

verso il *liber singularis* sulla dote così come attraverso il *Dotalicion βιβλίον ἔν.* Questo legame sistematico si ritrova anche nel testo stesso delle Istituzioni gaiane. In quattro frammenti Gaio indica esplicitamente opere, al di fuori delle Istituzioni, che nel contenuto si identificano con i *libri singulares*:

1. Gai 1.188: *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus, in quot genera hae species ducantur, longa erit disputatio: Nam de ea re valde veteres dubitaverunt. Nosque diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus: Hoc solum tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Quintus Mucius; alii tria, ut Servius Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.* Gaio ritiene che non avrebbe senso trattare in questo luogo la sottile questione giuridica e indirizza i lettori ai *libri quos ex Quinto Mucio fecit*. È l'unico luogo in cui viene menzionata quest'opera. I *Digesta* non ne contengono alcun accenno. È opinione generale che Gaio abbia scritto quest'opera, che a giudicare dalla sua struttura sembrerebbe costituire un commentario con lemmi derivanti dall'opera di Quintus Mucius<sup>86</sup>. Inoltre, è immaginabile e, considerando il contesto didattico, anche probabile, che queste esposizioni siano state inserite anche nel *liber singularis* e che gli studenti fossero invitati a consultarlo.

<sup>86</sup> O. LENEL, *'Palingenesia'*, cit., Gaius nr. 481; F. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 253.

## IL SISTEMA DIDATTICO DI GAIO E IL SISTEMA DEI 'DIGESTA'

«Los libros resucitan cuando el olvido sepulta a sus plagiarios». N. Gómez Dávila<sup>1</sup>

**SOMMARIO:** Introduzione. – 1. La dote – una lacuna nelle Istituzioni di Gaio? – 2. L'integrazione della lacuna nelle Istituzioni di Gaio grazie al *'Dotalicion βιβλίον ἔν.'* – 3. L'*'Isolierung'* del diritto dotale nel sistema giuridico romano. – 4. I risultati

### *Introduzione*

Da dove proviene il sistema dei *Digesta*? Questa domanda è stata raramente posta e l'unica ri-

\* Testo basato in parte sulla relazione dell'autore al convegno *'Gaius noster'*. *Nei segni del Veronese*, tenutosi a Copanello (CZ) nel 2012, destinata alla pubblicazione nei relativi Atti. Una prima versione meno estesa dell'articolo è stata pubblicata sotto il titolo *Das didaktische System des Gaius*, in *ZSS*, CXXXI, 2014, 313 ss. Ringrazio di cuore la dott.ssa Giorgia Maragno (Ferrara) del suo inapprezzabile aiuto. Ringrazio anche Maria Lapadula (Zurigo) della traduzione.

<sup>1</sup> N. GÓMEZ DÁVILA, *Escolios a un texto implícito*, Madrid, 2009, 190.

sposta sinora fornita, ossia che il sistema dei *Digesta* corrisponda a quello dell'editto, non appare, come vedremo, convincente. Il presente articolo si prefigge l'obiettivo di proporre una nuova soluzione: il sistema dei *Digesta* è conforme al sistema didattico di Gaio che è, a sua volta, come cercheremo di mostrare, quasi identico al sistema pandettistico.

La prova di queste asserzioni prende le mosse dall'osservazione che le Istituzioni di Gaio non contengono un'esposizione del diritto dotale: osservazione, questa, già compiuta ma mai adeguatamente spiegata.

### 1. *La dote – una lacuna nelle Istituzioni di Gaio?*

Gaio fu certamente uno dei più importanti creatori di sistemi scientifici nella storia della giurisprudenza<sup>2</sup>: fu, come disse Honoré con un'asserzione che deve essere ancora verificata<sup>3</sup>, «l'architetto della codificazione giustiniana». Ma le Istituzioni mostrano un'importante lacuna: la dote. Essa non è trattata nelle Istituzioni, ma soltanto brevemente accennata in:

1. Gai 1.178 e 1.180 parlano del *tutor dotis constituendae gratia*.

<sup>2</sup> M. KASER, *La classicità di Gaio*, in *Gaio nel suo tempo*, a cura di A. Guarino e L. Bove, Napoli, 1966, 43.

<sup>3</sup> T. HONORÉ, *Gaius*, Oxford, 1962, XII.

*Omnem* § 1 come quello del periodo classico e, inoltre, di ritenere le affermazioni di Giustiniano al riguardo grossomodo come vere. Giustiniano, del resto, non avrebbe avuto motivo di nascondere i suoi meriti e la sua fatica alterando condizioni e istituzioni classiche senza farvi alcun accenno – in un frangente simile, la sua tendenza all'autocelebrazione sarebbe prevalsa.

Ulteriori spunti potrebbero emergere dalla ricerca che abbiamo attualmente in corso su PSI 1182 e P.Oxy 2103 e su P.Ant. III 153 nell'ambito del progetto di ricerca *Redhis Rediscovering the hidden structure - A New Appreciation of Juristic Texts and Patterns of Thought in Late Antiquity* di D. Mantovani e L. Pellicchi<sup>85</sup>. Ma sul punto sono ancora necessari approfondimenti.

### b. *Il carattere sistematico dell'ordine gaiano*

Per la ricostruzione dell'ordinamento degli studi bisogna tener conto del fatto che le Istituzioni, fondamentalmente, realizzano lo scopo di accennare brevemente a tutte le materie e di spiegare i termini fondamentali. L'approfondimento ha luogo, viceversa, nei successivi anni scolastici. Per far assurgere questo ordine a sistema, le singole parti devono dipendere l'una dall'altra. Un primo legame di tal genere si trova nella lacuna della dote e nel modo in cui è stata colmata attra-

<sup>85</sup> <http://redhis.unipv.it> (29. 10. 2014).

spondono ai corsi: nella *Const. Tanta*, così come nell'*Index Titulorum*, l'ordine dei corsi si presenta in questo modo (le terminologie variano leggermente e sono state qui raccorciate): **Πρώτα** / *Protorum* (D. lib. 1–4), *De iudiciis* (D. lib. 5–11), *De rebus* (D. lib. 12–19), *Singularium I–III* (D. lib. 20–22) e infine *Umbilicus: de dotibus, de tutelis, de testamentis, de legatis et fideicommissis* (D. lib. 23–36). I libri 37–50 non avevano un tale denominazione per il fatto che le prime parti (D. lib. 1–36) venivano insegnate oralmente, mentre i libri 37–50 erano destinati, assieme alle restanti parti dei lib. D. 1–36 che erano state tralasciate, allo studio autodidattico<sup>84</sup>.

Oltretutto, dalla tendenza classica di Giustiniano e dei suoi collaboratori sarebbe legittimo aspettarsi che l'ordinamento degli studi fosse stato almeno nominato, se esso si fosse considerevolmente differenziato dal vecchio ordinamento da loro riformato – ma su questo non viene spesa alcuna parola. Infine, va ricordato che i vecchi libri e passi dell'età imperiale sono stati utilizzati in modo inalterato fino all'epoca giustiniana, specialmente le Istituzioni di Gaio. Questo fatto è contrario ad una qualsiasi innovazione sul punto tra il secondo e il sesto secolo.

Il nostro metodo nella ricostruzione dell'ordinamento degli studi nel periodo classico consiste nell'intendere l'ordinamento degli studi *ante Const.*

<sup>84</sup> *Const. Omnem* § 5; TH. MOMMSEN, 'Praefatio', cit. 56, VII ss.

2. Gaio spiega in Gai 2.63 che è vietato al marito alienare il fondo dotale<sup>4</sup>.

3. Gai 3.95a tratta, secondo la ricostruzione del Kniep<sup>5</sup>, della *dotis dictio* in quanto negozio unilaterale<sup>6</sup>.

4. Gai 3.125 menziona un'eccezione alla *Lex Cornelia de sponsu* per il caso in cui vi sia la promessa di una dote<sup>7</sup>.

5. Nel quarto libro Gaio menziona l'azione pregiudiziale per accertare l'ammontare della dote (Gai 4.44)<sup>8</sup>. E infine l'*actio rei uxoriae* è inserita da Gaio nel catalogo dei *bonae fidei iudicia* (Gai 4.62 s.). Si tratta di una lettura molto difficile<sup>9</sup>, che è stata confermata da F. Briguglio in occasione del convegno su Gaio tenutosi a Copanello nel 2012.

Questi cenni appaiono ben diversi rispetto a ciò che ci si aspetterebbe da un'introduzione allo studio del diritto – poiché questo è ciò che sono

<sup>4</sup> J.F. STAGL, 'Favor dotis' – *Über die Sonderstellung der 'Dos' im Römischen Recht*, Wien, 2009, 33 s., 78 ss.

<sup>5</sup> G. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius tertius*, §§ 88–225, Jena, 1917, 5; lo segue U. MANTHE, *Die Institutionen des Gaius*, Darmstadt, 2004, 256.

<sup>6</sup> J.F. STAGL, 'Favor dotis', cit., 14.

<sup>7</sup> M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, München, 1971, 458.

<sup>8</sup> M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 348.

<sup>9</sup> P. KRÜGER, W. STUDEMUND, *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum*<sup>7</sup>, Berlin, 1923, XXXIII; V. CAPOCCI, *Ad Gai Institutiones IV*, 62 – *Rei Uxoriae Iudicium*, in *BIDR*, XXXVI, 1928, 139 ss.

primo anno che abbia letto solamente le Istituzioni non sa nulla della costituzione della dote, della sua conservazione durante il matrimonio, della sua restituzione dopo lo scioglimento e di quanto possa essere ritenuto da parte del marito. L'assenza della dote non si può banalizzare affermando che gli studenti avessero, in base alla loro vita quotidiana, una scarsa conoscenza della dote. La stessa cosa si potrebbe affermare anche in riferimento ai testamenti, ai contratti di compravendita e ai mutui. Queste ultime materie, però, sono trattate da Gaio. Perché, allora, il giurista tace riguardo alla dote, benché fosse un istituto importantissimo dal punto di vista sociale<sup>10</sup> e sofisticatissimo dal punto di vista giuridico<sup>11</sup>?

I. Una lacuna nel 'Codex Veronensis' per quanto riguarda la dote?

Forse nel *Codex Veronensis* era presente un capitolo sulla dote, che non ci è stato tramandato? Sappiamo che mancano tre *folia* del manoscritto Veronese (numeri 80, 126 e 194)<sup>12</sup>. Nel primo *folium* era svolta un'esposizione approfondita del

<sup>10</sup> A. BECHMANN, *Das Römische Dotalrecht*, Leipzig, 1863, 33 ss.

<sup>11</sup> La più importante esposizione del diritto dotale è sempre K. CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Gießen, 1870.

<sup>12</sup> U. MANTHE, *Die Institutionen*, cit., 15, e W. STUEDEMUND, *Gaii Institutionum Commentarii quattuor (Apographum)*, Leipzig, 1874.

zioni<sup>81</sup>. Liebs, che si è occupato recentemente, in modo molto approfondito, della formazione dei giuristi, non tratta la questione per il periodo classico.

a. *Il metodo della ricostruzione*

La seguente ricostruzione si basa sull'ipotesi che, dal punto di vista delle lezioni di diritto, tra il periodo di Gaio e quello di Giustiniano non sia cambiato molto. Questa congettura si basa, oltre che sulla legge generale del *vis inertiae*, anche sulle seguenti circostanze. Gli studenti dei singoli anni scolastici hanno, anche nel periodo giustiniano, prevalentemente nomi in latino: *dupondios*, *edictales*, *Papinianistae*, *λύταις*<sup>82</sup>. Inoltre, anche i corsi di studio hanno nomi in latino e vengono elencati da Giustiniano in modo talmente scontato e senza ulteriori spiegazioni che bisogna ritenere si tratti di una pratica consolidata, come aveva già supposto il Mommsen, il quale aveva incontrato un'approvazione generale<sup>83</sup>. Sia dalla *Constitutio Omnem* sia dall'*Index titulorum* sappiamo, inoltre, che i *Digesta* sono suddivisi in *partes* che corri-

<sup>81</sup> B. KÜBLER, voce *Rechtsunterricht*, in *RE*, Neue Folge, A I, Stuttgart, 1920, col. 399.

<sup>82</sup> *Const. Omnem* §§ 2–5.

<sup>83</sup> TH. MOMMSEN, 'Praefatio', cit., 56, IX; T. WALLINGA, *Tanta/Dedoken – Two introductory Constitutions to Justinian's Digest*, Groningen, 1989, 86; V. ARANGIO-RUIZ, *Precedenti*, cit., 323, 326; P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., 406; da vedere anche *Const. Tanta* §§ 1 e 2.

redazione del manoscritto per la pubblicazione non fosse perfetta o che un editore posteriore non trovasse più queste parti del manoscritto<sup>80</sup>. Siffatta teoria non spiega, però, il nesso evidente fra le Istituzioni e il *Liber singularis de re uxoria* – specialmente con riferimento a Giustiniano, il quale, seguendo la struttura di Gaio, non tratta del diritto dotale nelle sue Istituzioni.

