

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

Gli atti costitutivi di diritti reali in età tardoantica: spunti per una prospettiva sistematica*

Saverio Masuelli

(Università degli Studi di Torino)

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Lo stato della letteratura: un breve cenno. – 3. Gli atti costitutivi di diritti reali nei *Tituli ex corpore Ulpiani*: quale sistematica? – 4. La sistematica degli atti costitutivi di diritti reali nell'*Epitome Gai*: tra innovazioni e ritorni al passato. – 5. Alcune considerazioni di chiusura.

1. Considerazioni preliminari

Il titolo assegnato alla presente indagine necessita subito di qualche messa a punto.

Il lettore infatti coglie agevolmente l'orizzonte tematico in esso tratteggiato, circoscritto agli atti costitutivi di diritti reali¹, sia pure con specifica attenzione, per le ragioni che a breve esporremo, al diritto di proprietà, con l'ulteriore indicazione concernente la fase storica dell'esperienza giuridica romana, l'età tardoantica, in relazione alla quale l'indagine è svolta.

Non poche perplessità suscita invece la dichiarazione di intento relativa alla stessa indagine: spunti per una prospettiva sistematica.

Senza dubbio gli interrogativi che possono porsi riguardano prima di tutto la dimensione semantica che si intende riconnettere all'espressione 'prospettiva sistematica', il che poi vale a dire in che senso si muove la ricerca all'interno di quella dimensione, che, come è ben conosciuto, appare, sul piano ancor prima della cultura generale rispetto a quello più specifico della cultura giuridica, estesissima, anche in conseguenza di una tradizione filosofica, prima ancora che lessicale, che affonda lunghe radici nel pensiero classico².

* Il presente contributo ricalca a grandi linee il testo della comunicazione presentata al X Convegno Internazionale Ravenna Capitale, *Disciplina degli atti negoziali inter vivos nelle fonti di IV-VII secolo in Occidente* (Ravenna, 19-20 ottobre 2018).

¹ Il campo di indagine del presente lavoro si riconnette a precedenti lavori e interessi dello scrivente in relazione a determinati istituti e aspetti dei diritti reali.

² È appena il caso di ricordare, anche in relazione ai limiti della nostra indagine, che 'sistematica' e 'sistema' (i cui rapporti potrebbero costituire oggetto di più estesa riflessione, pur presentandosi negli impieghi lessicali il più delle volte in qualità di sinonimi), evocano, se si

In secondo luogo, può chiedersi se la ricerca intenda mettere in luce una prospettiva sistematica, nel senso che verrà precisato a breve, presente all'interno del materiale storico oggetto di investigazione oppure se tale prospettiva venga configurata e utilizzata per così dire dall'esterno, in relazione al medesimo materiale storico.

Con riferimento al primo problema indicato, vale a dire, in definitiva, quale sia il senso della prospettiva sistematica all'interno dell'indagine, dobbiamo dire che si intende essenzialmente mettere in luce la logica sottostante a determinate "sequenze di informazione giuridica", ossia i criteri impiegati per la formulazione di tali sequenze³.

Ed a questo punto si chiarisce anche il secondo aspetto problematico poc'anzi prospettato, orientandosi l'indagine a rintracciare all'interno delle fonti tardoantiche sequenze di informazioni giuridiche, nel caso specifico concernenti gli atti costitutivi di diritti reali, e relativi criteri di formulazione.

La ricerca, occorre aggiungere, tende ad evidenziare, in primo luogo, le sequenze concernenti atti costitutivi della proprietà (raffigurabile ormai, ma questo è sicuramente altro e ben più esteso problema, tramite concetti che, pur appoggiandosi terminologicamente al *dominium ex iure Quiritium*, ne valicano struttura e funzioni), in relazione ai quali possono effettivamente rintracciarsi raggruppamenti utili ai fini della stessa indagine.

Non si può tacere che le pure sintetiche e per molti aspetti ancora provvisorie considerazioni che vengono presentate in questa sede intendono in fondo valorizzare la percezione della fecondità quantomeno di un approccio non caotico, disordinato e disorganico da parte segnatamente di quei giuristi sostanzialmente anonimi (che in molti casi hanno preferito nascondersi, ben consapevoli della relativa grandezza, dietro i nomi degli autori di quelle opere classiche sulle quali lavoravano) che tuttavia hanno influenzato la produzione legislativa (ma il riferimento va essenzialmente alla

pone mente alla matrice greca dei medesimi (σύνιστημι), il 'collocare insieme', attività che si effettua tradizionalmente impiegando determinati criteri. In proposito, si veda d'altronde già F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, 1922, p. 125 (tr.it. De Mauro, Bari, 1974, p.155).

