

Prolegomeni alla lettura della casistica romana

Laura Solidoro

Uno degli indici della grandezza dell'esperienza giuridica romana, vista nella sua globalità, è senza dubbio costituito dall'essersi sviluppata lungo un doppio binario: la tecnica casistica e la visuale sistematica.

Data questa particolarità, nello studio giusromanistico il confronto tra i due momenti deve essere costante¹. Del resto, il rapporto tra l'analisi del caso concreto e le diverse fasi della costruzione del diritto come scienza razionale traspare puntualmente da quanto ci è dato sapere circa le attività e il pensiero di giuristi, retori, magistrati e giudici romani². È di immediata evidenza che l'esame del metodo casistico romano non si debba e non si possa esaurire nella sua storia 'esterna', cioè nella conoscenza teorica delle tecniche utilizzate dai giuristi, ma che implichi una immersione piena nella lettura dei casi pratici, discussi e risolti dai giuristi romani. La lettura ed il commento del caso devono però essere condotti in modo tale da mettere in luce, agli occhi del lettore, gli aspetti peculiari della tecnica casistica adottata

¹Per un'ampia discussione sull'opportunità di affiancare lo studio del metodo del caso alla osservazione del momento prescrittivo e alla costruzione sistematica, anche sul piano dell'efficacia didattica, in chiave di ricostruzione storiografica, vd. E. TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, in E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico* (1884), Bologna, 1989 (rist. an.), VI ss.; A. LOVATO, *Diritto romano e Scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Bari, 1999; E. STOLFI, 'Quaestiones iuris'. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento, in *Teoria e storia del diritto privato* (www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com), 1, 2008, sez. 'Contributi'; ID., *I casi e la 'regula'. Una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Atti del Convegno ARISTEC* (Roma, 22-23 febbraio 2013), a cura di L. Vacca, Napoli, 2014, 1 ss.

²Sulla sinergia dei vari operatori del diritto nella edificazione dell'ordinamento giuridico romano, specie in sede processuale, vd. ora A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, con ampia discussione delle fonti e della prec. lett.

dagli antichi *prudentes* romani. E cioè *in primis* il nesso strettissimo da questi instaurato tra l'analisi degli elementi caratterizzanti il fatto e la individuazione della *ratio decidendi* dello stesso.

Al riguardo, occorre sottolineare che l'attenzione per il dato prescrittivo, per i profili concettuali – e talora pure sistematici – non risulta affatto estranea alle tecniche ermeneutiche e decisionali del giurista romano, neppure nella fase più risalente. L'originario impianto casistico del diritto di Roma, come è ben noto agli studiosi della materia, non è mai stato del tutto avulso dal momento normativo, già presente nei *mores*, nelle leggi delle XII Tavole, nelle successive *leges publicae*, nelle clausole edituali, nelle prime costituzioni imperiali. Non mancavano, dunque, regole e principi essenziali posti *aliunde*. Né si spiegherebbe diversamente l'acclarata tendenza dei più antichi *prudentes* alla formulazione di enunciati autoritativi e generalizzanti, fondati sullo *ius civile*³.

Eppure, parliamo con buon fondamento di 'impianto casistico' del diritto romano precedente l'età imperiale con riferimento a due significative circostanze: l'esiguità di elementi prescrittivi e di diritto scritto rendevano

³Un *exemplum* è costituito dall'applicazione della disciplina relativa agli 'obblighi di informazione' a carico del venditore di immobili, così come costruita dai più antichi *prudentes* sulla base di una norma decemvirale e poi richiamata da Cicerone (Cic. *off.* 3.16.65): a proposito della *poena reticentiae*, vd. ancora Cic. *off.* 3.16.65, su cui rinvio a quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, spec. 84 ss., 88 ss. Sull'intima connessione tra attività dei *pontifices* e *ius civile*, Cic. *Brut.* 42. Il valore fortemente 'persuasivo' dei più antichi *responsa* (resi individualmente mediante *decretum* dai singoli pontefici) trovava il suo fondamento nel prestigio dell'autore, perciò la fonte e la struttura del responso escludevano la necessità di motivazione; inoltre, la segretezza caratterizzante le attività dei collegi pontificali implicava che non venissero esplicitati i criteri adottati per risolvere le questioni. Si tratta comunque di ricostruzioni altamente congetturali, attesa la penuria delle fonti in materia, al di là di Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.2.6. Altre fonti e discussione del problema in P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I. *Bis auf die Catonen*, Berlin, 1888, 37 ss., spec. 39; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970, 23 ss.; F. CANCELLI, *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio*, Roma, 1996; vd. anche gli spunti in J. VERNACCHIA, 'Cogitabant pontifices', in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, I, Napoli, 1984, 315 ss.; A. SCHIAVONE, *I saperi della città*, in *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 545 ss., spec. 569; C.A. CANNATA, *Scienza giuridica e prassi*, in *Scienza giuridica e prassi. Atti del Convegno ARISTEC (Palermo, 26-28 novembre 2009)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, 11 ss.; L. FRANCHINI, *Il problema dell'esistenza di un 'ius controversum' in età arcaica*, in *D@S*, 13, 2016. Le arcaiche affermazioni prudenziali di carattere vagamente apodittico vennero poi recepite dalla successiva giurisprudenza, dopo essere state sottoposte al vaglio di una discussione tra specialisti e sperimentate come soluzioni 'giuste' per altri casi simili: vd. *infra*, nel testo.

necessario l'apporto creativo ed evolutivo del pensiero giurisprudenziale; erano le caratteristiche del caso concreto ad indicare agli interpreti la direzione da prendere nella scelta della *ratio decidendi* e quindi della soluzione del conflitto. Perciò, l'esperienza giuridica romana si è formata e si è evoluta – fino alle soglie dell'età imperiale – in prevalenza attraverso la soluzione dei casi concreti⁴.

L'esigenza di edificare il diritto, quasi dal nulla, e dunque facendo leva sulle logiche intrinseche ai casi pratici, da rapportare alle poche linee-guida offerte dai *mores* e dal diritto scritto, in non pochi ambiti anche dalla morale (si pensi ai concetti di *fides*, *aequum et bonum* etc.)⁵, ha plasmato in modo unico le analisi casistiche dei giuristi romani, la loro capacità di 'diagnosi' del caso, le raffinatissime tecniche di analogia e di 'distinguo', cui ancora oggi concordemente si riconosce un enorme valore esemplare⁶. E ciò perché il giurista romano era al tempo stesso filosofo, pragmatico, retore⁷. La composita formazione culturale dei *prudentes* svolse un ruolo determinante nell'alta qualità del loro metodo. Sono stati i giureconsulti romani, esperti del ragionamento dialettico perché imbevuti di logica filosofica e di

⁴Così L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 151.

