

Collana Ravenna Capitale

Comitato scientifico

Manuel Jesús García Garrido (UNED Madrid)

Francesco Amarelli (Università di Napoli Federico II)

Jean Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris)

Federico Fernández de Buján (UNED Madrid)

Salvatore Puliatti (Università di Parma)

La presente pubblicazione è stata curata da Gisella Bassanelli Sommariva,
Simona Tarozzi, Paola Biavaschi.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti
a doppio referaggio anonimo.

RAVENNA CAPITALE

DISCIPLINA DEGLI ATTI NEGOZIALI
INTER VIVOS NELLE FONTI DI
IV - VII SECOLO, IN OCCIDENTE

© Copyright 2019 by Maggioli S.p.A.
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2008

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595
www.maggiolieditore.it
e-mail: clienti.editore@maggioli.it

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna (RN)

Indice

Presentazione	pag. vii
A proposito delle <i>obligationes ex contractu</i> nell'<i>Epitome Gai</i> di <i>Silvia Schiavo</i>.....	» 1
Sulla buona fede contrattuale nelle fonti tardo antiche di <i>Paola Bianchi</i>	» 27
La disciplina degli atti negoziali <i>inter vivos</i> nei rescritti <i>ex</i> <i>Gregoriano</i> ed <i>Hermogeniano</i> accolti nel <i>Breviarium</i> di <i>Giorgia Maragno</i>	» 73
C. 7.39.2 e il precario in Occidente tra Tardoantico e Medioevo di <i>Paola Biavaschi</i>	» 103
Gli atti costitutivi di diritti reali in età tardoantica: spunti per una prospettiva sistematica di <i>Saverio Masuelli</i>	» 119
Forme di pubblicità degli atti di alienazione nel tardo antico: dall'intervento dei vicini all'<i>insinuatio apud acta</i> di <i>Francesco Fasolino</i>	» 131
Gli atti compiuti <i>a non tutore</i>: la disciplina in Occidente alla luce di PS. 1.4.8 di <i>Alessia Spina</i>.....	» 145
<i>Interpretatio visigotica</i> a C.Th. 8.12.1 e la <i>donatio post</i> <i>obitum</i> della prassi nelle province occidentali di <i>Simona Tarozzi</i>.....	» 165
Emancipazione come <i>rite de passage</i> di <i>A.J.B Sirks</i>.....	» 177

C. 7.39.2 e il precario in Occidente tra Tardoantico e Medioevo

Paola Biavaschi

(Università degli Studi dell'Insubria Varese/Como)

Se il precario nasce come una situazione intrinsecamente extra-negoziale, citata in primo luogo all'interno della *clausula vitii*, con l'esplicito fine di impedire al precarista di difendere, tramite il ricorso agli interdetti possessori, dalle legittime pretese di restituzione del concedente, il proprio possesso anomalo, "naturalmente" viziato dall'essere frutto di una concessione gratuita, successivamente, a partire almeno dal periodo tardoclassico, cominciano a intravedersi tracce di una sua progressiva inclusione nell'orbita delle fattispecie obbligatorie.

Le caratteristiche che molti autori del passato hanno voluto attribuire alla figura del precario erano: 1) il fatto di essere una libera concessione a titolo gratuito, scaturente da una richiesta informale (*prece*¹) del precarista. 2) la possibilità per il *precario dans* di revocare la concessione *ad nutum*, quindi in ogni momento, senza nessun tipo di giustificazione o avviso. Tuttavia, studiando tale fattispecie anche in epoca classica, si trovano numerose antinomie rispetto a quei due semplici elementi, così che la fattispecie, posta al limite tra il giuridico e l'extragiuridico, appare spesso sfuggente e difficilmente astretta da criteri rigidi e vincolanti. Il precario si presenta, infatti, come una realtà multiforme sin dalla sua genesi: accanto alla natura possessoria, seppur anomala perché chiaramente carente di *animus*, vi è in talaltri casi anche quella di mera detenzione², come si evince dalle fonti epigrafiche, oltre che da varie testimonianze presenti nel Digesto.

Il momento storico che ha segnato nettamente l'evoluzione del precario si situa all'inizio del IV secolo d.C., tempo in cui germogliano i semi gettati dai giuristi romani classici e postclassici (in particolare, Giuliano³, Celso⁴, Tertulliano⁵, Macro⁶ e

¹ J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 128, propone che *precario* sia un ablativo di modo, mentre P.P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano, 1969, 287. V. P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006, 105 ss. con ampia bibliografia sulla questione.

² V. SILVA, *Precario con possesso e precario con detenzione*, in SDHI, 6, 1940, 233 ss. per prima mette in evidenza le apparenti antinomie delle varie forme di precario.

³ D.43.26.19.

⁴ D.43.26.5.

⁵ D. 41.2.38.

⁶ D.2.8.15.2.

Ulpiano⁷) e il precario si trasforma da rapporto principalmente non obbligatorio a vero e proprio contratto, con due esiti diversi a seconda delle due parti dell'Impero.

Sotto il regno di Costantino si pone la svolta trasformatrice: viene introdotto l'esplicito divieto, la cui trasgressione pone in essere una sanzione molto dura, di reagire violentemente per ottenere il ripristino del possesso. Ciò che per secoli era stato considerato assodato, ossia la possibilità per il proprietario di agire in modo autonomo e spontaneo per riprendersi ciò è proprio⁸, diviene un illecito⁹: la giustizia penserà in primo luogo a difendere colui che è stato *deiectus* e, solo in seconda battuta, andrà a controllare la situazione di diritto. Una riforma che cambierà per sempre l'approccio che un privato deve assumere di fronte alla violazione dei propri diritti restitutori.

Il provvedimento legislativo di cui parliamo si trova conservato nel Codice Teodosiano all'interno del libro IX, sotto la rubrica *Ad legem Iuliam de vi publica et privata*, la quale contiene quattro leggi, di cui ben tre di epoca costantiniana. La costituzione, databile al 319 d.C. (il 6 ottobre è indicato come giorno di pubblicazione nella città di Roma)¹⁰ è indirizzata al *praefectus urbi Septimius Bassus*¹¹.

C.Th.9.10.3: IDEM A. AD BASSUM P. U. Si quis ad se fundum vel quodcumque aliud asserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat, civiliter super possidendo agat, aut impleta solennitate iuris crimen violentiae opponat, non ignarus, eam se sententiam subiturum, si crimen obiectum non potuerit comprobare, quam reus debet excipere. quod si ommissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnia violentiae causam examinari praecipimus, et in ea requiri, quis ad quem venerit possidentem, ut ei, quem constiterit expulsum, amissae possessionis iura reparentur, eademque protinus restituta violen-

⁷ D.43.26.1.