#### V. *Il sistema didattico di Gaio*

Dal punto di vista dell'ordinamento degli studi, le Istituzioni non presentavano alcuna lacuna, poiché, già in origine, non erano state concepite con l'intento di contenere tutte le materie per i principianti. La dote sarebbe stata insegnata soltanto dopo lo studio delle Istituzioni. Questa conclusione è irrecusabile per il diritto giustiniano. Per Gaio, invece, bisogna dimostrare, in modo più preciso, che dal suo punto di vista i *libri singulares* erano legati alle materie delle Istituzioni in un sistema. Va, quindi, provato che le Istituzioni di Gaio fossero soltanto una parte dell'intero sistema gaiano e in cosa consistesse questo sistema. Per fare ciò, bisogna innanzitutto ricostruire l'ordinamento degli studi del periodo gaiano. I tentativi svolti finora sono stati poco entusiasmanti. Kübler si limita all'osservazione che su questo tema si possano fare solamente supposi-

<sup>80</sup> F. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 196.

testamento militare in riferimento al diritto successorio. Il secondo *folium* si trovava a cavallo tra il secondo e il terzo libro; il secondo libro termina esaminando il fedecommesso e il terzo inizia trattando della successione legittima: anche qui, nessun posto per la dote. Il terzo *folium*, infine, è inserito nel capitolo dedicato al processo per *legis actiones*. Possiamo, quindi, escludere che le Istituzioni contenessero un capitolo sulla dote che non ci è pervenuto. Anche nei *Fragmenta interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia* – nel 'Gaio di Autun'<sup>13</sup> – non si trovano tracce di un capitolo sulla dote. Lo stesso dicasi per le *Res Cottidianae*. Infine, anche l'*Epitome Gai* è muta in materia di dote<sup>14</sup>.

#### II. *Sussisteva un obbligo di Gaio di trattare la dote?*

Questa lacuna non va spiegata, dunque, con un caso connesso alla trasmissione del manoscritto<sup>15</sup>. Tuttavia, potremmo affermare che di lacuna si tratti soltanto se riuscissimo a dimostrare che Gaio poteva e doveva trattare della dote nelle sue Istituzioni. In caso contrario, non avremmo una lacuna nel senso proprio del termine, ma sola-

<sup>13</sup> V. FERRINI, V. SCIALOJA (ed.), *Fragmenta interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia*, in *BIDR*, XIII, 1901, 5 ss.

<sup>14</sup> Così la convincente interpretazione di *Gai Ep.* 1 pr. e 9 pr. condotta da H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von 'Gai Institutiones'*, Leiden, 1981, 127.

<sup>15</sup> Sull'opinione di Schulz v. par. 2.IV.

mente una proiezione delle nostre aspettative<sup>16</sup>. Che Gaio conoscesse a sufficienza e fosse interessato al diritto dotale è ben dimostrato dal suo commentario *Ad edictum provinciale*<sup>17</sup>, poiché esso conteneva, secondo la ricostruzione del Lenel, nell'undicesimo libro, un capitolo dal titolo *De re uxoria* e, altresì, un capitolo denominato *Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*<sup>18</sup>. Dall'*Index Florentinus* sappiamo, inoltre, che Gaio fu persino l'autore di una monografia sul diritto dotale: Γαίου...: 12. *Dotalicion βιβλίον ἔν*. Però di essa – a quanto ci consta – non è stato tramandato alcun frammento nei *Digesta*.

a. *La dote nella restante letteratura isagogica*

Dobbiamo, quindi, chiederci se la dote fosse rappresentata altrimenti nella letteratura isagogica. Il *Ius civile* di Q. Mucio Scevola *pontifex*, la prima esposizione didattica del diritto civile, risalente all'incirca al 100 a.C. – di cui sappiamo certamente poco – non conteneva un capitolo sulla dote<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 584, parla addirittura di un «complesso di sistematicità» in riferimento alla pandettistica romanistica.

<sup>17</sup> Su quest'opera, F. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, 123 ss.

<sup>18</sup> O. LENEL, *'Palinnesia Iuris Civilis'*, Leipzig, 1889, Gaius nr. 247–261.

<sup>19</sup> H. KRELLER, *'Res' als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in *ZSS*, LXVI, 1948, 579 s.; D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *ANRW*, II, XV, 1976, 223;

Sulla base di questa ipotesi, possiamo determinare in modo più preciso la natura del *Dotalicion βιβλίον ἔν*. Molto probabilmente, quest'opera era identica al *Liber singularis de re uxoria* che era, a sua volta, identico all'undicesimo libro del commentario all'editto di Gaio e, anche quest'ultimo, identico al 23esimo libro dei *Digesta*<sup>78</sup>. In tal modo, si spiegherebbe anche il motivo per cui il *Dotalicion βιβλίον ἔν* sia citato nell'*Index Florentinus* e non nei *Digesta*: la commissione avrebbe usato nel corso dei lavori *Dotalicion βιβλίον ἔν* per designare l'undicesimo libro *Ad edictum provinciale*. L'*Index Florentinus* era uno strumento provvisorio nelle prime fasi dei lavori preparatori della commissione – non si spiegherebbe altrimenti il suo carattere frammentario<sup>79</sup>. Che un'opera identica abbia diversi titoli in una raccolta provvisoria non deve sorprendere molto.

IV. *La tesi di Schulz riguardante la casuale lacuna della dote*

Chiarito questo punto, abbiamo acquisito gli strumenti necessari per discutere la tesi di Schulz al riguardo. Anch'egli è dell'opinione che Gaio avrebbe dovuto fornire un'esposizione del diritto dotale, oltre ad una trattazione completa dei contratti reali (mancano *commodatum*, *depositum* e *pignus*). La sua spiegazione di questa lacuna è che la

<sup>78</sup> Così anche G. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte*, cit., 25.

<sup>79</sup> L. WENGER, *Die Quellen*, cit., 588 ss.

al *Liber singularis ex collectione quidam tripartiti voluminis, quod pro dotibus composuimus uno libro excerpto*<sup>75</sup>. Il contenuto del *Liber singularis* di Gaio sulla dote era, dunque, molto probabilmente, simile, per non dire quasi identico, al libro 23 dei *Digesta*, escludendo i cambiamenti del diritto dotale che nel frattempo erano subentrati.

A prima vista può sembrare molto strano che una lacuna in un'opera isagogica sia colmata con l'aiuto dei *Digesta*. Come ha rilevato il Mommsen, però, è molto probabile che i *libri singulares* di Gaio fossero identici per contenuto ai libri 11 (*De re uxoria*), 12 (*De tutelis*), 17 (*De testamentis*) e 18 (*De legatis*) del suo commentario *Ad edictum provinciale*<sup>76</sup>. I *commentarii* dei giuristi romani non erano commentari nel senso moderno, ma, piuttosto, rendiconti stilizzati di funzionari per facilitare ai successori e ai novizi la padronanza della materia in questione. Erano concepiti con un'intenzione pedagogica ed erano, quindi, idonei ad un insegnamento approfondito<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Da vedere anche G. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte*, cit., 27, dove lo stesso giudizio è formulato in modo più cauto.

<sup>76</sup> TH. MOMMSEN, *Gaius*, cit., 36 n. 25; così anche PH.E. HUSCHKE, *Ed. maior*, cit., XXI.

<sup>77</sup> Da vedere U. BABUSIAUX, *Der Kommentar als Haupttext – Zur Gattung der 'libri ad edictum' Ulpianis*, in *Kommentare in Recht und Religion*, a cura di D.J. Kästle et al., Tübingen, 2014, 15 ss. L'autrice inserisce in questo nesso anche i commentari di Cesare; su ciò anche: W. RÜPKE, *Wer las Caesars 'bella' als 'commentarii'?*, in *Gymnasium*, XC, 1992, 201, 209 s.

Se così fosse, quest'assenza si potrebbe spiegare considerando il fatto che a quell'epoca il diritto dotale non doveva apparire di grande importanza agli occhi dei giuristi. Occorre, infatti, tener presente che il diritto dotale ruota attorno alla restituzione della dote. L'importanza di questo istituto dipende, quindi, dalla frequenza dei divorzi<sup>20</sup>. Il primo divorzio incolpevole, cioè non riconducibile a un delitto a sfondo morale della moglie, fu quello di Carvilio Ruga verso l'anno 230 a.C.<sup>21</sup>. Si potrebbe, quindi, supporre che ai tempi di Mucio fosse ancora possibile trattare la dote in 'quantité négligeable'. Sappiamo, invece, da Gellio che la prima monografia sul diritto dotale fu redatta, non molto tempo dopo, da Servio Sulpicio Rufo. È noto che Servio fu console nell'anno 51 a.C.<sup>22</sup>: da tale indicazione cronologica possiamo trarre la data di composizione approssimativa di questa monografia. L'istituto della dote aveva ormai a quel tempo assunto una tale importanza da essere ritenuto degno di essere esposto in una monografia. All'inizio del principato sembra, dunque, che

O. LENEL, *'Palingenesia'*, cit., 18, II, 60 nt. 2; F. SCHULZ, *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 111 ss. Su Q. Mucius adesso T. GIARO, voce *'Mucius' Nr. 9a*, in *Der Neue Pauly*, VIII, Stuttgart, 2000.

<sup>20</sup> C. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *La obligación de restitución de la dote y el nacimiento del divorcio en Roma*, in *REHJ*, XXX, 2008, 37; J.F. STAGL, *'Favor dotis'*, cit., 8 s.

<sup>21</sup> Gell. 4.3.2.

<sup>22</sup> W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*<sup>2</sup>, Wien, 1967, 25.

fosse diventato normale trattare della dote nelle opere isagogiche<sup>23</sup>. Nei *Libri tres iuris civilis* di Masurio Sabino, infatti, si trovava un capitolo sulla dote<sup>24</sup>. Lo stesso vale per le Istituzioni di Florenzio<sup>25</sup> e, molto probabilmente, anche per quelle di Marciano, ma, soprattutto, per il *Liber singularis regularum* (o *Tituli ex corpore Ulpiani* o *Ulpiani Epitome*), l'opera isagogica più simile alle Istituzioni di Gaio<sup>26</sup>, nel cui sesto capitolo si trova l'esposizione del diritto dotale che ci si aspetterebbe anche da Gaio (*Tit. Ulp.* 6.1-17).

[I. Costituzione della dote] (1) *Dos aut datur aut dicitur aut promittitur.* (2) *Dotem dicere potest mulier quae nuptura est et debitor mulieris, si iussu eius dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater avus paternus. Dare promittere dotem omnes possunt.* [II. Sorte della dote in caso di morte della moglie] (3) *Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit, aut adventicia, id est ea quae a quovis alio data est.* (4) *Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod*

<sup>23</sup> Un esame più ampio si trova in G. SCHERILLO, *Gaio*, cit., 145 ss.

<sup>24</sup> O. LENEL, *Das Sabinus-system*, in *Gesammelte Schriften*, a cura di O. Behrends e F. d'Ippolito, II, Napoli, 1990, 19 ss., 63 ss.; R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*<sup>2</sup>, Milano, 2001, 242 ss.; 187 ss.

<sup>25</sup> O. LENEL, *'Palinnesia'*, cit., Flor. nr. 2-4; s. anche F. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 189.

<sup>26</sup> H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 338.

	<i>Tituli de iudiciis et tituli de rebus</i>	<i>Libri singulares a) ex collectione quidam tripartiti voluminis, quod pro dotibus composuimus uno libro excerpto, b) ex duobus de tutelis et curationibus uno, c) ex gemine volumine de testamentis uno, d) ex septem libris de legatis et fideicommissi uno</i>
Terzo anno	<i>Tituli de iudiciis et tituli de rebus</i>	<i>De rebus vel de iudiciis</i>
	8 libri <i>responsorum Papiniani</i>	D. lib. 20-22
Quarto anno	18 libri <i>responsorum Pauli</i>	D. lib. 24, 25, 29, 31-36
Quinto anno	<i>Constitutiones</i>	<i>Codex Iustinianus</i>

Come abbiamo visto, entrambe le *Institutiones* non trattano della dote. In Gaio, questa lacuna era colmata – come risulta dal paragone tra il vecchio e il nuovo ordinamento degli studi – grazie al *Liber singularis de re uxoria*; in Giustiniano, grazie

*bil est antierius, quia quod primum est aliud ante se habere non potest (Const. Omnem § 2).*

*septem libris de legatis et fideicommissis et quae ea sunt simili modo uno tantum libro [lib. 30]<sup>73</sup>.*

Da tutto ciò, con l'aggiunta dei successivi anni di studio, risulta il seguente schema:

	Ordinamento degli studi pregiustiniano	Ordinamento degli studi giustiniano
Primo anno	Istituzioni di Gaio	Istituzioni di Giustiniano
	<i>Libri singulares, a) de illa vetere re uxoria, b) de tutelis, c) de testamentis, d) de legatis</i>	Πρῶτα
Secondo anno	<i>prima pars legum (corrisponde a πρῶτα<sup>74</sup>)</i>	<i>vel de iudiciis libros septem vel de rebus octo</i>

<sup>73</sup> *Const. Omnem* § 3. Il più preciso in riferimento a questo testo sfortunato F. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, Leipzig, 1913, 49 s.

