

IL CLASSICISMO DEI GIURISTI CLASSICI

1. — Quando, nell'ormai lontano 1816, il Niebuhr scoperse a Verona il manoscritto delle *Institutiones* di Gaio, mai avrebbe potuto immaginare la lunga serie delle dispute che si sarebbero accese più tardi circa la genuinità dell'opera e la personalità del suo autore.

Di Gaio, infatti, in oltre un secolo di studi, è stato detto, io penso, tutto quel che era possibile dire¹. A prescindere dalla disputa relativa al problema, del resto non molto importante, della sua nazionalità², Gaio è stato variamente, e con varia fortuna conteso tra chi, altamente stimandolo, ha voluto depurare l'opera sua dalle scorie che ne offuscassero la classicità³, e chi, invece, stimandolo certamente assai meno, ha ritenuto di poter indulgere alle imperfezioni del Veronese, attribuendole, con larga bonomia, alla modesta sua levatura culturale e mentale⁴.

Ma io non intendo, in questa sede, riesaminare, o anche soltanto passare in rivista, le molte teorie, che sono state, nell'un senso o nell'altro con maggiore o minor rigore, formulate. Qui intendo levare una voce, sia pur debolissima, di allarme contro il profilarsi di certe modernissime teorie, che minacciano l'impostazione stessa del problema di Gaio, anzi

* In *Scritti giuridici per il centenario della Casa editrice Jovene* (1954) 227 ss.

¹ Cfr. in argomento SCHULZ, *History of Roman legal science* (1946) 159 ss.; WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953) 506 ss. Ivi bibliografia speciale. Adde: WOLFF, *Zur Geschichte des Gaiustextes*, in *Studi Arangio-Ruiz* (1953) 4. 171 ss.

² Sulla nazionalità di Gaio cfr., da ultimo, KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952) 186 ss., il quale validamente critica gli argomenti che si sogliono portare a sostegno della tesi della non romanità di Gaio, ma non manca di mostrare anche la debolezza dell'argomentazione opposta. È interessante notare che il Kunkel dichiara di propendere per la romanità di Gaio in considerazione del suo « Wissen und Können ».

³ La posizione estrema in questo senso è, probabilmente, quella del Solazzi, con i suoi numerosi studi gaiani. Cfr. da ultimo: SOLAZZI, « *Quodam modo* » nelle *Istituzioni di Gaio*, in *SDHI.* 19 (1953) 104 ss.

⁴ Menzione a parte meritano coloro che ravvisano nelle *Institutiones* di Gaio, quali a noi pervenute, un quaderno di appunti o una epitome classica. Cfr. da ultimo Wolff (cit. *retro* n. 1) spec. 192 ss.

del problema dell'identificazione della giurisprudenza classica. Teorie, che fanno capo a due eccellenti romanisti tedeschi, il Kunkel⁵, e il Kaser⁶, le cui idee sembrano già avallate dal Wieacker⁷, e che, appunto a cagione dell'autorevolezza di chi le ha formulate e di chi le avalla, sembrano a me, in quanto erronee, tanto piú pericolose.

Contro la tesi, per cui la giurisprudenza romana del principato, cioè della cosí detta epoca classica del diritto romano, andrebbe distinta, a seconda delle persone e dei tipi di attività, in classica e non classica, è mio proposito di riaffermare, in queste note, la ovvia legittimazione di tutti indistintamente i giuristi classici ad essere considerati tali; di riaffermare, in altri termini, il classicismo dei giuristi classici.

2. — Forse, il primo spunto di una differenziazione tra « classico » e « non classico » nell'ambito dello stesso periodo classico del diritto romano è da ravvisare in una affermazione, del resto assai nota, del Beseler⁸. L'analisi critica delle *Institutiones* ha indotto, difatti, questo autore non soltanto a ravvisare in esse numerosi glossemi, sia formali che sostanziali, ma ad affermare che alcuni di questi glossemi non sono « postclassici », perché datano dallo stesso periodo classico, in cui visse e scrisse Gaio⁹. Il Beseler parlò, pertanto, con visibile e cosciente artificio verbale, di glossemi « non classici », precisando: « der Nichtklassiker, von dem die nichtklassischen Stücke herrühren, kann in der klassischen Zeit gelebt und geschrieben haben ».

