

L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana

1. Il testo – 2. Le incongruenze – 3. Una prima individuazione di *locatio conductio operis* – 4. La *locatio conductio operis* con materiali del conduttore: il dibattito giurisprudenziale – 5. Commissione di beni mobili – 6. Una fattispecie controversa: *locatio conductio operis* nell'alternativa dei Basilici – 7. Appalto di beni immobili – 8. Una *regula* scomoda – 9. L'interpretazione *vulgata* – 10. Un'ipotesi ricostruttiva – 11. Le ragioni dell'interpolazione

1. L'esegesi di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.) che mi propongo di affrontare potrebbe rilevarsi utile non solo a ricostruire l'opinione del giurista, ma anche ad inserirla nel vivace dibattito giurisprudenziale che in età imperiale verteva intorno alla distinzione tra *emptio venditio* e *locatio conductio*¹.

¹) Effetto, più che causa, di un simile dibattito sarebbe la stessa trattazione gaiana, imperniata su una costante comparazione tra *emptio venditio* e *locatio conductio*, sul presupposto della '*familiaritas aliqua*' che intercorreva tra queste due tipologie di obbligazioni consensuali» (S. LONGO, *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino, 2020, p. 2). Le ragioni di questa vicinanza tipologica sono in parte intuitive, dal momento che in entrambi gli istituti «la causa del contratto sta precisamente nello scambio delle due prestazioni, oggetto delle due obbligazioni, l'obbligazione di una parte trova la sua giustificazione obbiettiva in quella dell'altra parte» (G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, p. 144), mentre discriminante sarebbe, nella *locatio conductio*, «la temporaneità del trasferimento della *res* (in contrapposizione al passaggio definitivo che si attuava nella compravendita) e la correlativa obbligazione principale di restituire la medesima una volta trascorso il tempo previsto» (G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 567). La confusione risulterebbe tuttavia originaria, se è vero che «la *locatio conductio* è collegata nella sua genesi alla compravendita» (G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 567) e «quanto più indietro si va nel tempo, tanto più le poche tracce trasmesse dalla documentazione letteraria lasciano emergere una terminologia insicura e ondeggiante, che denuncia, verosimilmente, una perdurante incertezza sul confine esatto tra le due figure contrattuali»: lo stesso sviluppo della *locatio conductio* si sarebbe avuto «attraverso la profonda rielaborazione di una serie di casi concreti in stretta connessione con alcune figure di compravendita (vendita di frutti e di lavori da compiersi)» (V. MAROTTA, *Contratto, conventio e pactum*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico* [cur. A. SCHIAVONE], Torino, 2010, p. 405 s.); altri invece rimanda

D. 18.1.65 (Iavol. 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 convenit, 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.

Ci siamo accordati io e te perché tu mi dessi un certo numero di tegole a un certo prezzo per fare l'opera: si tratterebbe di *emptio* o *locatio*? La risposta: se ci si è accordati perché io ti dessi tegole già prodotte dalla mia proprietà, ritengo sia *emptio*, non *conductio*: infatti è *conductio* di qualcosa tutte le volte che la materia oggetto della prestazione rimane nel medesimo stato e proprietà: tutte le volte invece che cambia stato e proprietà deve intendersi *emptio* piuttosto che *locatio*.

2. Il passo in questione suscitò presto le perplessità degli interpreti, che sospettarono interpolazioni², senza però indagare se il pensiero dell'autore potesse essere stato scientemente alterato, ma limitandosi a ipotizzare possibili tagli del testo originario e l'aggiunta dell'ultima frase a mo' di glossa³, non solo per la contraddittorietà delle posizioni espresse in tema di trasformazione della *res locata*.

«all'istituto del *precarium*, collegato con la prestazione di *corvées*» (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 594). Estremamente sottile si rivela d'altronde il *discrimen* enunciato nel secondo libro delle *res cottidianae* (D. 19.2.2 pr): *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit*. «In entrambi questi scambi un termine è rappresentato dalla prestazione pecuniaria, cioè una somma di denaro che l'una parte deve dare all'altra. Questo primo membro dello scambio è lo stesso nei due contratti, ma riceve una denominazione diversa: e questa diversa denominazione non dipende affatto dalla sua natura (si tratta sempre di una somma di denaro), ma dal suo scopo; forse meglio: dalla sua funzione nell'economia del contratto» (C.A. CANNATA, *La nozione romana di locatio-conductio*, in *Scritti scelti di diritto romano*, 3, Torino, 2014, p. 378). In realtà nemmeno il carattere pecuniario della prestazione poteva dirsi pacifico: «anche nella locazione si era posto il problema se la *merces* dovesse consistere in una somma di denaro: come nella vendita, l'opinione affermativa risultò prevalente» (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 594); mentre la colonia parziaria può intendersi come locazione eccezionale e atipica (V. MAROTTA, *Contratto, conventio e pactum*, cit., p. 407), la permuta fu dagli stessi Sabiniani ricondotta a compravendita (V. MAROTTA, *Contratto, conventio e pactum*, cit., p. 400). Ma ad ogni modo l'esiguità della distinzione non bastava a definire fattispecie che mal sembravano già agli antichi adattarsi a maglie tutt'altro che rigide e strette, quali ad esempio quelle proposte da Gaio stesso in tre successivi paragrafi: le concessioni di *agri vectigales* (3.145), l'ingaggio dei gladiatori (3.146), la *conventio cum aurifice* (3.147); a quest'ultima problematica, come vedremo, è assimilabile il frammento di Giavoleno.

²) F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR*, 49, 1948, p. 99 ss.

³) R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 218.

Il commento infatti solo apparentemente rivestirebbe la funzione di *regula iuris* a cui conformare la soluzione proposta: innanzitutto l'affermazione, che la *conductio* comporti permanenza della *materia* nel medesimo *status*, difetta di applicabilità generale ed astratta, come invece vorrebbe, quale discriminante per tutti i casi dubbi di *emptio venditio* o *locatio conductio*, dal momento che la trasformazione della materia è invece essenziale nella *locatio conductio operis*; ma pure il passaggio di proprietà risulta *vexata quaestio* giurisprudenziale, se anche nella compravendita non è considerato concordemente *naturale negotii*⁴, e se viceversa alcuni lo ipotizzano, come vedremo, per alcune tipologie di *locatio conductio*.

Inoltre una simile regola risulterebbe inconferente pure nel caso sottoposto, perché, se davvero ci si limita ad una dazione di tegole, me le faccio dare o per rivenderle, ma in questo caso sarebbe pacifica la compravendita, o per impiegarle in una costruzione, trasformandone quindi lo *status*; se assumiamo allora il principio che la trasformazione comporta anch'essa compravendita, quella che doveva essere una regola distintiva, come spesso venivano fornite dai *responsa* ai casi dubbi, e ai cui stilemi⁵ sembra ispirarsi la formulazione della nostra, in ultima analisi non distingue proprio nulla, perché costringe a sussumere nella fattispecie di compravendita qualsiasi ipotesi di dazione di tegole. A meno che non si voglia ipotizzare un quesito su tegole semplicemente noleggiate, da restituire senza trasformazione, caso, a mia esperienza, di straordinaria se non impossibile prefigurazione; eppure se anche il testo, con ciò stesso denunciando a mio avviso il proprio rimaneggiamento, può sembrare tendere a questa ipotesi, la minima frequenza del caso, oltretutto pacifico nella sua qualificazione, renderebbe implicitamente minima l'utilità distintiva della regola.

Ad una prima analisi il testo risulta peraltro problematico a partire da alcune discutibili scelte stilistiche, come anche la traduzione letterale cerca di evidenziare. Innanzitutto non è chiaro di chi sia la risposta⁶: l'ipotesi di un taglio potrebbe

⁴) In realtà nemmeno alla compravendita poteva pacificamente ritenersi connaturato il passaggio di proprietà; ed infatti il passo è stato addotto come prova per argomentare che «tutte quelle volte in cui non potrà realizzarsi un'*alienatio*, il contratto non potrà considerarsi compravendita» (S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 45). La tesi dell'autore nel volume, a cui rimando, risulta comunque adeguatamente argomentata e condivisibile, anche senza il suffragio, a mio giudizio debole, di questo passo: l'*argumentum e contrario* mi sembra appunto scivoloso perché se Giavoleno afferma che l'*alienatio* presuppone una *emptio venditio*, ciò non prova di per sé che senza passaggio di proprietà non può esserci compravendita; oltretutto qui rileva l'alternativa con la *locatio conductio*, perché altrimenti altre ipotesi di *alienatio* si potrebbero dare, né va omessa la combinazione con la *mutatio*, che complica ulteriormente la chiarezza del passo.

⁵) Introduzione di due, distinte, ulteriormente specifiche ipotesi, separate significativamente da *vero*.

⁶) «I *responsa* – una volta pontificali, ora anche degli esperti aristocratici – costituivano l'ossatura prescrittiva delle relazioni fra i cittadini» (A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in*

quindi rivelarsi risolutiva a tal proposito, ipotizzando una più articolata trattazione comprensiva di citazione dell'autorità rispondente; sempre un taglio può giustificare all'inizio *quod ut faceres*, intendendo *quod* come nesso relativo⁷, anaforico di un lavoro precedentemente menzionato, altrimenti *crux* di difficile soluzione⁸. Problemi pone pure il testo della risposta⁹, che modifica significativamente la sintassi, e quindi la semantica, del quesito, innanzitutto con un brusco cambio deittico dei contraenti¹⁰, per cui chi fornisce le tegole non è più espresso alla prima (*da-rem*), bensì alla seconda persona (*dares*): se anche lo si attribuisse al passaggio dialogico domanda-risposta, meglio si comprenderebbe con *respondisti*, ma anche ad ammettere che l'interrogativo fosse rivolto ad un terzo, non si capisce comunque perché invertendosi nel dialogo le persone dei contraenti *emptio* rimanga sempre

Occidente, Torino, 2005, p. 104), nessuna meraviglia quindi che essi rappresentassero il contesto privilegiato di importanti pronunciamenti giuridici. Il fatto curioso è però che non ne sia menzionato l'autore, forse diverso dall'autore dell'opera in quanto soggetto di un verbo alla terza persona, *respondit*, laddove il pensiero di Giavoleno è solitamente introdotto dall'analoga forma verbale in prima persona, per cui si è ipotizzato di attribuire a quella qui usata il valore di stilema per risposte altrui (F. REINOSO BARBERO, 'Definitio periculosa': *Javoleno o Labeon?*, in *BIDR*, 90, 1987, p. 322 ss.), la cui paternità, o quantomeno la cui ispirazione, qualcuno ha voluto ricondurre allo stesso Cassio (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 dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, 1, Napoli, 1997, p. 150).

⁷) Ad analoga soluzione si arriverebbe intendendo *quod* come pronome indefinito, nella cui funzione ci saremmo però aspettati *quid*, estratto e anticipato rispetto alla frase finale in cui andrebbe inserito.

⁸) Si è sostenuta l'opportunità di leggere *quas tu* (U. BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, Bologna, 1954, p. 38), *lectio* senz'altro *facilior*; oppure *quo id* (P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris*, in *ZSS*, 60, 1940, p. 65), che però lascia comunque indeterminato di che cosa sia anaforico il pronome *id*, e conseguentemente quale fosse l'obbligazione di *facere*, dal momento che se fossero semplicemente le tegole sarebbero riprese con *eas*, mentre se fosse, meno verosimilmente, il numero lo sarebbe con *eum*. Altri invece, accettando la lezione vulgata, attribuisce a *quod* il valore ipoparatattico di «cioè (che tu le fabbricassi)», «a sottolineare che l'accordo prevedeva non solo la consegna di un certo quantitativo di tegole, ma anche la produzione di esse». (A. CORBINO, *La commissione*, cit., p. 148); in questo modo si risolverebbe anche il problema di riferire il contenuto di *facere*, chiaramente alle tegole appunto, ma rimarrebbe in ogni caso strano che si insistesse sulla produzione di un materiale comunque fungibile, come le tegole, di cui non viene fornita alcuna specifica, né menzione di alcuna richiesta in tal senso, senza peraltro che il fattore, eventualmente discriminante, della produzione rivesta alcun ruolo nella risposta, che quindi anche in questa ipotesi sarebbe da vedersi interpolata.

⁹) E non mi riferisco semplicemente all'anacoluta *respondit... puto*: «ein solcher Wechsel der Subjekte ist bei Javolen öfter zu beobachten» (H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, 1999, p. 303), e potrebbe giustificarsi anche come semplice passaggio dal discorso indiretto a quello diretto.

¹⁰) «Ha destato sospetti, in particolare, il fatto che i soggetti indicati all'inizio di esso ('tu', colui che ha assunto l'impiego; 'ego', il committente) risultano invertiti nella seconda parte» (S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 43).

emptio mentre *locatio* divenga *conductio*¹¹; inoltre il *faceres (infectum)* dell'opera da compiere diventa *factas (perfectum)* riferito alle tegole: nell'un caso l'attività è contemporanea o successiva alla dazione, nell'altro precedente, non si può quindi trattare della medesima azione, ma se nel secondo è linguisticamente chiaro che si tratta della fabbricazione delle tegole, nel primo doveva essere altrimenti illustrata¹²; infine qualche problema sintattico pone la preposizione *in*, che se, come vedremo, nel latino della glossa, può esprimere il complemento di materia della prestazione, in quello classico con questa funzione andrebbe piuttosto sostituita da *ex*.