<sup>74</sup> Approfondito in F. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare*, cit., 57 ss. Quest'interpretazione risulta chiaramente dall'opinione qui sostenuta dalla critica di Giustiniano al vecchio ordinamento degli studi, *Const. Omnem* § 1: *in secundo autem anno praepostera ordinatione habita prima pars legum eis tradebatur, quibusdam certis titulis ab ea exceptis: cum erat enorme post institutiones aliquod legere, quam quod in legibus et primum positum est et istam nuncupationem meruerit*. E più tardi riferendosi al nuovo piano degli studi: *In reliquam vero anni partem secundum optimam consequentiam primam legum partem eis tradi sancimus, quae Graeco vocabulo πρῶτα nuncupatur, qua ni-*

*si pater non sit, apud virum remanet. (5) Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit: quae dos specialiter recepticia dicitur. [III. Sorte della dote in caso di divorzio] (6) Divortio facto, si quidem sui iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem. Quodsi in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae: nec interest, adventicia sit dos an profecticia. (7) Post divortium defuncta muliere heredi eius actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit. [IV. Termini per la restituzione della dote] (8) Dos si pondere numero mensura contineatur, annua bima trima die redditur, nisi si ut praesens reddeatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur. [V. Diritti di ritenzione del marito] (9) Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. (10) Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris cuius in potestate est divortium factum sit: tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt, non in petitione. 11. Dos, quae semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit. Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviore mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. (13) Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae annua die reddi debet, ita ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum illa dote quae triennio redditur repraesentatio facit. [VI.*

*Impensae del marito] (14) Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur aut utiles aut voluptuosae. (15) Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit. (16) Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. (17) Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similibusque rebus.*

Possiamo, dunque, constatare che, mentre gli altri autori dello stesso periodo affrontano l'istituto della dote, Gaio sembra volutamente ometterla, dal momento che nelle sue Istituzioni non si individua agevolmente un luogo in cui inserire un capitolo sulla dote. In Gai 1.1-8 Gaio tratta di questioni generali del diritto. In Gai 1.9-47 segue un'esposizione dello *status* dei cittadini, dei *Latini Iuniani* e dei *dediticii*. Si esamina poi il diritto delle persone. Quest'ultima analisi è strutturata per mezzo delle tre forme di dominio *potestas*, *manus* e *mancipium* (Gai 1.48-141). Né per il diritto dotale né per il matrimonio presupposto vi è un luogo, se non si voleva aggiungere queste materie direttamente al diritto delle persone<sup>27</sup>.

Anche in seguito non c'è alcuno spazio per il diritto dotale. Al termine del diritto delle persone

<sup>27</sup> Ciò, tuttavia, non impedisce ad Ulpiano di trattare della dote (cap. 6) subito dopo la rubrica 5 *De his qui in potestate sunt*.

giustamente, che l'autore dei *libri singulares* sia da identificarsi in Gaio.

Dopo aver chiarito tale questione introduttiva, è ora possibile definire il contenuto del *Dotalicion βιβλίον ε'ν*.

### III. *Il contenuto del 'liber singularis de dote' e il 'Dotalicion βιβλίον ε'ν'*

Il contenuto del *liber singularis de dote* e del *Dotalicion βιβλίον ε'ν* emerge tracciando un paragone tra il vecchio e il nuovo ordinamento degli studi. Il nuovo stabiliva, per il primo anno, la lettura delle Istituzioni di Giustiniano e dei *πρώτα*, cioè dei primi quattro *libri* dei *Digesta*<sup>70</sup>. Nel secondo anno, era, invece, prevista la lettura di quattro estratti dai *Digesta* chiamati *libri singulares* (*Const. Omnem* § 3):

*Adiungi in secundi anni audientiam volumus quatuor libros singulares, quos ex omni compositione quatuordecim librorum [lib. 23–36] excerptimus<sup>71</sup>: ex collectione quidem tripertiti voluminis, quod pro dotibus composuimus [lib. 23–25]<sup>72</sup>, uno libro excerpto [lib. 23]. Ex duobus autem de tutelis et curationibus uno [lib. 26]: et ex gemino volumine de testamentis uno [lib. 28]: et ex*

<sup>69</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Precedenti*, cit., 321 ss.

<sup>70</sup> *Const. Omnem* § 2.

<sup>71</sup> Ciò va compreso nel senso di scelta e non di estratto. Lo si evince da una deduzione di *Const. Omnem* § 5.

<sup>72</sup> D. 23–1 *De sponsalibus*, 2 *De ritu nuptiarum*, 3 *De iure dotium*, 4 *De pactis dotalibus*, 5 *De fundo dotali*.

dalle condizioni storiche, che risulta l'ordine dell'editto, come spiega ancora Lenel<sup>64</sup>. L'ordine dei *Digesta*, invece, si spiega, secondo la nostra opinione, piuttosto con il vecchio ordinamento degli studi, ossia quello pregiustiniano<sup>65</sup>: la prima tappa è un approfondimento del libro 1 delle Istituzioni, in quanto questo tratta *πρῶτα* e la tutela. Poi segue un approfondimento dei libri 2-4 delle Istituzioni, per quanto questi trattano il diritto delle obbligazioni, il diritto delle cose e il diritto procedurale. Dopodiché, seguono, nello stesso ordine, i quattro *libri singulares* sulla dote, sulla tutela, sui testamenti e sui legati; anche queste materie erano già menzionate nelle Istituzioni, eccezione fatta per la dote. E con questo si giunge al 36esimo libro, fino al quale erano letti i *Digesta* durante le lezioni<sup>66</sup>. Quel che viene dopo nei *Digesta* non segue nessun altro principio apparente, se non quello di fornire tutto ciò che non costituiva materiale delle lezioni universitarie.

Un ulteriore argomento contro l'opinione che fosse Ulpiano l'autore dei *libri singulares* si ricava dalla sua mancata menzione; Giustiniano nomina, piuttosto, il 'suo' Gaio (*Const. Omnem* § 1). Perciò Mommsen<sup>67</sup>, Kniep<sup>68</sup> e Arangio-Ruiz<sup>69</sup> ritengono,

<sup>64</sup> O. LENEL, *'Edictum'*, cit., 17 ss.

<sup>65</sup> In questa direzione anche TH. MOMMSEN, *Ed. maior*, cit., IX (VIII).

<sup>66</sup> *Const. Omnem* pr. in fine.

<sup>67</sup> TH. MOMMSEN, *Gaius*, cit., 36 n. 25.

<sup>68</sup> G. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte*, cit., 23 ss.

Gaio passa immediatamente a trattare della tutela, introdotta dalle seguenti parole: *Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur* (Gai 1.142).

Nel primo libro, l'introduzione della dote sarebbe stata, dunque, difficilmente possibile a causa della struttura stessa del testo. Si pone, allora, la questione se l'istituto della dote potesse essere inserito nel secondo o terzo libro delle Istituzioni. In Gai 2.18-79, in cui si tratta dell'acquisto del dominio, Gaio avrebbe potuto aggiungere la dote come causa d'acquisto della proprietà. Ma, come è dimostrato da I. 2.1.41, in cui si considera la dote soltanto come *causa*, non è questo il luogo migliore per una trattazione più ampia. Anche la trattazione della *stipulatio* nel terzo libro non è il punto adatto per inserire la dote: essa è molto più che una stipulazione e può essere costituita anche attraverso una semplice *datio*<sup>28</sup>. La dote non si adatta, per gli stessi motivi, nemmeno alla parte dedicata alle obbligazioni *ex contractu* ed *ex delicto*. Anche nel quarto libro non sarebbe stata collocata correttamente, visto che esso costituisce, principalmente, un trattato del processo civile<sup>29</sup> e le

<sup>28</sup> *Tit. Ulp.* 6.1.

<sup>29</sup> M. KASER, K. HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., 8, 13; C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica Gaiana*, in *Nuovi Studi di Diritto greco e romano*, Roma, 1980, 241, 258. Un'analisi molto dettagliata del quarto libro si trova in G. FALCONE, *Ap-*

caratteristiche della dote non si esauriscono affatto in particolarità procedurali. Alla luce di tutto ciò, possiamo affermare che non vi fosse alcun posto per il diritto dotale<sup>30</sup>.

b. *Nessun «sistema unitario di una branca del sapere» presso Gaio?*

Torniamo alla questione principale, ossia se esistesse effettivamente un dovere di Gaio, quale autore di un manuale, di affrontare il tema della dote. L'affermazione contraria potrebbe trovare giustificazione nel modo di operare dei giuristi romani, messo in evidenza da Talamanca con riferimento specialmente a Gaio: «[I] giuristi romani si limitano a recepire una funzionalità essenziale del procedimento diairetico, che aveva più che altro carattere formale, ... l'uso delle classificazioni non si poneva, nei *veteres*, al livello di una complessa organizzazione del sapere giuridico. È infatti in funzione del sistema unitario di una branca del sapere che si possono porre profili metodologicamente impegnati dal punto di vista della

punti sul IV commentario delle Istituzione di Gaio, Torino, 2003, 169 s. e L. PELLECCHI, *La 'Praescriptio'*, Padova, 2003, 1 ss., 63. Egli arriva invece a una conclusione differenziata: Gai 4.1–81 azioni come «contenuto», Gai 4.82–114 azioni come «procedimento».

<sup>30</sup> H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 93.

	<p><b>Settima parte (parte finale; lib. 45–50)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Stipulazione (lib. 45)</li> <li>• Garanzia, novazione, adempimento, <i>acceptilatio</i>, stipulazioni pretorie (lib. 46)</li> <li>• <i>Libri terribiles</i> (diritto penale) (lib. 47–48)</li> <li>• Appello (lib. 49)</li> <li>• Amministrazione urbana, incarichi pubblici, <i>pollicitatio</i>, imposte, terminologia, regole (lib. 50)</li> </ul>
--	---

L'ordine dell'editto sembrerebbe persino troppo ristretto per lo scopo dei *Digesta* di rappresentare *totum ius* (*Const. Deo auctore* § 5). L'editto, infatti, contiene, per dirlo con le parole di Lenel, «nicht das Zivilrecht, die Zivilprozessordnung, das Aktionenrecht, sondern höchstens soviel von diesen Rechtszweigen als im *officium pratoris* liegt»<sup>63</sup>. Ed è proprio da questo, nonché

<sup>63</sup> O. LENEL, *'Edictum'*, cit., 16.

pretorie • Editto degli edili curuli	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Legati e fedecommissi (lib. 30–34)</li> <li>• <i>Lex Falcidia</i> (lib. 35)</li> <li>• <i>Trebellianum</i> (lib. 36)</li> </ul>
	<p style="text-align: center;"><b>Sesta parte (lib. 37–44)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Bonorum possessio, successio ab intestato</i> (lib. 37–38)</li> <li>• <i>Operis novi nuntiatio, damnum infectum, aqua pluvia arcenda, publicani, donazioni</i> (lib. 39)</li> <li>• <i>Liberalis causa, manumissiones</i> (lib. 40)</li> <li>• Acquisto del possesso e della proprietà (lib. 41)</li> <li>• Esecuzione (lib. 42)</li> <li>• Interdetti (lib. 43)</li> <li>• <i>Exceptiones</i> (lib. 44)</li> </ul>

classificazione della materia da esporre. Ma i giuristi romani non perseguivano di questi fini ...»<sup>31</sup>.

Potrebbe essere, quindi, proiezione di una moderna esigenza di sistematizzazione l'attendere da parte di Gaio un'esposizione della dote. E, in effetti, se Talamanca avesse ragione non ci si chiederebbe nemmeno il motivo per il quale Gaio non abbia trattato la dote. Tuttavia, nel caso specifico, appare del tutto lecito porsi tale interrogativo e presumere una lacuna. Da un lato, il diritto dotale è parte del canone del diritto civile dai *Libri tres iuris civili* di Masurio Sabino in poi. Dall'altro, l'eventuale omissione della dote sulla base dell'applicazione di un metodo più associativo che sistematico non si adatta a Gaio e alla sua aspirazione sistematica. Fuhrmann scrive, nella sua analisi del manuale sistematico nell'antichità, che le operazioni diairetiche di Gaio<sup>32</sup> – così clamorose ed efficienti<sup>33</sup> – non sono 'l'art pour l'art', ma sono funzionali al sistema del manuale e il sistema del manuale è funzionale all'intento didat-

<sup>31</sup> M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus – species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio Italo-Francese 'La filosofia greca e il diritto romano'*, II, Roma, 1977, 260.

<sup>32</sup> Sulle loro basi filosofiche e sul significato per il diritto in generale, ma anche riferendosi a Gaius D. NÖRR, *'Divisio' und 'Partitio'*, München, 1971, ora in *'Historiae Iuris Antiquae'*, II, a cura di T. Chiusi et al., Goldbach, 2003, 705, 730 ss.

<sup>33</sup> M. KASER, *La classicità*, cit., 42 ss.

tico<sup>34</sup>. Fu proprio Gaio ad essere, tra tutti i giuristi classici, il più sistematico e per questa caratteristica fu apprezzato particolarmente da Giustiniiano, il quale integra in modo mirato le citazioni del giurista in riferimento sistematico al diritto civile nella sua compilazione<sup>35</sup>. Tra queste, la più famosa è Gai 1 *inst.* D. 1.5.1 = Gai 1.8: *Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch: ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, 1960, 115; anche W. FLUME, *Die Bewertung*, cit., 176 ss.

<sup>35</sup> Sull'influenza della didattica di Gaio sui *Digesta* A. SOUBIE, *Recherches sur les Origines des Rubriques du Digeste*, Tarbes, 1960, 157 ss.