Ebbene, può non condividersi, in linea di fatto, il rigorismo critico del Beseler, ma non credo che se ne possa contestare, in linea di principio, la tesi. Posta la possibilità, per non dire la probabilità, che gli scritti dei giuristi classici siano stati col tempo corredati di glosse, sia per esplicarne meglio gli insegnamenti, che per adattarne il discorso ad eventuali mutazioni dell'ordinamento giuridico; ne consegue che queste glosse possono essere state apposte tanto nel corso del periodo post-classico, che si fa convenzionalmente cominciare con l'ascesa al potere

⁵ Cit. *retro* nt. 2, spec. 375 ss.

⁶ *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS.* 70 (1953) 127 ss.

⁷ *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, in *ZSS.* 70 (1953) 101 nt. 21. È da avvertire, tuttavia, che l'adesione del Wieacker alla impostazione del Kaser non è ben chiara.

⁸ In *Tijdschr. v. Rechtsgeschiedenis* 10 (1930) 161 s.

⁹ A questa tesi del Beseler si riallacciano, evidentemente, gli autori indicati nella nt. 4.

di Diocleziano, quanto nel corso dello stesso periodo classico, e particolarmente dell'età severiana, che rappresentava l'inizio della fase di transizione dall'età classica a quella successiva. Considerato, inoltre, che i giureconsulti romani non disdegnarono di annotare, aggiornandole, le opere dei loro predecessori, assumendosi nominativamente la responsabilità di questa attività di annotazione¹⁰, ne consegue che, quando in uno scritto giuridico dell'età classica sono accertabili glossemi anonimi, sia pure della stessa età classica a cui lo scritto appartiene, questi glossemi, questi chiarimenti, queste eventuali modifiche non presentano un tenore di attendibilità pari a quello delle annotazioni nominate. Si sarà trattato di note marginali di un avvocato, o di uno studente di diritto, o di un magistrato municipale: comunque, si tratta sempre di glossemi anonimi, ed appunto per ciò sospetti quanto al contenuto, oltre che generalmente abborracciati quanto alla forma. È giusto considerarli, dal punto di vista critico, alla stregua dei glossemi postclassici; ed è quindi spiegabile che il Beseler abbia potuto chiamarli « non classici », non potendo qualificarli postclassici e, d'altra parte, godendo, secondo un suo noto vezzo, nel compiere questo innocente, e non inelegante, gioco di parole.

Ma i glossatori « non classici », che, secondo il Beseler, avrebbero poggiato le loro mani sulle *Institutiones* di Gaio durante il corso della stessa età classica, non sono da qualificare né giureconsulti, né giurisperiti, né in qualunque altro modo, di cui si sia fatto uso a Roma per indicare la classe degli « esperti » in cose di diritto. Una distinzione tra giurisprudenza « classica » e giurisprudenza « non classica », nell'ambito del periodo classico della storia giuridica romana, il Beseler non l'ha mai né fatta, né adombrata, né, credo, interiormente pensata. Sebbene il Kaser lo citi come un precursore della sua teoria sulla non classicità di Gaio, l'acutissimo critico delle fonti giuridiche romane va giudicato assolutamente incolpevole di essa. Nessun equivoco è stato commesso da lui.

3. — Anzi tutto l'equivoco è stato, può darsi, del Kunkel, nella sua indagine sulla condizione sociale dei giuristi romani¹¹. È stato appunto nella conclusione di questa indagine¹² che il Kunkel ha parlato, in ordine ai giuristi vissuti nell'età classica del principato, di giureconsulti genuinamente classici, nel senso che « fecero », contribuirono a

¹⁰ Sul punto, cfr. SCHULZ, *History* cit. 204 ss.

¹¹ Cit. *retro* nt. 2.

¹² *Op. cit.* 375 ss.

creare il diritto romano classico, contrapponendoli ai giurisperiti « non classici », in particolare ai maestri di diritto del II e del III secolo, i quali si astennero da apporti creativi e prevalentemente mutuarono dai primi le dottrine classiche, passando poi ad esporle in modo acconcio ed elementare nei loro trattati.

