

CHRISTIAN BALDUS

I concetti di *res* in Gaio tra linguaggio
pragmatico e sistema:
il commentario all'editto del *praetor urbanus*

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio.	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i>	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i>	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res</i> <i>incorporales</i>	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i>	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano.	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i>	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117.	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes.	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano.	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i>	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i>)	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale.	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i>	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i>	705

GAIO: PROFILI CONCETTUALI
E MODELLI DIDATTICI

Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca
(Palermo, 20 marzo 2012)

CHRISTIAN BALDUS*

I concetti di *res* in Gaio tra linguaggio
pragmatico e sistema:
il commentario all'editto del *praetor urbanus*

ABSTRACT

The famous distinction between *res corporales* and *res incorporales* as used in Gaius' *Institutiones* is frequently regarded as being a merely didactical tool without greater practical importance. An analysis of the author's other works, here carried out to some extent for the commentary *ad edictum provinciale*, seems to back this view. However, a definite answer could be given only on the basis of further inquiry and in the light of a reassessed chronology of Gaius' works. Likewise, some methodological questions are still unresolved. In the long run, the same material could also turn out to be helpful in another context: it is still unclear if there were specific changes in the legal perception of objects in the 2nd century AD. Comparing Gaius with coeval writers, the evolution of Roman practice and doctrine could be described in detail.

PAROLE CHIAVE

Res corporalis, res incorporalis; commentarii ad edictum; didattica e metodologia; oggetti del diritto; tassonomia.

* Dr. iur. (Colonia), Ordinario di diritto civile e diritto romano, Ruperto Carola, Heidelberg; Visiting Professor, Università degli Studi di Trento. L'argomento è stato oggetto di presentazioni e discussioni, nei relativi corsi di dottorato, a Palermo il 20 marzo, a Siena il 5 maggio 2012. La forma orale e didattica è stata mantenuta. La bibliografia su Gaio fino a T. HONORÉ, *Gaius*, Oxford 1962, è rinvenibile mediante tale monografia nonché le altre opere citate *infra*. Ringrazio per il cortese invito a Palermo il collega Giuseppe Falcone; per quello a Siena il collega Emanuele Stolff; per ricerche e osservazioni critiche la mia assistente, Mestre em Direito Vivianne Geraldés Ferreira; per la lettura definitiva del testo destinato alla pubblicazione il collega Mario Varvaro. – La responsabilità per i restanti difetti del testo è ovviamente mia.

SOMMARIO. 1. Introduzione. 1.1. Le *summae divisiones* del Gaio istituzionale. 1.2. Contestualizzare la *summa divisio rerum*. 2. Lo "schema gaiano". 2.1. Tradizione romanistica. 2.2. Interpretazioni romanistiche: la figura di Gaio. 3. Fonti su *res*, (*in*)*corporalis*, *res* (*in*)*corporalis*: prospettive di ricerca. 3.1. Osservazioni metodologiche. 3.1.1. Quello che c'è e quello che manca. 3.1.2. Un *corpus* non unitario: spunto per un'ipotesi. 3.1.3. I c.d. tipi d'opere (*Werktypen*). 3.1.4. Contare le parole? 3.2. *Institutiones* e *Res cottidianae*. 3.2.1. *Institutiones*: la portata della distinzione. 3.2.2. Le ragioni: tassonomia pura o logica negoziale? 3.2.3. *Res cottidianae*: la svolta? 3.2.4. Una riserva. 3.3. Commenti. 3.3.1. *ad edictum praetoris urbani*. 3.3.2. *ad edictum provinciale*. 3.3.3. *ad legem duodecim tabularum*. d. *ad legem Iuliam et Papiam*. 3.4. Altre opere. 4. Esempio: Cenni analitici e sistematici sul commentario *ad edictum praetoris urbani*. 4.1. *Res* nel senso di cosa (corporeale) singola. 4.1.1. *Res* e *hereditas* nell'editto *si quis omnia causa testamenti*. 4.1.2. *Res* legata. 4.1.3. *Res* dotale. 4.1.4. Altri. 4.2. *Res* in sensi potenzialmente complessi. 4.2.1. Ambiguità testamentarie. 4.2.2. Ambiguità in materia di libertà. 4.2.3. Legati. 4.2.4. *Rei persecutio*. 4.3. *Res* in sensi diversi da cosa (corporeale) singola. 4.4. Dove sono le *res* incorporeali? 5. Diretrici di ricerca. 5.1. Autori coevi a confronto. 5.1.1. Giuliano. 5.1.2. Africano. 5.1.3. Pomponio. 5.1.4. Cervidio Scevola. 5.2. Approfondimenti teorici. 6. Sintesi e prospettive. 6.1. Una *hochklassische Objektsdogmatik*? 6.2. Elementi per l'immagine di Gaio?

1. Introduzione

1.1. Le *summae divisiones* del Gaio istituzionale

Su Gaio è stato detto e scritto tutto e il contrario di tutto. Eppure questo giurista continua a rimanere misterioso. Lo scopo di questa conferenza non è quello di proporre una nuova chiave di lettura. Al contrario, cerca di concretizzare una domanda classica.

Se consideriamo che l'elemento che ha lasciato più tracce di tutta l'opera gaiana in assoluto è la sistematica delle Istituzioni;¹ e che l'impatto di tale sistematica sull'epoca stessa di Gaio è difficile da misurare;² in relazione al punto che ci occuperà oggi concretamente ci

¹ Cfr. per le *obligationes* il contributo classico di F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni "res corporales - res incorporales" e "res nec mancipi - res mancipi" nella sistematica gaiana*, in F. BONA ET AL., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 407-454; e da ultimo G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI-M. F. CURSI (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010), Napoli 2011, 17-51.

² Tradizionalmente, il giudizio è molto scettico; in questo senso v. anche R. QUADRATO, *Il messaggio di Gaio: diligentius requiremus*, in ID., *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, IX-XXXV (spec. IX ss.).

si può chiedere: la teoria delle *res incorporales* è rimasta teoria pura, o è diventata diritto applicato nella prassi?

Cercheremo, per una delle tre principali *divisiones rerum* gaiane³ e per una delle altre opere, il commentario *ad edictum praetoris urbani*,⁴ di stabilire indizi per tale impatto; il che presuppone una riflessione metodologica sugli strumenti e sulla ragionevolezza di siffatta impresa.

Due aspetti linguistici meritano un *caveat* iniziale: innanzitutto è ovvio che la polisemia del termine *res* limita ogni tentativo di trarre conseguenze dal lessico concretamente rinvenibile in un dato autore. In secondo luogo, per chi scrive i problemi delle fonti non si presentano, in prima linea, sotto forma interpolazionistica: se è vero che taluni quesiti si potrebbero sollevare in materia, pur sempre anche un approccio moderato, non ingenuo,⁵ individuerà pochi indizi (linguistici o sostanziali) che sposterebbero il discorso su questo piano.

1.2. Contestualizzare la *summa divisio rerum*

Per la posterità fra le *summae divisiones rerum* gaiane quella che conta di più è quella tra cose corporali e incorporali;⁶ e già per Gaio stesso questa presentava forse il più alto valore almeno a livello tassonomico. Analizzeremo dunque il rapporto fra la presentazione sistematica di siffatta *divisio* e i casi di possibile applicazione: prima

³ Cfr. Gai 2.2; 2.12; 2.14a. Gaio non le chiama *summae* tutte e tre (bensì solo la prima), ma già con le parole *praeterea* risp. *alia* lascia intendere che non si tratta di suddivisioni della *diairesis* tra *res divini* e *res humani iuris*. Lo stesso Gaio mette diversamente in rapporto fra di loro le categorie in Gai 2.17. Cfr. CHR. BALDUS, *Res incorporales im römischen Recht*, in S. LEIBLE-M. LEHMANN-H. ZECH (a cura di), *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*, Tübingen 2011, 7-31 (spec. 17 ss.). (Due errori di stampa a pag. 19: in l. 9 “Gai. 4,5”, *recte* 4,3; in nt. 42 “Gai. 3,82”, *recte* 3,83.) Si noti che Gaio esprime ancora diversamente il coordinamento tra corporalità delle cose e qualità delle *res divini iuris* in D. 41.3.9 (Gai. 4 *ad ed. prov.*). Per una raffigurazione diacronica cfr. CHR. BECKER, *Die „res“ bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht*, Köln et al. 1999.

⁴ B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio “ad edictum praetoris urbani”*, Milano 1975.

⁵ Sullo stato del dibattito v. M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale* (Atti del Convegno Trento 2007), Trento 2011.

⁶ La patrimonialità (e non) dei diritti, diventata problema-cardine nel diritto moderno (specie nei diritti di matrice francese), potrebbe essere stata per Gaio una questione preliminare senza effetti immediati sull'oggetto delle seguenti analisi. Il punto sarebbe certamente da approfondire.

nelle *Institutiones* e nelle *Res cottidianae*, poi in altri testi appositamente scelti in questa prospettiva. Tale scelta costituisce il principale nodo problematico a livello metodologico, e in un seminario per dottorandi mi pare legittimo sottolineare specificamente tale aspetto.

2. Lo “schema gaiano”

2.1. Tradizione romanistica

La fortuna dello schema detto ‘gaiano’ ha inizio con Giustiniano; e comincia a spiegare tutti i suoi effetti con le istanze sistematiche dell’Umanesimo giuridico. Il codice che poi trasporta gli esiti di 1500 anni di riflessione sulla tripartizione *personae-res-actiones* nel mondo del diritto positivo è il codice guida di tutto l’Ottocento: il *Code civil* francese. Con questa legge e nei suoi termini lo schema gaiano s’iscrive definitivamente nella coscienza collettiva dei giuristi.