⁵Rinvio, sul punto, a quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*, Torino, 2013; G. FALCONE, *La definizione di 'obligatio' tra diritto e morale*, Torino, 2017, con bibl. sul tema ivi cit.

⁶Come esempio di «raffinate applicazioni» della tecnica dell'analogia e del 'distinguo', si legga Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35 pr., con il commento di L. VACCA, *Diritto*, cit., 181 s., nt. 24. In questo ambito, assumono particolare evidenza i *libri digestorum* di Salvio Giuliano: «È stato da tempo sottolineato come lo strumento argomentativo preferito di Giuliano sia l'analogia. La casistica dell'opera giuliana si dispiega, infatti, in una 'rappresentazione casistica dell'ordinamento' non mediante regole o definizioni sintetiche e apparentemente staccate l'una dall'altra, ma mediante una ricchissima articolazione di casi, in cui colpisce non tanto il riferimento, che può essere più o meno dettagliato, ai fatti concreti, ma la capacità di collegare le varianti rilevanti di situazioni simili a soluzioni analoghe o differenziate, in una dialettica continua anche con soluzioni casistiche degli altri giuristi, presentando nel complesso un quadro assolutamente coerente all'interno dei singoli problemi, e non di rado, peraltro, fortemente innovatore rispetto alle soluzioni precedenti» (L. VACCA, *Diritto*, cit., 180 s.).

⁷Cic. *de orat.* 1.5.17-18. Sulla formazione dei giuristi romani dell'età repubblicana e sulle tecniche di argomentazione giuridica, vd. ora P. CERAMI, *Scienza giuridica, argomentazione forense e prassi notarile*, in *Scienza giuridica e prassi*, cit., 203 ss.; M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla 'narratio' retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sulla formazione dell'avvocato romano e la sua azione*, Torino, 2017, con prec. lett.; vd. sul punto anche la lett. discussa in G. MARINO, *Diritto principi giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Napoli, 1990, 45.

retorica⁸, ad insegnarci che il caso concreto ha in sé un grande potenziale ermeneutico, dal momento che esso può essere prospettato in molteplici forme e risolto in svariati modi, in ragione tanto delle plurime possibilità di configurazione delle fattispecie (fattispecie astratte, cioè modelli di casi), tanto della selezione degli elementi che si ritengano determinanti per contraddistinguere – e qualificare sul piano giuridico – l'accadimento all'esame.

E qui entra in campo un altro carattere peculiare del diritto romano pregiustiniano e segnatamente del diritto di matrice giurisprudenziale: la sua 'controversialità'⁹.

La possibilità di prospettare diversamente fattispecie astratte e casi concreti, ponendo l'accento su di un profilo, anziché su di un altro, i diversi criteri di scelta del principio di diritto (*ratio decidendi*) da applicare al fatto litigioso furono studiati, sfruttati ed applicati in maniera pressoché parossistica dalla giurisprudenza romana, formata alla retorica e alla logica stoica¹⁰. Nei brani giurisprudenziali conservatici nei Digesti di Giustiniano è rimasta qualche traccia delle antiche dispute, delle discordanti opinioni dei vari giuristi circa la soluzione dei casi loro sottoposti. E quanto sappiamo ci basta per capire che il diritto giurisprudenziale caratterizzante le fasi della Repubblica e del Principato era un diritto 'incerto', problematico perché controverso (*ius controversum*¹¹), provvisorio, in continua tensione verso ragionamenti più stringenti, verso soluzioni più coerenti con la trama complessiva del 'sistema' – da intendersi, sia chiaro, come 'organizzazione logica della materia giuridica' – che si andava lentamente componendo.

Dall'analisi del caso il giurista poteva approdare al rinvenimento del principio da applicare (*ratio decidendi*) e quindi della regola atta a risolvere il conflitto. Erano pertanto le caratteristiche del caso concreto ad indirizzare

⁸ Ampia esposizione, con fonti e lett., in G. COSSA, *I giuristi e la retorica*, in *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano, 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci ed E. Stolfi, Trento, 2012, 299 ss.

⁹ Tra la sconfinata lett. in materia, mi limito a citare, oltre al fondamentale saggio di A.B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar, 1951, 201 ss. (ora disponibile anche in trad. it., con il titolo *Il diritto controverso dei giuristi romani*, in *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*², a cura di A. Lovato, Bari, 2011, 171 ss.), M. BRETONE, '*Ius controversum*' nella giurisprudenza classica, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 2008, 763 ss.; L. VACCA, *Diritto*, cit., 189 ss.; A. PALMA, *Il luogo*, cit., 9 ss., 14 ss.

¹⁰ Fondamentale, sul punto, M. TALAMANCA, *I 'Pithanà' di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, 26, 1975, 1 ss.

¹¹ L'espressione *ius controversum* compare in Cic. *pro Mur.* 25.

l'interprete al principio in grado di governarlo e di risolverlo. Questo procedimento di *Rechtsfindung* (individuazione della *ratio decidendi*) solo di rado veniva esplicitato dal giurista romano. Tuttavia, se pure il principio sotteso alla soluzione in genere non ci risulta espressamente enunciato, si lascia da noi ricostruire con una certa agilità. Ed è appunto ciò che occorre fare, nella lettura critica dei casi sottoposti agli antichi *prudentes*: mettere in evidenza come l'ordinamento giuridico romano si sia sviluppato, procedendo dal metodo casistico verso la costruzione sistematica, muovendo dal caso verso il principio di diritto, dal principio di diritto alla regola, dalla regola al sistema.

