, 1971, 145 s.

MEINHART M., *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum*, Graz, 1967

MELILLO G., *Contrahere, pacisci, transigere: contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994

MELILLO G., *In solutum dare: contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970

MELILLO G., *Personae e status in Roma antica*, Napoli, 2006

MELLUSO M., *La schiavitù nell'età giustinianea: disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Parigi, 2000

MESSINA VITRANO F., *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi*, Palermo-Messina, 1922-1924

METRO A., *La «lex Aelia Sentia» e le manomissioni fraudolente*, in *Labeo*, VII, 1961, 148 s.

METRO A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966

METRO A., *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio operis «irregularis»*, in «SCDR», VII, Madrid, 1995, 200 s.

MEYLAN F., *L'individualité dans la manumissio vindicta*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 469 s.

MIELE A., *«Res publica»*, *«res communis omnium»*, *«res nullius»: Grozio e le fonti romane sul diritto del mare*, in *Index*, XXVI, 1998, 383 s.

MISPOULET J.B., *Les sources des Institutes de Justinianen*, in *Noveau Revue historique de Droit français et étranger*, «RHD», XIV, 1890, 9 s.

MOLNÁR I., *'Periculum emptoris' im römischen Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, 2236 s.

MOMMSEN F., *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, I, Braunschweig, 1859

MOMMSEN TH., *Epimetrum*, in KRUEGER P. – STUDEMUND G., *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum Studemundianum novis curis auctum in usum scholarum*[7], Berolini, 1923, LXVIII s.

MOMMSEN T., *Gaius ein Provinzialjurist*, in *Gesammelte Schriften*, II, Berlino, 1905, 35 s.

MOMMSEN T., *Römisches Staatsrecht*, I, Leipzig, 1876

MOMMSEN TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899

MONICONI P.J., *Causa et ses dérivés. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin* in *Publications de la Faculté des lettres d'Alger*, XVIII/2, Paris, 1951, 129 s.

MONIER R., *Le tignum iunctum*, Paris, 1922

MOUSSY C., *Gratia et sa famille*, Paris, 1966

MUIRHEAD J., *Historical introduction to the private law of Rome*, Edimburgo, 1886

MUIRHEAD J., *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, Londra, 1899

MUSUMECI F., *Inaedificatio*, Milano, 1988

NELSON H.L.W., *Überlieferung*, *Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981

NELSON H.L.W. – MANTHE U., *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, 1992

NELSON H.L.W. – MANTHE U., *Gai Institutiones III 88-181*, Berlin, 1999

NICOSIA G., *Celio Sabino e le dispute su permutatio ed emptio venditio*, in *Iura*, LXII, 2014, 24 s.

NICOSIA G., *L'acquisto del possesso mediante i potestate subiecti*, Milano, 1960

NICOSIA G., *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, Catania, 2001

NIEDERMEYER H., *"Crimen plagii" und "crimen violentiae"*, in *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930

NOAILLES P., *Fas et ius*, *études de droit romain*, Paris, 1948

NOCERA G., *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1962

NORDEBLAD J.B., *Gaiusstudien: Sprachliche Bemerkungen zu den Institutionen und den Digestenfragmenten des Gaius*, Lund, 1932

NÖRR D., *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in «ZSS», LXXIII, 1956, 68 s.

NÖRR D., *Rechtskritik in der römischen antike*, München, 1974

ONIDA P.P., *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli, 2012

ORESTANO R., s. v. *Gaio*, in «NNDI», VII, Torino, 1961, 733 s.

ORTH F., s. v. *Hirsch*, in «RE», Stuttgart, VIII, 1913, col. 1944 s.

ORTH F., s. v. *Jagd*, in «RE», IX, Stuttgart, 1914, col. 563 s.

ORTU R., *Plaut. Rud. 975 «Mare quidem commune certost omnibus»*, in *Jus-Online. Rivista di scienze giuridiche a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano*, II, 2017, 171 s.

OSTI G., s. v. *Contratto*, in «NNDI», IV, Torino, 1964, 466 s.

OVEN VAN J.C., *Remarques sur Gai 3, 91*, in *Iura*, I, 1950, 22 s.

PACCHIONI G., *Manuale di diritto romano*[3], Torino, 1935

PALAZZOLO N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974

PAMPALONI M., *La legge delle XII Tavole de tigno juncto* in *Scritti giuridici*, I, Roma, 1941, 337 s.

PAMPALONI M., *Questioni di diritto giustinianeo*, in «RISG», LII, 1913, 241 s.

PAMPALONI M., *Sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi*, Prato, 1885

PARICIO J., *Sull'idea di contratto in Gaio*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto in prospettiva storico-comparatistica* (II Congresso internazionale Aristec, Palermo, 7-8 giugno 1995), Torino, 1997, 156 s.

PASQUALI G., s. v. *Accessione*, in «DI», I, 1, Torino, 1884, 289 s.

PASTORI F., *Prospettiva storica del diritto di superficie*, Milano, 1989

PASTORI F., s. v. *Comodato (diritto romano)*, in «NNDI», III, Torino, 1964, 691 s.

PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten jahrhunderte der Kaiserzeit*, 2.1, Halle, 1895

PERNICE A., *Marcus Antistius Labeo. Das Römisches privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1906

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*[2], I, Roma, 1928

PEROZZI S., *Le obbligazioni romane: prolusione letta il 14 aprile 1902, con note*, Bologna, 1902

PEROZZI S., *Le obbligazioni romane*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, 350 s.

PEROZZI S., *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D. 41.1.7.7. sia di Gaio*, in «RIL», 2ª serie, XXXIII, 1890, 500 s.

PESCANI P., *Difesa minima di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio Romanistico*, Napoli, 1966, 97 s.

PLESCIA J., *The Roman Law on waters*, in *Index*, XXI, 1993, 43 s.

POCCETTI P., *Latino e diritto: vicende di una specularità*, in S. SCHIPANI – N. SCIVOLETTO (a cura di), *Atti del convegno internazionale "il latino del diritto". Perugia 1992*, Roma, 1994, 34 s.

POLARA G., *Le "venationes". Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano, 1983

POTHIER R., *Oeuvres*, II, Paris, 1848

PROVERA G., *Servitù prediali ed obbligazioni «propter rem»*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1971, 18 s.