Nei suoi termini vuol dire: non con le funzioni specifiche dell’*actio* romana, ma separato, come sistema, dai nuovi codici di procedura civile. In tale sistema troviamo l’obbligazione al terzo posto sistematico nel diritto sostanziale. Mentre Gaio ubicava l’*actio* in senso processuale, i legislatori dell’Ottocento fanno seguire alla proprietà le obbligazioni. In altre parole: quando lo schema gaiano arriva nel codice, è già venuto meno il bisogno di sistemare l’obbligazione sotto il tetto delle *res (incorporales)*.⁷

Ma erano stati appunto tale bisogno e tale soluzione che avevano costituito la novità dell’impalcatura gaiana: l’invenzione della *res incorporalis* si spiega in chiave tassonomica perché permetteva di inquadrare l’obbligazione in uno schema tripartito, didatticamente utile, al livello della manualistica greca.⁸ In altre parole: l’organizzazione sistematica della *res* era in certo qual modo funzionale a quella dell’*obligatio*, sempre secondo le necessità avvertite dagli antichi.⁹ Nel

⁷ Per una descrizione di tale processo v. H. KAUFMANN, *Zur Geschichte des aktienrechtlichen Denkens*, in JZ 19, 1964, 482-489.

⁸ Cfr. F. BONA, *Coordinamento*, cit. (nt. 1), 431 s.

⁹ La possibile esistenza di antecedenti filosofici (specie in Seneca) non contraddirebbe tale visuale. Più avanzata si presenta la ipotesi (discussa nel seminario palermitano) secondo la quale lo stesso Seneca potrebbe rifarsi a testi o concetti giuridici del I secolo

momento moderno in cui l'emancipazione della procedura aveva liberato il diritto civile dal bisogno di ubicare da qualche parte l'azione, lo schema cambiava la propria struttura e i propri contenuti.

Se vogliamo capire l'economia interna dell'opera gaiana, dobbiamo dunque cercare di liberarci completamente dalla prospettiva moderna. Dobbiamo innanzitutto prendere sul serio il problema innato dell'esperienza romana, non risolto prima di Gaio: il luogo sistematico dell'obbligazione, oggetto di altri recenti contributi.¹⁰

2. Interpretazioni romanistiche: la figura di Gaio

Non possiamo qui ripercorrere tutto l'*iter* del dibattito romanistico.¹¹ Si svolge essenzialmente tra due estremi: Gaio meramente didatta, che appiattisce il diritto esistente, e Gaio colto, genio all'altezza dei suoi tempi ma non seguito da tutti.¹² La struttura delle Istituzioni¹³ in specie pare far trasparire una "contemporaneità dell'incontemporaneo".¹⁴

Il problema è costituito dal fatto che non disponiamo, nelle fonti, di solide basi per verificare un dialogo tra Gaio e i suoi contemporanei.¹⁵ E non mancano indizi per un vero interesse pratico

d.C., e cioè a un possibile archetipo (anche) di Gaio. Tale linea non potrà essere seguita in questa sede.

¹⁰ G. FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", Torino 2003; ID., *Sistematiche*, cit. (nt. 1); J. PARICIO, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor 2008, trad. ted.: *Der Vertrag – eine Begriffsbildung*, in F. J. ANDRÉS SANTOS-CHR. BALDUS-H. DEDEK (a cura di), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011, 12-39 e 41-44.

¹¹ Gran parte delle posizioni oggi (e ieri) presenti trova riscontro nei saggi su Gaio raccolti da R. QUADRATO, *Gaius dixit*, cit. (nt. 2).

¹² Introduzione al dibattito in E. STOLFI, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano 2001, 29-35.

¹³ Non possiamo approfondire in questa sede quanto discusso al seminario qui documentato: l'opportunità (o meno) di cercare, invece di un modello sistematico delle Istituzioni nel loro complesso, possibili radici di singole strutture *per argumenta* nella giurisprudenza del I secolo d.C.

¹⁴ Sulla locuzione e sulle sue problematiche v. adesso A. LANDWEHR, *Von der „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“*, in HZ 295, 2012, 1-34.

¹⁵ Sul "gaiocentrismo" in certi ambienti romanistici v. M. AVENARIUS, *Das „gaiozentrische“ Bild vom Recht der klassischen Zeit. Die Wahrnehmung der Gaius-Institutionen unter dem Einfluß von Vorverständnis, zirkulärem Verstehen und*

di Gaio.¹⁶ Sappiamo che lui ha preso in considerazione la tradizione esistente (lascio da parte la questione se Gaio sia da ascrivere a una scuola o meno).¹⁷ Ma non sappiamo delle eventuali reazioni da parte degli altri giuristi.

Tuttavia, sarebbe troppo grossolano chiamare semplicemente “pratici” gli altri giuristi e “didatta” Gaio. Ogni giurista romano apparteneva a una tradizione scientifica, arricchendola con i suoi pareri ed eventualmente i suoi scritti; e di Gaio abbiamo anche un numero cospicuo di fonti non istituzionali. Anche lui fa parte del *ius controversum*.¹⁸

E poi dobbiamo alla recente ricerca sulle *obligationes* una prospettiva importante: Gaio forse non definisce tutto il definibile. Lavora piuttosto in funzione degli effetti giuridici concretamente in questione.¹⁹ L’innegabile interesse tassonomico di Gaio, tanto importante per la posterità, era inserito per lo stesso maestro antonino, a quanto pare, in una prospettiva non solamente teorica.

Se vogliamo avere un’idea concreta dei rapporti fra “Gaio didatta” e il diritto romano applicato nella prassi, dobbiamo cominciare dalle altre opere di Gaio stesso; il che richiede però qualche riflessione preliminare. Parlando di monografie, di tesi di dottorato in specie, l’obiettivo potrebbe essere una ricognizione possibilmente completa di un giurista (eccezion fatta di *corpora* troppo vasti, come nel caso di Ulpiano). Tuttavia, sarebbe da chiedersi in quale ordine conviene studiare le fonti. Altro discorso vale per chi, invece, voglia scrivere

Überlieferungszufall, in ID. (a cura di), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden 2008, 97-131.

¹⁶ G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 29 e *passim*, nonché in questo volume.

¹⁷ Sul punto v. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Torino 2009, 793. Sulla percezione (*ex post*) delle scuole v. M. AVENARIUS, *Sabinus und Cassius. Die Konstituierung der sabinianischen Schultradition in der Retrospektive und ihre vermuteten „Gründer“ im Wandel der Wahrnehmung*, in K. MUSCHELER (a cura di), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 33-55 (spec. 34-41).

¹⁸ Sul quale v. M. BRETONE, “*Ius controversum*” nella giurisprudenza classica (Atti dell’Accademia nazionale dei Lincei), Roma 2008 (pubbl. 2009), cui *adde* J. PARICIO, *Notas sobre el ius controversum en la jurisprudencia romana*, in SCDR 22, 2009, 543-553; e M. BRUTTI, in questo volume. Scetticamente: T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main 2007, 215.

¹⁹ G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 36 s.

solo un articolo (o trattare monograficamente un'altra questione, solo puntualmente connessa con la "natura" di una data opera; o studiare il "profilo" di un dato giureconsulto). Bisogna limitare il campo d'indagine.

Così nel nostro caso: se vogliamo esplorare la possibile portata della distinzione, dobbiamo selezionare qualche opera.

3. Fonti su *res*, (*in*)*corporalis*, *res* (*in*)*corporalis*: prospettive di ricerca

3.1. Osservazioni metodologiche

3.1.1. Quello che c'è e quello che manca

A monte si presentano due problemi connessi con la lacunosità dei testi. Se cerchiamo una figura giuridica – qui l'organizzazione delle *res* in corporali e incorporali –, corriamo in primo luogo il rischio che sia stata discussa in fonti che non sono sopravvissute. Sarebbe gratuito postulare *ex lacuna* un ruolo chiave delle *res incorporales* anche fuori dal manuale accennando alla migliore conservazione del Gaio veronese rispetto al Digesto, ma rimane pur sempre vero che delle altre opere si è conservato molto di meno.

In secondo luogo, cercare una figura giuridica ha per così dire un lato positivo e uno negativo. L'autore può aver discusso in positivo la figura; ma può anche aver omesso tale discussione laddove sarebbe stato logico affrontarla. Se il concetto ricercato non compare bisogna chiedersi il perché di tale assenza. È dunque necessario cercare luoghi dove si parli della figura in parola; ma bisogna anche chiedersi: se la figura ha la portata che ipotizziamo, ci sono forse fonti in cui non se ne parla benché fosse stato logico affrontarla? Concretamente: se Gaio costruisce la nozione di *res incorporalis*, abbiamo fonti che non ne parlano benché fosse stato possibile o addirittura palese risolvere i problemi trattati nella fonte con siffatta categoria? A questo punto la seconda osservazione si intreccia con la prima: una volta trovati luoghi ove sentiamo la mancanza della *res incorporalis* come categoria, diventano possibili anche conclusioni sulla base di testi lacunosi. Non è questa, tuttavia, la sede per compiere un ulteriore passo in tale direzione.

3.1.2. Un *corpus* non unitario: spunti per un'ipotesi

Ci siamo liberati, almeno a livello superficiale, del presupposto della “fungibilità” dei giuristi romani.²⁰ Due fonti, scritte da due giuristi diversi, non devono essere necessariamente conciliabili: bisogna distinguere tra effetti unificanti del “sistema interno”²¹ e divergenze anche organiche: di nuovo il tema del *ius controversum*. Ma anche all'interno della produzione di un giurista vi possono essere divergenze e sviluppi.