Dunque, la capacità, propria della giurisprudenza romana, di coniugare esigenze della prassi e costruzioni teoriche è al tempo stesso capacità di accogliere, a proposito del caso discusso, accanto alla disparità di opinioni tra più *prudentes*, anche il 'dubbio' professato dal singolo giurista (*dubium est*¹²). Un dubbio che nasce non dalla incapacità o dalle scarse cognizioni tecniche, bensì dalla consapevole considerazione di un ampio ventaglio di rappresentazioni e di soluzioni, tutte diverse tra loro, e tutte astrattamente accettabili, purché ragionevoli. È proprio questa 'mancanza di certezza', professata e accettata dai giuristi in alcuni ambiti della materia giuridica, ad affinare ed elevare la scientificità del pensiero giurisprudenziale, nel momento in cui spinge all'introduzione, nel ragionamento, di varianti casistiche¹³ che permettano l'applicazione della tecnica del 'distinguo'¹⁴, oppure del ragionamento per assurdo¹⁵, che consenta di pervenire ad una soluzione razionale e coerente pure nei casi più difficoltosi: con la *reductio ad absurdum* si escludono le opinioni *contra rationem iuris*, per poi accogliere, sulla sola base di un criterio residuale, l'unica soluzione possibile (perché 'ragionevole'), ma che non si può motivare sulla base di uno *ius receptum*. La controversia e il *dubium* costituiscono insomma fattori di instabilità consustanz-

¹² Si legga, per esempio, il dubbio di Pomponio in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.6. Altre fonti, con approfondite esegesi testuali, in A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990.

¹³ Vd. soprattutto T. GIARO, *L'arte di comparare i casi*, in *SDHI*, 60, 1994, 507 ss.

¹⁴ Vd. *supra*, note 7-8. Sulla tecnica di astrazione quale schema argomentativo idoneo a segnare il passaggio dalla soluzione concreta alla elaborazione di 'casi tipo' o 'massime', nell'applicazione da parte di Labeone, vd. M. TALAMANCA, *I 'Pithanà'*, cit.; L. VACCA, *Diritto*, cit., 179 e nt. 18.

¹⁵ Dettagliato esame delle fonti in P. CAPONE, *Valore ed uso giurisprudenziale di 'absurdus/e'*, in *SDHI*, 63, 1997, 197 ss.; T. GIARO, *L'expérience de l'absurde chez les juristes Romains*, in *'Mater familias'. Scritti romanistici per Maria Zablocka*, a cura di Z. Benincasa e J. Urbanik, Varsavia, 2016, 243 ss., con altra lett.

ziali al metodo giurisprudenziale romano, che, se per certi aspetti rendono il diritto ‘incerto’, per contro, al tempo stesso, lo mantengono fluido, adattabile, idoneo a soddisfare le nuove istanze e le nuove situazioni concrete.

Solo con l’entrata in vigore della compilazione giustiniana tutta la progressa esperienza giuridica risulta definitivamente organizzata come sistema compatto, completo e unitario, cui peraltro si conferisce valore di diritto vigente¹⁶. Le vecchie dispute vengono risolte per volere imperiale, la controversialità lascia il posto alla univocità, all’assenza di contraddizioni¹⁷. Il contenuto di *Codex*, *Institutiones*, *Digesta* diviene, per disposizione imperiale, l’unico riferimento normativo dal cui tenore testuale desumere il principio applicabile alla fattispecie, in quella che poi diverrà l’ottica moderna consueta, all’indomani delle codificazioni. Si verifica così la completa subordinazione del caso concreto al principio desumibile dal diritto scritto e fissato in una costruzione sistematica. Per il giudice, diventa necessario effettuare quel procedimento che noi denominiamo oggi sussunzione¹⁸, ovvero il riconoscimento, nel caso concreto, dei connotati della fattispecie astratta e la riconduzione dei fatti su cui decidere sotto la fattispecie prevista dalla norma. Ecco perché la compilazione giustiniana, in quanto concepita alla stregua di codificazione, costituisce – è stato scritto – «la negazione del metodo casistico-giurisprudenziale»¹⁹.

La svolta, naturalmente, aveva i suoi *a priori*. La ‘chiusura’²⁰ del sistema era stata preceduta da un percorso bisecolare, le cui tappe fondamentali²¹

¹⁶ Vd. ora A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli, 2012, 59 ss.; L. VACCA, *Diritto*, cit., 211 ss., con fonti e prec. lett.

¹⁷ Const. *Tanta* 21. Vd. in materia E. STOLFI, *Citazioni e ‘dissentiones prudentium’ nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardo antica. Alcune riflessioni*, in *Studi in onore di A. Metro*, VI, Milano, 2010, 197 ss.; L. VACCA, *Diritto*, cit., 199 ss.

¹⁸ Sulla correttezza del procedimento di sussunzione restano fondamentali le considerazioni di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1972), trad. it., Napoli, 1983, 38 ss.

¹⁹ L. VACCA, *Diritto*, cit., 6.

²⁰ Per la distinzione tra ‘sistema aperto’ e ‘sistema chiuso’, U. VINCENTI, *Intorno alla distinzione tra sistemi giuridici ‘aperti’ e ‘chiusi’*, in ID., *L’universo dei giuristi, giudici, legislatori. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, 73 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 23 ss.

²¹ Per approfondimenti rinvio a quanto esposto in L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino, 2011, 1 ss.; sulle strategie utilizzate nel tardoantico per il conseguimento di un ‘diritto certo’, fonti e lett. in L. SOLIDORO, *‘Habent sua sidera lites’: sulla storia dell’imponderabile nell’avventu-*

è dato ravvisare, tra il IV e il V sec. d.C., nello svilimento della figura del giurista e dell'avvocato, nell'ambiguità e nella falsificazione dei pareri giurisprudenziali, nella corruzione dei giudici favorita dal disordine dei materiali normativi, nell'aspirazione degli Imperatori all'accentramento, nelle loro mani, della doppia funzione di creazione e di interpretazione del diritto, nel conseguente rifiuto della indipendenza e della autorevolezza del ceto dei *prudentes*. Già la promulgazione della c.d. Legge delle citazioni del 426 d.C. e la codificazione di Teodosio del 438 d.C. dimostrano l'intento imperiale di perseguire l'ideale di certezza del diritto mediante la soppressione della dimensione giurisprudenziale e controversiale dello *ius*. Il disegno diviene poi quello di lasciare posto ad una sola fonte di diritto, la *lex* imperiale, la cui unica interpretazione consentita sia quella autentica²².

Non interessa, né avrebbe alcun senso, esprimere giudizi di valore su queste esperienze storico-istituzionali così disomogenee, pure se ricomprese nella denominazione unificante 'diritto romano'. Ma se, all'interno della lunga parabola romana, cerchiamo un momento di equilibrio tra questi due estremi di 'apertura' e di 'chiusura' del sistema, un tempo nel quale la qualità della *scientia iuris* abbia toccato le sue vette più alte, questo periodo lo troviamo nella fase che la giusromanistica ha per lungo tempo denominato 'età classica'²³.