È interessante porre in rilievo il modo in cui il Kunkel è pervenuto alla formulazione di questa tesi¹³. Egli non ha basato (né l'avrebbe potuto) la differenziazione ora ricordata su una diversa estrazione e posizione sociale dei giuristi. Almeno dal punto di vista in cui egli si è posto nel giudicare la giurisprudenza romana, conclusioni in tal senso non sono state raggiunte, perché né il Kunkel ha potuto dimostrare la concentrazione della « creatività » della giurisprudenza classica nei giuristi muniti di *ius respondendi*, né egli ha potuto dimostrare un esclusivismo dell'attività giurisprudenziale o di certa attività giurisprudenziale da parte di una certa classe sociale, come ad esempio quella dei *senatorii*.

In realtà, le ricerche del Kunkel, certamente utilissime dal lato dell'erudizione, altro non hanno fatto che confermare quanto già da tempo si sapeva e si diceva circa la giurisprudenza classica¹⁴: la opportunità di distinguere tra giurisprudenza favorita (direttamente o indirettamente) dai principi e giurisprudenza non favorita dagli stessi; la opportunità di differenziare una fase da Augusto ad Adriano da una fase post-adrianea della giurisprudenza classica; la opportunità, infine, di considerare differenziate, nel quadro delle due distinzioni dianzi fatte, i vari tipi di attività giuridica: quella casistica e di commento alle opere civilistiche o all'editto, che fu prediletta dai giureconsulti favoriti dal potere principale, sebbene di essi non esclusiva, e quella teorica e didattica, che fu esercitata da giuristi minori o, se fu esercitata dai giuristi maggiori, costituì della loro attività una sezione indubbiamente di minore rilievo.

Queste conclusioni dell'indagine del Kunkel non sono certamente tali da autorizzare in alcun modo la distinzione tra una giurisprudenza classica vera e propria ed una giurisprudenza non classica dell'età del principato, tanto più che, come abbiamo detto e come tutti ben sanno, né le attività giurisprudenziali « minori » (quella didattica, per esempio) furono esercitate esclusivamente dai giuristi di minor levatura, né le attività giurisprudenziali qualificabili come « maggiori » furono esclusivo appannaggio dei giuristi di maggior rilievo sociale.

Alla identificazione, del resto piuttosto nebulosa ed incerta, di una

¹³ Sull'opera del Kunkel cfr. la *Recensione* del VOGLI, in *SDHI*, 18 (1952) 313 ss.

¹⁴ Cfr. in argomento GUARINO, *Storia del diritto romano*² (1954) § 50.

« Unterströmung unklassischer Jurisprudenz » nell'età classica, e più precisamente nell'età post-adrianea, il Kunkel è giunto attraverso il ragionamento, in sé e per sé ineccepibile, che, evidentemente, il passaggio dall'epoca classica a quella postclassica non poté aversi da un momento all'altro, ma che dovette esservi una fase, più o meno lunga, di transizione, nel corso della quale già vennero a profilarsi quelle tendenze involutive e degenerative, che divennero poi caratteristiche della giurisprudenza postclassica. La recente tendenza critica, secondo cui gran parte dei mutamenti postclassici ai testi della giurisprudenza classica sarebbe da attribuirsi alle scuole occidentali del III e IV secolo d. C., piuttosto che alle scuole orientali del V e VI secolo¹⁵: questa tendenza critica, che ha in sé, indubbiamente, notevoli elementi di verosimiglianza, è giustamente citata dal Kunkel come argomento a favore dell'ipotesi che egli, non per primo, enuncia.

Ma questa ipotesi, per cui le tendenze giurisprudenziali postclassiche hanno radici e germi già nella giurisprudenza classica degli ultimi decenni, non implica affatto, né lo potrebbe, la conseguenza per cui vi sarebbero stati, nell'ultima età classica, giuristi ancora « classici » e giuristi, viceversa, « non classici ». Al di sotto delle figure più o meno eminenti dei giurisperiti dell'epoca vi sarà certo stato, come in ogni tempo, il sottobosco dei pratici, degli avvocati, dei divulgatori, dei notai: questo sí. Tuttavia, è arbitrario includere in questo sottobosco i nomi, quali che siano, dei giuristi classici che noi conosciamo. Anche se si è trattato di figure socialmente meno elevate, anche se si tratta di personaggi di limitata levatura mentale, si tratta pur sempre di giuristi, e di giuristi classici.