⁸ Come già osservato da P.P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano, 1969, 78, limitiamo l'indagine al tema della *vitiosa possessio*; dal punto di vista generale, infatti, già Augusto e Marco Aurelio avevano preso provvedimenti contro l'autotutela. P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium* cit., 347.

⁹ L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto privato*, in AUPA, 15, 1936, 192 ss. e G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen Recht*, in *Festschrift Steinwenter*, Graz – Köln, 1958, 114 ss. Ancora illuminante la ricostruzione di L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, Napoli, 71, 70 ss.

¹⁰ La costituzione risulta PP, pubblicata a Roma il 6 ottobre, data in cui Basso avrebbe già cessato di ricoprire il suo incarico, sostituito da settembre da *Maximus*. Non è strano che costituzioni inviate a un certo destinatario, siano poi pubblicate quando questo ha cessato il suo incarico, infatti la pubblicazione può risalire a mesi dopo l'emanazione (O. SEECK, *Regesten der Kaise und Päpste: für die Jahre 311 bis 476 n.Chr.*, Frankfurt, 1984, 58 e 168). Sono proprio le costituzioni a indicarci il luogo di probabile soggiorno di Costantino tra il 318 e il 319: si suppone infatti (TH. MOMMSEN, *Prolegomena*, CCXIII) che egli non abbia soggiornato in Italia o in Gallia, ma solamente nell'Illirico.

¹¹ Questo personaggio fu prefetto della città di Roma tra il 317 e il 319 d.C.: non rimangono notizie su altre cariche da lui ricoperte. Abbiamo il nome completo in *Chron.* 354 e C.Th. 1.2.3, vd. PLRE I, *Septimius Bassus*, 157.

tus, poenae non immerito destinatus, in totius litis terminum differatur, ut, agitato negotio principali, si contra eum fuerit iudicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis. Quod si pro eo, quem claruerit esse violentum, sententia proferetur, omnium rerum, de quibus litigatum est, media pars penes eum resideat, cetera fisci viribus vindicentur. PP. PRID. NON. OCT. ROMAE, CONSTANTINO A. V. ET LICINIO C. COSS. (319 d.C.)¹².

La sanzione prevista in caso di trasgressione del dettato legislativo è molto dura: se il *deiciens* risulterà aver utilizzato la violenza senza neppure giustificazione giuridica fondata, subirà la *deportatio in insulam* e tutti i suoi beni saranno confiscati. Se, invece, vedrà dichiarate favorevolmente le proprie ragioni, metà del bene in merito al quale si è tenuto il processo sarà assegnato a lui, ma metà andrà al fisco, il che era sicuramente un pesante colpo all'inviolabilità del *dominium*. In questo modo si colpisce duramente dal punto di vista patrimoniale anche chi, pur avendo le sue buone ragioni per reclamare la restituzione del bene, invece che rivolgersi all'autorità preconstituita, ha preferito farsi giustizia da sé.

Secondo Levy¹³, quindi, la *sententia* paolina 5.6.7, che ribadisce la possibilità di *impune deicere* sarebbe un rimasuglio di epoca precedente rispetto alla costituzione costantiniana¹⁴ e sarebbe stata presto superata: è il definitivo tramonto dell'*exceptio vitiosae possessionis*, quantomeno se considerata come mezzo di autotutela. Secondo Zamorani, il divieto di spossessamento del possessore vizioso determina l'uso semplicemente dell'interdetto e quindi il crollo dell'interesse a considerare il precario come una forma di possesso anomalo.

In realtà il processo è forse da considerarsi in prospettiva rovesciata: la trasformazione del precario in un istituto "stabilizzato", considerato affine ad alcuni contratti, determina in un certo senso un suo elevamento dal punto di vista del "rango" giuridico: la tutela aumenta, non diminuisce, poiché diviene possibile il ricorso a un'*actio*, tuttavia tale ingresso "ufficiale" nel mondo giuridico, rende la protezione giudiziale sì più certa, ma anche più controllata. Veramente complesso rendersi conto se tale ricorso divenga possibile già a partire dall'epoca classica, o tardoclassica, oppure se la sua citazione nel Digesto, per esempio in Giuliano (D.43.26.19) sia semplicemente dovuta alla presenza di interpolazioni giustinianee, come postulava la critica interpolazionistica¹⁵, anche se certamente risulterebbe più coerente con lo sviluppo postclas-

¹² La costituzione è conservata nel Codice Giustiniano in C.9.12.7, nel *Breviarium Alaricianum*, in cui è corredata da parziale *interpretatio* e ance nella *lex Romana Burgundionum* (R.8.2).

¹³ E. LEVY, *West Roman Vulgar Law: the Law of Property*, Philadelphia, 1951, 246 s.

¹⁴ "...here we have the Sentence in its pre-constantinian version reporting the law still in force under Diocletian".

¹⁵ Il tentativo di proporre una versione convincente e logicamente unitaria del precario ZAMORANI, *Precario habere* cit., 183 ss. e *passim*, si fonda sulla razionalizzazione delle fonti tramite una lettura interpolazionista.

sico l'ipotesi di un processo di trasformazione lento e inesorabile iniziante in epoca almeno tardoclassica¹⁶.

Il momento di definitivo tramonto della concezione di *habere precario* come vizio del possesso, come visto, risale al 319 d.C., quando C.Th.9.1.0.3 vieta definitivamente l'esplicazione di qualsiasi *vis* in relazione al recupero del possesso. Si aprirebbe allora l'epoca in cui il precario sarebbe stato considerato solo come rapporto di tipo obbligatorio e una progressiva, ma inesorabile, decadenza della considerazione della sua natura possessoria (del resto, già, non univocamente, presente in epoca classica). Tale abbandono della concezione classica è peraltro assolutamente spiegabile: la natura di *possessio* anomala era una "stravaganza" legata alle ragioni del passato, che dopo le nuove riforme costantiniane e dopo l'introduzione della possibilità di ricorso all'*actio*, diventa perfettamente inutile.

