

CAPITOLO PRIMO

LE FONTI SUL DIRITTO DI ABITAZIONE

SOMMARIO: 1. Il lessico dell'*habitare*. Fonti e temi. – 2. *Habitatio*-casa di abitazione, *habitatio*-diritto e le occorrenze nelle fonti letterarie. – 3. *Habitatio* e *hospitium*. – 4. Una tricotomia proposta a monte dai giuristi: '*habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito*'. – 5. Abitare gratuitamente: alcune precisazioni. – 6. La teoria dell'*habitatio* come 'Almosen': sostenitori e critici. – 7. L'*habitatio* come parte del 'Versorgungsvermächtnis': D. 34.1.6 (Iav. 2 ex Cassio). – 8. Il *legatum habitationis* consiste '*in facto potius quam in iure*': D. 4.5.10 (Mod. 8 diff.). – 9. Modestino e il *legatum habitationis*. Esegesi di D. 33.2.18 (Mod. 9 resp.).

1. *Il lessico dell'habitare. Fonti e temi*

Non proprio un tema di elezione della letteratura più recente¹ ma comunque tuttora esplorato, e nemmeno così agevole come di solito si riassu-

¹ Sarebbe anche perciò un peccato trascurare la conoscenza degli scritti che in materia di *habitatio* sono venuti accumulandosi a partire dal XVI secolo, scritti che per profondità di pensiero riescono talora a surclassare gli esercizi ermeneutici di giorni meno lontani. Per una prima panoramica, pur del tutto orientativa, ricordo J. GÖBLER, *Vom Brauch und Wohnung*, in *Keyserlicher und des H. Reichs Rechten die vier Bücher der Instituten und Unterweisung Keyser Justiniani*, Frankfurt am Main, 1557, 96 s.; J. MYNSINGER VON FRUNDECK, *Apotelesma, sive corpus perfectum scholiorum ad quatuor libros Institutionum iuris civilis*, Basileae, 1563, 145 s.; L. HACKELMANN (Praes.), *Positiones disputat. XII ex lib. VII Pandect. de usufr. usu et habitatione aliisque iuris concordant. partibus desumptae*, resp. Christoph Schruppff, Jenae, 1590; P. PIERRENON, *De vi ac proprietate dictionis chréseos ad L. si habitatio 10. D. de usu & habitatione*, in *Animadversionum et variarum lectionum iuris civilis libri II*, Coloniae Ubiorum, 1593, 107 ss.; L. HACKELMANN (Praes.), *Duae disputationes iuridicae: prima: de usufructu, usu, et habitatione. Altera: de commodato, deposito, et pignore*, resp. Johannes Friedrich Vogt, Jenae, 1593, 9, thes. XXXV-XXXVI; V.W. FORSTER (Praes.), *Quaestionum controversarum decas quinta. Quaestio nona. An habitatio sit ususfructus? Neg., e Quaestio decima. Num habitatio sit servitus? Neg.*, resp. Martin von der Fechte, Witebergae, 1614, risp. 29 s. e 31 s. (pagine non numerate); B. SCHOTANUS, *Examen juridicum*, Hannoverae, 1662, 328; B.L. SCHWENDENDÖRFFER, J. PLITZ, *De habitatione*, Lipsiae, 1667; J. FICHARD, *Consilium XXVI. Super casu, si habitatio commodetur respectu alicuius mutui*, in *Consilia, duobus tomis olim*

me², il diritto di abitazione suggerisce a chi si accinga a considerarlo, l'impressione viva e difficilmente scansabile, di trovarsi al cospetto di una tipica materia in cui l'apporto anche semplicemente epistemico e 'di conoscenza' di un nuovo aggiornato riesame sarebbe già cosa altamente auspicabile, a prescindere dall'eventuale *quid novi* dato da un'originale proposta d'inquadramento tanto specifico quanto generale, in relazione agli altri *iura in re aliena*³. Pur se il travaso nel patrimonio concettuale e di saperi del giurista d'oggi di questo istituto – ormai per molti decisamente *fané* – possa magari lasciare spiazzati, con la mente che corre a un celebre, più che mai irridente passaggio jheringhiano di *Scherz und Ernst* dove un personaggio del racconto

distincta, nunc tertii, hactenus in Schedis delitescens, sed ab interitu vindicati, accessione locupletata, Darmstadii-Gisae, 1677, 140 ss.; J.H. FELTZ (Praes.), *Positiones iuridicae de usu et habitatione*, resp. François Bernard Schwilgué, Argentorati, 1705; G. VAN DER HAER, *Disputatio juridica inauguralis de usu et habitatione*, Trajecti ad Rhenum, 1718; J.B. WERNHER, *Manuale Pandectarum*, Marburgi, 1736, 57; J. WIEGER (Praes.), *Dissertatio iuridica de usu, et habitatione*, auctor et resp. Ignatius Marco, Argentorati, 1746; J. WIEGER (Praes.), *Positiones iuridicae de usu et habitatione*, resp. auctor Ludovicus Ignatius Chauffour, Argentorati, 1751; EMMINGHAUS, s.v. *Habitatio (röm. Recht)*, in J.S. ERSCH, J.G. GRUBER (Hrsg.), *Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste*, zweite Section, H-Hamburg, herausgegeben von G. Hassel und W. Müller, Leipzig, 1827, 53 s.; E. KLOOB, *Über die Lehre von der habitatio des römischen Rechtes. Eine juristische Abhandlung*, Rostock, 1839; J. ZIELONACKI, *Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Rechte*, Breslau, 1849, 135 ss.; R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1856, 625 ss.; HEIMBACH, s.v. *Usus und Habitatio*, II. *Habitatio*, in *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft*, redigirt von Dr. Julius Weiske, 11, Leipzig, 1857, 970 ss.

² CH.G. GMELIN, *Von der eigentlichen Beschaffenheit der Habitation nach dem römischen Rechtssystem*, in CH.G. GMELIN, K.F. ELSÄBER, *Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle*, III, Frankfurt-Leipzig, 1778, 78: «Die Sache ist nicht so leicht, als sich Mancher vorstellt». Altri parlava addirittura di un erebo, alquanto misterioso, in cui non è ancora entrata la luce, per carenza di apporti non si dice decisivi, ma almeno soddisfacenti per grado di approfondimento. *Habitatio* e *operae servorum* apparivano a C.G.A. VON BECHMANN, *Ueber den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach römischem Recht. Eine civilistische Abhandlung*, Nürnberg, 1861, 36, «von jeher etwas räthselhaft», se è vero che furono in grado di disorientare i giuristi romani. Da pochissimo, B. BRUSCHI, *Habitatio und Wohnrecht*, in I. FARGNOLI, U. FASEL (Hrsg.), *Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber*, Bern, 2016, 119, ha scritto che è «erkenntniswissenschaftlich schwierig, die *habitatio* zu beschreiben und vor allem zu rekonstruieren». Cfr. anche, se pure sotto un piano diverso, J. SCOTT, *Effect of the destruction of a dwelling on the personal servitude of habitatio*, in *THRHR.*, 74, 2011, 155.

³ Benché, va subito detto, *habitatio* fosse per diritto classico parola aperta a plurime attribuzioni di senso, non necessariamente nella direzione di una precoce realtà precorritrice della *decisio* giustiniana del 530 la quale, come noto, portò alla creazione di un *proprium aliquod ius*. Cfr. adesso, seppure fugacemente, A. MANZO, «*Magnum munus de iure respondendi substinebat*». *Studi su Publio Rutilio Rufo*, Milano, 2016, 93 e nt. 310.

mette l'*habitatio* al pari delle ancora più 'polverose' opere degli animali a cui garantire solo un *otium cum dignitate*, non bisogna scorarsi immaginando che tutto si riduca a mere anticaglie sopravvissute 'col broncio' a un 'funerale' in apparenza inevitabile ma perennemente sospeso⁴.

Utilità matetica, pertanto, che rinforza un'indagine per così dire 'dalle fondamenta', pronta a trasparire pure nel confronto con le tematiche che in ragione di materia vi si avvicinano o che in vario senso vi si intersecano⁵: in special modo usufrutto e uso⁶, per i quali non mancano certo gli studi di pronta e agevole consultazione⁷.