PUGLIESE G., *Appunti sui limiti dell'"imperium" nella repressione penale*, Torino, 1939

PUGLIESE G., *Gaio e la formazione del giurista*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, 3 s.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano*, 2, *Il processo formulare*, Tomo 1, Milano, 1963

PUGLIESE G., *Il processo formulare*, I, *Introduzione, nozioni fondamentali, i soggetti del processo: lezioni dell'anno accademico 1947-1948*, Torino, 1948

PUGLIESE G., *Il processo formulare*, II, Torino, 1950

PUGLIESE G., *Res corporales*, *res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, III, 1953, 230 s.

PUGLIESE G., s. v. *Abitazione e uso (diritto romano)*, in «NNDI», I[1], Torino, 1957, 56 s.

PUGLIESE G., *Usufrutto, uso e abitazione*[2], Torino, 1972

PUGLSLEY D., *Gaius or Sextus Pomponius*, in «RIDA», XLI, Oxford, 1994, 353 s.

PURPURA G., *Diritto, papiri e scrittura*[2], Torino, 1999

QUADRATO R., *Favor rei ed aequitas: la regula di D.50,17,125*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Napoli, 1997, 182 s.

QUADRATO R., *Gaio cristiano?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano, 2007, 352 s.

QUADRATO R., *Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010

QUADRATO R., *Hominum gratia*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, 275 s.

QUADRATO R., *Il messaggio di Gaio: diligentius requiremus*, in ID., *Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, IX s.

QUADRATO R., *«Iuris conditor»*, in *Index*, XXII, 1994, 89 s.

QUADRATO R., *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura*, XXXVII, 1986, 24 s.

QUADRATO R., *Tignum iunctum ne solvito*, Bari, 1967

RABINOVITZ J., *Manumission of slaves in roman law and oriental law*, in *Journal of Near East Studies*, XIX, 1960, 42 s.

RANDAZZO S., *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005

REINHART T., *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger*, Winterthur, 1871

RENDA C., *La 'lex Plutia de vi': problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index*, XXXVI, 2008, 492 s.

RICCOBONO S. – BAVIERA J. – FERRINI C. – FURLANI J. – ARANGIO-RUIZ V., *Fontes Iuris Romani Antejustiniani in usum scholarum*, «FIRA», *Pars Altera*, *Auctores*, Florentiae, 1968

RICCOBONO S., *Il proemio della Parafrasi greca di Teofilo nella edizione del Ferrini*, in «BIDR», XXXV, 1938, 1 s.

RICCOBONO S., *Interdictum – Actio*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, 1939, 381 s.

RICCOBONO S., *Nota sulla dottrina romana dell'alveo derelitto*, in *Studi in onore di F. Schupfer*, Torino, 1898, 17 s.

RICCOBONO S., *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustinianeo*, in «ZSS», XXXV, 1914, 247 s.

RICCOBONO S., *Sull'«usus»*, in *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, I, Milano, 1905, 582 s.

RICCOBONO S., s. v. *Stipulatio*, in «NNDI», XVIII, Torino, 1971, 445 s.

ROBAYE R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle in droit romain*, Bruxelles, 1987

ROBY H.J., *Introduzione allo studio del Digesto giustinianeo. Regole e notizie per l'uso delle Pandette nella scienza e nella pratica*, *traduzione dall'inglese di Giovanni Pacchioni con prefazione di Pietro Cogliolo*, Firenze, 1886

RODRIGUEZ ALVAREZ L., *Las leyes limitadoras de las manumisiones en época augustea*, Oviedo, 1978

ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010

ROTONDI G., *La "manumissio" del "servus communis" nel diritto romano classico*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1922, 93 s.

ROTONDI M., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1922

RÜGER D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011

SAMTER R., *War Gaius das männliche Pseudonym einer Frau?* in *Deutsche Juristenzeitung*, XIII, Berlino, 1908, 1386 s.

SANCHEZ-MORENO ELLART C., *'Locare usum fructum': note per l'esegesi di Ulp. 20 'ad ed.' D. 10, 3, 7, 10*, in «BIDR», CIII-CIV, 2000-2001, 293 s.

SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*[4], Napoli, 1960

SANFILIPPO C., s. v. *Accessione*, in «NNDI», I, Torino, 1957, 132 s.

SANNA G., *Il mare come patrimonio comune dell'umanità: dalla tradizione alcuni spunti per un regime giuridico di tutela ambientale*, in *Rivista del diritto della navigazione*, XLI-1, Roma, 2012, 183 s.

SANNA M.V., *L'usucapione del partus ancillae furtivae*, in «SDHI», LXXIV, 2008, 425 s.

SANTUCCI G., *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001

SAVIGNY VON F.C., *Das Recht des Besitzes*, Wien, 1865

SAVIGNY VON F.C., *Neu entdeckte Quellen des Römischen Rechts*, in «ZGR», III, 1816, 129 s.

SAVIGNY VON F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino, 1888

SAVIGNY VON F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, IV, Torino, 1889

SCACCHETTI M.G., *Note sulle differenze di metodo tra Sabiniani e Proculiani*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, 390 s.

SCAPINI N., *I riferimenti alla ratio nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*. *Atti del convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del Prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, 328 s.

SCARLATA FAZIO M., s. v. *Frutti (diritto romano)*, in «ED», XVIII, Milano, 1969, 195 s.

SCEVOLA R., *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008

SCHERILLO G., *«Adnotationes gaiane»*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, 1968, 69 s.

SCHERILLO G., *Corso di diritto romano. Le obbligazioni (Diritti reali e obbligazioni. Storia e concetto dell'obbligazione)*, Milano, 1937

SCHERILLO G., *Il concetto di diritti reali*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, 1962, 83 s.

SCHERILLO G., *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, 1953, 446 s.

SCHERILLO G. *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, 1971, 97 s.

SCHERILLO G., *Lezioni di diritto romano: le cose*, I, Milano, 1945

SCHERILLO G., *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, sesta rist., Milano, 1956

SCHERILLO G., *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano, 1961

SCHERMAIDER M.J., *Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien, 1992

SCHERMAIDER M.J., *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im Klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992

SCHERMAIDER M.J., *Zur Unterscheidung von Vermischung und Verarbeitung im klassischen römischen Recht*, in «RIDA»,XXXIX, 1992, 236 s.