Senza dubbio su questa strada ci conduce un'analisi delle *Pauli Sententiae*, che sono state per lo più lette in chiave di ultima sopravvivenza della natura di *vitiosa possessio* del precario. In effetti la già citata 5.6.7 presenta, come ci si può attendere, un quadro avulso dalla successiva riforma costantiniana, messa in atto con vigore in C.Th.9.10.3, quindi solamente nel 319 d.C. Al contrario, *PS.* 5.6.10 e 11 mostrano un'evoluzione particolarmente interessante e danno segni evidenti di cedimento di quelle che erano le caratteristiche tradizionali del fenomeno¹⁷.

PS. 5.6.10: Reddatur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet restituat. Nam et civilis actio huius rei sicut commodati competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet.

PS. 5.6.11: Precario possidere videtur non tantum qui per epistulam vel qualibet alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet.

La prima delle due *Sententiae*, dopo essersi velocemente soffermata sulla definizione dell'interdetto *quod precario*, si occupa della *civilis actio* concessa al *precario dans*: appare evidente che deve essere stato operato un taglio nel testo a causa della

¹⁶ D.43.26.6.2 (*Ulp., l. LXXI ad edictum*): *Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.* Sul breve, ma significativo passo BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium* cit., 135 ss. con bibliografia.

¹⁷ Si segnala, per un'ultima lettura delle *Pauli sententiae*, la recentissima monografia di I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, spt. 20 ss. e 418 s., che prende in considerazione le diverse teorie ricostruttrici, in particolare quelle di E. LEVY, *Paulus und der Sentenzenverfasser*, in ZSS, 50, 1930, 272 ss.; e di D. LIEBS, *Die Pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einen neuen Palingenesie*, in ZSS, 112, 1995, 151 ss e 113, 1996, 132 ss.; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, Padova, 1995; A. D'ORS, *De nuevo sobre los estratos de las Pauli Sententiae*, BIDR, 98-99, 1995-6, 1 ss.

presenza del *nam*, che non si attaglia per nulla contenutisticamente al discorso precedente. In ogni caso il messaggio è semplice: oltre al ricorso all'interdetto, vi è anche la possibilità di quello all'*actio civilis*, un'*actio* ritenuta per lo più simile a quella del comodato. La somiglianza della *ratio*, secondo quanto affermato da *PS.* 5.6.10, sta infatti nella protezione da qualunque tipo di *iniuria* operata da parte di colui che ha ricevuto un *beneficium* da un altro soggetto.

La *sententia* successiva, invece, è forse ancora più interessante: la prospettiva del precario classico quivi è *in toto* ribaltata: infatti la normalità si presenta essere quella della richiesta del precarista tramite *epistula* e, solo successivamente vengono citate in modo generico altre modalità (*qualibet alia ratione*), minando quella che era la tradizionale forma precatoria orale. Inoltre la motivazione della *sententia* sembra essere quella di parificare la situazione derivante da una domanda esplicita, caratteristica tradizionalmente intrinseca al precario (per la stessa origine della sua denominazione), alla semplice tolleranza da parte del *dominus*, senza permessi espliciti di alcun genere. Si nota, quindi, un allargamento della possibilità di costituzione della fattispecie, con un indizio che fa propendere verso una maggiore diffusione della *epistula precatoria* rispetto alla richiesta meramente orale.

Secondo Zamorani¹⁸, mentre, in Occidente, il precario si andava sempre più avvicinando al contratto di comodato (come si può constatare dal ruolo che riveste ancora oggi nel diritto italiano vigente), mettendo il segno sull'elemento della gratuità, a Oriente, al contrario, si rafforzava la somiglianza con il contratto di locazione (al quale, peraltro, era già stato associato per particolari esigenze, come in caso di pegno¹⁹, forse addirittura sin dall'epoca classica²⁰), assumendo addirittura carattere oneroso.

Una costituzione ascrivibile all'imperatore Valentiniano, datata al 24 luglio del 365 d.C. e diretta al chiacchierato *praefectus urbi Romae Volusianus*, è stata oggetto di notevoli discussioni, secondo alcuni a causa della sua ambiguità semantica, che tuttavia a ben vedere non sembra affatto superiore rispetto a quella normalmente riscontrabile nelle costituzioni tardoimperiali. Il destinatario del provvedimento è, dunque, *Volusianus Lampadius*, il quale è noto in particolare per un ambizioso piano di ristrutturazione

¹⁸ ZAMORANI, *Precario habere* cit., 75 ss.

¹⁹ Sul problema W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, 85; S. TONDO, *Pignus e precarium*, in *Labeo*, 5, 1959, 157 ss.; M. KASER, *Besitzpfand und besitzloses Pfand*, in *SDHI*, 45, 1979, 49 ss.; N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia*, Napoli, 1983; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, 180 ss.; 195 ss.; C. GARCÍA VASQUEZ, *Precarium suae rei*, in *BIDR*, 94, 1991, 194 ss.; BIAVASCHI, *Ricerche* cit., in particolare 143 ss.; EAD., *Un esempio del metodo pedagogico isidoriano?: Etym. 5.25.17*, in *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente: Romani e Goti, Isidoro di Siviglia* (a cura di G. BASSANELLI SOMMARIVA e S. TAROZZI), Santarcangelo di Romagna, 2012, 277 ss.

²⁰ G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere. Classe di Lettere e Scienze Morali e Storiche*, II serie, 62, 1929, 389 ss. (ora in *Scritti Giuridici*, II 2, Bologna, 1995, 435 ss.).

turazione urbanistica della città di Roma, atto a recuperare l'aspetto monumentale della città, tentando di valorizzarne l'ormai perduta centralità²¹. Tale personalismo del prefetto, il quale, secondo quanto narrato da Ammiano Marcellino, giunse al punto di ristrutturare edifici antichi, apponendo epigrafi commemorative che sembravano attribuire a lui stesso il merito dell'intera opera architettonica²², era tutto sommato in linea con i *desiderata* del senato di Roma e soprattutto della sua componente pagana, di cui *Volusianus* era, non a caso, rappresentante, in quanto membro della prestigiosa famiglia del *Ceionii Rufii*.²³ Al contrario, il progetto di restauri e recupero urbanistico di *Volusianus Lampadius*, per varie cause, produsse malcontento e sommosse in città nell'autunno dello stesso anno in cui il prefetto ricevette la costituzione in oggetto. Ammiano non identifica chiaramente la data degli eventi, ma essi dovrebbero collocarsi intorno alla fine di settembre o inizio di ottobre del 365, dal momento che le ultime leggi destinate a Volusiano risalgono a settembre. Il tumulto dovette essere piuttosto grave, al punto che la casa del *praefectus* fu gravemente danneggiata e persino data alle fiamme e che egli stesso dovette fuggire al Ponte Milvio²⁴, mentre fortunatamente dall'interno dell'abitazione si riusciva a mettere in fuga i rivoltosi a colpi di tegole gettate dal tetto. La rivolta fu quindi sedata abbastanza rapidamente, ma l'impopolarità del *praefectus* dovette essere notevole perché egli fu rapidamente rimosso senza terminare l'anno in carica e fu sostituito con *Viventius*, un funzionario di origine pannonica, uomo di fiducia dell'imperatore²⁵.