3. Alcuni di questi dubbi trovano risposta in una diversa ipotesi di traduzione (e di lezione)¹³:

Mi sono accordato con te che tu mi dessi ad un dato prezzo un certo numero di tegole che tu dovevi fabbricare: si tratta di compravendita o di locazione? <Il giurista> ha dato il responso: reputo che, se si sia convenuto che ti dessi tegole fabbricate per te nel mio fondo, si tratti di compravendita e non di locazione conduzione. Si ha, infatti, locazione conduzione di fare qualcosa, ogni qual volta la materia, sulla quale si deve eseguire una prestazione, rimanga nello stesso stato e nella proprietà della stessa persona; ogni qual volta, invece, <la materia> viene modificata ed alienata, si deve intendere che sia compravendita più che locazione.

In realtà, a parte la scelta della lezione *quas tu faceres*¹⁴ in luogo di quella qui presentata, che invece ha il vantaggio di essere *difficilior*, i problemi prima evidenziati rimangono per lo più insoluti: il nome del giurista, che la traduzione introduce senza identificarlo; i cambi deittici conservati; la locazione che diventa locazione conduzione; l'inverosimiglianza della locazione conduzione di cosa, giustamente corretta in locazione conduzione di fare qualcosa; la prestazione «sulla» materia e non «nella», ad indicare più il *target* dell'intervento che il materiale¹⁵.

¹¹) Certo *locatio* e *conductio* potevano facilmente essere confuse nel linguaggio dei contraenti, esattamente come accade anche oggi nell'uso iperonimico di «affittare» per «dare/ prendere in locazione», ma risulterebbe ugualmente sospetta una simile confusione nel lessico di un giurista.

¹²) Come già discusso, questo problema sarebbe risolto interpretando la *crux* di *quod* con valore ipoparattico, come pure correggendolo in *quas*, ma rimarrebbe, insieme agli altri, quello dell'importanza forse eccessiva del fattore della produzione, di cui peraltro si perde traccia nella soluzione offerta in risposta.

¹³) S. SCHIPANI (ed.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, 3, Milano, 2007.

¹⁴) *Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung: auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben*, 3, Heidelberg, 1999.

¹⁵) Qualche riflessione suscita una simile resa di *in qua*, che chiarisce come la materia rilevante non sia quella della prestazione, bensì quella sulla quale si deve eseguire la prestazione. In questo modo la sintassi è salva, ma la spiegazione che ne risulta appare comunque problematica; supponiamo infatti di comprare una nuova gemma da far incastonare a un orefice al posto della precedente perdu-

Al di là dell'importante constatazione che, anche *ictu oculi*, la confusione poteva sussistere con una *locatio conductio operis* e non *rei*, anche a livello di contenuto giuridico, le informazioni che il passo presenta appaiono comunque contraddittorie: l'*incipit* della risposta pare ribadire una tesi che vedremo cara alla scuola sabiniana, ossia che la cessione di qualunque opera prodotta con materiali propri configura vendita e non commissione¹⁶, motivata con l'idea, poco perspicua peral-

ta: la materia sulla quale eseguire il lavoro, l'anello, mi appartiene, quella della gemma no, eppure secondo tale *regula iuris* un simile scambio configura *locatio conductio*, e per di più acquisitiva della proprietà della gemma, in pieno spregio dell'interpretazione vulgata della *conventio cum aurifice*, che a breve vedremo.

¹⁶ Si può rendere così, oltretché *infra* con «appalto», con tutte le riserve del caso, la *locatio operis*: pur nella riconosciuta unità dell'istituto romanistico infatti, solo in questo caso si giustifica il quesito giurisprudenziale iniziale della fattispecie in oggetto (*utrum emptio sit an locatio*) che ritengo originario, nel senso appunto che l'*emptor* delle tegole può essere *locator* soltanto nell'ipotesi di un non meglio precisato *opus* (*quod ut faceres*); diversamente, nel caso in cui fossero le *tegulae* o le *operae* ad essere *locatae*, chi le riceve non sarebbe *locator* ma *conductor*. Che la tripartizione *locatio rei, operis, operarum* non sia originaria è stato ipotizzato «siendo su protección procesal (*actio locati, actio conducti*) el gran amparo para mantener una concepción unitaria de la *locatio conductio*» (A. TORRENT, *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico: la conventio cum aurifice* (*Gayo 3.147*) y el fundamento económico para su calificación contractual, in *Iuris Antiqui Historia*, 6, 2014, p. 55); si possono cioè ricondurre le tre diverse tipologie all'unitarietà di un contratto in cui «una parte, il *locator*, intendendo 'collocare', per finalità varie, 'qualcosa' [...], si accordava per attuare lo scopo voluto con l'altra parte, che assumeva la veste di *conductor*, in quanto a lui spettava il compito di 'condurre', che si riempiva di contenuti diversi, a seconda del risultato concordato da raggiungere» (G. NICOSIA, *Istituzioni. Profili di diritto privato romano*, Catania, 1999, p. 513 s.). Si è obiettato che «se [...] si accentua, nell'azione, il profilo della restituzione della *res locata* stessa, ciò non si attaglia alla *locatio operarum*» in quanto così «la 'cosa' messa a disposizione dovrebbe identificarsi con la persona del prestatore di lavoro, la quale non è, però, una *res*» (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 593); non va tuttavia dimenticato che da sempre nella società romana il lavoro era *opus servile*, ed è plausibile ipotizzare che le *operae locatae*, fossero originariamente e primariamente intese come operai in schiavitù: «oggetto della locazione sarebbe in questo caso la persona fisica dell'uomo libero, [...] in caso di prestazione professionale di lavoro manuale, il locatore (chiamato allora *mercennarius*) era per qualche aspetto [...] equiparato ad uno schiavo» (G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 572). Un simile contratto nasceva allora proprio per fornire alla consegna della cosa una causa diversa dalla compravendita, mentre «il fatto che la mercede gravasse a volte sul locatore a volte sul conduttore» (E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 327), che viene appunto visto come ulteriore ostacolo ad una considerazione unitaria dell'istituto (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 593), si può a mio giudizio giustificare con la compensazione sinallagmatica di cui era strumento: essa era dovuta appunto dalla parte che traeva profitto dallo scambio, configurandosi come una delle prestazioni che entrambe le parti, locatore e conduttore, dovevano in principio alla controparte, il conduttore per il godimento, il locatore per le migliorie, calcolando nei diversi tipi quale di esse si trovasse in debito, senza che da ciò si debba inferire che «l'obbligazione di pagare la mercede diventerebbe meramente sussidiaria rispetto alle obbligazioni tipiche» (G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 567). Una ricomposizione, ai cui dettagli rimando, si può trovare nelle parole di chi sostiene che «in genere, si riconosce unitarietà al contratto, ma non si esclude che i giuristi romani avessero consapevolezza di una distinzione tra le varie ipotesi» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 8).

tro se applicata appunto alla commissione (*conductio operis*), che la *conductio* non possa comportare alcuna modifica né dello stato né della proprietà della materia «di» (ma il testo dice *in*¹⁷) cui consta una prestazione. Poi però, invertendo nuovamente la fattispecie, si afferma la necessità di una compravendita ogniqualvolta intervenga una modifica di stato o di proprietà, il che invece non era perfettamente in linea con le teorie sabiniane¹⁸.

4. La questione che verosimilmente si era posta al giurista, come già anticipato e come meglio vedremo in seguito, era se l'ordinativo di tegole configurasse acquisto di materiali o commissione di un non meglio specificato *opus*, anche per restituire interesse al quesito: avrebbe infatti scarsa ragione di sussistere un dubbio giurisprudenziale tra acquisto e noleggio di tegole, e soprattutto l'eventualità di una trasformazione, che il passo assume quale regola discriminante, a prescindere dalla discutibile conclusione, si pone solo quando la *locatio conductio* è finalizzata ad un *opus*; per cui con questa tipologia può confondersi la compravendita individuata nella fattispecie, e non con una *locatio conductio rei*, con cui marchiani sono i margini di confusione.

Il problema di una simile distinzione era particolarmente sentito dalla giurisprudenza di età imperiale, perché appunto i Sabiniani, corrente giurisprudenziale politicamente più organica ed integrata¹⁹, in cui peraltro anche Giavoleno si riconosceva, affermavano come «criterio fondamentale di distinzione tra *locatio conductio* ed *emptio venditio*» quello per cui «quando vi è trasferimento di *dominium* non può esservi locazione, bensì compravendita»²⁰; questo principio, che appare d'altronde perfettamente in linea con la visione sabiniana della *specificatio*²¹, non sembra comunque essersi consolidato prima della giurisprudenza classica²².

¹⁷) Non ci si lasci fuorviare dal fatto che in italiano, ma non in latino, la materia può esprimersi con *in*.

¹⁸) «Inizialmente, il giurista sembra seguire una soluzione (di impostazione sabiniana) secondo la quale, se l'argilla è tratta dal fondo dell'artefice, il negozio è compravendita, se da quello del committente, è locazione. Poi invece formula un principio logicamente opposto (che, in considerazione delle diverse posizioni in tema di *specificatio*, parrebbe di ispirazione proculiana): si ha compravendita ogni volta che vi è una *mutatio materiae*» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 218).

¹⁹) A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 298 ss.

²⁰) R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 203.

²¹) Conseguentemente si è voluto vedere anche nei dibattiti su fattispecie oscillanti tra *emptio venditio* e *locatio conductio* il riflesso della contrapposizione coi Proculiani (B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai.*, *Inst.* 3.147, in *Rivista di Diritto Romano*, 3, 2003, p. 4); il punto infatti è che se la posizione di Sabino, incline a ravvisare compravendita in simili fattispecie, è correlata alle sue idee sulla *specificatio*, non è affatto illegittimo inferire che con ogni probabilità, chi, come i Proculiani, si opponeva in tema di *specificatio*, lo potesse fare anche su quei casi dubbi citati (A.M. GIOMARO, *Sui diritti reali in Roma*, Fano, 2014, p. 135 s.).

²²) «È chiaro che, ad un certo momento, negli schemi della giurisprudenza deve essersi realiz-

zato un radicale mutamento di prospettiva. Ed io credo che vi siano elementi per ipotizzare che il punto di svolta sia rintracciabile nell'opera di Sabino» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 191). In D. 19.2.31 (Alf. 5 dig. a Paulo epit.) leggiamo infatti: *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*; in D. 34.2.34 pr (Pomp. 9 ad Q. Mucium): *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*. In questi esempi, quando la *res locata* soggiace ad un processo di *specificatio*, come appunto nel famigerato caso gaiano (di seguito citato) dell'oro da cui ricavare anelli, nell'opinione di Alfeno e di Mucio, c'è un passaggio di proprietà, per cui si è parlato in proposito di «*locatio operis* irregolare, nell'ambito della quale non trovava rigorosa applicazione il principio espresso in D. 19.2.39 (Ulp. 2 ad ed.): *non solet locatio dominium mutare*» (M. TALAMANCA, s.v. *Vendita*, in *ED*, 46, 1993, § 2e). Si è sostenuto che «nella visione di Q. Mucio, la proprietà dell'oro si sarebbe trasferita al *conductor* in virtù della semplice *traditio*» (G. MANCINETTI, *Una contestata posizione di Mela in tema di concessione dell'actio de in rem verso contro il dominus per l'obbligazione assunta dal servo*, in *Archivio Giuridico*, 152, 2020, p. 734), perché «è il dato oggettivo della natura dell'*aurum*, come di tutte le altre *res quae pondere numero mensura constant*, ad imporre comunque il passaggio di proprietà dello stesso all'atto della dazione, indipendentemente dal tipo di contratto concluso dalle parti [...], spingendo sul diritto di credito (alla restituzione dell'*idem genus*) vantato dal committente, grazie al quale si 'annullava' il risultato della precedente perdita di proprietà» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 225 s.); è tuttavia evidente che non possiamo farne un effetto di qualsiasi *traditio*, ma motivarlo, in questo caso, con la *locationis causa*. Queste testimonianze sono appunto di giuristi di età tardorepubblicana, e non si giustifica, se non in forza di una chiusura sabiniana, l'impossibilità di ascrivere a *locatio operis* anche il caso di fornitura dei materiali ad opera del conduttore: «se era invero sufficiente, a configurare come *locatio operis* il rapporto, che la materia fosse in credito del committente, perché avrebbe dovuto esserlo solo quando quel credito fosse un credito di restituzione? Perché, insomma, un credito della materia, accessorio a quello dell'*opus* realizzato [...], non avrebbe dovuto essere ammissibile anche come effetto di un diretto impegno dell'artefice di fornirla?» (A. CORBINO, *La commissione*, cit., p. 147). Una tappa della transizione verso la definitiva negazione giurisprudenziale del passaggio di proprietà potrebbe essere rappresentata dall'opinione di Mela, ripresa per essere confutata in D. 15.3.7.2 (Ulp. 29 ad ed.): *illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare*. Il caso, di dubbia *actio de in rem verso*, coinvolge un servo che ha preso dell'argento come compenso e non come materia per realizzare tazze, e riguarda solo tangenzialmente il problema della proprietà del manufatto commissionato per cui si è fornito un quantitativo d'argento non necessariamente da impiegare nell'opera; oltretutto la formulazione negativa non consente di cogliere con certezza le ragioni del dissenso di Ulpiano, in cui non ci addentriamo. Ma se ammettiamo che «il corrispettivo ottenuto da Ego costituisce di sicuro una *versio* che affonda indirettamente le sue radici nella fornitura della materia prima da parte del committente» (G. MANCINETTI, *Una contestata posizione*, cit., p. 753), allora dobbiamo riconoscere che lo stesso committente che ha indirettamente fornito la materia prima (*ex quolibet argento*), non è *dominus* del manufatto, tanto che è il padrone del servo-artigiano a poterlo rivendicare; allo stesso tempo però ipotizzare che ciò sia «l'ulteriore conseguenza dell'accordo circa l'impiego di materia prima appartenente ad Ego nella realizzazione dei *pocula*» (G. MANCINETTI, *Una contestata posizione*, cit., p. 743), pagata però anticipatamente, significa a mio giudizio attribuire al committente una sprovvedutezza per la quale *iura non succurrunt*. Il tutto per evitare di riconoscere che la *locatio* può talvolta *dominium mutare*, ossia che, in forza di un unico

Per i Sabiniani lo specificatore non acquistava la proprietà della materia che aveva lavorato, ma «la proprietà della *res* prodotta era del *dominus* dei materiali, e pertanto, trasportando il discorso sul piano della *locatio conductio*, non potevano ammettere l'idea muciana che l'*aurum* dato all'artigiano passasse nel suo *dominium*»²³, perché la *locatio conductio* non avrebbe potuto trasferire la proprietà della *res* oggetto dell'*opus*. Ciò naturalmente doveva valere anche all'inverso: non poteva il conduttore non solo acquistare, ma nemmeno cedere la proprietà dell'opera, e ciò di conseguenza creava problemi nel caso di utilizzo di materiali propri; l'*artifex* che avesse cioè voluto operare su commissione avrebbe dovuto lavorare su materiali del committente, a meno di non voler mettere in atto una compravendita.