Le osservazioni appena mosse acquistano un valore tutto particolare se rapportate alla storia dell'*habitatio* intesa in ultimo come diritto, non *ad rem*,

⁴L'intenzione di celiare, ma non troppo (si pensi ad atteggiamenti assunti in precedenza dallo stesso autore), sulle fumistiche astrazioni concettuali impermeabili alla luce e all'aria della vita concreta dà forma alla vivida prosa di R. VON JHERING, *Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild, in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*⁴, Leipzig, 1891, 280 (vd. anche la trad. it. di G. LAVAGGI: *Serio e faceto nella giurisprudenza*, introduz. di F. Vassalli, Firenze, 1954, 303 s.), quando a un certo punto, nel 'Salone dei concetti', si provvede un volto per l'abitazione: «Die habitatio und die operae animalium, die dort ebenfalls im Schmollwinkel stehen, sollten eines Tages bestattet werden, und es war schon Alles zu ihrem Leichenbegängnis vorbereitet, allein es war auch bei ihnen nicht durchzusetzen, sie befinden sich bis auf den heutigen Tag noch hier unter den Begriffen des heutigen Rechts».

⁵Sarà utile far subito presente che l'avvicinamento al tema risente in genere dell'atteggiamento a lungo dominante della dipendenza da altri istituti, fissato in alcuni testi guida, ma messo in crisi nei più recenti apporti, con mutuaione di ancora più antiche concezioni, che però portano talvolta a trascendere la meta di una obiettiva ricostruzione storico-giuridica. Anche in questa particolarità si insinuano spesso tendenze a isolare e riproporre singoli percorsi intellettuali, a scapito dell'approccio esegetico da condurre sulle pur 'disperse' fonti in astratto rilevanti, altrettanti tasselli da ricomporre in un quadro che sia il meno possibile fantasioso o peggio ancora puramente ripetitivo.

⁶Cfr. C.J. MENO VALETT, *Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechtes insbesondere für akademische Vorlesungen*, I, Leipzig, 1828, 229; F.W. VON TIGERSTRÖM, *Die innere Geschichte des römischen Rechtes*, Berlin, 1838, 326: «Unter den persönlichen Servituten sind ususfructus und usus die ältesten, welche die habitatio und operae servorum zugleich in sich schließen»; H. KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio*, I, Breslau, 1887, 24 ss. Si veda sin da ora anche G. PUGLIESE, s.v. *Abitazione e uso (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 56. È comunque sostenuto che *ususfructus* e *usus* erano le 'servitù personali' «più importanti»: cfr. C.F.W.J. HÄBERLIN, *Lehrbuch der Landwirtschaftsrecht*, Leipzig, 1859, 90 e inoltre F. DÖRFFLER, *Das dingliche Wohnungsrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und dem preußischen Ausführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Borna-Leipzig, 1913, 1.

⁷La monografia più recente sull'abitazione, anche se dal taglio più che altro descrittivo, è di C. GARCÍA VÁZQUEZ, *Contribución al estudio del usus, la habitatio y las operae servorum*, Cádiz, 1995.

di abitare in una *domus* altrui⁸ gratuitamente⁹: un concetto, come molti sanno, di tardiva e non troppo precisa maturazione nella storia giuridica di Roma, dove l'espressione utilizzata non era univoca e presentava alcune discriminanti decisive rispetto a quelle che vennero dette già da Elio Marciano¹⁰ *servitutes personarum*, servitù in cui una cosa è soggetta a una persona e la realtà è semplice e non doppia, i già ricordati usufrutto e uso¹¹: questi, conviene ribadirlo

⁸ «Habitatio est jus in alienis aedibus degendi, id est, habitandi»: così apriva la sua *disputatio* intorno all'abitazione il poligrafo valenzano (nativo di Oliva) Gregorio Mayans y Siscar (G. MAYANS Y SISCAR, *Disputationes juris, in quibus multa juris civilis, aliorumque scriptorum veterum loca explicantur & illustrantur*, I, *Disputatio XVIII De Habitatione*, Lugduni Batavorum, 1752, 326). Vd. anche A.A. MATHIEU, *Dissertatio iuridica de usu et habitatione et actionibus, quae ex servitutibus oriuntur*, Argentorati, 1737, De habitatione, thes. I: «Habitatio est jus aedes alienas inhabitandi & omne commodum ex earum habitatione percipiendi».

⁹ C.S. DELVIN COURT, *Juris Romani elementa, secundum ordinem Institutionum Justiniani*⁴, Paris, 1823, 122: «Habitatio est jus habitandi gratuito in aedibus alienis».

¹⁰ Credo infatti, come proverò ad argomentare anche dalla pretermissione dell'*habitatio* in D. 8.1.1 (Marcian. 3 *reg.*), che il concetto di servitù personale possa farsi risalire a prima di Giustiniano. La colleganza con la persona è a tal segno intensa, da venire accentuata in misura ancora maggiore che per l'usufrutto (cfr. D. 7.4.3.3 di Ulpiano): si pensi a D. 36.2.9 (Ulp. 21 *ad Sab.*), che interessa un'*habitatio filio familias vel servo legata*, dove non si potrà dire che l'acquisto al *pater* o al *dominus* operi se prima dell'adizione i richiamati soggetti a potestà siano morti, proprio perché la concessione 'inerisce alla persona', *nam cum personae cohaereat et rell.*, anche se di sfondo non abbiamo a che fare con 'soggetti di diritto': il *dies* cioè *non cedit* prima che venga accettata l'eredità e la morte di chi è patrimonialmente *ante aditam hereditatem* incapace vanificherà ogni possibile vantaggio per l'esercente la potestà. Si veda F. DESERTEAUX, *La capitis deminutio dans le droit byzantin*, in *TR.*, 8, 1928, 201 nt. 4. Qui il Mayans (*op. et loc. ult. cit.*), in margine al passo, spiegava «atque ideo est personale ius» (al proposito non guasta tener conto del *caveat* di P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, 2008, 217). Occorre inoltre sapere che la 'servitù della persona' o dell'uomo (*servitus personae, hominis*) è cosa diversa dalla *servitus personarum*, perché la *servitus personae* è, a differenza di quella *personarum*, una *servitus praedii* dove tuttavia l'utilità riguarda un'unica determinata persona. Va considerato che parte della romanistica, capintesta V. MANNINO, *Conventio e voluntas nell'operatività delle servitù e come fondamento della servitus personae*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, 170 (= ID., *La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici*, Torino, 2001, 95), argomenta proprio dal tono non esaustivo di D. 8.1.1 «la riconducibilità della *servitus personae* nella categoria generale delle *servitutes personarum*», afferenza che anzi permetterebbe di riguadagnare al frammento un tanto di credibilità, pur con l'avvertenza che una volontà puntata solo su una certa persona riceveva una tutela non *iure civili* ma sul piano pretorio.

¹¹ Cfr. K. GAREIS, *Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft (Einleitung in die Rechtswissenschaft)*³, Giessen, 1905, 97; O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, *Sachenrecht*, Leipzig, 1905, 634; K.J. SEITZ, *Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio*, Erlangen, 1884, 180. Nella presentazione teorica di B.L. SCHWENDENDÖRFFER, J. PLITZ, *De habitatione*, cit., 5 nt. 3, l'abitazione in accezione «formale» e «specialissima» designa la servitù di *habitatio* autonomizzata e distinta rispetto ad uso ed usufrutto (quella che si evoca in

alla mente, indicavano i diritti ma al contempo non significavano la *res fructuaria* e la *res usuaria*, al contrario dell'*habitatio*, che presenta invece tra i suoi primi significati quello in senso stretto materiale ed empirico di 'Gebäude'¹², di 'casa di abitazione' ed in quanto tale, come rilevato in dottrina¹³, si attagliava ad esprimere l'oggetto di locazioni e compravendite, e di tutela per determinate leggi tardorepubblicane. E tuttavia quantomeno per le locazioni l'affermazione è mitigata da una 'dereificazione' che sarebbe possibile riscontrare in varie circonlocuzioni dove *habitatio* si svincola dal suo sostrato per richiamare spesso il concetto di godimento e utilizzo di una *domus*¹⁴, pur con tutti i distinguo sul non confondere questo aspetto con l'altro, tutto sommato irrelato, della locazione del diritto di abitazione, di norma preclusa¹⁵. Vedre-

CI. 3.33.13), insomma l'abitazione per eccellenza: «specialissima vero significatio pertinet ad servitatem usufructui & usui contradistinctam, quae κατ' ἔξοχὴν vocatur habitatio». La designazione per eccellenza, specialissima, pertiene a un'assunzione desunta «formaliter» dell'abitazione che si ramifica in tre sensi, in una «triple significatio»: *generalis, specialis* e appunto *specialissima*, mentre ancora più a monte opera il basilare divario diairetico contemplante all'altro polo il *verbum habitationis* preso non già «formaliter», ma «materialiter» (thes. I, 3: «Habitatio sumitur vel materialiter vel formaliter»), del quale si dice (*ibid.*, 4 nt. 2) che «per acceptionem materialem, intelligimus significationem absolutam, nullo habito respectu ad jus & potentiam moralem», «pro ipso actu habitandi, seu inhabitatione». Una dottrina portata avanti dal giurista veronese Bartolomeo Cipolla faceva leva su di un raziocinio forse insoddisfacente per l'introduzione di un'altra varietà classificatoria, quella delle *servitutes mixtae* – usufrutto uso e abitazione – che «debentur a re personae»: BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Amstelodami, 1686, 14 (e, sull'*habitatio*, 22 ss.).