SCHIAVO S., *Aspetti processuali nell'Epitome Gai*, in BASSANELLI SOMMARIVA G. –TAROZZI S. – BIAVASCHI P. (a cura di), *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 57 s.

SCHIAVONE A., *Diritto privato romano: un profilo storico*, Torino, 2003

SCHIAVONE A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971

SCHINDLER K.H., *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz, 1966

SCHIPANI S. – LANTELLA L., *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae: testo e traduzione*, voll. I-IV, Milano, 2004-2011

SCHIPANI S. – PETRUCCI A. – SACCOCCIO A., *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae: testo e traduzione*, vol. V, Milano, 2014

SCHULTING A., *Iurisprudentia Anteiustinianea*, Lugduni, 1717

SCHULZ F., *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen Recht*, in «ZSS», XLVIII, 1928, 197 s.

SCHULZ F., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961

SCHULZ F., *History of Roman legal Science*, Oxford, 1953

SCHULZ F., *I principii del diritto romano*, Firenze, 1942

SCHULZ F., *Sabinus-Fragmente in Ulpians Sabinus-Commentar*, Halle, 1906

SCHWARZ A., *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift Fritz Schulz*, II, Weimar, 1951, 214 s. (= *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona 1948)*, II, Milano, 1953, 136 s.

SCHWEPPE A., *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthumer: mit erster vollstandiger Rücksicht auf Gaius und die Vaticanischen Fragmente*, Göttingen, 1832

SCIALOJA V., *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma, 1912

SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1933

SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Roma, 1950

SEGRÈ G., *Corso di diritto romano 1919-20*, Torino, 1920

SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto*, Torino, 1926

SEGRÈ G., *Obligatio*, *obligare*, *obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, 1929, 545 s.

SEGRÈ G., Recensione a E. SECKEL – B. KÜBLER, *Gai. Institutionum Commentarii quattuor*[4], in «BIDR», XXXII, 1922, 293 s.

SEGRÈ G., *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico*, in «RISG», XXX, 1900, 227 s. (= *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, 267 s.)

SEGRÈ G., *Sulla questione se la Parafrasi greca alle Istituzioni imperiali abbia avuto per fondamento il testo dei Commentari di Gaio*, in *Il Filangieri*, XII, 1, 1887, 735 s. (= ID., *Scritti giuridici*, II, Cortona, 1938, 1 s.)

SENN F., *Études sur le droit des obligations. Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, Paris, 1914

SERAFINI F., *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*[6], I, Firenze, 1897

SIMONIUS P., *Die «donatio mortis causa» im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958.

SINI F., *Persone e cose: res communes omnium. Prospettivi sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e tradizione romana*, VII, 2008, 6 s.

SOHM R. – MITTEIS L. – WENGER L., *Institutionen Geschichte und System des römischen Privatrechts*[17], Mûnchen-Leipzig, 1926

SOLAZZI S., *Glosse a Gaio*, Palermo, 1931 (= ID., *Ultimi scritti*; *Glosse a Gaio*, *Notae*, Napoli, 1972)

SOLAZZI S., *Glosse a Gaio*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustinianea*, Milano, 1938

SOLAZZI S., *Iurisdictio contenziosa e voluntoria nelle fonti romane*, in «AG», XCVIII, 1927, 21 s.

SOLAZZI S., *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*[3], I-II, Napoli, 1945

SOLAZZI S., *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli, 1949

SOLAZZI S., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947

SOLAZZI S., *Usus proprius*, in «SDHI», VII, 1941, 409 s.

SOLIDORO MARUOTTI L., *La repressione della violenza nel diritto ormano. Appunti delle lezioni*, Napoli, 1993

SOLINAS P., *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano, 1972, 567 s.

STANOJEVIĆ O., *Gaius and Pomponius (Notes on David Pugsley)*, in «RIDA», XLIV, Oxford, 1997, 333 s.

STANOJEVIĆ O., *Gaius Noster. Plaidoyer pour Gaius*, Amsterdam, 1989

STEIN P., *The development of the notion of naturalis ratio*, in A. WATSON (a cura di), *Daube Noster*, Edimburgh and London, 1974, 305 s.

STEIN P., *The nature of quasi-delictal obligations*, in «RIDA», V, 1958, 569 s.

STEIN P., *The two schools of jurists in the early Roman Principate*, in *Cambridge Law Journal*, XXXI, 1972, 8 s.

STOLFI E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in «SDHI», LXIII, 1997, 53 s.

STOLFI E., *La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia politica*, XXI-3, 2007, 380 s.

STOLFI E., *Studi sui "Libri ad edictum" di Pomponio*, Milano, 2001, 326 s.

STUDEMUND G., *Gaii Institutionum Commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsiae, 1874

TAFARO S., *Centralità dell'uomo (persona)*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano, 2007, 106 s.

TALAMANCA M., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. GIARDINA – A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981, 21 s.

TALAMANCA M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990

TALAMANCA M., *L'accessorietà della garanzia fideiussoria dall'esperienza romana alle codificazioni moderne (considerazioni finali)*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettica storico-comparatistica*, Torino, 2003, 154 s.

TALAMANCA M., *Sul concorso fra legato e manomissione*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, III, Milano, 1965

TALAMANCA M., s. v. *Colpa civile (storia)*, in «ED», VII, Milano, 1960, 517 s.

TALAMANCA M., s. v. *Custodia (diritto romano)*, in «ED», XI, Milano, 1962, 562 s.

THOMAS J.A.C., *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in «ZSS», LXXXI, 1964, 109 s.

TORRENT A., *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico: la conventio cum aurifice (Gayo 3.147) y el fundamento económico para su calificación contractual*, in *Iuris antiqui historia*, «IAH», VI, 2014, 37 s.

TORRENTE A., *La donazione*, in CARNEVALI U. – MORA A. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2006, 395 s.

TUCCILLO F., *Alcune riflessioni sulla responsabilità del magistrato e dell'adsessor. Dolus, diligentia, culpa*, in J. URBANIK (a cura di), *Culpa. Facets of liability in ancient legal theory and practice*, Warsaw, 2012, 258 s.

