

Una presunta disputa di scuola in Gai., *inst.* 3.147

1. Un passo dibattuto – 2. L'identificazione dei 'plerique' – 3. Un altro indirizzo di pensiero? – 4. Una disputa trasversale

1. Numerosi studiosi hanno rivolto particolare attenzione a Gai., *inst.* 3.147¹ non soltanto, come è ovvio, in lavori dedicati *ex professo* alle specifiche tematiche in oggetto, ma anche nell'ambito di opere di più ampio respiro, giungendo a risultati che possono per più versi ritenersi ormai dei punti

¹) Sul passo, fra gli altri, si vedano T. BRUNO, 'Locazione', in «DI», XIV, Torino, 1902-1905, p. 986, C. LONGO, *Diritto romano. La locatio-conductio. Lezioni dell'Anno Accademico 1920-1921*, Pavia, s.d., p. 141 ss., U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in «RISG.», n.s., II, 1927, p. 567 ss., G. BESELER, *Romanistische Studien*, in «ZSS.», I, 1930, p. 34 ss., L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, in «AUPA.», XVI, 1931, p. 160 nt. 1, p. 212 nt. 1, p. 214 nt. 3, p. 313 e 436, V. DEVILLA, 'Locazione (diritto romano)', in «NDI.», VII, Torino, 1938, p. 999, F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 122 ss., 152 ss. e 179 ss., S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio - quarta puntata*, in «Scritti C. Ferrini», Milano, 1946, ora in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, p. 435 ss., *Quidam*, in «AAN.», LXIV, 1952-53, ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, p. 421 ss., e *Due note alle Istituzioni di Gaio. II. L'ordinazione dell'anello in Gai. 3.147*, in «Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona, 1948», III, Milano, 1953, ora in *Scritti*, V, cit., p. 470 ss., T. MAYER MALY, *Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht*, in «Jura», VI, 1955, p. 129, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², I, Napoli, 1956, rist. 1987, p. 125 ss., T. MAYER MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, in particolare p. 74 ss., L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in «BIDR.», LII, 1959, p. 50 ss., R. MARTINI, *Ancora sul 'mercennarius'*, in «Jura», X, 1959, p. 123 ss., T. MAYER MALY, *Tipicità e unità della 'locatio conductio'*, in «Labeo», V, 1959, p. 395, G. CERVENCA, *In tema di 'locatio conductio'. (A proposito di un recente studio)*, in «Bollettino della scuola di perfezionamento e specializzazione di diritto del lavoro dell'Università di Trieste», IX, 1963, p. 9 ss., C.A. MASCHI, *Locazione, vendita, contratto di lavoro. Critica e ricostruzione di Gai. 3.145-147*, ivi, IX, 1963, p. 24 ss., F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963, p. 80, J.A.C. THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, in «Mélanges Ph. Meylan», I, Lausanne, 1963, p. 340 ss., e *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in «ZSS.», LXXXI, 1964, p. 109 ss., H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, Köln-Graz, 1964, in particolare p. 69 ss. e 371 nt. 346, L. AMIRANTE, *rec. a KAUFMANN, op. cit.*, in «Jura», XVI, 1965, p. 334, G. CRIFÒ, *rec. a «Mélanges Ph. Meylan»*, cit., in «SDHI.», XXXI, 1965, p. 347, C.A. MASCHI, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica. Diritto privato e processuale*², Milano, 1966, p. 283 ss., J. GAUDEMET, *rec. a M. AMELOTI, Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, in «RHD.», XLV, 1967, p. 113, F.B.J. WUBBE, *Gaius et les contrats reels*, in «T.», XXXV, 1967, p. 503, R. RÖHLE, *Das Problem der Gefährtragung im Bereich des römischen dienst- und Werkvertrages*, in «SDHI.», XXXIV, 1968, p. 204, C.ST. TOMULESCU, *Sulla forma del iusiurandum liberti*, in «RIDA.», XV, 1968, p. 468, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, in particolare p. 548 nt. 33, p. 568 nt. 56 e p. 570 nt. 77, A.D.E. LEWIS, *The trichotomy in locatio conductio*, in «The Irish Jurist», VIII, 1973, p. 175 ss., O. BEHREND, *Das nexum in Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*, in «RIDA.», XXI, 1974, p. 153, V. KURZ, *'Emptio rei speratae' «pura» oder «sub condicione»?*, in «Labeo», XX, 1974, p. 201 ss., W. LITEWSKI, *Le depot irregular*, in «RIDA.», XXI, 1974, p. 231, A. MASI, 'Locazione (storia)', in «ED.», XXIV, Milano, 1974, p. 914, D. DAUBE, *Etiam in D. 18.1.20*, in «CJ.», LXXII, 1976, ora in *Collected Studies in Roman Law* (cur. D. COHEN, D. SIMON), II, Frankfurt a.M., 1991, p. 1312, G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, p. 95 nt. 41, W. ERNST, *Periculum est emptoris*, in «ZSS.», IC, 1982, p. 241, I. MOLNAR, *Object of locatio conductio*, in «BIDR.», LXXXV, 1982, p. 132, F.B.J. WUBBE, *Opus selon la definition de Labeon*, in «T.», I, 1982, p. 242, R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, p. 3 nt. 6 e p. 228, R. BACKHAUS, *Der 24. Deutsche Rechtshistorikertag in Zuerich*, in «ZSS.», C, 1983, p. 797, P. PINNA PARGAGLIA, 'Vitia ex ipsa re'. *Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983, p. 180 ss., O. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in «Index», XII, 1983-1984, p. 222, M. LAURIA, *De ara victoriae virginibusque vestalibus*, in «SDHI.», I, 1984, p. 250, S.D.

fermi. Io credo, nondimeno, che ancora non tutto sia stato detto in merito, in particolare per ciò che attiene al significato e al valore storico di quello che Gaio delinea come un contrasto tra giuristi e che viene nel testo così riferito:

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 dederò, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.

Il maestro antoniniano, ponendo l'accento sull'aspetto sostanziale anziché su quello processuale², prende dunque in esame due diverse ipotesi: la prima è quella di un contratto concluso con un *artifex* per la realizzazione, con oro di quest'ultimo, di anelli '*certi ponderis certaeque formae*', per la cui fabbricazione egli ha ricevuto un corrispettivo di duecento denari; la seconda riproduce i termini della prima con la sola variante che all'orefice l'oro sia stato fornito dal committente. Mentre il giurista riconduce tout court questo secondo caso alla *locatio conductio*, si sofferma maggiormente sul primo. Si domanda infatti se esso debba ricondursi allo schema negoziale della *emptio venditio* ovvero della *locatio conductio*, e riferisce anche l'opinione di Cassio secondo il quale saremmo in presenza di due negozi distinti: una *emptio venditio* per la *materia*, e una *locatio conductio* per il lavoro svolto. Ma, dato atto del contrasto interpretativo, Gaio ricorda anche come l'opinione che prevale (quella cioè sostenuta dai '*plerisque*') fu che si trattasse di compravendita.

Il contenuto del passo ha indotto alcuni studiosi – tra i quali da ultimo, in modo particolarmente penetrante, il Fiori³ – a proporre una più puntuale ricostruzione di quel contrasto tra giuristi così succintamente riferito da Gaio, chiedendosi quali potessero essere gli esponenti delle diverse correnti di pensiero (sull'identità dei quali, se non si tiene conto di Cassio, che è l'unico esplicitamente menzionato, il manoscritto Veronese tace), e riconducendo una simile divergenza di opinioni a una disputa insorta tra diverse scuole di giuristi⁴.

MARTIN, *A reconsideration of probatio operis*, in «ZSS.», CIII, 1986, p. 332, N. BENKE, *Zum Eigentumswerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, in «ZSS.», CIV, 1987, p. 157 nt. 2, T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in «BIDR.», XC, 1987, p. 50, J. GAUDEMET, *Tentatives de systemation du droit à Rome*, in «Index», XV, 1987, p. 87 ss., B. SCHMIDLIN, C.A. CANNATA, *Droit privé romain. Obligations, successions, procédure*, II, Genève, 1987, p. 144, R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1988, p. 168 s., M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione* (rec. a BENKE, *Zum Eigentumswerb des Unternehmers*, cit.) in «BIDR.», XCI, 1988, p. 915 ss., R. VIGNERON, *La 'locatio conductio' secondo i Romani*, rec. a P. PINNA PARPAGLIA, '*Vitia ex ipsa re*', cit., in «Labeo», XXXIV, 1988, p. 366, G. THIELMANN, *Traditio und Gefahrübergang*, in «ZSS.», CVI, 1989, p. 303, M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e stipulatio' fino a Labeone*, in «Contractus' e 'Pactum', tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, Atti Copanello 1988», Napoli, 1990, p. 76 ss., e '*Vendita (diritto romano)*', in «ED.», XLVI, Milano, 1993, p. 315 ss., A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio operis 'irregularis'*, in «Seminarios Complutenses del derecho romano», VII, Madrid, 1995, p. 200 ss., A. CORBINO, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti. Una controversia tra prudentes della prima età imperiale*, in «Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche F. Gallo», I, Napoli, 1997, p. 139 ss., V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, p. 104 nt. 165, E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in «SDHI.», LXIII, 1997, p. 51, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 81 nt. 26, L. PELLECCHI, *Esegesi e traduzione di Vat. frag. 262*, in «Iura», XLIX, 1998, p. 114 nt. 35, e R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, in particolare p. 206 ss.

²) Gaio infatti non si domanda qui se si abbia *actio empti* o *actio locati*, ma fa preciso riferimento al contratto e agli elementi atti ad integrarlo.

³) FIORI, *loc. cit.*

⁴) La quasi totalità degli studiosi – se si escludono A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, in particolare p. 106 nt. 121, e T. GIARO, *Von der Genealogie der Begriffe zur Genealogie der Juristen. De Sabinianis et Proculianis fabulae*, in «RJ.», XI, 1992, p. 508 ss., che parla addirittura di *fabulae* – è propensa a riconoscere l'importanza del contrasto tra le due scuole del Principato, i Sabiniani e i Proculiani, sebbene diverse siano le motivazioni e le spiegazioni avanzate in proposito. Una portata cronologicamente ancora più ampia di quella che al fenomeno delle scuole è attribuita nell'*enchiridion*, è stata ipotizzata – con una conget-