Per Gaio è stato autorevolmente sostenuto uno sviluppo non solo temporale ma anche contenutistico, verso soluzioni più meditate o comunque avanzate, dal commentario *ad edictum praetoris urbani*, passando per le Istituzioni, al commentario *ad edictum provinciale*.²² La tesi potrebbe essere messa in dubbio. Alla base si trova, fra l'altro, il difficile problema di come interpretare Gai 1.188: le parole ‘*hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione*’ si devono riferire necessariamente al commentario all'editto del pretore urbano?²³ Anche l'asserzione che, a livello contenutistico, sia dimostrabile uno sviluppo nel pensiero gaiano verso posizioni più meditate e articolate nel commentario all'editto provinciale ha incontrato dure critiche.²⁴ Questi presupposti sono di cardinale importanza, e il dibattito, nato tempo fa, nientedimeno pare non aver raggiunto uno stadio di

²⁰ Stato del dibattito in CHR. BALDUS-M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI-E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der Juristen / Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani* (Atti del Convegno Montepulciano 14-17 giugno 2011), Trento 2012. Cfr. M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*⁴, Roma-Bari 1999, 183.

²¹ La poliedrica espressione è trattata e applicata al giurista Cervidio Scevola in una tesi di dottorato heidelbergense di prossima pubblicazione.

²² B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 39. Cfr. R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano 1969, 103-128 (spec. 120 ss.).

²³ Così la tesi di B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 12 ss. Ne dubitavano i recensori: cautamente R. BONINI, in AG 190, 1976, 147-156 (spec. 151 s.), più decisamente R. MARTINI, Rec. a B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio “ad edictum praetoris urbani”*, Milano 1975, in Iura 26, 1975, 203-209 (204 s.). *Contra* anche D. LIEBS, § 426 (Gaius), in K. SALLMANN (a cura di), *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur. 117 bis 284 n. Chr. Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, 4, München 1997, 189-195 (spec. 190 e ivi nt. 3.).

²⁴ R. MARTINI, Rec. a B. SANTALUCIA, cit. nella nt. precedente, 206 ss.

maturazione sufficiente per poterne trarre conclusioni sicure. Cercheremo a ogni modo di evitare la vecchia *crux* se sia esistito un editto provinciale come *corpus* distinto da quello urbano.²⁵

Noi utilizzeremo la tesi menzionata come ipotesi: se le Istituzioni presuppongono quanto scritto nel commentario all'editto urbano (di cui, com'è noto, possediamo solo pochi squarci di non indubbia fortuna)²⁶ e se l'editto provinciale è stato, a sua volta, commentato ancora più tardi da un Gaio già maturo, quest'ultima opera di cui possediamo una massa cospicua di brani che sono stati complessivamente tramandati in via indiretta dovrebbe rispecchiare la linea di sviluppo del pensiero gaiano. Se il maestro antonino ha davvero ascritto alla tassonomia istituzionale almeno un valore pratico aggiuntivo, forse non avrà avuto modo di eseguire completamente siffatta tassonomia nelle proprie *Institutiones*. Nel commentario all'editto provinciale, per converso, ci si dovrebbe aspettare una ripercussione del nuovo concetto di *res (in)corporalis* – o, viceversa, dell'abbandono di tale concetto da parte dello stesso Gaio.

Se l'ipotesi appena formulata è corretta, una lettura degli scritti menzionati nell'ordine cronologico dovrebbe rivelare possibili sviluppi nel pensiero gaiano. L'analisi di altre opere, sempre nell'ordine cronologico (in quanto da determinare) e in vista di eventuali finalità specifiche di tali opere potrebbe confermare l'ipotesi o rimetterla in discussione.

3.1.3. I c.d. tipi d'opere (*Werktypen*)

Essendo tutt'altro che chiara la cronologia delle opere gaiane (e non insignificante il loro rispettivo taglio), viene naturale ordinare le opere da analizzare secondo criteri strutturali.

Non possiamo però partire da assunti non provati sul “carattere” di

²⁵ Fra l'altro ne dubita, com'è noto, R. MARTINI, *Ricerche*, cit. (nt. 22).

²⁶ Per B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 49, i dati in nostro possesso si spiegano come frutto di una tradizione postclassica di elementi scelti dell'opera sotto forma monografica (v. subito nel testo principale): perché altre opere sull'*edictum urbicum* avrebbero reso poco interessante l'uso del testo gaiano (mentre il suo commentario *ad edictum provinciale* avrebbe conservato una sua utilità teorica e forse anche pratica).

un'opera. Tendiamo tutti, sotto l'influenza di Fritz Schulz,²⁷ a ragionare in termini di *Werktypen*.²⁸ La parola, com'è noto, è intraducibile in italiano: l'espressione "tipi d'opera" riesce a dare un'idea di massima, ma forse non rende la plasticità euristica del concetto tedesco. Il felice quanto pericoloso conio di Schulz trasporta l'idea quasi ontologica di una "natura" dell'opera da cui trarre strumenti d'indagine – assieme alle insidie, alla pericolosa comodità e ambiguità di ogni "tipologia".²⁹ L'uso del *Werktyp* come elemento stabile nell'esegesi delle fonti (in realtà abbastanza frequente) può dunque trarre in inganno.³⁰ Viceversa, è l'analisi esegetica che ci informa sui tratti essenziali dell'opera: strada intrapresa con le varie *Werkmonographien* di stampo italiano o tedesco e con la ricerca dell'individualità storica dei singoli giuristi.³¹ Siamo dunque in presenza di un movimento scientifico inverso rispetto alla linea tracciata da Schulz: la sua *Werktypenlehre* era diretta contro il "biografismo" del suo tempo.

Per Gaio (come pure per altri giuristi),³² si presenta l'ulteriore problema di un rapporto "tipologico" tra il commentario *ad edictum praetoris urbani* e le fonti che ci sono state tramandate sotto forma di monografia (si tratta di pochi brani per opera): vari indizi convergono verso l'ipotesi – benché tutt'altro che pacifica – che in tempi postclassici il commentario sia stato ripubblicato per parti.³³

²⁷ Segnatamente della sua *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946 (= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961; la versione originale e aggiornata secondo la traduzione inglese), specialmente parte III, cap. IV (pp. 141-257 ingl., 166-331 ted.). La storia di tale influenza attende ancora di essere scritta.

²⁸ L'ultima (e rimeditata) applicazione sistematica si trova nella disposizione del *HLL*: K. SALLMANN (a cura di), *Die Literatur des Umbruchs*, cit. (nt. 22); R. HERZOG (a cura di), *Restauration und Erneuerung. Die lateinische Literatur von 284 bis 374 n. Chr. Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, 5, München 1989.

²⁹ F. J. ANDRÉS SANTOS, *Einleitung*, in F. J. ANDRÉS SANTOS-CHR. BALDUS-H. DEDEK, *Vertragstypen*, cit. (nt. 10), 1-9.

³⁰ Per una più completa trattazione devo rinviare, per ora genericamente, a un progetto dell'*Universidad Complutense de Madrid*.

³¹ Cfr. di nuovo gli *Atti Montepulciano*, cit. (nt. 20).

³² B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 50 s.; cauta su questo punto si presenta la recensione di R. BONINI, cit. (n. 23), 153; critica abbastanza accentuata in R. MARTINI, cit. (nt. 23), 209.

³³ Cfr. B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 49 s. e 208.

Nondimeno, l'impressione "tipologica" di un'opera può guidare un primo approccio, se resta uno strumento meramente euristico cui si accompagni il necessario dubbio metodologico.

3.1.4. Contare le parole?

Prima di entrare negli *specimina*, rimane un punto da chiarire. Giova, in analisi del genere e nonostante quanto detto su "quello che manca", sempre contare: contare le parole. Non è insignificante, neanche alla luce della lacunosità delle fonti in nostro possesso (che rende insidioso l'approccio statistico), contare la frequenza di determinate parole in certi testi: se non altro, per allargare e approfondire lo sguardo.

Sarebbe da fare per l'intero *corpus* gaiano. E una volta selezionata un'opera anche secondo la frequenza di certe parole, vi sarebbe ovviamente la somiglianza almeno esteriore con quella che cent'anni fa veniva chiamata *Wortmonographie*. Tale tipo di studi è caduto sotto *damnatio memoriae* scientifica a causa di certi eccessi interpolati zionistici, incarnati per esempio da Beseler. Ma senza cadere in tali eccessi e senza la pretesa di trovare necessariamente realtà giuridiche uniformi dietro una parola, l'approccio concettuale è di gran lunga preferibile a un approccio che parta, coscientemente o, peggio, spensieratamente, dalle ricostruzioni altrui. E purtroppo i condizionamenti costruttivi operati dall'Ottocento sono sempre presenti nella ricerca e nell'insegnamento.³⁴ Sono condizionamenti inevitabili, in quanto pietrificati, per così dire, nei codici che abbiamo studiato durante la nostra formazione di giuristi e che applichiamo. Nondimeno, il loro impatto si può ridurre partendo da fonti singole e operando con metodo esegetico.³⁵

Tutto ciò non potrà che essere tentato, accennato, sfiorato in questa sede. Tuttavia, qualche spunto si potrebbe indicare.

³⁴ Per il nostro autore cfr. M. AVENARIUS, *L'autentico' Gaio e la scoperta del Codice Veronese. La percezione delle Institutiones sotto l'influsso della Scuola Storica*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 2009, 9-36 = *Rivista Storica dell'Antichità* 38, 2008 (pubbl. 2009), 177-197.

³⁵ Per un inquadramento metodologico v. CHR. BALDUS, *La palabra en los tiempos del cólera. Wortmonographie, Textkritik und Individualforschung*, in E. STOLFI (a cura di), *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano 2008, 145-156.

Cominciamo con le stesse Istituzioni (e qui mi permetto di sintetizzare quanto discusso in altra sede).³⁶ Dopo bisogna procedere con le *Res cottidianae*, tenendo conto dei noti paralleli con le Istituzioni.³⁷ Ma appunto perché tali paralleli rimangono per certi versi enigmatici,³⁸ sarà ineludibile come punto di paragone il commentario all'editto, tanto quello all'editto del pretore urbano,³⁹ secondo la nostra ipotesi anteriore alle Istituzioni, quanto quello all'editto provinciale, possibilmente meno risalente.