VANGEROW VON K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, III, Leipzig, 1876

VANO C., *Il nostro autentico Gaio. Strategie della Scuola Storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000 (tradotto in tedesco con il titolo *Der Gaius der Historischen Rechtsschule. Eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht*, Frankfurt am Main, 2008)

VARVARO M., *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, Torino, 2012

VIGNALI G., *Corpo del diritto*, voll. II-VII, Napoli, 1856-1859

VISMARA G., *Storia dei patti successori*, I, Milano, 1941

VITZTHUM W., *Unterscuchungen zum materiellen Inhalt der lex Plautia et Iulia de vi*, München, 1966

VOCI P., *"Diligentia", "custodia", "culpa". I dati fondamentali*, in «SDHI», LVI, 1990, 29 s.

VOCI P., *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1956

VOCI P., *Diritto ereditario romano*, II[2], Milano, 1963

VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1949

VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*[3], Milano, 1954

VOCI P., *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946

VOCI P., *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952

VOLTERRA E., *La prima edizione italiana del Gaio Veronese*, in «BIDR», LXXXIII, 1980, 271 s.

VOLTERRA E., s. v. *Senatus consulta*, in «NNDI», XVI, Torino, 1969, 1047 s.

VOLTERRA E., *Sull'uso delle Sententiae di Paolo presso i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustinianei*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, (Bologna e Roma, 17-27 aprile 1933), I, Pavia, 1934, 48 s.

WALDSTEIN W., *Elementi «pre-positivi» dell'ordinamento nel diritto romano*, in A. CORBINO (a cura di), *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova, 1995, 378 s.

WALDSTEIN W., *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi di giusnaturalismo romano*, Pavia, 2007, 305 s.

WALDSTEIN W., *«Ius naturale» nel dir. rom. postclassico e in Giustiniano*, in *Saggi sul diritto non scritto*, Padova, 2002, 207 s.

WATSON A., *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford, 1965 (rist. Aalen, 1984)

WEISS E., *Institutionen des römischen Privatrechts*[2], Basel, 1949

WENDT U., *Römisches Jagdrecht*, in *Jhering Jahrbücher*, XIX, 1881, 373 s.

WENGER L., *Institutionen des römischen Zivilpocessrechts*, Münich, 1925

WESEL U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967

WEYAND S., *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in «TR», LI, 1983, 225 s.

WIEACKER F., *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, in «ZSS», LIV, 1934, 34 s.

WIEACKER F., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960 (nuova ed. 1975)

WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1902

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*[9], Frankfurt am Main, 1906

WLASSAK M., *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in «ZSS», XXVIII, 1907, 78 s.

WLASSAK M., *Die prätorischen Freilassungen*, in «ZSS», XXVI, 1905, 385 s.

WOLF J.G., *Barkauf und Haftung D. 19, 1, 23 Iul. 13 dig.*, in «TR», XLV, 1977, 13 s.

WÖLFFLIN E., *Zu den lateinischen Kausalpartikeln*, in *Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik*, I, 1884, 170 s.

WOLFF H.J., *Zur Geschichte des Gaiustextes*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, 1953, 171 s.

WOLODKIEWICZ W., *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerca sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in «RISG», XCVII, 1970, 117 s.

WUBBE F.B.J., *Gaius et les contrats réels* in «TR», XXXV, 1967, 523 s.

YARON R., *Sale of wine*, in *Studies in the Roman Law of Sale in memory of Francis de Zulueta*, Oxford, 1959, 71 s.

YARON R., *Some remarks on «donatio mortis causa»*, in «RIDA», III, 1956, 493 s.

ZAMORANI P., *Possessio e animus*, Milano, 1977

ZOCCO-ROSA A., *Sul genuino contenuto del Codice Veronese e sui rapporti tra le Institutiones e le res cottidianae di Gaio*, in *Circolo giuridico di Palermo*, Palermo, 1891, 30 s.

ZOCCO-ROSA A., *Teofilo e la Parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee*, in *Annuario Ist. Stor. dir. rom. Univ. di Catania*, VII, 1899-1900, 133 s.

ZOZ M.G., *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999

ZUCCOTTI F., *"Fruges fructusque" (studio esegetico su D.50.16.77). Per una ricerca sulle origini della nozione di "frutto"*, Padova, 2000, 87 s.

ZUCCOTTI F., *«Partus ancillae in fructu non est»*, in *«Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi)*, Padova, 2001, 185 s.

FONTI

FONTI GIURIDICHE

pregiustinianee

CODEX THEODOSIANUS
1, 4, 3 34.59
3, 15, 1 23.32
8, 18, 1, 3 23.32

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM
10, 8, 1 173
11, 7, 1 215.423

EPITOME GAI
1, 1, 1 58, 58.26
1, 2, 1 58, 58.26
1, 2, 2 9.10, 65, 70
1, 2, 3 9.11, 66, 71.64, 71.67

FRAGMENTA VATICANA
50 55.14
90 142.253, 142.254
91 142.253

GAI INSTITUTIONES
I, 1 91.125, 113.167
I, 7 232
I, 8-9 148
I, 9 152
I, 12 58.27
I, 17 54.3
I, 20 8, 59
I, 22 111.155
I, 30 111.155
I, 35 57.21
I, 37 8, 22, 78.85, 84
I, 42 78.85
I, 45-46 9, 65, 66, 70
I, 46 64.48
I, 47 80.86
I, 63 111.155
I, 84 111.157
I, 85 111.157
I, 89 113.167
I, 119 55.12, 111.156
I, 122 111.155
I, 128 28.42, 215, 215.424
I, 153 111.159

I, 166a	111.155
I, 184	111.156
I, 189	112.161, 113.167
I, 195a	111.156
II, 2-11	87
II, 11	9, 93.131
II, 24	55.13, 56.16, 60, 60.33
II, 25	57.22
II, 29	9
II, 30-31	9
II, 30-33	140, 238
II, 31	141
II, 38	111.159
II, 50	136, 150
II, 50-51	10, 238
II, 51	41, 42, 43, 46, 138
II, 59	111.159, 122.198
II, 64	111.155
II, 65-79	10
II, 65	108, 108.145, 133, 236
II, 66	36, 108.145, 111.155, 113, 113.167, 134, 236
II, 67	14, 36, 40.69, 118, 236
II, 68	15, 30, 32, 38, 39, 121, 236
II, 69	236
II, 70	236
II, 70-72	33, 122
II, 71	124
II, 71-72	37
II, 72	41, 126
II, 73-79	34, 35
II, 73	39, 130.229, 131, 237
II, 74-76	131
II, 76	237
II, 77	132, 237
II, 78	132, 237
II, 79	15, 24, 25, 28, 113.167, 127, 236, 237
II, 86-93	107
II, 90-91	169
II, 93	142
II, 121	111.155
II, 126	42
II, 131	111.155
II, 147	111.155
II, 149a	111.155
II, 153	111.154
II, 157	111.154
II, 164	111.154
II, 181	215, 215.424
II, 182	28.42
II, 193	160.313
II, 194	111.154
II, 198	111.154
II, 204	143.259
II, 218	28.42
II, 238	67, 69, 69.58
II, 239	63, 66, 69, 69.58, 70
II, 244	111.155
II, 287	64.48, 69.58
III, 10	111.156
III, 13	111.155
III, 20	111.155
III, 33	112.159

