

ALLE ORIGINI DEL TRASFERIMENTO MORTIS CAUSA DEI BENI PRODUTTIVI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. D. 50,16,185: *taberna instructa* e azienda. – 3. Ancora su D. 50,16,185: ipotesi sulle ragioni dell'assenza della figura 'unificante' dell'imprenditore. – 4. D. 33,7,23: attrezzatura aziendale e 'genere' dell'impresa. – 5. D. 33,7,13 pr.: legato di azienda alberghiera: Nerazio e Paolo a confronto. – 5.1. La prospettiva 'omni-comprendiva' di Nerazio. – 5.2. Le distinzioni di Paolo: *loci instrumenta* e *negotiationis nomen*. – 6. D. 33,7,15: i *verba testamenti* e la 'traduzione' di Servio della *voluntas* del testatore. – 7. D. 7,4,2: legato di usufrutto di azienda tra revoca tacita del legato ed estinzione originaria del diritto reale. – 8. Nota conclusiva.

* Queste pagine raccolgono l'intervento (ampliato e approfondito) esposto nell'ambito del Convegno salernitano, organizzato dall'amico Prof. G. Fauceglia, il 5 giugno 2015, nel moderno ed accogliente Campus universitario di Fisciano.

1. Sono convinto che, nel quadro di un Convegno dal titolo ‘Trasferimento di azienda tra circolazione della ricchezza e successione delle generazioni’, la funzione che un romanista potrebbe proficuamente svolgere e gli argomenti di riflessione che, altrettanto proficuamente, potrebbe sviluppare, siano riconducibili, non tanto al ‘generico’ compito di introdurre ‘storicamente’ il tema, quanto, piuttosto, a quello ‘specifico’ di illustrare, ad un uditorio di giuristi di diritto positivo, la concretezza ‘operativa’ dei giuristi romani e, per certi aspetti, la ‘modernità’ delle loro riflessioni. Certamente, il rischio di proiezioni modernizzanti e di conseguenti distorsioni nell’interpretazione sia delle fonti antiche, che di quelle moderne, è molto alto; d’altra parte, però, ritengo sarebbe altrettanto scorretto chiudere gli occhi di fronte ad evidenti analogie e palesi similitudini, nello sforzo tanto di definire concetti, quanto di ricercare delle ‘soluzioni’. Alla triste fine dell’asino di Buridano o alla sterile ‘reclusione’ nella *turris eburnea* di una ricerca meramente storico-antiquaria, preferisco, dunque, l’incognita del fraintendimento e la critica di ‘invasione di campo’¹.

¹ Mi permetto, allora, di dissentire dall’interpretazione, abbastanza restrittiva, di G. COTTINO, *L’imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale* (dir. da G. Cottino) I, Padova, 2001, 36 s. che da un lato plaude al lavoro del romanista, come quello di colui che «(...) ha portato alla luce, con la sapienza dell’archeologo, elementi di anticipazione e di continuità» ma, dall’altro, ‘chiude’ nei confronti di una comparazione diacronica dei risultati da quello conseguiti, poiché non si potrebbe comunque «(...)

2. Ed allora, anche in ragione di questo intento programmatico, non sembra inopportuno iniziare quasi con una ‘provocazione’, che permetta al lettore di collocarsi subito *in medias res*. Si provi, infatti, a leggere in parallelo:

Ulp., 28 *ad ed.* [L. 827] D. 50,16,185
Instructam’ autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.

[Intenderemo, invero, l’azienda come un complesso di beni e uomini organizzati per l’esercizio dell’impresa]

Art. 2555 cc.it. (Nozione) L’azienda è il complesso dei beni organizzato dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa.

«(...) L’esercizio dell’impresa, quale strumento di produzione fondato sulle capacità personali dell’imprenditore (rischio ed organizzazione), secondo la nostra stessa tradizione giuridica, (...)»

attribuir loro una valenza universale e attualizzata. Senza collocare, cioè, il diritto romano su un letto di Procuste che non gli si addice». Fuori da ogni polemica, mi preme solo rilevare che il romanista sia un giurista e non un archeologo e che, almeno secondo la mia personale sensibilità, il suo interlocutore primario sia il Collega di diritto positivo, con il quale instaurare sempre un dialogo aperto e scevro da apriorismi concettuali o da ‘steccati’ disciplinari. E forse, se si seguisse con convinzione quella impostazione, non credo neppure che ci sarebbe bisogno di un novello Teseo, che liberi il diritto romano dai supplizi del brigante attico, fin troppo spesso evocato.

[può essere definita] come la strutturazione sinergica di uomini e di cose per l'esercizio dell'attività negoziale (*instructam, autem, tabernam, sic accipiemus: quae, et rebus et hominibus, ad negotiationem paratis constat, Ulpiano, D. 50, 16, 185*)»².

La successione dei testi permette, infatti, di mettere a confronto – in un voluto ‘cortocircuito’ argomentativo – l’‘antico’ col ‘moderno’ e la riletture/riproposizione dell’antico nel tessuto vivo di una sentenza della Suprema Corte di Cassazione.

Gli elementi di affinità verbali e quelli di sintonia sostanziale tra il passo ulpiano e la nozione codicistica di azienda sono evidenti e sono già stati oggetto di puntuale attenzione da parte della dottrina³ che, d'altra parte, ha assai correttamen-

² Cass. lav., n. 2831 del 5 aprile 1990.

³ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 2002, 21 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo ‘manager’ in Roma antica* (II sec. a.C. - II sec. d.C.), Milano, 1984, 64 nt.1; ID., *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, III, Napoli, 1997, 442 ss.; F. GALLO, ‘Negotiatio’ e mutamenti giuridici nel mondo romano, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice, 22-25 novembre 1988*, Palermo, 1992, 133-167 (= *Opuscula selecta*, a cura di F. Bona e M. Miglietta, Padova 1999, 823-865); M.A. LIGIOS, ‘Taberna’, ‘negotiatio’, ‘taberna cum instrumento’ e ‘taberna instructa’ nella riflessione giurisprudenziale classica, in *Antecessori oblata. Cinque studi dedicati a A. Dell'Oro*, Padova, 2001, 107 e nt. 244; EAD., ‘Nomen negotiationis’. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell'esperienza giuridica romana, Torino, 2013, 152 s.; A. CAMPANELLA, *Brevi riflessioni su D. 50.16.185 (Ulp., 28 ad ed.)*. Profili terminologico-concettuali della definizione ulpiana di ‘taberna

te, puntualizzato come una simile indagine comparativa non possa «(...) non essere necessariamente subordinata a (e condizionata da) ‘limiti’ invalicabili: termini, concetti, strutture del presente possono e debbono essere utilizzati esclusivamente in chiave stipulatoria e paradigmatica e non già come acritici e deformanti strumenti di assimilazione»⁴. Ed, appunto, con la piena condi-

instructa’ e locuzioni sostanzialmente equivalenti nella riflessione giurisprudenziale romana tra I sec. a.C. e III d.C., in *Diritto@Storia* 8 (2009), 1 e nt. 5 dell’estr.; P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010³, 29 s. Su un livello più ‘descrittivo’, H. WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, [Sul significato economico e giuridico delle tabernae] in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, 1982, 391-422. Per una posizione critica, v., invece, T. CHIUSI, *Diritto commerciale romano? Alcune osservazioni critiche*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, 1025-1041.