L'arco di tempo compreso tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C., coincidente con la crisi della Repubblica e il Principato romano, è quello che vede nascere l'aspirazione ad una fusione armoniosa e bilanciata tra metodo casistico e organizzazione concettuale del diritto, grazie ad un intenso impegno giurisprudenziale, rivolto alla sistemazione scientifica dell'esistente giuridico. In precedenza prevaleva – necessariamente – il primo modello, quello del diritto casistico giurisprudenziale, nell'età tardo imperiale prenderà il sopravvento il secondo, che culminerà nella codificazione giustiniana.

Il 'sistema', cioè l'organizzazione coerente e razionale del diritto, comincia a formarsi sullo scorcio dell'era volgare, grazie alla riflessione scientifica di giuristi come Alfeno Varo, autore della più antica opera di carattere casistico, e Antistio Labeone. Dalla lettura di quanto ci è conservato delle loro opere, si evidenzia una nuova tecnica: l'estrazione della 'regola' dal di-

ra processuale, in *'Signa amicitiae'*. *Scritti offerti a G. de Bonfils*, Bari, 2018, 321 ss., spec. 330 ss., 339 ss.

²² C. 1.14.12.5; Const. *Tanta* 23. In lett., A. LOVATO, *Del buon uso*, cit., 84, con bibl.

²³ Impostazione diversa e radicale, nella contrarietà all'uso del qualificante 'classico', in quanto arbitrario e discriminante, in S. SETTIS, *Futuro del classico*, Torino, 2004.

ritto del caso concreto²⁴. La regola si ricava dalla casistica: essa si deduce dai casi in precedenza decisi in modo ‘giusto’ e può essere applicata in seguito a casi simili, cioè caratterizzati dagli stessi contorni sostanziali²⁵. Con la generalizzazione della *regula*, applicata in concreto secondo criteri largamente condivisi dai *prudentes*, si saldano i singoli responsi – dai quali viene astratto il principio giuridico – con la costruzione di una scienza giuridica razionale²⁶. E si forma, così, il metodo di utilizzazione dei ‘precedenti’, da intendersi, con specifico riguardo all’esperienza giuridica romana, come casi decisi secondo criteri largamente condivisi, o almeno condivisibili sul piano della razionalità o per l’autorevolezza del decidente²⁷. La tecnica dell’astrazione dal caso concreto del criterio decisionale (*ratio decidendi*) serve a proporre un ‘modello’, una direttiva di metodo²⁸, per la soluzione di accadimenti futuri simili. Di lì a poco, nel corso del II secolo d.C.²⁹, *definitiones, regulae, regulae maximae* (o *regulae generales*, cioè principi) saranno assunti quali strumenti d’elezione per la costruzione del diritto come sistema.

La *regula (iuris)* – la cui prima menzione pare risalire a Labeone³⁰ – e i principi generali³¹ nascono dunque dalla soluzione del caso concreto o,

²⁴ Paul. 16 *ad Plaut.* D. 50.17.1: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.* Sul passo, C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I. *Dalle origini all’opera di Labeone*, Torino, 1997, 328 ss.; di recente, A. PALMA, *Il luogo*, cit., 83 s.

²⁵ M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione delle ‘regulae iuris’*, in *Sem. Compl.*, 25, 2012, 188 ss., 227 s.; vd. anche ID., ‘*Servius respondit*’. *Studi su metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana*, I. ‘*Prolegomena*’, Trento, 2010, 73 s.

²⁶ Così L. VACCA, *Diritto*, cit., 109 ss. e nt. 32, la quale invita a ridimensionare e valutare con maggiore cautela la definizione anticipatoria proposta da P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, Berlin, 1888, 283 ss., della giurisprudenza tardo repubblicana come ‘giurisprudenza delle regole’.

²⁷ Ampia trattazione, con fonti e lett., in L. VACCA, *Diritto*, cit., 41 ss., 71 ss.

²⁸ L. VACCA, *Diritto*, cit., 115.

²⁹ È significativo che Nerazio Prisco, giurista attivo agli albori del II sec. d.C., sia stato il primo a comporre dei *libri regularum*: P. STEIN, ‘*Regulae iuris*’. *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgh, 1966, spec. 34; V. GIUFFRÈ, ‘*Regulae iuris*’. *Prospettive e approfondimenti*, in ‘*Regulae iuris*’. *Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli, 2016, 5 ss.

³⁰ *Arg. ex Gell. noct. Att.* 13.10.1. Sabino (D. 50.17.1) ne discute già come di «uno strumento acquisito»: A. CORBINO, *Caso, diritto e ‘regula’*. *Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, in ‘*Regulae iuris*’, cit., 35 ss., spec. 36 e nt. 10.

³¹ Opportunamente precisa A. PALMA (*Il luogo*, cit., 92): «La *regula* sembra essere un enunciato che pragmaticamente può assolvere sia alla funzione di principio generale sia a quella di regola del caso, a seconda degli indirizzi interpretativi assunti dal giurista che la utilizza». Sottolinea l’originario ampio significato della nozione di *regula*, anche se con accenti diversi, C. CASCIONE, *Profondità e margini di una ricerca*, in ‘*Regulae iuris*’, cit., 201 ss., spec. 205 ss.

per meglio dire, dalla constatazione di una preponderante prassi decisionale di casi dello stesso tipo in un dato senso, che si ritiene conforme allo *ius*³². È attraverso un procedimento di astrazione del diritto (criterio decisionale, principio giuridico sul quale si fonda la decisione: *ratio decidendi*) applicato al singolo caso concreto che si perviene all'enunciazione in forma sintetica e 'massimata' (*brevis rerum narratio*³³) del principio applicato³⁴. La *regula* è frutto di un rigoroso procedimento scientifico³⁵, ma ha un precipua finalità pratica: «con la *regula*, la giurisprudenza reagisce, dall'interno, alle tendenze dissolutive che il sistema 'aperto' porta con sé. Si dà essa stessa criteri condivisi di orientamento dell'interpretazione»³⁶. Continua a sussistere una pluralità di opinioni all'interno di un sistema 'aperto', ma questo risulta adesso «controllato nella sua razionalità interna dalla coerenza delle soluzioni pratiche»³⁷. La voce della prassi, al riguardo, è illuminante: Cicerone³⁸ avverte che il 'diritto instabile' (lo *ius controversum*) costituisce soltanto una piccola parte dell'ordinamento e che la controversialità viene gestita in via esclusiva dai massimi giureconsulti. Dal che si evince che già *ab initio* le controversie si scioglievano per la maggior parte sulla base dello *ius conditum*, ovvero di quelle regole e di quei principi tradizionali, cui *supra* si accennava, capaci di governare buona parte dell'esperienza concreta.