3.2. *Institutiones* e *Res cottidianae*

3.2.1. *Institutiones*: la portata della distinzione

È noto che le stesse Istituzioni contengono almeno un'applicazione pratica della categoria '*res incorporales*': *possessio* e, di conseguenza, istituti a base possessoria come *traditio* e (come possiamo ricavare induttivamente) *usucapio* sono limitati alle sole cose corporali.⁴⁰ Qui incontriamo (anche al di là del testo isagogico gaiano) problemi nel campo delle servitù.⁴¹ Può essere altrettanto connesso con l'usucapione il ruolo della qualifica come "corporale" nella contrapposizione tra *hereditas* e *corpora hereditaria*:⁴² il noto *iter* del diritto romano quanto

³⁶ CHR. BALDUS, *Res incorporales*, cit. (nt. 3).

³⁷ Cfr. R. MARTINI, in questo volume, 171 ss.

³⁸ V. (con bibl., rispettivamente) J. PARICIO, *Contrato*, cit. (nt. 10), 92 s: rielaborazione delle Istituzioni forse posteriore a Gaio. Recentemente per la linea conservatrice (paternità gaiana anche delle *Res cottidianae*, comunque scritte dopo le Istituzioni) G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 17 ss. La questione è lungi dall'essere risolta, come ha provato anche la discussione al seminario palermitano.

³⁹ Cfr. l'analisi monografica di B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4).

⁴⁰ Per tutti v. M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 102. Per una recente interpretazione dei relativi brani gaiani v. G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 31 ss.: l'interesse di Gaio sembra rivolto precipuamente alla pratica negoziale.

⁴¹ Cfr., *inter alia*, Gai 2,28; nel Digesto per es. D. 41.3.9 (Gai. 4 ed. prov.); D. 8.1.14 pr. (Paul. 15. Sab.). Bibliografia in CHR. BALDUS, *Res incorporales*, cit. (nt. 3), 9, 13-16.

⁴² Cfr. Gai 2.54; sul problema in altri giuristi v. CHR. BALDUS, *Res incorporales* cit., (nt. 3), 12.

ai requisiti della *usucapio pro herede*.⁴³

Ma le applicazioni pratiche finiscono qui, per quanto riguarda le Istituzioni. In tutti gli altri importanti campi dell'acquisto della proprietà e delle *actiones* il discorso non è più organizzato intorno al binomio *corporalis/incorporalis*. Altre locuzioni prendono il loro posto: così *ius/res corporalis*;⁴⁴ e la *pecunia* appare una volta come esempio di una cosa corporale,⁴⁵ poi invece in contrapposizione alla *res aestimata*.⁴⁶

Non occorre qui ripercorrere tutti gli usi di *res* nelle Istituzioni: risulta già evidente dall'impiego di *corpus/corporalis* una certa disinvoltura del giurista antoniniano nel fare ricorso alla propria terminologia. Osserviamo un fenomeno quanto meno vistoso: lo stesso Gaio non usa sistematicamente la propria *divisio*. Da voce autorevole è stato sottolineato che certi cenni a una valenza sistematica si possano trovare;⁴⁷ ma rimangono pur sempre cenni.

3.2.2. Le ragioni: tassonomia pura o logica negoziale?

La ragione di ciò può forse essere scorta, come si è detto, nel fatto che tale *divisio* serviva in prima linea a Gaio più per organizzare la materia che non per spiegare conseguenze giuridiche *in concreto*; forse essa non poteva imporsi nella prassi appunto per causa delle sue (probabili) radici filosofiche.⁴⁸

⁴³ Cfr. F. J. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real e patrimonios especiales en el derecho romano clásico*, Valladolid 1997, 46-54.

⁴⁴ Gai 4.5.

⁴⁵ Gai 2.14.

⁴⁶ Gai 4.48. Cfr. per altri autori CHR. BALDUS, *Res incorporales*, cit., (nt. 3), 22-25.

⁴⁷ M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit. (nt. 17), 260 ss.

⁴⁸ F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, in SZ 70, 1953, 93-126 (121); cfr. CHR. BALDUS, *Res incorporales*, cit. (nt. 3), 27. Il dibattito attuale tocca il saggio appena menzionato solo di rado; ma v. L. WINKEL, *Franz Wieacker. Romanist und Rechtshistoriker – zwei Seelen in einer Brust?*, in O. BEHREND-SCHUMANN (a cura di), *Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010, 213-221 (spec. 216). Sulle possibili radici retoriche cfr. CHR. BECKER, *Die „res“ bei Gaius*, cit. (nt. 3), 55-68.

3.2.3. *Res cottidianae*: la svolta?

Se aggiungiamo le *Res cottidianae*, troviamo un certo numero di fonti possibilmente pertinenti, non insignificanti rispetto alle dimensioni ridotte di quanto tramandatoci: 8 fonti secondo il conteggio della Palingenesi su 21 in totale, ma nessuna usa il binomio *res corporalis/incorporalis*. Le considereremo nell'ordine leneliano.

Il lungo frammento Pal. 491 (D. 41.1.1, 3, 5, 7, 9; nel Digesto concatenato con Flor. 6 *inst.*) tratta l'acquisto della proprietà *iure civili* risp. *iure gentium*.⁴⁹ Qui la parola *res* compare all'inizio del brano, passo programmatico in cui è stato visto un progresso rispetto alle Istituzioni: un'organizzazione del discorso orientata non più verso gli scopi negoziali, ma ormai verso le diverse sfere del *ius*.⁵⁰ È stato parimenti notato che, se tale interpretazione è esatta, bisogna porsi ulteriori interrogativi sulla sistematica gaiana nel suo insieme:⁵¹ tra siffatti interrogativi quello relativo alla possibilità che questo mutamento di criterio comporti “una diversa collocazione e diversi contenuti della trattazione sulle *res incorporales* o addirittura la scomparsa di una loro autonoma considerazione”.⁵² Infatti tali questioni sono inevitabili sulla base dell'assunto che il Gaio delle Istituzioni abbia perseguito anche altri scopi oltre alla tassonomia. Contemporaneamente, sono indicate a ricongiungere tale teoria con la classica linea che vede già nelle Istituzioni un impianto prevalentemente sistematizzante. È una questione che non possiamo risolvere in questa sede, ma che merita, come giustamente è stato sottolineato,⁵³ molta attenzione.

Nel prosieguo di D. 41.1 troviamo la *res* sempre⁵⁴ in relazione a cose (corporali): *tigna iuncta* da recuperare da un edificio usucapito

⁴⁹ Per alcuni problemi strutturali mi permetto il rinvio a CHR. BALDUS, *Iure gentium* acquirere. *Una duplex interpretatio in tema di acquisto della proprietà a titolo originario*, in SCDR 9-10, 1997-1998, 103-131.

⁵⁰ G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 49 s.

⁵¹ G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 50, nt. 66.

⁵² G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 50, nt. 66.

⁵³ G. FALCONE, *Sistematiche*, cit. (nt. 1), 50, nt. 66.

⁵⁴ A parte l'uso evidentemente non pertinente (*nec ad rem pertinet*) in D. 41.1.5.5.

(D. 41.1.7.11),⁵⁵ cose soggette a *traditio* (D. 41.1.9.3-4), comodato, locazione, deposito (D. 41.1.9.5) o gettate in mare da una nave per salvarla nel corso di una tempesta (D. 41.1.9.8). Si noti che nel caso del *tignum iunctum* la casa intera compare come *universitas*, in contrapposizione alle *singulae res, ex quibus constabat*: la medesima casa che, secondo il principio *superficies solo cedit*,⁵⁶ non è nemmeno da considerarsi *res* indipendente rispetto al suolo.

Identico risultato in Pal. 492, 493 (D. 41.3.36, 38): nel *principium* della prima fonte troviamo la cosa venduta, nel § 1 e nel secondo brano la *res hereditaria* (di cui si discute la possibilità di usucapione). La *hereditas* non compare come *res incorporalis*. Pal. 495 (D. 22.1.28) si riferisce ai frutti.⁵⁷ D. 44.7.1, fondamentale per la riorganizzazione delle obbligazioni nelle *Res cottidianae*, conosce almeno quattro usi di *res* (*obligatio re contracta*, cfr. anche Pal. 505, D. 44.7.4; *res commodata, deposita*, ecc.; *res sua; diligentia quam in suis*, cfr. anche Pal. 502, D. 17.2.72),⁵⁸ ma nessuno pertinente in relazione ai nostri scopi. Pal. 503 (D. 44.7.5.2) menziona la *res pupilli*. Da aggiungere alcuni usi atecnici (D. 44.7.5.2 e 4). In tutto questo nessuna struttura semantica permette di scorgere un valore sistematico o euristico della corporalità come concetto.

3.2.4. Una riserva

Fin qui il risultato pare deporre in favore della tesi della “svolta” fra Istituzioni e *Res cottidianae*.⁵⁹ Il che, però, presuppone che non ci siano indizi per tendenze divergenti in opere posteriori.

⁵⁵ Sulla fonte: F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, Milano 1988, 80 s.

⁵⁶ Sul quale cfr. J. P. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, in SZ 88, 1971, 136-183.

⁵⁷ Sulla fonte: R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, 249 ss. (e più volte). È escluso il *partus ancillae*. Cfr. R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in Iura 37, 1986, 1-33 (spec. 24 ss.), ora in ID., *Gaius dixit*, cit. (nt. 2), 1-35 (26 ss.); ID., *Hominum gratia*, in E. STOLFI (a cura di), *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2009, 273-288 (280), ora in ID., *Gaius dixit*, cit. (nt. 2), 397-414 *passim*; ID., *Gaio cristiano?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VI, Milano 2007, 325-361 (349 s.), ora in ID., *Gaius dixit*, cit. (nt. 2), 357-395 (383 s.).