¹² Si veda, sul punto, E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts*, II.1, *Die Lehre von Eigenthum und den größten Theil der von den Servituten enthaltend*, Bonn, 1855, 267 e nt. 7, che però inferisce dal significato di *habitatio* «als ipsae aedes» una «Zuwendung des Eigenthums am Gebäude». Per questo motivo, osserva lo studioso, le fonti avrebbero cura di precisare o puntualizzare a scanso di equivoci che l'*habitor* non poteva dirsi proprietario dell'abitazione: CI. 3.33.11 e 13, *Vat. Frag.* 43 così come CI. 3.33.9 in relazione però ai *ministeria mancipiorum*.

¹³ Cfr. D. SCHANBACHER, s.v. *Habitatio*, in *DNP.*, 5, 1998, 46: «Habitatio bedeutet zunächst Wohnung, z. B. als Gegenstand von Kauf und Verkauf (→ locatio conductio; Dig. 2,14,4; 19,2,5) oder Schutzobjekt der lex Cornelia de iniuriis (Dig. 47,10,5,5)».

¹⁴ Mi riferisco ovviamente al denso contributo di L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1965, *passim* e spec. 463 s. In proposito rimando pure a M.A. FENOCCHIO, «*Habitatio*»-«*dominium*»: una tesi sulla natura dell'abitazione ricordata in C.I. 3.33.13.pr., in *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, a cura di F. Zuccotti e M.A. Fenocchio, Milano, 2018, 86 s., spec. 87 e ntt. 55-56.

¹⁵ Difatti, secondo L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, cit., 457, «qui non si fa questione, ovviamente, di locazioni effettuate dal titolare del diritto di abitazione, essendo affatto pacifico in dottrina che egli in epoca classica non fosse in nessun modo autorizzato a locare ad altri il

mo che un terreno di scontro da diversi lati determinante sarà proprio quello segnato dalla dicotomia che vede a un polo la *domus-res corporalis*, all'altro il *ius (habitandi)-res incorporalis*, o, se si vuole privilegiare la sintesi concettuale, l'*habitatio-servitus*.

Quando si considera del resto la necessità abitativa dell'uomo, pressante e primaria si può dire da sempre nella gamma dei bisogni propri della nostra specie¹⁶, e non solo, vengono spontaneamente in mente diversi elementi strutturali, su scale di comparazione diverse, da quella socio-ambientale a quella che più attira e suscita l'interesse del giurista e che subito richiama al pensiero il diritto "di" abitazione.

Metto "di" tra virgolette perché negli anni più recenti si è irrobustito tutto un movimento che guarda con forza sempre maggiore verso i diritti di frontiera come a quelli con un carico di storia notevole all'attivo e pure sempre impregnati dalle istanze del sociale, senza che vi sia con ciò una dissimulazione dell'accompagnamento ai doveri relativi: si valuta in genere il diritto "all'abitazione" un frutto di questo clima culturale rilevante in seconda battuta sul piano del diritto¹⁷, e si discorre di ideologia qui come mai, se posso prendere a prestito le parole famose di Riccardo Orestano, come «parola da non far più paura»¹⁸.

Il lessico dell'*habitare* presenta aspetti interessanti e decisivi soprattutto in relazione al tema delle proprietà semantiche espresse, che sono notevolmente assortite¹⁹ anche ad una prima scorsa a volo d'uccello delle fonti conservateci,

suo diritto». L'altro problema è adesso indagato da M.O. GIL GARCÍA, *La locatio-conductio del derecho de habitatio*, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, VII, *Derecho de contratos*, coord. R.P. Rodríguez Montero, A.I. Clemente Fernández, Madrid, 2021, 717 ss. (1989 ss.).

¹⁶ Mi colpisce che le parole di A. CICCONE, *Della miseria e della carestia ne' differenti periodi di progresso sociale*, in *Atti della reale Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, 17, 1883, 163, siano una forse non voluta risonanza rispetto all'asserto digestuale versato in D. 34.1.6: «Per soddisfare a' bisogni più indispensabili della vita occorrono all'uomo l'alimento, il vestito o l'abitazione». Si vedano altresì F. DELLA VENTURA, *Contratto di abitazione o di locazione?*, in *GC.*, 4.II, 1990, 227, e P. LIGUORI, *Il diritto di abitazione: aspetti civilistici e tributari*, in *Giurisprudenza di merito*, 30, 1998, 373, entrambi per l'osservazione che trattandosi di necessità umana resterà esclusa un'applicazione in favore di persone giuridiche.

¹⁷ A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in A. GAMBARO, U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2011, 52, valuta «il diritto alla casa di abitazione» come «portato dell'ideologia solidarista ed ecologista».

¹⁸ R. ORESTANO, *Ideologia, parola da non far più paura. Per una 'radiografia' della scienza iuris*, in *Il Foro it.*, 1982, V, 157, 3 ss. Dello stesso autore *Verso l'unità della conoscenza giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 1984, 635 ss. e spec. 653 ss.

¹⁹ Cfr. HEIMBACH, s.v. *Usus und Habitatio*, cit., 970 nt. 54 e soprattutto, di recente, O. LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilium romano*, To-

quantunque, invalso un *ius in re* partito rispetto a *iura* affini, tali proprietà debbano alla fine intendersi estranee a un valore in senso stretto tecnico²⁰.

Le situazioni che ci riportano all'ambito preciso dell'indagine devono però essere recuperate con una attenta e vigile operazione di filtraggio di disparati elementi, per arrivare così a contendere alcuni automatismi di pensiero che hanno lasciato il segno nel passato e che talora si ripercuotono sulle letture correnti.

Proprio la varietà responsiva dei giuristi di fronte alla domanda sulla veste giuridica più appropriata per incasellare entro una logica condivisibile certi atti di ultima volontà contenenti la parola *habitatio* ci fa fiutare le insidie del percorso da intraprendere, perché si capisce con facilità come questo sia un problema posto a valle di altri più generali punti critici da sbrogliare per non incorrere in errori di prospettiva anche gravi, se del caso riadattando qualche strumento della postura critica che riteneva di dover affinare progressivamente i mezzi di diagnosi degli interventi compilatori.

Habitatio ricorre sparsamente in funzione descrittiva della situazione di detenzione del conduttore, per la *res* che gli è stata locata, o meglio per l'unità abitativa di volta in volta interessata²¹, e più volte è dato di leggere, *sub titulo* D. 19.2 *Locati conducti*, di un *locare* (e *conducere*) *habitationem*²²; si tratta di

rino, 2004, 188 nt. 21, intorno ai diversi «significati di *habitatio* nei testi giurisprudenziali», in *primis* sul concetto di «casa come luogo di abitazione».

²⁰ Così R. LEONHARD, s.v. *Habitatio*, in *PWRE.*, 7, 1912, 2151. Il senso atecnico evocato da questo studioso trova rispondenza nel «senso generico» in cui si usava la parola, registrato da G. ASTUTI, s.v. *Abitazione (diritto di)*, a) *Diritto romano e intermedio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 91. F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1837, 644 nt. b), notava che «in der vulgären Bedeutung» *habitatio* indicava ora il semplice fatto neutro dell'*habitare* senza focalizzazione sul diritto reale, come in D. 43.26.15.1, ora «das Gebäude» in senso materiale, come in D. 33.7.20.2.

²¹ In concorso con altre designazioni quali *diaetae* e *cenacula*: cfr. C. WILLEMS, „Urbanes“ Mietrecht? Der römische Wohnungsmarkt zwischen Preismechanismus und Intervention, in *ZSS.*, 136, 2019, 236 ss.