Quando poi, con l'avvento del Principato, l'*auctoritas* dei giuristi – ormai selezionati e legittimati a *iura condere* dal potere imperiale, mediante il riconoscimento dello *ius publice respondendi*³⁹ – prende ad esplicarsi nella produzione di punti di riferimento stabili, quali definizioni, regole e principi e, su di un altro versante, l'incipiente legislazione imperiale acquista valore normativo, la controversialità del diritto giurisprudenziale comincia ad essere ulteriormente contenuta ed arginata nel perimetro della dimen-

³² Cfr. al riguardo B. SANTALUCIA, 'Regulae iuris', in *Labeo*, 20, 1974, 259 ss.; A. PALMA, *Il luogo*, cit., 80 ss., con gli Autori. citati alle ntt. preced.

³³ D. 50.17.1: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat.*

³⁴ Così L. VACCA, *Diritto*, cit., 116.

³⁵ Sabino (D. 50.17.1) precisa che un vizio nel procedimento costruttivo inficia la regola (*cum in aliquo vitiata est, perdit officium*).

³⁶ A. CORBINO, *Caso*, cit., 60. In questo senso anche A. PALMA, *Il luogo*, cit., 84 ss.

³⁷ A. PALMA, *Il luogo*, cit., 86.

³⁸ Cic. *de orat.* 1.57.242, su cui C. CASCIONE, *Recensione* a M. BRETONE, 'Ius controversum' nella giurisprudenza classica, Roma, 2008, in *ZSS*, 129, 2012, 703 ss.

³⁹ Sul controllo delle fonti del diritto quale finalità della introduzione dello *ius respondendi ex auctoritate principis* e sulla conseguente legittimazione all'emissione di responsi vincolanti, vd. ora L. VACCA, *Diritto*, cit., 101 ss., con discussione della prec. lett.

sione prescrittiva, che si fa progressivamente più incisiva. Il ‘ sistema aperto ’ comincia a virare verso il ‘ sistema chiuso ’. Sotto il regno di Diocleziano, l’energia creativa della giurisprudenza si è già dissolta: all’*establishment* imperiale interessa non più lo *ius controversum*, bensì lo *ius receptum* (quello, cioè, derivante da una consolidata *scientia iuris* e poi selezionato secondo le scelte operate dalla cancelleria del *princeps*)⁴⁰.

Ma vi è, tra la fine della Repubblica e il medio Principato, un periodo di equilibrio (benché instabile) tra metodo casistico e sistema normativo, una dialettica interna con alta potenzialità di contrasto e quindi di reciproco e proficuo contenimento dei limiti e dei difetti propri di entrambi i modelli: ovvero il rischio dell’incertezza del diritto per il metodo casistico (ove non frenato dalla regola del precedente vincolante, sconosciuta ai Romani) e la difficoltà di evoluzione e adeguamento dell’ordinamento giuridico, quale conseguenza della progressiva sclerotizzazione del diritto scritto organizzato come sistema codificato.

Ed è questa una esperienza storica meritevole di una riflessione particolarmente approfondita, specie nel momento di confronto dialettico che stiamo vivendo oggi, in Italia, tra un diritto positivo racchiuso nei codici, nient’affatto esaustivo e sempre bisognevole di aggiornamenti e integrazioni, e altri diritti non codificati e perciò in perenne movimento, tra cui il diritto giurisprudenziale e i diritti transnazionali⁴¹. Soprattutto lo spazio lasciato libero all’attività nomofilattica del giudice interno (fenomeno del c.d. giudice-legislatore), in un siffatto contesto di sovraffollamento e di disordine del sistema delle fonti, ha dato adito ad una forte richiesta, rivolta alle Corti, di orientamenti omogenei⁴². Ne fa fede la densità raggiunta in tempi recenti dal dibattito sul valore da riconoscere oggi, in Italia, al precedente giudiziario⁴³. Pressoché concordi sulla inapplicabilità, nel sistema giuridico italiano, della regola di *Common Law* del precedente vincolante (*stare deci-*

⁴⁰ Così A. LOVATO, ‘*Ius receptum*’, in *Scritti per A. Corbino*, IV, Lecce, 2016, 443 ss., spec. 446 ss.

⁴¹ Efficace sintesi in N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 482 ss.

⁴² Vd. sul punto le riflessioni di F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilia*, in *Giustizia Amministrativa* (www.giustizia-amministrativa.it), pubbl. 16 ottobre 2017.

⁴³ I termini delle oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali in ordine al valore da riconoscere in Italia al precedente giudiziario sono risultati chiaramente delineati nel corso del Convegno ‘*I Precedenti*’ (Roma, 6 luglio 2017), organizzato sotto il patrocinio dell’Accademia dei Lincei.

sis), in quanto inconciliabile con il nostro ordinamento⁴⁴, gli operatori del diritto chiedono oggi in Italia – come in Germania – la uniformazione degli indirizzi giurisprudenziali da parte delle Corti Supreme⁴⁵. Si tratta di una svolta assolutamente opportuna, a fronte della istanza di certezza del diritto e di prevedibilità delle sentenze, che proviene dal cittadino. Tuttavia, occorre prima creare e diffondere una ‘cultura del precedente’⁴⁶, preparando i protagonisti del processo – i futuri giudici e avvocati – alle tecniche dell’*overruling* (revoca – motivata – del precedente vincolante da parte del giudice di grado superiore) e del *distinguishing* (presa d’atto, da parte del giudice, della similitudine solo apparente dei casi e della sussistenza di rilevanti differenze tra il caso concreto da decidere e quello già deciso dalla Corte di grado superiore, con conseguente esenzione del giudice di grado inferiore dall’osservanza della regola del precedente). Ciò implica una certa esperienza nell’analisi del fatto concreto⁴⁷ e in primo luogo la capacità di selezionare gli elementi qualificanti – sul piano giuridico – dello stesso.