<sup>36</sup> Da vedere H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 242 ss. Altri esempi sono: Gai 1.1 = Gai 1 *inst.* D. 1.1.9, *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*. Gai 1.9 = Gai 1 *inst.* D. 1.5.3, *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*. Gai 1.11 = Gai 1 *inst.* D. 1.5.6, *Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt*. Gai 1.48, 50–53 = Gai 1 *inst.* D. 1.6.1, *Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*. Gai 1.55, *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus* rel.; Gai 1.98, 99; Gai 1.103 e 107 = Gai 1 *inst.* D. 1.7.2, *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate aut inperio magistratus velut praetoris* rel.; Gai 1.156 = Gai 1 *inst.* D. 26.4.7, *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius neposve ex eo, item patruus et patrum filius et nepos ex eo* rel. Gai 2.2–3; 2.8–14 = Gai 2 *inst.* D. 1.8.1, *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae*

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Velleianum</i>, compensazione, deposito (lib. 16)</li> <li>• Mandato, società (lib. 17)</li> <li>• Compravendita, locazione conduzione, (lib. 18–19)</li> </ul>
<p><b>Quarto paragrafo 'esecuzione e ricorso per nullità'</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Esecuzione personale (tit. 35–37)</li> <li>• Esecuzione reale (tit. 38–41)</li> <li>• Ricorso per nullità (<i>De sententia in duplum revocanda</i>) (tit. 42)</li> </ul>	<p><b>Quarta parte <i>Umbilicus</i> (lib. 20–27)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Pignus</i> (lib. 20)</li> <li>• Editto degli edili e <i>stipulatio dupl.</i> (lib. 21)</li> <li>• Interessi, prestito marittimo, atti, testimoni, prove, presunzioni (lib. 22)</li> <li>• Diritto matrimoniale e dotale (lib. 23–25)</li> <li>• Tutela (lib. 26–27)</li> </ul>
<p><b>'Allegati all'editto'</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Interdetti</li> <li>• <i>Exceptiones</i></li> <li>• Stipulazioni</li> </ul>	<p><b>Quinta parte <i>De testamentis et legatis</i> (lib. 28–36)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Testamenti (lib. 28–29)</li> </ul>

<p><i>certum (De rebus creditis)</i> (tit. 17)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Esercizio negoziale da parte di un altro (tit. 18)</li> <li>• <i>Bonae fidei iudicia</i> (tit. 19)</li> <li>• Azione dotale (tit. 20)</li> <li>• Filiazione (tit. 21)</li> <li>• Tutela (tit. 22)</li> <li>• Furto (tit. 23)</li> <li>• Diritto di patronato (tit. 24)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Usufrutto (lib. 7)</li> <li>• Servitù (lib. 8)</li> <li>• <i>Delictum</i> (lib. 9)</li> <li>• Divisione di confini, eredità, proprietà, <i>actio ad exhibendum</i> (lib.10)</li> <li>• Testimoni e periti, sepolcri e costi di sepoltura (lib. 11)</li> </ul>
<p><b>Terzo paragrafo 'Ricorsi giuridici sbrigativi' (speciali e sommarî)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Successione legale (<i>Bonorum possessio</i>) (tit. 25)</li> <li>• Testamenti (tit. 26)</li> <li>• Legati (tit. 27)</li> <li>• Processo di libertà (tit. 31)</li> <li>• <i>Iniuria</i> (tit. 35)</li> </ul>	<p><b>Terza parte <i>De rebus</i> (lib. 12–19)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Giuramento, <i>condictio</i>, luogo di adempimento, <i>actio depositi</i>, prestito (lib. 12–13)</li> <li>• <i>Actio exercitoria</i>, <i>Lex Rhodia</i>, <i>actio institoria</i>, <i>actio tributaria etc.</i>, <i>sc. Macedonianum</i> (lib. 14)</li> <li>• <i>Peculium</i> (lib. 15)</li> </ul>

Gaio arriva persino ad affermare apertamente che la compattezza e la completezza siano gli obiettivi della sua diligenza intellettuale:

Gai 1 *XII tab.* D. 1.2.1: *Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret* rel.<sup>37</sup>.

---

*humani. Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae* rel.; Gai 2.86–93 = Gai 2 *inst.* D. 41.1.10, *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus; item per eos seruos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et seruos alienos, quos bona fide possidemus: de quibus singulis diligenter dispiciamus* rel.; Gai 2.133f. = Gai 2 *inst.* D. 28.3.13, *Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes* rel.; Gai 3.135–137 = Gai 3 *inst.* D. 44.7.2, *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*; Res cottidianae lib. II = Gai 2 *rer. cott.* D. 41.1.1, *Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae* rel.; Res cottidianae lib. II = Gai 2 *rer. cott.* D. 44.7.1, *Obligations aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* rel.

<sup>37</sup> F.P. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo*, cit., 10, osserva: «La tendenza al discorso esauriente, che non lasci nulla fuori di sé, manifesta nell'uso dell'aggettivo che totalizza ed unifica, rivela un'attitudine semplificatrice, che divide per meglio comporre, non per analizzare. Le analisi gaiane hanno sempre valore dimostrativo dell'unità del sistema. Si direbbe che sono esercitazioni condotte con

## III. Risultati intermedi sulla lacuna della dote

Le Istituzioni di Gaio mostrano – è ormai lecito spingersi a tale affermazione – una lacuna riguardante la dote<sup>38</sup>; oltre a ciò, esse sono, come abbiamo notato, composte in modo da far ritenere che la necessità di rappresentare il diritto dotale non si sia avvertita, nonostante, com'è ovvio, essa sussistesse, visto che era il dovere del maestro di scuola fornire ai suoi studenti gli strumenti necessari. Gaio non affronta in maniera diretta il tema della dote nelle sue Istituzioni e sottolinea così – in modo certamente sottile – la necessità della sua trattazione. Sarebbe sorprendente se Gaio si fosse del tutto sottratto a questa esigenza. Mostrare come egli adempia a questa necessità sarà l'argomento della seguente esposizione.

## 2. L'integrazione della lacuna nelle Istituzioni di Gaio grazie al 'Dotalicion βιβλίον εἶν'

Qui di seguito si presumerà che Gaio non abbia delineato il diritto dotale nelle Istituzioni, ma, bensì, che lo abbia trattato in altro luogo, ossia nel già menzionato *Dotalicion βιβλίον εἶν*, e, inoltre, che tra questa monografia da un parte e la la-

metodo deduttivo a fini probatori di una ratio in cui tutto si tiene.»

<sup>38</sup> F. SCHULZ, *Geschichte*, cit., 196; G. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte*, cit., 27.

<ul style="list-style-type: none"> <li>5)</li> <li>• <i>Postulatio</i> (tit. 6)</li> <li>• <i>Vadimonium</i> (tit. 7)</li> <li>• Rappresentanza processuale (tit. 8)</li> <li>• <i>Calumnia</i> (tit. 9)</li> <li>• <i>Restitutio in integrum</i> (tit. 10)</li> <li>• <i>De receptis</i> (tit. 11)</li> <li>• Garanzie (tit. 12)</li> <li>• Giudicato formale <i>Quibus causis praeiudicium fieri non oportet</i>] (tit. 13)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inefficacia di negozi giuridici, capacità giuridica, responsabilità dei armatori, ecc. (lib. 4)</li> </ul>
<p><b>Secondo paragrafo “ricorsi ordinari”</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedure processuali (tit. 14)</li> <li>• Ricorsi giuridici per la difesa di beni materiali (tit. 15)</li> <li>• Cadaveri, sepolture (tit. 16)</li> <li>• Azione per un</li> </ul>	<p><b>Seconda parte <i>De iudiciis</i> (lib. 5–11)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Competenza per territorio, competenza per materia (quota legittima), <i>hereditas petitio</i> (lib. 5)</li> <li>• Azione di rivendica, <i>actio publiciana</i> (lib. 6)</li> </ul>

Giustiniano<sup>58</sup>, desueto. Di conseguenza, Lenel indica i commentari all'editto e non i *Digesta* come la fonte più sicura per la ricostruzione dell'editto e dichiara che quello di Paolo – che, secondo la sua opinione, differisce ampiamente dai *Digesta*<sup>59</sup> – sia il più autentico, proprio perché è quello più illogico, in quanto una cosa così mal ordinata «nimmermehr im Kopf dieses Juristen entstanden ist»<sup>60</sup>. Il nesso mancante tra *Digesta* ed editto verrà evidenziato sulla base della seguente contrapposizione:

Editto <sup>61</sup>	<i>Digesta</i> <sup>62</sup>
<p><b>Primo paragrafo “paragrafo introduttivo”</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Giurisdizione municipale (tit. 1)</li> <li>• Giurisdizione generale (tit. 2)</li> <li>• Edizione delle azioni (tit. 3)</li> <li>• <i>Pacta</i> (tit. 4)</li> <li>• <i>In ius vocatio</i> (tit. 5)</li> </ul>	<p><b>Πρῶτα (lib. 1–4)</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Filosofia, storia, metodo, fonti del diritto, soggetti del diritto, oggetti del diritto, costituzione (lib. 1)</li> <li>• <i>De iurisdictione</i>, patti e transazioni (lib. 2)</li> <li>• <i>Postulatio</i> e rappresentanza legale (lib. 3)</li> </ul>

<sup>58</sup> M. KASER, K. HACKL, *Zivilprozessrecht*, cit., 517 ss.

<sup>59</sup> O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, 11.

<sup>60</sup> O. LENEL, *'Edictum'*, cit., 6, 12 s.

<sup>61</sup> Da vedere O. LENEL, *'Edictum'*, 31 ss.

<sup>62</sup> *Const. Δέδωκεν/Tanta* §§ 2–8.

cuna nelle Istituzioni dall'altra sussista un nesso sistematico<sup>39</sup>, tale da poter parlare di un'integrazione da parte di Gaio della lacuna nelle Istituzioni attraverso questa monografia.

Questo nesso avrebbe – una volta provato – degli effetti più ampi: da esso scaturirebbe una diversa comprensione del sistema gaiano e, quindi, una diversa comprensione della struttura dei *Digesta*.

#### I. *La lacuna della dote nelle Istituzioni di Giustiniano*

Tra la lacuna nelle Istituzioni gaiane e la monografia sulla dote sussiste evidentemente un nesso. Potremmo ritenere che Gaio abbia colmato la lacuna con l'opera menzionata solo a condizione che tra la monografia e le Istituzioni sussista un nesso sistematico. La prima tappa necessaria per rispondere a questa domanda è constatare come una trattazione sulla dote non manchi solo nelle Istituzioni di Gaio, ma anche nelle Istituzioni di Giustiniano. La dote viene menzionata solamente nei seguenti passi di Giustiniano:

1. In I. 1.10.12, sotto la rubrica *De nuptiis*, che avrebbe potuto precedere un titolo *De dotibus*, troviamo semplicemente l'affermazione che la

<sup>39</sup> PH.E. HUSCHKE, *'Praefatio'*, in E. SECKEL, B. KÜBLER, *Gai Institutionum Commentarii Quattuor*<sup>6</sup>, Leipzig 1903, XXI, e di recente nuovamente R. QUADRATO, *Le Istituzioni nell'insegnamento di Gaio*, Napoli, 1979, 34 ss.

dote presuppone un matrimonio valido – niente di più.

2. I. 2.1.41 e I. 4.6.4 trattano della dote come causa del trasferimento della proprietà.

3. I. 3.24.3 *idem* per il possesso.

4. I. 2.7.3 spiega che la dote può essere accresciuta anche dopo la sua costituzione.

5. I. 2.8 pr. parla dell'inalienabilità del fondo dotale. I. 2.20.15 tratta della *dos* regalata.

6. I. 3.1.2a esamina della dote come prova della volontà di essere marito e moglie.

7. I. 3.19.14 analizza il caso di una condizione superflua e quindi invalida della promessa di dote.

8. I. 4.6.29 tratta dell'*actio* di dote come *bonae fidei iudicium*.

9. I. 4.6.37 infine limita la responsabilità del marito all'*id quod facere potest*.

Nonostante Giustiniano dichiarò, nella costituzione introduttiva alle Istituzioni, di voler dare *totius legitimaе scientiaе prima elementa* alle sue Istituzioni<sup>40</sup> e nonostante vi siano dieci titoli riguardanti la dote nei *Digesta* e nel *Codex*<sup>41</sup>, non ritiene necessaria una rappresentazione generale del diritto

<sup>40</sup> *Const. Imperatoriam* §§ 4 s.

<sup>41</sup> *De fundo dotali* (D. 23.5 e C. 5.23), *De pactis dotalibus* (D. 23.4), *De dote cauta et non numerata* (C. 5.15), *De dote praelegata* (D. 33.4), *De dotis collatione* (D. 37.7), *De dotis promissione vel nuda pollicitatione* (C. 5.11), *De iure dotium* (D. 23.3 e C. 5.12) e infine *De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita* (C. 5.13).

c. *Il sistema dell'editto e dei 'Digesta'*

Per quanto concerne l'ultima argomentazione, va precisato che Giustiniano stesso non si basa sul sistema dell'editto per quanto concerne l'ordinamento degli studi da lui riformato. Quest'ultimo e il sistema dei *Digesta* sono palesemente paralleli, al punto che, per dimostrare siffatta affermazione, dobbiamo solamente confrontare i *Digesta* con l'editto. Il parallelismo tra ordinamento degli studi e struttura dei *Digesta* si manifesta nella parallela enumerazione, all'interno dell'*Index titulorum*, di libri e di paragrafi didattici<sup>56</sup>:

*Protorum lib. 1–5, De iudiciis lib. 1–7, De rebus lib. 1–8, Singularium/Antipapiniani lib. 1–3, De dotibus lib. 1–3, De tutelis et curationibus lib. 1–2, De testamentis lib. 1–2, De legatis et fideicommissis lib. 1–7, De bonorum possessionibus lib. 1–2*<sup>57</sup>.