C.7.39.2, conservata nel titolo *De praescriptione XXX et XL annorum* del Codice Giustiniano, di cui costituisce il secondo provvedimento, è composta da due paragrafi a mio parere ben distinti tra loro ed è una legge di dimensioni contenute. Il provvedimento viene citato spesso, non tanto per il suo valore o significato intrinseco, quanto perché cita la *lex Constantiniana* relativa alla *longissima praescriptio*, della quale non è conservato il testo né nel Codice Teodosiano, né in quello giustiniano.

²¹ P. BIAVASCHI, *Avida cupiditas. Profili giuridici degli acquedotti romani pubblici nel Tardo Antico*, Milano, 2018, 33 ss.

²² Amm. Marc. 27.3.7-10.

²³ Si veda lo *Stemma dei Ceionii Rufii* (n.13) presentato dalla PLRE, I, 1138; H. FUHRMANN, *C. Caeionius Rufius Volusianus Lampadius*, in *Epigraphica*, 3, 1941, 103 ss.; A. CHASTAGNOL, *Les fastes de la préfecture urbaine à Rome sous le Bas-Empire*, Roma, 1960, 166 ss.

²⁴ L'assunzione della carica di *praefectus urbi* di Roma, infatti, faceva parte della grande tradizione dei *Ceionii*: lo stesso padre di *Volusianus* aveva ricoperto tale ruolo nel 335-7, e così fu per un figlio, *Ceionius Rufus Albinus* (che si ritroverà citato come destinatario di una costituzione in tema di acquedotto pubblico d'epoca teodosiana), per due nipoti e per un bisnipote. AMM. MARC., *Rer. Gest.* 14.6.8; 28.4-10; 12; 23; 14.6.9; 22. R. LIZZI TESTA, *Paganesimo politico e politica edilizia: la cura urbis nella tarda antichità*, in *Centralismo e autonomie nella tarda antichità. Categoria concettuali e realtà concrete*, Perugia, 2001, 671 ss.; EAD., *Senatori, popolo, papi: il governo di Roma al tempo dei Valentiniani*, Bari, 2004, 62 ss.; 71 ss.

²⁵ *Viventius*, in PLRE I, 972 s.

Fino agli anni '30 dello scorso secolo solamente la presente costituzione di Valentiniano e C.Th.4.11.²⁶ citavano la riforma costantiniana, altrimenti sconosciuta. Il fortunato ritrovamento del Papiro Col. VII, 175 permise invece di conoscere una parte del testo legislativo: la seconda, terza, quarta colonna del papiro furono pubblicate nel 1937, mentre la prima, nel frattempo inconsapevolmente acquisita dal Museo de Il Cairo, fu pubblicata solo nel 1979. La ricostruzione integrale si ebbe qualche anno dopo nel 1982²⁷. Il verbale del processo dell'Arsinoide è stato ritenuto citare la legge di epoca costantiniana dalla maggior parte dei giusromanisti, tra cui Arangio Ruiz²⁸ e Wenger²⁹; recentemente, tuttavia, Monica De Simone³⁰ ha posto in dubbio questo collegamento automatico, proponendo che nel resoconto processuale si riportasse invece il testo di un rescritto emesso in applicazione della legge stessa. L'ultimo lavoro relativo alla *praescriptio longissimi temporis*, risalente solamente all'anno passato e di cui è Autrice Paola Bianchi³¹, considera, invece, come da tradizione, il provvedimento citato nel papiro proprio la *lex Constantianiana* ripresa anche da C.7.39.3. Poco cam-

²⁶ C.Th. 4.11.2: IMPP. CONSTANTIVS ET CONSTANS AA. ARGYRIO PRAESIDI. *annorum quadraginta praescriptio, quam vetustatem leges ac iura nuncupare voluerunt, admittenda non est, cum actio personalis intenditur. Quare in praesenti et in ceteris causis id potissimum servabis atque custodies, nisi iure veteri comprehensum sit actionem, quae movetur, propter vetustatem non debere moveri. Sed quamvis actio pecuniae postulatae exceptione temporis non finiatur, iudex tamen debet inspicere, quae temporis intervalla nullis iustis causis existentibus fluxerint, et instrumenti vetustatem, ut diligentius his consideratis ex officio iudicantis, quid pronuntiari super huiusmodi actionibus oporteat, aestimetur.* DAT. X KAL. IUL. LIMENIO ET CATULLINO CONSS.

²⁷ B. KRAMER – D. HAGEDORN, *Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175*, ZPE, 45, 1982, 229 ss.

²⁸ V. ARANGIO RUIZ, FIRA III², *Negotia*, 101; 318.

²⁹ L. WENGER, *Canon in den römischen Rechtsquellen und in den Papyri. Eine Wortstudie*, in *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien*, 220, 1942, 24 ss.

³⁰ M. DE SIMONE, *P. Col. VII, 175. Aspetti giuridici di un verbale di udienza*, in AUPA, 56, 2013 e, di poco precedente, *Rescriptum Constantini de quadraginta annorum praescriptione*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniiani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges, Annali del Dipartimento di Storia del Diritto dell'Università degli Studi di Palermo* (a cura di G. PURPURA), Torino, 2012, 737 ss. In questi contributi trovasi anche una storia accurata e completa delle edizioni critiche del papiro, che hanno via via permesso di ricostruire il documento nella sua completezza.