²² D. 19.2.5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit*; D. 19.2.9 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem*; D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): ... *Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem? Et magis admittit teneri eum: et est aequissimum ...*; D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum conducturum ...* (sull'interessante problema della *praenumeratio* vd. ora R. PERANI, *Creditor fructus percepit. Sul pegno con patto anticre-*

espressioni ricorrenti nel diritto delle locazioni²³, che, come si è accennato, hanno dato la base all'Amirante per formulare l'idea che *habitatio* in quei contesti valga a suggerire l'area del godimento²⁴. Da rapportare alla sfera della conduzione contrattuale sono pure i riferimenti all'*interdictum de migrando* proposto in effetti non per i *coloni* ma per gli *inquilini*²⁵, per coloro cioè che godessero di un edificio in grazia del periodico pagamento di un canone e dopo il saldo di ogni spettanza fossero impediti dal locatore di portar via gli og-

tico, in *TR.*, 90, 2022, 63 nt. 143); D. 19.2.24.2 (Paul. 34 *ad ed.*): *Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si desuerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere*; D. 19.2.25.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit ...*; D. 19.2.28 pr. e D. 19.2.28.2 (Lab. 4 *post. a Iav. epitom.*): *Quod si domi habitatione conductor aequae usus fuisset ... Ceterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse*. Anche altre fonti citate in N. SCAPINI, «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel diritto romano, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, V, Torino, 1970, 25 nt. 2. Nel frammento numero nove, *principium*, pare che una casa comprata venga locata (si parla di *domum locare*) ma poi sia evitata senza dolo malevolo né colpa: Pomponio sosteneva che il locatore avrebbe potuto subire l'*actio ex conducto* da parte del locatario, ma sarebbe stato assolto nel caso in cui il vero proprietario non consentisse alla prosecuzione del godimento e il locatore fosse pronto a concedere *aliam habitationem*, non meno comoda della precedente. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005, 42 nt. 15; S. MÜLLER-KABISCH, *Die Kündigung bei societas und locatio conductio rei. Zur Frage ihrer rechtsgeschäftlichen Natur in vorklassischer und klassischer Zeit*, Berlin, 2011, 98 ntt. 398-399, 100; PH. SCHEIBELREITER, *Zum Klagsziel der actio pigneraticia in personam contraria in D. 13,7,9 pr.*, in *TR.*, 88, 2020, 61 ss. Nel § 1 della medesima l. (da guardare C. WILLEMS, *Justinian als Ökonom. Entscheidungsgründe und Entscheidungsmuster in den quinquaginta decisiones*, Köln-Weimar-Wien, 2017, 214) abbiamo informazioni importanti provenienti da Marcello, quel giurista che le *Iustiniani Institutiones sive Elementa* additano come originale sostenitore della *licentia locandi* per l'abitatore titolare di diritto reale. Marcello prende in considerazione due situazioni, la locazione del fondo su cui grava l'usufrutto da parte dell'usufruttuario, per un lustro, e la locazione di *operae* di un *servus fructuarius* o dell'*habitatio*, per dire che comunque il conduttore è tenuto con l'*actio locati* per le pensioni da corrispondere in ragione di quanto goduto. Penso che D. 19.2.9.1 sia importante non tanto per la sua prima parte, quanto per la seconda. Ovvio che l'usufruttuario avesse la licenza di locare, a differenza dell'usuario: più utile sotto il piano euristico sarebbe invece far notare che forse qui si coglie una conferma della tesi, conforme all'opinione comune ma spesso non precisamente suffragata, che Marcello valutasse l'*habitatio*, qualora *ius in re*, come una sorta di usufrutto. Infatti mi sembra che vengano appaiate le *operae servi fructuarii* all'*habitatio*. Sul passo cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, cit., 57 nt. 47.

²³ Ne scrive con puntualità C. WILLEMS, „*Urbanes*“ *Mietrecht?*, cit., 233 ss. e spec. 237 nt. 23.

²⁴ Ampia disamina delle fonti in L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, cit., 458 ss.

²⁵ D. 43.32.1.1 (Ulp. 73 *ad ed.*): *Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare: nam colono non competit*.

getti introdotti nell'abitazione²⁶. Preziosa, però, l'indicazione che l'interdetto si concedeva in via utile anche a chi godesse di *gratuita habitatio*²⁷.

Gli stessi commenti sono proponibili in relazione al *liber de cura urbium* di Papiniano, dove si ricorda l'obbligo di mantenere le vie pubbliche prospicienti le abitazioni per i proprietari delle stesse: in effetti se le abitazioni risultavano locate, nell'inerzia dei proprietari, si prevedeva che a *reficere* provvedessero *qui in conducto habitant*, deducendo le spese dalla mercede dovuta ai padroni di casa²⁸. Relativamente all'*interdictum uti possidetis*, che si applicava ai beni immobili, si chiarì che il *dominus aedis* intenzionato a ristrutturare la propria casa, in cui fosse appigionato un inquilino, di fronte alla contrarietà di questi, avrebbe goduto di tutela interdittale pur dovendo asseverare *non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret*²⁹.

Habitatio ricorre allo stesso modo per indicare sia un diritto che già si colloca entro un'orbita di realtà, *ius habitandi in domo aliena* come sarà nel regime compiuto, sia una posizione di vantaggio meramente obbligatoria concessa coi modi di un legato *sinendi modo*³⁰ – per Schulin «dies war wohl auch

²⁶ D. 43.32.1 pr. (Ulp. 73 ad ed.): *Praetor ait: 'Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto'*. Cfr. in proposito C. GIACHI, *L'interdetto de migrando. Un rimedio contro l'abuso di autotutela estremamente longevo*, in *TSDP.*, 1, 2008, 14 ss. Sappiamo che le cose portate in casa d'affitto dall'inquilino si consideravano tacitamente convenute in pegno (*conventio pignoris*) a favore del locatore per il pagamento del canone, mentre il beneficiario di abitazione gratuita da parte del conduttore, poteva stare tranquillo che i suoi *invecta* non si consideravano pignorati in favore del *dominus insulae*, in favore cioè di chi avesse locato l'*insula* al concedente di *gratuita habitatio*. Lo attesta il parere pomponiano salvato in D. 20.2.5 pr. (Marcian. lib. sing. ad form. hyp.): *Pomponius libro tertio decimo variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse*. Cfr. J.-H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 45.

²⁷ D. 43.32.1.3 (Ulp. 73 ad ed.): *Si tamen gratuitam quis habitationem habeat, hoc interdictum utile ei competet*. Si veda ancora C. GIACHI, *L'interdetto*, cit., 22 nt. 27, 36. Secondo J.-H. MICHEL, *Gratuité*, cit., 44, «le titulaire de l'*habitatio gratuita* a droit à l'*interdit de migrando*».

²⁸ D. 43.10.1.3 (Pap. de cur. urb. lib.).

²⁹ D. 43.17.3.3 (Ulp. 69 ad ed.): *Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aequè competere interdictum uti possidetis placuit testarique dominum non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret*. Rimando a S. SCIORTINO, *Il termine dell'expulsio del conduttore per mancato pagamento del canone nella locatio di aedes e fundi*, in *AUPA.*, 51, 2006, 272 nt. 5 e 285 nt. 42: «consistendo l'atto dell'inquilino in una turbativa del possesso spetta al *dominus* l'interdetto *uti possidetis* per avere accesso alla casa, a condizione di non impedire all'inquilino l'*habitatio*».

³⁰ D. 33.2.15 pr. (Marc. 13 dig.).

die Form für die Hinterlassung einer habitatio»³¹ – ed anche *per damnationem* come succedeva per un legato alimentare normalmente inclusivo dell’abitazione giusta un insegnamento di Giavoleno³² e per il legato di abitazione *in singulos annos*, caso che sappiamo essere stato discusso da Giuliano³³.

Mette conto di chiarire fin da subito che nelle forme del *sinendi modo*, all’unico caso che di solito si ricorda, quello di D. 33.2.15 pr. (Marc. 13 dig.), va affiancato il parere di Cassio circa un legato consistente nel fatto che l’erede doveva consentire (*sinere*, dunque) al legatario di trattenere le spettanze che avrebbe dovuto sborsare nella sua qualità di colono per più anni di conduzione, non più dovute in quanto il testatore aveva lasciato l’*habitatio* (scilicet) *gratuita* proprio a chi già risultava esserne locatario³⁴.

Ugualmente, in analogia evidente con il legato *per damnationem*, dovrebbe forse porsi attenzione al fedecommesso di sei monete auree l’anno e soprattutto di abitazione da parte di Tizia disposto *Seio amico fidelissimo*³⁵, in quanto i

³¹ F. SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes*, Stuttgart, 1889, 467 nt. 6.

³² Ne dà conto sempre G. ASTUTI, s.v. *Abitazione (diritto di)*, cit., 92. Molto chiaro anche S. PEROZZI, *Interpretazione della l. 14 § 3 D. de alim. vel cib. leg. 34.1 Ulpianus libro secundo fideicommissorum*, in *Il Filangieri*, 12, 1887, 523 (= *Scritti giuridici*, II, *Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, 273): «Non si può cioè mai dire: furono lasciati gli alimenti e l’abitazione, dunque il legatario avrà il diritto di usufrutto sui fondi, per cavarne il reddito necessario alla sua alimentazione, e avrà la servitù d’*habitatio* sulla casa del testatore per abitarvi. No: un lascito di alimenti procura sempre e solo un diritto personale e mai un diritto reale». Adde J.-H. MICHEL, *Gratuité*, cit., 48: «Le legs d’aliments, étant un legs *per damnationem*, ne confère au légataire qu’un droit de créance. Il en est ainsi même si les aliments comportent le logement».