III, 54 112.159
III, 56 57.24, 111.154
III, 56. 58 57.21
III, 72 111.157
III, 74 111.157
III, 88-90 10
III, 88-89 19, 49
III, 88 17.21, 109, 167, 223, 224, 238, 239, 243
III, 89 168, 238
III, 90 16, 28, 28.42, 48, 168, 169, 172, 174, 238, 244
III, 91 12, 16, 172, 173, 224.449, 226.452, 239, 240, 244
III, 92 175
III, 92-109 11, 29
III, 96 112.161
III, 106 179
III, 110 111.156
III, 115 176
III, 116 177, 177.352, 178
III, 118 176
III, 127 112.159
III, 135-137 181
III, 135-162 11
III, 136 111.155
III, 139-141 189, 190
III, 142-144 191
III, 142-147 189
III, 145 17, 18, 240
III, 147 18, 127.217, 197, 240
III, 148-154 199
III, 154 113.167
III, 155 241
III, 155-156 22, 23, 207, 208
III, 161 21.29, 40.68, 211, 212
III, 169 111.159
III, 170 176.349
III, 182 12, 17. 21, 214, 217.434, 241
III, 184 111.155
III, 186 112.159
III, 187 112.159
III, 198 111.155
III, 205 82.91
III, 206 171.335
III, 207 28.42, 172
III, 209 112.159
IV, 11 111.155
IV, 16 55.12, 111.159
IV, 71 111.154
IV, 75 167.325, 215, 215.424, 216, 218.438
IV, 80 167.325, 215.424
IV, 94 111.154
IV, 105 111.154
IV, 112 167.325, 215, 215.424, 216
IV, 114 111.155
IV, 119 111.155
IV, 128 111.156
IV, 138 143
IV, 139 111.158, 143
IV, 144 111.154
IV, 153 120.191
IV, 160 111.155
IV, 169 112.159
IV, 170 111.156

IV, 182 239, 240

PAULI SENTENTIAE
2, 23, 1 73.74
2, 23, 6 72.70
2, 25, 4 55.13
3, 7, 1 73.74
4, 14, 1 68, 70, 70.63

RES COTTIDIANAE[1]
Framm. 486 *rer. cott.*
40, 2, 7 8, *53-61*, 235
Framm. 487 *rer. cott.*
40, 4, 24 9, *61-71*, 235
Framm. 488 *rer. cott.*
39, 6, 4 9, *71-76*, 235
Framm. 489 *rer. cott.*
40, 9, 10 8, 19.27, 22, *76-85*, 235
Framm. 490 *rer. cott.*
1, 8, 5 9, 42.71, *86-96*, 235
Framm. 491 *rer. cott.*
41, 1, 1 10, 36, *96*, *107-114*, 236
41, 1, 1 pr. 48, 93, 166, 236
41, 1, 3 10, *96-97*, *115-118*, 153
41, 1, 3, 1 30, 31
41, 1, 3, 2 14, 31, 118
41, 1, 5 10, 30, 31, 36, *97-99*, *118-122*, 153, 236
41, 1, 5 pr. 14, 118
41, 1, 5, 1 32, 119, 120
41, 1, 5, 2 120
41, 1, 5, 3 115
41, 1, 5, 4 118, 119
41, 1, 5, 5 15, 31, 32, 38, 39, 121, 236
41, 1, 5, 6 30, 32
41, 1, 7 10, 35, *99-104*, *122-131*, 153
41, 1, 7 pr. 121, 153, 236
41, 1, 7, 1-6 33
41, 1, 7, 1 123, 236
41, 1, 7, 2 124
41, 1, 7, 3 37, 125
41, 1, 7, 5 126
41, 1, 7, 6 126
41, 1, 7, 7 10, 15, 24, 24.34, 25, 27, 28, 126, 127, 197, 236
41, 1, 7, 8 129
41, 1, 7, 9 129
41, 1, 7, 10 39, 40, 130, 130.231, 237
41, 1, 7, 11 130, 237
41, 1, 7, 12 131, 237
41, 1, 9 10, 35, *104-107*, *131-134*
41, 1, 9 pr. 131
41, 1, 9, 1 132, 237
41, 1, 9, 2 132, 237
41, 1, 9, 3 133
41, 1, 9, 3-8 10
41, 1, 9, 4 133
41, 1, 9, 5 133

[1] Secondo la numerazione dei frammenti del Digesto ordinati da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, «Gaius», Lipsiae, 1889 (rist. Graz, 1960; Roma, 2000), col. 251-261, nn. 486-506.