⁴ Così P. CERAMI, *Impresa e ‘societas’ nei primi due secoli dell’impero*, in *AUPA* 52 (2007-2008), 86 (= *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell’impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 5-8 giugno 2004*, Milano, 2012, 172 s. dal quale citerò). Credo sia utile, anche per chiarire meglio la posizione (qui condivisa) dell’A., riportare un brano della sua *Replica* alle osservazioni che gli erano state mosse a margine della sua relazione a quel Convegno: «schemi, concetti e termini del presente possono e, direi, debbono essere utilmente adoperati, in sede di ricerca storico giuridica, ma in funzione essenzialmente stipulatoria, e cioè come semplici spie per rilevare, illuminare ed inquadrare i dati storici nel loro contesto temporale, con le loro peculiarità e differenze, spesso anche notevoli rispetto al presente, e non già come precostituiti strumenti da sovrapporre acriticamente al passato. (...) Quanto al problema della c.d. comparazione diacronica (...) mi sembra opportuno ribadire che il pensiero storico, essendo per sua natura intrinsecamente analogico, implica e comporta necessariamente e irrinunciabilmente raffronti e comparazioni, ma

visione di quel monito, non possono essere passati sotto silenzio le affinità ‘strutturali’ fra la ‘definizione’ (o, almeno, resa tale dai commissari giustiniani, attraverso la collocazione del frammento ulpiano nella rubrica di D. 50,16 *De significatione verborum*) romana di *taberna instructa* e quelle che il legislazione italiano del 1942 individua nell’azienda.

Centrale rilievo, in questo senso, va senz’altro attribuito al profilo organizzativo che caratterizza entrambe: come la *taberna* è *instructa*, in quanto sia presente una organizzazione di uomini e di beni (... *et rebus et hominibus ... paratis*) finalizzata alla *negotiatio*, allo stesso modo è l’organizzazione dei beni e dei servizi, stabilita dall’imprenditore, ad imprimere a quelli il ‘*flatus vitae*’, costituendoli in azienda⁵. Certo, non possono, inversamente, non

non anche – cosa del tutto ovvia – acritiche ed ingenuie assimilazioni. Il vero ed effettivo problema (...) non attiene all’ammissibilità o meno della comparazione diacronica, sibbene alle modalità ed ai limiti d’impiego di quest’ultima. (...) La comparazione diacronica, per essere effettivamente proficua e funzionale, deve essere, infatti, adoperata in chiave essenzialmente euristica. La sua funzione si risolve e si concreta (...) in una valutazione del passato, che, muovendo dal presente, miri a coglierne peculiarità, coincidenze e differenze» (*ibidem*, 231 s.). Per raggugli bibliografici ulteriori sul tema qui trattato, v. *ibidem*, 166 s. nt. 11.

⁵ Di questo fenomeno è pienamente consapevole anche chi, sia per il profilo scientifico che per quello didattico, ha interessi prevalentemente storico giuridici; cfr. CHIUSI, *Diritto commerciale romano?* cit, 1028: «passando dal sistema oggettivo dell’atto di commercio – di origine francese – del codice di commercio del 1882, al sistema basato sulla figura dell’imprenditore, il

notarsi anche le differenze, che pure esistono, tra le due prospettive: ma l'una – direi – potrebbe essere semplicemente riconducibile alla diversità negli 'strumenti' impiegati; l'altra, in verità, appare di più considerevole spessore, perché sembra investire una non irrilevante diversità nella 'prospettiva', attraverso la quale si osserva il fenomeno aziendale.

Esplicitando quanto appena sopra accennato, non crea eccessive difficoltà l'apparente soluzione di continuità nel 'parallelismo', tra D. 50,16,185 e l'art. 2555 cc., rappresentata dalla mancanza, in quest'ultimo, del riferimento al termine 'moderno' per *homines*. È, infatti, quasi banale ricordare come la funzione imprescindibile, che oggi svolgono i rapporti di lavoro nel contesto aziendale, a Roma fosse demandata alla manodopera (o al lavoro intellettuale) schiavistica, che trovava fondamento nel vincolo potestativo *dominus - servus*. Quella diversità, dunque, si riduce ad un particolare 'epifenomenico' e non strutturale, che non arriva ad intaccare la sostenibilità della comparazione *quoad effectum*.

Maggiori problemi, invece, sono rappresentati dal punto di vista, dal quale l'«oggetto» azienda è

legislatore italiano ha ripreso elementi di soggettività tradizionalmente legati alla figura del commerciante, tenendo conto però della funzione fondamentale che l'elemento organizzativo assume nella economia moderna e quindi allargando, anzi generalizzando, l'ambito di applicazione della relative norme. Questa è la costruzione dogmatica che sta dietro all'innovazione legislativa del '42».

osservato e che, con una semplificazione forse eccessivamente approssimativa (ma, si spera, sufficientemente efficace) potrebbe distinguersi in ‘oggettivo’ e ‘soggettivo’. Mentre, infatti, nel passo ulpiano, il centro di interesse è focalizzato sull’indicazione dei requisiti ‘oggettivi’ affinché la *taberna* possa definirsi *instructa* (*res ed homines* organizzati per l’esercizio della *negotiatio*) e non rileva chi abbia approntato quella organizzazione, nel ‘parallelo’ articolo 2555 cc., invece, l’accento è posto sul soggetto, che di quella organizzazione è l’artefice: l’imprenditore. In questo senso, non sembra azzardato affermare che, proprio la figura dell’imprenditore rappresenti il ‘trait d’union’ tra l’attenzione ‘staticamente’ descrittiva dell’art. 2555 e quella, invece, tesa ‘dinamicamente’ a definire le caratteristiche ‘soggettive’, necessarie a qualificare come tale «(...) chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi» (art. 2082).

3. E, molto probabilmente, la ragione della ‘lacuna’, che D. 50,16,185 rivela rispetto all’impostazione ‘strutturale’ dell’art. 2555, dovrebbe rinvenirsi negli interessi che Ulpiano mette al centro suo commentario, sostanzialmente coincidenti con quelli dei commissari giustiniani, che al passo avevano assegnato la funzione di ‘voce di glossario’, attraverso la quale interpretare

i passi della compilazione, laddove quel termine fosse stato impiegato.

In questo senso, la verifica della collocazione originaria del passo si rivela di fondamentale importanza sia per ‘circoscriverne’ l’ambito, sia, di conseguenza, per chiarirne la prospettiva ‘argomentativa’.

Senza scendere, in questa sede, nei particolari della questione, sia sufficiente notare come, in quel passo, Ulpiano si stesse occupando, nel contesto del ventottesimo libro del suo Commentario all’editto⁶, dell’*actio institoria* e, in particolare, del commento ai singoli *verba* della sua formula, così ricostruita:

C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius de L. Titio, cum is a N. Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, qua de re agitur, quidquid ob ea rem L. Titium A. Agerio dare fare oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.

[Sia giudice C. Aquilio. Poiché Aulo Agerio ha comprato da L. Tizio, essendo costui stato preposto da Numerio Negidio alla [bottega] <azienda>, dieci libbre d’olio nell’esercizio di tale impresa – materia del contendere – con riguardo a tutto ciò che, in forza di tale rapporto, L. Tizio deve dare o fare in favore di A. Agerio, secondo

⁶ O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889 (rist. Roma, 2000) col. 590.

buona fede, il giudice C. Aquilio condanni N. Negidio nei confronti di A. Agerio; se non risulta, lo assolva]⁷.