Questa elencazione termina con il 36esimo libro dei *Digesta*. Essa riguarda, dunque, con l'eccezione dei libri 37-39, solamente i *libri* che erano presentati anche a lezione. Il seguente confronto tra editto e *Digesta* mostra in maniera evidente come le due strutture non abbiano niente in comune, circostanza che altrimenti sorprenderebbe, considerando che l'editto era, ai tempi di

<sup>56</sup> Panoramica in TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, Berlin, 1870, 'Praefatio', VII s.

<sup>57</sup> Da vedere O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1026 s.

Liebs<sup>50</sup>, ritengono che l'autore fosse Ulpiano. Tale convincimento deriva da una certa impostazione generale riguardo ai *Digesta*, secondo la quale l'ordinamento degli studi e dei *Digesta* che ne sono stati tratti si conformavano all'editto nella forma in cui è stato elaborato da Ulpiano (così soprattutto in Krüger<sup>51</sup> e anche in Soubie<sup>52</sup>).

Quest'opinione è retta da tre motivi. In primo luogo, il sistema dell'editto era, fino ad allora, l'ordine più autorevole del diritto. In secondo luogo, Giustiniano istruisce la commissione a trarre i titoli per i *Digesta* dal *Codex* e dall'*edictum*<sup>53</sup>, termine che si riferisce certamente al commentario all'editto di Ulpiano<sup>54</sup>. In terzo luogo, Giustiniano critica il vecchio ordinamento degli studi, nel quale l'insegnamento delle Istituzioni e dei quattro *libri singulares* non avveniva secondo l'ordine dell'editto<sup>55</sup>. Tuttavia, tale interpretazione è errata.

<sup>50</sup> D. LIEBS, *Juristenausbildung in der Spätantike*, in *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, a cura di Ch. Baldus, Tübingen, 2008, 34 s.

<sup>51</sup> P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., 377; lo segue V. ARANGIO-RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, ora in *Scritti di diritto Romano*, Napoli, 1974, II, 315, 321; P. JÖRS, voce '*Digesta*', in *RE*, Neue Folge, V, Stuttgart, 1905, col. 49; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 582.

<sup>52</sup> A. SOUBIE, *Recherches*, cit., 33 ss.

<sup>53</sup> *Const. Deo autore* § 5.

<sup>54</sup> P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., 377.

<sup>55</sup> *Const. Omnem* § 1.

dotale nelle sue Istituzioni. La lacuna nelle Istituzioni di Gaio si perpetua, dunque, anche nelle Istituzioni di Giustiniano. Questo parallelismo ci permette di trarre conclusioni sullo stato delle cose all'epoca di Gaio in paragone a quello nell'epoca giustiniana. Siamo, infatti, a conoscenza del modo in cui Giustiniano colmò questa lacuna e possiamo ricostruire da ciò il modo in cui fu colmata da Gaio. Questo risulta dal piano di studi del diritto, come viene riformato da Giustiniano con la Costituzione *Omnem*<sup>42</sup>.

## II. *Il nesso sistematico tra la lacuna in riferimento alla dote e il 'Liber singularis de illa vetere re uxoria'*

Il vecchio ordinamento degli studi prevedeva, per il primo anno, la lettura delle Istituzioni gaiane, di un *Liber singularis de illa vetere re uxoria*<sup>43</sup> e di tre ulteriori *libri singulares*, riguardanti la tutela, il testamento e i legati (*Const. Omnem* § 1):

*Et antea quidem, quemadmodum et vestra sit prudentia, ex tanta legum multitudine, quae in librorum quidem duo milia, versuum autum tricis centena extendebatur, nihil aliud nisi sex tantummodo libros et ipsos confusos et iura utilia in se perraro habentes a voce magistra studiosi*

<sup>42</sup> TH. MOMMSEN, *Gaius, ein Provinzialjurist*, in *Gesammelte Schriften/Juristische Schriften*, II, Berlin, 1905, 26, 35 n. 25; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden, 1970, *passim*.

<sup>43</sup> *Const. Omnem* § 1.

*accipiebant, ceteris iam desuetis, iam omnibus inviis. In his autem sex libris Gaii nostri institutiones et libri singulares quattuor, primus de illa vetere re uxoria<sup>44</sup>, secundus de tutelis, et tertius nec non quartus de testamentis et legatis connumerabantur* rel.

La *Constitutio Omnem* è, forse, la traduzione di un originale greco e contiene, a causa della sua stesura leggermente confusa dal punto di vista linguistico, una moltitudine di dubbi.

#### a. *I sex libri*

In primo luogo, bisogna porsi la domanda di che cosa venisse inteso con *sex libri*. Hugo riteneva che Giustiniano utilizzasse, in questa sede, l'espressione *liber* nel senso di 'corso': gli studenti, cioè, nell'arco di quattro anni, avrebbero seguito sei grandi corsi, di cui due consistevano nelle Istituzioni e altri quattro nei *libri singulares*<sup>45</sup>. Di quest'opinione furono più tardi anche Krüger<sup>46</sup> e Kniep<sup>47</sup>. Questa convinzione si basa sull'ipotesi che Giustiniano avrebbe utilizzato nella stessa

<sup>44</sup> Giustiniano parla della 'vecchia' dote, poiché in quest'opera la dote viene rappresentata nella forma vigente fino alla grande riforma del diritto dotale nel 530 d.C.: C. 5.13. Da vedere M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II<sup>2</sup>, München, 1975, 185 ss.

<sup>45</sup> G. HUGO, *Civilistisches Magazin*, II<sup>3</sup>, Berlin, 1812, 262 s.

<sup>46</sup> P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und der Literatur des römischen Rechts*<sup>2</sup>, München, 1912, 395 s.

<sup>47</sup> G. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte*, cit., 23 s.

frase il termine *liber* prima nel senso di 'libro' con una lunghezza standard e, successivamente, con il significato di 'corso' o 'lettura'. Ciò non è molto plausibile.

Non sono particolarmente convincenti nemmeno le opinioni di Mommsen e Karlowa, secondo le quali veniva letto, a quel che sembra, solo un estratto nella misura di due dei quattro libri delle Istituzioni di Gaio: di conseguenza gli altri quattro *libri* corrispondono ai quattro *libri singulares*<sup>48</sup>. Contro tale affermazione va detto, però, che una riduzione delle Istituzioni a due *libri* non è dimostrata in alcun luogo delle fonti; e, anche se così fosse stato, si pone la domanda sul perché Giustiniano avrebbe accettato una tale riduzione. A causa della mancanza di un'alternativa ragionevole, va seguita l'opinione di Hugo, dal momento che si accorda al meglio con l'ordinamento degli studi di cui parleremo tra poco.

#### b. *Ulpiano autore dei 'libri singulares'?*

A questa domanda è collegata un'ulteriore questione, riguardante l'identità dell'autore dei *libri singulares*. Krüger<sup>49</sup>, e recentemente anche

<sup>48</sup> TH. MOMMSEN, *Gaius*, cit., 26, 36 n. 25; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1895, 890.

<sup>49</sup> P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., 396.

2. Gai 3.33a: *Adbuc autem etiam alios conplures gradus praetor facit in bonorum possessionibus dandis, dum id agit, ne quis sine successore moriatur. de quibus in his commentariis consulto non agimus, quia hoc ius totum propriis commentariis exsecuti sumus. Hoc solum admonuisse sufficit* rel. Anche qui Gaio spiega che non avrebbe senso approfondire in questo luogo la domanda della successione legittima e indirizza il lettore ad un *commentarius proprius*, espressione che dovrebbe significare ‘ad un testo particolare’<sup>87</sup>. Si tratta, probabilmente, di un riferimento al *liber singularis de testamentis*.

3. Gai 3.54: *Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est. alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est.* Il testo si trova alla fine del capitolo sull’eredità delle donne manomesse (Gai 3.39 s.). Secondo l’ipotesi dell’Huschke, si tratterebbe dell’opera gaiana *Ad legem Iuliam et Papiam libri XV*<sup>88</sup>. Ci appare plausibile.

4. Gai 3.56. *Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus, id quod alio loco diximus, eos, qui nunc Latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos* rel. Anche qui si tratta, probabilmente, di un riferimento al *liber singularis de testamentis*.

5. Gai 2.97: *Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirentur: nam lega-*

<sup>87</sup> H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones*, III, Berlin, 1992, 81.

<sup>88</sup> PH.E. HUSCHKE, *Gaius*, cit., *a.b.l.*; H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones*, cit., 147.

*torum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus uideamus itaque nunc, quibus modis per uniuersitatem res nobis adquirantur.* Gaio rinvia ad una dettagliata esposizione del diritto dei legati. Questo viene in generale interpretato come un riferimento a Gai 2.191-289<sup>89</sup>. Considerando il solito metodo di Gaio, però, è molto più probabile intendere un riferimento al *liber singularis de legatis*.

Questi passi mostrano che Gaio ritiene possibile che gli studenti possano consultare i *libri singulares* per approfondire le questioni menzionate. Ciò presuppone, però, che i libri fossero accessibili agli studenti, ossia che fosse a loro disposizione, dunque, un tipo di biblioteca seminaristica o una raccolta di manuali<sup>90</sup>. Ci riteniamo, in particolare, legittimati a formulare quest'ipotesi poiché, secondo Giustiniano, gli studenti del quarto anno del vecchio ordinamento degli studi *Paulina responsa per semet ipsos recitabant*<sup>91</sup>. Inoltre, nella Roma di quel periodo vi era un gran numero di biblioteche pubbliche<sup>92</sup>, cosicché l'ipotesi di una tale biblioteca non sembra poi così peregrina. A questo contesto si accordano anche gli Scholia Sinaitica, un *post scriptum* di una relazione orale sulla base dei libri 35-39 del commentario *ad Sa-*

<sup>89</sup> PH.E. HUSCHKE, *Gaius*, cit., *a.b.l.*

<sup>90</sup> Scettico D. LIEBS, *Rechtsschulen*, cit., 237 s.

<sup>91</sup> *Const. Omnem* § 1 *in fine*.

<sup>92</sup> K. VÖSSING, voce *Bibliothek/Bibliothekswesen*, in *Der Neue Pauly*, II, Stuttgart, 1999, coll. 643 s.

in cui vengono nettamente separati una Parte generale, un diritto di famiglia e un diritto successorio, un diritto delle obbligazioni e un diritto delle cose, così come un diritto processuale.

Da un lato, sulla base di questa teoria si spiegano le lacune delle Istituzioni, concepite quali parti di un più vasto sistema (didattico), e, dall'altro, questa teoria consente di trarre alcune conclusioni circa la giusta rappresentazione del diritto civile romano.

JAKOB FORTUNAT STAGL

Professore ordinario di Diritto romano e di Diritto comparato

Universidad de Chile

Santiago de Chile

E-mail: jakob.stagl@yahoo.de

*binum* di Ulpiano, riguardante la dote e la tutela, per le lezioni scolastiche dell'impero orientale<sup>93</sup>. Il testo presuppone l'accessibilità all'opera commentata<sup>94</sup>, e questo sarebbe inimmaginabile senza una biblioteca seminaristica. Inoltre, Wieacker supposeva che si trattasse di rimanenti parti di corrispettivi *libri singulares*<sup>95</sup>.

La *ratio* di questa tecnica di rinvio dalle Istituzioni ai *libri singulares* è didattica. Per un primo approccio alla materia bastano le informazioni che si ricavano dal testo: ulteriori esposizioni in questo luogo disturberebbero il flusso dell'esposizione.

Partendo, quindi, dal presupposto che le Istituzioni contengano una lacuna, non si ha un quadro completo della situazione. Per averlo bisogna accettare l'idea che le Istituzioni vadano completate con i *libri singulares*<sup>96</sup>, ossia che le Istituzioni formino, insieme con i *libri singulares*, quello che noi definiamo «il sistema didattico di Gaio»: almeno in riferimento alla dote, ciò è innegabile<sup>97</sup>. Detto altrimenti: le Istituzioni sono solo una parte del vero sistema gaiano. Che si tratti di un sistema, cioè di una totalità ragionevole e ordinata,

<sup>93</sup> L. WENGER, *Die Quellen*, cit., 550 s.

<sup>94</sup> *Schol. Sin.* 14.36.

<sup>95</sup> F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, II, München, 2006, 285.

<sup>96</sup> Così anche G. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte*, cit., 27.

<sup>97</sup> Da vedere anche gli accenni in R. QUADRATO, *L'insegnamento*, cit., 15.

lo chiariscono i passi dalle Istituzioni di Gaio, che si riferiscono esplicitamente ai *libri singulares* e ad altre opere. Ma anche l'opera in sé riflette un'organizzazione sistematica. All'inizio viene fornita un'esposizione introduttiva seguita da un approfondimento: in Gaio tramite estratti dal suo commentario all'editto, in Giustiniano tramite estratti da *libri singulares* su materie rilevanti<sup>98</sup>. Questo fatto, finora, non è mai stato preso in esame nella valutazione delle Istituzioni, che sono state considerate come un'entità in sé conclusa. Con ciò giungiamo alla conclusione che la cosiddetta lacuna nelle Istituzioni svanisce qualora si inseriscano le Istituzioni insieme con i *libri singulares* nel sistema didattico ideato da Gaio.