³¹ Come sottolinea opportunamente P. BIANCHI, *Effetti del passaggio del tempo nelle leggi imperiali e nella prassi da Costantino a Giustiniano. Evasione fiscale e possesso, inerzia dei creditori*, Roma, 2018 “Un dato sembra dunque decisamente evidente: la società tardoantica del IV e V secolo si presenta caratterizzata dall'esigenza, tra le tante, di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche soggettive attraverso mezzi giuridici di attribuzione e tutela del godimento di diritti. Il decorso temporale, unito a requisiti specifici, assicurava tali diritti e tutte le conseguenze ad essi connesse, come, ad esempio, la regolarità fiscale; dunque, risolveva situazioni incerte, permetteva l'attribuzione di diritti e godimenti, dirimeva controversie, coadiuvava privilegi”.

bia, per l'esegesi della costituzione di Valentiniano I: infatti è, in ogni caso, evidente, come si vedrà tra breve, che alcuni lemmi presenti nel testo greco trovino un esatto corrispondente nella legge in oggetto, dimostrando così l'esistenza indiscussa di un vocabolario tecnico, differente senz'altro da quello di epoca classica³², proprio della disciplina fondiaria e per nulla impiegato con superficialità.

La disposizione di epoca costantiniana permetteva, dunque, anche a chi non fosse stato possessore *bonae fidei* di divenire proprietario, ottenendo così il risultato di dare un incentivo tangibile a chi si occupasse di terre altrimenti abbandonate, una piaga tristemente diffusa nel IV secolo; d'altra parte il fisco premeva per identificare un soggetto titolare che adempisse agli oneri dovuti, dal momento che l'abbandono di terre per non pagare le tasse era un fenomeno che alimentava la piaga degli *agri deserti*, un problema che si riscontra anche nel processo descritto nel papiro Col. VII, 175, come è attentamente presentato nella monografia di Paola Bianchi³³.

La *praescriptio longissimi tempi* avrebbe avuto, quindi, la funzione di dare una spinta equilibratrice alla delicata situazione agraria, ma, ovviamente, come sempre accade, il provvedimento dovette avere anche i suoi "effetti collaterali" inattesi, elencati proprio nella C.Th.7.39.2. Quest'ultima, non a caso, fu emanata qualche decennio dopo la legge costantiniana, quando, probabilmente, si cominciarono a comprendere gli effetti anche negativi del provvedimento e a constatare la gravità dei nuovi problemi connessi. Il desiderio di evitare situazioni di incertezza, infatti, poteva produrre il tentativo da parte di tutti coloro che per lungo tempo utilizzavano un terreno di divenirne proprietari, approfittando della disattenzione o dell'assenza dei *domini*: al contrario la legge di Costantino prevedeva che coloro che non potevano vantare un *animus possidendi* di qualunque tipo (rinforzato dalla buona fede o meno), non avrebbero potuto neppure avvantaggiarsi della *praescriptio*.

C.7.39.2: IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA. AD VOLUSIANUM P.U. Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. 1. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo ius sibi proprietatis usurpet, ne cogantur domini aut amittere quod locaverunt aut conductores utiles sibi fortassis excludere aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.

³² Vd., a riguardo, la disamina accurata e per nulla superata di C.A. CANNATA, *'Possessio' 'possessor' 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milano, 1962.

³³ Una parte determinante del lavoro riguarda, infatti, gli *agri deserti*: V. BIANCHI, *Effetti del passaggio del tempo* cit., 21 ss.

Per tentare di comprendere il significato del provvedimento orientale, più o meno coevo al tracollo della *pars Occidentis*, è necessario passare in rassegna molto brevemente le posizioni più importanti della dottrina in merito. Sono trascorsi ormai diversi decenni, da quando sono stati pubblicati studi sul precario nel tardo antico e, comunque, anche questi ultimi erano caratterizzati da parzialità o dal tracciare marginalmente le linee del problema.

Essenziali, in questo senso, rimangono tuttora i suggestivi studi di Ernst Levy, il quale, tuttavia, ha forse marcato con contorni troppo netti e categorici le sorti dell'istituto, tratteggiando così un quadro che potrebbe essere visto anche sotto altre angolature. Il noto contributo di Levy del 1948 *Von römische Precarium zur die germanische Landleihe*³⁴ si occupò proprio della trasformazione del precario nel Tardo Antico, metamorfosi che consisterebbe secondo l'Autore tedesco nel suo avvicinamento alla *locatio conductio* e poi, addirittura, nella sostituzione di quest'ultimo istituto ormai in piena decadenza, con un altro nato dalle ceneri di entrambi, una figura giuridica, a dire il vero, molto distante dal *precario habere* e senz'altro più congeniale alla maggiormente statica società tardoantica. La nostra costituzione costituirebbe la testimonianza del momento di passaggio tra il precario classico, a suo avviso, ancora presente all'epoca di Diocleziano³⁵ e il nuovo precario, fattispecie negoziale, caratterizzata dal pagamento di *merces*, da una durata temporale prefissata e dalla sua natura di detenzione, tutti elementi praticamente antitetici rispetto a quelli propri dell'epoca classica.

La trasformazione dipinta da Levy discenderebbe quindi dal cambiamento economico-sociale dell'impero e ne sarebbe emblema, la sua rapidità sarebbe conforme a quella della stagnazione dell'economia romana.

Un decina d'anni più tardi, Sanchez Albornoz³⁶ contesterà la valutazione di Levy, partendo innanzitutto proprio da C.7.39.2, che non sarebbe per nulla la prima testimonianza di una precipitosa trasformazione del precario. L'Autore sottolinea che tale cambiamento dell'istituto non sarebbe stato affatto così rapido: infatti non sarebbe cominciato repentinamente a metà del IV secolo, ma molto prima, fin dall'epoca classica

³⁴ LEVY, *Von römische Precarium zur die germanische Landleihe*, in ZSS, 66, 1948, 3 ss.

³⁵ La costituzione C.8.9.2 parla degli eredi di coloro che *precario habitant* e prevede l'esperibilità dell'interdetto *quod precario* contro di loro. A vero dire questa citazione dell'interdetto come dimostrazione della sopravvivenza degli elementi classici del precario mi lascia abbastanza perplessa in quanto, in primo luogo, la sopravvivenza dell'interdetto stesso è parallela alla sua trasformazione in forma contrattuale e, secondariamente, il precario di *habitatio*, come ho ricostruito nel contributo BIAVASCHI, *Profili antidogmatici 'in fundo morari', precario di 'habitatio' e 'gratuita habitatio'*, in Index, 36, 2008, era anche in epoca classica una forma precario di detenzione, come l'*in fundo morari* e il precario di servitù.