41, 1, 9, 6 133
41, 1, 9, 7 133
41, 1, 9, 8 133
Framm. 492 *rer. cott.*
41, 3, 36 10, *134-137*, 237
Framm. 493 *rer. cott.*
41, 3, 38 10, 43, 44, 46, *135*, *137-138*, 238
Framm. 494 *rer. cott.*
7, 1, 3 9, *139-146*, 158, 238
7, 1, 3 pr. *140-143*
7, 1, 3, 1 *143-144*
7, 1, 3, 2 *144-145*
7, 1, 3, 3 *146*
Framm. 495 *rer. cott.*
22, 1, 28 9, 136.241, *146-153*
Framm. 496 *rer. cott.*
7, 8, 11 9, *153-157*
Framm. 497 *rer. cott.*
8, 4, 16 9, *158-162*
Framm. 498 *rer. cott.*
44, 7, 1 10, 11, *162-179*, 238
44, 7, 1 pr. 2, 17.21, 19, 49, 166, 223, 239, 243
44, 7, 1, 1 19, 49, 168
44, 7, 1, 2 16, 48, 168, 169, 169.330
44, 7, 1, 2-4 28, 29
44, 7, 1, 3 170
44, 7, 1, 4 11.16, 170, 171
44, 7, 1, 5 111.155, 171, 173, 200
44, 7, 1, 6
44, 7, 1, 7-15 29, 175-179
Framm. 499 *rer. cott.*
18, 6, 2 11, *179-185*
Framm. 500 *rer. cott.*
18, 6, 16 11, *180*, *185-188*
Framm. 501 *rer. cott.*
19, 2, 2 11, *188-199*, 240
19, 2, 2, 1 17, 18
Framm. 502 *rer. cott*
17, 2, 72 12, *199-203*
Framm. 503 *rer. cott.*
17, 1, 2 12, *203-210*
17, 1, 2 pr. 22, 23, 206
17, 1, 2, 1 23, 206
17, 1, 2, 2 23, 206
17, 1, 2, 3 23, 206
17, 1, 2, 4 206
17, 1, 2, 5 206, 209
17, 1, 2, 6 206
Framm. 504 *rer. cott.*
17, 1, 4 12, 21.29, 40.68, *205*, *210-212*, 240
Framm. 505 *rer. cott.*
44, 7, 4 12, 17.21, *213-219*, 241
Framm. 506 *rer. cott.*
44, 7, 5 12, 168, *219-230*
44, 7, 5 pr. 111.155, 111.156
44, 7, 5, 1 167
44, 7, 5, 3 16, 173, 174
44, 7, 5, 4 167
44, 7, 5, 5 111.155, 167
44, 7, 5, 6 167
50, 13, 6 12, *226-230*

TITULI EX CORPORE ULPIANI

1, 5-6	58
1, 12	56.18
1, 14	82.91
1, 15	84
1, 24	62.43
1, 25	63
22, 4	69.58

giustinianee

CORPUS IURIS CIVILIS

INSTITUTIONES

1, 2, 1	91.125
1, 5, 1	58.27
1, 5, 3	58.24, 60
1, 6, 3	19.27, 22, 80.86, 82
1, 15 pr.-1	43.80
2, 1 pr.-1	95
2, 1, 4-5	86, 91, 92
2, 1, 11	108, 112.160
2, 1, 12	14, 115
2, 1, 14	115
2, 1, 15	15, 32, 32.50
2, 1, 21	124
2, 1, 22	33
2, 1, 25	16, 24, 25, 26.35, 27
2, 1, 27	129
2, 1, 29	130.231
2, 1, 34	132
2, 1, 37	147
2, 1, 40	133
2, 3, 4	159
2, 4, 1	141.249, 144, 145.263
2, 4, 2	143
2, 4, 3	141.249
2, 5	146
2, 6, 7	43, 44, 137, 138
2, 7, 1	72, 73.73
2, 20, 25	63, 69.58
2, 23 pr.	110
2, 23, 1	166
3, 11 pr.-1	43.80
3, 13	19
3, 13 pr.	*109-112*, 166, 167.323, 223.443
3, 13, 1	109.147, 111.156
3, 13, 2	166.322, 167
3, 14 pr.	17, 169, 169.330, 174
3, 14, 1	17
3, 14, 2	170
3, 14, 2-4	169
3, 14, 3	172
3, 14, 4	173
3, 15 pr.	175
3, 19, 8	179
3, 22	181

3, 23, 2 190.382
3, 23, 3 184.366, 187.377
3, 23, 3a 184, 185.371
3, 24 189
3, 24, 3 18
3, 24, 4 199.396
3, 25, 9 200, 240
3, 26 pr. 23
3, 26, 1 23
3, 26, 3 23
3, 26, 4 23
3, 26, 8 21.29, 40.68, 211
3, 27, 6 174
4, 1 tit. 17.21
4, 1 pr. 17.21, 217.436
4, 5 tit. 17.21
4, 5 pr. 17.21
4, 12, 1 216.428
4, 15 pr. 143

DIGESTA

1, 1, 1, 3-4 94.136
1, 1, 2 42.71
1, 1, 4 42.71
1, 1, 6 94.136
1, 1, 9 113.167
1, 3, 20 148.269
1, 5, 2 149, 149.274
1, 5, 3 149
1, 5, 4 149, 149.279
1, 7, 3 59.29, 60.33
1, 8, 1 pr. 93.131
1, 8, 2 pr.-1 95
1, 8, 6 42.71
1, 8, 7 42.71
1, 8, 10 89
1, 10, 1 pr. 56.17, 59.31
1, 10, 1, 1 57.19
1, 16, 2 55.13, 59
1, 16, 3 59
1, 18, 1 60.35
1, 18, 17 57.19
2, 3, 10, 1 111.155
2, 11, 6 111.155
2, 13, 9 pr. 201.400
2, 14, 7, 3 214.423
3, 5, 38 113.167
4, 3, 29 215.423
4, 4, 7, 10 82.91
5, 1, 18, 1 214.423
5, 3, 27 pr. 149, 150
5, 3, 36, 5 113.167
6, 1, 3, 2 129
6, 1, 5, 1 26, 27
6, 1, 23 pr. 108
6, 1, 23, 3 132
6, 1, 23, 5-7 130.226
6, 1, 43 130.226
6, 1, 59 130.232
7, 1, 3, 2 145.263
7, 1, 9, 1-6 123, 123.203