In altre parole, allo storiografo è lecito, dopo aver misurato tutti i giuristi del principato col metro della critica, affermare, mettiamo, che Giuliano eccelle in confronto a Pomponio, o che Scevola val più di Papiniano, o che Modestino, nei confronti degli altri, è un decadente. Ma non è lecito allo storiografo affermare *a priori* che certi giuristi, sol perché esercitarono attività di insegnamento, sono da qualificare « minori », o magari, addirittura, « non classici » rispetto agli altri che tale attività non esercitarono. A parte il fatto che anche questi giuristi, ed in particolare Gaio, scrissero, come gli altri, opere di casistica o di com-

¹⁵ Cfr. particolarmente SCHULZ, *Die Ulpianfragmente des Papyrus Rylands 474 und die Interpolationenforschung*, in ZSS. 68 (1951) 1 ss.; WOLFF, *Zur Ueberlieferungsgeschichte von Ulpian's Libri ad Sabinum*, in *Festschr. Schulz* (1951) 2. 145 ss.; WIEACKER, in vari studi e da ultimo in *Studi Arangio-Ruiz* cit. 4. 241 ss.

mento; a parte il fatto che anche gli altri giuristi scrissero, talvolta, come questi, opere didattiche o elementari o divulgative; come si concilia questa tesi con la limpidezza e la incisività delle *Institutiones* di Gaio?

4. — Ma il Kaser¹⁶ pone in dubbio proprio la limpidezza e la incisività delle *Institutiones* gaiane e fonda appunto su queste ultime il suo tentativo di dimostrare l'esistenza di una giurisprudenza non classica nel quadro del diritto romano classico. Quelle che nel libro del Kunkel erano affermazioni un po' vaghe ed incerte, e in ogni caso scarsamente impegnative, si trasformano, nella monografia del Kaser, in una tesi ben precisa, determinativa di importanti conseguenze esegetiche e metodologiche. Ecco il motivo per cui occorre dedicare particolarissima attenzione alle insidiose argomentazioni dello studioso di Münster.

Secondo il Kaser, dunque, Gaio, l'autore delle *Institutiones*, pur essendo vissuto nel pieno della così detta « età classica » della giurisprudenza romana, non fu spiritualmente un giurista classico. Anzi, secondo il Kaser, tutti gli autori « scolastici » dell'età post-adrianea debbono essere decisamente considerati, dal punto di vista culturale e spirituale, non classici, fatta eccezione per Paolo ed Ulpiano, i quali « die ersten Klassiker sind, die einerseits die höchsten Aemter der Staatslaufbahn bekleiden und andererseits sich doch nicht scheuen, selbst Institutionenwerke zu verfassen »¹⁷. Nelle sue grandi linee, ammette il Kaser, il quadro gaiano è veritiero, corrisponde allo stato del diritto romano classico; tuttavia l'opera è infarcita di imperfezioni e di errori, sia formali che sostanziali, i quali non vanno affatto addebitati all'intervento malaccorto di annotatori postclassici, o comunque non classici (nel senso beseleriano della parola), ma vanno attribuiti alla stessa costituzionale imperfezione di Gaio come giurista, cioè alla sua « non classicità ».

Quali le conseguenze di questa tesi?

Una prima conseguenza la enuncia lo stesso Kaser, affermando che la critica romanistica si è posta fuori strada, ravvisando glossemi più o meno numerosi nelle Istituzioni gaiane¹⁸. La seconda, inevitabile, importantissima conseguenza la enunciamo noi: se Gaio deve essere considerato un giurista « non classico », sia nella forma che nella sostanza, il quadro che le *Institutiones* ci offrono del diritto romano classico non può essere considerato attendibile *a priori*, come finora si è fatto, ma

¹⁶ Cfr. particolarmente la Zusammenfassung a p. 176 ss.

¹⁷ Cfr. p. 137.

¹⁸ Cfr. p. 177 s.

presta il fianco, sino a prova contraria, agli stessi sospetti, cui prestano il fianco le *Regulae* dello pseudo-Ulpiano, le *Sententiae* dello pseudo-Paolo o gli stessi frammenti accolti nella Compilazione giustiniana. E siccome, in particolare, essenzialmente sulle attestazioni di Gaio si basa la costruzione dell'importantissimo settore del processo privato ordinario¹⁹, ne consegue ulteriormente che molto vi è da dubitare circa la rispondenza di questa ricostruzione al vero stato del diritto romano preclassico e classico.