Gli interessi argomentativi di Ulpiano, ai quali sopra si faceva riferimento, iniziano, allora, a chiarirsi. Basti qui ricordare la nozione istituzionale di *actio institoria* che, come le altre c.d. *actiones adiecticiae qualitatis*, mirava a sanzionare «(...) una responsabilità dell'avente potestà che si aggiunge (e in tal senso è adiettizia) all'obbligo civile o anche solo naturale, in cui incorre il soggetto a potestà per il negozio obbligatorio da lui contratto. (...)». Essa, poi, come le altre del 'gruppo' al quale appartiene, non costituisce altro se non un adattamento «(...) dell'azione tipica che normalmente sanziona l'obbligo derivante dal negozio concluso: adattamento consistente in una trasposizione di soggetti nella formula dell'azione, nel senso che mentre nell'*intentio* è fatta menzione,

⁷ La ricostruzione della formula editale è opera di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927³, 258 s. e la traduzione italiana di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, 192, dove, nella traduzione di *taberna instructa*, ho sostituito il termine 'bottega' con quello di 'azienda'. Non sembra, inoltre, irrilevante notare come, nella versione di Mantovani, rimanga privo di corrispondente in italiano il qualificante termine *instructa* che, al contrario, appare di centrale importanza, specie nel contesto assolutamente tecnico della formula editale dell'*actio institoria*. In questo senso, il rilievo potrebbe anche rivelare, da un lato una certa 'resistenza' di parte della dottrina ad una attualizzazione del tema e dall'altro, per converso, la riprova della ammissibilità (al di là della sua condivisione) dell'interpretazione della locuzione unitaria *taberna instructa* con l'italiano 'azienda'.

quale obbligato, del soggetto che ha concluso il negozio (...) nella *condemnatio* è fatta menzione dell'avente potestà o comunque del *dominus negotii*, che è convenuto in giudizio e a carico del quale dovrà essere pronunciata l'eventuale condanna»⁸. In particolare, infine, «l'*actio institoria* è esperibile contro il preponente per i negozi obbligatori contratti, nell'esercizio del commercio terrestre, da chi vi stato da lui preposto (*institor*); l'*institor* può anche non essere un soggetto a potestà; il preponente risponde *in solidum*»⁹.

⁸ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 19934, 510.

⁹ BURDESE, *Manuale cit.*, 513. V. anche Gai. 4.71 ... *institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumue suum uel quemlibet extraneum, siue servum siue liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit. ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur*. «La formula institoria, invece, si applica nel caso in cui un soggetto abbia affidato la gestione di una [bottega] <azienda> o di un qualsiasi altro commercio al figlio o a un servo oppure anche a un qualunque estraneo, indifferentemente se servo o libero, e questi abbia concluso un contratto attinente all'esercizio cui è stato preposto. Il motivo per cui viene chiamata institoria è perché viene chiamato institore chi è preposto ad una [bottega] <azienda>» mutuo la traduzione da MANTOVANI, *Le formule cit.*, 139, con la stessa variante indicata alla nt. 7. Non andrebbe passata sotto silenzio la posizione critica, sul punto, di WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung cit.*, 404 che sostiene come «Gaius' *commentarius ad actiones* (Inst. 4,17) spricht nur von der *taberna* (ohne Zusatz); die Verbindung mit dem Geschäftsführungsverhältnis (*praeposuerit, praeponitur*) lässt hinreichend erkennen, in welchem Sinn das Substantiv zu verstehen ist. Die überflüssige Erweiterung zum *tabernae instructae praepositus*, die die Formel in dem Halbjahrhundert zwischen Gaius und Ulpian erfahren haben müsste, ist angesichts der

È, dunque, l'interesse 'lemmatico' di Ulpiano a rappresentare il fulcro di D. 50,16,185 ed a muovere il suo pensiero: al giurista, infatti, preme circoscrivere l'ambito 'oggettivo' della locuzione formulare '*taberna instructa*'¹⁰ (o, meglio, del parti-

verfestigenden Perpetuierung des Edikts seit Julian nicht recht verständlich. Man wird daher die Wendung *sic accipiemus* bei Ulpian (...) nicht ausschliesslich als Kennmarke für die Erklärung ediktaler Termini benapruhen können (...); [«Il *commentarius ad actiones* di Gaio (Inst. 4,17) parla solamente di *taberna* (senza aggiunte); il collegamento con il rapporto potestativo negoziale (*praeposuerit, praepositur*) permette agevolmente di comprendere in quale senso il sostantivo debba essere inteso. L'inutile ampliamento *tabernae instructae praepositus* – che la formula, nel mezzo secolo tra Gaio e Ulpiano, avrebbe dovuto subire – non è affatto comprensibile rispetto alla consolidazione dell'editto perpetuo a partire da Giuliano. Ed allora non si potrebbe esclusivamente ritenere la presa di posizione di Ulpiano – *sic accipiemus* – come un indizio, volto al chiarimento di un termine edittale]. Per una recente ricerca, che si prefigge «(...) soltanto di porre l'attenzione su alcune fondamentali questioni [*in primis*, della struttura formulare] e, se possibile, di rianimare l'interesse su alcuni aspetti del regime processuale delle *a.a.q.*, pur nella consapevolezza dell'estrema difficoltà di approdare a conclusioni certe ed indiscutibili» v. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001 (la citazione è tratta dalla p.12).

¹⁰ V., in proposito, l'acuta osservazione di SERRAO, *Impresa cit.*, 35, per il quale «(...) non v'è dubbio che nell'elaborazione giurisprudenziale, pur non essendosi pervenuti a considerare precisamente la *taberna instructa* come una *universitas iuris*, al pari della nostra azienda, vi fu una forte tendenza a considerarla come un complesso unitario sì da porre il problema del pegno (...) nonché del legato di proprietà (...) o di usufrutto (...) della *taberna* intesa come complesso unitario di *res* e di *homines ad negotiationem parati*, secondo la definizione di Ulpiano pervenutaci in D.50,16,185»; cfr. anche A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano, 1963, 134 ss.

cipio aggettivale ‘*instructa*’, vero nucleo del suo sforzo definitorio) per verificare che l’attività, posta in essere dall’*institor*, sia ad essa ‘spazialmente’ riconducibile e, quindi, ammettere o meno l’esperimento dell’azione edittale¹¹.

¹¹ Su questo aspetto, però, la posizione di Paolo (egualmente dell’età dei Severi) si dimostra differente: Paul., *l. s. de var. lect.* [L. 2059] D. 14,3,18 *Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur quique sine loco ad eundem actum praeponitur* [Institore è colui che è preposto all’azienda o ad un luogo dove si compra e si vende o colui che anche senza un luogo <predefinito> è preposto allo stesso atto]. Il giurista, infatti, accoglie una interpretazione molto più estensiva di quella ulpiana, di modo che «(...) la qualifica di ‘*institor*’ (...) prescinde, dunque, dal luogo in cui si esercita l’attività (può trattarsi di una *taberna*, oppure di un altro luogo: ‘*tabernae locove*’) – il luogo può persino mancare (‘*sine loco*’) – ma resta pur sempre legata allo svolgimento di un’*emptio-venditio*», così CAMPANELLA, *Brevi riflessioni* cit., 21 nt. 32. Va da sé, però, che – come si vedrà nel testo – la prospettiva paolina sia determinata da ‘esigenze’ diverse da quella ulpiana. A dire la verità, non possiamo dir nulla sul contesto del frammento di Paolo. La *Palingenesia* leneliana non aiuta, poiché raccoglie solo tre frammenti (fra l’altro, molto distanti fra di loro nella compilazione giustiniana); inoltre dubbi sostanziali sull’autenticità dell’opera, dai quali essi sono stati escerpiti, sono stati avanzati da F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza italiana* (trad. it. G. Nocera), Firenze, 1968, 400 («se fosse autentica non può essere determinato dai tre brevi frammenti che possediamo) e da A. GUARINO, *L. Pauli variarum lectionum liber singularis*, in *SDHI* 5 (1939) 468-47 (che si dimostra, dati i tempi, fortemente influenzato dalla critica interpolazionistica). Al di là, però, di questi rilievi, rimane comunque un fatto: se il ‘centro di gravità’ della ‘definizione’ ulpiana è la *taberna instructa*, quello della ‘parallela’ definizione’ paolina è l’*institor*. Sulla figura dell’*institor* e, in particolare, sulle attività contrattuali da lui concluse, v. da ultimo A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, 9 ss., in part. 15 s.

In quel quadro, non c'è bisogno (ed *ergo*, neppure spazio) di concentrare (ed *ergo*, neppure accennare) alla figura 'soggettiva' di un imprenditore, che coordini le *res* e gli *homines* al fine della *negotiatio*: in un certo senso, si vede il 'fenomeno' aziendale in un'ottica 'oggettiva' ed 'esterna', perché le finalità originali, alle quali la 'definizione' di D. 50,16,185 mirava (la delimitazione del concetto di *taberna instructa*, ai fini della concessione dell'*actio institoria*) di quel profilo 'personale', potevano benissimo fare a meno.