³ 'Sequenza di informazioni giuridiche' è povero una soltanto fra le accezioni di 'sistematica' all'interno del lessico giuridico contemporaneo. Un'analisi completa di tali accezioni è effettuata da L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, in F. BONA, F. GALLO, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, pp. 2-289 (ma specialmente pp. 221-273). Lo studioso, anche sulla base di una consolidata tradizione di studi lessicali per così dire transculturali, perviene ad isolare, in riferimento al lessico giuridico, tre accezioni di 'sistematica': 1. 'Sistematica' come 'sistema del lessico giuridico'. 2. 'Sistematica' come 'sistema dell'informazione giuridica'. 3. 'Sistematica' come 'sequenza dell'informazione giuridica'. In questa ultima accezione, lo studio della sistematica può rivelare aspetti della stessa cultura giuridica diversamente difficili da comprendere integralmente. Si pensi, ad esempio, al valore culturale riconnettibile a determinati accostamenti di istituti o addirittura, all'interno appunto di un'indagine complessiva, la menzione o non menzione di determinati istituti.

produzione codicistica, e specialmente al Codice Teodosiano) del periodo immediatamente precedente alla compilazione giustiniana.

Proprio in relazione alla tradizionale provenienza del lavoro sistematico dall'attività giurisprudenziale, appare giustificabile la scelta di limitare la presente indagine a quelle opere appartenenti alla tarda antichità sicuro frutto di elaborazione giurisprudenziale all'interno delle quali, e con particolare riferimento all'ambito dei diritti reali, si possa ravvisare traccia più o meno consistente di tale lavoro.

2. Lo stato della letteratura: un breve cenno

Può essere utile, in rapporto al rilievo che certamente assume ogni indagine su aspetti sistematici anche sul piano storico, accennare sia pur brevemente alle caratteristiche proprie delle maggiori indagini che hanno consentito, diremmo quasi legittimato, di considerare in maniera autonoma l'ambito (con il relativo riferimento storico) di cui ci stiamo occupando.

Solo in tempi tutto sommato abbastanza recenti, è ben noto ed è solo il caso di richiamarlo brevemente in questa sede, è stata attribuita alla fase tardoantica del diritto romano dignità di poter costituire oggetto isolato di indagine scientifica⁴.

Altrettanto note sono, al riguardo, le posizioni della letteratura pandettistica, che, quasi senza eccezioni (non sono state riprese le propensioni e sensibilità del Savigny per gli aspetti sistematici anche sul piano delle metodologie di indagine)⁵, sorvolano, fuor di metafora, il periodo in considerazione, limitandosi a registrare, per riprendere

⁴ Il sostanziale disinteresse della Pandettistica per la cultura giuridica di questo periodo non sembra peraltro ereditato da correnti di pensiero ad essa antecedenti. Pur nell'assenza di più estese considerazioni sistematiche, già il Cuiacio (*In Tit. XVI De verb. Sign. Libr. L Dig.*, in *Opera*, VIII, Napoli, 1758, pp. 474-475) e il Du Tillet (*E libris Const. Theodosii libri posteriores octo integri*, Paris, 1550, *praef.*) avvertirono la necessità, per una più adeguata comprensione della stessa compilazione giustiniana, di affrontare le posizioni enunciate nella produzione giurisprudenziale tardoantica.

⁵ L'attenzione del grande studioso fondatore dello Storicismo germanico per gli aspetti sistematici concernenti anche singoli settori dell'ordinamento affiora in molti passaggi della sua produzione letteraria. Una forte tensione per il mantenimento di una coerenza interna dell'ordinamento germanico allora in vigore con il complesso del diritto romano risultante dall'integrazione del diritto giustiniano con le rimanenze di testimonianze precompilatorie emerge, ma è solo un esempio, nel *System*, specificamente a proposito della disciplina da applicarsi nel luogo in cui vengano a costituirsi (o a modificarsi o a estinguersi) rapporti reali (*lex rei sitae*), con la soluzione che si impernia sul regime giustiniano del cd. *forum rei sitae* (in relazione al quale sviene dichiarata, sulla base di FV. 326, l'estraneità al diritto classico). Per un maggiore approfondimento si rinvia appunto a K.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, tr.it. di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, VIII, Torino, 1898, § 366, p. 174.

una immagine diffusa soprattutto nella critica interpolazionistica, rispetto allo splendore dell'età classica, diremmo l'avvicinarsi della notte al giorno.