5. La dottrina sabiniana derubricava infatti costantemente a compravendita tutte le committenze da realizzare con materiali propri²⁴, escludendo tassativamente il passaggio di proprietà da qualsivoglia locazione, perché altrimenti tale trasferimento di proprietà rischiava di diventare necessario nella *locatio operis*, dove peraltro interviene anche una trasformazione della materia; per questo non accettò nemmeno la proposta di mediazione di Cassio²⁵, riportata nel celeberrimo caso gaiano della *conventio cum aurifice*:

Gai. 3.147: Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dederò mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.

La questione è se, una volta convenuto con l'orefice che mi facesse col suo oro anelli di un certo peso e di una certa forma per duecento denari, si contraiga *emptio venditio* o *locatio conductio*. Cassio sostenne che per la materia si contrae com-

contratto, già perfezionato, di locazione, l'argento passa di proprietà dal committente al servo che lo confonde col proprio e ne utilizza *quodlibet*, dovendo comunque ritrasferire al committente la proprietà del prodotto finito.

²³) R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 201.

²⁴) «Una dottrina così rigida non poteva scontrarsi con la diffusa prassi secondo la quale i materiali di costruzione di edifici erano forniti, in tutto o in parte, dall'appaltatore» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 203).

²⁵) «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*» (B. COCHIS, *Una presunta disputa*, cit., p. 4).

pravendita, per le opere commissione²⁶, ma i più propesero per la compravendita. Solo se gli avessi dato del mio oro stabilendo un compenso per il lavoro ci sarebbe accordo per il contratto di commissione²⁷.

La sola menzione di Cassio forse non basta a parlare di conflitto ideologico, ma il fatto stesso che Gaio si sia preoccupato di riportarla, presentandola come dubbio giurisprudenziale, è indice di un certo dibattito che la questione dell'ammissibilità di un trasferimento di proprietà nella locazione doveva aver suscitato²⁸. In ogni caso la soluzione individuata appare chiaramente una proposta

²⁶) Sulla scorta di Iust. *Inst.* 3.24.4, che appunto parla di *operae*, si è proposta un'analoga correzione (V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², 1, Napoli, 1954, p. 125). A prescindere dalla sua opportunità, «il s'agit normalement d'une *locatio operis*, contrairement à ce que pourraient laisser croire les mots '*operarum autem locationem*'», ma ciò non tanto perché «Cassius [...] ne peut pas exprimer par '*operis locationem*', le travail en tant qu'activité correspondant plus au mot latin '*operae*' qu'à '*opus*'» (R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuel*, Bruxelles, 1987, p. 125), quanto piuttosto perché «il plurale '*operarum*', probabilmente, era determinato proprio dalla necessità di precisare che si trattava di una retribuzione calcolata sul tempo impiegato dall'artefice per realizzare il manufatto, ossia sulle *operae*» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 213); o più semplicemente «aus dem ungenauen Wortgebrauch kann aber nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß etwa Cassius und Gaius den Vertrag als Dienstvertrag qualifiziert hätten; es dürfte sich eher um einen nachlässigen Gebrauch der Termini handeln als um den Versuch präziser Ausdrucksweise» (H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones*, cit., p. 301), tenendo comunque ben presente che l'interscambiabilità di questi termini era strettamente legata all'unitarietà che l'istituto aveva presso i Romani, a prescindere dalle tipologie successivamente elaborate. Altri parlano di effettiva *locatio operarum* (F. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 179 s.), perché, stante il già discusso carattere unitario dell'istituto, «una tale individuazione s'imponeva come necessaria conseguenza della congiunta qualifica di *emptio-venditio* della *materia* che egli dava pure al rapporto» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 265); solo che «l'artefice veniva in questo caso ad assumere la qualifica di *locator operarum*, anziché di *conductor operis*, obbligandosi conseguentemente a fornire soltanto le sue *operae* per fabbricare gli anelli, e non già l'*opus*, cioè gli anelli fabbricati» (G. CERVENCA, *In tema di locatio-conductio (a proposito di un recente studio)*, in *Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della previdenza sociale. Univ. Trieste*, 9, 1963, p. 10).

²⁷) Questa enunciazione fa piuttosto dubitare che «la fattispecie descritta da Mela sarebbe stata verosimilmente qualificata come compravendita secondo quanto risulta da Gai.3.141» (G. MANCINETTI, *Una contestata posizione*, cit., p. 721 s.), in quanto all'artefice deve darsi oltre all'oro materialmente utilizzabile, anche la mercede, che potrebbe agevolmente essere costituita da un ulteriore quantitativo d'oro, lasciando all'artefice la discrezionalità di utilizzarne *quodlibet*.

²⁸) È opinione maggioritaria in dottrina che il contrasto giurisprudenziale avesse *emptio venditio* e *locatio conductio* come suoi poli e che la tesi cassiana fosse un ulteriore tentativo di conciliazione: si è addotta però la prova della filologia per sostenere al contrario che il quesito fosse uno stilema introdotto *docendi causa* per allenare sofisticamente gli allievi alla dialettica, mentre lo *status quaestionis* dovrebbe ricavarsi dalle risposte che il testo fornisce, non tutte appunto riconducibili all'alternativa binaria prospettata, a dimostrazione «della non necessaria totale coincidenza tra l'oggetto del '*quaeritur*' nella formulazione gaiana, ed il tenore delle risposte giurisprudenziali» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 207); tuttavia è difetto riconosciuto delle *Institutiones* gaiane quello di limitarsi spesso ad indicare, nella presentazione degli istituti, «i requisiti necessari per la loro corretta conclusione,

l'elemento discriminante tra la sussistenza e non-sussistenza, cioè tra l'efficacia e la non-efficacia, le differenze tra un tipo e l'altro di schema negoziale» (G. FALCONE, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale*, Torino, 2017, p. 90). Nelle *Institutiones* il giurista non sta infatti discutendo risposte giurisprudenziali, bensì, per lo più, segnalando i problemi e riportando le soluzioni, quelle naturalmente che gli sembrano più giuste, per fornire agli studenti una guida sicura; ma soprattutto è la filologia a rispondere che il dibattito è concreto e su posizioni concrete, espresse appunto da un indicativo fattuale *quaeritur* e non da un congiuntivo potenziale *quaeratur*; anzi nel primo caso dei *praedia municipum* (3.145) quando la domanda è posta in una frase subordinata consecutiva che grammaticalmente andrebbe espressa al congiuntivo, Gaio sostituisce il richiesto *quaeratur* con un *quaeri soleat*, a sottolinearne proprio la fattualità attraverso l'indicazione dell'abitudine della prassi (*soleat*). Né bisogna comunque sopravvalutare l'eshaustività di Gaio, sostenendo che «se tra l'opinione di Cassio, che affermava la duplicità dei rapporti contrattuali, e quella dei 'plerique', che ritenevano realizzarsi in quel caso una compravendita, vi fosse stata anche una diversa opinione [...], secondo la quale non di compravendita si sarebbe trattato, ma di *opus locatum*, difficilmente Gaio avrebbe taciuto in proposito» (L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*, 62, 1959, p. 98). La nostra fonte non gode certo della virtù della sintesi, ma ugualmente difetta di profondità: ha registrato un'autentica disputa giurisprudenziale riassumendone i termini nel quesito; nel dire quale vince implicitamente dice quale perde, senza fornire altre ragioni che quelle dei numeri, perché allora nominare anche la soluzione perdente ed eventualmente i suoi fautori? a meno che appunto qualcuno tra essi si sia distinto per aver proposto soluzioni diverse da quelle alternative iniziali. Poco condivisibile mi pare l'obiezione «che Gaio abbia formulato la domanda in questi termini solo per introdurre l'opinione di Cassio»; se è vero che «Gaio, dopo aver fatto cenno all'opinione di Cassio, prontamente la smentisce», nulla indica che «i *plerique* potevano essere semplicemente favorevoli a riportare la fattispecie concreta ad un unico negozio, piuttosto che considerarla la somma di due negozi distinti»: se questa fosse stata la *quaestio*, anche uno scrittore poco lucido come Gaio avrebbe formulato la domanda in termini di alternativa tra un singolo negozio o la combinazione di due; «che poi esso dovesse essere compravendita o locazione» non mi pare affatto, anche a giudicare dall'abbondanza di fonti e dottrina, «un problema diverso, per certi versi ultroneo». Assodato che «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 [...], essa non potrebbe che essere stata trasversale rispetto ad esse»; mi si passi comunque di riferirmi alle scuole pur nel senso fluido in cui va intesa ogni aggregazione romana di parte. Fu semmai la soluzione cassiana, che rivela la sua funzione conciliativa accogliendo in parte le ragioni di quelle che dovevano per forza di cose essere le due opposte tesi, a divenire il nuovo bersaglio polemico dei *plerique*, per l'autorevolezza del contraddittore. Del carattere mediatore, piuttosto che originario, dell'opinione cassiana, mi sembra prova il fatto che nel «corrispondente passo del Digesto [...]: (*Gai. 2 rer. cott.*) D. 19.2.2.1. [...], a differenza di quanto è invece ravvisabile nel corrispondente testo delle Istituzioni di Giustiniano, non è riportata l'opinione di Cassio: [...] Gaio mostrerebbe però di averla ancora presente, e tuttavia di averla, in certo qual modo, esclusa [...] 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 superata» (B. COCHIS, *Una presunta disputa*, cit., p. 15 s.), ed autoritativamente, aggiungerei, da Giustiniano, dato che la semantica di quei verbi rivela «una indubbia impronta legislativa» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 191). «Ese mismo tono imperativo del Digesto [...] se advierte asimismo en su *dubium non est*, frente al *placuit plerisque* del Gayo veronés, e al simplemente *placuit* de las *Res Cott.*» (A. TORRENT, *El binomio*, cit., p. 46). Una volta

di compromesso, piuttosto macchinosa peraltro²⁹, rispetto all'alternativa *emptio/*

risolta d'imperio una questione che nei tre passi si ripropone identica ed inequivoca (*utrum emptio et venditio an locatio et conductio*), le mediazioni diventano inutili, ma non dannose quanto lo sarebbero le opposizioni, per cui quella stessa censura giustiniana che secondo alcuni sarebbe intervenuta nel Digesto ad omettere l'accenno gaiano a Cassio (H.L.W. NELSON, U.MANTHE, *Gai Institutiones*, cit., p. 162), di cui l'espressione *unum negotium* sarebbe appunto un residuo (C.A. MASCHI, *Locazione, vendita, contratto di lavoro. Critica e ricostruzione di Gai 3, 135-147*, in *Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della previdenza sociale. Univ. Trieste*, 9, 1963, p. 26), lo avrebbe però conservato nelle proprie Istituzioni, mossa «anch'essa dall'intento pedagogico, ancorché non più 'esclusivo', e, in connessione, dall'utilizzazione di nozioni storiche in funzione pedagogica» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 191); se viceversa l'omissione si deve a Gaio stesso (A. CORBINO, *Ritorni su Gai 3.147. La ratio del dissenso giurisprudenziale circa la qualificazione causale dell'accordo di commissione di anelli da confezionare con materiale dell'artefice*, in, *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)* [cur. L. GAROFALO, L. ZHANG], Pisa, 2017, p. 119), la spiegazione più plausibile potrebbe essere che nelle *res cottidianae* egli abbia abbandonato in tutto o in parte gli intenti pedagogici delle sue Istituzioni, ed una mediazione, a maggior ragione che un'antitesi, si può introdurre *docendi causa* ed omettere una volta venuto meno quell'intento.