⁵⁸ Cfr. G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, Trento 2008, 40 ss., 74 s.

⁵⁹ Premesso sempre che si ascrivono, come facciamo, tutte e due le opere a Gaio.

3.3. Commentari

3.3.1. *ad edictum praetoris urbani*

Il commentario *ad edictum praetoris urbani* sarà analizzato *infra* § 4. Sebbene non sia possibile un completo trattamento esegetico, se si riuscisse a individuare una possibile linea di congiunzione con le Istituzioni, si porrebbe la questione se nel commentario *ad edictum provinciale* si trovino davvero sviluppi ulteriori.

3.3.2. *ad edictum provinciale*

Trattandosi di ben 336 frammenti, non possiamo che rinviare siffatta impresa in dettaglio: per i brani che menzionano la *res* in contesti interessanti e per quelli che, magari, dovrebbero menzionare la *res incorporalis*. Si può dire, comunque, che alcune, benché pochissime, fonti contengono più o meno chiaramente echi terminologici della distinzione istituzionale.

Ciò avviene soprattutto nel caso di due fonti, D. 41.3.9 (Pal. 110) e D. 41.1.43.1 (Pal. 159), la prima molto vicina, la seconda quasi identica a quanto detto nelle Istituzioni:

D. 41.3.9 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus.*

D. 41.1.43.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.*⁶⁰

L'unica differenza sostanziale è l'aggiunta dell'usucapione – in due parole nella seconda fonte, con esempi riferiti a impedimenti giuridici nella prima. Si potrebbe dire che D. 41.3.9 costituisce una specie di fusione tra i risultati di due *divisiones*, quella tra *res divini et humani iuris* e quella tra *res corporales et incorporales*. La categoria superiore, in ogni caso, sarebbe quella della corporeità. Potremmo, in altre parole, leggere la fonte come un aggregato più complesso rispetto alle

⁶⁰ = Gai 2.28. Sulla fonte per es. CHR. BECKER, *Die „res“ bei Gaius*, cit. (nt. 3), 49 s.

divisiones istituzionali.⁶¹

Qui la nostra ipotesi di lavoro si trova di fronte a un problema serio: se Gaio mantiene in un'opera tarda l'approccio negoziale delle *Institutiones*, finanche sintetizzando due *divisiones* in una sola senza uscire dall'orientamento ai *negotia*, come si spiega che abbia abbandonato tale approccio nelle *Res cottidianae*?

L'ipotesi si potrebbe salvare solo se si cambiasse la cronologia. D'altra parte, se la stesura del commentario all'editto provinciale dovesse rivelarsi anteriore a quella delle *Res cottidianae* o persino a quella delle stesse Istituzioni, non si spiegherebbero più i vari sviluppi dottrinali fra queste opere.⁶²

Non possiamo sciogliere il dubbio in questa sede. Varrebbe la pena riconsiderare i detti (e forse solo immaginati) sviluppi dottrinali.

Meno ovvio è il rapporto con la distinzione tra corporale e incorporale di cui alle Istituzioni in D. 50.16.22 (Pal. 97) dove *corpus* pare significare un oggetto fisico della lite: *corpus* però, non *res corporalis*. Nella medesima direzione va D. 6.1.120 (Pal. 120); qui *corpus* distingue l'oggetto stesso della *rei vindicatio* dalla sua *causa*, cioè dalle regole su quello che oggi in Francia si chiama *compte de restitution*, in Germania *Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset*.⁶³ Sono cose fisiche anche i *singula corpora* di Pal. 238 (D. 18.1.35.5).

3.3.3. *ad legem duodecim tabularum*

Il commentario alle XII tavole⁶⁴ contiene qualche menzione atecnica⁶⁵ o

⁶¹ Il punto pare ovvio, ma merita comunque di essere esplicitamente menzionato.

⁶² Cfr. di nuovo B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 25-39.

⁶³ Cfr. *Münchener Kommentar zum BGB / CHR. BALDUS* (6^a ediz. München 2012), Vor § 985 num. 15, Vor § 987 num. 4.

⁶⁴ Sull'opera v. F. M. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII tavole*, Napoli 2003, 142-145 (sui criteri di selezione dei compilatori); O. DILIBERTO, *Una palingenesi 'aperta'*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, 217-238 (spec. 224-227).

⁶⁵ Pal. 418, D. 1.2.1.

qui non pertinente.⁶⁶ In quattro fonti la corporalità della *res* è palese.⁶⁷

3.3.4. *ad legem Iuliam et Papiam*

Più rivolto alla prassi si presume il commentario alla legge *Iulia et Papia*.⁶⁸ Nei 29 frammenti che ci sono pervenuti appare due volte la *res legata*.⁶⁹

3.4. Altre opere

Le restanti opere dal *corpus* gaiano non raggiungono dimensioni che permettono conclusioni più o meno solide a partire dall'uso o dalla frequenza di certi concetti. Sarebbe inoltre difficile, per alcune tra esse, identificare la loro funzione letteraria⁷⁰ nonché la cronologia della loro redazione. Comunque sia, il risultato di una prima verifica è abbastanza magro.⁷¹

4. Esempio: cenni analitici e sistematici sul commentario *ad edictum praetoris urbani*

⁶⁶ Pal. 421, D. 2.4.22; Pal. 424, D. 2.11.6. Pal. 429, D. 50.16.234.1, nell'astrazione tipica del titolo *de verborum significatione* non dice espressamente se la *res petita* debba essere corporale o meno.

⁶⁷ Pal. 430, D. 2.14.48; Pal. 440, D. 22.1.19 pr.; Pal. 441, D. 44.6.3; Pal. 444, D. 50.16.238.2.

⁶⁸ Cfr. sull'opera, in aggiunta alla palingenesi leneliana, anche l'appendice a R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova 1995.

⁶⁹ Pal. 466, D. 31.55 pr.; Pal. 474, D. 31.58.

⁷⁰ Questo o per la frammentarietà della tradizione o per la difficoltà di distinguere tra monografie vere e proprie, da un lato, e monografie nate solo da redazioni postclassiche, dall'altro.

⁷¹ Tra i 10 frr. *de fideicommissis*, uno (Pal. 390; D. 32.14) parla della *res* oggetto possibile di una compravendita; l'altro (Pal. 395; D. 36.1.65) tratta nel pr. *res* ereditarie suscettibili di essere possedute, poi usa nel § 3 il binomio *res aut summa* corporale. Nel *de form. hyp.* (Pal. 399-403) la *res* compare, naturalmente, spesso e quasi sempre nel senso di *res obligata*. I *de manumissionibus libri III* contengono su 5 frr. quattro menzioni atecniche o generiche della parola *res* (Pal. 476, D. 27.10.17; Pal. 477, D. 40.2.25; Pal. 480, D. 40.4.57). Infine, nei due libri *de verborum obligationibus*, su 12 frr. troviamo, com'è naturale, la *res* come oggetto di stipulazione (Pal. 513, D. 45.1.141pr.-5, nel § 5 quale concetto generale esemplificato con una somma di danaro e uno schiavo); in D. 45.3.28 (Pal. 516) come patrimonio (pr.) e come oggetto di compravendita (§ 3).

L'opera conta 45 numeri nella palingenesi (8-52). *Corpus corporalis* non sono rinvenibili, forse a causa dell'alta percentuale di testi persi.⁷² Quanto alla *res*, la troviamo 15 volte: con una certa frequenza tale concetto si riferisce a singole cose corporali (4.1.), talvolta troviamo in contesti che meritano uno sguardo più approfondito (4.2.), talora in sensi qui non pertinenti (4.3.). Rimangono i casi in cui un uso di *res* come nelle Istituzioni sarebbe stato naturale o possibile, ma non si è verificato (4.4.).

4.1. *Res* nel senso di cosa (corporale) singola

4.1.1. *Res e hereditas* nell'editto *si quis omissa causa testamenti*

Fondamentale ai nostri scopi si rivela il fr. 11 (D. 29.4.14 e 16; 2 *ad ed. pr. urb.*). Il testo fa parte di una catena composta dai due commentari nei quali si tratta l'editto *si quis omissa causa testamenti*:⁷³

D. 29.4.13 (Gai. 17 *ad ed. prov.*): *Etsi non totam aliquis hereditatem partemve eius, ex qua heres institutus est, ab intestato possideat, sed vel minimam portiunculam vel etiam unam aliquam rem, tenetur hoc edicto,*

D. 29.4.14 (Gai. 2 *ad ed. pr. urb.*): *quamvis non proprie pars hereditatis in una re intellegatur.*

D. 29.4.15 (Gai. 17 *ad ed. prov.*): *Nec id iniquum est, cum ex suo quisque vitio hoc incommodo adficiatur.*

D. 29.4.16 (Gai. 2 *ad ed. pr. urb.*): *Cum enim hereditas ab eo quoque peti possit, qui unam aliquam rem hereditario nomine possideat,*

⁷² Cfr. la nota di Lenel in Pal. II col. 182: l'*Index* parla di dieci libri. Quanto alle *inscriptiones* dei frammenti, seguo il Digesto e non le divergenti ricostruzioni di Lenel, lasciando aperto il problema se da eventuali indicazioni di titoli nell'*inscriptio* si possa ricostruire una struttura più capillare; la questione comunque è irrilevante ai nostri fini. Sul problema v. B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 42-48.

⁷³ Sul quale mi riservo di tornare in altra sede. Cfr. per il problema centrale le ntt. seguenti.

dubitari non oportet, quin verum sit quod diximus.