Alla imperiosità della seconda conseguenza, da noi enunciata, il Kaser, peraltro, cerca di sfuggire, affermando, nella conclusione del suo articolo²⁰, che, viceversa, le sue ricerche lo pongono in condizione di dire che la sostanziale attendibilità di Gaio come espositore del diritto romano classico può rimanere intatta: « die sachliche Substanz seines Werkes bleibt nach wie vor das Recht des klassischen Zeitalters ». Ma, anche a voler ammettere che tutti i singoli saggi operati dal Kaser abbiano effettivamente portato alla conclusione che Gaio rappresenti con sostanziale fedeltà lo stato del diritto classico, non può conseguirne la sicurezza che, in ogni altro caso, il nostro giurista sia parimenti fedele e comprensivo nell'espone gli istituti del *ius privatum* dell'età del principato. Non la sicurezza, e nemmeno una particolare fiducia. A costo di contraddirsi rovinosamente con la premessa, secondo cui Gaio sarebbe un giurista « non classico ».

Comunque, prima di definire e concludere queste nostre critiche alla sorprendente e contraddittoria teoria del Kaser, sarà opportuno passare in rapida rassegna gli indici di identificazione della « non classicità » di Gaio e dei giuristi di scuola dell'età post-adrianea, così come l'eminente studioso tedesco ce li offre.

5. — Costituirebbero, in primo luogo, indici della non classicità di Gaio alcune particolarità del suo stile, che coincidono con particolarità dello stile delle scuole postclassiche. Giustamente il Kaser²¹ combatte il tentativo di alcuni ipercritici, i quali hanno voluto defalcare dalle *Institutiones* tutte queste particolarità per attribuirle ad inserzioni postclassiche. Non è il caso di addentrarsi nella polemica. La critica gaiana, anzi in generale la critica esegetica, è andata davvero oltre ogni segno in questa caccia a modi di dire, che sono per lo più, effettivamente, carat-

¹⁹ Lo riconosce e dichiara anche il Kaser, a p. 127.

²⁰ Cfr. p. 178.

²¹ Cfr. p. 131 ss.

teristici delle rielaborazioni giurisprudenziali postclassiche, ma che non per questo debbono essere, sempre ed in ogni caso, considerati esclusivi del linguaggio postclassico.

Tuttavia, il Kaser, nel combattere un certo rigorismo critico, ve ne sostituisce, inavvertitamente, un altro. Egli nega che certi modi di esprimersi siano stati esclusivi delle scuole postclassiche, ed afferma perciò la loro piena compatibilità con lo stile di Gaio; ma subito dopo egli afferma che questi modi di esprimersi sono indicativi di mentalità « non classica »: il che è arbitrario²². Per qual motivo sarebbe « non classico » un modo di dire, una certa particolarità stilistica, se esso è riconosciuto proprio di giuristi vissuti nell'età classica? Forse perché si tratta di « stile scolastico » (« Schulstil »)? Ma per qual mai motivo lo stile scolastico deve essere dichiarato non classico, se risulta che attività scolastica fu svolta anche in età classica?

Io sono pienamente d'accordo con il Kaser nell'obbiettare ai critici di Gaio che, se questi si è trovato ad usare modi di dire, che sarebbero poi stati caratteristici delle scuole postclassiche, ciò fu per il fatto che egli perseguiva lo stesso fine didattico di quelle scuole. Ma con questo non ritengo di poter ammettere che lo stile scolastico sia « non classico », perché non ho elementi (a meno di ricorrere, come il Kaser, ad una petizione di principio) per affermare che l'attività didattica non fosse una attività giurisprudenziale classica.

L'attività didattica fu una particolare forma dell'attività giurisprudenziale classica. Come tale, implicò particolari caratteristiche di stile. Come tale, implicò, inoltre, particolari accorgimenti espositivi e classificatori. Chi non ha tenuto conto di ciò ed ha subito gridato, di fronte a queste particolarità di forma e di sostanza, al glossema postclassico, ha commesso certamente un grosso errore. Ma certamente commette un errore parimenti grave chi, di fronte alle stesse particolarità, parla di « non classicità » degli autori istituzionisti romani.

6. — Altro indice della asserita non classicità di Gaio sarebbe, secondo il Kaser²³, la sistematica generale del suo manuale, che egli giu-

²² Ben diversamente, il PRINGSHEIM (*Beryt und Bologna*, in *Festschr. Lenel* [1921] 204 ss.) ebbe a constatare che alcune particolarità dello stile delle Scuole d'Oriente trovano rispondenza nelle *Institutiones* di Gaio: col che il P. né volle sostenere il carattere postclassico del manuale gaiano, né volle sostenerne il carattere non classico.