D'altra parte, per l'interprete moderno non è certamente sufficiente, ed anzi sarebbe al limite della scorrettezza, circoscrivere l'analisi alla *littera* della *l. 'Instructam'*. Dietro all'impostazione che emerge dal frammento ulpiano, stanno, infatti, anche motivazioni economiche e di 'organizzazione aziendale' che, molto sinteticamente (ma, senza per questo, perdere di precisione) possono essere ricondotte nell'alveo di una « (...) economia schiavistica che consentiva ad intraprendenti operatori economici di realizzare variegata e complesse attività imprenditoriali attraverso l'impiego di schiavi o come preposti (*institores, magistri*) ad imprese commerciali, produttive e di servizi, o come autonomi gestori di capitali imprenditoriali separati dal patrimonio familiare (*servi negotiatores cum peculio*). Fenomeno, questo, espresso nel linguaggio giurisprudenziale, con la locuzione '*exercere negotiationes per servos*' (Gai. D.40.9.10; Scaev. D.26,7,58 pr.; Pap.

D.14.3.19.1)»¹². Ecco, allora, come quella prospettiva ‘oggettiva’ appaia pienamente giustificata da un contesto economico dove, di regola, l'imprenditore appare in una posizione più ‘arretrata’ rispetto all'organizzazione dell'azienda, di quanto risulti dal ruolo che il legislatore del 1942 gli ha riconosciuto, dal combinato disposto degli art. 2082 e 2555 cc., dove il profilo organizzativo – in chiave ‘soggettiva’ – fa direttamente capo alla sua figura.

4. Ma neppure si dovrebbe credere che alla, qui sostenuta, tesi della prospettiva ‘oggettiva’ di D. 50,16,185, corrisponda una interpretazione costantemente uniforme o, quantomeno, fortemente ‘consolidata’ del concetto di *taberna instructa*.

Il tema della *taberna instructa* e, di riflesso, dell'*instrumentum tabernae* emerge, in maniera evidente, in tema di negozi *mortis causa* ed in particolare di legati, dove si devono bilanciare gli interessi contrapposti del legatario da un lato e dell'erede dall'altro, tenendo altresì conto dei *verba testamenti* e della *voluntas* del testatore, che magari in vita aveva gestito – tramite *institores*, cioè servi specificatamente incaricati di svolgere *negotiationes* – una *taberna instructa*.

La complessità e la diversificazione delle interpretazioni che, appunto, l'ambito della trasmissione ereditaria permette di evidenziare sono, *in*

¹² Così, CERAMI, *Impresa cit.*, 180.

primis, testimoniati da un frammento di Nerazio Prisco (vissuto a cavallo tra il I ed II sec. d.C.):

Ner. 2 *resp.* [L. 89] D. 33,7,23 *Cum quaeratur, quod sit tabernae instrumentum, interesse, quod genus negotiationis in ea exerceri solitum sit.*

[Nel caso in cui ci si chieda quale sia l'attrezzatura di una struttura aziendale, è rilevante quale tipo di impresa sia in essa stabilmente esercitata].

In questo caso, la ricostruzione leneliana della collocazione originaria del frammento non aiuta l'interprete: troppo disparate sono, infatti, le materie che Nerazio avrebbe trattato nel secondo libro dei suoi *Responsa* e troppo pochi sono i passi di quel volume che ci sono pervenuti per ipotizzarne una scansione interna¹³.

Non rimane, allora, che utilizzare, come strumento interpretativo, la sede che i commissari giustiniani hanno riservato al brano: vale a dire la rubrica di D. 33,7 *De instructo vel instrumento legato*. Ecco, allora, che il pensiero del giurista acquista una luce particolare, sia pure 'orientata' dalla prospettiva dei compilatori: quella, cioè, di fungere da criterio interpretativo del legato di *instrumentum tabernae*. Si avrebbe, in questo caso, la

¹³ Per osservazioni sulla 'funzione' definitoria del frammento neraziano, v. LIGIOS, 'Taberna', 'Negotiatio' cit., 67 ss.; EAD., 'Nomen negotiationis' cit., 18 ss.

chiara manifestazione del ‘conflitto’ tra erede e legatario nella concreta determinazione dell’estensione dell’oggetto del legato. Come, infatti, si avrà modo di osservare anche nei §§ seguenti, la contrapposizione tra i due è originata molto spesso da una formulazione del testatore dai contorni incerti, che lascia spazio alle opposte pretese di entrambi.

Nerazio, allora, offre all’interprete un criterio che denota, allo stesso tempo, concretezza e ‘dinamismo’: concretezza nella verifica dell’ampiezza del legato in base al tipo di impresa che il *de cuius* aveva esercitato attraverso quella struttura aziendale; dinamismo nella valutazione della stabilità dell’esercizio dell’impresa per mezzo dell’apparato strumentale, del quale il testatore voleva onorare il legatario. È, dunque, *genus negotiationis* il sintagma fondamentale nel passo neraziano, che sia permette la definizione dei due profili sopra indicati sia «(...) prova, in modo inequivocabile, che il quesito verteva sulla determinazione, non già dell’*instrumentum loci (taberna)*, sibbene dell’*instrumentum* della struttura imprenditoriale, intesa come azienda (*taberna instructa*)»¹⁴.

In conclusione, l’esame del frammento di Nerazio pone in evidenza due aspetti, interdipendenti fra di loro: il collegamento fra *taberna* e *negotiatio* (a prescindere dalla tipologia di quest’ultima) e la correlazione tra *instrumentum* e *negotiatio*. Come in

¹⁴ Così, CERAMI, PETRUCCI, *Diritto commerciale* cit., 50; in senso adesivo, CAMPANELLA, *Brevi riflessioni* cit., 7.

D. 50,16,185 (v., *supra* § 2) è la *negotatio* che qualifica la *taberna instructa*, così – con una sfumatura differente, ma (mi sembra) coerentemente inserita nel medesimo percorso argomentativo – per Nerazio è il *genus negotiationis* che circoscrive l'ampiezza e determina il contenuto del legato di *instrumentum tabernae*.

5. Nello stesso ordine di problemi (ma anche con evidenti tratti di discontinuità e di marcato 'avanzamento' della riflessione su quei temi) si colloca un fondamentale passo di Paolo, nel quale il giurista severiano riporta il pensiero di Nerazio, per poi svilupparne le conseguenze o, forse meglio, esplicitarne aspetti in quello non apertamente espressi.

Paul. 4 *ad Sab.* [L. 1670] D. 33,7,13 pr. -1 pr. *Tabernae cauponiae instrumento legato etiam institores contineri Neratius existimat: sed videndum, ne inter instrumentum tabernae cauponiae et instrumentum cauponiae sit discrimen, ut tabernae non nisi loci instrumenta sint, ut dolia vasa ancones calices trullae, quae circa cenam solent traici, item urnae aerae et congiaria sextaria et similia: cauponiae autem, cum negotiationis nomen sit, etiam institores. 1. Instrumento balneario legato etiam balneatores contineri Neratius respondit (...).*

[Nerazio ritiene che nel legato avente per oggetto l'attrezzatura di un'azienda alberghiera siano compresi anche gli institori. Ma occorre vedere se

non vi sia differenza tra l'attrezzatura del locale dell'albergo e l'attrezzatura dell'azienda alberghiera, <tenuto conto del fatto che> rientrano nel corredo dell'albergo, inteso come locale, botti, vasi, orciuoli curvi, calici, posate da portata, che sono di solito adoperati a pranzo, parimenti brocche di rame, congiari (recipienti da 3 litri e $\frac{1}{4}$) sestari (recipienti da $\frac{1}{2}$ litro) e simili; <rientrano> invece nell'attrezzatura dell'albergo, inteso come azienda, anche gli institori. 1. Nerazio sostiene che nel legato di attrezzatura di un'azienda di balneazione, siano compresi anche i bagnini].

