

un giurista: cfr. in particolare 3.140), non significa, in senso immediato, ricco, altamente stimabile o inestimabile, ma significa, piú modestamente, che un *quid* è commisurato (come è proprio del *pretium*) ad un altro *quid*: una *ratio* che non sia commisurata alla spiegazione di una certa *regula iuris* non è « *pretiosa* », e ciò per il fatto che non è sufficiente al suo scopo, quindi non è bastantemente valida, ecco tutto.

Né, per completare questo rapido *excursus*, qualificherei felice la correzione che il Böhm suggerisce per 2.72, là dove si legge: *at si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium commune est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte quae proxima est, iuxta ripam praedia habent*. Gli editori sono unanimi nel correggere « *commune* » in « *communis* », ma il nostro autore lascia il « *commune* » intatto e sviluppa « *haec* » in « *hoc aequor (aequor)* », dando ad *aequor* il senso, noto solo alle fonti letterarie, di superficie. Ora, a parte che Gaio viene posto con ciò in netta contraddizione con gli altri giuristi romani (cfr. Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica* [1968] 42 ss.), anzi anche con sé stesso cfr. Gai. 2 *cott.* D. 41.1.7.3), e con sé stesso persino nell'ambito di 2.72 (in cui il secondo periodo, *si vero rell.*, continua a riferirsi all'*insula* e non alla sola superficie della stessa), leggiamo tutti insieme la motivazione di sostanza da cui ha preso le mosse il Böhm: la regola dell'isola nata nel fiume è fondata sul *ius gentium* e non sarebbe facilmente credibile che da tutti gli ordinamenti giuridici dell'antichità si sia potuta assegnare ai confinanti di una *insula in flumine nata* non solo la proprietà della sua superficie, ma anche l'utilizzazione del sottosuolo con diritti di scavo ed altri annessi e connessi.

Ecco una *ratio* che qualificherei poco o niente « *pretiosa* », ove si tenga presente la nota massima (ricavata da sonanti testi giuridici) in forza della quale il *dominium* immobiliare si estendeva, per i Romani, « *usque ad coelum et usque ad inferos* ». Ed ove ci si chieda, in aggiunta, a chi sarebbe dovuto andare il diritto al sottosuolo dell'*insula*, ove lo si fosse negato al proprietario rivierasco.

##### 5. IL « CLASSICISMO » DI GAIO.

1. In un suo elaborato scritto dell'ormai lontano 1953, M. Kaser sostenne che Gaio, pur essendo stato un contemporaneo dei giuristi

\* In *Atti Acc. Pontaniana* 32 (1983) 193 ss.

romani così detti « classici », fioriti nei primi due secoli e passa dell'era volgare, nella sua più intima sostanza, cioè nei modi suoi personali di fare e di esporre giurisprudenza, veramente « classico » non fu, ma fu piuttosto una specie di anticipatore della giurisprudenza dell'età successiva<sup>1</sup>. Una nuova maniera per escludere che le opere di Gaio, e in particolare le *Institutiones*, siano state inquinate da glossemi postclassici.

La tesi non mi convinse e vi reagii con un articolo del 1954 in cui contestai piuttosto vivacemente, sul piano metodologico, che il « classicismo dei giuristi classici » potesse, una volta definito nei suoi termini generali, essere negato in concreto a taluno tra i giuristi per l'appunto « classici ». Un articolo, il mio, che riscosse poco dopo la esplicita adesione di J.C. van Oven, il quale viene anzi solitamente citato come l'unico contraddittore delle opinioni kaseriane.

La questione della priorità nella replica alla dottrina kaseriana è, comunque, priva di ogni importanza, tanto più che l'adesione maggiormente ambita alle mie critiche è venuta dallo stesso Kaser nel 1963, e sopra tutto nel 1965, anno in cui ha avuto luogo a Napoli un simposio su « Gaio nel suo tempo ». In questa occasione il romanista germanico ha detto e scritto, ad esempio: « per me ora Gaio è veramente un classico », anche se ha aggiunto che si tratta di « un classico di tutt'altro tipo rispetto alla grande maggioranza degli altri, perché è un classico della scuola giuridica », cioè uno scolastico.

Sarò incontentabile, ma sento il bisogno, malgrado tutto ciò, di fare ancora un paio di messe a punto.

2. La prima messa a punto riguarda Gaio come « giurista classico minore ».

È una qualifica, quella di giurista « minore », che si può anche in qualche modo condividere: la dimensione di Gaio, ad esempio, è visibilmente diversa da quella di Celso o di Giuliano. Ma non si può acco-

<sup>1</sup> Sul tema: M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, in ZSS. 70 (1953) 127 ss.; A. GUARINO, *Il classicismo dei giuristi classici*, in *Scr. centenario Jovene* (1954) 227 ss.; J.C. VAN OVEN, *Gaius der Hochklassiker*, in T. 23 (1955) 240 ss.; M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (1966) 42 ss.; G. ARCHI, *Dubbi su Gaio*, in *Gaio nel suo tempo* cit. 12 ss.; G. DIOSDI, *Gaius der Rechtsgelehrte*, in ANRW. 2.15 (1976) 605 ss.; G. PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista*, in AA.VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (1981) 1 ss. V. anche: F. WIEACKER, « *Vulgarrecht* » und « *Vulgarismus* ». *Alte und neue Probleme und Diskussionen*, in *St. Biscardi* 1 (1982) 33 ss., con letteratura. Adde: P.C. KOP, *Beschouwingen over het zgn. « Vulgaire » Romeinse recht* (1980, non cons.), con la *rc.* di T. MAYER-MALY in T. 51 (1983) 165 ss.

gliere la qualifica di « minore » nei termini recisi, e sulla base delle succinte motivazioni, che si leggono nell'intervento del Kaser e altrove.