E tale considerazione deve ancora espandersi ulteriormente se, scrutando in quella letteratura (alla quale pure, è appena il caso di ricordare, si deve riconoscere il grande merito delle prime edizioni di fonti postclassiche), si ricerchi anche soltanto qualche pur marginale attenzione in riferimento ad un lavoro sistematico non ascrivibile alla giurisprudenza classica.

Una maggiore sensibilità nei confronti di apporti sistematici provenienti dalla cultura giuridica tardoantica, o postclassica, si coglie, come è altrettanto ben noto, da parte di quegli studiosi, primo fra tutti Ernst Levy (la cui elaborazione del *West Roman Vulgar Law* risale alla fine degli anni venti del novecento)⁶, ed in Italia Siro Solazzi⁷ e Gian Gualberto Archi (in tempi più recenti Riccardo Orestano)⁸, i quali hanno gettato le basi per una autonoma considerazione scientifica relativamente agli apporti della cultura giuridica tardoantica, con spunti utilizzabili anche ai fini di uno sguardo complessivo all'interno di quella fase dell'esperienza giuridica romana.

Con specifico riferimento al settore (e alla fase storica) di cui ci occupiamo in questa sede, di certo non sono mancati, soprattutto in tempi recenti (nella dottrina italiana e germanica), come apparirà di volta in volta nell'indagine, contributi che hanno messo in luce punti fermi per ogni successiva ricerca⁹.

Ed è proprio, come vedremo, in relazione ai risultati ottenuti da queste ricerche che sembra possibile prospettare una specifica ipotesi di soluzione per quei problemi

⁶ Nonostante il *West Roman Vulgar Law. The Law of Property* abbia visto la luce editoriale a Philadelphia nel 1951, come si evince dalla relativa prefazione (p. VII) lo studioso fa risalire ad un proprio studio apparso in *ZSS* del 1929 (XLIX, p. 230-259), *Westen und Osten in der nachklassischer Entwicklung des römischen Rechts*, un programma di studio che porterà proprio alla pubblicazione del volume del 1951.

⁷ Il Solazzi delle *Glosse a Gaio*, apparse in prima pubblicazione negli *Studi Riccobono* (I, Palermo, 1936, 73-191, poi anche in S. SOLAZZI, *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, pp. 220-349) può anche leggersi, forse al di là degli intenti pur pioneristici dell'insigne studioso, come un non dichiarato tentativo di scorgere una «risistemazione» ben successiva all'epoca di Gaio di tutto il materiale trattato nelle *Institutiones*.

⁸ Si pensi alle feconde considerazioni di questo studioso nell'*Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, soprattutto a livello di macrosistemi giuridici.

⁹ In riferimento alla considerazione storico-sistematica dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, si vedano, ad esempio, D. LIEBS, *Hermogenians iuris Epitomae*, Göttingen, 1964, ID., *Die Jurisprudenz im spätantike Italien*, Berlin, 1987, F. MERCOGLIANO, *Un'ipotesi sulla formulazione dei "Tituli ex corpore Ulpiani"*, in *Index*, 18, 1990, 178-191, ID., *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli, 1997, M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochchklassischen juristenschrift*, Göttingen, 2005, F. MATTIOLI, *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui Tituli ex corpore Ulpiani. Ipotesi e prospettive di ricerca*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniiani (FIRA), Studi preparatori, II, Auctores – Negotia* (a cura di G. PURPURA), Torino, 2012, pp. 85-119.

concernenti la sistematica dell'informazione giuridica in alcune opere della cultura giurisprudenziale tardoantica, i quali diversamente confermerebbero quella ancora oggi presente tendenza nella letteratura scientifica a mettere in non cale i prodotti della cultura giuridica tardoantica.