7, 1, 9, 4	124.209
7, 1, 12, 2	157.308
7, 1, 56	145, 145. 263
7, 1, 68 pr.	148, 149
7, 3, 1, 2	145.262
7, 4, 23	126
7, 4, 29 pr.	157.308
7, 5, 2, 1	113.167
7, 7, 4	150, 151
7, 8, 1, 1	146
7, 8, 2. 4. 6. 8. 10. 12. 14	154.302
7, 8, 4, 2	146.266
7, 8, 8 pr.	157
7, 8, 10, 4	154, 155
7, 8, 12, 1	155
7, 8, 12, 6	157
7, 8, 15	155
8, 2, 8	113.167
8, 2, 31	160.315
8, 3, 4	161
8, 3, 16	31.46, 116, 116.180
8, 3, 20, 3	161
8, 3, 37	162
8, 6, 19, 1	160.314
9, 2, 4 pr.	113.167
9, 2, 51, 2	215.423
9, 4, 1	218
9, 4, 1. 20	215.425
9, 4, 2 pr.	214.423
9, 4, 8	214.423
10, 2, 8, 2	114.171
10, 3, 6, 4-5	123.204
10, 3, 7, 10	157.308
10, 3, 10, 1	157
10, 4, 6	130.226
11, 3, 11, 2	214.423
11, 4, 5	215.423
11, 7, 14, 15	82.91
11, 7, 20, 2	82.91
12, 1, 19 pr.	74
12, 6, 63	111.155
13, 4, 3	111.155
13, 6, 5, 13	171.335
13, 6, 18 pr.	11.16, 171, 171.335
13, 6, 18, 2	113.167
13, 6, 18, 4	111.155
13, 7, 24, 3	214.423
15, 2, 3 pr.	123.204
16, 1, 5	232.7
16, 2, 10, 2	214.423
16, 3, 22	82.91
16, 3, 31 pr.	215.423
17, 1 tit.	205
17, 1, 1	205
17, 1, 3	205, 210, 241
17, 1, 48, 1-2	210.413
17, 2, 23, 1	202
17, 2, 25	202
17, 2, 26	202
17, 2, 52, 2	201.401, 202
17, 2, 52, 3	201.402, 203
17, 2, 52, 18	214.423

17, 2, 53. 55. 57 214.423
17, 2, 54 215.423
17, 2, 83 113.167
18, 1, 35, 4 184, 184.367
18, 1, 68 pr. 184.366
18, 2, 14 184.366
18, 2, 19 pr. 184.366
18, 4, 2, 5. 7 184.366
18, 4, 3. 21 184.366
18, 6 tit. 181
18, 6, 1 181
18, 6, 1 pr. 187.380
18, 6, 1, 1 185, 188
18, 6, 1, 3 183, 187
18, 6, 1, 3-4 182
18, 6, 1, 4 183
18, 6, 3 184.366
18, 6, 3. 12 184.367
18, 6, 4, 1 187.380, 187.381
18, 6, 4, 1-2 185
18, 6, 5 pr. 184.366
18, 6, 6 187.379
18, 6, 7 pr. 187.377
18, 6, 12 184.366
19, 1, 6, 8 184.366
19, 1, 13, 16. 17 184.366
19, 1, 13, 18 186.376
19, 1, 31 pr. 185.373
19, 1, 36 184.366, 184.367
19, 1, 54 pr. 184.366
19, 2, 25 pr. 192
21, 1, 17, 18 218.439
21, 1, 23, 2 217.431
21, 1, 31, 9. 11. 12. 14 184.366
21, 1, 43, 4 217.431
21, 1, 47, 1 184.366
21, 1, 48 pr. 184.366
22, 1, 28, 1 152.294
23, 3, 66 157.308
24, 1, 63 130.226
24, 3, 59 34.59
25, 3, 5, 16 113.167
26, 7, 13, 1 111.155
27, 3, 1, 14 214.423
28, 5, 43 (42) 78
28, 5, 58 (57) 78
28, 5, 61 (60) 79
29, 1, 2 111.155
29, 2, 47 179.357
29, 5, 3, 13 56.18
29, 7, 4 84
30, 53, 8 214.423
32, 78, 4 127
33, 2, 8 145, 145.263
33, 2, 42 151.288
33, 3, 1. 3. 4. 7 160.313
34, 5, 7 pr. 232.8
35, 1, 37 66.51
35, 1, 50 59.31
35, 1, 54 34.59
36, 1, 40 42.71
36, 1, 41 42.71

37, 10, 2	215.423
38, 2, 47, 1	215.423
38, 16, 3, 1	57.21
39, 1, 1, 18	94
39, 2, 18, 8-9	184.366, 184.367
39, 2, 20	111.155
39, 2, 32	111.155
39, 2, 38 pr.	184.366, 184. 367
39, 2, 44, 1	184.366
39, 3, 24, 3	123.204
39, 4, 13, 3	232.7
39, 6, 1 pr.	72
39, 6, 2	73, 74
39, 6, 3	71, 75
39, 6, 4	75
39, 6, 5	71, 75
39, 6, 6	71, 75
39, 6, 13	74.78
39, 6, 26	72.69
39, 6, 35, 2	72
39, 6, 35, 4	73
40, 1, 14, 1	56.18
40, 2 tit.	58
40, 2, 4	71.64
40, 2, 5	59.29
40, 2, 8	61
40, 2, 15, 5	60.34
40, 2, 20, 4	59.29
40, 2, 23	56.16, 60
40, 4, 1	56.18
40, 4, 31	69
40, 4, 37	64.48, 67
40, 4, 40, 1	64.47
40, 4, 54 pr.	68
40, 4, 54, 1	79
40, 4, 57	79, 83, 84
40, 4, 59 pr.	67
40, 5, 4, 19	79, 83
40, 7, 1 pr.	85
40, 7, 28, 1	123.204
40, 9, 5 pr.	79
40, 9, 7 pr.	79
40, 9, 8 pr.	79
40, 9, 8, 1	79
40, 9, 18 pr.	79
40, 9, 23	80.86, 83
40, 9, 24	84
40, 9, 25	79
40, 9, 27 pr.	80.86
40, 12, 25, 1	111.155
40, 12, 27, 1-2	59.31
40, 13, 2	79, 84
41, 1, 3, 1	114.172
41, 1, 14 pr.	90, 91
41, 1, 2. 5. 6	107
41, 1, 5, 1	117.181
41, 1, 8	107
41, 1, 10	107
41, 1, 10, 2	123.203
41, 1, 11	107
41, 1, 12	107
41, 1, 13-15	107