²⁹) Apodittica l'affermazione che «una soluzione di siffatto tipo – proposta da un giureconsulto della levatura e del prestigio di Cassio – [...] rispecchiando un atteggiamento del suo autore quanto mai rigoroso e scrupolosamente rispettoso dei principi giuridici fondamentali, non poté non trovare dei seguaci che la sostenessero, suscitando di sicuro un'eco molto forte nell'ambiente giurisprudenziale romano» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 255 s.). Non discuto l'assoluta competenza del giurista, che però in questo caso non mi pare aver dato il meglio di sé: condivido che «la particolare opinione di Cassio, che vedeva entrambi i contratti, è giustificata probabilmente dalla preoccupazione di assicurare comunque all'orefice, in caso di mancato pagamento degli anelli da parte del committente, il diritto al compenso previsto, inclusivo delle *operae* prestate» (A. CORBINO, A. METRO, *Le causae di obligatio nella riflessione giurisprudenziale romana*, Messina, 2009, p. 109). Così facendo Cassio «desdoblaba el hecho económico en dos tipos contractuales distintos según la vertiente que se estimara preferente de un mismo hecho económico bifronte: *emptio materiae; locatio operae*» (A. TORRENT, *El binomio*, cit., p. 42), forse per rendere meglio esigibile, di fronte ad ogni evenienza, ciascuno dei due compensi che, se previsti solo unitariamente, avrebbero impedito di «distinguere quale parte del compenso dovesse considerarsi 'pretium' e quale 'mercede'» (A. CORBINO, *Ritorni*, cit., p. 126); eppure separare in due distinti contratti un'operazione che si concludeva in un'unico istante, quello dell'accordo sulla fornitura, significava non solo raddoppiare le azioni attraverso le quali farla valere in giudizio, ma, inevitabilmente, creare confusione nei contraenti su quale delle due di volta in volta utilizzare: appurare «a qué tipos contractuales correspondían determinados negocios de la praxis» era «tema crucial para determinar la tutela judicial que podían ejercitar las partes dada la tipicidad de las acciones en correspondencia de la tipicidad de las *conventiones consensu contractae*» (A. TORRENT, *El binomio*, cit., p. 37). Motivo più che probabile per cui, quanto ai seguaci e alla forte eco, di "sicuro" c'è solo che non ne abbiamo notizia, e se Gaio la riporta ma senza commentarla (e soprattutto senza menzionarne alcun seguito), lo fa verosimilmente perché, a differenza della soluzione locativa, essa non era menzionata nel quesito e non implicitamente desumibile da esso, e questo a prescindere da ogni illazione sulla sua fortuna. Se d'altronde in D. 41.1.7.12 (Gai. 2 rer. cottid.), lo stesso autore (cfr. *infra*, § 7) non coglie alcuna analogia nelle soluzioni proposte a due diverse fattispecie (bene mobile nelle *Istitutiones*, immobile nelle *res cottidianae*), l'eco della proposta cassiana non dovette essere così ampio; a meno naturalmente di ipotizzare anche qui una censura sabiniana

locatio che si presenta nel quesito e che ritorna in tanti altri analoghi quesiti, segno che i pareri dovevano essere sufficientemente discordi sul tema³⁰. La fermezza dei *plerisque* nel rifiutare qualunque mediazione, anche all'interno di sottocorrenti sabiniane³¹, non riduce ma amplifica la portata del contrasto, una portata anche politica, perché avrebbe aperto le porte ad un progressivo rovesciamento del rapporto tra capitale e lavoro, che invece a Roma si mantenne sempre sbilanciato a favore del primo³².

na, segno di una spiccata suscettibilità dei compilatori sul tema e probante di altre verosimili recidive, come potrebbe essere anche nel nostro caso.

³⁰) In questo senso si può parlare di “tre soluzioni”, seppure la lettera del testo ne prospetti solo due (M. TALAMANCA, *Vendita*, cit., § 2e), quella minoritaria dovendosi appunto interpretare come una “tesi conciliativa” (V. CARRO, *I gladiatori e il loro regime giuridico: traditio gladiatorum*, in *XXIII Convegno internazionale “Mestieri e professioni della tarda antichità. Organizzazione lessico norme”*, Spello 22-24 giugno 2017, Napoli, 2019, p. 9), «ché se di Cassio soltanto si fosse trattato e non fossero esistiti sostenitori della *locatio conductio*, non si vede come il giurista dell'età degli Antonini potesse proporre la questione nei termini di un'alternativa tra compravendita e locazione» (B. COCHIS, *Una presunta disputa*, cit., p. 4).

³¹) «Ora, il fatto che l'orientamento giurisprudenziale prevalente coincida testualmente in tutto e per tutto con un responso di Sabino, mentre per un verso porta legittimamente a chiedersi come mai Gaio, che era sabiniano, nel riferire l'opinione dei *plerisque*, avesse taciuto il nome del suo *praeceptor*, per altro verso però, non autorizza a concludere (come pure è stato fatto) che la ‘maggioranza’ dei *iuris periti* richiamata in 3.147 debba identificarsi interamente con la scuola dei Sabiniani» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 249), e soprattutto, proprio sulla scorta del passo oggetto di questo contributo, che anche Giavoleno vi si iscriva (B. COCHIS, *Una presunta disputa*, cit., p. 7); «Gaio ci informa non solo di discussioni esterne alla scuola sabiniana, con quei giuristi che continuavano a seguire l'indirizzo interpretativo repubblicano, ma anche di un dissenso interno alla *secta*, sorto tra Sabino e il suo allievo Cassio» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 206), per cui qualcuno ha addirittura parlato di «Cassius [...] ‘proculianized’» (D. DAUBE, *Etiam in D.18.1.20*, in *Classical Journal*, 72, 1976, p. 215).

³²) La *Respublica Romana* non era certo fondata sul lavoro: «alla nostra mente moderna la prevalenza del lavoro sulla materia è il criterio più giusto e comunque quello del maggior valore dell'uno o dell'altra. Ma per i giuristi romani era diverso, perché a molti di loro la materia appariva comunque prevalente ed il valore economico-sociale del lavoro era poco apprezzato» (F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, 1, Firenze, 1980, p. 162). Il tema meriterebbe certo maggiore approfondimento, perché rivela come «questo problema del lavoro e della materia, sulla quale il lavoro si esercitava, fosse discusso nell'ambiente giuridico del tempo, nel quale [...] venivano appunto elaborandosi gli schemi giuridici della compravendita e della locazione consensuali» (L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 93). Tuttavia non condivido l'entusiasmo progressista di chi afferma che all'artigiano sarebbe riconosciuta «una grande indipendenza sociale», per cui «egli non trova più la umiliante condizione di subordinazione alle direttive e alla potestà disciplinare dell'assuntore, che caratterizza la locazione di *operac*, e neppure quella, sia pur limitata, dipendenza economica riveniente dalla manipolazione di cose altrui»; in primo luogo perché, come si riconosce, è «l'impiego di un proprio capitale, che lo rivela in una posizione per molti riguardi indipendente», mentre «l'obbligazione di lavoro [...] diventa un elemento di secondaria importanza, di fronte all'obbligo di fornire la cosa, riveniente dalla giuridica definizione del contratto quale compravendita» (F. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 179 s.). Non è in sostanza facendoli diventare tutti imprenditori che si può tutelare la con-

6. Evidenziata e motivata così la resistenza sabiniana ad ogni ipotesi di trasferimento di proprietà nella locazione, resta allora da verificare su quali posizioni del dibattito la soluzione proposta da Giavoleno avrebbe potuto inserirsi. Partiamo innanzitutto dalla comprensione della fattispecie, e a questo fine può essere interessante il confronto col testo greco dei Basilici, il quale più che una parafrasi ne fornisce un sommario:

Bas. 19.1.65 = D. 18.1.65 (Scheltema 3, 922): Συνεφώνησα μετὰ σοῦ τόσους κεράμους ποιῆσαι ἐπὶ³³ τοῦ νομίσματος· εἰ μὲν σὴ ἐστὶν ἡ ὕλη ἐξ ἧς γίνονται, πράσις ἐστὶν, εἰ δὲ ἐγὼ δέδωκα αὐτήν, μίσθωσίς ἐστιν. Ἐπὶ μὲν γὰρ τῆς πράσεως ἡ δεσποτεία τῆς ὕλης ἀμείβεται, ἐπὶ δὲ τῆς μισθώσεως τοῦ αὐτοῦ μένει³⁴.

Mi sono accordato con te che mi facessi tante tegole per il loro prezzo: se tua è la materia con cui si fanno, è vendita, se io te l'ho data, è commissione; nella vendita infatti la proprietà della materia cambia, nella commissione resta della stessa parte. Per quanto l'accordo sia espresso alla prima persona singolare, è evidente che il soggetto logico sottinteso di «fare» sia la seconda singolare, come peraltro correttamente intende la traduzione latina³⁵, sebbene resti curioso che si tratti espressamente di fare le tegole, evidentemente per consegnarle, anche se ciò è sottinteso. Discriminante per l'inquadramento della fattispecie è la provenienza della materia: se è tua è *venditio*, se la fornisco io è *conductio*, perché solo nel primo caso può trasferirsi la proprietà; e in questo modo gli scambi deittici, presenti nell'originale latino, sono corretti e comprensibili³⁶. I Basilici pongono cioè in maniera inequivoca i deittici delle controparti: «io» sono quello che riceve le tegole, «tu» quello che le

dizione degli operai: ciò sarebbe generalmente abnorme e, in certi casi, persino individualmente dannoso, se il soggetto non è pronto non solo giuridicamente ma anche economicamente socialmente e culturalmente ad assumersi il rischio d'impresa, quello per cui, ad esempio, sull'artigiano viene a gravare il pericolo di perimento dei materiali; mentre alcun rapporto contrattuale tutela la sua attività lavorativa rispetto alle impossibilità sopravvenute, come sembrerebbe invece adombrato nel caso prospettato in D. 19.2.30.3 (Alf. 3 a Paulo epitom.): *Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: 'quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit': quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. Respondit etiam imperfectum.* All'acquirente al contrario, nella dominante opinione di impronta sabiniana, si poteva solo offrire il manufatto finito *certi ponderis certaeque formae*.

³³) L'edizione Heimbach (2, 267) integra in questo punto δὴλη ποσότητι.

³⁴) *Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum pro certo pretio faceres. Si quidem materia tua est, ex qua fiunt, venditio est: si vero ego eam dedi, conductio est. Nam in venditione dominium materiae mutatur: in conductione vero eiusdem manet.*

³⁵) Altra ipotesi, che comunque non inficia l'analisi, è che si tratti di un cambio dovuto all'andamento dialogico, le cui persone, curiosamente, sarebbero però le medesime parti contraenti, senza riferimento a pareri giurisprudenziali.

³⁶) In ciò aiuta il carattere ancipite del significato di μίσθωσις, sia locazione che conduzione, ma anche canone.

dà, indipendentemente da chi possa essere *conductor* o *locator*, *rei* o *operis*; ma se la *locatio conductio* si pone quando io ne fornisco la materia, è evidente che non si può trattare per alcuno dei due di *conductio rei*, perché mai io, cioè colui che nel testo greco riceve, prenderei a nolo qualcosa di cui fornisco la materia, semmai ne sarei il committente, della lavorazione appunto. La *regula iuris* è invece semplificata ai confini dell'inconferenza, limitandosi ad affermare che nella vendita si trasferisce la proprietà mentre nella locazione no, senza alcun, importante, riferimento a mutamenti di *status*.

In questo modo comunque nel testo greco appaiono sanate le incongruenze che avevamo notato nel Digesto, e semmai si pone il problema della rilevanza di una regola che sembra piuttosto ricalcare le ormai consolidate posizioni sabiniane in tema di specificazione, tali da non giustificare un dubbio giurisprudenziale come quello in esame; infatti la soluzione, nella distinzione tra locazione e compravendita, si basa sul carattere discriminante della proprietà della materia, che nell'originale oltretutto, pur con tutte le confusioni deittiche, proveniva chiaramente *ex meo fundo*, meno chiaro semmai a quale *ego* riferirsi.

Curiosamente però il testo dei Basilici non risolve esplicitamente il caso di specie, forse appunto per questa incertezza con cui nell'originale latino i diversi titoli sono riconducibili alle parti, e sulla quale avremo modo di tornare più diffusamente. Eppure, un chiarimento importante questa parafrasi lo apporta, riconducendo la questione all'alternativa non tra acquisto e noleggio bensì tra acquisto e commissione³⁷, proprio a partire dalla sottolineatura del carattere discriminante della provenienza della materia. È cioè come se si fosse disvelata solo una parte della questione, affermando il carattere di commissione/ appalto dell'ipotesi di *locatio conductio* contro quello di noleggio, e ci si astenesse dal trarne le conclusioni, e dal fornire quindi un giudizio definitorio sulla fattispecie; vuoi perché dubbio è il materiale probatorio su cui basarsi, con i più volte sottolineati deragliamenti deittici, vuoi perché la sentenza rischiava di essere troppo innovativa, intaccando dogmi che si stavano consolidando o si erano già consolidati.

Appurato che la confusione della fattispecie era tra *emptio rei* e *locatio operis*, resta allora da chiarire in che cosa quest'ultimo consistesse; apparentemente infatti Giavoleno non si preoccupa dell'*opus* commissionato, *quod ut faceres*, e questo giustifica il fatto che nella parafrasi greca su di esso si sorvola ulteriormente, limitandone il riferimento ad un infinito di incerto soggetto³⁸; ma probabilmente nel-

³⁷) Assurdo peraltro pensare che possa trattarsi di lavoro salariato: il riferimento alla materia come discriminante della tipologia di contratto esclude che possa trattarsi di una fattispecie in cui essa è invece irrilevante, dal momento che quando assumo qualcuno la *res* oggetto di scambio è il lavoro stesso, una *res immateriale* appunto.

³⁸) Il carattere di lavorazione potrebbe riscontrarsi anche in *γίνονται* che varrebbe *fiunt*, forma passiva di «fare».

l'*opus* consisteva il *discrimen* della fattispecie, che una delle ipotesi dei Basilici riconduce appunto a *locatio operis*, per cui esso, già nell'originale, dovrebbe essere ulteriormente sottinteso, se non piuttosto tagliato, in primo luogo perché le tegole erano tipicamente un materiale da costruzione, quindi non negoziato *per se*, bensì impiegato in altre attività³⁹.

Inoltre non si sarebbe posta la necessità di un quesito giurisprudenziale per il semplice acquisto di materiali, essendo la manifattura fittile la più florida, e probabilmente la meglio avviata ad una produzione industriale standardizzata⁴⁰. Noi apprezziamo della giurisprudenza romana la straordinaria abilità casistica, che appunto si esplica in fattispecie complicate, mentre per quelle semplici bastavano i manuali, di cui Giustiniano stesso ci ha fornito un esemplare: pensiamo davvero che dare un certo numero di tegole ad un certo prezzo, *sic et simpliciter*, sia fattispecie complessa al punto da comportare la necessità di un intervento di Giavoleno per dirimere dubbi giurisprudenziali⁴¹? È probabile invece che simili negozi, diffusi

³⁹) Certo si potrebbe obiettare che poteva esistere un commercio all'ingrosso, ma allora l'attività commerciale escluderebbe interferenze interpretative con la *locatio conductio*: l'opportunità infatti di noleggiare in luogo di comprare, nel caso di tegole, è data dalla limitatezza della durata del contratto, per cui un consumatore privato potrebbe, seppure con poca verosimiglianza, prenderle e restituirle dopo un lasso di tempo, mentre nel caso di un'impresa di noleggio i beni restano a lungo nella disponibilità dell'impresario.