3. Gli atti costitutivi di diritti reali nei Tituli ex corpore Ulpiani: quale sistematica?

Un interesse particolare, per i nostri fini, riveste la presentazione della disciplina degli atti costitutivi di diritti reali contenuta in quella operetta, la cui esplorazione non sembra ancora oggi sufficiente a stabilirne origine e provenienza, che va sotto il nome, anch'esso alquanto discusso, di *Tituli ex corpore Ulpiani*.¹⁰

Ecco dunque la sequenza informativa che l'autore presenta (*Tit. Ulp.* 19.2-18):

'2. Singularum rerum dominium nobis acquiritur mancipatione, traditione, usucapione, in iure cessione, <adiudicatione>, lege. 3. Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipi; eaque fit certis verbis, libripende et quinque testibus praesentibus. 4. Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. 5. Commercium est emendi vendundique invicem ius. 6. Res mobiles non nisi praesentes Mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt; immobiles autem etiam plures simul, et quae diversis locis sunt, Mancipari possunt. 7. Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis. 8. Usucapione dominia adipiscimur tam Mancipi rerum, quam nec Mancipi. Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii. 9. In iure cessio quoque communis alienatio est et Mancipi rerum et nec Mancipi; quae fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis. 10. In iure cedit dominus; vindicat is, cui ceditur; addicit praetor. 11. In iure cedi res etiam incorporeales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae. 12. Hereditas in iure ceditur vel antequam adeatur, vel posteaquam adita fuerit. 13. Antequam adeatur, in iure cedi potest legitimo ab herede; posteaquam adita est, tam a legitimo quam ab eo, qui testamento heres scriptus est. 14. Si, antequam adeatur, hereditas in iure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset; quod si posteaquam adita fuerit, in iure cessa sit, is, qui

¹⁰ La fonte in considerazione appare, come noto, conosciuta anche come *Liber singularis regularum* e la relativa attribuzione a Ulpiano è altrettanto discussa. Si è anche ipotizzato che essa si innesti nel solco, più o meno evidente, di una tradizione di raccolta di *regulae* risalente addirittura a modalità di insegnamento del diritto caratteristiche della scuola proculeiana (sul punto, si veda specialmente AVENARIUS, *Der pseudoulpianische Liber singularis regularum*, cit., pp. 118-119). In ogni caso, sembra coerente, anche sulla base di dati lessicali, riconoscere nell'opera il prodotto di un'attività epitomatrice quantomeno epiclassica se non anche più decisamente postclassica (si veda ancora, sul punto, AVENARIUS, *op. cit.*, p. 146-149).

cessit, permanet heres, et ob id creditoribus defuncti manet obligatus; debita vero pereunt, id est debitores defuncti liberantur. 15. Res autem corporales, quasi singulae in iure cessae essent, transeunt ad eum, cui cessa est hereditas. 16. Adiudicatione dominia nanciscimur per formulam familiae herciscundae, quae locum habet inter coheredes; et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios; et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos. Nam si iudex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adiudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipi sive nec mancipi sit. 17. Lege nobis adquiritur velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege duodecim tabularum, sive mancipi res sint sive nec mancipi. 18. Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu mancipiove habemus. Itaque si quid mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. 19. Item si heredes instituti sint legatumve eis sit, et hereditatem iussu nostro adeuntes nobis adquirunt, et legatum ad nos pertinet’.

La densa ed estesa sequenza appena riferita è stata ampiamente analizzata, nella letteratura specialistica, soprattutto da Martin Avenarius¹¹.

L’attento studioso propone effettivamente una completa e difficilmente discutibile esegesi del passaggio riferito, soffermandosi sulla dimensione semantica di capisaldi lessicali quali ‘*dominium*’ (ed il relativo plurale, che appare nel testo, ‘*dominia*’), ‘*alienatio*’, ‘*adquisitio*’, ‘*adeptio*’, gli atti raggruppabili all’interno dell’area semantica di ‘*adipiscor*’, ed i più specifici ‘*mancipatio*’, ‘*in iure cessio*’, ‘*traditio*’, ‘*usucapio*’. E tale indagine viene svolta, naturalmente ove possibile, con il confronto della corrispondente scrittura gaiana¹².

¹¹ Si veda appunto AVENARIUS, *Der pseudoulpianische Liber singularis regularum*, cit., pp. 356-380. Lo studioso si sofferma soprattutto sull’impiego, da parte dell’autore dei *Tituli*, di molteplici categorie derivanti dal pensiero classico. Tali categorie, è lo stesso Avenarius a metterlo bene in evidenza, non vengono però adoperate nella fonte esaminata così come ci si potrebbe aspettare nel caso in cui si ritenesse di scorgere in essa un prodotto appartenente alla cultura classica. Ed il parametro, in proposito, non può non essere rappresentato dalle Istituzioni gaiane, ed a maggior ragione se si considera l’ipotesi di riconnettere i *Tituli* a non ben individuati prodotti della scuola proculeiana (in relazione alla quale, tra l’altro, e come è noto, non potrebbe del tutto propriamente utilizzarsi il materiale di provenienza gaiana).