Taluni studiosi hanno infatti pensato – forse per come Gaio impostava il problema, chiedendosi se un simile caso fosse da ricondurre alla *emptio venditio* o alla *locatio conductio* – a una disputa tra giuristi favorevoli ad una soluzione e altri inclini a quella opposta. In particolare, nei ‘*plerique*’, sostenitori della tesi maggioritaria, per i quali si sarebbe trattato di compravendita, sarebbero identificabili taluni esponenti della scuola Sabiniana. Dato incontestato è poi l’esistenza di una opinione di

tura suggestiva, ma priva di conforti testuali ed effettivamente poco seguita – da C. ARNÒ, *Le due grandi correnti della giurisprudenza romana*, in «PUMO», XVI, 1926, p. 1 ss., e Cassio e la nuova legislazione augustea e postaugustea, in «Mélanges G. Cornib», Gand-Paris, 1929, p. 99 ss.: l’autore non solo crede che «la scuola sabiniana altro non sia che la continuazione della scuola serviana e che la scuola proculiana sia la continuazione della scuola muciana», ma ritiene anche che la scuola che era stata di Mucio e poi di Proculo fino a Celso figlio, proseguisse ancora in Marcello e Ulpiano, mentre quella che era stata di Servio e poi di Sabino e Cassio, trovò continuità non solo fino a Giuliano, ma anche in Gaio, Africano, Venuleio per giungere a Paolo. Riscontra una contrapposizione netta tra gli esponenti delle due *scholae* e identifica criteri di distinzione ben precisi P. STEIN (*The two schools of jurists in the early Roman Principate*, in «Cambridge Law Journal», XXXI, 1972, p. 8 ss., *Le scuole*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini», Torino, 1996, p. 1 ss., e *I giuristi e le scuole*, in «Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti Copanello, 1998», Napoli, 2003, p. 299 ss.), il quale individua lo spartiacque nella metodologia seguita dai giuristi delle due *sectae*, e i cui risultati vengono ripresi e condivisi anche da M.G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in «Studi A. Biscardi», V, 1984, p. 367 ss. Tra coloro che credono che la fondazione delle scuole dovesse essere legata all’idea che esse fossero istituzioni d’insegnamento organizzato in modo scolastico, cfr. J. KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Prinzipats*, in «ANRW», II, XV, 1976, p. 190 ss. Si veda inoltre FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, cit., p. 231 ss., che mette a fuoco precisi criteri e propone uno schema in cui collocare le diverse soluzioni, secondo lui legate da un filo conduttore. Lo studioso ritiene infatti che i Proculiani avrebbero seguito il modello del *ius civile dei veteres*, motivo per cui nel costruire nuovi istituti avrebbero utilizzato l’analogia, mentre i Sabiniani avrebbero rielaborato il diritto in modo più autonomo rispetto ai modelli tradizionali. Favorevole ad una distinzione fondata sul metodo, anche se più cauto, si mostra D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in «ANRW», II, XV, 1976, p. 190 ss. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*³, Roma-Bari, 1992, p. 264 ss., a sua volta, ipotizza, pur rifuggendo da rigidi schematismi, che gli esponenti delle due scuole seguissero indirizzi didattici diversi, e che i Proculiani avessero una maggior coscienza metodologica e fossero più inclini alla argomentazione razionale di quanto non fossero gli esponenti dell’altra *schola*.

Molti studiosi – a mio parere, non a torto – hanno invece ritenuto di dover ridimensionare l’importanza di detti contrasti. Tra gli altri, G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, in particolare p. 130, ritiene addirittura che «de controversie sono meramente accidentali rispetto al fatto delle scuole, e non dipendono immediatamente da esse. E poi, ammesso pure che alle due ‘*sectae*’ strettamente si collegassero, non provano certo ... alcuna differenza di merito e di sistema nella interpretazione del diritto e nella sua applicazione». Sempre secondo l’autore «de controversie stanno alle scuole in un rapporto che direi accidentale. In altri termini senza le scuole esse si sarebbero avute perfettamente lo stesso». Egli infatti ritiene che, mentre di opposizione interna alle scuole possa parlarsi dal momento che i singoli *praeceptores* davano all’insegnamento un impulso personale, per quanto riguarda l’opposizione esterna essa vada accolta con riserva, tenuto anche conto del fatto che le controversie tra Sabiniani e Proculiani non erano disquisizioni teoriche, ma responsi dati su casi pratici e riferiti poi come regole astratte. Secondo l’opinione di F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 216 ss., non è possibile rinvenire tra le due scuole, che erano innanzitutto istituti formativi, una fondamentale differenza di principio scientifico cui poter riferire le numerose divergenze su punti di dettaglio, «dal momento che non vi sono differenze né di punto di vista né di metodo, che esistevano nel periodo classico tanto poco quanto nel repubblicano». Più di recente si veda SCARANO USSANI, *L’ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, cit., *passim*, per il quale la dicotomia settaria fu il risultato della trasformazione del sapere in *ars*, con la creazione di un insieme coerente di dogmi, senza che però la contrapposizione tra *sectae* fatta da Pomponio (Pomp. *ls. ench.*) D. 1.2.2.47-53 potesse trovare estensione oltre i primi decenni del I secolo; e STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p. 1 ss., che riconosce l’esistenza di un nucleo di contrasti e principi contrapposti, probabilmente da ricondurre in alcuni casi a differenze metodologiche, ma ritiene altresì che il modello delle scuole fosse, prima di tutto, frutto di una scelta interpretativa da parte del Pomponio dell’*enchiridion* e del Gaio delle *institutiones* per offrire ai discenti quel tipo di *dissensiones prudentium* come esaustive dell’intero *ius controversum* dell’età del Principato: schema che, nelle altre opere, verrà seguito con frequenza assai minore, o del tutto abbandonato.

Da ultimo C.A. CANNATA, (*Lo splendido autunno delle due scuole*, in «Pacte, convention, contrat. Mélanges B. Schmidlin», Bâle - Francfort s.M. - Genève, 1998, p. 433 ss., e *Qualche considerazione sull’ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in «Cunabula iuris. Studi G. Brogginì», Milano, 2002, p. 53 ss.) pensa, muovendo dalle *dissensiones*, che vi sia stata una contrapposizione anche alquanto marcata tra le scuole, che però andò rerefacendosi, tanto che già presso i giuristi adrianei le *sectae* non erano più una presenza attuale e le *dissensiones* erano solo «opinioni di giuristi contrapposte a quelle di altri giuristi, dove ciascuno rappresenta solo se stesso, confrontandosi con altri giuristi, che pure vengono in considerazione come individualità».

Cassio, che in questa prospettiva apparirebbe come fautore di una teoria «conciliativa», accostata da qualche studioso alla cosiddetta ‘*media sententia*’ riferita dallo stesso Gaio in tema di *specificatio*⁵. Alcuni interpreti, infine, hanno a loro volta cercato di identificare i sostenitori della tesi orientata a inquadrare la fattispecie all’interno della *locatio conductio*, ch  se di Cassio soltanto si fosse trattato e non fossero esistiti sostenitori della *locatio conductio*, non si vede come il giurista dell’et  degli Antonini potesse proporre la questione nei termini di un’alternativa tra compravendita e locazione⁶. Ma,

⁵) E’ possibile riscontrare un dissenso tra giuristi concernente la *specificatio* in Gai., inst. 2.79, ove il giurista riporta l’opinione dei ‘*quidam*’ cui contrappone quella degli ‘*alii*’: ‘*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*’. Ma solo in (Gai. 2 rer. cott.) D. 41.1.7.7, oltre a trovarsi i nomi di Nerva e Proculo contrapposti a quelli di Sabino e Cassio, compare la locuzione ‘*media sententia*’, poi riscontrabile anche in *Iust. inst.* 2.1.25. Come   noto il caso   quello della lavorazione di materiale altrui, fino a creare una cosa nuova. Secondo i Sabiniani, la nuova *species* sarebbe stata del proprietario della materia, mentre per i Proculiani, essa sarebbe caduta in propriet  dello specificatore. Tra le due tesi trov  notoriamente spazio l’opinione di Paolo, secondo il quale se fosse stato possibile ricondurre la cosa nuova allo stato originario allora sarebbe prevalsa la materia e la *res* sarebbe stata del proprietario originario, viceversa lo specificatore l’avrebbe acquistata a titolo originario: insomma, una *media sententia*.

Molteplici sono stati, anche in questo caso, i tentativi fatti per spiegare la contrapposizione. Basti ricordare, a titolo meramente esemplificativo, che BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., p. 50 ss., in chiaro contrasto con S. PEROZZI, *Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D. 41.1.7.7. sia di Gaio*, in «RIL.», 2^a s., XXXIII, 1890, p. 500 ss., che riteneva anche interpolato (Gai. 2 rer. cott.) D. 41.1.7.7, individuava il motivo della divergenza nel fatto che i Proculiani davano maggior peso al nesso causale che univa il fabbricatore della cosa alla cosa stessa, laddove invece i Sabiniani erano orientati ad attribuire maggiore importanza al nesso che univa il proprietario della materia e la *res* con cui era fatta. Alquanto articolata la spiegazione fornita in proposito da P. STEIN, *The Development of the Notion of ‘Naturalis Ratio’*, in «Daube Noster. Essays D. Daube» (cur. A. WATSON), Edinburgh-London, 1974, p. 306 s., che da un lato ipotizza che per i Proculiani l’acquisto della propriet  da parte dello specificatore fosse *occupatio* di *res nullius*, dall’altro, oltre a individuare basi filosofiche diverse a fondamento delle due dottrine, individua una spiegazione ancora diversa; egli infatti ritiene che la tesi Proculiana avesse una giustificazione di natura processuale: infatti l’attore che avesse voluto rivendicare una cosa come propria avrebbe dovuto descriverla e pertanto il proprietario della materia, descrivendo la cosa che gli era appartenuta, non avrebbe fornito la descrizione di una cosa ancora esistente, e qualora avesse descritto la *nova res*, avrebbe descritto una cosa che non gli era mai appartenuta. Il FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, cit., p. 121 ss., crede che mentre i Proculiani applicavano alla specificazione i criteri seguiti dai *veteres* per l’acquisto della propriet  di una *res nullius*, i Sabiniani erano propensi a considerare estinta la vecchia cosa, ma non la materia relativa alla cosa specificata, la propriet  della quale sarebbe spettata al precedente proprietario, mentre lo specificatore non poteva acquistare la cosa nuova non sussistendo alcuna relazione col precedente proprietario. A sua volta la SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, cit., p. 381 ss., ritiene che i Sabiniani avrebbero conferito maggior rilievo al nesso causale proprietario, materia e nuova *res*, perch  pi  propensi a tutelare il diritto di propriet : laddove i Proculiani, attribuendo maggior rilievo alla attivit  produttiva davano maggior peso al binomio tra specificatore e cosa nuova. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, p. 326 s., ipotizza una contrapposizione dipesa da influenze filosofiche ritenendo i Proculiani pi  vicini allo stoicismo, e i Sabiniani pi  legati a concezioni aristoteliche, mentre BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, cit., p. 85 ss., prendendo le mosse dalla constatazione che la *naturalis ratio* possa essere il criterio regolativo di entrambe le scuole, ipotizza che la filosofia aristotelica fosse un sostegno per entrambi gli indirizzi. Diverse e di portata pi  analitica le conclusioni cui giunge A. CALONGE, *Breve exegesis in materia de especificaci n*, in «Studi G. Grosso», II, Torino, 1968, p. 195 ss., secondo il quale la differenza tra le due dottrine sarebbe ancor pi  marcata di quanto pu  sembrare a prima vista, dal momento che i Proculiani avrebbero ristretto il concetto di *nova species* a quelle trasformazioni della materia che non possono essere riportate allo stadio originario senza danno o perdita. Per gli appartenenti a questa corrente di pensiero – a differenza di quella che sarebbe stata la soluzione della dottrina sabiniana – le ipotesi di lavorazione dei metalli non sarebbero cos  state *nova species*, e quindi casi di specificazione. Pi  di recente si pu  rammentare come O. BEHREND, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in «ZSS.», CXII, 1995, p. 197 ss., ipotizzi una influenza filosofica di un certo peso sulla scuola proculiana, mentre di altro avviso   M.J. SCHERMEIER, *Materia, Beitr ge zur Frage der Naturphilosophie im Klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992, p. 198 ss.