Giurista minore perché? Perché Gaio, dice il Kaser, fu prevalentemente (o sia pure esclusivamente) dedito all'insegnamento ed alla redazione di opere didattiche. Senonché, a parte il fatto che il carattere meramente didattico di tutte le opere di Gaio non è sostenibile, è stato fondatamente replicato da G. G. Archi che non è giusto « impoverire » il quadro complesso della letteratura giuridica classica con una graduazione tra giuristi creatori e giuristi accademici.

Abbia avuto o non abbia avuto egli il *ius publice respondendi*, si sia occupato o non si sia occupato del « Fallrecht » (cioè di quella casistica del diritto che, analogamente al vino generoso, rendeva il giurista romano, si fa per dire, « cavaliere »), sia stato egli un Romano di « Roma » o sia invece egli stato un romano (o non romano) di provincia (vi è stato chi è giunto a chiedersi se Gaio fosse una donna): ecco alcune tra le molte ragioni di dubbio che al personaggio di Gaio si collegano. Ma ecco anche, sia permesso di aggiungerlo, altrettante discussioni, il cui esito non influisce menomamente sulla determinazione della cifra del giurista. Sono lieto che questo mio convincimento sia stato confermato, tra gli altri, da G. Diósdí e da G. Pugliese.

Né può influire sulla valutazione riduttiva di Gaio il fatto che egli non risulti mai citato dai giuristi classici. Le spiegazioni avanzate a proposito di questo silenzio mancano, a mio parere, di una base sufficiente di attendibilità, e in certi casi mancano addirittura di una base decorosa di serietà. Senza stare qui a ripeterle, e tanto meno a discuterle, mi limito ad osservare quanto segue.

Mettiamo che la mancanza delle citazioni non derivi dal caso, in correlazione con la relativa scarsezza delle fonti (oltre tutto passate per mani postclassiche) di cui disponiamo. Mettiamo cioè, per inverosimile ipotesi, che nessun giurista classico (coevo o successivo) abbia fatto il nome di Gaio. E con ciò? Se anche nei primi tempi Gaio non trovò molto credito tra i colleghi giuristi, ciò non vuol dire che egli sia stato da meno di loro. Sta a dimostrare l'opposto la lettura di quel che resta delle sue opere e il successo che queste ultime riscossero nel mondo postclassico.

3. Ed ora alla seconda messa a punto.

Nel replicare alla tesi del Kaser sulla « non classicità » di Gaio, io non ho affatto equivocato, come sembra credere il Pugliese, circa il « significato particolare, ossia sostanziale e qualitativo, non cronologico », dato dal Kaser ai termini « classico », « classicità », « classicismo ». Nes-

suna « curiosa polemica », almeno da parte mia. Nessuna polemica « imperniata in parte sull'equivocità di quei termini polisensì », che tanto io quanto il Kaser avevamo inteso benissimo.

La mia reazione, come doveva dedursi anche e sopra tutto dal titolo dell'articolo, è stata proprio diretta, nella realtà, contro chi vuole distinguere tra « classicismo » e « volgarismo » in ordine ad una giurisprudenza, alla quale non nega, considerandola nella sua totalità, la qualifica di « classica », nel senso di primeggiante rispetto alla giurisprudenza romana dei tempi anteriori e, sopra tutto, dei tempi posteriori.

Se le connotazioni della « classicità » e dello stile « classico » si desumono, come effettivamente si desumono, dal modo di occuparsi di diritto che caratterizzò i « giuristi » professionali dell'età del principato (e dell'ultima età repubblicana), è pienamente lecito passare a dire che ben diverso dallo stile « classico » si manifesta lo stile « volgare » dei giuristi e delle cancellerie imperiali di Occidente nell'età del dominio, o anche quello dei giuristi e degli imperatori di Oriente in quell'età, nonché infine quello dei « non-giuristi » (ma « pratici », nel senso di pratici degli ambienti giudiziari e para-giudiziari) della stessa età (preclassica e) classica.

Tutto questo è lecito e può anche essere più o meno convincente. Ma non è metodologicamente corretto, almeno a mio parere, passare a distinguere tra classicismo e volgarismo nel seno di quella stessa giurisprudenza che si è assunta per definizione (a titolo di « postulato », direbbe qualcuno) come giurisprudenza complessivamente « classica ». È tutto.

## 6. L'INTELLIGENZA DI GAIO.

Perché Gaio, 3.90-91, indica come causa di *obligatio re contracta* il *mutuum* e la *solutio indebiti*, tralasciando la menzione del *commodatum*, del *depositum* e della *datio pignoris* di cui in Gai. *aur. D.* 44.7.1 e 5.3?

Il vecchio e ben noto problema (su cui, da ultimo, Kaser, *RPR.* 1.441 s., 449 e nt. 11; Grosso, *Il sistema romano dei contratti*<sup>3</sup> [1963] 111 s.) è stato ripreso in esame dal Wubbe (*Gaius et les contrats réels*, in *T.* 35 [1967] 500 ss.): il quale, lasciando da parte ogni questione circa il silenzio relativo alla *fiducia* (cfr. 507 nt. 16), avanza un'ipotesi indubbiamente originale, ma, se non erro, difficilmente accoglibile.

\* In *Labeo* 14 (1968) 115 s.