Dal punto di vista 'topografico', la sede originaria del frammento paolino è coerente con quella giustiniana: il quarto libro del Commentario a Sabino viene, infatti, rubricato da Lenel: [*De legatis*. 2] e il fr. 1670 viene, altresì, ricompreso nella 'sezione': [*De instrumento vel instructo legato*] in perfetta sintonia, dunque, con la collocazione assegnatagli dai commissari giustiniane¹⁵. E, d'altra parte, elementi univoci in tal senso possono essere semplicemente desunti dalla presenza della lo-

¹⁵ È indispensabile il rinvio 'generale' al recente lavoro di LIGIOS, '*Nomen negotiationis*' cit., che proprio da questo frammento prende le mosse – e dal quale mutua la terminologia fin dal titolo – per l'analisi del denso e complesso tema dei «profili di continuità e di autonomia della *negotatio* nell'esperienza giuridica romana» (come recita il sottotitolo al volume). Si invita, dunque, alla lettura di quell'opera per il puntuale esame di tutti gli aspetti che qui verranno solo marginalmente (quasi *incidenter tantum*) affrontati.

cuzione ‘*instrumento legato*’ proprio all’inizio del passo. Se, allora, non si rilevano problemi palinogenetici (ed, in questo senso, non crea difficoltà neppure la citazione del pensiero di Nerazio, priva di un riferimento al *locus*¹⁶) maggiori difficoltà sono, invece, occasionate dalla ‘contrapposizione’ o, forse, in maniera più precisa, dal ‘confronto’, tra la prospettiva di Nerazio – della prima frase del pr. e della prima del § 1 – rispetto a quella di Paolo.

5.1. Innanzitutto, a me pare che la posizione di Nerazio in D. 33,7,13 pr. si trovi in linea di stretta continuità con quella da lui espressa in D. 33,7,23 (v. *supra*, § 4)¹⁷.

Come lì, infatti, è il *genus negotiationis* a qualificare (vale a dire: ad individuare e, al contempo, a circoscrivere) l'*instrumentum* della *taberna* così, in questo caso, l'*instrumentum* viene definito dal *genus* della *negotiatio*: l'esercizio di una *caupona*. In sostanza, si potrebbe verosimilmente immaginare, quale presupposto della presa di posizione del giurista, l'esistenza di una ‘generica’ disposizione

¹⁶ V. anche, *infra*, nt. 20.

¹⁷ E, su questo aspetto, aderisco alla posizione di WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung* cit., 402 («dies zeigt noch klarer der Fortgang der Darstellung des Neratius D. 33,7,13 ...») [questo mostra ancora più chiaramente la prosecuzione della rappresentazione di Nerazio di D. 33,7,13 ...] nonché alla sua osservazione (*ibidem*, nt. 65) che mette in rilievo l'aggancio – suggerito da Lenel – nel fr. 89 della sua *Palinogenesia* tra D. 33,7,23 e questo passo.

testamentaria, con la quale il testatore avesse disposto un legato di *taberna cum instrumento*, magari facendo riferimento – altrettanto ‘genericamente’ – alla *taberna*, che gestiva in vita; ad esempio, attraverso la formulazione: «*Do lego Titio tabernam meam cum instrumento*». A questo punto, si sarebbe aperta una controversia tra erede e legatario sull’oggetto del legato con effetti reali. Dato, infatti, per pacifico che entrambi fossero stati d’accordo sul ‘settore’ commerciale del quale faceva parte l’azienda – un’azienda alberghiera (poiché, magari, il *de cuius* aveva in vita gestito solo quella) – il motivo della loro controversia si sarebbe appuntato sull’appartenenza dei *servi institores* che, fino ad allora, l’avevano amministrata: assai concretamente, infatti, a seconda della maggiore o minore ampiezza attribuita al concetto di *instrumentum (tabernae)* si sarebbe deciso per la loro assegnazione all’erede o, al contrario, al legatario.

Nerazio, mi sembra, applichi direttamente il ‘criterio’ del *genus negotiationis* di D. 33,7,23 alla questione che si è prima tentato di descrivere, operando, cioè, un’equazione tra *genus negotiationis* da un lato ed *instrumentum tabernae* dall’altro: determinato l’uno, ne deriva – direi automaticamente – che (anche) l’altro sia individuato e ‘circoscritto’. E, così, determinato (indipendentemente dalla circostanza che il dato risulti dalla ‘scheda testamentaria’ o sia ricavato *aliunde*, magari anche da elementi di fatto incontrovertibili) il *genus negotiationis* nella *caupona*, ne deriverebbe che

L'*instrumentum* legato venga necessariamente a coincidere con l'insieme dei beni strumentali/aziendali 'funzionali' all'esercizio della *negotatio*. Ecco, allora, perché il giurista propende senz'altro per l'inclusione, nel legato di *instrumentum*, anche degli *institores*, ai quali viene indubbiamente riconosciuta una centrale 'funzione' all'interno dell'azienda.

Non andrebbe, infine, trascurato un aspetto 'implicito', presente ragionamento del giurista: vale a dire, la sua marcata 'oggettività' che, specie in rapporto all'interpretazione di disposizioni *mortis causa*, come quelle alle quali il passo fa riferimento, rischia di rappresentare un elemento di eccessiva 'rigidità'¹⁸. E, una simile 'rigidità' rischia, a sua volta, di sovrapporsi alla *voluntas* del testatore che, invece, i giuristi romani dimostrano di tutelare particolarmente in quel genere di negozi¹⁹.

¹⁸ Cenni in questo senso già in DELL'ORO, *Le cose collettive* cit., 143 s.

¹⁹ In via esemplificativa, Paul. 3 *ad. Sab.* [L.1657] D. 50,17,12 *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur* [Nei testamenti interpretiamo la volontà dei testatori in maniera assolutamente piena]. Fondamentale, benché aderente ad una prospettiva di ricerca ormai superata, rimane, per il tema dei legati, O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, in part. il cap. VIII *Verba und voluntas*; § 20.1 *Verba legati*, 171- 217. Ancora, S. RICCOBONO, III. *Legati e fedecomessi, 'verba' e 'voluntas' (extrait des Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil)*, Paris, 1926, 112 ss. che sostiene come «(...) ammesso pure che la giurisprudenza classica abbia mantenuta ferma la tradizione del *ius civile* antico rispetto al predominio dei *verba*, tuttavia è innegabile che essa, fin dall'età di Cicerone, agitò sempre la questione e dovette a grado a grado ammettere

5.2. Il pensiero di Nerazio, però, «(...) non convince Paolo. La questione è più sottile»²⁰.

Ed, infatti, l'argomentazione del giurista severiano appare notevolmente più articolata²¹ di quella neraziana ed, aspetto che non dovrebbe essere sottovalutato, maggiormente 'aderente' allo

temperamenti, attenuazioni al rigore del *ius civile* riconoscendo che la volontà è un elemento interno che si proietta sui *verba* e ove sia in contrasto con quelli essa non può essere ignorata, ma spiega entro certi limiti la sua forza a riguardo dell'efficacia dell'atto. E questo basta» (127). V. anche C.A. MASCHI, *Studi sull'interpretazione dei legati. 'Verba' e 'voluntas'*, Milano, 1938; recentemente, P. ARCES, *Studi sul disporre 'mortis causa'. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano, 2013.

²⁰ Così DI PORTO, *Il diritto commerciale romano* cit., 441 del quale si condivide la *medietas* rispetto alle posizioni (contrapposte) da un lato di LIGIOS, *'Taberna', 'Negotiatio'* cit., 80 s. che vede fra i due un netto contrasto e dall'altro di Cerami, CERAMI, PETRUCCI, *Diritto commerciale* cit., 55 che afferma come «in dottrina si è creduto di poter cogliere nelle parole *'sed videndum'* (...) un diverso orientamento di Paolo rispetto al punto di vista di Nerazio. Ritengo, invece, che il *'sed'* non abbia qui valore avversativo-correttivo, bensì esplicativo-rafforzativo». Se, infatti, si potrebbe anche essere d'accordo sul valore di chiarimento che l'opinione di Paolo assume nei confronti di quella di Nerazio, ciò andrebbe però inteso – come si tenterà di esprimere nel testo – anche come uno 'spostamento' di prospettiva in chiave 'sogettiva', che risulti, cioè, maggiormente attenta al particolare contesto negoziale, nel quale le dichiarazioni del testatore vengono formulate.