Lasciamo in sospenso la questione se i compilatori abbiano anche inquinato la terminologia classica, frammischiando i due commentari.⁷⁴ L'editto *si quis o.c.t.*, com'è noto, combatte la fraudolente rinuncia alla chiamata *ex testamento* da parte di chi voglia poi succedere *ab intestato*: manovra possibile secondo il *ius civile* ma suscettibile di danneggiare altre persone menzionate nel testamento, siano esse legatari o schiavi da manomettere. Una manovra del genere, perciò, viene sventata per mezzo dell'editto.⁷⁵ A tale scopo, l'editto utilizza il concetto di *possidere* per definire il proprio ambito di applicabilità.

È stato l'uso di categorie tratte dal possesso che ha poi seminato la confusione in un processo di allargamento interpretativo⁷⁶ dell'editto.⁷⁷ “Possiede” dunque l'eredità chi possiede solo una cosa ereditaria? Quest'ultima domanda doveva, senz'altro, evocare nella mente del giurista romano il problema dell'*usucapio pro herede*, istituto alquanto atipico tra le varie *causae usucapionis*.⁷⁸

Visto che il possesso (almeno nella sfera semantica originaria della parola) richiede la corporalità dell'oggetto, Gaio tenta di chiarire il

⁷⁴ Secondo F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*², Göttingen 1975, 230 s., è probabile che i compilatori avessero accesso immediato al commentario gaiano *ad ed. prov.*

⁷⁵ Fondamentale D. 29.4.1 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): *Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui ommissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur.*

⁷⁶ Ne fa menzione anche B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 72, utilizzando (nella tradizione italiana) l'espressione “estensioni analogiche”. Sulla possibilità di distinguere tra interpretazione e analogia in diritto romano v. CHR. BALDUS, § 3: *Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*², Berlin 2010, 26-111 (38-44); sul versante contenutistico, v. nt. 73. Per T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten*, cit. (nt. 18), 507 s., dai due commenti si ricava un “doppio ragionamento” (*Doppelargument*), tecnico ed etico.

⁷⁷ Ne è testimonianza significativa D. 29.4.30 (Herm. 3 *iur. ep.*): *Qui ommissa causa testamenti pro emptore vel pro dote vel pro donato sive alio quolibet titulo, exceptis pro herede et pro possessore, possideat hereditatem, a legatariis et fideicommissariis non convenitur.*

⁷⁸ Cfr. R. BÖHR, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung*, München-Leipzig 2002, 82 s.

rapporto tra *hereditas, pars o portio hereditatis e res hereditaria*. È in questo contesto che distingue tra *pars hereditatis* e cosa singola, sottolineando però che siffatta distinzione si applica solo in un linguaggio esatto – e che anche il risultato è il medesimo: chi possiede la cosa, deve subire l'applicazione dell'editto. La ragione si riscontra, per Gaio, anche in un parallelismo con la legittimazione passiva alla *hereditatis petitio*.⁷⁹

La terminologia delle Istituzioni non viene recuperata, a maggior ragione perché qui non vi sarebbe effetto pratico della distinzione tra *res corporalis e incorporalis*: non è in gioco una *possessio* in senso stretto da cui dipenderebbe l'applicazione della regola. Nientedimeno, Gaio sottolinea la sostanza di tale distinzione senza utilizzare i relativi concetti.

4.1.2. *Res legata*

Una variante consiste in fonti che menzionano una *res* oggetto di un determinato rapporto giuridico (e nel caso tipico corporale). Tale è il caso dei fr. 15-18. Cominciamo dal fr. 15:

D. 30.67.1 (Gai. 1 *ad ed. pr. urb.*): *Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent.*

Quest'interpretazione (o regola d'interpretazione)⁸⁰ si può riferire, pare, a qualunque oggetto: se pensiamo alla proprietà dell'oggetto e non alla sua sostanza fisica. Invece, Gaio nel fr. 28 (*infra*) esclude dalla divisibilità appunto certi oggetti incorporali. Torneremo sul punto analizzando quest'ultima fonte.

Nel fr. 16 la *res* può essere, per esempio, uno schiavo:

D. 30.69.5 (Gai. 2 *ad ed. pr. urb.*): *Si res quae legata est an in rerum natura sit dubitetur, forte si dubium sit, an homo legatus vivat, placuit aqi quidem ex testamento posse, sed officio iudicis contineri, ut cautio*

⁷⁹ Al momento di concludere la ricerca non ho a portata di mano M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, Milano 1956.

⁸⁰ Una certa generalizzazione è difficile da negare.

interponeretur, qua heres caveret eam rem persecuturum et, si nactus sit, legatario restitutum.

Ma non è escluso che l'inesistenza della cosa sia dovuta a fattori giuridici, per esempio nel caso di un diritto di credito. In quest'ultimo caso la *res* potrebbe anche essere incorporale. Gaio usa la parola *res* tre volte nel brano in questione; una volta però non nel senso di "oggetto di diritto" ma in quello della locuzione '*in rerum natura non esse*': siffatta locuzione qui si riferisce senz'altro al mondo degli oggetti,⁸¹ ma in forma condensata e generica.

4.1.3. *Res* dotale

Il frammento seguente (fr. 17) inquadra una stessa cosa in due rapporti distinti, pegno e dote:

D. 33.4.15 (Gai. 2 *ad ed. pr.*): *Licet placeat pigneratas res vel in publicum obligatas heredem, qui dare iussus est, liberare debere, tamen si is qui tales res in dotem accepit dotem praelegaverit, non cogetur heres liberare eas, nisi aliud specialiter testator dixerit.*

La loro combinazione è specifica: le cose oggetto di pegno erano, allo stesso tempo, cose dotali e *praelegatae*, per cui si doveva decidere sulle obbligazioni dell'erede in materia. Sia o non classica la soluzione, specie nel tratto finale,⁸² comunque abbiamo a che fare con oggetti del diritto, e in questo caso corporali, poiché pignorati.

Res dotales sono anche quelle che menziona il fr. 48:

D. 23.3.54 (Gai. *ad ed. pr. urb.*): *Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.*

⁸¹ Per l'uso riferito al *nasciturus*, il dibattito è ormai abbastanza acceso. V., da ultimi, E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur'* (*Fondamenti arcaici e classici*), Milano 2009, 273 ss.; F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in F. LAMBERTI ET AL. (a cura di), *Serta iuridica. Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle*, Napoli 2011, 303-364.

⁸² Dubbi già in Pal. I col. 184 nt. 1; ult. bibl. in B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 103 s.

Si tratta dunque di un'ipotesi di surrogazione. La fattispecie è alquanto oscura.⁸³ Non vi sono cenni a un'eventuale incorporalità dei beni in questione, almeno espressamente.

4.1.4. Altri

Res significa oggetto, in questo caso oggetto di proprietà e allo stesso tempo di diritti altrui, in due fonti che costituiscono una *geminata* non perfetta, ma facilmente riconoscibile:

D. 9.4.30 (Gai. *ad ed. pr. urb.*): *In noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt ius non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius.*

e

D. 39.2.19 pr.-1 (Gai. *ad ed. pr. urb.*): *Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. § 1 Sive aedium vitio sive operis, quod vel in aedibus vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat praetor, ut timenti damnum caveatur.*

L'argomento è sempre la protezione di chi fosse stato assente *bona fide*; Gaio sottolinea il parallelo fra azione nossale e *stipulatio damni infecti* impiegando quasi le medesime parole. 'Res' è qui, in tutti e due i casi, la cosa oggetto di un *ius in re aliena* (*creditor* si riferisce a quello di un pegno). Possiamo dunque supporre oggetti corporali.

Sicuramente di oggetti corporali parla il nostro giurista nel fr. 43:

D. 40.12.13 pr.-1 (Gai. *ad ed. pr. urb.*): *Illud certum est damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod*

⁸³ Cfr. B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 198. Discussione cauta ed equilibrata della fonte in F. J. ANDRÉS SANTOS, *Subrogación real*, cit. (nt. 43), 240-251.

culpa factum sit. ideoque licet absolutus hoc iudicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur.
 § 1 *Item certum est tam res nostras quam res alienas, quae tamen periculo nostro sunt, in hanc actionem deduci, veluti commodatas et locatas: certe depositae apud nos res, quia nostro periculo non sunt, ad hanc actionem non pertinent.*

Gli atti nocivi di cui alla *lex Aquilia* sono diretti contro cose fisiche: nella fattispecie in esame cose oggetto di comodato, locazione o (come controesempio per l'esperibilità dell'azione) deposito. Il problema trattato riguarda il *periculum*, qui cioè il rischio di perdita fisica.

Per tirare le somme della prima categoria: Gaio evita il ricorso espresso alla categoria del corporeo, e nella maggioranza dei casi è palese o verisimile che le cose in parola fossero *corporales*.

4.2. *Res* in sensi potenzialmente complessi

4.2.1. Ambiguità testamentarie

Una minima ambiguità linguistica è presente nel fr. 9:

D. 35.1.16 (Gai. 1 *ad ed. pr. urb.*): *In his, quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono et aequo interpretationem capere: ea vero, quae ex ipso testamento orerentur, necesse est secundum scripti iuris rationem expediri.*

Si tratta di una direttiva per l'interpretazione delle ultime volontà che stabilisce, a prima vista, un duplice criterio: più libertà laddove si tratti di elementi extratestuali. Non possiamo ripercorrere qui il vastissimo quesito che concerne l'ammissibilità (o meno) di tali elementi.⁸⁴ Ciò che interessa è che dopo la perifrasi iniziale con il

⁸⁴ In diritto romano, il riferimento in genere è sempre a H. J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972. Non condividerei l'opinione di B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 65, laddove vede un orientamento generale verso il *favor testamenti*. Per il diritto (tedesco) vigente mi limito a menzionare il problema della c.d. "teoria del cenno": seguendo tale teoria, l'interpretazione deve limitarsi a quanto almeno accennato nell'atto di ultima volontà; cfr. I. SCHERER,

neutro al plurale (*in his...*) l'oggetto dell'interpretazione viene denotato con *res*. Il testo lascia però aperto un altro senso: le *res* potrebbero anche essere gli oggetti concreti della disposizione da interpretare.