Pi  in generale occorre dire che la maggior parte degli studiosi   orientata per una ricostruzione del dissenso come disputa tra Proculiani e Sabiniani, mentre pi  cauto appare, almeno in riferimento a Gai. inst. 2.79, STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p. 53 ss., in particolare nt. 247, secondo il quale il ‘*quidam*’ dovrebbe far pensare a una condivisione della prima tesi anche al di fuori della scuola Sabiniana, soprattutto laddove anche gli oppositori non sembrano doversi identificare completamente con i Proculiani.

⁶) Individuando nei giuristi di epoca tardo-repubblicana i sostenitori della *locatio conductio* MASCHI, *Locazione, vendita, contratto di lavoro*, cit., p. 27, e *Il diritto romano*, cit., p. 292, secondo il quale Gaio tenta una ricostruzione storica

mentre la quasi totalità degli studiosi è propensa a individuare i sostenitori della *locatio* tra i giuristi di epoca tardo-repubblicana, alcuni⁷ si sono spinti ben oltre, finendo per ricondurvi, in linea con una vera e propria corrente giurisprudenziale destinata a protrarsi nel tempo, anche esponenti della scuola proculiana. Ma una simile ricostruzione non può essere assunta come un punto fermo, già per il fatto di prendere le mosse da un profilo – quello della difformità di dottrine in funzione dell'appartenenza a scuole diverse – esso stesso controverso, e in relazione al quale non sembra possibile parlare di una regola generale che riproduca e spieghi il fronteggiarsi delle due *sectae*.

2. Sembra ormai un dato acquisito tra gli studiosi che si sono interrogati circa i giuristi da annoverare tra i 'plerique'⁸, che essi debbano essere identificati con alcuni esponenti della scuola Sabiniana⁹ fra i quali probabilmente era lo stesso Sabino. Il passo che per più versi ha consolidato questa opinione è (Pomp. 9 *ad Sab.*) D. 18.1.20¹⁰:

delle discussioni giurisprudenziali avutesi in età repubblicana riguardo al rapporto tra compravendita e locazione, anche al fine di elaborare una materia che ancora nel principato non aveva confini precisi; cfr. inoltre THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., p. 340 ss., e TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e stipulatio' fino a Labeone*, cit., p. 77, e 'Vendita', cit., p. 315 ss. – che riferisce l'opinione di KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 548 nt. 33 –, e CORBINO, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti*, cit., p. 140 ss., laddove ricostruisce l'opinione minoritaria come favorevole alla *locatio conductio operis* prendendo le mosse da (Alf. 5 *dig. a Paulo epit.*) D. 19.2.31, fino a giungere alla più recente dottrina di FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 183 ss., il quale ritiene che Gaio fornisca una testimonianza sia dell'esistenza di un dissenso interno alla scuola sabiniana, sia di una disputa esterna a quest'ultima, con una corrente giurisprudenziale che affonderebbe le proprie radici nella elaborazione di giuristi repubblicani.

⁷ In particolare occorre ricordare le posizioni di P. BONFANTE, *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica (I nota)*, in «Foro Italiano», XXVI.1, 1901, p. 901 ss., e *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica (II nota)*, «Rivista del diritto commerciale», XXIX.2, 1904, p. 499, il quale accosta, sia concettualmente sia dal punto di vista verbale, alla problematica di Gai. *inst.* 3.147 quella relativa alla specificazione di Gai. *inst.* 2.79, riconducendo entrambe alle famose controversie tra Proculiani e Sabiniani. Favorevole a individuare nei Sabiniani i sostenitori della teoria della vendita e nei Proculiani coloro che propendevano nella costruzione del rapporto come locazione anche LONGO, *Diritto romano. La locatio-conductio*, cit., p. 141 ss., il quale credeva fermamente che «de opinioni sostenute dai giureconsulti romani fossero tre: una tendenza riteneva si trattasse di compravendita di cosa futura; una seconda credeva che il rapporto conservasse tuttavia il carattere di *locatio operis*; una terza intermedia, rappresentata da Cassio, opinava che il rapporto avesse indole mista: fosse cioè vendita nei riguardi della materia, locazione nei riguardi del lavoro». L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, in «AUPA», XVI, 1931, p. 436, riteneva che la tesi della compravendita sostenuta dai Sabiniani fosse già prevalsa, al tempo di Gaio, su quella minoritaria della *locatio conductio*, sostenuta dai Proculiani. Anche KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 548 nt. 33, accenna alla possibilità che tra i sostenitori di questa tesi potessero esserci – forse – i Proculiani, e lo stesso TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 315 ss., e *Pubblicazioni pervenute alla Direzione (rec. a S.D. MARTIN, The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire, Bruxelles, 1989)*, in «BIDR.», XCIV-XCV, 1991-1992, p. 631, sembra dividerne l'opinione, salvo poi metterla in discussione e quasi discostarsene nella voce 'Vendita', cit., p. 316 nt. 120, prendendo spunto proprio da Gai., *inst.* 3.147, e in *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e stipulatio' fino a Labeone*, cit., p. 77, dove scrive: «ritenere su questa base che la *locatio operis* potesse essere la soluzione dei proculiani non è forse troppo affidante». Da ultimo si veda FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 183 ss. il quale, con sufficiente sicurezza, identifica nei Proculiani i rappresentanti della terza corrente.

⁸ Nelle Istituzioni gaiane il termine 'plerique' ricorre, oltre che nel passo oggetto di questa analisi, altre tredici volte, e precisamente in *inst.* 2.7, 2.117, 2.198, 2.208, 2.212, 2.276, 3.71, 3.75, 3.160, 3.184, 3.208, 4.29 e 4.153. La locuzione, per quanto collettiva e anonima, ha il pregio di segnalare, rispetto ad altre – quali ad esempio 'quidam' – che una tesi è seguita dalla maggioranza. In questo senso anche SOLAZZI, *Quidam*, cit., p. 289, il quale non esclude peraltro che tra i 'plerique' potessero annoverarsi anche dei non giuristi.

⁹ Di questa opinione, tra gli altri, SOLAZZI, *Due note alle Istituzioni di Gaio. II*, cit., p. 472, MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 74 s., AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 96 ss., THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., p. 343, MASCHI, *Il diritto romano*, cit., p. 290 ss., TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 315, METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, cit., p. 200 nt. 34, FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 208, DAUBE, *Étiam in D. 18.1.20*, cit., p. 1314, e ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., p. 228, il quale ritiene addirittura che il parere di Sabino ricordato da Pomponio in D. 18.1.20 sia richiamato anonimamente da Gai., *inst.* 3.147, «non esistendo argomenti decisivi per escludere che Pomponio e Gaio lo leggessero nel *ius civile* di Sabino».

¹⁰ Sul passo si soffermano LONGO, *Diritto romano. La locatio-conductio*, cit., p. 143, BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, cit., p. 552 ss., BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 37 ss., DEVILLA, 'Locazione', cit., p. 999 nt. 5, SOLAZZI, *Due note alle Istituzioni di Gaio. II*, cit., p. 472, MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 74,

Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

In questo passo Pomponio riporta il pensiero di Sabino¹¹ secondo il quale se uno vuole che gli sia fatto un qualcosa, come un vaso, o una statua o una veste (esempi indubbiamente simili a quello contenuto in Gai., inst. 3.147) e per il lavoro darà solo *pecunia*, si configurerà allora una ipotesi di compravendita, non di *locatio conductio*, dal momento che il ‘*corpus*’ non è fornito dal committente, a differenza dell’ipotesi in cui sia dato un terreno *ad insulam aedificandam*, considerato come in questo secondo caso la ‘*substantia*’¹² proviene dal committente.

Certo non può che apparire singolare, qualora si propenda per l’identificazione dei ‘*plerique*’ coi Sabiniani, che Gaio – che a sua volta si colloca all’interno della stessa scuola¹³ – non solo non abbia fatto cenno a un qualche giurista appartenente alla *secta*, ma abbia taciuto anche il nome dello scolarca eponimo. Tanto più il fatto sembra non convincere se si considera che, mentre nel passo in esame si parla di ‘*plerique*’, nella maggior parte dei casi lo stesso Gaio si riferisce ai maestri della scuola sabiniana chiamandoli ‘*nostri praeceptores*’¹⁴, laddove per i Proculiani parla invece di ‘*diversae scholae auctores*’. Non è chiaro, insomma, per quale motivo Gaio non indichi in alcun modo chi fos-

AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 96 ss, THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., p. 341 ss, F.M. DE ROBERTIS, rec. a K.H. BELOW, *Die Haftung für ‘lucrum cessans’ im römischen Recht*, München, 19___, in «SDHI.», XXXI, 1965, p. 410, MASCHI, *Il diritto romano*, cit., p. 290 nt. 279, J.P. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, in «ZSS.», LXXXVIII, 1971, p. 175 ss., A BISCARDI, *Prassi e teoria della ‘Misthosis’ nel diritto contrattuale attico*, in «SDHI.», XXXVII, 1971, p. 361, KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 548 nt. 33, THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, in «RIDA.», XVIII, 1971, p. 676 ss., DAUBE, *Etiam in D. 18.1.20*, cit., p. 1311 ss., ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., p. 3 nt. 6, M. BREONE, rec. a ASTOLFI, *op. cit.*, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 220, BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers*, cit., p. 157 nt. 2, TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione* (rec. a MARTIN, *The Roman Jurists*), cit., p. 631, METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, cit., p. 200 nt. 34, BREONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., p. 81 nt. 26, FIORI, *La definizione della ‘locatio conductio’*, cit., p. 190 ss., e I. PIRO, *Definizioni ‘perimetrali’ e ‘locatio conductio’*, rec. a FIORI, *op. cit.*, in «Index», XXIX, 2001, p. 421 ss.

¹¹ ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., p. 3, presume addirittura che Pomponio citasse per nome Sabino perché ne aveva letta la elaborazione nell’opera che stava commentando.

¹² Per il valore di ‘*corpus*’ e ‘*substantia*’ nelle fonti letterarie e giuridiche, nonché per i significati assunti dai due termini nei frammenti di Sabino, si veda, con la bibliografia richiamata, FIORI, *La definizione della ‘locatio conductio’*, cit., p. 193 ss. Secondo lo studioso il termine ‘*corpus*’ indica sia il materiale fornito dal committente sia la *res* finale; mentre la ‘*substantia*’ individua la cosa in sé e per sé, altre volte il suo substrato. Non condividerei pienamente, però, le conclusioni cui giunge questo studioso: non ritengo infatti possa farsi discendere dal passo in questione il principio generale secondo cui Sabino in presenza di un trasferimento del *dominium* escludeva senz’altro che potesse esserci locazione.

¹³ L’appartenenza di Gaio alla scuola sabiniana è testimoniata innanzitutto, e soprattutto, dal fatto che il giurista si riferisce ai Sabiniani utilizzando l’espressione ‘*nostri praeceptores*’, mentre indica i Proculiani come ‘*diversae scholae auctores*’. Per il ruolo di Gaio all’interno della scuola, si vedano per tutti A.M. HONORÉ, *Gaius. A Biography*, Oxford, 1962, p. 18 ss., con la recensione di G.G. ARCHI, in «SDHI.», XXIX, 1963, p. 424 ss., F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in «Atti del Simposio romanistico. Gaio nel suo tempo», Napoli, 1966, p. 8 ss., F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 216 ss., L. LANTELLA, *Le Istituzioni di Gaio come modello*, in «Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese. 4-5 maggio 1978 in onore del prof. S. Romano», Milano, 1981, p. 58 ss. nt. 18, O. STANOJEVIC, *Gaius noster. Plaidoyer pour Gaius*, Amsterdam, 1989, p. 100 ss., BREONE, *Storia del diritto romano*, cit., p. 261 ss., e STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., in particolare p. 2 nt. 2.