Del resto, si registra già da molti anni un diffuso riconoscimento del ‘primato del caso’⁴⁸, ovvero un deciso ritorno della rilevanza dell’accadimento e del caso concreto, che ha determinato un nuovo modo di guardare alla dogmatica del codice: ma il pluralismo che ne è derivato (la difficoltà di generalizzare, cioè di accettare che la regola applicata al caso concreto deve va-

⁴⁴ Ostano alla recezione della regola del precedente vincolante due circostanze: le decisioni giudiziali non sono inserite nel nostro sistema delle fonti (il giudice non ha pertanto il potere di creare regole di diritto); il nostro sistema prevede tre gradi di giurisdizione, mentre nel *Common Law* le sentenze sono tendenzialmente definitive. Tuttavia, in Italia, a potenziare la forza persuasiva del precedente giurisdizionale hanno provveduto il testo novellato dell’art. 118 disp. att. al cod. proc. civ. (in cui si introduce, codificandolo, il principio dell’utilizzo del precedente giurisprudenziale conforme) e il nuovo art. 374 cod. proc. civ., frutto dell’intervento legislativo sul giudizio in Cassazione del 2006.

⁴⁵ Sull’esigenza di uniformità della giurisprudenza quale garanzia di certezza del diritto, prevedibilità delle sentenze future, uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Casistica*, cit., 175 ss.

⁴⁶ Su cui vd. M. SERIO, *L’interpretazione del precedente nel Common Law*, in *Scienza giuridica interpretazione e sviluppo nel diritto europeo. Atti del Convegno ARISTEC (Roma, 9-11 giugno 2011)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2013, 89 ss.; ID., *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Casistica*, cit., 91 ss.; M. BARBERIS, *Un’altra legalità esiste. Breve storia del precedente giudiziale*, in *Le legalità e le crisi della legalità*, a cura di C. Storti, Torino, 2016, 207 ss.

⁴⁷ «I giudici debbono prestare sempre maggiore attenzione al fatto»: G.M. BERRUTI, *Scienza giuridica ed elaborazione giurisprudenziale*, in *Scienza giuridica e prassi*, cit., 127 ss., spec. 134.

⁴⁸ Si è scritto di una ‘irruzione del caso’: E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 1979.

lere per tutti casi simili), la c.d. giustizia del caso particolare, è compatibile con le esigenze di certezza del diritto e di prevedibilità delle sentenze future solo ad alcune condizioni⁴⁹, altrimenti rischia di diventare arbitrio. È un obiettivo ineludibile, perciò, quello di sviluppare negli interpreti la capacità di comparare i casi, per cogliere similitudini o, viceversa, differenze tra gli elementi qualificanti ciascuno di essi, secondo la tecnica del ‘distinguo’, al fine di ravvisare, oppure di escludere, la sussistenza del precedente: la *ratio decidendi* invocata per la decisione di un caso precedente può – e deve – essere applicata soltanto a casi simili (che presentino, cioè, gli stessi elementi giuridicamente qualificanti).

Lungo questi itinerari, muta il compito del giurista contemporaneo e muta, di pari passo, il paradigma della scienza giuridica. Si apre, nella formazione del giurista, uno scenario nuovo, che comporta il ricorso ad uno strumentario tecnico ulteriore, molto diverso rispetto a quello tradizionalmente utilizzato nel *Civil Law* (il procedimento di sussunzione, la motivazione della sentenza secondo lo schema sillogistico etc.). Occorrerà a breve che giudici ed avvocati siano in grado di riflettere con maggiore perizia tecnica sulle peculiarità di ciascun caso concreto, così come sulle *rationes decidendi* (principi che hanno ispirato la decisione)⁵⁰ dei casi precedentemente decisi. Vi sarà, in un breve lasso di tempo, l’esigenza di operatori del diritto capaci di avvicinare tecniche giuridiche, costruzioni concettuali, dati normativi e fattispecie (astratte), cioè ‘modelli’ del fatto, agli accadimenti concreti (i casi, appunto), e dunque alle concrete esigenze degli uomini, alla vita reale, al fine di individuare i principi (*rationes decidendi*) di volta in volta idonei a sciogliere il conflitto.

Ecco perché oggi si avverte l’esigenza di tornare con nuovi occhi allo studio del metodo casistico messo a punto dai *prudentes* romani. Non si tratta di recuperare categorie, figure giuridiche, segmenti di discipline del passato⁵¹. Si tratta piuttosto di rimeditare su una lezione di metodo, per valorizzarne

⁴⁹ Vd. sul punto F. VIOLA, *Le sfide del diritto contemporaneo alla scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi*, cit., 75 ss., spec. 83 s.; C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Scienza giuridica e prassi*, cit., 449 ss.

⁵⁰ Come già specificato *supra*, nel testo, si intende qui per *ratio decidendi*, seguendo peraltro la tesi maggioritaria, il principio di diritto esposto dal giudice quale base della propria decisione e non, come intende una dottrina superata, il complesso di fatti giuridicamente rilevanti di un caso, giudizialmente accertati: esauriente esposizione delle dispute dottrinarie sulla nozione di *ratio decidendi* in M. SERIO, *La rilevanza*, cit., 105 s., 110 ss.

⁵¹ Sottolinea il rischio che lo studio del diritto giurisprudenziale romano venga utilizzato in modo banale, ai fini di una malaccorta attualizzazione C. CASCIONE, *Profondità*, cit., 201 ss.

aspetti meritevoli di attenzione ed utili alla formazione del giurista odierno: le modalità di analisi e di comparazione dei casi, le forme dell'argomentazione e del ragionamento giuridico, i principi e i parametri adottati dalla giurisprudenza (e spesso mutuati dall'etica) per l'elaborazione delle regole e, prima ancora, per la valutazione degli accadimenti e degli interessi concretamente in gioco, infine la vasta gamma delle tecniche di soluzione.

Va ancora precisato in quale misura si intende qui richiamare l'importanza sulla casistica romana.

Se è vero che la conoscenza delle tecniche di analisi e di comparazione dei casi e l'assimilazione delle forme del ragionamento giuridico antico si prospettano come altamente auspicabili ai fini della formazione dei nuovi giuristi, ciò non significa che si possa ipotizzare di escludere o limitare l'importanza dello studio concettuale e dogmatico del diritto. L'attenzione per il metodo casistico non ha – e non deve avere – di mira la costituzione di un'alternativa radicale rispetto all'approfondimento del metodo sistematico, né può assumere una finalità escludente rispetto a quest'ultimo; va inteso, semmai, come un temperamento o una integrazione di esso.