¹² Tra l’altro, proprio in considerazione dell’indicazione dei potenziali utilizzatori della *mancipatio* (*Tit. Ulp.* 19.4), ancora individuati dal redattore dei *Tituli* nei *cives*, nei *Latini coloniarii*, nei *Latini Iuniani* e nei *peregrini* ai quali fosse stato concesso il *ius commercii* (indicato ellitticamente e, tra l’altro, anche piuttosto impropriamente, almeno in riferimento al lessico tecnico, con il termine ‘*commercium*’) lo studioso ha energicamente sostenuto l’opinione che l’opera considerata non possa collocarsi successivamente alla *Constitutio Antoniniana*, con tutti i problemi a questo punto connessi con la effettiva attribuibilità della medesima ad una precedente elaborazione ulpiana. Il rilievo, effettivamente assai difficile da trascurare, porterebbe a collocare l’opera nel cosiddetto periodo epiclassico (e la paternità ulpiana del materiale in essa contenuto potrebbe in effetti non estendersi a tutta la stessa), ove pure non si intenda riconoscere nel passaggio concernente la descrizione della *mancipatio* un mero ricordo

Rimangono forse un po' in ombra, nell'analisi menzionata, i criteri sulla base dei quali sono state effettuate le sequenze contenenti appunto l'indicazione degli atti costitutivi di diritti reali.

Ed in effetti a tal proposito non può che affacciarsi qualche ipotesi, che, a sua volta, si trova a fare per così dire i conti con i problemi, al presente ancora dibattuti, concernenti la datazione dell'opera.

L'esordio della sequenza contenuta nel paragrafo 2 ('*singularum rerum dominium nobis adquiritur*') fa pensare che il giurista (il compilatore dei *Tituli*) si sia raffigurato innanzi tutto una *summa divisio* (peraltro inespressa) tra cose semplici e cose collettive (la disciplina, effettivamente menzionata al paragrafo 12, concernente la *hereditas*); con riferimento a quest'ultima categoria di *res*, ove pure ci si sarebbe aspettato di trovare la denominazione di '*universitas*' (o denominazioni analoghe), viene invece menzionato il solo caso della *hereditas* (con una suggestiva sintonia in relazione a quanto avviene all'interno delle Istituzioni di Gaio¹³, dove proprio in relazione alla *hereditas* viene però applicata la nozione di *universitas*)¹⁴.

All'interno di tale *summa divisio* sembra avere trovato posto la ulteriore suddivisione, ovviamente pertinente al primo gruppo costituito dalle cose semplici, tra *res mobiles* e *res immobiles*.

La suddivisione tra *res incorporales* e *res incorporales*, pure evocata al paragrafo 10, non sembra rilevante nell'economia della sistematica ma pare piuttosto valere come specificazione contenutistica sia in riferimento alla *in iure cessio* (con la menzione dell'usufrutto) sia, nel successivo paragrafo 15 in riferimento alla stessa *hereditas*.

Non si riesce tuttavia a comprendere appieno quanto la ipotizzata utilizzazione della cennata *summa divisio* tra cose semplici e collettive, pure ravvisabile al di sotto degli ulteriori intrecci categoriali menzionati (ed in particolare al di sotto dell'antica suddivisione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*), sia riconducibile ad una piuttosto innovativa intuizione sistematica dell'autore dei *Tituli* piuttosto che ad una suggestione derivante da una lettura non molto meditata di anteriori impianti sistematici (come peraltro farebbe pensare l'ipotesi dell'Avenarius relativa alla matrice storica dei *Tituli*), la cui effettiva sussistenza appare però ancora una volta più che altro ipotizzata.

Per quanto poi concerne l'ordine interno alla sequenza di atti acquisitivi di *singulae res*, con l'ulteriore specificazione della suddivisione tra *res mobiles* e *res immobiles*, *mancipatio*, *traditio*, *usucapio*, *in iure cessio*, *adiudicatio* e *lex*, non sembra

storico, malamente inserito in una redazione successiva a quella originaria.

¹³ Si veda appunto Gai. 2.97.