³³ D. 33.2.11 (Iul. 1 *ex Min.*).

³⁴ D. 34.3.18 (Paul. 9 *ad Plaut.*): *Cassius: etiamsi habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet. Et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione: quod rectissime dicitur*. Siamo comprensibilmente nel titolo D. 34.3 *De liberatione legata*, in quanto il quondam conduttore avrebbe, in considerazione della sua nuova posizione di vantaggio con l’aspettativa propria oramai di un *habitor gratuitus*, anche potuto esperire l’*actio ex testamento* avverso l’erede per conseguire la propria liberazione dalla conduzione. L’*eo modo* testuale si chiarisce andando a leggere D. 34.3.16 e le parole del legato *sinendi modo* ivi contenute: *quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve ut sineret heres sibi habere*. Cfr. *infra*.

³⁵ D. 33.1.10 pr. (Pap. 8 *resp.*): ‘*Seio amico fidelissimo, si voluerit, sicut meis negotiis interveniebat, eodem modo filiorum meorum intervenire, annuos senos aureos et habitationem qua utitur praestari volo*. Non ideo minus annua Seio pro parte hereditaria viventis filiae deberi placuit, quod ex tribus filiis Titiae duo aliis heredibus institutis vita decesserunt, cum tam labor quam pecunia divisionem reciperent. Qualcuno ha voluto pensare a un rapporto di concubinato tra Tizia e l’amico Seio, posto che quest’ultimo aveva condiviso a quanto pare l’abitazione con la disponente: R. FRIEDL, *Der Konkubinat im kaiserzeitlichen Rom von Augustus bis Septimius Severus*, Stuttgart, 1996, 90 nt. 33. Si è pronunciato solo sul *praestare*, da ultimo, A.L. DE PETRIS, *La ‘capacitas’ degli Dèi in età classica secondo Dio Cass. 55.2.5-*

fideicommissa producevano effetti obbligatori. Ma il tenore testuale sembra deporre, come vedremo, essenzialmente nel senso di abitazione come cosa concreta. Detto per inciso, sarebbe comunque interessante svolgere una ricerca per assodare se anche le *damnationes* contemplanti un *frui* (l'usufruttare, pertanto) *sinere* possano interpretarsi realmente come d'abitudine alla stregua di barlumi vestigiali di una primitiva concezione obbligatoria di un dato istituto³⁶, o se esse – come io inclinerei a ritenere – dicano piuttosto di un 'doppio binario' ammesso in singole prospettive autorali, ciò che forse potrebbe sorreggere la vicinanza di D. 33.2.15 pr. a un testo, D. 33.2.14 (Cels. 18 *dig.*), dove si legge di una *damnatio* imposta all'erede per *duos separatim uti frui sinere*³⁷.

Pertinente è invece, a mio avviso, il richiamo alle leggi 27 e 32 contenute in D. 39.5, in quanto alludenti a fattispecie attributive 'brieflich' di un'*habitatione*, di modo che la situazione risultante era di necessità da assimilare a un diritto relativo di godimento, non vantabile *erga omnes*, normalmente non vincolante per gli eredi dell'autore della lettera, a meno che il godimento dell'abitazione non fosse da percepire come compenso per attività liberale pregressa, come nel solo frammento 27³⁸.

Quando si parla di *habitationem excipere* per le vendite con riserva dell'abitazione in capo a chi avesse la qualità di *inquilinus* o di *colonus* chiaramente si riconosce che tale ultimo soggetto fosse locatario dell'abitazione, rendendo comprensibile l'opinione di Elio Tuberone, il quale autorizzava il compratore ad agire con *actio empti* in caso di danneggiamenti recati dal conduttore affinché il venditore promuovesse l'*actio locati* contro il colono o l'inquilino³⁹.

6-7 e Tit. Ulp. 22.6 letti alla luce di taluni documenti della prassi, in TSDP., 16, 2023, 35 s. (36) nt. 92.

³⁶ Sul problema sono utili le note di C. BEDUSCHI, *Fructus sine usu esse non potest. Contributo allo studio delle regulae iuris*, in *Studi parmensi*, 36, 1984, 11 e nt. 12 (= *Scritti scelti*, a cura di L. Nogler e G. Santucci, Napoli, 2017, 187 e nt. 12).

³⁷ Per una singolarità sintattica che accomuna questo ad altri passi celsini, si veda R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 458 nt. 56.

³⁸ Tale frammento è servito a L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, *Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, 1908, per dire (risp. 164 e nt. 46) che «also ist die Schenkung einer Habitation durch einfaches Paktum ungiltig», ma «Papin. D. 39,5,27 rettet sie im einzelnen Fall nur durch die Elimination des Schenkungscharakters».

³⁹ D. 19.1.13.30 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem: denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiat, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat*. Da tenere presenti F. KNIEP, *Präscriptio und pactum*, Jena, 1891, 96 s.; E.

L'*habitationem excipere* era ovviamente possibile anche qualora il 'Vorbehalt' venisse previsto a beneficio del venditore stesso⁴⁰, *donec viveret*, quando il compratore non preferisse pagare una somma per evitare l'occupazione a titolo di *habitatio*⁴¹.

Di *habitor* i *prudentes* discutevano poi per individuare il legittimato passivo all'azione popolare e penale *de effusis vel deiectis*⁴², reso nella porzione di testo digestuale che precede la *laudatio edicti* con la perifrasi *in eum, qui ibi habitaverit*⁴³, mentre per l'*actio de positis* era responsabile chiunque avesse realizzato la situazione di pericolo contemplata nell'editto *ne quis in suggrunda*, in aderenza a chiare esplicazioni di corredo, senza che desti difficoltà di troppo l'affermazione contenuta in D. 9.3.5.12 (Ulp. 23 *ad ed.*), in cui in punto legittimazione passiva si espone che *in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit*⁴⁴, frase rovesciata con restituzione antileterale, ma in

COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, 1915, 74; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, 81 ntt. 177-179; A. WATSON, *Studies in Roman private law*, London-Rio Grande, 1991, 226 ss.; S. MÜLLER-KABISCH, *Die Kündigung*, cit., 105 ss.; C. LEHNE-GSTREINTHALER, *Iurisperiti et oratores. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Wien-Köln-Weimar, 2019, 188 nt. 1155 (con altra bibl.), 259 nt. 1506, 281 nt. 1634; J.D. HARKE, *Libri ad edictum – libri ad Sabinum. Zu den sogenannten Kommentaren des Domitius Ulpianus*, Berlin-Boston, 2022, 203 ss.

⁴⁰ Anzi ciò accadeva non di rado secondo CH.G. GMELIN, *Von der eigentlichen Beschaffenheit*, cit., 96 (e nt. r): «Auch geschah es nicht selten, daß ein Verkäufer seines Hauses die Habitation ausnahm und sich vorbehielt».

⁴¹ D. 19.1.21.6 (Paul. 33 *ad ed.*): *Qui domum vendebat, excipit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem: emptor primo anno maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare. Trebatius ait mutandae voluntatis potestatem eum habere singulisque annis alterutrum praestare posse et quamdiu paratus sit alterutrum praestare, petitionem non esse*; cfr. J. KRANS, *Traité des droits d'usufruit d'usage et d'habitation et de leur accroissement entre colégataires en droit romain*, Liège-Paris, 1869, 272 e nt. 2; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, 70; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 82 nt. 183; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, 155 nt. 36; D. SCHANBACHER, s.v. *Habitatio*, cit., 47, su tale «Vorbehalt beim Verkauf eines Hauses»; C. WILLEMS, *Justinian als Ökonom*, cit., 213 nt. 861.

⁴² Cfr. D. 9.3.6.2 (Paul. 19 *ad ed.*). In argomento, vedere F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, 87 ss. Si cominci a vedere anche S. CAPASSO, «*Hospites*» nei «*Digesta*» di Giustiniano, in *Index*, 50, 2022, 270 s., spec. 271 con lett. in nt. 47, per la sottolineatura dell'espunzione dell'ospite dal novero dei legittimati passivi.

⁴³ D. 9.3.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*). Cfr. F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 92 s.

⁴⁴ Vedasi F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 147 nt. 107, 158 ss. e 174 ss.

omaggio al credo che l'azione *de positis* non fosse configurabile in caso di concretizzazione dannosa della situazione prima solo *periculosa*, dal Cuiacio⁴⁵.