⁴⁰) Essendo l'*opus doliare* legato alla terra, esso era consentito anche alla *nobilitas*: i senatori Gaio Vibieno e Tito Rufreno producevano ceramica sigillata, mentre Cicerone e Pollione, e addirittura la famiglia imperiale, producevano mattoni (J.-P. MOREL, *L'artigiano*, in *L'uomo romano* [cur. A. GIARDINA], Roma-Bari, 1989, p. 245); ad Arezzo le officine di Rasinius e di Titius occupavano 60 schiavi, quella di Cornelius 57 (F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, 2, Firenze, 1980, p. 306).

⁴¹) Mi permetto di utilizzare *e contrario* l'argomentazione che per «cose di caratteristiche 'generiche' e non 'individue' [...] non sussistevano dubbi di configurazione del rapporto come *emptio-venditio*» (A. CORBINO, *Ritorni*, cit., p. 126): il dubbio del quesito, prima ancora che quello della soluzione, si giustifica allora solo ipotizzando proprio una fattispecie più complessa. D'altronde, se concordiamo sulla genericità della *res*, questa potrebbe agevolmente ricomprendersi nel tipo che anacronisticamente definiamo fungibile, e quindi la sua dazione, se temporanea, potrebbe per assurdo confondersi con un mutuo più che con una locazione. Vero è che «ancora in età gaiana la categoria delle *res quae pondere numero mensura constant* non si era perfettamente consolidata» (M. VARVARO, *Per una storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, p. 101), e appunto l'unica caratteristica che ci è comunicata di questa *res* è *numerus* e *pretium*: in tal modo «una quantità di cose appartenenti allo stesso genere e determinata nel suo ammontare costituisce un *certum*» (M. VARVARO, *Per una storia*, cit., p. 108), seppure «la caratterizzazione delle cose fungibili avviene anche con criteri diversi da quello della quantità» (M. VARVARO, *Per una storia*, cit., p. 285); per quanto non ci siano testimonianze positive di sussunzione in tale categoria anche di un quantitativo di tegole, in un passo di Pomponio (D. 38.1.4) «si dice che le *operae libertorum* si richiedono come se fossero *pecunia credita*. Le *operae libertorum*, infatti, erano considerate alla stregua di un *certum*, e si facevano valere giudizialmente con l'*actio operarum*, che doveva avere una formula analoga, secondo alcuni studiosi, a quella della *condictio triticaria*, oppure, secondo altri, a quella dell'*actio certae creditae pecuniae*» (M. VARVARO, *Per una storia*, cit., p. 165). Le *operae* sono un bene locabile,

nell'uso e nella consuetudine di ampie fasce della popolazione, molto meno di altri sarebbero stati soggetti a controversie giuridiche; l'acquisto di tegole era esperienza che tutti o quasi potevano trovarsi a fare, non così se l'importo della transazione cresce, selezionando in tal modo la platea dei beneficiari, o comunque se si complicano le attribuzioni delle parti: è il caso della commissione di anelli, della fornitura di gladiatori o della locazione di terreni demaniali, di cui Gaio ci parla come motivo di dispute giurisprudenziali, con tutta probabilità eco di conflitti giuridici.

Oltretutto si consideri la specificazione che il *facere* può apportare alla fattispecie: mi pare ovvio che se compro tegole le compro fatte, altrimenti comprerei argilla, e quella non in un *certum numerum*, ma semmai di un *certum pondus*. Vero che l'insistenza sulla fattura potrebbe sottindere, nel silenzio del testo⁴², una preferenza del cliente per un prodotto fatto in casa, ma in ogni caso questo avrebbe potuto costituire elemento di dubbio per l'individuazione dell'oggetto del contratto (pacificamente di compravendita), non per la qualifica del contratto stesso.

7. Le direttive del committente avrebbero d'altronde poco spazio in un simile ordinativo⁴³, mentre non così nel caso di un *opus faciendum* in cui le tegole dovesero fungere da materiale: solo in tal caso si sarebbe potuta ipotizzare una *locatio conductio*, e solo in tal caso le complicazioni dell'adattamento a tutte le diverse specificità avrebbero giustificato la disputa giurisprudenziale; le tegole, che fornisce l'*artifex*, se pure non se ne specifica la funzione (un taglio che comincia ad apparire sospetto), possono infatti servire solo a lavori immobiliari su terreni di proprietà del committente, che non potrebbe essere *conductor rei*, ma al più *operarum*, nel qual caso però non si porrebbe il problema di acquisirne alcuna proprietà: è evidente allora che se il problema si pone, esso riguarda il prodotto finito (*opus*), ri-

come sarebbe qui il caso delle tegole, ma quelle dei liberti sono dovute in forza della *promissa*, che le rende un credito esigibile dal patrono nei confronti di un liberto precisamente individuato: *a fortiori* allora potremmo esigere come *pecunia* o *triticum*, ossia in via fungibile, le tegole non individuate se non per il loro numero. D'altronde «la lettura del passo [D. 17, 1, 52] mostra come ancora nel I secolo d.C. per Giavoleno, ai fini della validità dell'obbligazione sorta in capo al garante, non doveva esser ritenuta necessaria la determinazione della qualità del frumento», ma questi «poteva liberarsi dal proprio vincolo prestando anche frumento della peggiore qualità» (M. VARVARO, *Per una storia*, cit., p. 130). Lo stesso Giavoleno avrebbe allora omesso le specifiche di qualità necessarie ad individuare un bene, le tegole, che invece nella locazione avrebbe dovuto essere restituito identico?

⁴²) Un po' troppe però rischiano di diventare le illazioni interpretative a cui il giurista reticente costringerebbe gli interpreti.

⁴³) È possibile che *quod ut faceres* riassume anaforicamente precise direttive di produzione, non di impiego, delle tegole, ma sarebbe ugualmente curioso che Giavoleno, riferendosi alla specificità di un ordinativo tagliato, parlasse semplicemente di *certum numerum... certo pretio*, forse riprendendo lo stilema che era stato probabilmente utilizzato anche nella *sententia* cassiana cui allude Gaio, che però aveva parlato di *certi ponderis certaeque formae*, ed espresso così direttive ben più precise del semplice numero e prezzo, per cui evidentemente queste mancavano nella nostra fattispecie.

spetto al quale il committente si chiede a che titolo pagarlo: acquisto (*emptio*) o appalto (*locatio*)?

Chiarito a questo punto che l'*opus* non erano le tegole, ma ciò che con esse si realizzava, naturalmente sulla proprietà del committente/ acquirente, il problema non era nuovo alla giurisprudenza del tempo, e vale allora la pena di esaminare come venne affrontato da Sabino, custode dell'ortodossia (almeno per come essa ci è giunta), e da Paolo, di posizioni più eterodosse:

D. 18.1.20 (Pomp. 9 ad Sab.): 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.

D. 19.2.22.2 (Paul. 34 ad ed.): cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est

Il responso di Sabino è che, se vogliamo anche⁴⁴ che una cosa sia fatta per noi, come una statua, un certo vaso o una veste, in maniera da non offrire altro che denaro, risulta acquisto, né può in alcun modo essere appalto, quando non sia il committente a dare l'oggetto da cui ricavarli: altro è se do un'area dove costruire un'*insula*, perché allora da me proviene il fondamento dell'opera⁴⁵. Paolo invece sostiene che se appalto la costruzione di un condominio su un mio terreno⁴⁶, per cui l'impresario faccia tutto a sue spese, egli mi trasferisce la proprietà dei manufatti⁴⁷ e tuttavia resta appalto⁴⁸. Il passo paolino può essere allora utilmente avvi-

⁴⁴) Sorvolando sulle ipotesi emendative di *etiam*, Pomponio «wrote something like this: 'if we do not buy a ready-made object, if we want an object of a definite size and shape made for us rather'» (D. DAUBE, *Etiam*, cit., p. 214).

⁴⁵) Rendere «sostanza» in italiano sarebbe pericolosamente vicino a «materia», e quindi fuorviante se consideriamo che il punto è proprio che la materia proviene dall'artigiano: in italiano «sostanza» indica ciò che sta dentro alle cose, mentre *substantia* in latino è piuttosto ciò che sta sotto, e l'interiorità vi rappresenta semmai l'elemento di causa efficiente, più che di materia appunto.

⁴⁶) Non mi spingo ad ipotizzare che Paolo intendesse differenziare la fattispecie prevedendo una provenienza dall'artigiano anche per il terreno, differenziandosi così dal caso prospettato da Sabino (P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano, 1983, p. 105).

⁴⁷) *Eorum* è anaforico di *omnia*, il prodotto, non i materiali, di costruzione.

⁴⁸) Il testo continua *locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem*, facendo curiosamente diventare *locator* l'*artifex*, il che mi fa propendere per la tesi interpolazionista, già da tempo formulata (P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia*, cit., p. 105), anche per l'idea forse maliziosa che possa addirittura trattarsi di un maldestro tentativo sabiniano, data l'impossibilità di un misconoscimento della fattispecie, di deviarla verso una *locatio operarum*, al cui (impossibile) trasferimento di proprietà

cinato ad uno gaiano:

D. 41.1.7.12 (Gai. 2 rer. cottid.): Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est et, si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur: itaque neque diruto quidem aedificatio vindicatio eius materiae competit. certe si dominus soli petat aedificium nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum et tamquam in suo bona fide aedificavit: nam si scit, culpa ei obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum.

Si tratta di un caso di *inaedificatio* su suolo altrui con materiali propri: la proprietà dell'edificio è pacificamente del proprietario del suolo, ma con la, discutibile, precisazione che la consapevolezza dell'alterità del suolo farebbe perdere la proprietà dei materiali, anche oltre l'eventuale demolizione, introducendo una dimensione psicologica probabilmente estranea alla disciplina del *tignum iunctum*⁴⁹; il pro-

il committente non era certo interessato, mentre il passo attesta proprio la necessità del passaggio della proprietà di tutti i materiali utilizzati.

⁴⁹) Il principio di accessione, per cui *superficies solo cedit*, trovava un limite nella norma decemvirale: *tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito* (Fest. s.v. *tignum* [p. 502L]), sulla cui esegesi non mi soffermo (G. MELILLO, *Tignum iunctum*, Napoli, 1964, p. 12 ss.). Come successivamente sviluppato dalla giurisprudenza e attestato nel Digesto, «l'edificio appartiene al proprietario dell'immobile, in quanto *omne quod inaedificatur solo cedit*, mentre il proprietario dei materiali conserva su di essi il proprio diritto, ma non può, a causa del divieto delle XII Tavole, temporaneamente esperire né la *rei vindicatio* e neppure l'*actio ad exhibendum*» (F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, Milano, 1988, p. 77): «se una parte della dottrina ha ritenuto che la norma, tutelando esclusivamente il *dominus* della *res* prevalente, vietava al solo proprietario dei materiali azioni capaci di intaccare la integrità economica dell'edificio o della vigna, non pochi autori hanno invece supposto che il '*ne solvito*', perseguendo finalità di ordine pubblico, nello stesso tempo vincolasse il *dominus* dell'edificio o della vigna, cui sarebbe stato inibito il distacco delle travi al fine di attuarne la restituzione» (G. MELILLO, *Tignum*, cit., p. 27 s.); ipotesi questa che, benché minoritaria, troverebbe una conferma nella vicenda descritta da Cicerone (*Tull. 23.53*), per cui Fabio non avrebbe potuto distruggere la casa di Tullio, nemmeno se questi l'avesse costruita sul terreno di Fabio ed alla sua proprietà fosse acceduta (F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, cit., p. 52 ss.). «I giuristi non potevano non avvertire il disagio che tale situazione giuridica, così come era configurata, veniva a determinare. [...] I due distinti diritti di proprietà (quello sui materiali e quello sulla costruzione) venivano, in concreto, a insistere contemporaneamente sullo stesso oggetto fisico, il quale era considerato ora sotto il profilo della *materia* utilizzata, ora sotto quello della *res ex cohaerentibus* che ne era derivata» (F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, cit., p. 172 s.); per cui l'istituto conobbe sviluppi successivi: «siano stati Paolo e Ulpiano, o siano stati i compilatori ad aggiungere l'articolata fattispecie del costruttore malizioso, non dovrebbe comunque dubitarsi che l'ipotesi base, quella certo più antica, avesse un chiaro profilo obiettivistico, che, rispetto all'*actio in duplum*, non dava alcun rilievo alla posizione psicologica del costruttore» (G. MELILLO, *Tignum*, cit., p. 46), mentre il percorso della giurisprudenza romana andò nella direzione di un «principio di equilibrio che da un lato impediva il danno della *res* economicamente prevalente, ma con altrettanta energia cercava i mezzi a tutela della proprietà necessariamente sacrificata» (G.

prietario del suolo ha l'obbligo di liquidare il *pretium* dei materiali e le *mercedes* delle maestranze⁵⁰, pena l'*exceptio doli mali* alla sua pretesa sull'edificio, ma quest'obbligo vale solo nel caso di inconsapevolezza della controparte, perché viceversa se essa è consapevole le si può addebitare la colpa di aver costruito sull'altrui proprietà.