¹⁴ L’espressione ‘*nostri praeceptores*’ si rinviene svariate volte nelle Istituzioni gaiane: cfr. Gai., inst. 1.196, 2.15, 2.37, 2.79, 2.123, 2.200, 2.231, 2.244, 3.87, 3.98, 3.103, 3.141, 3.167a, 3.168, 3.178, 4.78 e 4.114, mentre in Gai., inst. 2.223 si incontra il termine ‘*nostri*’, e in Gai., inst. 1.196 e 2.195 il giurista parla di ‘*ceterique nostri praeceptores*’. Un’altra espressione utilizzata da Gaio è quella di ‘*(ceterique) nostrae scholae auctores*’, seppure il giurista fosse solito parlare di ‘*auctores*’ a proposito dei Proculiani. Il termine ‘*auctores*’ in riferimento ai Sabiniani ricorre – a differenza di quanto affermato da SCARANO USSANI, *L’ars dei giuristi*, cit., p. 79 nt. 80, e da STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p. 61 nt. 275 – non solo in Gai., inst. 4.79, ma anche in Gai., inst. 2.15, il che fa perdere al passo il valore di eccezione assoluta che gli era stato attribuito, ma non consente certo di discostarsi dalla considerazione che si tratti pur sempre di casi isolati.

sero i sostenitori della tesi maggioritaria.

Molti ritengono che la spiegazione sia da ricercare proprio nella opinione di Cassio, esponente anch'egli, e forse addirittura il più importante, della scuola Sabiniana – o, come Pomponio significativamente dice nell'*enchiridion*¹⁵, Cassiana¹⁶ –: è possibile che Gaio, per rendere omaggio ai propri *praeceptores*¹⁷, non volesse dar conto o confermare l'esistenza di un simile contrasto all'interno della scuola cui apparteneva¹⁸. L'opinione di Cassio, che vi fosse *emptio venditio* della *materia* e *locatio conductio operarum*, e che forse avrebbe consentito di soddisfare al meglio gli interessi dei due contraenti, ha suscitato molti problemi interpretativi, che hanno condotto alcuni studiosi a ipotizzare una mancanza di autenticità del manoscritto veronese: tesi che non appare oggi più condivisibile. I problemi sorgevano infatti per l'assenza di una qualsivoglia menzione di Cassio nel corrispondente passo del Digesto – (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 19.2.2.1 –, nonché per il contenuto di *Iust. inst.* 3.24.4¹⁹, in cui l'opinione del giurista è sì riportata, ma il riferimento è alla *locatio operis*, non a quella *operarum*²⁰.

E' necessario tener presente che D. 18.1.20 è in linea di massima l'unico passo di cui gli studiosi si sono avvalsi per individuare i '*plerique*' in questione²¹, dal che appare forse azzardato con-

¹⁵ (Pomp. *l. s. ench.*) D. 1.2.2.52.

¹⁶ Sul ruolo di Cassio all'interno della scuola sabiniana, e più in generale nella storia del pensiero giuridico del I secolo d. C., si vedano SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 215 ss., J.W. TELLEGEN, *Gaius Cassius and the Schola Cassiana in Pliny's Letter VII 24,8*, «in ZSS.», CV, 1988, p. 263 ss., D. NÖRR, *Zur biographie des Juristen C. Cassius Longinus*, in «Sodalitas. Scritti A. Guarino», VI, Napoli, 1984, p. 2957 ss., A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, p. 201 ss., E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p. 80, e *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 463 ss., nonché F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli, 1969, in particolare p. 19 ss., R.A. BAUMAN, *Lawyers and politics in the early roman empire. A study of relations between the Roman jurists and the emperors from Augustus to Hadrian*, München, 1989, p. 115 ss., e CANNATA, *Lo splendido autunno delle due scuole*, cit., p. 433 ss.

¹⁷ Nelle Istituzioni di Gaio il giurista Cassio, citato per nome dieci volte, compare due volte accanto a Sabino e a '*ceteri nostri praeceptores*' (Gai., *inst.* 1.196 e 2.195), sei col solo Sabino (2.79, 2.244, 3.133, 3.140, 3.161 e 4.114). Solo in altri due passi (Gai., *inst.* 3.71 e 3.147) l'opinione sostenuta da Cassio è contrapposta a quella dei '*plerique*', ma l'analisi del primo, come già notava SOLAZZI, *Due note alle Istituzioni di Gaio. II*, cit., p. 472 nt. 30, ci è di poco aiuto, dal momento che mancano altri testi da cui trarre il nome di un qualsiasi giurista appartenente alla «maggioranza».

¹⁸ Così, senza pretese di completezza, SOLAZZI, *Due note alle Istituzioni di Gaio. II*, cit., p. 472, AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 96 ss., METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio operis «irregularis»*, cit., p. 200 nt. 34, e FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 211 nt. 88.

¹⁹ (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 19.2.2.1: '*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 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 dederim mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit'*. *Iust. inst.* 3.24.4: '*Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit'*.

²⁰ La più recente dottrina è per la genuinità, almeno sulla prima parte del passo, del veronese. In questo senso AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 94. TALAMANCA, '*Vendita*', cit., p. 315, CORBINO, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti*, cit., p. 153 nt. 38, e, anche se con maggior cautela, METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, cit., p. 201 nt. 35, mentre *contra* si era in precedenza espresso, anche in modo alquanto rigido, SOLAZZI, in *Due note alle Istituzioni di Gaio, II*, cit., p. 471 ss., il quale affermava che Cassio non avrebbe mai potuto sostenere una simile tesi che avrebbe portato, in caso di inadempimento contrattuale, a instaurare due giudizi distinti, senza dimenticare che, anche ammessa la locazione, si sarebbe trattato di una *locatio operis*, e non *operarum* (secondo una confusione non attribuibile a Cassio). Egli ricostruiva addirittura il pensiero del giurista ritenendo che questi avesse proposto una soluzione del problema riconducendo la fattispecie alla sola *locatio conductio*. Anche MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 77, crede, con il Solazzi, che il passo sia stato alterato e che dovesse trattarsi di *locatio operis*, mentre MASCHI, *Locazione, vendita, contratto di lavoro*, cit., p. 25, e *Il diritto romano*, cit., p. 286, pensa si tratti di un semplice errore da attribuire al copista.

²¹ Si rammenta che alcuni studiosi si sono avvalsi di D. 18.1.65 (Iav. 11 *epist.*: '*Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres: utrum emptio sit an locatio? respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem conveni, emptionem puto esse, non conductionem: totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet'*) per identificare in Giavoleno uno dei seguaci della teoria sabiniana. Piuttosto cauto in proposito FIORI, *La definizione della 'loca-*

cludere che «la maggioranza» fosse composta esclusivamente da Sabiniani, dal momento che le fonti consentono di ricondurre con certezza solo Sabino all'interno dei sostenitori della tesi della compravendita. Ma allora c'è da domandarsi se Gaio non li abbia nominati proprio perché si trattava di una maggioranza multiforme, composta non da Sabiniani, o almeno – e più probabilmente – non solo da Sabiniani. Se infatti si identifica Sabino in uno di coloro che riconducevano al contratto di compravendita la commissione di anelli '*certi ponderis certaeque formae*' ad un *artifex* con materiale di quest'ultimo, non ci resta che ammettere che, sostenendo Cassio, per la medesima fattispecie, la presenza di una *emptio venditio* della *materia* e di una *locatio conductio* delle *operae*, i Sabiniani non fossero al loro interno sostenitori di una dottrina unanime²². A questo punto, sempre che si voglia ricondurre la presenza di diverse opinioni ad una controversia tra scuole, è possibile ipotizzare che la maggioranza fosse costituita dai Proculiani²³, o piuttosto si trattasse di un fronte più ampio, comprensivo anche di Proculiani.

3. Al contrario, come detto, alcuni²⁴ individuano proprio nei Proculiani i sostenitori di quella corrente che pur in presenza di materiali forniti dallo stesso artefice ravvisava un'ipotesi di *locatio conductio*. E questa ricostruzione prende le mosse proprio da Gai., *inst.* 3.147: se il maestro antoniniano faceva riferimento ad una incertezza in merito alla ricostruzione di un determinato contratto fornendo un'alternativa tra l'*emptio venditio* e la *locatio conductio*, e se a favore della prima è possibile ricondurre i Sabiniani, allora dovranno pur essere esistiti dei giuristi che propendevano per la soluzione opposta. Qualche studioso, come pure abbiamo accennato, ha segnalato addirittura una continuità rispetto al pensiero dei giuristi repubblicani²⁵. A fondamento di questa tesi vi sarebbe un passo di Paolo, (34 *ad ed.*) D. 19.2.22.2²⁶:

tio conductio', cit., p. 216 ss., mentre prima di lui CORBINO, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti*, cit., p. 149 s., aveva dubitato che il passo indicasse un'adesione di Giavoleno al pensiero dei '*plerique*'.

²² La posizione di Cassio ha spinto a cercare una spiegazione di questa divergenza di opinioni all'interno della scuola sabiniana. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 94 ss., dal prevalere della opinione dei '*plerique*' deduce che Cassio fosse ancora legato a un passato che gli altri tendevano invece a superare, e identifica questo passato col pensiero di Quinto Mucio e Alfeno, ipotizzando – in modo alquanto azzardato – che anch'essi avrebbero risolto al pari di Cassio la fattispecie della commissione di anelli con oro dell'orefice, ritenendo che per tutti e tre i giuristi la *res* avrebbe dovuto essere materialmente esistente al momento della conclusione del contratto. Sempre secondo tale autore Pomponio, in D. 18.1.20, con la frase '*nec posse ullam locationem esse*' metterebbe in luce il fatto che Sabino volesse proprio negare quanto sostenuto da Cassio. Mi sembra che simili ricostruzioni non poggino su basi sufficientemente salde, e qualche dubbio è lecito sollevare anche riguardo all'idea che, sulla base del contenuto di (Paul. 2 *ad ed.*) D. 50.16.5.1, Labeone possa essere collocato tra i '*plerique*'. Le perplessità non concernono tanto la ricostruzione in sé e per sé (a favore della quale si pronuncia anche THOMAS, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., p. 110, p. 117 ss.), ma la spiegazione fornita, e cioè che «se tra l'opinione di Cassio, che affermava la duplicità dei rapporti contrattuali, e quella dei '*plerique*', che ritenevano in quel caso realizzarsi una compravendita, vi fosse stata anche una diversa opinione facente capo a Labeone, secondo la quale non di compravendita si sarebbe trattato, ma di *opus locatum*, difficilmente Gaio avrebbe taciuto in proposito». Anche secondo l'opinione di DAUBE, *Etiam in D. 18.1.20*, cit., p. 1313 ss., Sabino con la frase '*emptionem videri, nec posse ullam locationem esse*' non avrebbe fatto riferimento, escludendoli, come affermato dal BESELER, *Romanistische Studien*, cit., p. 38 ai diversi generi di locazione, bensì avrebbe voluto contestare la dottrina di Cassio, ritenendo che la fattispecie fosse da ricondurre alla sola compravendita, senza che nessun aspetto di essa potesse essere ricondotto alla *locatio*, mentre in *Studies in roman Law of Sale*, cit., p. 777, il medesimo autore giunge ad ipotizzare che «Cassius, though a Sabinian, 'proculianizes' and treats the term separately, as *locatio conductio*».