Infine non va trascurato tutto il dibattito fiorito intorno alla possibilità di *commodare habitationem* sponsorizzata da Viviano in D. 13.6.1.1 (Ulp. 28 *ad ed.*) e presentata sotto una luce innovativa, con le completorie e cautamente perplesse conclusioni di Ulpiano.

2. *Habitatio-casa di abitazione, habitatio-diritto e le occorrenze nelle fonti letterarie*

Habitare è un verbo fattitivo o frequentativo di *habere*⁴⁶ e permette di fermare nel sostantivo due grandi accezioni, l'abitazione come *domus*, *aedis* o *aedificium* ovvero come *ius*.

Difatti l'antica dottrina, che si incarna esemplarmente nella persona di Caspar Manz⁴⁷, insegnava che ci sono fundamentalmente *duo modi* in cui si concepisce l'*habitatio*, il primo «pro ipso loco seu aedificio», il secondo, «pro iure inhabitandi», recando ad esempio del primo *modus*

D. 33.7.20.2 (Scaev. 3 *resp.*): *'Gaio Seio alumno meo fundos meos illum et illum, ita ut instructi sunt, et domum superiorem dari volo': quaesitum est, an etiam domum instructam dari voluerit. Respondit secundum ea quae proponerentur ita videri dedisse, nisi is, a quo peteretur, aliud testatorem sensisse manifeste doceret: at si habitationis, id est aedificii instrumentum legasset, non cedere servos operae aliive rei paratos.*

Il frammento⁴⁸ appartiene al titolo digestuale D. 33.7 *De instructo vel in-*

⁴⁵ Rimando ancora a F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 175 nt. 39, per l'analisi della lezione proposta dal Tolosate ed in seguito ripresa da Theodor Mommsen. Dunque se la cosa cade dallo sporto e reca danno si concede l'azione *de effusis vel deiectis*, ragion per cui tornerebbe in gioco la normale convenibilità dell'*habitor*, e finirebbe fuori gioco la mera considerazione di colui *qui posuit*. La studiosa osserva che la proposta del giurista culto pone al cospetto di un momento di frizione in considerazione di D. 9.3.5.8 e D. 9.3.5.11. Si veda A.M. GIOMARO, *Ipotesi di anticipazione della tutela nel diritto romano*, in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 21-22, 2009, 61 ss.

⁴⁶ Cfr. E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, 217, e S. D'URSO, *Il senso dell'abitare contemporaneo*, Santarcangelo di Romagna, 2009, 21.

⁴⁷ C. MANZ, *Bibliotheca aurea, juridico-politico-theoretico-practica*, Francofurti ad Moenum, 1695, 181 n. 76.

⁴⁸ Si vedano PH. BRUSSEL, *Tractatus insignis ac utilissimus de conditionibus testamentorum, contractuum et pactorum*, Francofurti et Lipsiae, 1700, 49; A.F. PEREGRINI, *De interpretatione in iure dissertatio*, Pisis, 1793, 18; G. AVERANI, *Interpretationum juris libri quinque*,

strumento legato e si porta, penso, come corretto puntello a chi voglia parlare del primo significato⁴⁹. Meno corretto, come si avrà modo di dire, è intendere il testo come pure molti hanno inteso, e cioè quale prova di un'adesione di Cervidio Scevola alla tesi dell'*habitatio-dominium*, quasi che nel brano la parola *habitatio*, se ed in quanto intesa *pro domo ipsa*, implichi per forza di cose la volontà di trasferire la proprietà o il *dominium* sull'edificio.

Allo stesso modo non mi pare così pedestre considerare che anche D. 33.1.10 pr. depone per una *habitatio* intesa come casa⁵⁰, lasciata unitamente a sei aurei annui⁵¹ da Tizia all'amico fedelissimo Seio⁵², qualora lo stesso voglia, come aveva fatto per la donna quando questa era in vita, dare assistenza anche ai figli della stessa. La vertenza era se i vantaggi per Seio dovessero ridursi in proporzione al diminuito disagio per la cura dei *negotia* da evadere, e la risposta è che ci debba essere una congruente limatura delle agevolazioni – almeno riguardo all'attività e al denaro – in considerazione della morte di due dei tre figli di Tizia.

Elvers ricorda anche una lacinia dal titolo del Digesto D. 11.5 *De aleatoribus*, dove Ulpiano dice: *domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere certum est*⁵³.

Invece la cerca degli anelli di catena per un uso spirituale di *habitatio* proietta risultati già per l'epoca di Plauto, tra III e II secolo a.C. Nel *Trinum-*

III, Maceratae, 1833, 25; Ph.E. HUSCHKE, *C. Flavii Syntrophi Instrumentum donationis ineditum*, Vratislaviae, 1838, 25; A. ECKERT (Hrsg.), *Pandecten-Practicum oder Chrestomathie aller in besonderen Beispielen und Rechtsfällen des Corpus juris civilis romani aufgestellten und entschiedenen Rechtsfragen*, Heidelberg, 1853, 283 n. 469; J.Á. TAMAYO ERRAZQUIN, *Libertis libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Vitoria-Gasteiz, 2007, 220 nt. 1112 e 253 nt. 1231; C. WILLEMS, *Justinian als Ökonom*, cit., 222 nt. 896.

⁴⁹ Cfr. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, seconda edizione ampliata, Torino, 1958, 496 nt. 3.

⁵⁰ Dove del resto già tale Seio risultava posto nel godimento della struttura. In senso contrario si è espressa L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto. Silloge di documenti dal I al IV secolo d.C.*³, Torino, 1997, 159, la quale propone la seguente traduzione: «Al mio fedelissimo amico Seio voglio che siano dati sei aurei all'anno insieme con il diritto di abitazione, se egli avrà voluto partecipare alla gestione degli affari dei miei figli allo stesso modo con cui ha partecipato alla gestione dei miei».

⁵¹ Vd. S. MROZEK, *Faenus. Studien zu Zinsproblemen zur Zeit des Prinzipats*, Stuttgart, 2001, 93 nt. 307, che parla di un «Knabe».

⁵² Dal nome Seio si è preso spunto per la figurazione non di un liberto ma di un cittadino romano ingenuo, nel senso di nato libero: J.Á. TAMAYO ERRAZQUIN, *Libertis libertabusque*, cit., 112 nt. 578.

⁵³ D. 11.5.1.2 (Ulp. 23 *ad ed.*). Cfr. ora L. CEGLIA, *Communio iuris: condivisione ed estensione dei diritti civili nella civitas Romana*, Bucarest, 2020, 142 ss.

mus abbiamo i versi 39-41: *Larem corona nostrum decorari volo: / uxor, venerare, ut nobis haec habitatio / bona fausta felix fortunataque evenat*. Pure nella *Mostellaria* c'è una battuta che non porta a derealizzare solo perché *habitatio* vi appare nell'accezione materialistica: *Hic habito: haec mihi dedita est habitatio*⁵⁴. Nella medesima opera, infatti, come opportunamente ricorda il Jacquinod⁵⁵, al quale si deve anche l'importante rilievo della comparsa del termine nella letteratura latina proprio con il Sarsinate, va preso atto, pur nella già incipiente transizione verso il valore di nome di luogo denotato nell'impiego del citato *Most.* 498, dell'occorrenza come 'nome d'azione' o 'processo' in fin dei conti prevalente, in accordo a *Most.* 504: *Scelestae hae sunt aedes, impia est habitatio*⁵⁶.

Ma soprattutto l'analisi della letteratura latina conforta l'idea che il termine, apparso con Plauto⁵⁷ ed usato da Catone⁵⁸, sia la viva espressione del latino parlato, di un *sermo cotidianus* così tenace e caratteristico da rifarsi vivo dopo un'apparente parentesi di disuso, tornando in auge nel I secolo a.C. specialmente con Vitruvio⁵⁹ e negli autori ancora successivi⁶⁰. L'osservazione non è banale perché ausiliaria, a mio avviso, alla stessa ricostruzione giuridica. Solo percependo l'idea di un *sermo cotidianus* socialmente tipico, di un caratteristico 'Sprachgebrauch', si può capire che nonostante la non tipicità e autonomia giuridica qualche riflesso non solo d'ordine pratico in presenza di tale espressione contenuta in atti di ultima volontà sia stato ammesso dai giuristi. Vedremo alla fine di questo capitolo come anche testi giuridici importantissimi possano interpretarsi alla luce di questa realtà.

⁵⁴ Plaut. *Most.* 498.

⁵⁵ B. JACQUINOD, *Sur l'étymologie de quelques noms de la maison en indo-européen*, in *Dire l'espace familial. Esquisse d'un imaginaire de la maison à travers ses formulations lexicales, littéraires et plastiques*, sous la direction de M.L. Honeste-Fliti, Saint-Étienne, 2000, 26.