### c. La struttura del sistema didattico

La struttura del sistema gaiano emerge dal confronto tra una suddivisione approssimativa delle Istituzioni e l'ordinamento degli studi ai tempi di Gaio:

Livello introduttivo: Istituzioni	Livello d'approfondimento: <i>Libri singulares</i> e <i>Tituli</i>
I. <i>Personae</i> : <b>πρῶτα</b> (Gai 1.1–8), persone (Gai 1.9–141), tutela	I. <i>Libri singulares</i> , a) <i>de re uxoria</i> , b) <i>de tutelis</i> , c) <i>de testamentis</i> , d) <i>de le-</i>

<sup>98</sup> Il materiale non esposto – nel caso della dote quindi i libri 24 e 25 – era da recuperare al quarto anno nello studio autodidattico; *Const. Omnem* § 5.

*ri singulares* sowie die weiteren *tituli* zur Vertiefung von *res* und *actiones* zusammen mit den Institutionen ein didaktisches System bilden. Dieses didaktische System wiederum nimmt das spätere Pandektensystem vorweg, insoweit es Allgemeinen Teil, Familien- und Erbrecht, Schuldrecht und Sachenrecht sowie das Prozessrecht deutlich trennt. Auf der Grundlage dieser Theorie erklären sich zum einen die Lücken in den Institutionen, welche als Teil eines größeren – didaktischen – Systems begriffen werden, und zum anderen erlaubt diese Theorie Schlüsse auf die richtige Darstellung des römischen Zivilrechts.

La ricerca muove dall'osservazione che nelle Istituzioni di Gaio esiste una lacuna con riferimento all'istituto della dote. Questa lacuna venne colmata attraverso un *liber singularis de dote*, ovvero attraverso quello che nell'*Index Florentinus* è indicato come dotalicion **βιβλίον ἐν** di Gaio. La ragione per la quale la dote non venne trattata nelle Istituzioni è l'Isolierung, voluta dai classici, del diritto dotale quale un *ius singulare*. Da tale considerazione deriva inoltre che i *libri singulares* menzionati nell'ordinamento di studi pregiustiniano così come gli ulteriori *tituli* per l'approfondimento delle *res* e delle *actiones* costituiscono, insieme con le Istituzioni, un vero e proprio sistema didattico. Quest'ultimo peraltro anticipa quello che sarà il sistema delle Pandette, nella misura

nient'altro che una ripresa del vero sistema gaiano.

### III. Terzo Risultato. L'importanza dell'insegnamento per lo sviluppo del diritto

Come abbiamo visto, il sistema didattico e il suo gemello, ossia il sistema pandettistico, furono scoperti, in modo indipendente, due volte. E in entrambi i casi, l'invenzione fu dovuta all'esigenza didattica di trovare un modo semplice e chiaro di esporre le materie, vastissime e complicatissime, del diritto civile. Il fatto che la didattica sia stata la responsabile di questo grande progresso nel campo del diritto civile ci deve servire come monito sulla sua importanza negli studi giuridici.

#### ABSTRACT

Die Untersuchung geht von der Beobachtung aus, dass hinsichtlich der Dos eine Lücke in den Institutionen des Gaius besteht. Diese Lücke wurde durch ein *liber singularis de dote* bzw. das im Index Florentinus erwähnte *dotalicium βιβλίον ἔν* des Gaius geschlossen. Der Grund für die Nichtbehandlung der Dos in den Institutionen ist die von den Klassikern geforderte Isolierung des Dotalrechts als eines *ius singulare*. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich im weiteren, dass die in der vorjustinianischen Studienordnung erwähnten *lib-*

(Gai 1.142–200)	<i>gatis</i>
	<i>prima pars legum</i> (=πρῶτα)
II. Res (Gai 2.1–3, 225)	II. <i>Tituli de rebus</i>
III. <i>Actiones</i> (Gai 4.1–187)	III. <i>Tituli de iudiciis</i>

Secondo tale principio, ogni materia veniva accennata al livello istituzionale e trattata in modo più accurato nei successivi corsi. Fuhrmann riconduce una simile bipartizione nella *Topica* di Cicerone alla pratica didattica della cultura ellenistica<sup>99</sup>. La grande eccezione è costituita dalla dote, trattata solamente a livello di approfondimento. Conformemente a questa teoria, si spiegano anche altre lacune minori nelle Istituzioni, e cioè<sup>100</sup>: *datio tutoris consolare* → *liber singularis de tutela*; il *sc. Tertullianum* → *liber singularis de testamentis*; *querela inofficiosi testamenti* → *liber singularis de testamentis*; *origo fideicommissorum* → *liber singularis de testamentis*. La mancanza dei *sc. Velleiano* e *Macedoniano*, dei *nova negotia*, delle *obligationes re*, del diritto edilizio, del *pignus* e della *hypoteca*<sup>101</sup> si spiega, forse, in mo-

<sup>99</sup> M. FUHRMANN, *Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros Topik*, in *Topik und Rhetorik*, a cura di Th. Schirren e G. Ueding, Tübingen, 2000, 51 ss.

<sup>100</sup> R. QUADRATO, *L'insegnamento*, cit., 31 ss.

<sup>101</sup> La *longi temporis praescriptio* citata da Quadrato non appartiene in questo catalogo, dato che risale a Septimius Se-

do analogo. In questo modo, si potrebbe forse anche fornire una plausibile spiegazione all'estrema brevità nell'esposizione del contratto di compravendita (Gai 3.139; I. 3.23).

La tripartizione *personae – res – actiones*<sup>102</sup> è, dunque, non solo il principio strutturale delle Istituzioni, ma anche quello dell'ordinamento degli studi nei successivi livelli di approfondimento. Tuttavia, *personae* va inteso in modo più ampio rispetto al semplice senso di diritto delle persone. La rubrica contiene, infatti, anche l'intero diritto di famiglia e il diritto successorio nella forma dei quattro *libri singulares*. L'ordine gaiano, visto dal livello di approfondimento, è, dunque, il seguente: I. introduzione svolta sul testo delle Istituzioni, II. diritto di famiglia, III. diritto successorio, IV. diritto delle cose, V. diritto delle obbligazioni, VI. diritto procedurale. Incomprensibile, in questa struttura, è il motivo per il quale Gaio abbia preferito, a livello di approfondimento, il diritto di famiglia e il diritto successorio ai *πρῶτα*; riconoscendo questa scissione logica, Giustiniano ha trattato, a livello di approfondimento, prima i *πρῶτα* e, in seguito, il diritto successorio e il diritto di famiglia, *quia quod primum est aliud ante se*

---

verus; D. NÖRR, *Die Entstehung der 'longi temporis praescriptio'*, Köln, 1969, 74 ss.

<sup>102</sup> In tema A. GUZMÁN BRITO, *La tripartición del 'omne ius' en 'personae res actiones' y la doctrina retórica de las 'circumstantiae'*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, IV, 2429 ss.

incompletezza: mancano il matrimonio e la dote e, perciò, manca «l'altra metà del cielo». Nella romanistica moderna, l'opinione comune è che la scelta di Kaser fosse sbagliata perché «indubbiamente la sovrapposizione di distinzioni e di schemi eterogenei, e quindi – praticamente – di una problematica estranea alle fonti, può apparire più incisivamente pericolosa», così come afferma il Talamanca nella sua recensione al secondo volume del *'Römiches Privatrecht'*<sup>173</sup>. L'ironia dietro queste parole sta nel fatto che Talamanca giustifica Kaser invece di criticarlo perché il sistema didattico di Gaio è appunto il sistema pandettistico. Anche Giaro colpisce inconsapevolmente nel segno quando chiama il Kaser uno «pseudo-pandettista» (*'Möchtegern-Pandektist'*)<sup>174</sup>. Il Kaser – e anche Schulz – avevano tutto il diritto di esserlo, dato che il sistema pandettistico è stato inventato da Gaio e quest'ultimo fu incontestabilmente un giurista classico. Entrambi hanno seguito il giusto istinto adeguandosi al sistema delle pandette: i pandettisti, credendo di aver concepito qualcosa di nuovo, in realtà non hanno fatto altro che riprendere i percorsi di Gaio e di Giustiniano, poiché il sistema pandettistico non è

---

<sup>173</sup> M. TALAMANCA, *Recensione a M. KASER, Das römische Privatrecht*, II<sup>2</sup>, München, 1975, in *BIDR*, LXXIX, 1976, 285, 290 s..

<sup>174</sup> Sulla questione T. GIARO, *Max Kaser 1906–1997*, in *RJ*, XVI, 199, 231, 236 s., 351.

gnificativo che la versione moderna del sistema pandettistico sorga nel periodo della rivoluzione francese. In ogni caso, Gaio ha – e questo lo possiamo affermare con chiara consapevolezza – anticipato il sistema pandettistico.

Il 'Classical Roman Law' di Schulz e il 'Römisches Privatrecht' del Kaser – entrambi, a modo loro, le sintesi più importanti del diritto classico romano del secolo scorso – sono strutturati secondo il sistema pandettistico<sup>169</sup>. Entrambi gli autori si scusano per quest'impostazione moderna. Mentre Schulz non giustifica la sua scelta<sup>170</sup>, il Kaser aggiunge in sua difesa che, in fin dei conti, il sistema pandettistico è derivato direttamente dalle fonti e preserva, quindi, lo spirito dei giuristi classici<sup>171</sup>. È ovvio che Kaser pensa che l'alternativa al sistema dell'editto<sup>172</sup> – che, come è stato mostrato, obbediva a tutt'altra necessità – sia il cosiddetto 'sistema di Gaio', di *personae res actiones*. Il motivo per cui non sceglie questo sistema, nonostante sia ipoteticamente classico, sta nella sua

<sup>169</sup> Ma Schulz lo inverte: il diritto familiare viene trattato nel diritto delle persone e poi viene il diritto successorio. Il diritto delle cose e il diritto delle obbligazioni vengono alla fine. In questo egli è più vicino alla strutturazione di Gaio di Kaser, che tratta prima il diritto familiare, poi il diritto delle obbligazioni e il diritto delle cose e solo infine il diritto successorio.

<sup>170</sup> F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., sec. 10.

<sup>171</sup> M. KASER, *Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., 5.

<sup>172</sup> Schulz esplicitamente non lo segue; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., sec. 10.

*habere non potest*<sup>103</sup>. La preferenza di Gaio si potrebbe giustificare con il fatto che per molti studenti gli studi giuridici si completavano in un solo anno, ossia in un percorso di durata annuale. In quest'anno si trattavano, dunque, le cose più importanti: le Istituzioni e l'ombelico, ossia, il diritto di famiglia e il diritto successorio.

VI. *L'integrazione della lacuna tramite il 'Dotalicion βιβλίον ἔν' così come il 'liber singularis de re uxoria'*

Le Istituzioni di Gaio erano, dunque, concepite sin dall'inizio, in un modo che non prevedeva la trattazione della dote. Questa lacuna fu colmata tramite il *Dotalicion βιβλίον ἔν'* così come tramite il *liber singularis de re uxoria*. Quest'esposizione particolare e approfondita della dote forma, insieme ai restanti *libri singulares* e gli ulteriori corsi di approfondimento e *actiones*, un sistema didattico. Prima di concludere la nostra riflessione su questo sistema bisogna porsi la questione del perché Gaio non abbia trattato minimamente la dote, al contrario di altre materie, al livello introduttivo delle Istituzioni, ma abbia invece esaminato tale istituto solo a livello di approfondimento.

<sup>103</sup> *Const. Omnem* § 2.

### 3. *L\*Isolierung\* del diritto dotale nel sistema giuridico romano*

Sia Gaio sia Giustiniano erano ben consapevoli dell'esigenza di fornire un'esposizione del diritto dotale nelle loro opere isagogiche, ma preferirono entrambi incorporare totalmente questa materia dalle loro Istituzioni e affidarla a un'opera monografica specifica<sup>104</sup>. Non si può, invece, dire lo stesso della tutela, del testamento e dei legati. Su questi argomenti è presente un'esposizione 'embrionale' in entrambi i manuali di Istituzioni<sup>105</sup>. La trattazione del diritto dotale è stata 'isolata' dalle Istituzioni. Come si spiega questa decisione presa sia da Gaio sia da Giustiniano?

#### I. *L'anomala natura del diritto dotale*

Savigny disse sulla dote: «Le particolarità di questo istituto così importante si spiegano per la maggior parte attraverso la sua natura anomala, che gli è propria, e gli errori dei giuristi moderni sono dovuti o sono stati confermati soprattutto

<sup>104</sup> Non sembra, quindi, corretta, rispetto alla dote, l'affermazione della Giomaro in uno studio recente, secondo cui è «logico» che nelle Istituzioni «si trovi, sia pure in embrione, ogni tema, anche quello che avrà poi, nel corso degli studi, più specifica e completa trattazione»; A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, Soveria Manelli, 2011, 81.