²³ Pone la questione in questi termini, anche se solo in veste dubitativa, TALAMANCA, '*Vendita*', cit., p. 316 nt. 120.

²⁴ Si veda in proposito *supra*, nt. 7.

²⁵ I passi utilizzati in tal senso sono (Alf. 5 *dig. a Paulo epit.*) D. 19.2.31 e (Pomp. 9 *ad Q. Muc.*) D. 34.2.34.pr. Quanto ai sostenitori di questa tesi si veda *supra*, nt. 6. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, cit., p. 574, ritenne invece che dal passo di Paolo (34 *ad ed.*) D. 19.2.22.2 emergesse una opinione simile a quella di Cassio, essendo possibile individuare nella fattispecie in questione sia una locazione sia una vendita dei materiali (quest'ultima implicita).

²⁶ Esaminano di recente il passo LONGO, *Diritto romano. La locatio-conductio*, cit., p. 4, p. 147 ss., BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione*, cit., p. 573 ss., DEVILLA, '*Locazione*', cit., p. 999 nt. 5, SOLAZZI, *Due note alle Istituzioni di Gaio. II*, cit., p. 472 nt. 31 e p. 473 nt. 22, MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., in particolare p. 75, AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 98 nt. 68, G.I. LUZZATTO, *rec. a F.M. DE ROBERTIS, Lavoro e lavoratori nel mondo anti-*

Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

In questo frammento il giurista severiano riconduce ad una ipotesi di *locatio conductio* la fattispecie di un'*insula aedificanda* con materiali forniti dallo stesso artefice e poi trasferiti al committente. Il testo è stato contrapposto a D. 18.1.20, ma non riterrei che i passi siano nella sostanza così antitetici: in entrambi si parla infatti di un'area data *ad 'insulam aedificandam'*, e in entrambi la fattispecie viene inquadrata nel contratto di locazione. È stata da alcuni studiosi respinta l'idea che Paolo sottintendesse nel proprio ragionamento la fattispecie esplicitata invece da Sabino²⁷, ovvero che il fondo fosse di proprietà del locatore. Ma altrettanto azzardata a me sembra l'esclusione di una siffatta possibilità²⁸. Unico dato certo è che, mentre in D. 19.2.22.2 appare chiaro che i materiali saranno forniti dal conduttore che ne trasferirà anche la proprietà al committente, in D. 18.1.20 viene posto l'accento sulla provenienza della *substantia*²⁹ dal committente. In altre parole è stato possibile ritenere che Paolo, seguendo giuristi quali Quinto Mucio³⁰ o Alfeno³¹, si trovasse in compagnia di quanti ricon-

co, cit., in «Jura», XV, 1964, p. 285, AMIRANTE, *rec. a KAUFMANN, Die altromische Miete*, cit., p. 322 ss., KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 548 nt. 33 e p. 570 nt. 77 s., THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., p. 676 ss., LEWIS, *The trichotomy in locatio conductio*, cit., p. 171 nt. 17 e p. 173, MASI, 'Locazione', cit., p. 909, F.B.J. WUBBE, *Opus selon la definition de Labeon*, in «T.», L, 1982, p. 243 nt. 10, S.D. MARTIN, *Building contracts in classical roman law*, Ann Arbor, 1987, p. 23 ss., A. WACKE, *Wettberbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modern Recht*, in «ZSS.», IC, 1982, p. 191 nt. 9, PINNA PARGAGLIA, 'Vitia ex ipsa re', cit., p. 104 ss., MAYER MALY, *rec. a PINNA PARGAGLIA, op. cit.*, in «Jura», XXXIV, 1983, p. 155, G. MACCORMACK, *rec. a MARTIN, op. cit.*, in «Jura», XXXVII, 1986, p. 135, VIGNERON, *La 'locatio conductio'*, cit., p. 371, J. RESZCZYNSKI, *Impendere, impensa, impendium. (Sulla terminologia delle spese in diritto romano)*, in «SDHI.», LV, 1989, p. 221 nt. 143, TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione (rec. a MARTIN)*, cit., p. 635, G. IMPALLOMINI, 'Locazione nel diritto romano' in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», XI, Torino, 1994, p. 92, METRO, *Locazione e acquisto della proprietà*, cit., p. 191 nt. 3, FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., in particolare p. 206 ss., e PIRO, *Definizioni 'perimetrali' e 'locatio conductio'*, cit., p. 422.

²⁷ Così FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 221 ss., e prima di lui PINNA PARGAGLIA, 'Vitia ex ipsa re', cit., p. 105 nt. 318, e AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 98 nt. 68, il quale riteneva probabile che il riferimento alla provenienza dell'area fosse una creazione bizantina. *Contra* LONGO, *Diritto romano. La locatio-conductio*, cit., p. 147 s., BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, cit., p. 575, e MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 75.

²⁸ Soprattutto alla luce del corrispondente passo dei Basilici (20.1.22) che non lascia spazio a un simile dubbio, col suo esplicito riferimento al fatto che l'area data *insulam aedificandam* è appunto di proprietà del locatore: Παυλ. Εἰ δὲ γένηται τὸ πρῶγμα ἄπρατον μὴ διδομένου τοῦ τιμήματος, ἢ κατὰ τοῦ μισθωτοῦ ἀγωγῆ ἀρμόξει. Ὅσακις ἐπὶ τῷ γενέσθαι τι δέδοται, μίσθωσις ἐστίν. Εἰ δὲ καὶ παρόσχω ἔδαφος ἐπὶ τῷ οἴκῳ γενέσθαι δαπανήμασι τοῦ τεχνίτου, μετέρξεται εἰς ἐμὲ ἢ τῶα γενομένων δεσποτεία, καὶ ὅμως μίσθωσις ἐστίν· μισθοὶ γὰρ τὰς ὑπηρεσίας αὐτοῦ. Φυσικῶς καὶ ἐν τῇ πράξει καὶ ἀγορασίᾳ, καὶ τῇ μισθώσει καὶ ἐκμισθώσει περιγράφωμεν ἀλλήλους ἐν τῷ ποσῷ.

²⁹ Qualche accenno a '*substantia*' già *supra*, § 2.

³⁰ Il passo che rilevarebbe in tal senso sarebbe (Pomp. 9 ad Q. Muc.) D. 34.2.34.pr., ove leggiamo: 'Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. POMPONIUS: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nibilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquid corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transit ad uxorem'. Concentrandoci, almeno per il momento, sulla opinione di Quinto Mucio, osserviamo come per il giurista repubblicano se un *pater familias* ha istituito un legato di *omne aurum suum* a favore della moglie, a questa non è dovuto l'oro che il marito avesse in precedenza dato ad un orefice perché lo lavorasse, o altro a lui dovuto. A parte i problemi di interpretazione sollevati dalla frase centrale '*id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset*', possiamo ritenere che, secondo l'antico giurista, l'oro non fosse dovuto alla moglie perché non di proprietà del *pater*, essendo stato da questi trasferito ad un orefice all'interno di un rapporto di locazione.

Il passo ha attirato l'attenzione, fra gli altri, di S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio «ad Quintum Mucium»*, rist. in «Labeo», VII, 1961, p. 377 ss., BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, cit., p. 568 ss.; L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, p. 109; AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 65 ss., M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Milano, 1967, F. BONA, *Società universale e società questuaria generale in diritto roma-*

ducevano la commissione di anelli con oro dell'artefice ad una ipotesi di *locatio conductio*, ammettendo che potesse esserci un trasferimento del *dominium* all'interno del contratto di locazione.

no, rec. a BIANCHINI, *op. cit.*, in «SDHL», XXXIII, 1967, p. 376 nt. 21, BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers*, cit., p. 158 ss., TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e stipulatio' fino a Labeone*, cit., p. 77, e *Pubblicazioni pervenute alla Direzione* (rec. a BENKE), cit., p. 915 ss., FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 50 ss., e PIRO, *Definizioni 'perimetrali' e 'locatio conductio'*, cit., p. 417 ss.

³¹⁾ Così (Alf. 5 dig. a Paul. epit.) D. 19.2.31: *'In navem Sausfeii cum complures frumentum confunderant, Sausfeius uni ex his frumentum reddiderat de communis et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Sausfeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductore culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraberetur, culpam debere) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret quam ceterorum'.* Il passo, pur riguardando l'actio oneris aversi, contiene, anche se solo a titolo esemplificativo, un riferimento alla divisione delle *res locatae* in *duo genera*. Il giurista parla di *'duo genera rerum locatarum'*, a seconda che debba restituirsi l'*'idem'*', come nel caso del *fullo*, o l'*'idem genus'*, nell'ipotesi che più ci interessa dell'argento dato per la creazione di un vaso o dell'oro per quella di anelli. Sul passo si vedano, per tutti, C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in «BIDR.», XVIII, 1907, p. 137 ss., BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, cit., p. 549 ss., DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, cit., p. 107 ss., MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., in particolare p. 34 ss., AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 66 ss., CERVENCA, *In tema di 'locatio conductio'*, cit., p. 8 ss., THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, cit., p. 347 ss., e *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., p. 117 ss., KAUFMANN, *Die altromische Miete*, cit., in particolare p. 241, AMIRANTE, *rec. a KAUFMANN, op. cit.*, p. 333 ss., F.M. DE ROBERTIS, *D. 19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in «SDHL», XXXI, 1965, p. 92 ss., RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, cit., p. 219, M. BRETONE, *La tecnica del responso serviano*, in «Labeo», XVI, 1970, ora (come *Il responso nella scuola di Servio*) in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, p. 93, THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., p. 673 ss., G. MACCORMACK, *Culpa*, in «SDHL», XXXVIII, 1972, p. 146 e 169, e *Custodia and culpa*, in «ZSS.», LXXXIX, 1972, p. 199 ss., H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita*. *Über die Geldverwahrung in Denken der römischen Juristen*, in «Commentationes Humanarum Litterarum, Societas Scientiarum Fennica», Helsinki, XLIV.4, 1969, p. 1 ss., H.P. BENÖHR, *rec. a KLAMI, op. cit.*, in «ZSS.», LXXXIX, 1972, p. 438 ss., GROSSO, *rec. a KLAMI, op. cit.*, in «SDHL», XXXVIII, 1972, ora in «Scritti storico giuridici», IV, Torino, 2001, p. 793 ss., W. LITEWSKI, *Tra mutuo e deposito*, *rec. a KLAMI, op. cit.*, in «Index», III, 1972, p. 560; C.A. CANNATA, *'Credutum' e 'obligationes'*, *rec. a B. ALBANESE, Per la storia del 'credutum'* (in «AUPA.», XXXII, 1971, p. 5 ss.), in «Labeo», XX, 1974, p. 108 ss., W. LITEWSKI, *Le depot irregulier*, in «RIDA.», XXI, 1974, p. 216 ss., e *Le depot irregulier (II)*, in «RIDA.», XXII, 1975, p. 310 ss., A. D'ORS, *De nuevo sobre 'credutum'*. *(Réplica a la crítica de Albanese)*, in «SDHL», XLI, 1975, p. 212 ss., G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, p. 90, 157 ss.; LITEWSKI, *rec. a GANDOLFI, op. cit.*, in «BIDR.», LXXIX, 1976, p. 284; A. WACKE, *Die Zahlung mit fremdem Geld*, in «BIDR.», LXXIX, 1976, p. 97, S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in «Iura», XXX, 1979, p. 55 nt. 61, C.A. CANNATA, *rec. a F.M. DE ROBERTIS, La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari, 1983-82, in «Iura», XXXIII, 1982, p. 181, BRETONE, *rec. a ASTOLFI, I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., in «Iura», XXXIV, 1983, p. 223, R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in «ZSS.», C, 1983, p. 349 ss., BEHRENDTS, *Le due giurisprudenze romane*, cit., p. 225, S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984, p. 125 nt. 71, A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati*, *rec. a R. SOTTY, 'Conditio incerti', actio ex stipulatu', et 'actio praescriptis verbis'* (in «Sodalitas. Scritti A. Guarino», V, Napoli, 1984, p. 2477 ss.), in «BIDR.», LXXXVIII, 1985, p. 402 nt. 9, GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit*, cit., p. 76, BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers*, cit., p. 158 ss., A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in «ZSS.», CIV, 1987, p. 538, A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987, p. 178, E. DOVERE, *Vitalità degli studi romanistici: Copanello IV*, in «Labeo», XXXIV, 1988, p. 388, TALAMANCA, *rec. a SCHIAVONE, op. ult. cit.*, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 901, F. MILAZZO, *rec. a 'Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo repubblicana. Presentazione della nuova Littera Florentina (Copanello 1-4 giugno 1988)'*, in «Iura», XXXIX, 1988, p. 278, O. BEHRENDTS, *Antropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, in «RIDA.», LXVIII, 1990, p. 356, TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e stipulatio'*, cit., p. 75 ss., e *Pubblicazioni pervenute alla Direzione* (rec. a BENKE), cit., p. 915 ss., I. MOLNAR, *System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik*, in «BIDR.», XCII-XCIII, 1989-1990, p. 593, P. VOGLI, *'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali*, in «SDHL», LVI, 1990, p. 140, F. HORAK, *La giurisprudenza repubblicana*, *rec. a SCHIAVONE, op. ult. cit.*, in «Labeo», XXXVII, 1991, p. 110, D.