³⁶ C. SANCHEZ ALBORNOZ, *El stipendium hispano-godo y los orígenes del beneficio prefeudal*, Buenos Aires, 1947, 146 ss.; SANCHEZ ALBORNOZ, *El precarium en Occidente durante los primeros siglos medievales*, in Études d'histoire du droit privé offertes a Pierre Petot, Buenos Aires, 1959, 435 ss.

e tardoclassica, quando già si trovano testimonianze di *precarium ad tempus*, della sua natura di detenzione e non di possesso in casi specifici (precario di servitù, *in fundo morari* ecc.), e quando si intravede in diverse fonti l'avvicinamento ad altri istituti obbligatori, quasi che ci fossero sin da epoca risalente due nature del precario stesso.

Il *principium* della costituzione, secondo l'eclettico Autore spagnolo emigrato in Argentina³⁷, sarebbe distinto dal § 1 e non vi si equiparerebbe affatto precario a locazione. Tuttavia la costituzione di Valentiniano sarebbe preziosa per un altro motivo: mai, secondo quanto ritiene giustamente Sanchez Albornoz, si legifera senza necessità; al contrario, si interviene per evitare un effetto negativo di cui si comincia a percepire la gravità.

La legge dimostrerebbe dunque che i precaristi cominciavano ad approfittare della legge e quindi ad invocare il trascorrere del tempo senza interventi del *dominus* per ottenere la piena proprietà del bene. A quel punto, proprio per evitare la *praescriptio*, il precario avrebbe dovuto trasformarsi in un rapporto obbligatorio, con una *merces* anche solo simbolica (*nummo uno*) e con natura di mera detenzione (per evitare di essere confuso con una *possessio* senza *bona fides*, che permetteva la *longissimi temporis praescriptio*).

La lettura di Sanchez Albornoz piacerà a Zamorani³⁸ solamente per ciò che concerne la sua parte critica a Ernst Levy³⁹, ma non per la proposta interpretativa, in quanto l'Autore italiano contesta la possibilità di una così rapida "degenerazione" del precario e abbraccia l'ipotesi per cui esso sarebbe stato ancora considerato una forma di possesso nella costituzione esaminata, ma soprattutto non abbraccia la congettura di un precario che fosse divenuto simile alla *locatio conductio*. Per lui, infatti, l'istituto in Occidente si sarebbe avvicinato solamente in modo graduale al comodato, contratto a titolo gratuito.

Ora, è evidente che gli autori citati abbiano cercato tutti di far rientrare nel loro quadro di ricostruzione ipotetica la costituzione di Valentiniano e che al moderno interprete tocchi l'onere di andare a rileggere il testo della costituzione per cercare di afferrare il significato della stessa. Che cosa dice dunque la legge in realtà, andando oltre il pregiudizio di una lettura derivante da un'opinione già orientata? In primo luogo prende in considerazione i precaristi, vietando che per essi potesse valere la *praescriptio longissimi temporis*: si richiama quindi la costituzione costantiniana per ribadire che essa tutelava la *possessio sibi* e non la *possessio alteri*, cui senza dubbio il precario poteva essere ricondotto.

È stato giustamente osservato che alcune delle parole usate nel testo forse appartenevano alla *lex* di Costantino, ad esempio l'espressione *initium possessionis*, che pone il segno sull'assenza della buona fede iniziale, e *inquietare*, che si riferisce all'esper-

³⁷ SANCHEZ ALBORNOZ, *El precarium* cit., 435 ss.

³⁸ ZAMORANI, *Precario habere* cit., 80 ss.

³⁹ LEVY, *Von römische Precarium* cit., 3 ss.

mento di azioni giudiziarie per veder dichiarata la proprietà del bene per *praescriptio longissimi temporis*.

Il paragrafo si conclude con la frase *eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem*: qui si trova il nocciolo del dibattito perché è stato interpretando quell'*eos* come riferentesi ai precaristi che si sono tratte le conclusioni più significative. Mi è del tutto incomprensibile, tuttavia, il motivo per cui si sia potuto pensare che quest'ultima parte del *principium* si riferisse anch'essa ai *precario accipientes* o confermasse in qualche modo la rapida trasformazione del precario, ove la presenza dell'*autem* sembra essere completamente chiarificante dell'introduzione di una diversa fattispecie, quella appunto di coloro che *tenent* (rispetto a coloro che *possident*) che detengono cioè, pagando una *merces* in cambio della disponibilità del bene. Il § 1 si occuperà dei *conductores*, legandosi con un *igitur* alla chiusa del *principium*, che fa comprendere ancora di più come le due frasi siano collegate fra loro tramite una linea di continuità contenutistica.

D'altra parte la stessa separazione ben chiara tra precaristi e conduttori si trova ben espressa in C.8.4.10, costituzione orientale emanata da Zenone il 28 marzo del 484 d.C. e diretta al *praefectus praetorio Sebastianus*⁴⁰: in essa si associano le due figure per quanto riguarda le conseguenze giuridiche, tuttavia le fattispecie risultano separate. Il testo della legge si trova riassunto e condensato (non si tratta quindi di una geminazione vera e propria) anche in C.4.65.33⁴¹: evidentemente i compilatori giustinianeî dovettero ritenere che la disposizione potesse essere utile in entrambi i contesti, sia, più estesamente sotto la rubrica *Unde vi*, sia, più brevemente, sotto quella *De locato conducto*.

La costituzione, risalente al secolo successivo rispetto a C.7.39.5, presenta sicuramente i precaristi come meri detentori ormai, dal momento che, come si è visto, dopo l'epoca costantiniana, l'interesse a conservare la peculiare natura possessoria del precario era completamente venuta meno: vietata la possibilità di ricorrere alla *deiectio*, divenuta inutile la possibilità del precarista di rivalersi nei confronti dei terzi, il precario viene considerato per lo più mera detenzione. Ritengo abbastanza comprensibile che talora riemergano ancora definizioni pescate dall'epoca classica che lo descrivono come *possessio*, ma si tratta chiaramente di relitti semantici che nulla spostano rispetto a una realtà semplificata e tutto sommato razionalizzata e adeguata alla mutata realtà economico-sociale.

⁴⁰ *Sebastianus* (PLRE II, 983) fu prefetto del pretorio due volte, sempre sotto Zenone: una prima volta tra 476 e il 480 d.C., la seconda volta nel 484 d.C. Sebastiano viene descritto come avido e trafficante di cariche al punto da screditare il regno di Zenone, troppo incline ad ascoltare i consigli del suo prefetto.

⁴¹ Queste costituzioni sono *iungendae* con C.1.3.36, conservata nel titolo *De episcopis et clericis*, come evidenzia MOMMSEN, *Prolegomena*, e PLRE II, 984.