<sup>105</sup> Gaius: Gai 1.142–200 e 2.97–3, 87 da una parte e Giustiniano dall'altra: I. 1.13–26; 2.10–22.

nista moderno o l'antico romano<sup>165</sup>. Non è decisivo persino che gli attori siano consapevoli di avere trovato qualcosa di nuovo – con le parole di Schulz: «The historian is permitted to investigate in the ideas working behind the scenes even if the actors were not conscious of them<sup>166</sup>».

Torniamo ad osservare il sistema didattico di Gaio. Dal punto di vista degli studenti questo sistema consiste in: I. Introduzione (Istituzioni), II. Diritto di famiglia (*libri singulares de re uxoria e de tutelis*); III. Diritto delle successioni (*libri singulares de testamentis e de legatis*); IV. Parte Generale (*prima pars legum*), V. Diritto delle cose (*tituli de rebus*) e VI. Procedura civile (*tituli de iudiciis*). Rispetto al sistema del Windscheid (I. parte generale incluso il diritto procedurale, II. diritto delle cose, III. diritto delle obbligazioni, IV. diritto della famiglia e V. diritto successorio)<sup>167</sup>, la differenza essenziale sta nel fatto che i pandettisti mettono in rilievo il diritto delle cose e il diritto delle obbligazioni: ciò si spiega con la prevalenza del contratto sugli *status* personali nell'Ottocento, Hugo e gli altri pandettisti vivevano la transizione, per dirla con Sumner Maine «from status to contract»<sup>168</sup>. È si-

<sup>165</sup> E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG, IC*, 1928, 129 ss., ora in *Questioni di metodo*, a cura di G. Lombardi, Como, 1997, 25, 34, 75.

<sup>166</sup> F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 16.

<sup>167</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, cit., vol. I–III.

<sup>168</sup> H. SUMNER MAINE, *Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*<sup>10</sup>, London, 1927, 174.

struttura del 23esimo libro dei *Digesta*, in cui si tratta innanzitutto della promessa di matrimonio (tit. 1), poi del matrimonio stesso (tit. 2) e, infine, della dote (tit. 3). La conseguenza di tutto ciò è che Gaio non tralascia solamente la dote nelle sue Istituzioni ma anche l'istituto del matrimonio: in Gai 1.56 s. parla solamente del *iustum matrimonium* come presupposto per la *patria potestas* e per la cittadinanza<sup>163</sup>. Con l'isolamento della dote e del diritto matrimoniale ad essa connesso, si formò, insieme al *liber singularis de tutelis*, il diritto familiare come tema giuridico autonomo. Che Gaio non avesse una denominazione per il tema giuridico da lui inventato, non è rilevante, dato che – nelle parole di Betti – non è importante che i romani avessero un nome specifico per una cosa precisa, ma che avessero questa cosa precisa<sup>164</sup>: non è decisivo, quindi, chi dà un nome alla cosa, il roma-

<sup>163</sup> Giustiniano non segue Gaio su questa strada, in quanto tratta del matrimonio in modo dettagliato nelle sue Istituzioni (I. 1.10).

<sup>164</sup> Così come inversamente non si può solamente dall'identità di un nome giungere all'identità di una cosa. Questo lo mostra M. J. SCHERMAIER, *Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts*, in *ZEuP*, VI, 1998, 68 ss., per il consenso e l'errore. Che si possa pensare anche inconsapevolmente in modo dogmatico, lo mostra l'esempio della grammatica di una lingua: si può conoscere la grammatica, che è alla pari con il diritto per quanto riguarda la complessità e il dogmatismo, fino a una certa misura senza dover riflettere in modo teorico.

in virtù del fatto che hanno mancato di analizzare codesto istituto sotto l'aspetto [della sua anomalia]<sup>106</sup> ».

Questa «natura anomala» ha spinto Gaio e Giustiniano a riservare il diritto dotale ad una trattazione particolare e riassuntiva al di fuori delle Istituzioni. Cosa c'era, però, di tanto particolare nel diritto dotale per non proporlo agli studenti del primo anno?

Già la *actio rei uxoriae* era un istituto tanto peculiare che il Bekker arrivò ad affermare che nessun pretore avrebbe avuto il coraggio – e, si può aggiungere, la fantasia – di inventarla<sup>107</sup>. Ma ciò che contraddistingueva fino in fondo il diritto dotale era il *favor dotis*<sup>108</sup>, quell'obiettivo politico, vo-

<sup>106</sup> F.C. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1840 113: «Die Eigentümlichkeiten dieses wichtigen Rechtsinstituts erklären sich größtenteils aus der (...) anomalischen Natur, die auch ihm zukommt, und die Irrthümer neuerer Juristen sind vorzüglich dadurch erzeugt oder befestigt worden, daß sie versäumt haben, das Institut unter diesen Gesichtspunkt zu bringen». Rilievi J.F.S.

<sup>107</sup> A. E. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1873, 316.

<sup>108</sup> Su ciò J.F. STAGL, 'Favor dotis', cit., 317 ss., 327 ss. Quest'opera è stata finora accettata favorevolmente nella letteratura, perciò riteniamo che i suoi risultati siano giusti, da paragonare le recensioni di S. GÜNTHER, *Recensione a J.F. STAGL, 'Favor dotis' – Über die Sonderstellung der 'Dos' im Römischen Recht*, Wien, 2009, in *MBHA*, XXIX, 2011, 216–219; L. SOLIDORO, *Recensione a J.F. STAGL, 'Favor dotis' – Über die Sonderstellung der 'Dos' im Römischen Recht*, Wien,

luto dalla legislazione matrimoniale augustea, di favorire per mezzo delle doti i matrimoni e la procreazione a seconda delle possibilità. Grazie al *favor dotis* sono state modificate numerose regole, tramandate dal diritto civile. Per limitarci a due esempi: furono possibili stipulazioni a favore di terzi<sup>109</sup> e la definizione di proprietà fu, come vedremo, disintegrata fino all'irriconeoscibilità<sup>110</sup>. Lo scopo di questa massima è lo stesso della legislazione matrimoniale di Augusto<sup>111</sup> che ne costituisce la fonte, vale a dire elevare «la quantità, la qualità e la morale» della popolazione romana, come disse il Kaser<sup>112</sup>. In quanto tale, il *favor dotis* è «diritto pubblico mascherato da diritto privato»<sup>113</sup> e ci si chiede, giustamente, come i giuristi romani si trovassero a maneggiare tale anomalia.

---

2009, in *TSDP*, V, 2012, *Segnalazioni Bibliografiche* (online); M. PENNITZ, *Recensione a J.F. STAGL, 'Favor dotis' – Über die Sonderstellung der 'Dos' im Römischen Recht*, Wien, 2009, in *ZSS*, CXXIX, 2012, 851 ss.

<sup>109</sup> J.F. STAGL, *'Favor dotis'*, cit., 146 ss.

<sup>110</sup> J.F. STAGL, *'Favor dotis'*, cit., 235 ss.

<sup>111</sup> D. NÖRR, *Planung in der Antike, Über die Ehegesetze des Augustus*, in *Freiheit und Sachzwang. Festschrift zu Heren von H. Schelsky zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Bayer, Opladen, 1977, 309 ss., ora in *'Historiae'*, cit., 1093 ss.

<sup>112</sup> M. KASER, *Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., 318.

<sup>113</sup> J.F. STAGL, *'Favor dotis'*, cit., 317.

pandettistico e, quindi, i pandettisti sarebbero giunti al sistema pandettistico in seconda battuta. Quest'opinione si basa sul concetto che le Istituzioni siano solamente una parte di un sistema più grande, che noi chiamiamo il sistema didattico di Gaio. Ai pandettisti questo sistema come tale non era chiaro, ma erano condizionati nel loro subconscio di giuristi dalle fonti, nelle quali il sistema emerge dopo una analisi approfondita.

Il Savigny dice, a proposito del diritto dotale, come è stato già citato, che «gli errori di molti autori moderni a tal proposito sono stati generati dal non aver essi tenuto abbastanza conto della sua natura anomala<sup>161</sup>». Questo errore dei giuristi moderni non può essere attribuito a Gaio. Egli era consapevole della peculiarità del diritto dotale e, per questo motivo, fece di tutto per isolarlo dal diritto comune. In quanto a ciò, Gaio è un autore che affronta in modo particolare le implicazioni della categoria dello *ius singulare*. E proprio questo l'ha portato ad 'inventare' il sistema pandettistico. Dal collocamento particolare della dote risulta, infatti, la creazione del 'diritto familiare' come tema di diritto autonomo; i romani vedevano appunto il matrimonio come presupposto dell'istituzione della dote<sup>162</sup>. Questo si nota anche nella

---

<sup>161</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., II, 113.

<sup>162</sup> T. GIARO, *Problemi romani e problemi romanistici in tema di matrimonio*, in *Marriage: Ideal, Law, Practice: Proceedings of a Conference Held in Memory of Henryk Kupiszewski*, a cura di Z. Służewska e J. Urbanik, Varsavia, 2005, 83 ss.

Hugo, che fu – ricordiamolo – un grande romanista, sviluppa questo sistema in base alla ragione; lo stesso metodo viene applicato anche da Heise che fu, secondo la autorevole opinione del Windscheid, il principale teorico del sistema pandettistico<sup>157</sup>. I pandettisti sono giunti, dunque, al sistema pandettistico tramite un'aspirazione logica e non storica; in particolare, non l'hanno estratto dalle fonti tranne che, naturalmente, per la distinzione tra il diritto delle obbligazioni e il diritto delle cose<sup>158</sup>. Conformemente, anche Wieacker definisce il sistema pandettistico come un'eredità lasciata dalla scuola giusnaturalistica alla scuola storica del diritto<sup>159</sup>. Questa constatazione porta i maggiori moderni, soprattutto A.B. Schwarz<sup>160</sup>, alla conclusione, ovviamente non convincente, che il sistema pandettistico non sia esistito nel diritto romano e alla ulteriore conclusione, ancora meno convincente, che la trattazione del diritto romano sulla base di questo sistema sia anacronistica e, quindi, errata.

Secondo la concezione da noi proposta, il vero sistema gaiano era quasi identico al sistema

<sup>157</sup> A. HEISE, *Grundriß eines Systems des Gemeinen Civilrechts*<sup>3</sup>, Heidelberg, 1819, 16 n. 5, 157 n. 1.

<sup>158</sup> A.B. SCHWARZ, *Die Entstehung*, cit., 581.

<sup>159</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, Göttingen, 1967, 373. Dettagliato A.B. SCHWARZ, *Die Entstehung*, cit., 583 ss., 588. Ricco materiale in questo contesto in P. CAPPELLINI, *'Systema iuris' – Genesi del sistema e nascita della 'scienza' delle pandette*, Milano, 1984/5, *passim*.

<sup>160</sup> A.B. SCHWARZ, *Die Entstehung*, cit. 610.

## II. *Il superamento dell'anomalia del diritto dotale nella categoria del 'ius singulare'*

I giuristi qualificano il diritto trasformato dal *favor dotis* come *ius singulare*. Lo fanno allo scopo di assegnargli un posto nel sistema del diritto romano.

### a. *La definizione dello 'ius singulare'*

Secondo la definizione di Paolo *lib. sing. de iure sing.* D. 1.3.16: *ius singulare (...) è quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*<sup>114</sup>. Soprattutto Savigny e Brinz avevano intuito il significato di una tale categoria come liberazione del sistema del diritto civile dal diritto speciale politicamente condizionato<sup>115</sup>. Il miglior modo per chiarire la definizione paolina è quello di consultare un sicuro caso di applicazione del *ius singulare* e, partendo da questo caso, spiegare che cosa fosse il *ius singulare* e, di conseguenza, il contenuto della definizione paolina.

<sup>114</sup> La natura dello *ius singulare* è controversa: F. WUBBE, *'Ius singulare quid sit'*, in *'Ars boni et aequi'*, *Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart, 1993, 451 ss., giunge in riferimento a questo passo seguendo B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>9</sup>, Leipzig, 1906, § 29, alla conclusione che la categoria dello *ius singulare* sia superflua.

<sup>115</sup> F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., I, 63; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I<sup>2</sup>, Erlangen, 1873, § 25. Da vedere anche R. AMBROSINO, *'Ius singulare'*, Milano, 1947, *passim*.

Questo è il caso del testamento militare<sup>116</sup>: il supremo precetto di tale istituto è la realizzazione della volontà del testatore: ...*voluntas quoque militis testamentum est*, così Papiniano<sup>117</sup>, ....*quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas*, così Ulpiano<sup>118</sup>. Davanti a questo precetto vengono meno tutte le norme del diritto testamentario romano, di natura sia formale sia contenutistica, per esempio la regola fondamentale *'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*<sup>119</sup>. In considerazione di questa totale violazione dei principi strutturali fondamentali del diritto testamentario romano, si può dire che il testamento militare sia *contra rationem iuris*. Il testamento militare fu emesso anche *propter aliquam utilitatem*. A partire da Cesare, il potere politico era affidato al sostegno dell'esercito<sup>120</sup>: per gli imperatori era, quindi, necessario fare di tutto per avere il sostegno dei soldati. Il testamento militare non è stato ideato dall'attività dei giuristi – non avrebbero potuto e voluto realizzare una cosa così rivoluzionaria! – ma dalla legislazione imperiale da Cesare in poi,

<sup>116</sup> J.F. STAGL, *Das 'testamentum militare' in seiner Eigenschaft als 'ius singulare'*, in REHJ, XXXVI, 2014, 129 ss.