Diversi punti di questa ricostruzione non convincono completamente: in primo luogo non credo sia errato ritenere che il fondo sul quale sarebbe sorta l'*insula* cui si riferisce Paolo fosse di proprietà del locatore. Ragioniamo però *e contrario* e assumiamo come dato di fatto che il fondo fosse del conduttore il quale, dopo avervi costruito una *insula* con materiali propri, avrebbe trasferito la proprietà di tutta l'opera al committente: si sarebbe allora trattato di una compravendita avente ad oggetto una *res futura*³². Ma innanzitutto Paolo non fa alcun riferimento a quest'ultima soluzione, dicendo anzi '*cum insulam aedificandam loco*', e parlando di '*conductor ut sua impensa omnia faciat*': se il conduttore-costruttore fosse stato proprietario, oltre che dei materiali, anche del fondo, il giurista, con ogni probabilità, lo avrebbe detto chiaramente, non potendosi ritenere che le spese per la costruzione di un'*insula* fossero comprensive anche del fondo sul quale sarebbe sorta. E inoltre non priva di significato si rivela in proposito la frase '*proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est*': nella fattispecie dell'*insula aedificanda*, così come la presenza del termine '*loco*'.

Paolo ritiene dunque necessario puntualizzare che nonostante il conduttore trasferisca la proprietà dei materiali al locatore, pur tuttavia il caso in questione è da ricondurre al contratto di locazione, quasi che il trasferimento di proprietà fosse semplicemente strumentale all'attuazione di quanto convenuto. Tanto più che, riguardo all'oggetto del trasferimento di proprietà, lo stesso giurista utilizza il termine '*eorum*', dimostrando di considerare quale oggetto del passaggio di proprietà i materiali di costruzione forniti dal conduttore, e non l'opera nel suo insieme. Riconosciuta nel '*tamen*' una sorta di chiave di lettura di tutto il passo, sembra persino possibile ipotizzare che Paolo avesse ben presente l'opinione di Cassio sulla possibilità di individuare in una simile ipotesi una compravendita della materia e una locazione delle opere³³. La stessa frase di chiusura – '*locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem*' – per quanto la maggior parte degli studiosi (soprattutto in anni meno recenti) la ritenga interpolata³⁴, serve al giurista per fugare ogni dubbio sul tipo di contratto, ponendo in luce quello che a lui sembra essere l'elemento preponderante per la qualificazione del negozio.

E' possibile peraltro trovare un'altra giustificazione a questa previsione del passaggio di proprietà, dal momento che la proprietà dei materiali avrebbe potuto comunque passare al locatore-proprietario del fondo in virtù del principio '*superficies solo cedit*'. Ma si sa che, come il trasferimento della proprietà dei materiali nell'accessione non è definitivo, così la *inaedificatio*³⁵ non avrebbe estin-

SCHANBACHER, *Zur Bedeutung der Leistungszeitbestimmung*, in «T.», LX, 1992, p. 6, FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 65 ss., e PIRO, *Definizioni 'perimetrali' e 'locatio conductio'*, cit., p. 418 ss.

³² (Pomp. 9 *ad Sab.*) D. 18.1.8 pr. comincia infatti così: '*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*'. Sul tema, tra gli altri, si vedano M. BARTOSEK, *La «spes» en droit romain*, in «RIDA.», II, 1949, p. 50 ss., ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, cit., p. 117 ss., F. SENN, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, in «RH.», XXXIV, 1956, p. 163 ss., A. CALONGE MATELLANES, *La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma a la doctrina europea actual*, Salamanca, 1963, V. KURZ, '*Emptio rei speratae pura' oder 'sub condicione'*?', in «Labeo», XX, 1974, p. 194 ss., FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, cit., p. 99 ss., e SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, cit., p. 381 ss.

³³ Del resto non sono infrequenti citazioni di Cassio in Paolo, soprattutto per quanto riguarda il commento *ad edictum* (da cui è appunto tratto D. 19.2.22.2), in cui assommano a ventidue: (13 *ad ed.*) D. 4.8.19.2, (20 *ad ed.*) D. 5.3.40.pr., (12 *ad ed.*) D. 6.1.23.5, (21 *ad ed.*) D. 8.6.2, (18 *ad ed.*) D. 12.2.6.1, (12 *ad ed.*) D. 12.2.28.1, (29 *ad ed.*) D. 13.7.18.3, (32 *ad ed.*) D. 17.2.65.3, (33 *ad ed.*) D. 18.1.1.1, (41 *ad ed.*) D. 37.6.2.5, (48 *ad ed.*) D. 39.2.10, (49 *ad ed.*) D. 39.3.2.3, (49 *ad ed.*) D. 39.3.11.1, (54 *ad ed.*) D. 41.2.1.5, (54 *ad ed.*) D. 41.2.1.14, (54 *ad ed.*) D. 41.2.3.18, (54 *ad ed.*) D. 41.3.4.16, (54 *ad ed.*) D. 41.3.4.17, (54 *ad ed.*) D. 41.3.4.21, (54 *ad ed.*) D. 41.3.4.25, (54 *ad ed.*) D. 41.6.1.2, (1 *ad ed.*) D. 44.7.35.pr. Mentre sono tredici nell'*ad Plantium*: (17 *ad Plant.*) D. 5.1.24.2, (17 *ad Plant.*) D. 5.1.26, (17 *ad Plant.*) D. 5.1.28.5, (7 *ad Plant.*) D. 9.4.31.pr., (17 *ad Plant.*) D. 12.1.31.1, (5 *ad Plant.*) D. 18.1.57.pr., (17 *ad Plant.*) D. 19.1.24.1, (6 *ad Plant.*) D. 22.1.38.7, (9 *ad Plant.*) D. 34.2.8, (9 *ad Plant.*) D. 34.3.18, (8 *ad Plant.*) D. 35.1.43.pr., (12 *ad Plant.*) D. 35.2.49.pr. e (8 *ad Plant.*) D. 45.2.17. Paolo cita direttamente Cassio anche in altre opere, anche se tali richiami sono in numero più ridotto: si vedano (Paul. 6 *ad Sab.*) D. 10.2.44.7, (Paul. 7 *ad Sab.*) D.25.2.1, (Paul. 1 *ad Sab.*) D. 30.5.1, (Paul. 4 *ad Sab.*) D. 33.9.5.pr., (Paul. 5 *ad Sab.*) D. 40.7.4.8, (Paul. 8 *ad Sab.*) Vat. 1, (Paul. 2 *ad Vitell.*) D. 33.7.18.10 e 11, (Paul. *l.s. ad leg. Falcid.*) D. 35.2.1.14 e (Paul. *l.s. ad l. Fuf. Can.*) D. 50.16.215.

³⁴ Per la non genuinità, tra gli altri, cfr. THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., p. 676.

³⁵ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1976, p. 191 ss., M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 418, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, p. 323 ss., e THOMAS,

to il diritto del proprietario dei materiali, che viceversa sarebbe entrato in uno stato di mera quiescenza, per poi eventualmente «risorgere» in caso di separazione degli stessi dalla cosa principale. Paolo voleva forse qui porre semplicemente l'accento sul fatto che quando *'faciendum aliquid datur'*³⁶, e *'locat artifex operam suam'*, allora si profila un contratto di locazione.

Non riesco pertanto a vedere quella netta contrapposizione che molti hanno colto tra le opinioni di Sabino e di Paolo: ché anzi, per quanto l'analisi resti circoscritta al caso dell'*insula aedificanda*, esse parrebbero ispirarsi a un comune filone di pensiero. Per entrambi i giuristi questa fattispecie è infatti da ricondurre al contratto di locazione. Ed è pure possibile utilizzare i passi per formulare la regola secondo cui ove non solo il lavoro ma anche i materiali provengano in tutto e per tutto dall'artefice si avrà contratto di compravendita, mentre nei casi in cui la *substantia* (i materiali, e soprattutto il suolo) sia fornita dal committente, non potrà trattarsi che di una *locatio conductio*.

Senonché, superato l'aspetto più strettamente esegetico, anche l'idea che l'opinione di Paolo avrebbe potuto essere la stessa di quella degli anonimi sostenitori della *locatio conductio* per il negozio in cui un artefice avesse forgiato anelli con oro proprio, e che questi ultimi fossero addirittura da identificarsi coi Proculiani, non convince. A prescindere dalla impossibilità di assimilare la fattispecie di D. 19.2.22.2 a quella della creazione di una statua, un vaso o una veste, e tanto meno a quella degli anelli contenuta in Gai., inst. 3.147, qualora anche si volesse credere che Paolo riconducesse la fabbricazione degli anelli con oro dell'orefice ad una locazione, ciò non significa comunque che egli condividesse la supposta tesi proculiana³⁷, né che gli esponenti di questa *schola* riconducessero alla *locatio conductio* la fattispecie oggetto della nostra analisi.