²³ Cfr. p. 135 ss.

dica razionalmente criticabile. La distinzione dell'« *omne ius quo utimur* » in tre branche, a seconda che « *vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet* »²⁴, la particolare concezione delle *res* come suddivise in *corporales* ed *incorporales*²⁵, queste ultime comprensive di tutti gli istituti giuridici diversi dal *dominium*, sono, per fermarci ad esse, costruzioni estranee alla tradizione giurisprudenziale romana pregaiana e, per di più, visibilmente artificiose²⁶. Ecco il motivo per cui vanno ritenute, secondo il Kaser, non classiche.

Ma ancora una volta io sento il bisogno di reagire a questo modo aprioristico di ragionare.

Definire non classica la sistematica gaiana perché non corrisponde alla tradizione giurisprudenziale precedente significherebbe intendere che i giuristi classici avevano la caratteristica deteriore della pedissequità. Ora, essi furono notoriamente tradizionalisti, ma non furono certamente pedissequi, ché anzi rivissero sempre con originalità le dottrine e gli insegnamenti ricevuti dai loro predecessori.

Definire non classica la sistematica gaiana perché razionalmente poco convincente, significherebbe dover definire, a maggior ragione, non classica la sistematica, anzi la « asistematica » ancor più rudimentale dei predecessori di Gaio.

Definire non classica la costruzione gaiana per il motivo che i giuristi romani classici spregiarono, a torto o a ragione, i sistemi espositivi troppo complessi significherebbe condannare al marchio della non classicità anche Paolo e Ulpiano, posteriori di Gaio, ai quali il Kaser²⁷ riconosce il carattere di giuristi classici, pur dando atto di ciò, che essi accolsero di buon grado nelle loro opere scolastiche le costruzioni di Gaio e di altri scrittori didattici dell'epoca.

Definire, infine, non classica la sistematica gaiana perché indice di mentalità astratta, tortuosa, alessandrina e così via dicendo, significherebbe incolpare duemila anni circa di tradizione giuridica dei popoli latini del grave peccato di non aver reagito ad un sistema espositivo, di cui invece fu sempre altamente apprezzato il valore didattico, sino ai giorni nostri²⁸.

²⁴ Cfr. Gai 1.8.

²⁵ Cfr. Gai 2.12 e KASER, *cit.* 142 ss.

²⁶ Sul punto v. in particolare WIEACKER (*cit. retro* nt. 7) *passim*.

²⁷ V. *retro* n. 4 e nt. 17.

²⁸ Ma poi è realmente tanto criticabile la sistematica gaiana, sia sul piano razionale che su quello della tradizione romana antecedente? Io penso, francamente,

7. — Considerazioni analoghe valgono per gli altri argomenti adottati dal Kaser a sostegno della sua tesi.

Come esempi di sistemazioni infelici, e quindi di sapore « non classico », egli²⁹ adduce i seguenti: la tripartizione della *capitis deminutio* in *maxima*, *media* e *minima*; la tripartizione delle *leges* in *perfectae*, *minus quam perfectae*, *imperfectae*; la differenziazione delle servitù prediali in *iura praediorum urbanorum* e *rusticorum*; la distinzione degli *interdicta* in *adipiscendae*, *retinendae* e *recuperandae possessionis*; la concezione naturalistica (« *naturalis ratio* ») del *ius gentium*; la concezione della *iurisdictio* pretoria come fonte di un vero e proprio sistema normativo (« *ius praetorium* »); la ripartizione di tutto l'ordinamento giuridico in *ius privatum* e *ius publicum*; la quadripartizione delle obbligazioni contrattuali in *re*, *verbis*, *litteris* e *consensu*. Come esempi di storture concettuali addebitabili a mentalità « non classica » di Gaio, il Kaser³⁰ aggiunge i seguenti: la concezione del *duplex dominium*; quella della *quasi possessio*; quella del *bonum et aequum* come fondamento di azioni processuali; quella dell'*actio rei uxoriae* come *bonae fidei iudicium*; la qualificazione come *obligationes ex delicto* anche di obblighi derivanti dall'*ius honorarium*; la tendenza a generalizzare decisioni eccezionali di specie della giurisprudenza classica.