E ciò per svariate ragioni. In primo luogo, sono le tradizioni di *Civil Law* e nella specie i caratteri dell'ordinamento giuridico italiano, incentrato in massima parte sulla Costituzione e sui codici, a richiedere uno studio di carattere sistematico. Inoltre, l'approccio con il metodo casistico, che pure si avvia ad assumere un ruolo non trascurabile nel nostro ordinamento interno, non può prescindere da una buona conoscenza basilica di figure giuridiche, principi e categorie. Le tecniche proprie del metodo casistico non sono accessibili ad un livello di conoscenza elementare, perché la comprensione dell'analisi del caso secondo le tecniche dell'analogia e del 'distinguo' presuppone la piena padronanza delle nozioni giuridiche fondamentali. La casistica va pertanto intesa come una occasione di perfezionamento della formazione giuridica⁵².

L'assimilazione del metodo di analisi del caso costituisce il complemento (oggi più che mai necessario) della teoria dogmatica. Entrambi i momenti conservano la massima importanza nella formazione del giurista. Del resto, l'insegnamento che ci proviene dall'esperienza giuridica romana è esattamente questo: il ragionamento sui casi si accompagna alla costruzione del sistema. Vi è sempre una tensione verso il momento prescrittivo e la sistematizzazione razionale dei concetti, in quanto la stabilità riduce i rischi di un

⁵² Ampia esposizione della problematica, così come variamente affrontata tra Ottocento e Novecento, in E. STOLFI, *'Quaestiones iuris'*, cit.

diritto incerto⁵³. Nella istruzione del giurista, perciò, il massimo risultato si raggiunge quando le capacità tecniche di analisi e di comparazione dei casi si accompagnano alle capacità di percezione del diritto come sistema organico e coerente di norme. La casistica può ben essere intesa come dimensione partecipe di un progetto formativo e scientifico complesso⁵⁴: educare al ragionamento giuridico concreto non autorizza ad ignorare le linee di fondo di un ordinamento sistematicamente costruito. Al tempo stesso, occorre prendere atto che l'analisi del caso va oggi considerata come il momento più alto della formazione e dell'impegno del giurista pratico.

⁵³ Parla di una vera e propria 'sindrome prescrittiva' dei Romani A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 48 ss.; vd. ora le considerazioni di A. PALMA, *Il luogo*, cit., 84 s.

⁵⁴ L'annotazione è di E. STOLFI, *'Quaestiones iuris'*, cit.

I CASI

Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.10.3

La durata del diritto di abitazione

Annamaria Manzo

SOMMARIO: 1. Il testo. – 2. Il caso pratico. – 3. La fattispecie. – 4. Il ragionamento del giurista. – 5. La disciplina attuale del diritto di abitazione.

1. *Il testo*

Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.10.3: *Utrum autem unius anni sit habitatio an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est: et Rutilius donec vivat, habitationem competere ait, quam sententiam et Celsus probat libro octavo decimo digestorum.*

2. *Il caso pratico*

Gli antichi giuristi si domandavano se il diritto di abitazione durasse un anno oppure per tutta la vita: Rutilio affermava che esso spettava fino a quando il titolare era in vita e questo responso fu condiviso da Celso nel diciottesimo libro dei digesti.

Il frammento, pur non trattando un caso specifico, documenta che la durata dell'*habitatio* fu tema affrontato dai giuristi romani sin da epoca piuttosto risalente e che il dibattito si protrasse per molto tempo: nel testo, infatti, vengono menzionati due giuristi, Publio Rutilio Rufo e Giuvenzio Celso, vissuti in epoche molto distanti¹.

La fattispecie che diede luogo alla *sententia* riferita da Ulpiano può così essere ricostruita:

Tizio vuole lasciare per legato alla moglie la casa coniugale, ma ha dubbi circa la durata del diritto di abitazione in quanto, secondo alcuni, esso du-

¹ Publio Rutilio Rufo visse tra il II e il I sec. a.C., Giuvenzio Celso tra il I e il II sec. d.C.

ra un anno, per altri si protrae per tutta la vita del suo titolare. Si rivolge, pertanto, ad un giurista per avere un parere in proposito. Il *prudens* interpellato risponde che, pur essendo la questione discussa, in base ad una antica *sententia* di Rutilio, più tardi condivisa anche da Celso, l'*habitatio* dura finché l'*habitor* sia in vita.

3. *La fattispecie*

L'*habitatio*, inteso come uso di una casa d'abitazione (*usus domi* o *usus aedium*), che solo in epoca giustiniana si configurò come autonomo *ius in re aliena*², per molto tempo fu inquadrato dell'ambito degli *iura utendi*, diritti su cosa altrui con portata più limitata rispetto all'usufrutto, che avevano, almeno in origine, lo scopo di consentire il godimento di *res* non fruttifere. In caso di formulazione incerta, spettava ai giuristi stabilire se si trattasse di *ususfructus* o di semplice *usus*: ad esempio, la disposizione testamentaria '*Illi domus usus fructus habitandi causa*' era da intendersi nel senso di legato d'uso e non di usufrutto, in quanto la limitazione all'*habitare* escludeva automaticamente il *frui*³. Ma se era abbastanza agevole definire il contenuto del diritto in base alla volontà del disponente in quanto tale criterio ermeneutico, per la tipicità dell'*usus*, finiva con l'aver portata li-

²I. 2.5.5: *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius*. La qualifica dell'*habitatio* come diritto reale autonomo è in C. 3.33.13 pr. (*Imp. Iustin. A. Iulian. p.p.*): *Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decedentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus*. Nelle fonti il termine *habitatio* non è raro, ma è adoperato o come sinonimo di casa, cfr. Mod. 2 *resp.* D. 3.5.26(27), Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.5.5, oppure per indicare l'oggetto materiale di un rapporto di locazione, ad es. Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.4 pr., Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.2.5, Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.9, Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.24.2, Lab. 4 *post. a lav. epit.* D. 19.2.28.1. È incline a pensare che Giustiniano, nel costituire l'*habitatio* come specifico *ius in re aliena*, abbia recepito una prassi postclassica orientale, G. PUGLIESE, *Usufrutto uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, IV.5, Torino, 1954, 722 nt. 5. In senso analogo, N. SCAPINI, '*Usus domus*' e '*Habitatio*' nel diritto romano, in *Studi in onore di G. Grosso*, V, Torino, 1968, 25 nt. 3.