La *crux* è classica. Una delle soluzioni classiche consiste nel distinguere tra l'esistenza della disposizione e, una volta accertata quest'ultima, l'interpretazione della volontà del *de cuius*: solo quella sarebbe da interpretare *ex bono et aequo*.⁸⁵ Comunque sia, *res* non può equivalere a "cose corporee".

4.2.2. Ambiguità in materia di libertà

È ambigua anche la '*res*' di cui parla il fr. 34: una persona libera è corporale, ma non oggetto – ma la formulazione del passo permette anche una traduzione completamente staccata dall'oggetto.

D. 10.4.13 (Gai. *ad ed. pr. urb.*): *Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, interdictum adversus eum, qui detinere dicitur, de exhibendo eo potest quis habere: nam ad exhibendum actio in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, cuius pecuniariter interest.*

In questo contesto '*in eam rem*' può significare: 'in quel caso' oppure 'in quella causa'. Potrebbe anche esserci un gioco di parole con *actio in rem*; sarebbe però un gioco alquanto costruito, essendo *in personam* (benché funzionale alla *rei vindicatio*) la *actio ad exhibendum*.⁸⁶ Gaio comunque non dice semplicemente che un *liber homo* non è una *res*, per cui non ci sarebbe l'azione; si rifà invece

Andeutungsformel und Falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Berlin 1987; J. F. STAGL, *Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten. Die Andeutungstheorie im Testamentsrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*², Wien 2005. Il punto è tutt'altro che pacifico: v. per tutti L. HÄSEMEYER, *Rec.* al citato lavoro di SCHERER, in *AcP* 188, 1988, 427 ss.

⁸⁵ Per un breve resoconto delle opinioni cfr. B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 64 ss.

⁸⁶ La nuova traduzione tedesca conserva il gioco con "in dieser Sache": O. BEHREND-S. KNÜTEL-B. KUPISCH-H. HERMANN SEILER (a cura di), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben. 2. Digesten 1-10*, Heidelberg 1995, a.h.l.

all'aspetto tecnico-processuale dell'interesse pecuniario che non può esistere perché, ovviamente, una persona libera non ha prezzo.⁸⁷ Un discorso sulle categorie tra soggetto e oggetto è dunque volutamente evitato. A questo punto possiamo tralasciare la spinosa questione dei rapporti tra questa fonte e D. 10.4.12 pr. (Paul. 26 *ad ed.*), in altre parole tra l'*actio ad exhibendum* e l'interdetto *de homine libero exhibendo*.⁸⁸

Come se questo possibile avvicinamento terminologico tra persona e oggetto non bastasse, Gaio ci ha lasciato anche il fr. 40:

D. 7.7.4 (Gai. 2 *ad ed. pr. urb.*): *Fructus hominis in operis constitit et retro in fructu hominis operae sunt. et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis servorum.*

Il principio secondo il quale i frutti (da restituire)⁸⁹ sono da intendersi “al netto”, deduzione fatta delle spese necessarie, viene presentato come regola di carattere generale. Orbene, la dottrina dei frutti e delle *impensae* è tutt'altro che sistematica o pacifica.⁹⁰ Gaio nientedimeno dice ‘*ut in ceteris rebus*’, invocando dunque una linea interpretativa generale.⁹¹ Poiché lo schiavo è per Gaio una *res*, il maestro antonino

⁸⁷ Sul principio *liberum corpus nullam recipit aestimationem* v. ora S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino 2009, 247.

⁸⁸ Cfr. B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 159-165 che discute, segnatamente, le tesi di M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1958, 215 ss. Recentemente S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà*, cit. (nt. 87), 243.

⁸⁹ Gaio non menziona espressamente il contesto. R. QUADRATO, *Hominum gratia*, cit. (nt. 57), 406 indica la *causa liberalis*.

⁹⁰ Fondamentale R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, cit. (nt. 57); sul brano in esame 243-248. Cfr. per i tentativi ottocenteschi di sistemare le fonti S. FERNANDES FORTUNATO, *Früchte und Nutzungen. Eine dogmenhistorische Untersuchung zur privatrechtlichen Erfassung von Vermögenserträgen*, Frankfurt am Main et al. 2012; CHR. BALDUS-TH. RAFF, „Das grosse ökonomische Postulat“: *Petrażycki und die Methodenprobleme der Zivilistik. Eine Skizze am Beispiel des Verwendungsersatzes*, in T. GIARO (a cura di), *Leon Petrażycki and Contemporary Legal Pluralism*, Warsaw 2012 (in corso di stampa).

⁹¹ Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, cit. (nt. 57), 247. Altre fonti con la locuzione ‘*ceterae res*’ in R. QUADRATO, *Province e provinciali: il cosmopolitismo di Gaio*, in LUIGI LABRUNA (dir.), C. CASCIONE-M. P. BACCARI (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli 2006, 1097-1137 (1109), ora in ID., *Gaius dixit*, cit. (nt. 2), 263-305, 277 nt. 81.

non cade in contraddizione con la *divisio* personal/cosa; anzi, la fonte è stata letta come una “testimonianza preziosa” per il processo di patrimonializzazione dello schiavo.⁹² O dobbiamo riferire *rebus* ai frutti, cioè alle *operae*? Per di più il riferimento sarebbe a *res incorporales*: le quali, invece, di nuovo non sarebbero chiamate così. L’omissione è però meno vistosa rispetto al caso summenzionato della *hereditas*, perché nelle Istituzioni non figurano le *operae*.⁹³ Per evitare il problema, una traduzione atecnica di *res* può essere di aiuto; la nuova traduzione tedesca giunge a dire “in altri casi”.⁹⁴

Siamo dunque nuovamente di fronte a un’ambiguità giuridico-linguistica circa la *res*, e pare quanto meno ipotizzabile che Gaio, almeno qui, giochi sistematicamente con il concetto.

4.2.3. Legati

L’oggetto legato compare non solo nell’ipotesi indicata *supra* (§ 1.b.: D. 30.67.1; D. 30.69.5), ma anche nel fr. 28 (D. 35.2.80.1); e qui i *quaedam legata* sono esemplificati:

D. 35.2.80.1 (Gai. 3 *de legatis ad ed. pr. urb.*): *Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. sed et si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit: quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.*

Nel frammento si parla di oggetti incorporali e perciò (fisicamente) indivisibili. Tutti gli esempi della prima frase sono legati di servitù (il che fa pensare ai problemi connessi alla loro possibile corporeità

⁹² R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, cit. (nt. 57), 247.

⁹³ Le ragioni di questo silenzio saranno difficili da illustrare.

⁹⁴ BEHRENDTS ET AL., cit. (nt. 85), a.h.l.: “in anderen Fällen”.

secondo il diritto arcaico).⁹⁵ Una divisibilità *quae in iure consistit* non viene discussa. Quello che a Gaio interessa è l'applicazione pratica nel caso di pluralità di persone. Si noti comunque l'assenza di considerazioni imperniate sulla categoria della corporalità o incorporalità: almeno espressamente.

4.2.4. *Rei persecutio*

Merita attenzione per l'incrocio di significati fisici ed economici in una cornice processuale il fr. 47 (che tratta l'editto *de publicanis*):

D. 39.4.5 pr.-1 (Gai. *ad ed. pr. urb.*): *Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nihilo minus poena duret. sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est. § 1 Quaerentibus autem nobis, utrum duplum totum poena sit et praeterea rei sit persecutio, an in duplo sit et rei persecutio, ut poena simpli sit, magis placuit, ut res in duplo sit.*

La parola *res* compare quattro volte. Le prime tre si riferiscono alla cosa corporale presa illecitamente dal publicano. Nella quarta domina l'aspetto del valore dovuto, ma non questioni di corporalità. Invece, tale ultimo impiego della parola non è esente da insidie: infatti il problema principale della fonte è capire se il *duplum* possa davvero contenere (senza possibilità di distinzione dalla *poena*) anche la *rei persecutio*. La questione meriterebbe una nuova ricognizione, dato che anche autori non radicalmente interpolazionistici hanno cercato di liberarsi dal problema giudicando alterati lunghi squarci del brano.⁹⁶ Comunque, l'uso di *res* sarebbe chiaramente processuale.

Tirando le somme delle fonti sin qui passate in rassegna, Gaio pare aspirare al contrario di una differenziazione categoriale: gioca

⁹⁵ Cfr. *supra*, nt. 40, circa D. 8.1.14 (Paul. 15 *ad Sab.*). Osservazioni su D. 35.2.80.1 in A. WACKE, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, in D. MEDICUS-H. H. SEILER (a cura di), *Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin 1973, 209-251 (spec. 233 ss.); G. MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian - Marcellus)*, in BIDR 96-97, 1993-94, 83-146 (121 s.)

⁹⁶ Cfr. B. SANTALUCIA, *L'opera di Gaio*, cit. (nt. 4), 195 ss.

addirittura con la polisemia del termine *res*. Quale che sia il “carattere” del commentario, tale uso della lingua era meno controproducente di quanto non fosse stato in un manuale.

4.3. *Res* in sensi diversi da cosa (corporale) singola

Solo un quinto dei brani è da inquadrare in categorie di certo irrilevanti ai fini della nostra indagine: in senso atecnico, generico o puramente processuale.