¹⁴ In riferimento agli aspetti menzionati, si rinvia soprattutto a R. SIRACUSA, *La nozione di «universitas» in diritto romano*, Milano, 2018, spec. pp. 28-35. La studiosa evidenzia come il termine '*universitas*' non compaia nel lessico giuridico anteriormente a Giavoleno (D.19.2.51, *Il epist.*)

in effetti rintracciabile un preciso criterio espositivo, a meno di valorizzare l'aspetto costituito dalla struttura eminentemente privatistica dell'atto (in tal caso *mancipatio*, *traditio* e *usucapio*, non richiedendo, a livello di struttura, la partecipazione di elementi pubblicistici, potrebbero trovare posto prima di *in iure cessio*, *adiudicatio* e *lex*, quest'ultima sia pure in specifico riferimento alla legislazione caducaria augustea, rappresentata soprattutto dalla *lex Iulia et Papia Poppaea*).

Il caso rappresentato dalla sistematica riferita nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, sia pure nei limiti rappresentati dall'oggetto della presente indagine, oltre a costituire ancora oggi per molti aspetti un problema fondamentale irrisolto, consente al tempo stesso di percepire sviluppi e caratteristiche della sensibilità o propensione verso gli aspetti appunto sistematici nel periodo immediatamente successivo a quello in cui ha operato la grande giurisprudenza classica.

4. La sistematica degli atti costitutivi di diritti reali nell'Epitome Gai: tra innovazioni e ritorni al passato

Come ci si sarebbe potuto legittimamente aspettare, il compilatore della famosa epitome tardoantica delle Istituzioni di Gaio non ha mancato, anche in relazione al pur circoscritto tema di cui ci occupiamo, di dimostrare una certa sensibilità per quegli aspetti sistematici, come noto tanto coltivati dal suo illustre predecessore.

Conviene innanzi tutto riferire integralmente il passaggio dell'Epitome (sia pure ovviamente nella relativa stesura di provenienza visigotica) che interessa in questa sede (Ep. Gai 2.1.4-7):

'4. Item regulariter constitutum est, ut superposita inferioribus cedant: id est ut, si quis in solo nostro, sine nostro permissu, domum aedificaverit, ad eum cuius terra est, domus aedificata pertineat: vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quascumque posuerit, similiter superficies solo cedat; vel si messem in campo seminaverit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur domino terrae acquirantur. Quod et de chartis vel pergamenis, si in alienis scribat, licet aureis aut argenteis litteris, similiter eius est scriptura, cuius chartae aut pergamena fuerint. Quod et de tabula, hoc est si aliquis in tabula mea picturam fecerit, observatur, quia statutum est, ut tabulae pictura cedat. 5. Quod si quis ex uvis meis vinum aut ex spicis frumentum aut ex olivis oleum fecerit, eius vinum, triticum vel oleum est, cuius spicae aut uvae aut olivae fuerint. Si quis etiam ex tabulis alienis navem aut armarium aut quodcumque ad usum pertinens fecerit, simili ratione eius erunt, quae facta fuerint, de cuius ligno facta probantur. Similiter etiam si ex lana vel lino alieno vestimenta fecerit, eius erunt vestimenta, cuius lana vel lineum fuisse probabitur. 6. Sed in his omnibus superius comprehensis quicumque in terra aliena aliquid posuerit aut aedificaverit aut horum, quae dicta sunt, aliquid fecerit, illis, qui aliena praesumerint, hoc competit, ut expensas vel impendia, quae in his fecerint, a dominis, qui rem factam vindicant, recipere possint. 7. Acquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed et per eos, qui in po-

testate nostra sunt, sicut filii vel servi; quia quidquid his a qualibet persona donatum vel venditum fuerit, aut heredes fuerint instituti, id patribus et dominis sine aliqua dubitatione conquiritur: praeter eos filios, quibus per leges ut castrense peculium habere permissum est. Hi vero servi, qui in usufructu nostro et in proprietate alterius sunt, hoc tantum usufructuario acquirere possunt, quod opere aut manibus suis fecerint aut de mercedibus operis sui acceperint. Nam si eis aut hereditas aut legatum dimittatur aut donationis aliquid conferatur, hoc proprietario domino, non usufructuario acquiritur.⁷

Il maggiore studioso dell'Epitome, Gian Gualberto Archi¹⁵, ha messo fin da subito in evidenza, analizzando il Titolo primo del secondo libro, contenente appunto la disciplina delle cose, come, nel complesso, le novità, rispetto alla trattazione corrispondente delle Istituzioni di Gaio, siano tutt'altro che trascurabili ed impongano una riflessione proprio in relazione agli aspetti sistematici¹⁶.