⁵⁶ Non manca ovviamente chi ha pensato a una mera e sostanziale iterazione concettuale rispetto alle *aedes*, dettata dal 'tragediare' di Tranione, che attribuisce le sbalorditive parole al fantasma di Diaponzio. E così, «the word *habitatio* itself is an elevated expression, used by Plautus only in this passage and at the end of a line of *Trinummus*, where it is part of a solemn invocation to a god»: D. FELTON, *Haunted Greece and Rome. Ghost stories from classical antiquity*, Austin, 1999, 53.

⁵⁷ U. EGELHAAF-GAISER, *Kulträume im römischen Alltag. Das Isisbuch des Apuleius und der Ort von Religion im kaiserzeitlichen Rom*, Stuttgart, 2000, 453 e nt. 64.

⁵⁸ Cat. *de agr.* 128 («Habitationem delutare»).

⁵⁹ A. LA PENNA, *La letteratura latina del primo periodo augusteo (42-15 a.C.)*, Roma-Bari, 2013, 449 ss., spec. 451 ss. I due testi più rilevanti sono *Vitr. arch.* 6.3.2 e l'abbastanza famoso 1.1.10 (anche per i legami ivi tracciati che l'architettura intrattiene con i saperi della medicina e del diritto).

⁶⁰ L. CALLEBAT, *La prose du 'De architectura' de Vitruve*, in *ANRW.*, II, 30.1, Berlin-New York, 1982, 700 e nt. 21.

3. *Habitatio e hospitium*

Aver parlato di una formula nota alla dottrina – *locare e conducere habitationem* – permette subito di portare l'attenzione sull'uso in apparenza vicario che qua e là presenta il *conducere e locare hospitium*.

Notissima la scritta pompeiana eternata dall'eruzione vesuviana del 79 d.C. *Hospitium hic locatur / triclinium cum tribus lectis*⁶¹. In ugual misura note, e analizzate, le occorrenze di segno identico provenienti dal mondo giurisprudenziale, come D. 4.6.15 (Ulp. 12 *ad ed.*)⁶² e D. 39.2.29 (Gai. 28 *ad ed. prov.*)⁶³, in cui *hospitium* pare essere lo spazio abitativo in cui si riceve accoglienza contro il pagamento di una mercede. Risulta evidente che il senso o valore rispecchiato in queste e consimili fonti non esibisce un diretto rimando al rapporto di ospitalità tra un cittadino ospitante e uno straniero ospitato⁶⁴.

Ancora, nella concessione edilizia impetrata a Settimio Severo dal liberto imperiale Adrasto, *procurator* della colonna *centenaria* di Marco Aurelio (*columna Divi Marci*)⁶⁵, allo scopo istituzionale di innalzare nelle vicinanze *loco cannabae* una casa *custodiae causa*, c'è ancora in primo piano la significazione materiale con assoluta fungibilità espressiva tra *hospitium* e *habitatio*, ad indicare l'*aedificium*⁶⁶.

Tra le fonti di interesse per lo studio giuridico dell'abitazione nell'antichità romana sono poi da segnalare attestazioni di non trascurabile consistenza, che caldamente invitano a una riflessione sulla portata da assegnare a *habitatio* in correlazione a *hospitium*: con quest'ultimo termine si richiama in genere qualcosa che rinviene la collocazione più feconda entro un campo d'indagine nettamente caratterizzato da propri contorni, socio-relazionali e finanche religiosi e in apparenza irriducibili al mero beneficio di ordine abitativo⁶⁷.

⁶¹ CIL IV, nr. 807 = ILS 6036. Vd. anche FIRA, III, Firenze, 1943, 454 s. n. 144: *In caupona hospitium locatur*.

⁶² Entro cui (§ 3) si legge: *dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quaerit advocatum: nam eum, qui differt restitutionem, non esse audiendum Neratius scribit*.

⁶³ *Sed et si conducere hospitium nemo velit propter vitium aedium, idem erit dicendum*.

⁶⁴ E infatti si veda il recentissimo contributo di S. CAPASSO, «*Hospites*», cit., 258 ss., spec. 259 s. e in particolare 260 nt. 13.

⁶⁵ P. KOVÁCS, *Marcus Aurelius' rain miracle and the Marcomannic wars*, Leiden-Boston, 2009, 155 ss., spec. 159 ss. L'analisi più completa è stata svolta da A. DAGUET-GAGEY, *Adrastus et la colonne Antonine. L'administration des travaux publics à Rome*, in *MEFRA.*, 110.2, 1998, 893 ss.

⁶⁶ R. HAENSCH, *Von den Augusti liberti zu den Caesariani*, in *Herrschaftsstrukturen und Herrschaftspraxis. Konzepte, Prinzipien und Strategien der Administration im römischen Kaiserreich*, herausgegeben von A. Kolb, Berlin, 2006, 154.

⁶⁷ Intorno alle varietà di *hospitium*, cfr. O. LICANDRO, *Domicilium habere*, cit., 194 nt. 29;

Il quesito che, inaggirabile, si accompagna a tale segnalazione esorta al reperimento quanto meno dubbioso possibile di chiarimenti sulla semantica delle due espressioni riguardate l'una per mezzo dell'altra, specie se coesistenti all'interno di una medesima testimonianza.

La coesistenza è riscontrabile in D. 39.5.32 (Scaev. 5 *resp.*)⁶⁸, per una volontà scritturale che viene disposta facendo ricorso alla parola *hospitium*, ma il giurista che affronta il tema, Scevola, riflette sulla questione se gli eredi del disponente possano proibire l'*habitatio* al beneficiato di *hospitium*, operando nel senso di una revoca dell'assegnazione prima fatta con *epistula*; allo stesso modo si lascia leggere CI. 4.26.6, dove gli imperatori Valeriano e Gallieno siglano una costituzione (del 259) in cui si prende una risoluzione per il caso che un servo abbia ricevuto un mutuo e, *in usurarum vicem*, concesso la «facoltà di abitare» al *creditor*: dire, come leggiamo nel seguito della fonte, che per nessun diritto l'avversario del *dominus* potrà rivendicare l'*hospitium*, significa dare per assodata anche nell'impiego tecnico-giuridico l'interscambiabilità qui di due espressioni particolari: la *facultas habitandi* e l'*hospitium* stesso⁶⁹.

Tra l'altro in collegamento a quest'ultimo si evoca un'azione di natura reale, una *vindicatio*, presumendola dunque per la fattispecie di concessione di una facoltà di abitare che nel caso in esame, essendo operata da un *servus*, non potrà riverberarsi sulla sfera giuridica del padrone.

In D. 4.9.6.3 (Paul. 22 *ad ed.*) la coesistenza oggettiva delle due terminologie ha portata differenziale, suggerendo un distinguo ai fini dell'esperimento dell'*actio in factum adversus caupones*: Paolo vi dice che il locandiere è tenuto *pro his, qui habitandi causa in caupona sunt*, ma che ciò non si applica al

A.G. CIANCI, *Soggetto straniero e attività negoziale. Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato*, Milano, 2007, 168 nt. 9; N. RAMPAZZO, *La cooptatio nel patronato civico e nella costituzione dei senati periferici*, in *Forme di aggregazione nel mondo romano*, a cura di E. Lo Cascio e G.D. Merola, Bari, 2007, 199 e nt. 35; R. MARTINI, *Gaio e i peregrini (II)*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, II, Milano, 2008, 1768; G. TURELLI, «Audi Iuppiter». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2011, 208 nt. 92 con letteratura; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano. Ristampa emendata*, Torino, 2017, 334, anche per la differenza tra *hospitium* pubblico e privato; M. MILANI, *La mano destra in Roma antica*, in *Il corpo in Roma antica*, II, *Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2017, 104 ss. (con lett. in nt. 366).

⁶⁸ Si vedrà che il testo figura al centro delle discussioni, non ancora sopite, circa l'ammissibilità di un precario di abitazione.

⁶⁹ CI. 4.26.6: *Si servus tuus sine permissu tuo accepta pecunia mutua in usurarum vicem habitandi facultatem concessit, nullo iure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat, cum te servi factum non obligaverit: et ingrediens rem tuam contra vim eius auctoritate competentis iudicis protegeris*. Cfr. E. CHAMBON, *Actio quae dicitur quod jussu adumbrata*, Jenae, 1848, 43.

caso del *repentinum hospitium*, come quello dato potremmo dire ‘en dépannage’ al *viator*, che sarebbe un viandante.

Sforzi differenziali che oggettivamente culminano in un testo complesso e dall’andamento travagliato, di Ulpiano, contenuto nel titolo D. 9.3 *De his, qui effuderint vel deiecerint*.