²¹ Da un punto di vista 'preliminare' e 'descrittivo' non si può non notare una particolare struttura argomentativa/retorica, che esalta la capacità persuasiva del frammento: la distinzione (*discrimen*) fra *instrumentum tabernae cauponae* ed *instrumentum cauponae* è posta in parallelo con i due sintagmi (entrambi rappresentati sintatticamente dalla costruzione determinante + determinato) *loci instrumenta* da un lato e *negotiationis nomen* dall'altro.

speciale ambito nel quale essa viene espressa: la tematica dei legati. La puntualizzazione appena indicata potrebbe forse valere a diradare le perplessità sollevate da parte della dottrina, che paventa una interpretazione del pensiero paolino eccessivamente legata alla lettera della disposizione testamentaria e sottoposta così al pericolo di subire gli effetti fortemente restrittivi della meccanica ‘esecuzione’ dei *verba* del testatore²².

²² LIGIOS, ‘*Nomen negotiationis*’ cit., 21 s. Secondo l’esegesi contestata, infatti, «(...) Paolo direbbe che la clausola di disposizione del legato in cui il testatore impieghi l’espressione ‘*instrumentum couponae*’ è comprensiva degli *institores*, giacché in tale clausola sarebbe espressamente contenuto il nome di una *negotiatio* (*cum negotiationis nomen sit*), appunto la *coupona*, e gli *institores* sono inscindibilmente legati alla *negotiatio* in quanto tale e non anche alla *taberna* intesa come locale». Quali elementi ostativi alla lettura sopra proposta, la stessa dottrina individua due circostanze: 1) ai tempi di Paolo, la ‘libertà’ nell’interpretazione dei *verba* delle disposizioni testamentarie avrebbe permesso senz’altro il superamento del criterio letterale (v. anche, *supra* nt. 19); 2) numerose fonti (sia giuridiche che letterarie) impiegano termini diversi per indicare attività imprenditoriali sostanzialmente assimilabili all’esercizio di un’azienda alberghiera. Sarebbe stato allora paradossale ricollegare solo all’espressione ‘*coupona*’ l’effetto di comprendere nell’oggetto del legato anche gli *institores* ed escluderli, invece, nelle altre occorrenze, per una ‘mera’ questione terminologica. Come, però, si cercherà di indicare nel testo, il frammento non ha come ‘centro’ l’interpretazione di *verba* del testatore ma, piuttosto, la ‘riconduzione’ della sua volontà (magari espressa senza soverchia attenzione ai profili terminologici) entro una griglia concettuale ‘filtrata’ dalla riflessione del giurista. Assolutamente condivisibili, invece, le osservazioni che la stessa A., EAD. *Merci e legati. Aspetti della riflessione giurisprudenziale in tema di successione nell’esercizio della negotiatio*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica* (a cura di P. Cerami e M. Serio), Torino, 2011, 272-297, in part. 275 ss., svolge

Anche a rischio di affermare una banalità, va però osservato come in D. 33,7,13 pr. il tema affrontato non prenda affatto le mosse da un problema interpretativo sollevato dalla lettura di una disposizione in materia di trasferimento *mortis causa* di una attività produttiva (v. invece, ad esempio, *infra* § 6). Invero, l'argomento di discussione e di confronto fra Nerazio e Paolo sembra stato 'filtrato' dalla prospettiva giuridica dei due autori, rispetto ad un modo di esprimersi 'generico' del testatore, che potrebbe già essere stato così 'ricondotto' entro schemi giuridici di 'mediazione' tra forma verbale impiegata e 'traduzione' della sua *voluntas*.

Si potrebbe, altresì, ipotizzare che questo 'processo di concettualizzazione' sia stato compiuto prevalentemente/esclusivamente da Paolo, nel momento in cui ha riportato e 'condensato' anche il pensiero di Nerazio. In questo senso, potrebbe essere forse inteso il riferimento all'*existimat* (che comporta già un'attività di 'valutazione', quale risultato di un raffronto tra un dato 'fattuale' ed un modello 'ideale', entro il quale far rientrare quel dato) che potrebbe apparire sia

a proposito dei «(...) problemi (...) [che riguardano] i casi in cui vengano disposti legati a favore, da un lato, di soggetti che parrebbero succedere al testatore-imprenditore nell'esercizio dell'impresa e, dall'altro, di soggetti che invece non sembrerebbero destinati a subentrare al *de cuius* nelle sue attività, fattispecie in ordine alle quali sorge il dubbio se e in quale misura i legati stessi ricomprendano le merci oggetto della *negotatio*» (*ibidem*, 273).

l'esito di un'autonoma attività interpretiva di Nerazio, sia il frutto di una 'rilettura' neraziana da parte di Paolo.

Al di là, comunque, di queste considerazioni, rimane possibile osservare come, per Nerazio, la categoria della griglia 'concettuale', entro la quale ricondurre il dato, sia quella della *taberna instructa* e l'elemento di 'concretezza' sia rappresentato dal riferimento alla *caupona*; l'operazione di valutazione collega i due fattori e – coerentemente al 'criterio' di D. 33,7,23 – conduce al risultato di includere anche gli *institores* nell'oggetto del legato che, per presupposto, non li menzionava espressamente.

Sembrerebbe, invece, che per Paolo – anche se il meccanismo logico deduttivo rimane avvicicabile a quello di Nerazio – la griglia 'concettuale' cambi e la categoria, alla quale ricondurre il dato, non sia più quella di *taberna instructa* ma, più ampiamente, quella di *instrumentum*. Ecco allora che si viene a creare²³, dall'intersezione della categoria del-*l'instrumentum* con la 'concretezza' dei riferimenti alla *taberna cauponia* ed alla *caupona*, un parallelismo/opposizione che definisce e distingue i *loci instrumenta* da un lato ed il *nomen negotiationis* dall'altro²⁴.

²³ Anche attraverso l'artificio linguistico prima evidenziato, v. *supra*, nt. 19.

²⁴ Per la (complessa e convincente) individuazione della portata della locuzione *nomen negotiationis*, con specifico riferimento a D. 33,7,13 pr., v. LIGIOS, '*Nomen negotiationis*' cit., 76 ss.

Ma questa ‘architettura’ non dovrebbe essere considerata il frutto di una mera speculazione del giurista, quanto, piuttosto, la ‘traduzione’ in termini tecnici, di una diversità nella *voluntas* del testatore che – anche se espressa con formulazione ‘generica’ – proprio a quella diversità degli effetti mirava.

Chiarendo il concetto: dietro la ‘limitazione’ del legato di *instrumentum tabernae cauponiae* al legato delle ‘scorte morte’ (esemplificativamente indicate proprio nel ‘corpo’ di D. 33,7,13 pr.) c’è l’‘adeguamento’ ad un’intenzione restrittiva del testatore che, ad esempio, in vita aveva gestito – dandone in locazione a terzi l’attrezzatura – più *tabernae cauponiae*. Ciò che il legatario riceverà in legato, sarà dunque solamente l’equipaggiamento, numeroso e assolutamente adatto al suo impiego nella *taberna*, ma incapace di per sé di dar vita alla *negotiatio* di D. 50,16,185 (v. *supra*, § 2). Al contrario – e, si ribadisce, in virtù del lavoro interpretativo del giurista, che fa da tramite tra la *voluntas* del testatore e ne ‘traduce’ gli effetti in concrete determinazioni – se il *de cuius* aveva in vita gestito direttamente la *taberna*, *in primis* attraverso la *praepositio* ad essa di *servi institores* specificamente individuati, l’oggetto del legato comprenderà anche questi ultimi, poiché, senza di essa, il legatario non avrebbe potuto svolgere la stessa *negotiatio*

esercitata in vita dal testatore e che quest'ultimo voleva trasferirgli per legato²⁵.