Il punto rilevante non è tanto la riproposizione o la rimodulazione del principio di accessione, con la pur importante affermazione che la proprietà dei materiali non si perde se non a certe condizioni, quanto piuttosto la menzione di *pretium* e *mercedes*, che configurerebbero appunto un duplice contratto di vendita e di appalto, analogamente a quanto proposto da Cassio per la commissione di anelli.

Questo raffronto rende a mio giudizio ancora più evidente la distanza delle

MELILLO, *Tignum*, cit., p. 94). «Se si considera che l'*actio de tigno iuncto* era rivolta al *duplum*, risulta assai ragionevole supporre che essa avesse natura penale. Inoltre è fin troppo evidente che tale azione poteva competere al proprietario del *tignum* solamente quando era altri che realizzava la congiunzione di questo alle proprie *aedes*, e non pure nell'ipotesi inversa» (F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, cit., p. 63); eppure «l'*inaedificatio* nell'immobile altrui ebbe nell'epoca storica in esame una rilevanza sociale non indifferente, e comunque superiore a quella che ebbe invece l'*inedificatio* nell'immobile proprio» (F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, cit., p. 124 s.). Mi pare comunque innegabile che il contemperamento degli interessi dei due proprietari, dell'immobile e dei materiali, era più favorevole al secondo nella primitiva disciplina penale che negli sviluppi successivi autorizzativi del prelievo dei materiali, non foss'altro perché la loro semplice restituzione a domanda non ne avrebbe risarcito il proprietario dell'usura a cui fossero andati incontro. «Ci sembra, cioè, assai probabile che il motivo per cui in Nov. App. 7, 21 non si parla più di persistenza del diritto sui materiali e di impossibilità solo temporanea di *vindicare* e di *agere ad exhibendum*, né tanto meno di esperibilità dell'*actio de tigno iuncto*, ma si attribuisce al loro precedente proprietario il diritto ad ottenere il *pretium* risieda nel fatto che a questi era ormai rimasta la sola possibilità di richiedere quell'indennizzo disposto tanti secoli prima dalla legge delle XII Tavole e mai, dopo, formalmente abolito» (F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, cit., p. 193). Che poi tale disciplina si applicasse non solo alle travi ma a tutti i materiali di costruzione, comprese le tegole, è detto chiaramente in D. 47.3.1 (Ulp. 37 ad ed.): *Tigni autem appellatione continentur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia, a prescindere della fantasiosa etimologia aggiunta (tigna autem a tegendo dicta sunt); inoltre anche alle migliori apportate dal conduttore, come testimonia D. 6.1.59 (Iul. 6 ex Min.): *Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: quaero, is qui imposuerat possetne ea vindicare. Respondit posse*. Il riferimento all'anno vale probabilmente a confermarne l'inusucapibilità: *nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse* (D. 41.1.7.10 ripreso in Iust. *Inst.* 2.1.29); *nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat* (D. 6.1.23.7).*

⁵⁰) «La rassegna delle fonti da noi svolta con riguardo alla tutela spettante al costruttore quando i materiali si trovavano aggregati nella costruzione fa, in definitiva, apparire assai plausibile che in età classica la disposizione decemvirale relativa al *pretium*, pur essendo ancora in vigore, abbia tuttavia trovato in concreto un'applicazione assai limitata, e per casi i quali dovevano presentare per i giuristi un interesse del tutto marginale, stante il silenzio pressoché totale che ci è dato riscontrare al riguardo nelle fonti» (F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, cit., p. 167)

posizioni di Sabino e Paolo⁵¹: poca cosa è constatare che «per entrambi i giuristi questa fattispecie è infatti da ricondurre al contratto di locazione»⁵², oltretutto trattandosi in ambo i casi di opere realizzate su beni immobili (laddove il responso cassiano riguardava beni mobili). Sabino in realtà quasi provocatoriamente pone in primo piano casi pacifici di compravendita⁵³, per il quali non ci sarebbe stato bisogno di scomodare un suo parere, quando forse il suo intento retorico era proprio quello di sottolineare, con un *fulmen in clausola*, che nel caso dell'*insula aedificanda* alla proprietà del terreno (*substantia*) accede quella, pur quiescente, dei materiali, senza necessità di alcun trasferimento dal loro dante causa; viceversa per Paolo⁵⁴ un trasferimento di proprietà sui materiali da usare nella *locatio* si imponeva, ed in questo caso, ma solo in questo⁵⁵, «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 opere»⁵⁶.

⁵¹) Non mi pare che «nel caso della commissione di un edificio era palese e indubbio che fosse l'attività lavorativa a primeggiare, per così dire, sulla fornitura del materiale; tant'è che il suo inquadramento all'interno di quello schema contrattuale così ampio e variegato qual era quello della locazione romana, appare [...] quanto mai pacifico in sede giurisprudenziale» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 244): se le fonti concordano nel parlare di locazione non è per una supposta primazia del lavoro, bensì per una, controversa, interpretazione del diritto di proprietà, che per Sabino, se mutasse, inficerebbe l'inquadramento della fattispecie mentre per Paolo mutava senza inficiarlo.

⁵²) B. COCHIS, *Una presunta disputa*, cit., p. 12.

⁵³) Né direi che in questi casi molto si aggiunge quanto al diritto di proprietà dell'artigiano, il quale, una volta terminata l'opera, sarebbe comunque obbligato, dalla consensualità del contratto progressivo, a trasferirla all'acquirente.

⁵⁴) Non a caso egli è ritenuto il promotore della *media sententia* in tema di *specificatio* (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 224). D. 41.1.7.7 (Gai. 2 rer. cott.): *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit [...]. Est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit.*

⁵⁵) Non mi pare affatto che Sabino «evidentemente allude con una velata punta di polemica alla diversa soluzione prospettata dal suo discepolo Cassio per il caso equivalente della *conventio cum aurifice*» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 247): se lo avesse voluto fare, avrebbe parlato di *unam emptionem*, così come Gaio (D. 19.2.2.1) parlò di *unum negotium*, volendo appunto confutare senza nominarla la duplice soluzione cassiana; qui semmai, a voler vedere un'allusione polemica nell'*ullam locationem*, essa è diretta a quanti sostenevano la soluzione contraria del quesito, e potevano comunque essere tanti. Viceversa nel brano paolino è verosimile rinvenire «un richiamo, per quanto indiretto e implicito ma a mio avviso indubbio, al duplice inquadramento contrattuale proposto dal sabiano Cassio» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 256).

⁵⁶) B. COCHIS, *Una presunta disputa*, cit., p. 11.

8. La chiusa del brano protagonista di quest'analisi è parsa allora in contraddizione con l'adesione di Giavoleno alla corrente sabiniana⁵⁷, in quanto non si limita ad affermare che l'alienazione della *materia* postula una compravendita, ma vi aggiunge anche la trasformazione, oltretutto con una poco perspicua correlazione copulativa; il che spingerebbe ad intendere i due requisiti come congiunti, anche in considerazione del fatto che prima, in combinazione negativa, sono considerati identificativi di *locatio conductio*, e poi, in combinazione positiva, di *emptio venditio*. Ciò in realtà crea non pochi problemi all'ortodossia della scuola, se prendiamo il caso di *locatio operis*, per la quale la trasformazione è l'oggetto stesso dell'obbligazione del conduttore, ma il passaggio di proprietà è, come abbiamo visto, categoricamente escluso dai sabiniani: tale contraddizione è stata perciò motivata da un'interpolazione⁵⁸.

Eppure, come già evidenziato nella parafrasi, le maggiori incongruenze, linguistiche e giuridiche, si riscontrano nella prima parte della risposta, non nella seconda. Al di là dei possibili tagli, che giustificerebbero, come già detto, l'anforicità del nesso relativo *quod* e l'anonimato della risposta⁵⁹, ai fastidiosi scivoloni stilistici (in sintesi: anacolutico e impersonale *respondit*, modifica nella risposta dei contenuti della domanda, inversione deittica delle parti con conseguente passaggio da un'alternativa *emptio/ locatio* ad una *emptio/ conductio* in luogo di *venditio/conductio*, materia della prestazione espressa con *in qua* al posto del più grammaticale *ex qua*) se ne accompagnano di giuridici.

Abbiamo appunto accennato ai deragliamenti deittici del testo: il committente del lavoro, che la testimonianza non specifica (o di cui probabilmente taglia la menzione, ripresa poi dal *quod*), si chiede se la fornitura convenuta di tegole sia per lui *emptio* o *locatio*, da intendersi appunto come *operis*, il lavoro non specificato; ma l'anonima risposta sostiene che se le tegole provengono dalla proprietà della controparte allora si avrebbe *emptio* e non *conductio*, con una variazione dei titoli negoziali che risulta sospetta nella sua incompletezza, in quanto solo la *locatio* è divenuta *conductio*, mentre l'*emptio* non si è invertita in *venditio*. Se ci riferiamo alla medesima parte che formula il quesito, allora essa potrebbe certo essere *emptor*, ma

⁵⁷) A. CORBINO, *La commissione*, cit., p. 149 s.

⁵⁸) «Naturalmente potrebbe ritenersi che l'incongruenza sia stata dettata da un accorciamento, e che il passo sia interamente di Giavoleno. Ma è anche possibile immaginare che l'ultima parte del testo sia un'interpolazione o un glossema» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 218).

⁵⁹) Una conferma del sospetto verrebbe dal fatto che nella maggior parte dei casi (D. 7.1.54; D. 16.2.15; D. 19.2.21; D. 19.2.51 pr; D. 27.5.3; D. 29.2.76; D. 31.41; D. 33.5.15; D. 35.1.67; D. 35.2.61; D. 36.1.48; D. 38.2.35; D. 38.2.36; D. 38.5.12; D. 41.2.23; D. 41.3.21; D. 42.5.28; D. 45.1.107; D. 46.1.44) il parere è introdotto dalla formula *quaero... respondit (quaerebatur... respondit* in D. 45.1.108) mentre *respondit* appare isolato solo in D. 12.1.36; D. 15.2.105; D. 19.2.21; D. 19.2.51.1; D. 39.1.23; D. 39.5.25; D. 50.16.116 (O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Roma, 2000, p. 285 ss.).

conductor solo *rei* o *operarum*: un noleggiatore di tegole sarebbe una curiosità umana prima ancora che giuridica, che abbiamo già escluso, e pure un datore di lavoro avrebbe di che assumere manodopera solo nel caso che i materiali fossero di sua proprietà, cosa che qui non è. Dovrebbe allora trattarsi, come sopra ipotizzato, di *conductio operis*, nel ruolo però inverso di committente (*locator operis*), per l'«io» che formula il quesito originario appunto come alternativa tra *emptio* e *locatio*; solo se il riferimento è alla controparte, e l'«io» non formula la domanda ma semmai la sola risposta, allora possiamo parlare di *conductio operis*; l'alternativa del responso avrebbe però dovuto essere in quest'ultimo caso con *venditio*, non con *emptio*.

Si ha *conductio* di una cosa, continua il testo, tutte le volte che la materia dell'oggetto (nell'oggetto?) di prestazione rimane nella medesima condizione e proprietà: la *res*, e il suo trasferimento (temporaneo, in attesa di restituzione), era elemento integrante, e unificante, della fattispecie della locazione, di qualunque tipologia essa fosse, e sul suo godimento, o sulle sue migliorie, si computava la mercede dovuta; per cui non deve stupirci a questo punto la menzione di una *res*. Il problema però nel caso di specie è capire a quale *res* si faccia riferimento: ancora una volta escluderei il riferimento alla manodopera (*conductio operarum*), innanzitutto perché immateriale, né avrebbe senso per essa parlare di materia, e poi perché su di essa non sussiste dubbio quanto al mantenimento della sua condizione e proprietà in capo al prestatore. Che la *res* siano allora le tegole, ipotizzando così una *conductio rei*, comporta non solo la già rilevata assurdità del noleggio di un materiale di costruzione, ma anche il pleonasma del principio enunciato, dal momento che possiamo considerare pacifico il divieto di trasformazione ed alienazione della cosa noleggiata; era invece *ius controversum* proprio la qualificazione giuridica della commissione di manufatti specificativi, nelle diverse opzioni di provenienza dei materiali, per cui in questo caso sarebbe stata opportuna l'enunciazione di una *regula iuris*. Il problema di riferire la *res* all'oggetto di una *conductio operis* consisterebbe nell'inversione dei titoli negoziali, in quanto la risposta indicherebbe la posizione della controparte rispetto al quesito originario: di questa *res* «l'utilizzatore finale», l'«io» che pone la questione, sarebbe *emptor* o *locator*, non *conductor*; ma si tratta, a ben guardare della medesima inversione che si era prodotta coi titoli negoziali all'inizio della risposta, e sia che la imputiamo all'andamento dialogico che ad un'interpolazione, si mantiene la coerenza ipotizzando un solo cambiamento.

In effetti, al di là della comprensibile opportunità di ridurre al minimo gli interventi interpolativi, operare sulla fattispecie e sul ragionamento sussuntivo piuttosto che sulla soluzione e sulla *regula*, quindi interpolare la prima piuttosto che la seconda parte della risposta, sarebbe risultato meno invasivo: stante il carattere generale ed astratto, la *regula* avrebbe potuto essere ricordata meglio della casistica della fattispecie, e conseguentemente l'interpolazione con maggiore difficoltà avrebbe potuto passare inosservata.

Non dimentichiamo inoltre che vi è una fondamentale differenza tra il caso di specie e quello gaiano degli anelli, che si inseriva nel solco di una lunga discussione tra i *prudentes*, come abbiamo sopra riassunto, ossia il fatto che l'*opus* da realizzare con le tegole si sarebbe probabilmente realizzato sulla proprietà del committente, e ne sarebbe pertanto potuto risultare un bene immobile, e non mobile come negli altri casi. Di conseguenza l'inquadramento di tale *opus* in una compravendita, per l'affermata necessità di un passaggio di proprietà, evidenzerebbe altresì una contraddizione col principio di accessione, per cui *superficies solo cedit*; motivo in più per giustificare la derubricazione di tale fattispecie da *locatio operis* a *conductio rei*, operatasi verosimilmente in seguito nel tentativo di semplificare una *quaestio* giuridica che rischiava di mettere in discussione importanti capisaldi del diritto, col risultato però di banalizzarla.