41, 1, 16 107
41, 1, 17 107
41, 1, 24 127
41, 1, 26 pr. 127
41, 1, 26, 1 132
41, 1, 29 123.203
41, 1, 30, 1-3 123.203
41, 1, 44 114.171
41, 1, 55 114.171
41, 1, 56 pr. 125
41, 2, 3 pr. 142.252
41, 2, 3, 1 117.182
41, 2, 3, 13 117
41, 2, 24 27, 215.423
41, 3, 4, 26 142.252
41, 3, 37 137
41, 3, 37, 1 41, 42
41, 3, 45 pr. 90.123
41, 10, 2 122
42, 8, 1 pr. 81
42, 8, 10 pr. 81
42, 8, 15 79
43, 1, 1 pr. 88, 89
43, 1, 2, 1 88.110
43, 8, 2, 3 88
43, 8, 2, 8 95
43, 8, 2, 20 88.112
43, 8, 2, 35 88.112
43, 8, 3 pr.-1 90
43, 8, 4 93
43, 12 tit. 89
43, 12, 1, 5-9 123.203
43, 12, 1, 6 126
43, 12, 1, 17 88
43, 12, 1, 19 89
43, 12, 3, pr.-2 123.203
43, 13, 1 pr. 89
43, 13, 1, 9 89
43, 16, 1, 14. 15 214.423
43, 16, 3, 13-16 142.253
43, 24, 11, 9. 10 187.377
43, 24, 22, 3 115
43, 30, 3, 4. 5 217.431
44, 2, 17 111.155
44, 7 tit. 167, 181
44, 7, 2 180
44, 7, 3 181
44, 7, 3 pr. 109.149
44, 7, 3 pr.-2 181.358
44, 7, 20 215.423
44, 7, 52 pr. 166.322
44, 7, 52, 5 166.322
45, 1, 1, 2 50, 50.102
45, 3, 39 34.59, 233.10
46, 1, 70, 5 215.425
46, 3, 78 34.59
46, 3, 98, 8 130.226, 130.231
47, 1, 3 214.423
47, 2, 14, 1 185.372
47, 2, 26 115.175
47, 2, 54 (53) pr. 215.423
47, 2, 81 pr. 184.366

47, 3 tit. 130.227
47, 4, 1, 7 214.423
47, 6, 1 pr. 215.423
47, 7, 7, 5 215.423
47, 10, 13, 7 94, 114.173
47, 10, 17, 4 215.423
47, 10, 34 215.425
47, 14, 1 pr. 215.423
48, 8, 14 215.423
48, 18, 1, 27 215.423
48, 18, 8 pr. 215.423
48, 19, 16, 10 215.423
48, 20, 7 pr. 113.167
49, 15, 6 215.423
50, 14, 2 209.410
50, 16, 30, 2 111.156
50, 16, 178, 1 123.204
50, 16, 238, 3 218.439
50, 16, 244 215.423
50, 17, 23 171.335, 184
50, 17, 32 152.296
50, 17, 40 179.357
50, 17, 47 pr. 209.412
50, 17, 85, 2 113.167
50, 17, 111, 1 215.425, 216.428
50, 17, 122 152
50, 17, 152, 2 215.423

CODEX
2, 7, 23, 5 59.31
4, 34, 1 173
4, 38, 1 187.377
4, 38, 2 179.357
4, 38, 15 pr.-3 193
6, 28, 4 42, 43
6, 43, 1 160
7, 1 tit. 58
7, 2, 5 79, 84
7, 5, 6 58.24
7, 6, 2 56.18
7, 8, 1 84
7, 11, 1 80, 81

bizantine

PARAPHRASIS TEOPHILI
1, 3, 1-2 149.279
1, 5 54.6
2, 1, 37 152.294
2, 6, 7 44, 45
2, 9, 6 108
4, 12, 1 216.429

contemporanee

BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB)
§ 829 229.456
§ 833 229.456
§ 835 229.456

CODE CIVIL FRANCESE
Art. 1100 229.456
Art. 1370 166.322, 229.456
Art. 1379, co. 2 229.456

CODICE CIVILE ITALIANO 1865
Art. 1050 75.79
Art. 1097 166.322, 229.456

CODICE CIVILE ITALIANO 1942
Art. 769 75.79
Art. 822 96
Art. 1173 2, 166, 166.322, 223
Art. 1321 228.455

FONTI LETTERARIE

CASSIO DIONE
Historia Romana
56, 33, 3-4 62.42

CICERONE
Brutus
306 232.5
De finibus
1, 4, 12 148
De inventione
1, 29, 45 214.421
1, 53, 102 214.421
1, 54, 103 214.421
2, 4, 14 214.421
2, 26, 108 214.421
De legibus
1, 8, 25 151.289
De oratore
1, 183 56.17
Epistulae ad Atticum
7, 2, 8 59.30
Philippicae
2, 31, 77 217.431
Pro Balbo
28, 65 214.421
Pro Caecina
33,96 53.2
Pro Caelio
31, 74 214.421
Pro Roscio Amerino

11, 30 214.421
13, 37 214.421
30, 84 214.421
33, 92 214.421
40, 116 214.421
Topica
10 56.17

COLUMELLA
De re rustica
8, 8 32.51
8, 11, 1 32
9, 1, 6 32
9, 2 32.51
9, 12, 1 119.188

DANTE
Commedia
Paradiso, VI 10-12 1.3, 241.31

DIONIGI DI ALICARNASSO
Antiquitates Romanae
4, 26, 6 62.42

FESTO
De significatione verborum
XI, s. v. *Manumitti* 56.17

FRAGMENTA DOSITHEUS
5 54.5, 57.24

GELLIO
Noctes Atticae
6, 11, 1-2 217.431
6, 11, 3-5 217.431
6, 11, 7-9 217.431
20, 1, 53 214.421

LIVIO
Historiae (Ab Urbe condita libri CXLII)
2, 5, 10 54.6
41, 8 (12) 53-54.2
41, 9, 11 57.20

MARCO AURELIO
Ad se ipsum
11, 8 153.301

OMERO
Iliade
7, 472-475 190.382

Odissea
XVII, 78-83 72, 73

PLAUTO
Rudens
927 57.19
1247 214.421
Persa
4, 13, 15, 7 59.30
Pseudolus
1, 5, 4, 124 59.30
Truculentus
501 214.421

PLINIO
Naturalis historia
17, 9 124.208
17, 13 124.208
17, 21 124.208

QUINTILIANO
Institutio oratoria
7, 4, 36 214.421

SALLUSTIO
De Catilinae coniuratione
5, 24 214.421

SVETONIO
De vita Caesarum. Augustus
32, 2 214.421
40, 3 62

TACITO
Annales
3, 50, 2 214.421

TERENZIO
Phormio
336 214.421
Heautontimorumenos
I, 77 153.299

VARRONE
De lingua latina
5, 81 214.421
De re rustica
3, 6, 1-6 121.194
3, 7, 6 120.192, 121.194