Al fine di ricostruire quale potesse essere la tesi sostenuta dai Proculiani può rivestire un certo interesse, proprio in virtù della sua specifica provenienza, un passo di Labeone (5 post. a Iav. epit.) D. 18.1.80.3³⁸, che sembra contenere un'affermazione di carattere generale: nella ipotesi in cui le parti abbiano convenuto l'esclusione del trasferimento della proprietà di una *res* non può aversi compravendita della stessa, ma il negozio dovrà identificarsi o in una *locatio* o in un *aliud genus contractus*. Una

Reflections on Building Contracts, cit., p. 676, il quale ritiene addirittura che in una simile ipotesi i materiali della costruzione divenissero inevitabilmente di proprietà del locatore per il principio *'superficies solo cedit'*, e che fosse dovuta a ciò la puntualizzazione di Paolo che si trattava ciononostante di un contratto di locazione.

³⁶ Questo il contenuto di (Paul. 34 ad ed.) D. 19.2.22.1: *'Quoties autem faciendum aliquid datur, locatio est'*.

³⁷ Né che in qualche modo possa essere ricondotto a questa scuola.

³⁸ Labeone (5 post. a Iav. epitom.) D. 18.1.80.3: *'Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus'*. Sul passo, si vedano ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 163, G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, p. 145 ss. (con le recensioni di: E. SEIDL, *Sulla interpretazione degli atti negoziali nel diritto romano*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 290, K. VISKY, in «BIDR.», LXXI, 1968, p. 258, PH. MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse, D. 12.4.16*, in «Iura», XX, 1969, p. 291, SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., p. 60 e 90 ss. (con le recensioni di G. GROSSO, in «BIDR.», LXXIV, 1971, ora in «Scritti storico giuridici», IV, cit., p. 760, F. FRATTO, in «Labeo», XVIII, 1972, p. 122, W. WALDSTEIN, in «SDHI.», XXXVIII, 1972, p. 396, F. HORAK, *Logiche dei giuristi romani*, in «Labeo», XIX, 1973, p. 211 ss., ed E. BUND, in «ZSS», XCIII, 1976, p. 407), B. ALBANESE, *'Agere' 'gerere' e 'contrahere' in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in «SDHI.», XXXVIII, 1972, p. 220, F. PETERS, *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer*, in «ZSS», XCVI, 1979, p. 176 ss., R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in «AUPA.», 1983, p. 70 ss., A. GUARINO, *Il contratto secondo Labeone*, rec. a SANTORO, *op. cit.*, in «Labeo», XXIX, 1983, p. 328, P. VOCI, rec. a SANTORO, *op. cit.*, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 125, A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in «Iura», XXXVI, 1985, p. 21 ss., e *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, rec. a SANTORO, *op. cit.*, in «SDHI.», LI, 1985, p. 463 ss., A. BURDESE, *Ancora in tema di contratti innominati*, rec. a G. MACCORMACK, *Contractual theory and the innominate contracts* (in «SDHI.», LI, 1985), in «SDHI.», LII, 1986, p. 448, L. D'AMATI, *I 'nova negotia' nella riflessione romana*, in «BIDR.», XC, 1987, p. 570 ss., M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in «Iura», XXXVIII, 1987, p. 42 ss., F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in «SDHI.», LV, 1989, p. 151 ss., A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in «Labeo», XXXVIII, 1992, p. 206, F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*. Corso di diritto romano, I, Torino, 1992, in particolare p. 174, M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in «Scritti E. Fazzalari», I, Milano, 1993, p. 215 ss., SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., p. 178, HORAK, *La giurisprudenza repubblicana*, rec. a SCHIAVONE, *op. ult. cit.*, p. 105 ss., F. GALLO, *Sulle tracce di indirizzi sabini e proculiani nella materia contrattuale*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini», cit., p. 22 ss.

precisazione occorre fare a riguardo: è ben vero che Labeone, verosimilmente chiamato a pronunciarsi su di un caso concreto³⁹, si limita a negare che, in presenza di una pattuizione negativa delle parti riguardo il passaggio di proprietà di una cosa, il contratto possa essere una compravendita. Tuttavia il riferimento del giurista augusteo al contratto di locazione, nonostante l'inserimento del passo nel titolo riservato alla compravendita, permette indirettamente di trarre alcune conclusioni anche per quanto riguarda la *locatio conductio*⁴⁰. Infatti Labeone afferma solamente – si ripete – che non può esserci compravendita se le parti si sono accordate affinché il *dominium* non passi dal venditore al compratore, e che una simile ipotesi possa invece integrare gli estremi di una locazione: il giurista sembra non escludere quindi la possibilità che all'interno di una locazione potesse aversi un trasferimento del *dominium*. Mi sembra pertanto che il contenuto del passo in questione non sia in contrasto con le opinioni di Sabino o di Paolo analizzate in precedenza.

E' forse da domandarsi perché proprio in una ipotesi come quella riferita in Gai., *inst.* 3.147 i Proculiani non abbiano proposto, come nella famosa disputa avente ad oggetto la permuta⁴¹, di utilizzare l'*agere praescriptis verbis*: soluzione, questa, che sarebbe stata congrua anche alla luce della definizione labeoniana di contratto e dell'utilizzo dell'*agere praescriptis verbis* suggerito da Labeone⁴². A

³⁹) Probabilmente l'ipotesi da cui Labeone prende le mosse è quella contenuta in D. 18.1.80.2, e che può essere intesa sia come vendita della *silva caedua* per un quinquennio sia, secondo l'opinione di GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, cit., p. 174 e 175, in particolare nt. 30, come locazione del fondo la cui utilizzazione consisteva nel taglio del legname.

⁴⁰) E' necessario rammentare, anche se di poco interesse ai fini di questa analisi, che la dottrina è ormai unanime nel ritenere che il concetto di '*opus locatum*' sia da far risalire a Labeone. In particolare si veda (Paul. 2 *ad ed.*) D. 50.16.5.1: '*Opere locato-conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον id est ex opere factio corpus aliquod perfectum*'. In proposito cfr. MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 17, AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, cit., p. 78, *rec.* a KAUFMANN, *Die altromische Miete*, cit., p. 330, e *In tema di 'opus locatum'*, in «Labeo», XIII, 1967, p. 56 ss., C.A. CANNATA, *rec.* ad A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, in «BIDR.», LXX, 1967, p. 285 nt. 24, F. WIEACKER, *rec.* a S.E. WUNNER, *Contractus, Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964, in «T.», XXXV, 1967, p. 131, A. CARCATERRA, *rec.* a B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, in «SDHL.», XXXVII, 1971, p. 450, BISCARDI, *Prassi e teoria della 'Misthosis' nel diritto contrattuale attico*, cit., p. 361, SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., p. 65 nt. 54 e p. 82, THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, cit., p. 674, ALBANESE, '*Agere 'gerere' e 'contrabere'*', cit., p. 237 nt. 64, S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in «Jur», XXX, 1979, p. 55, WUBBE, *Opus selon la définition de Labeon*, cit., p. 243 ss., PINNA PARPAGLIA, '*Vitia ex ipsa re*', cit., in particolare p. 147 ss., MAYER MALY, *rec.* a PINNA PARPAGLIA, *op. cit.*, p. 155, MACCORMACK, *rec.* a MARTIN, *Building contracts in classical roman law*, cit., p. 135, B.F. REINOSO, '*Definitio periculosa: Javoleno o Labeon?*', in «BIDR.», XC, 1987, p. 348, SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., in particolare p. 174, A. DI PORTO, *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone. I. Acque*, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 489, VIGNERON, *La 'locatio conductio' secondo i Romani*, cit., p. 372, A. BISCARDI, '*Quod Graeci 'apotelesma' vocant*', in «Labeo», XXXV, 1989, p. 164 ss., e *Contratto di lavoro e 'Misthosis' nella civiltà greca del diritto*, in «RIDA.», XXXVI, 1989, p. 97, C.A. CANNATA, *rec.* a SCHIAVONE, *Giuristi e nobili*, cit., in «T.», LVIII, 1990, p. 165, e J.M. RAINER, *rec.* a MARTIN, *The Roman Jurists*, cit., in «ZSS.», CVIII, 1991, p. 497.

⁴¹) Si vedano in proposito Gai., *inst.*, 3.141 e (Paul. 33 *ad ed.*) D. 18.1.1.1, su cui si vedano, tra gli altri, BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., p. 86 ss., E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrabere' in giuristi proculiani e sabiniani*, in «BIDR.», XXVIII, 1915, p. 24 ss., ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, cit., p. 4 ss., MASCHI, *Il diritto romano*, cit., p. 273 ss., SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 214 ss., SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., p. 103 ss., LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, cit., p. 260, FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, cit., p. 88 ss., SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, cit., p. 386 ss., BRETONE, *Storia del diritto romano*, cit., p. 266 ss., G. MELILLO, *Contrabere, pacisci, transigere. Contributo al studio del negozio bilaterale romano*², Napoli, 1994, p. 207 ss., GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1995, p. 61 ss., STEIN, *Le scuole*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini», cit., p. 6 ss., SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi*, cit., p. 61 ss., STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p. 57 ss., e SCARANO USSANI, *Omero 'testis'. Citazioni omeriche e 'dissentiones' tra le scuole giurisprudenziali romane*, in «Ostraka», IX, 2000, p. 373 ss. Particolarmente interessante alla luce dell'ipotesi avanzata nel testo è l'analisi che GALLO, *Sulle tracce di indirizzi sabiniani e proculiani*, cit., p. 35 ss. compie del pensiero di Proculo in tema di *permutatio*. L'autore infatti rileva come per il giurista proculiano la permuta – intesa però solo come permuta consensuale – era un contratto a sé, anche alla luce della definizione di contratto fornita da Labeone, e come tale tutelato con l'*agere praescriptis verbis*.

⁴²) Per quanto riguarda la possibilità che i Proculiani avessero ripreso e sviluppato l'impostazione che del contratto diede Labeone, si rammenta l'opinione di GALLO, *Sulle tracce di indirizzi sabiniani e proculiani*, cit., p. 20 ss., e

prescindere comunque da queste congetture, rimango dell'avviso che non vi sia motivo per affermare con certezza che i Proculiani avrebbero inquadrato nella locazione la commissione di anelli ad un orefice con oro di quest'ultimo.

E non ritengo che questa idea vada corretta neppure alla luce dei risultati cui conduce l'esame di un altro problema, ovvero di che cosa sarebbe avvenuto se l'orefice, anziché impiegare oro proprio, avesse utilizzato oro di un terzo. Questa ipotesi deve essere esaminata e valutata soprattutto alla luce di eventuali possibili legami con l'istituto della specificazione, e della soluzione che i rappresentanti delle *sectae* (almeno della seconda e terza generazione di scolarchi) fornivano agli interrogativi da questa scaturenti⁴³.

Analizziamo in primo luogo la tesi che possiamo ipotizzare fosse seguita dai Sabiniani: come sappiamo, per gli esponenti di questa *schola* l'orefice non sarebbe divenuto proprietario degli anelli, ma la proprietà della *nova res* sarebbe spettata al proprietario della materia. Occorre a questo punto chiedersi che cosa sarebbe avvenuto se il terzo, originariamente proprietario dell'oro, e quindi degli anelli, avesse convenuto il committente con una rivendica. Sarebbe stato forse quest'ultimo privo di qualsiasi tutela? Inquadrando la fattispecie oggetto della nostra analisi nel contratto di compravendita – come appunto sembra che fossero propensi a fare gli esponenti della scuola Sabiniana – il committente-compratore avrebbe potuto beneficiare della garanzia per evizione⁴⁴.