Ora, anche senza seguire il nostro contraddittore in ogni singolo argomento, è chiaro che, con la formula del Gaio « non classico » da lui adottata, viene a mancare allo studioso ogni mezzo critico per la valutazione delle *Institutiones*: da un lato, alcune sistematiche, essendo di marca scolastica, sono giudicate non classiche, pur avendo una sufficiente

di no. Raggruppare gli istituti del diritto privato romano intorno ai tre nuclei della *persona* (libera o meno), delle *res*, nel senso di rapporti estranei alla condizione giuridica della *persona*, e, infine, delle *actiones* a tutela dei propri diritti, è stata a mio avviso, una soluzione espositiva singolarmente felice. Quanto alla distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*, va rilevato, contro troppo facili critiche, che essa coglie almeno, e felicemente, una caratteristica peculiare della mentalità tradizionale romana, la quale tende ad identificare il diritto subbiiettivo con l'appartenenza di una entità extrapersonale ad un soggetto giuridico. Ritenuto che avente diritto è per i Romani colui cui un *quid* appartiene; posto che, evidentemente, questa concezione si realizza esclusivamente per il *dominium*, sia pure *lato sensu*, cioè per l'appartenenza di *res* corporali ad un soggetto giuridico; ne viene di conseguenza l'opportunità di raffigurare come altrettante *res* appartenenti al soggetto i diritti diversi dal *dominium*: di raffigurarli, ovviamente, come altrettante *res* figurate, *incorporales*.

²⁹ Cfr. p. 141 ss.

³⁰ Cfr. p. 164 ss.

giustificazione didattica; dall'altro, alcune concezioni, comunemente giudicate postclassiche perché deboli o erranee, sono ritenute genuine perché attribuite ad un autore non classico.

Il procedimento critico-esegetico si basa, come è ben noto³¹, su una ipotesi di lavoro: l'ipotesi che un giurista della età preclassica o dell'età classica scrivesse in buon latino, con una certa continuità logica e logico-giuridica, con rispetto di un certo ordine sistematico, ecc. Lo studioso delle fonti del diritto romano, pertanto, ha sino ad oggi operato analizzando i singoli testi dal punto di vista della forma, della logica generale, della logica giuridica, della sistematica, e così via, per giungere alla conclusione dell'alterazione o della rielaborazione postclassica, se ed in quanto queste analisi dessero un risultato contrario alla ipotesi di lavoro sopra ricordata. Chi abbracciasse la tesi del Kaser, si troverebbe nella impossibilità di continuare a lavorare, nella critica testuale, secondo queste direttive, perché all'accertamento di forme non classiche, di illogismi, contraddizioni giuridiche, ecc., non potrebbe più corrispondere la conclusione che il testo abbia subito alterazioni o rielaborazioni.

E del resto, sol che si scorra l'elenco degli argomenti addotti dal Kaser a riprova della non classicità di Gaio e dei giuristi didattici del suo tempo, facilmente ci si avvede che l'etichetta « non classico » viene promiscuamente applicata un po' a tutto, ed in particolare anche a concezioni che assai difficilmente possono essere state di quel tale giurista classico ipotetico, che costituisce la pietra di paragone delle nostre analisi testuali³².

³¹ Cfr. per tutti GUARINO, *Guida allo studio delle fonti giuridiche romane*³ (1954) *passim* e citazioni *ivi*.

³² Si aggiunga che il Kaser, preso dalla foga dimostrativa nei riguardi della sua tesi, ha inserito tra gli altri anche alcuni argomenti, che non possono essere in alcun modo presi in esame, ma che vanno pregiudizialmente respinti. Tale è, anzi tutto, l'argomento fondato sulla tricotomia delle *leges* in *perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae* (cfr. p. 141 s.): tricotomia singolarissima, che si trova enunciata solo in Ulp. 1.1-2, e che non si capisce perché mai debba essere, sia pure indirettamente, addebitata a Gaio, il cui manuale (indubbiamente servito di modello alle *Regulae* dello pseudo-Ulpiano) non ne fa cenno in 1.1-7. Lo stesso si dica per l'argomento fondato sulla dicotomia *ius publicum* - *ius privatum* (cfr. p. 156 s.): dicotomia non enunciata da Gaio, anzi da lui ignorata, perché, evidentissimamente, nel citato 1.1-7 né egli sembra riferirsi anche al *ius publicum*, né sembra voler limitare il discorso al *ius privatum*, ma parla genericamente dei « *iura populi Romani* » e delle loro fonti, facendo mostra di ignorare del tutto la dicotomia.