D. 9.3.1.9 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

Si può dire che si abiti o nel proprio o a titolo di conduzione⁷⁰ o gratuitamente, ci dice Ulpiano⁷¹, il quale se in D. 4.6.15.3 ammette una conduzione dell’ospizio, appare su posizione differente nel frammento appena riportato, dal quale sarebbe legittimo ricavare un’esclusione *in conducto* del rapporto di concessione di un *hospitium*.

Ma il rischio di vedere contraddizioni nella letta di argomenti diversi in cui *hospitium* andava ogni volta diversamente soppesato è indubbio: infatti, come si è visto, nel già citato D. 9.3.5.12 (Ulp. 23 *ad ed.*) il giurista di Tiro, tra le altre cose, parla separatamente di *dominus aedium* e di *inhabitor*⁷², benché, a rigore, l’attacco di D. 9.3.1.9 consenta di affermare la proprietà – cioè la non abusività espressiva – di un *habitare in suo* oltreché *in conducto* ovvero *gratuito*.

All’interno dello stesso libro ben difficilmente l’interprete attuale può ritenersi autorizzato a leggere contrasti logici, essendo evidente il carattere casistico proprio di ciascuna delle delucidazioni coinvolte nel discorso. Si poteva

⁷⁰ Cfr. A.I. OVALLE FAÚNDEZ, *Pignoración tácita de los invecsta et illata en el derecho romano clásico*, in *RCHD.*, 10, 1985, 36, per la quale «todas las situaciones expuestas se refieren a que normalmente en la habitación arrendada sólo vivía el inquilino».

⁷¹ Vedansi O. LICANDRO, *Domicilium habere*, cit., 192 ss.; E. TODISCO, *L’immigrato e la comunità cittadina: una riflessione sulle dinamiche di integrazione*, in *Storia romana e storia moderna*, a cura di M. Pani, Bari, 2005, 135; P. BIAVASCHI, *Profili antidogmatici del diritto romano: «in fundo morari», «precarium» di «habitatio» e «gratuita habitatio»*, in *Index*, 36, 2008, 261 s.; A. VARONE, *Per la storia recente, antica e antichissima del sito di Pompei*, in *Nuove ricerche archeologiche nell’area vesuviana (scavi 2003-2006)*, a cura di P.G. Guzzo e M.P. Guidobaldi, Roma, 2008, 356 nt. 19; E. DESCHEEMAERKER, *The division of wrongs. A historical comparative study*, Oxford, 2009, 136 nt. 86; C. WILLEMS, „Urbanes“ Mietrecht?, cit., 238 nt. 35; S. CAPASSO, «*Hospites*», cit., 269 ss.

⁷² *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitor ...* Sul testo cfr. A.M. GIOMARO, *Ipotesi di anticipazione della tutela*, cit., 63 ss., spec. 65.

dunque *conducere hospitium* in accordo a D. 4.6.15.3, ma ai fini dell'*actio popularis* sviscerata in D. 9.3 l'*hospes* inteso in senso stretto come individuo accolto nel nuovo ecosistema protettivo dell'ospitante⁷³ non era convenibile perché non assimilabile in tutto all'*habitor*, in quanto il rapporto dell'ospitato con l'ambiente di accoglimento non risulta sorretto da quella ragionevole continuità temporale che è lecito aspettarsi per l'*habitor*⁷⁴, per non parlare – qui forse il senso della separata emersione in D. 9.3.5.12 – del *dominus* della *aedes* da cui qualcosa si è sparso o rovesciato. Del resto viene chiaramente affermato che l'ospite *non ibi habitat, sed tantisper hospitatur*⁷⁵.

Secondo il Gagliardi⁷⁶, qui Ulpiano avvicinerrebbe l'*hospes* all'*incola*, persona che ha lasciato il luogo di provenienza ma non ha preso domicilio in quello in cui attualmente si trova, mentre la Moatti⁷⁷ ha ribadito il parallelo già tracciato dal primo studioso⁷⁸ con un passaggio di Isidoro di Siviglia centrato sulla distinzione tra *incolae-advenae* ed *habitatores*.

Oltre tutto pare chiaro che lo schema illustrativo sull'*habitare* con la relativa tripartizione a livello del contenuto non dovrebbe essere percepito omaggiando criteri di stretta interpretazione, dal momento che il *dominus* risiede *in suo* ma di pari passo senza esborsi come chi trae beneficio direttamente e 'umsonst' da un'altrui casa⁷⁹.

⁷³ Scrivo ospitante anche se nella lingua italiana la parola ospite indica pure colui che ospita (e non solo chi è ospitato).

⁷⁴ Cfr. E. KUCUK, *L'actio de effusis vel deiectis nel diritto romano classico*, in *REHJ.*, 30, 2008, 99 ss. e F. MATTIOLI, *Ricerche*, cit., 119, la quale osserva che «la responsabilità ai fini dell'editto implica evidentemente la dimora abituale». Si aggiungano A.M. GIOMARO, *Ipotesi di anticipazione della tutela*, cit., 64 e 77 nt. 31, e S. CAPASSO, «*Hospites*», cit., 271.

⁷⁵ Si veda C. BULLING, *Das precarium. Eine römischrechtliche Abhandlung*, Leipzig, 1846, 22.

⁷⁶ L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici*, I, *La classificazione degli incolae*, Milano, 2006, 76.

⁷⁷ C. MOATTI, *Migration et droit dans l'empire romain. Catégories, contrôles et intégration*, in *The impact of mobility and migration in the Roman empire. Proceedings of the Twelfth workshop of the international network impact of empire (Rome, June 17-19, 2015)*, edited by E. Lo Cascio and L.E. Tacoma, with the assistance of M.J. Groen-Vallinga, Leiden-Boston, 2016, 227 nt. 23.

⁷⁸ L. GAGLIARDI, *Mobilità*, cit., 36 s. e 75 nt. 227.

⁷⁹ E tuttavia F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 2002, 125, ha osservato che nel «frammento si precisa il concetto di *habitor*, distinguendolo (implicitamente) ancora dal *dominus*, col ricordare che si può abitare in casa propria o presa in locazione o avuta gratuitamente in uso». Si veda per altro verso E. TODISCO, *Definizione ed identificazione degli abitanti lungo le vie nell'Italia romana*, in *Ann. fac. lett. fil. Univ. di Bari*, 44, 2001, 154: «i nostri *habitatores*, dunque, potevano

4. Una tricotomia proposta a monte dai giuristi: 'habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito'

Chiarite le relazioni tra *habitatio* e *hospitium*, e tra *habitor* e *hospes*, si presta ai fini della presente ricerca più carica di sottesi significati proprio la tricotomia tracciata da Ulpiano in riferimento all'*habitare*, che può assumersi ora come valido punto di partenza per la delimitazione del raggio d'indagine all'*habitatio* più intuitivamente intesa come *ius in re aliena*, avente ad oggetto una casa di abitazione⁸⁰.

Ulpiano aveva in mente, nella sede descritta, la stessa sequenza già presente al Gaio delle *Res cottidianae*⁸¹, secondo quanto ricaviamo dalla lettura di

D. 44.7.5.5 (Gai. 3 *aur.*): *Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.*

D'altronde la stessa scomposizione concettuale dell'*habitare* verrà tranquillamente riprodotta dagli autori delle Istituzioni giustinianee in I. 4.5.1⁸².

Dall'esame incrociato dei brani introdotti in discorso si ritaglia subito, come anzidetto, l'ambito preferenziale di attenzione nella presente indagine, che tuttavia non è a sua volta l'indicatore finito di una giuridicità precisa, in quanto, al contrario, intercetta al suo interno diverse linee che solo hanno in comune una situazione abitativa gratuitamente goduta.

essere o no proprietari degli edifici, l'importante per il legislatore è che essi abitassero stabilmente in quelle case».

⁸⁰ Cfr. G. SALVIOLI, *Die vatikanischen Glossen zum Brachylogus*, in ZSS., 14, 1880, 228.

⁸¹ Cfr. A.M. GIOMARO, *Ipotesi di anticipazione della tutela*, cit., 60 s., e, di recente, S. FUSCO, *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020, 197 nt. 42, cui *adde* S. CAPASSO, «*Hospites*», cit., 271 nt. 48.

⁸² *Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat, deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur ...* Da conoscere L. JUN, *L'actio de effusis vel deiectis nella vigente Legge sulla responsabilità da illecito civile della Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritto@Storia*, 13, 2014, 10 e 28 nt. 37; A. CALZADA GONZÁLEZ, *La solidaridad familiar en la responsabilidad cuasidelictual*, in *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, 2016, 74 s.