C.8.4.10: IMP. ZENO A. SEBASTIANO PP. Non ab re est, quemadmodum possessionis alienae invasores tam vetus quam praesens sacra constitutio censuit puniendos, nec conductoribus et possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus adlegatio competeret, duxerint resistendum, et non protinus, id est non expectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte non recuperantibus cedere patiantur. 1. Eis namque iubemus pro tanta suae iniquitatis impudentia, si cogitationis iudiciariae eventu fuerint condemnati, rei, cuius possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli.

Notava Kaser⁴² che la presenza di una così scarsa quantità di fonti nel Codice Teodosiano e nel Giustiniano indica che l'interesse per l'istituto doveva essere divenuto particolarmente modesto; secondo l'Autore anche la "resurrezione" dello stesso all'interno del Digesto non fu poi così significativa, sia perché il titolo *De precario*, D.43.26, contiene solamente 22 frammenti, sia perché i testi rivelano palesemente delle discronie che contengono notevoli contraddizioni, difficili da risolvere nel caso in cui si trattasse veramente di diritto vigente. Secondo Kaser, si tratta, dunque, di una figura in recessione che la *reverentia antiquitatis* giustiniana non riesce né a sopprimere, né a far rivivere veramente: ciò nonostante il fatto che sia C.7.39.5, sia C.8.4.10 avvicininano in qualche modo *locatio conductio* e precario, dimostrerebbe che, anche se forse non era avvenuta quella fusione adombrata da Levy, i due istituti erano collegati. La visione di Kaser è, a mio parere, ancora più pessimista di quella di Levy poiché non propone una trasformazione, una metamorfosi in qualcosa di nuovo, ma una lenta e progressiva agonia nel Tardo Antico sia per il precario, sia per la locazione.

Tale punto di vista sembra, tuttavia, a mio avviso, decisamente eccessivo: prima di tutto, per ciò che concerne il Digesto, le testimonianze del precario sono ben più numerose di quelle contenute nella rubrica *De precario*, trovandosi in realtà disseminate un po' ovunque; per ciò che concerne il Tardo Antico, invece, non è così semplice l'equazione "poche costituzioni = poca vitalità dell'istituto" per molte ragioni: una figura come quella del precario, da sempre posta ancora oltre rispetto alla definizione di "privatistico", in un'area *borderline* tra il giuridico e il *beneficium* difficilmente avrebbe trovato largo spazio nel Codice Teodosiano per come lo conosciamo, sia per le sue lacune, sia per la sua impostazione, e questo non deve significare necessariamente che le terre non fossero più concesse precariamente.

L'agonia e quasi la morte del precario, così come adombrate da Kaser, non sembrano collimare con la testimonianza della sua sopravvivenza anche in fonti molto tarde: d'altra parte l'istituto ricopre una funzione che, più o meno diffusamente, è presente in tutte le epoche e in tutte le culture (come opportunamente sottolineava UI-

⁴² KASER, *Zur Geschichte des 'Precarium'*, in ZSS, 79, 1972, 103 ss., 140 ss.

piano, affermando che si trattava di una figura di *ius gentium*⁴³), quindi a mio avviso è più corretto affermare che quando il diffondersi del rapporto di colonato divenne pervasivo, esso mise in crisi per alcuni secoli realtà proprie di un'economia più dinamica come la *locatio/conductio*, tuttavia la concessione gratuita (oppure *nummo uno* per evitare il pericolo della *praescriptio*) svolgeva un ruolo diverso e quindi ancora vitale.

In Occidente, grazie all'ausilio di fonti giuridiche come l'*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae*⁴⁴, la *lex Visigothorum* (10.2.12)⁴⁵, la *Lex Romana Burgundionum* (35.2)⁴⁶, il canone 18 del Concilio di Epao⁴⁷, si può tracciare il quadro dell'evoluzione progressiva dell'istituto a partire dal V-VI secolo, dopo la caduta dell'Impero Romano d'Occidente, cercando di superare le difficoltà insite nel frequente "ripescaggio" di frasi ed espressioni derivanti dalla classicità, citate anche in epoca molto tarda e verificando in ogni caso la sopravvivenza dell'istituto nella prassi.

In questa sede, vorrei soffermarmi brevemente soltanto sulla tarda Epitome *Guelferbitana*, sunto del *Breviarium Alaricianum* risalente probabilmente a un periodo intercorrente tra il 754 e il 769 d.C. (in quanto non contiene menzioni relative a Carlo Magno⁴⁸). Il testo corrisponde a *Pauli Sententiae* 5.6.11, che è stata sopra presa in

⁴³ Ulp. D.43.26.1.

⁴⁴ *Interpr. PS.* 5.6.7: *Vi possidet, qui impetu efficaci depulso adversario possidet; clam possedissee videtur, qui ignorante et inscio domino possessionem occupat; precario, qui per precem postulat, ut ei in possessione permisso domini vel creditoris fiducia morari liceat.*

⁴⁵ *Lex Visig.* 10.1.12: *De terris quae definito annorum numero per placitum dantur. Si per precariam epistulam certus annorum numerus fuerit comprehensus, ita ut ille qui suscepit, terras post quodcumque tempus domino reformaret, iuxta conditione placiti terram restituere non moretur.*

⁴⁶ *Lex. Rom. Burgund.* 35.2: *Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessione fuerit subsecuta. Si vero post possessionem dierum aut mensium precaria fuit subsecuta, ut ille iterum rem videatur possidere qui vindidit, documenti professio firmitatem precariae possessionis obtineat.*

⁴⁷ *Conc. Epao*, can. 18: *Clerici quod etiam sine precatoriis qualibet diuturnitate temporis de ecclesiae remuneratione possiderint, cum auctoritate domini gloriosissimi principis nostri in ius proprietarium praescriptione temporis non vocetur, dummodo pateat ecclesiae rem fuisse, ne videantur etiam episcopi administrationis prolixae aut precaturias, cum ordenati sunt, facere debuisse aut diu tentas ecclesiae facultatis proprietati suae posse transcribere.* ZAMORANI, *Precario habere*, 92 ss. cita il *Corpus iuris canonici* come esempio di permanenza del precario concepito in modo piuttosto simile al *precario habere* classico: *Corp. Iur. Can.* 3.14.3: *Precarium utendum conceditur quamdiu patitur qui concessit. Solvitur quoque obitu eius qui concessum est non etiam concedentis aut cum ipsum alieanri contigit alicui hoc revocari volenti, quia per conventionem huiusmodi non licet rem alienam invito domino possideri. Porro precariae, quae quandoque de ecclesiarum possessionibus fieri solent, non sunt pro voluntate concedentis revocandae.*

⁴⁸ G. HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*, Aalen, Rist. 1962 (I ed. 1848), XXVII s.; MOMMSEN, *Prolegomena* cit., CII.

considerazione⁴⁹, ed è un esempio lampante di *misunderstanding* derivante da una lettura non organica delle fonti.