Meno problematica sarebbe stata certamente la posizione dei Proculiani: l'orefice, in qualità di specificatore, sarebbe divenuto proprietario degli anelli creati con oro di un terzo, e ciò avrebbe impedito che sorgessero per il committente l'esigenza di tutelarsi da una eventuale rivendica da parte di un terzo. In altri termini, alla luce delle teorie sabiniane in materia di specificazione gli esponenti di questa scuola «sarebbero stati costretti» a inquadrare l'ipotesi descritta da Gaio nel contratto di compravendita, laddove per i Proculiani una simile, stringente necessità non sarebbe ipotizzabile, ed essi avrebbero potuto usufruire del più ampio potere discrezionale nel ricondurre la fattispecie alla compravendita ovvero alla locazione. Tuttavia neppure questa ulteriore analisi fornisce elementi sufficientemente persuasivi atti a ricostruire con certezza quale fosse il pensiero proculiano, pur consentendo di individuare un altro elemento a sostegno di quella che è stata definita la tesi sabiniana.

4. E' opportuno ora far ritorno al testo oggetto della nostra analisi, per soffermarci ulteriormente sul significato dell'alternativa proposta dal giurista tra compravendita e locazione, secondo il significato che è stato dato alla frase *'item quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur'*, ma che certo non può intendersi quale unica possibile lettura. In altri termini, non è detto che esistessero davvero giuristi che sostenevano che il caso in esame fosse una locazione. E' possibile infatti che Gaio abbia formulato la domanda in questi termini solo per introdurre l'opinione di Cassio, favore-

Synallagma e conventio nel contratto, II, cit., p. 61 ss., 210 ss., secondo il quale la dottrina labeoniana trovò seguito presso i giuristi delle epoche successive, e in modo particolare nella scuola proculiana. A fondamento della propria tesi l'autore richiama anche (Ulp. 26 *ad ed.*) D. 12.4.3.3-4 e (Ner. 1 *resp.*) D. 19.5.6. Già prima di lui il problema era stato impostato in termini simili da A. PERNICE, *Parerga. III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in «ZSS.», IX, 1888, p. 254 ss., e poi soprattutto da BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere'*, cit., p. 27 ss. Tra coloro che più di recente hanno accolto e seguito la suddetta impostazione, cfr. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 207 ss. Ricordiamo poi come lo stesso SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., p. 37 ss., 103 ss., non neghi come Nerva e Proculo si muovano sulla falsariga dello schema labeoniano, pur contestando che vi fosse un vero e proprio schieramento di scuola, e con la precisazione che l'eredità labeoniana sarebbe stata recepita anche da figure esterne alle *sectae*, come Pedio ed Aristone.

⁴³ Intravedeva già un legame in tal senso THOMAS, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., p. 123 ss.

⁴⁴ Quanto esposto nel testo fornisce anche una parziale spiegazione dell'opinione di Cassio, in particolare perché il giurista abbia configurato una compravendita della *materia*. Per una analisi più esaustiva della posizione di Cassio si veda CORBINO, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti*, cit., p. 152 ss. il quale sostiene che «configurare nella vicenda due negozi voleva dire, in effetti, proporsi l'obiettivo di coprire meglio gli interessi di committente e orefice», soprattutto laddove «parlare di connessa *locatio operarum* significava assicurare all'*aurifex* che il rifiuto degli anelli e l'accettazione in cambio di materia grezza non sottraeva il committente all'obbligo di corrispondere l'intera somma pattuita, inclusiva delle *operae*».

vole al riconoscimento di un negozio formato dalla combinazione di due distinti contratti: una *emptio venditio* della *materia* e una *locatio conductio operarum*: soluzione del resto non molto distante da quella che potremmo configurare oggi, utilizzando le nozioni – estranee all'esperienza negoziale romana – della atipicità e del contratto misto⁴⁵.

Sta di fatto che Gaio, dopo aver fatto cenno all'opinione di Cassio, prontamente la smentisce: non si tratta della somma di due negozi distinti, ma di uno solo. I *'plerique'* potevano essere semplicemente favorevoli a riportare la fattispecie concreta ad un unico negozio, piuttosto che considerarla la somma di due negozi distinti, e che poi esso dovesse essere compravendita o locazione era un problema diverso, per certi versi ultroneo. A favore di questa lettura vi è un dato per nulla trascurabile, e cioè il contenuto del corrispondente passo del Digesto tratto da un'altra opera dello stesso Gaio, le *res cottidianae*⁴⁶: (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 19.2.2.1. In questo passo, a differenza di quanto è invece ravvisabile nel corrispondente testo delle Istituzioni di Giustiniano, non è riportata l'opinione di Cassio: con la frase *'sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse'* Gaio mostrerebbe però di averla ancora presente, e tuttavia di averla, in certo qual modo, esclusa. Il che forse trova una spiegazione ipotizzando un possibile taglio operato dai compilatori giustiniane, ancor più probabile per la presenza del riferimento all'*unum negotium*. Inoltre anche nelle Istituzioni di Giustiniano l'unicità del negozio è messa in luce dall'avverbio *'tantum'*. Né si deve dimenticare come in entrambi i passi il riferimento ai *'plerique'* sia venuto meno. Infatti i verbi utilizzati sono impersonali: *'placet'* nelle *res cottidianae*, e *'placuit'* nelle Istituzioni giustiniane, quasi ad attestare che la questione fosse ormai da ritenersi superata⁴⁷.

La fabbricazione di anelli da parte dell'orefice con oro suo proprio era quindi da ricondurre, per la maggioranza dei giuristi, ad un unico negozio, individuato nella compravendita, mentre qualora i materiali fossero stati forniti dal locatore, si sarebbe trattato di *locatio conductio*. Inoltre il problema dell'individuazione di un contratto di compravendita o di locazione trova una sua *ratio* proprio alla luce, nel loro complesso, dei passi relativi alla *locatio conductio* contenuti nelle Istituzioni di Gaio⁴⁸. Infatti in Gai. *inst.* 3.142-144⁴⁹ il giurista focalizza l'attenzione sulla mercede e sui problemi

⁴⁵ Quanto ai contratti innominati e ai contratti «misti» nell'esperienza giuridica attuale si vedano, tra gli altri, G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, G. DE NOVA, *Nuovi contratti*², Torino, 1994, A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in «Trattato di diritto privato (cur. G. IUDICA e P. ZATTI)» Milano, 1995, F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, in «ED.», IX, 1961, p. 788 ss, ID., *Contratto innominato (atipico)*, in «ED.», X, Milano, 1962, p. 95 ss., C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*², Milano, 2000, p. 477 ss., ed E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, p. 210 nt. 306, e la bibliografia citata in tali contributi.

⁴⁶ Sono stati generalmente abbandonati i dubbi circa la paternità gaiana delle *res cottidianae*. Sollevarono perplessità, tra gli altri V. ARANGIO-RUIZ, *D.* 44, 7, 25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione, in «Mélanges Cornil», I, cit., p. 92 ss., e *Ancora sulle «res cottidianae»*. *Studio di giurisprudenza postclassica*, in «Studi P. Bonfante», I, Pavia, 1930, ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, p. 495 ss. che riteneva fossero l'elaborazione da parte dei giuristi post-classici di una seconda edizione delle istituzioni del giurista antoniniano realizzata, forse, da Gaio stesso, nonché S. DI MARZO, *I «libri rerum cottidianarum sive aureorum»*, in «BIDR.», LI-LII, 1948, p. 1 ss., ed, analogamente, ancora C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza romana, I. La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*², Torino, 1976, p. 87 nt. 17, mentre tra gli studiosi favorevoli alla tesi della paternità gaiana ricordiamo PEROZZI, *Se la relazione sulle opinioni*, cit., p. 501, HONORÉ, *Gaius*, cit., p. 113 ss., D. LIEBS, *Gaius und Pomponius*, in «Gaio nel suo tempo», cit., p. 63 ss., SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, cit., p. 121 ss., O. STANOJEVIC, *Gaius et les romanistes*, in «Sodalitas. Scritti A. Guarino», V, Napoli, 1984, p. 2511, e *Gaius Noster*, cit., p. 84 ss, STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p. 68 nt. 310, con bibliografia, e BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., p. 89. Uno solo è il testo delle *Res cottidianae* in cui è riportato esplicitamente un contrasto tra scuole: (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 41.1.7.7, in tema di *specificatio*, per quanto alcuni autori, tra cui BRETONE, *loc. ult.* cit., non reputino gaiano l'accenno alla *media sententia*. La controversia di (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 17.1.4 è quasi implicita, e può essere accostata a quella di (Gai. 2 *rer. cott.*) D. 19.2.2.1.

⁴⁷ Così anche D. DAUBE, *Studies in the Roman Law of Sale*, Oxford, 1959, ora in *Collected Studies in Roman Law*, cit., p. 757, ed *Etiam in D.* 18.1.20, cit., p. 1312.

⁴⁸ THOMAS, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., p. 110, fa solo un accenno a una lettura di Gai., *inst.* 3.147 come esempio usato dal giurista, seppur in un contesto più vasto, e che riguarda anche altri passi, per individuare e spiegare le affinità esistenti tra il contratto di compravendita e quello di locazione.

connessi alla sua determinazione, lasciando per lo più gli interrogativi posti privi di risposta; mentre nei passi successivi (*inst.* 3.145-147)⁵⁰ espone il contenuto di tre fattispecie concrete, domandandosi se fossero da inquadrarsi rispettivamente nei contratti di compravendita o di locazione, questa volta senza lasciare aperte le problematiche proposte. In definitiva, Gaio non affronta la locazione fornendo una serie di regole atte a caratterizzare e disciplinare il contratto in sé e per sé, ma preferisce trattarne creando una sorta di contrapposizione con la compravendita, mettendo in risalto gli aspetti che valgono a differenziare maggiormente le due ipotesi negoziali.

Così ritengo che Gai., *inst.* 3.147 non testimoni necessariamente l'esistenza di una controversia tra scuole, anche se quasi certamente una disputa vi fu, o almeno un problema relativo all'inquadramento della fattispecie concreta. Ma anche qualora la si volesse considerare, come pure le ipotesi contenute in Gai., *inst.* 3.145 e 146, una vera e propria disputa tra giuristi appartenenti alle due scuole dei Sabiniani e dei Proculiani, anche alla luce di quanto esposto in queste pagine, essa non potrebbe che essere stata trasversale rispetto ad esse, così come trasversale dovette essere anche la soluzione di inquadrare la fattispecie in esame all'interno di un unico negozio, individuato dai più nel contratto di compravendita. In definitiva, Gaio a mio avviso mirava più che altro a precisare che la commissione di anelli all'orefice sarebbe stata o compravendita – se l'oro era fornito dall'orefice stesso – o locazione – se esso era fornito dal locatore – ma che si sarebbero comunque integrati, in un caso e nell'altro, gli estremi di un *unum negotium*.

⁴⁹⁾ Gai., *inst.* 3.142-144: 'Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi. Unde si alieno arbitrio merces permessa 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. Vel si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio et conductio contrahatur'.

⁵⁰⁾ Gai., *inst.* 3.145-146: '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. veluti si qua res in perpetuum locata sit; quod evenit in praediis municipum quae ea lege locantur, ut quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur. sed magis placuit locationem conductionemque esse. Item quaeritur si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub conditione facta cuiusque venditione aut locatione; iam enim non dubitatur quin sub conditione res venire aut locari possint'.