9. Pertanto l'interpretazione vulgata è andata nella direzione di considerare la fattispecie un dubbio giurisprudenziale tra acquisto e noleggio, complice anche la glossa⁶⁰, che, modificando ulteriormente le indicazioni deittiche e terminologiche, riporta:

Inter me et Titium convenit ut darem sibi certum numerum tegularum quas facerem de fundo meo. Quaeritur an sit venditio aut locatio? Dicitur quod venditio. Nam cum materia in qua aliquid praestatur, erit de eodem statu: manet conductio et locatio

Tra me e Tizio c'era un accordo di dargli un certo numero di tegole che avrei fatto dalla mia proprietà. Ci si chiede se è vendita o noleggio? Si dice vendita. Infatti rimane noleggio quando la materia in cui si compie la prestazione è della stessa condizione. La prima persona iniziale è diventata Tizio, la seconda invece prima, ma ovviamente l'*emptio* è diventata *venditio*, mentre la *locatio* è rimasta tale, ad indirizzare l'interpretazione verso la *locatio rei*, fattispecie in cui il fornitore può essere alternativamente venditore o locatore. Maggiormente problematica è però la sintesi che si attua delle motivazioni: innanzitutto è scomparso qualsiasi riferimento all'alienazione; per conservare l'inquadramento della fattispecie nella *conductio et locatio*, la materia, nella prestazione, deve essere *de eodem statu*, con un uso preposizionale di cui è difficile comprendere la funzione logica. Non ci si può infatti riferire alla sua posizione, perché, a voler dare un valore locativo, *de*, a differenza di *in*, esprime un movimento, incompatibile qui col pronome di identità *eodem*. Ci si

⁶⁰) H. DE LA PORTE (ed.), *Institutionum D. Iustiniani sacratissimi imperatoris libri quatuor, ad vetustissimorum simul et emendatissimorum exemplarium fidem summa diligentia recogniti, emendati. Cum scholiis Accursii. Adiecimus pluribus locis annotationes ex doctissimorum hominum commentariis, ex quibus, non parum lucis ac dignitatis his iuris civilis elementis accedit. Accessit corpus legum, antea non impressum, ac Caij Institutionum libri duo*, Lyon, 1558.

deve allora riferire alla sua condizione, per cui la materia in cui si presta non cambia nella locazione⁶¹. Ma quale materia dovrebbe cambiare in questa denegata ipotesi di locazione? L'argilla delle tegole, che quindi verrebbero fatte su ordinazione? Anche a prescindere dall'assenza di specifiche dell'ordinativo, questo sarebbe parimenti assurdo perché equivarrebbe ad affermare che si possono noleggiare solo prodotti non lavorati.

Mi pare piuttosto che nell'interpretazione vulgata del testo di Giavoleno ci sia una deviazione dall'inquadramento originario: è evidente che, in estrema sintesi, a chi si chiedeva se avrebbe contratto acquisto (*emptio*) o appalto (*locatio*), si risponde che è acquisto (*emptio*) e non noleggio (*conductio*); eppure la deissi delle parti è ripresa correttamente dalla domanda nella risposta alla fine del passo, dove, in conformità col carattere generale ed astratto della relativa introdotta dal *quotiens*, si afferma la *regula iuris* in cui sussumere la fattispecie: ogniqualvolta c'è una modifica sia di condizione sia di proprietà, si deve⁶² intendere *emptio* più che *locatio*. Per renderlo coerente con la risposta, la glossa interviene a riformulare il quesito come alternativa tra *venditio* e *locatio*, titoli negoziali confacenti entrambi alla medesima controparte: ad ammettere la buona fede della tradizione, comunque tutt'altro che pacifica, ciò che viene confuso è la commissione di un *opus* col noleggio di una *res*.

Si potrebbe allora, con tutta la prudenza del caso, ipotizzare che i glossatori si siano resi conto dell'incoerenza, ma, prestando fede al testo giustiniano, ed alla sua interpretazione vulgata, nella parafrasi che ne diedero, cercarono di sanarla invertendo ulteriormente i titoli negoziali. Invece sarebbe stata proprio l'opinione dominante ad essere basata su di un'ipotetico intervento correttivo che i giustiniani avrebbero operato sulla risposta originale di Giavoleno, ma solo nella sua prima parte, non nel principio generale affermato nel finale. Così facendo, tuttavia, si veniva proprio a creare l'incongruenza di cui si sarebbero accorti i glossatori, i quali la risolsero, esattamente come avrebbe fatto l'interpretazione vulgata, senza cioè prestare troppa attenzione alla precisione dei ruoli reciproci delle controparti. Se così fosse, in buona fede, evidentemente si trattava di interpretazione che si era consoli-

⁶¹) In questo modo forse si spiega la precisazione che la glossa introduce per *factas: tempore traditionis: faciendas tamen post contractum venditionis*; così facendo però si incorre in una pericolosa contraddizione: le tegole non esistono ancora in natura, ma vengono prodotte in seguito, con un'alterazione della materia che, secondo quanto in precedenza commentato, giustifica l'inquadramento della fattispecie nell'istituto della compravendita. Ragionando *e contrario* sarebbe allora legittimo qualificare la fattispecie come *locatio conductio* nel caso in cui le tegole fossero pronte già all'atto del contratto, il che è assurdo; è molto più probabile invece che il *facere* che determina l'un inquadramento o l'altro sia quello di un *opus* di cui non siamo informati, ma che prevede l'impiego delle tegole come *materia*.

⁶²) Un'altra annotazione si rivela interessante nella glossa (v. *supra*) e riguarda il valore di *debet*, di cui fornisce il riferimento ad alcuni passi di Sabino, per esemplificarne il valore epistemico piuttosto che deontico, in quanto non esprime un obbligo ma un'inferenza.

data nel tempo che separava il giurista dai compilatori; diversamente, in mala fede, a quel consolidamento era da ricondurre l'intento, ideologico, giustiniano.

10. Verificato, anche sulla scorta dell'interpretazione vulgata della Glossa, che la compilazione giustiniana aveva tentato, maldestramente, di indirizzare il quesito verso l'alternativa acquisto/ noleggio, possiamo provare a ricostruire il responso di Giavoleno, per appurare i principi che lo sostanziano e le ragioni che per converso potevano aver animato i compilatori a censurarlo: esso doveva verosimilmente riguardare, come abbiamo argomentato, una fattispecie ben più complessa di quella descritta, affine appunto a quelle prospettate da Sabino e Paolo⁶³, di dubbio tra acquisto ed appalto/ commissione, come correttamente inteso dai Basilici, e non tra acquisto e noleggio, come risulta dalla tradizione, costretta però a ricorrere ad ulteriori interventi emendativi. Altrettanto più complessa doveva essere la soluzione proposta: di essa ci rimarrebbe soltanto l'affermata necessità di una compravendita per le tegole, ma queste avrebbero probabilmente costituito materiale di costruzione su fondo del committente, e il quesito riguardava verosimilmente l'inquadramento contrattuale dell'intero *opus*, che Sabino non aveva esitato a definire *locatio*, senza la necessità del trasferimento di proprietà (ammesso invece da Paolo), per via che i materiali accedono alla proprietà fondiaria, *substantia* dell'opera; e allora la risposta di Giavoleno ci avrebbe probabilmente sorpreso. Affermare la necessità di una compravendita in un caso che per i Sabiniani era di indubbia locazione, la costruzione su fondo altrui, sarebbe probabilmente risultato più pericoloso persino della soluzione compromissoria di Cassio, che appunto contemplava compravendita dei materiali e commissione dell'opera, ma solo per cosa mobile, e portava invece alle estreme conseguenze le citate posizioni di Gaio e Paolo.

Certo, per soccombere alla semplice dazione delle tegole nella configurazione giuridica, l'attività edilizia messa in atto con esse doveva essere ancora più semplice, poco più della loro consegna, come una posa che non richiedesse particolare perizia, o il cui lavoro potesse comunque svolgersi in tutto o in massima parte anche fuori dall'area di installazione: una sorta di prefabbricato per intenderci, al quale la categoria di bene mobile poteva attagliarsi come e più di bene immobile. Oppure si potrebbe ipotizzare una soluzione più complessa, sul modello di quella cassiana, di due distinti contratti di acquisto dei materiali e compenso del lavoro, in linea oltre-

⁶³) Non sfugge la distanza, anche temporale, tra le diverse posizioni, ma la legittimità del confronto consiste proprio nel fatto che la fattispecie si inseriva in un conflitto giurisprudenziale prolungato ed acceso, che verosimilmente non avrà trovato composizione nel chiuso di una cerchia di giuristi concordi e contemporanei: già in precedenza abbiamo ricordato l'ipotesi che si debba a Paolo la *media sententia* che compose il conflitto tra Sabiniani e Proculiani sulla *specificatio*; se un simile intervento non ci fu, o non fu efficace, è segno che le posizioni erano troppo distanti per conciliarsi, non certo per continuare a confrontarsi e combattersi, finché una delle due non prevarrà sull'altra magari col ricorso ad altre armi che quelle dialettiche.

tutto col frammento paolino, che avrebbe ad esempio trasferito sul neoproprietario i rischi della proprietà di materiali già pronti e preventivamente consegnati, sottolineando l'ordinativo evaso di tegole prefabbricate (*factas*) e sorvolando sulla finalità di queste, che pure dovevano prevedere un'attività messa in campo dal venditore e tagliata scientemente dai compilatori o sottintesa dallo stesso Giavoleno. L'ampia ammissibilità di congetture sull'utilizzo delle tegole è naturalmente motivata dall'assenza di indicazioni su quale fosse l'*opus* richiesto, ma una volta che la fattispecie è inquadrata nel responso come compravendita, l'impiego diventa irrilevante in quanto finalità del negozio stesso: ciò che rileva è da un lato l'esistenza di una confusione, che abbiamo ipotizzato con la *locatio operis* per la maggiore plausibilità che tale dubbio potesse sorgere, dall'altro la soluzione proposta, che dissipa il dubbio ne avrebbe però presumibilmente sollevati altri, su fattispecie analoghe diversamente risolte.

Un simile rischio può motivare il sospetto che la giurisprudenza giustiniana, presso la quale «la prospettiva di Sabino [...] avrà una notevolissima fortuna»⁶⁴, possa essere intervenuta a censurare la posizione di Giavoleno, eliminando ogni riferimento alle ipotetiche direttive di costruzione con le tegole e cercando di indirizzare il quesito giurisprudenziale dalla confusione con l'appalto verso un loro eventuale, ed inverosimile, noleggio, una *conductio rei* appunto: per fare questo, avrebbe eliminato l'inquadramento iniziale e sarebbe intervenuta sui deittici dei contraenti, in maniera che il beneficiario si trasformasse da potenziale *locator operis* a *conductor alicuius rei*, anticipando quest'ultimo genitivo che più correttamente doveva essere specificazione di *materia* e antecedente del pronome relativo. Con l'ausilio delle supposte espunzioni ed integrazioni, possiamo allora congetturare l'interpolazione a cui è stato sottoposto il frammento:

D. 18.1.65 (Iavol. 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 [tib]<mih>i factas ut dare[m]<s> convenit, emptionem puto esse, non <locationem> [conductionem]: totiens enim <locatio> [conductio alicuius rei] est, quotiens materia <alicuius rei>, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet.

Risaliamo così ad un testo, ipoteticamente ricostruito, nel quale, in una premessa, tagliata <...>, il giurista informava verosimilmente del dubbio sorto tra lui (*ego*) e l'interlocutore (*tu*) su come qualificare il montaggio di un semplice riparo da adibire *exempli gratia* a cuccia per il cane, senza peraltro necessità di porre il quesito a una persona fisica, di cui infatti non si fa nome; il testo riporta però solo che

⁶⁴) R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 206.

l'accordo era che tu mi dessi un certo numero di tegole a un certo prezzo per fare il lavoro: si tratterebbe di *emptio* o *locatio*? A questo punto si introduce in forma anonima, perché impersonale, la risposta⁶⁵: Giavoleno senz'altro fa proprio tale parere, che a ben guardare si rifà all'intransigenza sabiniana sulla committenza con materiali dell'artigiano, ovviamente una volta chiariti alcuni termini che nella domanda non risultavano espliciti. Il *novum* della risposta è *ex meo fundo* e *factas*: se l'accordo era che, «sulla mia proprietà» (ma lo stesso varrebbe se intendessimo «dalla tua proprietà»⁶⁶), tu mi fornissi tegole già montate, ritengo sia *emptio*, non *locatio*; il punto è che le tegole nella risposta si intendono fatte, fatte per me, cioè secondo indicazioni che devono andare al di là della semplice produzione standardizzata, al di là cioè della semplice tegola, e questo da qualche parte doveva pur essere specificato.