Ma, come pure non ha mancato di avvertire l'insigne studioso con specifico riferimento al passaggio riferito, gli elementi di novità ascrivibili all'epitomatore appaiono per così dire sconnessi rispetto all'impianto sistematico e sembrano porsi più che altro come costruzioni categoriali isolate, la cui dimensione e il cui ruolo nel complesso della disciplina sembra talvolta sfuggire allo stesso redattore dell'opera.

Per tutti, valga come esempio l'innovativa configurazione di quello che di lì a poco (e segnatamente nella compilazione giustiniana) verrà riespresso come il principio *superficies solo cedit* (già enunciato in Gaio e che nell'Epitome 2.1.4 si trova espresso nella frase *'superposita inferioribus cedit'*).

Ma quel che sorprende più di tutto è che la sequenza, pur corredata da minuziosa casistica (derivata in gran parte dai passaggi corrispondenti delle Istituzioni gaiane), non fa alcuna menzione di *mancipatio*, di *traditio*, di *in iure cessio* e di *usucapio*, vale a dire non sono in essa minimamente considerati quegli atti i quali, con terminologia contemporanea, sono denominati atti costitutivi di diritti reali a titolo derivativo.¹⁷

¹⁵ Si veda appunto G. G. ARCHI, *L'"Epitome Gai"*. *Studio sul tardo diritto romano in occidente*, Milano, 1937.

¹⁶ Alla *summa divisio* gaiana tra *res in nostro patrimonio* e *res extra nostrum patrimonium*, seguita dalla ulteriore partizione, sempre gaiana, tra *res divini iuris* e *res humani iuris*, l'epitomatore tardoantico sostituisce infatti la tripartizione tra *res nostri iuris*, *res divini iuris* e *res publici iuris*, forse recependo il consolidamento, verosimilmente avvenuto al tempo dei Severi (si pensi alla famosa definizione di *ius publicum* e *ius privatum* dovuta a Ulpiano in D. 1.1.1.2, relativamente al quale l'indagine su apporti anteriori, riflessi anche all'interno dell'Epitome in considerazione, potrebbero far riconsiderare alcune significative mende interpolazionistiche) relativamente a concetti di sistemi direttivi ormai alquanto diversi da quelli espressi ancora nell'età del Principato, sostanzialmente derivati dalla elaborazione repubblicana.

¹⁷ La lacuna è bensì avvertita dall'ARCHI, *L'"Epitome Gai"* cit., p. 250 ma egli non ne fornisce poi una spiegazione: «Con il § 7 l'epitomatore dal tema dell'accessione e della specificazione si porta a quello dell'acquisto mediante persone in potestate nostra, tema trattato da Gaio al § 87 segg. *L'Ep.* salta così i §§ 80-85: in essi si toccava il tema, in ordine alla distinzione tra

Certamente è assai arduo proporre qualche indicazione relativamente a tale così rilevante omissione.

Se essa sia ascrivibile a una precisa scelta da parte dell'epitomatore o sia dovuta invece a fenomeni diversi, non riconducibili a scelte o a trascuratezze, magari impuntabili al non elevato livello di acculturazione giuridica dell'autore del nostro testo.

Si è pure affacciata da parte dell'Archi, sia pure con grande cautela, l'ipotesi addirittura della perdita di una parte del testo, quella appunto contenente la menzione degli atti acquisitivi di diritti reali a titolo derivativo¹⁸.

Ma forse la ragione di tale lacuna può intravedersi nella inadeguatezza, non sappiamo peraltro fino a che punto percepita dall'epitomatore, relativa alla disciplina complessiva (ove pure non del sistema) degli atti traslativi dell'antico *dominium ex iure Quiritium* (senz'altro ancora riflesso nella corrispondente trattazione gaiana) ad innestarsi al di sopra di una realtà normativa in proposito ormai alquanto diversa, rispetto al periodo classico, e conseguente (ma questo è tutt'altro problema) più in generale alla messa in crisi degli antichi sistemi direttivi rappresentati dallo *ius civile* e dallo *ius gentium* e in fondo dalla stessa caratteristica del sistema contrattuale romano a circoscrivere, almeno sul piano teorico, gli effetti dei medesimi al campo meramente obbligatorio¹⁹.

res mancipi e res nec mancipi, della possibilità da parte della donna o del pupillo di alienarle. Per diversi comprensibili motivi non può pertanto far meraviglia che essi siano caduti». Ma davvero non si riesce ancora a comprendere appieno quali siano quei «diversi comprensibili motivi» che avrebbero indotto l'epitomatore al silenzio assoluto sul punto.