Ep. Guelf.: Precario quis possidere videtur qui sine precaturia paciente domino possidet.

L'Epitome riprende e spiega la *sententia* paolina, e quindi, a dispetto di una lettura superficiale, il passo non può essere interpretato come talora in passato⁵⁰ a mo' di una definizione generale per cui si avrebbe precario solo *sine precaturia*, senza cioè la formale lettera di preghiera: questa interpretazione non terrebbe conto del testo di riferimento che conteneva, come visto, il *non tantum*. In effetti il significato dell'assunto è proprio il contrario: la normalità era ormai diventata la presenza di una richiesta scritta, la cosiddetta *epistula precatoria*, e, quindi, era necessario chiarire che si era in presenza dell'istituto anche nel caso in cui *paciente domino* il precarista tenesse la cosa: anche l'uso del verbo *possidere* ricalca esattamente l'*incipit* della *sententia* paolina ed è assolutamente non indicativo rispetto alla natura del *tenere* da parte del *precario accipiens*.

Certamente, in quest'epoca così tarda, era da secoli diffusa la *precaria*⁵¹, un istituto medioevale, secondo molti autori, di probabile origine germanica, che prevedeva la concessione di un fondo, spesso un piccolo fondo, per un tempo prefissato, dietro il pagamento di canone periodico o anche simbolico.

Il rapporto con il precario romano è tuttora controverso⁵²; la abbondante letteratura concernente la *precaria*, infatti, spesso ha il difetto di evitare un incisivo confronto con il diritto romano, quando invece la *precaria* appare assai simile a quel precario trasformato, di cui sopra abbiamo discusso: permetteva al concessionario uso e godimento di immobili, in cambio di donazioni o pagamenti periodici.

Spesso i concedenti erano costituiti da chiese e corporazioni religiose, tanto che la *precaria* divenne quasi eminentemente un istituto del diritto canonico: necessario interrogarsi sulla possibilità o meno che il diritto canonico abbia assorbito un istituto di origine barbarica, come si è ipotizzato qualche decennio addietro, anche se sem-

⁴⁹ PS. 5.6.11: *Precario possidere videtur non tantum qui per epistulam vel qualibet alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, paciente tamen domino possidet.*

⁵⁰ ZAMORANI, *Precario habere* cit., 99.

⁵¹ PIVANO, *Precarie e livelle*, Torino, 1962, 42 ss.

⁵² F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*, 2, *Possessi e dominii*, Città di Castello-Roma-Torino-Firenze, 1907, 274: "... soltanto bisognerà rinunciare ad una vecchia idea preconcepita, che domina nella scienza, e che potrebbe anche costituire un vecchio pregiudizio, che, cioè, la *precarii rogatio* del diritto romano fosse una concessione veramente e meramente precaria, mentre la *precaria* del medio evo sarebbe stata fatta, invece, stabilmente per un certo tempo, o per tutta la vita, forse anche per tutta la posterità. Tale pregiudizio, non è suffragato se non da una lunga consuetudine".

bra veramente strano che in ambito ecclesiastico si sia dovuto “pescare” nel mondo germanico per trovare un istituto che in forma simillima si trova descritto nelle fonti tardoantiche.

Un altro aspetto poco indagato riguarda il ruolo della *precaria* come istituto volto a “mascherare” il rapporto di patronato: i piccoli proprietari cedevano a *potentiores* le loro terre per ottenere protezione da costoro e in cambio ricevevano il fondo da coltivare, un rapporto che viveva parallelamente al colonato. Questo tipo di *precaria* parrebbe trovare le sue origini nell’ultimo periodo imperiale, ma bisognerebbe stabilire se non affondi le sue origini in un tempo molto precedente (e si pensi alla suggestione delle origini mitiche del precario, come terre concesse ai *clientes*).

In realtà ritengo che sia difficile ritenere che due istituti del genere potessero essere completamente separati tra loro, ma forse la spiegazione si può trovare proprio nella definizione ulpiana di precario come istituto di *ius gentium* e quindi reperibile in vari contesti in forme che per taluni punti sono tangenti e per altri divergono. Che quindi una realtà consimile fosse presente in area gotica è assai probabile, tuttavia è davvero arduo ritenere che non ci sia un contatto diretto tra l’*epistula precaria tardoantica* e la *precaria* medioevale.

Per concludere queste brevi note, si vuole ribadire ciò che autori intuitivi come Sanchez Albornoz avevano già suggerito⁵³: come in epoca classica e tardoclassica⁵⁴, anche nel Tardo Antico il precario non assume una forma univoca; al contrario intraprende più strade e assume diverse colorazioni, che vanno dal *beneficium*, al carattere simile alla donazione, al comodato, o alla *locatio conductio*: faticiamo a coglierne l’evoluzione cronologica, ancora di più le varietà territoriali, risultando abbastanza superficiale e non sufficientemente suffragato dalle fonti, soprattutto nel primo caso, un semplice avvicinamento al comodato ad Occidente e alla locazione ad Oriente.

Per quanto riguarda la natura possessoria, essa cominciò a stare stretta a partire dall’epoca classica, poiché era chiaramente un *escamotage* dovuto a esigenze contingenti per concedere al precarista in determinati contesti una posizione privilegiata rispetto ai terzi; tuttavia la sua natura non poteva che essere alfine lentamente (a causa del ben noto conservatorismo romano) ricondotta alla detenzione, dal momento che i precaristi tenevano il fondo o la *res* ben consci del fatto che il proprietario fosse altri da sé e che addirittura potesse revocare *ad nutum* la sua concessione.

Volontà del precarista di stabilizzare concretamente la sua posizione, desiderio del proprietario di evitare la *longissimi temporis praescriptio*, che prescindeva dalla *bona fides*, paradossalità intrinseca della natura possessoria del precario: tutto questo portò a una trasformazione che, ad occhio attento, è veramente scorretto chiamare, come si faceva un tempo, degenerazione.

⁵³ SANCHEZ ALBORNOZ, *El precarium* cit., 435 ss.

⁵⁴ BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium* cit., 347 ss.