È ovvio il caso del fr. 18, dove ‘*quae res*’ equivale semplicemente a ‘*quod*’.⁹⁷ La locuzione ‘*ad rem non pertinet*’ appare nel fr. 19 (D. 35.1.17, Gai. 2 *ad ed. pr. urb.*). Il fr. 38, infine, menziona l’*exceptio rei iudicatae* (D. 40.12.91, Gai. *ad ed. pr. urb.*), in cui il termine *res* va inteso chiaramente in senso processuale.⁹⁸

4.4. Dove sono le *res* incorporali?

Per D. 29.4.14-16 abbiamo già avuto modo di notare che Gaio non se la sente di impiegare la concettualizzazione della *hereditas* come *res incorporalis*. Si sarebbe senz’altro potuto ricorrere alla distinzione *res corporales / res incorporales*, ma Gaio non sceglie questa strada. D. 7.7.4 potrebbe esser letto nel medesimo senso. Per l’intero complesso di fonti tramandateci sotto l’iscrizione *ad ed. pr. urb.* solo una trattazione esegetica completa potrebbe tracciare un quadro complessivo.

Ma anche senza tale sforzo, il risultato generale è alquanto insipido: né troviamo, in positivo, un uso sistematico della distinzione in esame; né si accumulano fonti dove, *ex negativo*, il non uso della medesima salterebbe agli occhi.

La spiegazione di tale risultato sarebbe più facile se considerassimo più risalente il commentario all’editto urbico rispetto alle Istituzioni: poi la spiegazione più semplice sarebbe quella che Gaio non ci aveva

⁹⁷ D. 34.4.5 (Gai. 2 *ad ed. pr. urb.*): *Sicut adimi legatum potest, ita et ad alium transferri, veluti hoc modo: “quod Titio legavi, id Seio do lego”: quae res in personam Titii tacitam ademptionem continet.*

⁹⁸ Sugli usi processuali (*res qua de agitur*, ecc.) v. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 163.

ancora pensato. Probabilmente solo la necessità di erigere tutto il diritto in sistema (didattico) lo avrebbe spinto a escogitare la *divisio*. Ma dovremmo fare i conti con il fatto che la cronologia è tutt'altro che pacifica. E se la sistematica delle *Institutiones* dovesse essere retta da quella logica negoziale che ultimamente si propone, rimarrebbe da spiegare come mai Gaio non sia arrivato prima a tale logica, per esempio commentando i problemi negoziali dell'*edictum praetoris urbani*.

5. Diretrici di ricerca

Se è lecito trarre una prima conclusione dal confronto (in ordine cronologico) fra commentario all'editto urbano, *Institutiones* e *Res cottidianae*, tale conclusione non può dunque essere quella di una linea retta. Il concetto di *res incorporalis* non pare provenire dal commentario, né possiamo scorgere in quest'ultimo indizi per un valore sistematico della *res (in)corporalis*. Visto che le *res cottidianae* non si rifanno a tali concetti, pare poco probabile che la parabola scientifica di Gaio l'abbia condotto a proseguire sulla strada del binomio *corporalis/incorporalis*. Sul commentario all'editto provinciale abbiamo potuto almeno dire che contiene un passo che aggrega a più alto livello due delle tre *divisiones rerum* istituzionali.

Salvo risultati più consolidati sull'editto provinciale, rimane dunque isolato l'approccio di Gai 2.12 ss.: per chi scrive, già all'interno delle stesse Istituzioni.⁹⁹ Non possiamo dire con certezza se Gaio abbia intrapreso e subito abbandonato tale approccio o se, già per lui stesso, il binomio *corporales-incorporales* non doveva spiegare maggiori effetti fuori della sfera propriamente istituzionale. Il che potrebbe deporre per una certa specificità di tale sfera.

5.1. Autori coevi a confronto

Un cenno per l'una o l'altra di queste ipotesi potrebbe risultare dal confronto con autori coevi a Gaio. In varie questioni è stato ipotizzato che Gaio, sviluppando e cambiando opinioni, avrebbe reagito a svolgimenti dottrinari. Per saperne di più, bisognerebbe passare in

⁹⁹ Cfr. CHR. BALDUS, *Res incorporales*, cit. (nt. 3).

rassegna gli scritti di giuristi contemporanei: ovviamente Giuliano, e con lui Africano (già per la difficoltà di distinguere nelle fonti ascritte a quest'ultimo gli strati del maestro da quelli dell'allievo);¹⁰⁰ Pomponio, la cui produzione presenta certe analogie con quella gaiana;¹⁰¹ e Cervidio Scevola, molto attento alla prassi, e giurista che fa da ponte fra i propri allievi, Paolo e Trifonino, e la generazione di Giuliano.¹⁰²

5.2. Approfondimenti teorici

Una volta effettuata una tale ricognizione contestuale, si potrebbe anche riprendere un approccio molto classico: quello di cercare matrici di carattere filosofico, culturale, comunque non tecnico-giuridico. Siffatta impresa potrebbe rivelarsi molto utile per spiegare meglio risultati parziali conseguiti in via esegetica.

6. Sintesi e prospettive

La corporalità delle cose come categoria in Gaio, argomento a primo vedere arcitrattato e poco allettante, si è rivelato più difficile alla luce dell'intersezione tra due questioni aperte e interdipendenti: quella delle finalità perseguite da Gaio nelle Istituzioni e quella della cronologia delle sue opere. L'ultimo punto meriterebbe, quasi cent'anni dopo la monografia di Balogh,¹⁰³ una completa ricognizione

¹⁰⁰ Sul problema v. da ultimo in J. D. HARKE (Hrsg.), *Africani quaestiones. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin 2011, specialmente i contributi di HARKE e J. PLATSCHEK; cfr. la rec. di H.-M. EMPPELL in SCDR 25, 2012 (in corso di stampa).

¹⁰¹ Sulle differenze tra i due giuristi v. E. STOLFI, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio*, II, cit. (nt. 12), 29-35.

¹⁰² Sul giureconsulto mi sia permesso di rinviare a quanto detto in CHR. BALDUS, *¿Hacia un nuevo concepto de Textstufen? Sobre unas eventuales huellas de "escalones clásicos" en Cervidio Escévola*, in SCDR 23-24 (2010-2011), 75-102 (92 ss.); ID., *Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hoch- und Spätklassik*, in J. D. HARKE (a cura di), *Facetten des römischen Erbrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Heidelberg et al. 2011, 1-34 (12 s.). V. inoltre *supra*, nt. 21.

¹⁰³ E. BALOGH, *Über das Alter der Ediktcommentare des Gaius. Eine Skizze aus der römischen Rechtsgeschichte*, Hannover 1914 (rist. Roma 1972), non vidi.

post-interpolazionistica (ma certo non ingenua):¹⁰⁴ analizzando le varie *quaestiones disputatae* per stabilire una cronologia almeno probabile. Si profila un'infinità di temi per tesi di dottorato e convegni.

Finché siffatta impresa non sarà compiuta, rimane lecito partire da quanto proposto da Santalucia. Tale linea però si concilia meglio, come abbiamo avuto modo di vedere, con la spiegazione tassonomica delle *Institutiones* che non con la nuova prospettiva suggerita dall'amico Falcone. Ritengo aperto tutto il complesso di problemi.

Comunque sia, due interrogativi meritano costante attenzione. In primo luogo, almeno una romanistica non totalmente antiquaria potrebbe alla fin fine voler sapere qualcosa di più sulla nozione di *res* nel II secolo d.C. In secondo luogo, vorremmo tutti conoscere meglio Gaio: era, in fine dei conti, un didatta o meno?

6.1. Una *hochklassische Objektsdogmatik*?

Il *ius controversum* è una figura che ci permette di capire la dialettica tra funzionamento pratico dell'esperienza giuridica romana e individualità dei singoli giuristi. La pratica richiede una certa prevedibilità delle soluzioni, l'individualità spinge ad affinare la ricerca della soluzione ritenuta di volta in volta più adatta. Non è dunque espressione di "pandettismo" (sia quel che sia tale vizio) chiedersi se v'era un fondo comune di opinioni sulle *res* rispettivamente sugli oggetti del diritto. Ho espresso nella rubrica tale interrogativo nella forma più tedesca possibile.

Da tener presente, naturalmente, l'essere condizionati delle nostre categorie:

- l'"oggetto del diritto" è un'astrazione;
- il "periodo classico", come tutte le periodizzazioni, è una costruzione retrospettiva, così come a maggior ragione l'espressione tedesca corrispondente a "periodo altoclassico". Ci sono affatto delle ragioni per tale figura,¹⁰⁵ ma non si tratta di scelte obbligate. Una delle ragioni sta in una tendenza forse tipica della giurisprudenza

¹⁰⁴ Cfr. di nuovo M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI, *Problemi*, cit. (nt. 5).

¹⁰⁵ CHR. BALDUS, *Debitum*, cit. (nt. 102), 33.

antoniniana: quella di abordare i problemi difficili applicando gli strumenti concettuali sviluppati fin dalla tarda età repubblicana e creando una rete di soluzioni adeguate alla necessità dei tempi. Potremmo parlare di dogmatica, sebbene il concetto suole far venire il brivido agli amici italiani; ma è ovvio che i romani avevano una dottrina molto elaborata, cioè *Dogmatik*.¹⁰⁶ ci dobbiamo, appunto, liberare da tutti i pregiudizi moderni, anche da quelli antidogmatici.

Se, dopo tutto, l'analisi congiunta dei *corpora* di Gaio e dei suoi contemporanei dovesse far emergere qualche linea direttrice, sarebbe un gran progresso rispetto a oggi.

6.2. Elementi per l'immagine di Gaio?

Sotto il profilo storico-biografico non occorre difendere espressamente l'utilità di future ricerche: ogni elemento atto a plasmare meglio la figura di Gaio è il benvenuto. È siffatta prospettiva che nutre tutto il nostro seminario, e con essa vorrei chiudere il mio intervento.

¹⁰⁶ Cfr. M. BRETONE, "*Ius controversum*", cit. (nt. 18), 764.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