³Cfr. Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.10.2: *Sed si sic relictum sit: 'Illi domus usus fructus habitandi causa', utrum habitationem solam an vero et usum fructum habeat, videndum. Et Proculus et Neratius putant solam habitationem legatam, quod est verum. Plane si dixisset testator 'usum habitandi causa', non dubitaremus, quin valeret*. Sul punto diffusamente N. SCAPINI, '*Usus*', cit., 29 s., part. nt. 15 e nt. 16.

mitata⁴, più complesso era stabilire chi, insieme con il legatario, che in genere era il coniuge del *de cuius*, potesse abitare la casa⁵.

A partire da Quinto Mucio Scevola⁶, l'orientamento giurisprudenziale prevalente fu quello di estendere il numero delle persone che, con l'usuario, potessero abitare la *domus* includendovi la moglie, il marito, la *familia*, i *liberti* e anche gli *hospites*⁷. Nel caso in cui beneficiario dell'*usus* fosse il marito, non c'era dubbio che il diritto potesse essere esteso alla moglie; a medesima conclusione si giunse anche nell'ipotesi inversa, forse con qualche perplessità in più, in considerazione della *ratio* della disciplina ('*ne ei matrimonio carendum fuit*'), analoga in entrambe le situazioni.

Le ragioni dell'estensione dell'*usus domus* ai liberti e agli ospiti, che pure dovette essere argomento controverso tra i giuristi – '*fuit quaestionis*', dice Ulpiano⁸ – erano prima ancora che giuridiche, etiche e sociali nel senso che, da un lato, la coabitazione tra liberti e patroni era consueta a Roma; dall'altro, l'ospitalità fu sempre un istituto importante, ammantato di sacralità, al punto che Gellio, riportando il pensiero di Masurio Sabino, affermava che, per gli antichi, i doveri nei confronti degli *hospites* precedevano quelli verso i congiunti⁹. Restava, invece, escluso il locatario che pagasse il canone¹⁰.

⁴ In tal senso P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, 1015 s., che dissente da C.A. MASCHI, *Studi sull'interpretazione dei legati*. 'Verba' e 'voluntas', Milano, 1938, 82, secondo cui «la individuazione e precisazione dell'*usus* non poteva essere desunta che dalla volontà del disponente, inquadrata nel sistema giuridico e nell'orbita del significato comune del termine». Sulla scia del Voci si muove N. SCAPINI, '*Usus*', cit., 30, il quale ritiene che l'attività di graduale determinazione di tale diritto «procedette sì attraverso la soluzione di casi concreti offerti dalla prassi ma con l'adozione di decisioni il cui substrato si fondava su esigenze economico-sociali che la giurisprudenza romana, proprio per la caratteristica concretezza con cui operava, non poteva trascurare».

⁵ Mi pare che ciò emerga con sufficiente chiarezza dalla lettura dei *fragmenta* dell'ottavo titolo del settimo libro dei *Digesta* relativi, appunto, all'uso e all'abitazione.

⁶ Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.4.1: *Mulierum autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare, Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Nam per contrarium quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum.*

⁷ Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.2 e 4.

⁸ Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.8.2.1: *Domus usus relictus est aut marito aut mulieri; si marito, postest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. An et cum libertis, fuit quaestionis, et Celsus scripsit, et cum libertis: posse hospitem quoque recipere, nam ita libro octavo decimo digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat.*

⁹ Gell. *noct. Att.* 5.13.5: *Masurius autem Sabinus in libro iuris civilis tertio antiquiorem locum hospiti tribuit quam clienti. Verba ex eo libro haec sunt: 'In officiis apud maiores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfini'.*

¹⁰ Nella parte finale di D. 7.8.2, si legge che Labeone avrebbe riconosciuto all'usuario la

Ben presto si diffuse la pratica del legato di *domus usus fructi habitandi causa*, rispetto al quale le valutazioni dei *prudentes* furono differenti: i Proculiani finirono con l'assimilarlo all'*usus domi*¹¹, i Sabiniani, e più tardi sicuramente Marcello, lo considerarono un legato di usufrutto avente ad oggetto una casa di abitazione con la conseguenza che il legatario aveva più ampie possibilità di godimento, compresa quella di locare la casa¹².

Le fonti attestano anche l'esistenza di una forma più attenuata di *habitatione*, con efficacia puramente obbligatoria, che traeva origine da un *legatum sinendi modo* in virtù del quale veniva consentito al legatario di abitare nella *domus* per tutta la vita¹³.

4. Il ragionamento del giurista

Nel caso di specie, le ragioni che indussero il giurista ad affermare, sulla scia di un antecedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, che l'*habitatione* si protraeva per tutta la vita del titolare, possono essere individuate nella necessità di garantire all'*habitor* – nella fattispecie in esame, la moglie del *de cuius* – la continuità, senza limiti temporali, del godimento dell'ambiente in cui si era svolta la vita familiare. Parlo di ambiente e non di casa in senso stretto in considerazione del fatto che l'*usus domi* si estendeva anche ai liberti e in generale alla *familia* del suo titolare.

La *sententia* riferita da Ulpiano lascia quindi trasparire valutazioni, oltre che di carattere spiccatamente materiale, anche etico volte ad apprestare una tutela ampia, nel tempo e non solo, all'*habitor*.

Simili considerazioni sono alla base pure della regolamentazione del diritto di abitazione nel nostro codice civile, soprattutto dopo la riforma del

possibilità di dare in locazione la *domus* a condizione che egli stesso continuasse nell'*usus*. La letteratura romanistica è concorde nel ritenere il passo interpolato, ma differenti sono le letture proposte per la cui approfondita disamina rinvio a N. SCAPINI, 'Usus', cit., 32 ss.

¹¹ D. 7.8.10.2, *supra*, nt. 3.

¹² I. 2.5.5: *Quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.*

¹³ Marc. 13 *dig.* D. 33.2.15 pr.: *'Damnas esto heres Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet': unum videtur esse legatum.* In questo caso, come per il legato di alimenti in cui di regola rientrava l'abitazione, non si poneva il problema di un'assimilazione all'uso, all'usufrutto o all'individuazione di un autonomo diritto reale in quanto si trattava di un'obbligazione gravante sull'eredità: cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto*, cit., 721.