Una volta sistemate come desideravo le tegole, si chiarisce che posso considerarle *locatio* tutte le volte che la materia della cosa nella quale consiste la prestazione rimane nella medesima posizione e proprietà, interpretando appunto *status* come la loro collocazione più che condizione; tutte le volte invece che cambia posizione e proprietà si deve pensare ad *emptio* piuttosto che a *locatio*. Il principio⁶⁷ che la materia debba conservare la propria posizione va circoscritto all'atto della prestazione, che naturalmente non si compie fino a che le tegole non sono *factas*: nel caso di specie, sia ad intendere *ex meo fundo* come «sulla mia proprietà» che *ex tuo fundo* come «dalla tua proprietà», è evidente che le tegole passano da te a me, pertanto è compravendita, mentre sarebbe commissione solo se da me provenisse la materia prima, e non solamente l'area di installazione. Così inteso tale principio non solo si applicherebbe anche alla commissione di cosa mobile, il cui materiale va restituito alla posizione del committente, ma sgombrerebbe altresì il campo dalla confusione con le altre tipologie locative, a cui non potrebbe applicarsi: le *operae* sono infatti immateriali mentre il noleggio verrebbe a configurarsi per ciò che è già mio e di cui

⁶⁵) *Respondit* avrebbe quindi valore passivo-impersonale, un po' come nelle forme substandard ma già desuete dell'italiano «dice» o «scrive»: *dice che piove*; *scrive che non si può*; come peraltro anche il latino *convenit* ha.

⁶⁶) Anche *ex meo fundo* potrebbe aver subito l'inversione deittica dell'interpolazione e quindi potrebbe leggersi *ex tuo fundo*, «dalla tua proprietà», il che peraltro non aggiungerebbe nulla alle informazioni già ricavabili, visto che la proprietà delle tegole in capo all'artigiano è già evidente nella *datio* che se ne fa; viceversa la conservazione della lezione tramandata risulta più informativa, in quanto giustifica maggiormente il conflitto giurisprudenziale sottolineando che dal beneficiario proviene quella che Sabino aveva definito *substantia* (*ex* in latino esprime oltre alla provenienza e alla materia, che *substantia* non sono, anche il modello e la causa efficiente), eppure non basta per Giavoleno ad acquisire la proprietà del manufatto, che rimarrebbe proprio al titolare dei materiali.

⁶⁷) Naturalmente è possibile pensare ad un'interpolazione anche del principio giuridico espresso, che infatti alcuni hanno ritenuto un glossema; ma il fatto che mal si attagli alla precedente ipotesi interpolativa sconsiglia di ipotizzare una doppia, e incongruente, interpolazione.

fornisco la materia⁶⁸. In sostanza intesero giusto i Basilici individuando il *discrimen* della fattispecie nella provenienza, *rectius* nella permanenza o meno della materia nella sfera del beneficiario. Il riferimento è alla materia dell'oggetto della prestazione, in questo caso le tegole che vanno a costituire un prefabbricato autonomo, e non a quella del suolo o dell'immobile su cui si montano, da Sabino definito *substantia*, perché diversamente non si comprenderebbe come possa trasferirsi.

Se la permanenza dello *status* qualifica la *locatio operis*, non possiamo vederla come assenza di modifiche, ma piuttosto come assenza di spostamenti: il principio giuridico che si intende affermare nel frammento non esclude infatti, in maniera che sarebbe invece risultata davvero problematica⁶⁹, la trasformazione della *res* lavorata nella *locatio conductio*, che nella fattispecie abbiamo ipotizzato essere *operis*, dal momento che una sua trasformazione, in entrambe le ipotesi, è inevitabile per l'esplicito impegno a *facere*, bensì il suo spostamento, ovviamente abbinato alla sua alienazione: se al cambio di posizione si accompagna un cambio di proprietà si configura compravendita. In questo senso, oltre a comprendersi la *ratio* dell'interpolazione, appare maggiormente fondata anche quella del responso originario, che invece nell'interpretazione vulgata era apparso, anche nei suoi elementi non interpolati, incongruente al punto da sembrare una glossa: non si intende appunto affermare che nella locazione sono impossibili cambiamenti di stato nella materia dell'opera, il che sarebbe appunto inaccettabile in caso di appalto. Piuttosto il motivo per cui la fattispecie viene qualificata come compravendita è da cercare negli ulteriori elementi che la risposta aggiunge asimmetricamente alla domanda; in particolare, al di là dell'indicazione della proprietà del fondo⁷⁰, nella

⁶⁸) Il principio va limitato infatti a quelle fattispecie di appalto o commissione che potevano confondersi con l'acquisto, quelle fattispecie cioè in cui la cosa entra, nel caso di acquisto, o rimane, nel caso di appalto nella mia proprietà: se la materia è mia, o resta nel mio, è appalto, sennò è acquisto; a tutti quei casi invece che tale confusione non generano, il criterio non si applica: la loro sussunzione nella categoria di locazione è possibile, ovviamente in forza di altri parametri che non siano l'assenza di trasferimento della materia. Altrimenti si porrebbe il problema della *locatio rei vehendae*, così come si era posto quello dell'appalto con materiali dell'artigiano: la cosa mobile può essere trasportata senza trasferirne la proprietà, così come i materiali altrui possono passare di proprietà nella locazione a condizione di impiegarli *in situ*. Ma nel caso della *res vehenda* nessuno dubita che la *res locata* possa in alcun modo considerarsi acquistata dal controverso conduttore, e per la costruzione con materiali altrui era forse *ius controversum* il titolo di acquisto della proprietà degli stessi; o più semplicemente la *regula*, come spesso in diritto romano, ha valore nel caso concreto enunciato.

⁶⁹) Se *statu e immutatur* fossero intese come assenza di modifiche, sarebbe estremamente difficile sussumere nell'appalto anche i lavori sui beni altrui, per quanto immobili, che invece sia Sabino che Paolo, per diverse ragioni, ritengono possibili nel caso citato dell'*insula aedificanda*.

⁷⁰) Per quanto rimanga controverso se debba trattarsi del mio fondo, quindi quello di costruzione, o del tuo fondo, quindi quello di produzione.

sottolineatura che si tratta di *opus perfectum*⁷¹, un prefabbricato diremmo oggi, per cui il *faceres* diviene *factas*, ed in quanto tale esso può *immutari*.

11. Non c'è allora necessità di scomodare la sconfessione da parte di Giavoleno delle consolidate teorie dell'accessione, elaborate oltretutto per il caso di costruzioni immobiliari appunto, non di manufatti mobili: abbiamo visto infatti quanto fosse categorica l'esclusione sabiniana della commissione di beni mobili con materiali altrui, per cui non sarebbe una sorprendente deviazione dall'ortodossia l'esclusione di questo caso dall'appalto da parte di Giavoleno, bensì proprio una sua estrema applicazione, per quanto certo si sarebbe trattato di un caso limite, foriero di numerosi distinguo; l'accessione si verificherebbe, ma solo per i beni immobili, anche se fossero costruiti con materiali dell'artigiano, a patto però che costui non possa spostare e vendere ad altri il prodotto finito. Forse proprio la novità di simili ritrovati tecnologici, per i quali non dobbiamo pensare a case mobili, bensì a semplici baracche montabili e smontabili con facilità, la cui materia si sarebbe cioè potuta modificare e trasferire, avrebbe potuto generare una confusione che i compilatori hanno preferito evitare. Si configurerebbe cioè una sorta di eccezione al *tignum iunctum*, che fin dalle XII Tavole abbiamo visto essere inseparabile dall'immobile a cui ha acceduto: i materiali di un'opera oggetto di prestazione, se non sono fissati non accedono all'immobile e l'opera non può dirsi appalto ma acquisto, e in quanto tale il trasferimento della sua proprietà comporta il pagamento del prezzo, diversamente l'artigiano potrebbe liberamente riprenderseli⁷². Così inteso infatti, l'*opus* non è collegato al terreno, perché la prestazione sta nel prefabbricato e la sua materia è l'argilla, mentre se si trattasse di edificio la prestazione si realizzerebbe sul terreno, e se questa materia (o *substantia* nel pensiero di Sabino) fosse mia avrei davvero un appalto.

Una simile concezione evidentemente rischiava di essere ben più destabilizzante del contrasto tra Sabino e Paolo che abbiamo precedentemente trattato sulla necessità di un trasferimento della proprietà per lavori di costruzione su fondo proprio con materiali altrui, se si fosse inteso come trasformazione lo spostamento da abbinare all'alienazione per configurare compravendita, ambiguità che probabilmente si sarà insinuata in alcuni giuristi; Giavoleno si spinge addirittura a

⁷¹) La considerazione dell'*opus locatum conductum* come *perfectum* è riportata in D. 50.16.5.1 (Paul. 2 ad ed.): *opere locato conducto: his verbis labeo significari ait id opus, quod graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*. Si tratterebbe della prima definizione di *locatio operis*, dovuta verisimilmente a Labeone (L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 39 ss.), e appunto la compiutezza sarebbe la caratteristica fondante dell'adempimento dell'obbligazione di *locatio operis* (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 156).

⁷²) Vero che sarebbe bastata la semplice *traditio* a trasferire la proprietà, ma se fossero sorti dubbi sulla validità del contratto, questo sarebbe rimasto senza causa, e non si sarebbe potuta obiettare accessione alle pretese rivendicatorie dell'artigiano.

ipotizzare una compravendita *tout court*, per quanto in un caso estremamente particolare, che tuttavia, magari proprio per la sua peculiarità, non avrebbe consentito di tenere fuori dal dibattito non solo il compromesso cassiano, ma neanche le contestate teorie proculiane sull'acquisto della proprietà in capo allo specificatore oltretché la stessa disciplina dell'accessione e del *tignum iunctum*.

Si potrebbe obiettare che la censura sabiniano-giustiniana non si era abbattuta su simili testimonianze⁷³, se anzi le ha riportate, autorizzandoci a parlare di *ius controversum*; ma, a parte la maggiore gravità del caso, che ho tentato di illustrare, non dimentichiamo che è Gaio⁷⁴, a ricondurre ai *plerisque* l'inammissibilità di una compravendita nella locazione menzionando comunque la sentenza cassiana, mentre le testimonianze inserite nel Digesto sono di giuristi tardorepubblicani, oltretutto citati spesso di seconda mano da chi ne confuta le posizioni: la posizione di Giavoleno, al pari e forse più di quella di Cassio, avrebbe destato decisamente più scandalo⁷⁵.

⁷³) Anche per quelle gaiane del resto si era parlato di «fattispecie che oggi potremmo definire 'border-line'» (S. LONGO, *Emptio venditio*, cit., p. 6 s.).

⁷⁴) Ripreso nelle *Istituzioni* ma non nel *Digesto*.

⁷⁵) Ma non solo passi di altri giuristi eterodossi erano scampati alle forbici dei compilatori, se lo stesso Giavoleno ammetterebbe un trasferimento di proprietà nella locazione in D. 44.7.55 (Iavol. 12 epist.): *In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest*. Sostiene infatti il giurista che in tutti i casi di trasferimento di proprietà deve intervenire il consenso da ambo le parti: che si tratti di vendita, donazione, *conductio* o qualsiasi altra causa di contratto, se esso manca, ciò che è messo in atto non può avere effetto. Come si vede il testo non presenta gli strafalcioni stilistici e giuridici di quello in discussione, e l'interpretazione che se ne dà *ictu oculi*, per cui Giavoleno esemplifica anche con la *conductio* i negozi atti a trasferire la proprietà, risulta la più ovvia e per questo anche la più plausibile. Ma che ne fossero possibili altre letture, con cui magari essi stessi concordassero in virtù delle proprie posizioni ideologiche, costituì probabilmente per i compilatori una *sincera* che in questo caso, a differenza di quello interpolato, l'ammissibilità di una compravendita al posto di una locazione non era così pacificamente desumibile: quello che nel frammento viene detto, potrebbe al massimo essere che nella *conductio* c'è un trasferimento della proprietà, se non si crede ad una fusione operata con scarso successo testuale tra due ragionamenti di diversa, e concentrica, portata; uno limitato ai negozi che comportano trasferimento di proprietà, e l'altro a tutti i negozi consensuali. Si è invece sostenuto che «il discorso di Giavoleno si divideva in due parti: nella prima egli affermava che in tutti i negozi in cui si trasferisce il *dominium* è necessario che sul punto vi sia la volontà (*affectus*) di entrambi i contraenti; nella seconda, sottolineava l'importanza della presenza di un accordo delle parti sulle finalità del negozio in ogni contratto»; ipotizzare però che «la locazione potrebbe non essere stata citata come esempio di contratto che trasferisce il *dominium*, ma come esempio di contratto in cui è necessario che le parti si accordino sulle finalità del negozio», significa ipotizzare un'interpolazione che abbia fuso insieme due parti provenienti da contesti diversi, mentre il testo si presenta al lettore estremamente coerente e coeso, molto più del nostro appunto. Il *nam* chiaramente esemplifica le fattispecie *quae dominium transferunt*, e all'interno di esse va cercata *quaelibet alia causa contrahendi*, senza bisogno di «far dire a Giavoleno che ogni contratto è finalizzato ad un trasferimento di proprietà» (R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 220). Il carattere generale e teorico del

Non era infatti tanto la particolarità, e forse anche la marginalità del caso concreto, rispetto al quale la giurisprudenza classica era appunto intervenuta come *ars boni et aequi*, a suscitare le preoccupazioni del mutato approccio legalistico, quanto l'exasperazione di un principio che, in fondo, era di ispirazione sabiniana nella sua negazione di alcuna *locatio* con materiali altrui, ma che, nella nuova chiave interpretativa generale ed astratta, si poteva prestare a pericolosi fraintendimenti, minando addirittura i capisaldi teorici già acquisiti in materia di accessione e specificazione. Conseguentemente si sarebbe preferito neutralizzare la portata dell'*exemplum*, modificandone i termini per ridurlo all'irrilevanza attraverso la sua riproposizione come incertezza tra noleggìo e acquisto, quando appunto nessun giurista competente avrebbe potuto aver dubbi tra questi due nuovi poli di controversia. Le tracce di una simile manipolazione sono però rimaste nella difficoltà per gli interpreti di attribuire i corretti titoli negoziali alle parti, il che ha probabilmente indotto i glossatori a riformulare anche il quesito.

frammento, non animato dalla discussione di alcun caso controverso, potrebbe semplicemente non aver attirato l'attenzione della censura.