8. — Orbene, chi leggesse la monografia del Kaser soltanto nella sua parte « dimostrativa », prescindendo completamente dalla tesi enunciata dall'autore sulla non classicità di Gaio e dei giuristi di scuola del principato, non potrebbe facilmente sottrarsi, a mio avviso, a questa precisa impressione: che il Kaser sia riuscito, da par suo, e cioè in modo eccellente, a minimizzare certe asperità della critica romanistica moderna ed a mettere in vivida luce la « classicità » — sì, la classicità — di Gaio, la sua chiara comprensione del diritto dei suoi tempi e la sua originale rielaborazione sistematica, a fini didattici, dello stesso.

La conclusione, dunque, a cui qualunque lettore di buon livello giungerebbe, dopo la lettura di questa parte centrale e centrata dello scritto del Kaser, è proprio quella accennata dallo stesso Kaser nelle ultime righe del suo articolo³³: « Die sachliche Substanz seines Werkes (des Gaius) bleibt nach wie vor das Recht des klassischen Zeitalters; wir werden es aus ihm nur noch sicherer erkennen, wenn wir uns die Besonderheiten seiner Schrift immer deutlicher vor Augen führen ».

Ma, purtroppo, l'articolo del Kaser non contiene soltanto queste pagine e questa dichiarazione finale. Esso contiene anche altre pagine, troppe altre pagine, in cui l'eminente collega esprime e sottolinea questa sua tesi, della non classicità dell'autore delle *Institutiones* e di ogni altro giurista classico che abbia scritto, solo o principalmente, opere elementari didattiche. Sicché sorge inevitabile la necessità: o di ritenere erronea questa concezione della non classicità di un giurista classico, oppure di contestare la professione di fede in Gaio, come espositore del diritto romano classico, che il Kaser fa al termine della sua fatica.

Ed è evidente, io penso, che, si abbia o non si abbia fede nella attendibilità di Gaio (ma sopra tutto se la si abbia), radicalmente da escludere è la tesi della non classicità di lui, come di qualsivoglia altro giurista vissuto nell'età del principato.

Non solamente questa tesi è assurda in linea generale, ma è specificamente assurda con riguardo a Gaio, che non fu autore soltanto di opere elementari, ma anche di opere, che il Kunkel definirebbe caratteristiche della giurisprudenza genuinamente classica; tra cui il commento all'editto provinciale e quello all'editto urbico³⁴. Gaio ebbe, dunque, una doppia vita? O addirittura la sua personalità si sdoppiò? Possibile che siano coesistiti in lui un Dr. Jekyll « classico », ed un « non classi-

³³ Cfr. p. 178.

³⁴ Cfr. da ultimo WENGER, cit. *retro* nt. 1.

co » Mr. Hyde? La creazione fantastica dello Stevenson avrebbe avuto un precedente storico in quei giuristi romani dell'età del principato che, come Gaio, scrissero opere scolastiche accanto ad opere giurisprudenziali di altro tipo? O non è, piuttosto, da giudicare fantasiosa proprio l'ipotesi di chi ritiene che si sia potuto verificare in realtà, nella persona di Gaio o di altri giuristi coevi, qualcosa di analogo alla immaginosa vicenda stevensoniana?

A mio avviso, la risposta è ovvia. Si potrà essere, nella critica testuale in genere ed in quella gaiana in ispecie, più o meno conservatori, ma non si può contestare, sotto nessun aspetto, la verità lapalissiana costituita dal classicismo dei giuristi classici. Chi insistesse nel tentarlo non solo urterebbe contro la logica e contro la verosimiglianza storica, ma negherebbe la possibilità di un serio lavoro critico sui testi della giurisprudenza romana.

Se un estroso Mr. Hyde, che in tutti noi si annida e si agita, ha influito sulla formulazione della teoria della non classicità di alcuni giuristi classici, noi ci auguriamo che sopravvenga il saggio Dr. Jekyll a ridurre questa teoria nei limiti della ragionevolezza, riconoscendo che essa vale soltanto ad esprimere, in maniera particolarmente colorita, una sana reazione a certi rovinosi eccessi della critica romanistica.