6. Se, come fin qui si è sostenuto, D. 33,7,13 pr. rappresenta il risultato di un'attività interpretativa dei giuristi, che discute e opina su un dato testuale già 'filtrato' e 'raffinato' da assai probabili profili di ambiguità/incertezza/polisemia, con D. 33,7,15 pr., invece, l'interprete si deve confrontare direttamente con i *verba testatoris*, attraverso un'attività esegetica che operi 'sul campo'.

Pomp. 6 *ad Sab.* [L.490] D. 33,7,15 pr. *Si ita testamento scriptum sit: 'Quae tabernarum exercendarum instruendarum pistrini cauponae causa facta parataque sunt, do lego', his verbis Servius respondit et caballos, qui in pistrinis essent, et pistores, et in cauponio institores et focariam, mercesque, quae in his tabernis essent, legatas videri.*

[Se nel testamento sia stato scritto così: «Do e lego tutto ciò che è stato predisposto e organizzato per l'esercizio e per il funzionamento dell'azienda alberghiera e del mulino» Servio die-

²⁵ Su questo punto concordo con le conclusioni di LIGIOS, 'Nomen negotiationis' cit., s. 77 che afferma come «il brano di Paolo sembra così porre in evidenza che l'*instrumentum cauponae* conterrà anche gli *institores* se e in quanto vi sia la *proscriptio* e nell'ambito di essa vi sia l'inequivoca indicazione dell'attività negoziale da essi svolta. Ciò implica che se tale attività fosse svolta *de facto*, i preposti non sarebbero stati compresi nel legato».

de il responso che, in base a quelle parole, si dovessero considerare compresi nel legato anche i cavalli, che erano presso il mulino e i mugnai e, nell'albergo, <i servi> institori e la cuoca e le merci che fossero conservate nei locali aziendali].

Qui, come si diceva, Pomponio si limita a riferire – anche se in una forma non pienamente scorrevole; non può dirsi, però, se la sconnessione fosse presente ab origine o sia il frutto di un 'raccorciamento' giustiniano o della negligenza di qualche copista²⁶ – da un lato la formula del legato, dall'altro l'interpretazione di Servio Sulpicio Rufo (giurista contemporaneo di Cicerone)²⁷.

A me non sembra che i *verba* del legato, almeno per la forma nella quale è stato redatto, possano essere oggetto di un'approfondita analisi testuale, che intenda ricollegare ad ogni singola espressione uno specifico e determinato effetto, magari coordinato in un quadro 'funzionale' organico ed articolato²⁸. Pretendere dal testatore una capacità tecnica così approfondita da assegnare ad ogni espressione da lui utilizzata un significato univoco, mi pare irrealistico e contrario al senso comune, tanto più perché la portata di alcuni termini era ancora oggetto di discussione

²⁶ Cfr. LIGIOS, *'Taberna', 'Negotiatio'* cit., 70 s. con bibliografia.

²⁷ V., per tutti, M. MIGLIETTA, *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana - Prolegomena I -*, Trento, 2010, 251 ss.

²⁸ Cosa che fa, invece, con 'acribia' e approfondita attenzione LIGIOS, *'Taberna', 'Negotiatio'* cit., 74 s.

all'età dei Severi (v., a titolo meramente esemplificativo, le considerazioni svolte nel § precedente). Allora come ora, costituiscono oggetto 'privilegiato' di interpretazione soprattutto le espressioni verbali impiegate direttamente del testatore e che, mancando una figura a cura della quale, la sua volontà possa essere univocamente «ridotta in iscritto», dipendono direttamente dalla sua capacità di far coincidere (in maniera più o meno completa) le intenzioni con la formulazione della disposizione testamentaria.

Ed è proprio questo – secondo me – l'ambito nel quale si muove la riflessione di D. 33,7,15 pr.: quella, cioè, della ricerca della migliore (e più piena) attuazione della *voluntas* del testatore. E, proprio in riferimento a quest'ultimo aspetto, mi pare che si possa affermare, con sufficiente margine di approssimazione, che il testatore non fosse una persona totalmente digiuna di diritto. Anzi, è proprio questa sua conoscenza da 'orecchiante' a determinare la forma linguistica da lui prescelta. In altre parole, dai *verba* del legato emerge tutta la sua 'preoccupazione' per la redazione di un legato dal contenuto più ampio possibile o, meglio, per la redazione di un legato, il cui oggetto non potesse dare adito ad interpretazioni restrittive di alcun genere.

In quel senso si potrebbe, allora, 'semplicemente' leggere la ridondanza dei gerundivi

*exercendarum instruendarum*²⁹, unitamente all'altra 'corrispondente', rappresentata dai participi *facta parataque*; così, non credo sia troppo azzardato ritenere che le due coppie verbali finiscano per costituire altrettanti endiadi, preordinate alla comune finalità, auspicata dal testatore, di coprire un ambito semantico il più esteso possibile.

La stessa 'impressione' è anche sorretta dall'impiego in sé delle medesime forme verbali presenti, ad esempio, in D. 50,16,185 (v. *supra*, § 2) che, a sua volta, commenta un *verbum* della formula dell'*actio institoria* (v. *supra*, nt. 7). Si potrebbe, quindi, immaginare che il testatore in vita si sia trovato ad esercitare (come attore) o ad affrontare (come convenuto) una azione simile (facente cioè parte delle c.d. *actiones adiecticiae qualitatis*) e abbia 'riutilizzato' talune espressioni (cumulandole e sovrapponendole) nella redazione del legato, dimostrando così, da un lato di avere conoscenza della valenza tecnica di quei *verba* ma,

²⁹ LIGIOS, 'Taberna', 'Negotiatio' cit., 74 osserva che «per quanto concerne le *tabernae*, va rilevato come 'instruere' ed 'exercere' rinviano a due concetti notevolmente diversi tra loro: il primo fa riferimento alla predisposizione dell'*instrumentum*, cioè dell'arredo, dell'attrezzatura e del personale dei locali. Esso concerne, insomma, l'allestimento e l'organizzazione delle *tabernae* e rappresenta perciò una fase precedente rispetto a quella dell'*exercere*, alla quale attiene il concreto svolgimento delle attività negoziali». Non si contesta certamente la ricostruzione generale dell'A.; si rileva solamente che le espressioni, nella formulazione del legato compiuta dal testatore, sono invertite; questo a riprova della valenza 'descrittiva' e della finalità 'omnicomprensiva' dei *verba* impiegati che, anche per questo, non ritengo sopportino – in quel contesto – un'analisi troppo puntuale e 'puntigliosa'.

dall'altro, dando altresì prova di un loro uso *ad abundantiam* e 'tuzioristico', rispetto al fine proposto.

Per quanto riguarda il responso serviano – in particolare, per l'inclusione nell'oggetto del legato anche dei cavalli, di una varietà di servi 'qualificati' e delle merci conservate nei locali aziendali – condivido le conclusioni di chi afferma come «(...) l'ampliamento, per così dire, deve essere stato suggerito sia dall'ampia dizione della clausola, che allude a tutto ciò che sia stato fatto e destinato per l'esercizio e per la dotazione delle aziende menzionate (...) sia dalla considerazione che le tipologie degli schiavi individuati, i cavalli per il mulino, nonché le stesse merci finalizzate alla produzione del pane e di vettovagliamento per i viandanti, non possono considerarsi (...) elementi organici del *pistrinum* o della *taberna*»³⁰.

7. Questa brevissima disamina di passi, incentrati sul tema del trasferimento *mortis causa* dei beni produttivi, si chiude con un frammento, in un certo senso, 'estraneo' a quelli finora analizzati, dove il termine *taberna* viene circoscritto alla 'mera' indicazione di locale nel quale avvengono scambi commerciali, senza alcun riferimento ad attività imprenditoriali, che in esso potessero aver luogo.