¹⁸ Si veda ancora ARCHI, *L'“Epitome Gai”* cit., p. 55, il quale efficacemente rileva come: «le considerazioni generali riguardanti la parte che, con nome moderno si potrebbe chiamare diritti reali, vertono sì può dire essenzialmente su un atteggiamento negativo dell'epitomatore nei confronti del suo modello, nel senso che egli omette quei paragrafi, che sarebbero stati essenziali ad una trattazione in proposito. Questa importante lacuna, aggravata dal fatto che il testo dell'*Ep.* si presenta nel titolo interessato (II, 4) in uno stato di conservazione tale, che legittima dubbi sulla sua tradizione, dà luogo a problemi di grande interesse».

¹⁹ Si pensi a quanto è avvenuto in relazione alla costituzione delle servitù prediali tramite *pactio et stipulatio*, sia pure in relazione a terreni non sottoposti al regime del *dominium ex iure Quiritium*; a tal proposito, appaiono assai rilevanti le considerazioni di F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Atti del Convegno “Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico”*, In memoria di Arnaldo Biscardi, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano, 2011, p. 124 (estr.), secondo cui: «è chiaro infatti che, nella costituzione del diritto mediante *pactio* e *stipulatio*, le parti potevano prevedere meccanismi negoziali affinché il rapporto di servitù venisse per così dire “trasmesso” agli acquirenti a titolo particolare del fondo servente, gravando contrattualmente il costituente, sempre attraverso la *stipulatio* e nel caso con la promessa di una *poena*, dell'obbligo di fare rispettare il diritto in questione anche da questi ultimi: tuttavia una simile soluzione, rimanendo nella sfera degli obblighi personali del titolare del fondo servente, poteva in linea di massima prevedere soltanto sanzioni di tipo appunto personale e risarcitorio, e d'altra parte doveva assumere un valore alquanto limitato e assai poco soddisfacente di fronte al trascorrere del

5. Alcune considerazioni di chiusura

Ci si può, e fors'anche ci si deve, almeno da parte dello scrivente, domandare se dalle pagine che precedono sia già consentito trarre qualche considerazione di insieme, che però certo non ambisce a fissare definitivamente i punti dell'indagine.

A chi rilevi innanzi tutto una scarsa propensione, in generale, verso aspetti sistematici da parte della letteratura giuridica tardoantica, non si può certo, al di là di qualche recente opinione emersa recentemente nella letteratura specialistica²⁰, dare tutti i torti.

Sia pure entro i limiti della presente indagine, le due fonti che abbiamo considerato, i *Tituli ex corpore Ulpiani* e l'*Epitome Gai* appaiono le uniche, all'interno di un complesso non certo esiguo, che permettano l'individuazione di una esposizione della materia in prospettiva o con approccio di natura sistematica.

Il che peraltro non deve portare ad escludere che il lavoro sistematico non sia mai stato effettuato, sia in riferimento a vasti settori del diritto privato (basti pensare ai diritti di credito e alle relative fonti) sia in riferimento ad aspetti di singoli istituti, in quella cultura forse ancora oggi troppo spesso svalutata rispetto non solo alla elaborazione della giurisprudenza classica ma soprattutto al livello di acculturazione e sensibilità sistematica propri dell'età giustiniana.

Un aspetto che forse merita ulteriori e più approfondite indagini, soprattutto in riferimento ai diritti reali (e più specificamente in relazione proprio ai relativi atti acquisitivi) è proprio quello concernente i criteri di effettuazione delle pur rare sistematiche in proposito rintracciabili.

Criteri che possono dar conto di inspiegabili omissioni (il riferimento è alla sistematica degli atti costitutivi di diritti reali prospettata nell'*Epitome visigotica*), ma la cui individuazione, come pure si è cercato di mettere in evidenza poco sopra, deve tener conto delle caratteristiche dell'ordinamento giuridico romano in questa epoca e dell'apporto proveniente dalla prassi negoziale, la quale, per sua stessa natura, sembra sfuggire ad ogni pur timido ed occasionale tentativo di sistemazione.

tempo (...).» Ed è verosimilmente in relazione alle esigenze messe in luce dallo studioso che deve essersi fatta strada l'idea di aprire una breccia all'interno di quella ancora oggi tutto sommato piuttosto discussa raffigurazione dell'efficacia meramente obbligatoria delle fattispecie contrattuali.

²⁰ Si veda, ad esempio, LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Africa, mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, 2005, p. 111, con specifico riguardo alla sistematica con cui si trovano presentate le materie trattate all'interno delle *Pauli Sententiae*.