³⁰ Così, MIGLIETTA, *Servius respondit* cit., 253 nt. 172.

Ulp. 17 *ad Sab.* [L.2556] D. 7,4,12 pr. *Si cui balinei usus fructus legatus sit et testator habitationem hoc fecerit, vel si tabernae et diaetam fecerit, dicendum est usum fructum extinctum.*

[Se l'usufrutto di uno stabilimento termale sia legato a qualcuno e poi il testatore ne abbia ricavato un'abitazione, oppure se <sia stato legato l'usufrutto> di una bottega ed egli l'abbia trasformata in una sala per intrattenere gli ospiti, deve dirsi che l'usufrutto si è estinto]

I temi del legato e quelli dell'usufrutto sono qui strettamente intrecciati. E, proprio questo 'intreccio' rappresenta la causa di una diversa scelta sistematica tra Ulpiano da un lato ed i commissari giustiniani dall'altro. Il primo, infatti, secondo la ricostruzione leneliana, si stava occupando di legati [*De legatis; De usu fructo et usu legato; Quando usus fructus legati dies cedat*], mentre il passo, nei *Digesta* giustiniani, è collocato sotto la rubrica D. 7,4 *Quibus modis usus fructus vel usus amittitur*.

Gli effetti di questa divergenza nella collocazione sistematica del passo possono ancora oggi essere rilevati, attraverso la loro influenza sulla prospettiva attraverso la quale un interprete moderno è portato ad esaminare il passo.

La fattispecie non presenta difficoltà ricostruttive: il testatore, che aveva disposto per legato la costituzione di un usufrutto su un determinato bene, ne modifica la destinazione economi-

co-sociale prima della morte; il giurista afferma che il diritto di usufrutto si estingue. Per i nostri fini, la modificazione del bene consiste nella trasformazione di una *taberna* in una *diaeta*, in un locale, cioè, di intrattenimento per gli ospiti³¹. È chiaro come un cambiamento del genere incida in maniera così netta sull'*uti frui*, da determinare l'estinzione del diritto di usufrutto³².

Ma il giurista moderno – credo – non ragionerebbe in questi termini.

Per lui, la tematica dell'usufrutto sarebbe irrilevante, perché completamente assorbita dalla disciplina dei legati. Come sarebbe possibile, infatti, parlare di estinzione di un diritto che non si è mai costituito, dal momento che quel mutamento è avvenuto durante la vita del testatore? Ciò che non è mai stato, non può neppure estinguersi; al limite, si rientrerebbe nella disciplina prevista dall'art. 686² c.c. (Alienazione e trasformazione della cosa legata): «Lo stesso avviene se il testatore ha trasformato la cosa legata in un'altra, in guisa che quella abbia perduto la precedente forma e la primitiva denominazione». La trasformazione della *res* equivarrebbe, dunque, a revoca tacita del

³¹ Cfr. *Heumanns Handlexicon zu den Quellen des römischen Recht* (berarb. von E. SECKEL), Jena, 1926⁹, sv. *Diaeta*, 144.

³² Cfr. Paul. Sent. 3,6,31 *Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagaverit aut ruina perierit, licet postea restitatur* [L'usufrutto si estingue per mutazione della cosa, <come ad esempio> se una casa legata <in usufrutto> sia andata bruciata per un incendio o distrutta per un crollo, anche se successivamente sia stata ricostruita].

legato ed *ergo* non esisterebbe più nemmeno la causa costitutiva del diritto di usufrutto, che non sarebbe così mai sorto.

Ma i giuristi romani non ragionano così.

La sensibilità critica e l'acume esegetico di un grande Studioso lo hanno dimostrato in maniera chiarissima; il risultato di quella ricerche può essere, allora, condensato in una frase: «(...) i giureconsulti parlano promiscuamente dell'usufrutto già costituito o del legato di usufrutto; ma in quanto si tratta di mutamenti obiettivi, quali quelli ricordati, che involgono il concetto dell'*uti frui* secondo la destinazione della cosa, essi si applicano sia all'uno che all'altro caso»³³.

8. Solo poche parole al termine di questa rapida e 'rapsodica' disamina che, come obiettivo primario si è posto quello, invero assai limitato, di (ri)aprire un dibattito con i Colleghi di diritto positivo e di sottoporre alla loro attenzione problemi e 'soluzioni', affrontati e proposte da taluni giuristi romani, in tema di trasferimento *mortis causa* di beni produttivi.

È fin troppo chiaro che il quadro qui presentato sia assolutamente parziale e frammentario. È, però, – almeno spero – almeno sufficiente a costituire una 'provocazione': vale a dire, uno strumento potenzialmente idoneo (o, forse, necessario) a (ri)avviare una discussione. Una discussione

³³ G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958², 382.

senza preconetti o barriere disciplinari, che sappia coniugare la sensibilità storico giuridica del romanista con l'attenzione al continuo e rapidissimo mutamento normativo e giurisprudenziale del giurista positivo.

Mi piace, allora, concludere prendendo ad esempio (non mi sembrano affatto di monito) ancora le parole di Giuseppe Grosso, così piene di equilibrio e cariche di esperienza: «(...) effettivamente noi non possiamo studiare il diritto romano come lo studiavano i Romani; guai se venisse fuori, risuscitato, un giurista romano a leggere quello che scriviamo noi sul diritto romano! Noi il diritto romano lo vediamo da storici; da storici conosciamo anche le formazioni del diritto di oggi, e possediamo tutta una mentalità giuridica che si è formata, sia pure talvolta deformando il diritto romano, ma che è venuta fuori da una tradizione che è una tradizione romana»³⁴.

ABSTRACT

Nelle fonti giuridiche romane è possibile rinvenire elementi che testimoniano una tensione interpretativa, orientata a sciogliere l'ambiguità di disposizioni testamentarie, oscillanti tra i poli del 'legato di azienda' da un lato e del 'legato di beni

³⁴ G. GROSSO, *La concretezza della giurisprudenza romana*, in *Index 5* (1974) 30-35 (= *Scritti storico giuridici*, I. *Storia diritto società*, Torino, 2000, 982-987; la citazione è a p. 983).

aziendali' dall'altro. In questo senso, in primo luogo, traspare – in larga misura, grazie all'attività sistematizzante dei commissari giustiniani – la pregnanza semantica della locuzione *taberna instructa* che, pur con l'indispensabile elasticità concettuale, appare senz'altro comparabile con la moderna nozione di 'azienda'. Assolutamente rilevanti, inoltre, per la finalità sopra segnalata, si rivelano le discussioni giurisprudenziali a proposito di taluni 'indicatori', utili a meglio definire la volontà testamentaria, espressa nel legato: la precisazione del *nomen negotiationis*; la specifica indicazione dei *loci instrumenta*; la menzione dei *servi institutores* contribuiscono, infatti, a ricondurre o ad escludere la disposizione dall'ampia, ma pur sempre circoscritta, categoria del 'legato d'azienda'.

In Roman juridical sources is possible to find elements that bears witness to interpretation's effort, oriented to dispel the ambiguity of dispositions by will, oscillating between the poles of 'company legacy' to one side, and 'company assets legacy' on the other. In this sense, first, shines – to a large extent, thanks to the systematizing work of Justinian – the meaningfulness of the term *taberna instructa*. Even with the necessary conceptual elasticity, it certainly appears his comparability with the modern notion of 'company'. Absolutely important, also, for the above indicated purposes, are certain 'markers', useful to better define the

testator's intention: the clarification of the *nomen negotiationis*; a specific indication of the *loci instrumenta*; the mention of the *servi institores* contribute, in fact, to bring in or rule out the disposition by will from the broad, but still limited, category of 'company legacy'.

MASSIMILIANO VINCI

Prof. Associato di diritto romano e diritti dell'antichità

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

e-mail: vinci@juris.uniroma2.it