<sup>117</sup> Pap. 14 *quaest.* D. 29.1.34.2.

<sup>118</sup> Ulp. 45 *ad ed.* D. 29.1.1 pr.

<sup>119</sup> P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II<sup>2</sup>, Milano, 1965, 101.

<sup>120</sup> K. CHRIST, *Geschichte der römischen Kaiserzeit*, München, 2005, 410 ss. Piuttosto in ciò e non nella *simplicitas* dei soldati evidenziata dall'imperatore stesso è da vedere il vero motivo per il favoritismo verso un ceto particolare.

«Alcune di codeste verità sono applicabili fra persone che vanno perfettamente d'accordo sui fatti e vogliono solo conoscere i loro diritti, le altre di codeste [verità] riguardano il processo, e presuppongono, quindi, che una parte si rivolga al giudice – (V: Processo). Per semplificare quelle [verità] si può anteporre quelle che avrebbero luogo, se vivessero sempre gli stessi uomini e se non fossero in rapporti che non si riferiscono solo a questioni patrimoniali. In questa maniera si separano le dottrine dei rapporti familiari – (III: Diritto di famiglia) e degli assi patrimoniali – (IV: Assi patrimoniali). Fra gli altri diritti, alcuni sono iura ad rem – (I: Diritti reali) e alcuni riguardano una persona, che ha contratto una obbligazione – (II: Obbligazioni personali)».

---

etwa unter sich wissen wollen, was Rechtens sey; andere betreffen den P r o c e ß , und setzten also Voraus, daß ein Theil sich an den Richter wendet – (V: Proceß). Um jene wieder zu vereinfachen, kann man die vorausschicken, welche Statt fänden, wenn immer dieselben Menschen lebten, und in keinem Verhältnisse mit einander stünden, das sich nicht hauptsächlich auf Mein und Dein bezöge [was aber nicht der Fall ist, da Menschen heiraten und sterben, J.F.S.]; so trennt sich die Lehre von den Familienverbindungen – (III: Familienrechte) und die von den Verlassenschaften – (IV: Verlassenschaften) Unter den übrigen Rechten sind einige, welche zunächst an eine[r] Sache zustehen – (I: Realrechte) und andere betreffen eine P e r s o n , die zu etwas verbindlich gemacht worden ist – (II: Persönliche Obligationen)». Risalti nell'originale.

to di I ( <i>prima pars legum</i> ), II ( <i>tituli de rebus</i> ) e III ( <i>tituli de iudiciis</i> )	to, lib. 37-50 e <i>Codex</i>
--	-------------------------------

II. *Secondo Risultato. L'anticipazione del sistema pandettistico in Gaio: conseguenze per l'esposizione del diritto romano*

Da dove deriva, dunque, il sistema pandettistico<sup>153</sup>? Dalle pandette, sarebbe la risposta più ovvia. E come sono giunti i pandettisti al sistema pandettistico, ci si continua a chiedere. Attraverso le pandette – come altrimenti? Aprendo, però, le pandette, non lo si trova – almeno non direttamente. E non lo si trova nemmeno aprendo le Istituzioni di Gaio o le Istituzioni di Giustiniano. Quello che, piuttosto, vi si trova è tutto un altro sistema, che sappiamo avrebbe fatto epoca<sup>154</sup>: il sistema gaiano di *personae res actiones*. Come sono giunti, dunque, i pandettisti al sistema pandettistico? Osserviamo come Gustav Hugo, che ne è considerato l'artefice<sup>155</sup>, giustifica questo sistema in un libretto per studenti dell'anno 1789<sup>156</sup>:

<sup>153</sup> Fondamentale A.B. SCHWARZ, *Die Entstehung des modernen Pandektensystems*, in ZSS, XLII, 1921, 578 ss.

<sup>154</sup> R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., 584 ss.

<sup>155</sup> Così B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, cit., I § 11, egli stesso parte della scuola, sulla quale discute; e A.B. SCHWARZ, *Die Entstehung*, cit., 581s.

<sup>156</sup> G. HUGO, *Institutionen des römischen Rechts*, Berlin, 1789, 18 s.: «Einige dieser Wahrheiten lassen sich anwenden unter Personen, die in den Thatsachen ganz einig sind, und

come ci rapporta Ulpiano<sup>121</sup>. Così si spiega anche la terza caratteristica *ex auctoritate consuetudinum introductum*: s'intende, qui, un fondamento legislativo. Così inteso lo *ius singulare*, tale definizione può essere applicata al *favor dotis*. Il diritto così trasformato viola in modo assoluto la *ratio iuris*; esso entra in vigore per ragioni di politica demografica ed è da ricondursi ad un fondamento di legislazione imperiale, cioè alla *Lex Iulia et Papia*.

Un'ulteriore prova dell'utilizzo da parte dei Romani del nesso, qui evidenziato, di *favor* in senso teleologico e come *ius singulare* si esprime chiaramente in passo di Giustiniano riguardante il *favor libertatis*<sup>122</sup>. Secondo il vecchio diritto, un *servus communis* che fosse stato liberato solamente da uno dei comproprietari non diventava libero ma subentrava l'accrescimento. In base al *favor libertatis* tramandato dal principato, Giustiniano decide altrimenti: ... *per quam manumissor et socius eius et qui libertatem accepit nostro fruuntur beneficio, libertate cum effectu procedente – cuius favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuuisse manifestum est* (I. 2.7.4).

<sup>121</sup> Ulp. 45 *ad ed. D.* 29.1.1 *pr.*: *Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale...*

<sup>122</sup> Sulla questione J. F. STAGL, *Glanz der Rhetorik und Finsternis der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels* (*Marcell. D.* 28, 4, 3 *pr.-1*), in *Fundamina*, XX, 2014, 862 ss.

b. *Prove testuali per la qualificazione del diritto dotale come 'ius singulare'*

La prova migliore per la qualificazione del diritto dotale come *ius singulare* si trova in

Paul. 7 *ad Sab.* D. 25.2.1: *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis ... furto quidem eam facere* rel.

L'*actio rerum amotarum* era un'azione speciale che spettava al marito se la moglie aveva sottratto la dote o altre cose appartenenti al marito, in vista del divorzio. La ragione per la quale quest'azione fu introdotta (*introducitur*) è, come dice Paolo, la *vexata quaestio* relativa all'identità del proprietario delle cose costituite in dote – era la moglie o il marito<sup>123</sup>? La fattispecie del furto richiede che il ladro agisca *lucri faciendi gratia*<sup>124</sup>, cosa molto dubbia nel caso della donna che porta via la 'sua' dote. Era opportuno introdurre una nuova azione per questa fattispecie, poiché la dote poteva ap-

<sup>123</sup> Diversi A. GUARINO, 'Res Amotae', in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, LXXV, 1964, 253 ss., ora in *Pagine di Diritto romano*, Napoli, 1995, VII, 105, 121 ss.; A. WACKE, 'Actio rerum amotarum', Wien, 1963, 86 ss.

<sup>124</sup> Paul. 39 *ad ed.* D. 47.2.1.3; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 740.

#### 4. I risultati

I. *Primo Risultato. La congruenza fra il sistema didattico di Gaio e il sistema dei 'Digesta'*

Anzitutto, bisogna rendersi conto che il *Corpus iuris civilis* riproduce la bipartizione didattica di Gaio, presumibilmente presa dai Greci, in un livello introduttivo, cioè le Istituzioni giustiniane, e in un livello di approfondimento, cioè i *Digesta*. La congruenza della *matrix* delle Istituzioni e dei *Digesta* è rivelata dalla seguente tabella. Visto che i professori insegnavano i corsi *De iudiciis* e *De rebus* a turno la congruenza colpisce ancora maggiormente.

Sistema didattico di Gaio	Sistema dei <i>Digesta</i>
I. <i>πρῶτα</i> (Gai 1.1–8), persone (Gai 1.9–141), tutela (Gai 1.142–200)	I. <i>Πρῶτα</i> , D. lib. 1–4
II. <i>Res</i> (Gai 2.1–3, 225)	II. <i>De iudiciis</i> , D. lib. 5–11
III. <i>Actiones</i> (Gai 4.1–187)	III. <i>De rebus</i> , D. lib. 12–19
IV. <i>Libri singulares</i> , a) <i>de re uxoria</i> , b) <i>de tutelis</i> , c) <i>de testamentis</i> , d) <i>de legatis</i>	IV. <i>Singularium</i> , D. lib. 20–22 e <i>Umbilicus</i> , D. lib. 23–36
V. Approfondimen-	V. Approfondimen-

Il Kaden, così racconta il Kaser, aveva raccolto il materiale per un articolo su «Gaio lo stravagante» ('Sonderling')<sup>149</sup>. Il Kaser condivide questo punto di vista, ma parla nel *genus tenue*, che gli era solito, di «autonomia spirituale» dell'*outsider* Gaio<sup>150</sup>. La scelta di scorporare il diritto dotale fu, dunque, la scelta di un 'Sonderling'? Non è questa la sede opportuna per valutare in quale misura l'opera di Gaio fosse o meno 'sonderbar'. Per quanto concerne il diritto dotale, ci sembra eccessivo, nel caso di Triboniano e dei suoi colleghi Teofilo e Doroteo, a cui fu affidato il compito di redigere le Istituzioni imperiali<sup>151</sup>, concludere che essi siano stati troppo ingenui per capire la stravaganza di Gaio o pure, *a contrario*, 'sonderbar' come lui. Entrambe le conclusioni sembrano assurde. Anche le altre particolarità di Gaio svaniscono provando a rendere giustizia al giurista. Non dimentichiamo cosa ricordava il Flume: Gaio non scrisse le Istituzioni per noi, ma per i suoi studenti; il suo libro aveva, dunque, dal suo punto di vista, una funzione diversa da quella di informare i posteri sul diritto romano<sup>152</sup>.

<sup>149</sup> M. KASER, *La classicità*, cit., 48.

<sup>150</sup> M. KASER, *La classicità*, cit., 48.

<sup>151</sup> *Const. Imperatoriam* 3.

<sup>152</sup> W. FLUME, *Die Bewertung*, cit., 177.

partenere sia alla moglie sia al marito<sup>125</sup>. In Ulpiano, ad esempio, con riferimento a una disposizione di ultima volontà con la quale il marito restituisce la dote alla propria moglie, si legge che la donna *dotem enim recepisse eam magis quam accepisse*<sup>126</sup>; in Gaio, la donna ottiene la sua *res*<sup>127</sup>, nell'ipotesi in cui il marito le abbia legato la *dos* in forma di *praelegatum*<sup>128</sup>, e nelle *Pauli sententiae* è detto ugualmente che la donna *proprium recipere videtur*<sup>129</sup>. Né i giuristi classici, né i loro esegeti nel medioevo, nell'età moderna e nei tempi odierni sono stati in grado di dare una risposta alla domanda sull'appartenenza della dote, poiché nel diritto dotale fu abolito definitivamente<sup>130</sup> ciò che era rimasto del concetto unitario sul possesso e sulla proprietà<sup>131</sup>. In nessun altro luogo viene formulato in modo così chiaro come nella *paremia* in Tryph. 6 *disp.* D. 23.3.7.5: *Quamvis in bonis*

<sup>125</sup> J.F. STAGL, '*Favor dotis*', cit., 235 ss., 290 ss.

<sup>126</sup> Ulp. 5 *disp.* D. 33.4.2.1.

<sup>127</sup> Gai 18 *ad ed. prov.* D. 35.2.81.1.

<sup>128</sup> H. ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, in *Labeo*, XXX, 1984, 30, 31, 32, sostiene, con dei buoni motivi, che i giuristi romani abbiano usato entrambe le espressioni.

<sup>129</sup> *Paul. Sent.* 4.1.1. Nello stesso senso Gai 18 *ad ed. prov.* D. 35.2.81.1.

<sup>130</sup> Su ciò L. SOLIDORO MARUOTTI, *Il modello unitario del 'dominium' e la varietà delle forme di appartenenza: dalle prospettive romane alle codificazioni del XX secolo*, in *Esperienze giuridiche a confronto*, Napoli, 2001, 185 ss., 203 ss., 212 ss.

<sup>131</sup> J.F. STAGL, '*Favor dotis*', cit., 237 ss., 249 ss., 267 ss., 282 ss., 290 ss.

*mariti dos sit, mulieris tamen est*<sup>132</sup>. Una tale ambiguità della situazione giuridica della dote va ricondotta alla stessa circostanza che fa del diritto dotale un *ius singulare*: la legislazione augustea. La parte più importante per il diritto dotale è la *Lex Iulia de fundo dotali*, secondo la quale è fatto divieto al marito di disporre del *fundus Italicus* dotale<sup>133</sup>. Paolo – sostenendo che l'*actio rerum amotarum* è *iudicium singulare* – accoglie la stessa affermazione sul diritto dotale trasformato dal *favor dotis*.

c. *La funzione della categoria 'ius singulare' per il sistema del diritto romano*

Cosa significa che i giuristi qualificano come *ius singulare* il diritto dotale? La risposta sta nel titolo *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* (*Digesta* 1.3). In Paul. 54 *ad ed.* D. 1.3.14 si legge: *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*<sup>134</sup>. Ed è molto simile a quanto affermato da Giuliano nel frammento successivo: 27 *dig.* D. 1.3.15: *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*. Il *ius singulare* non deve, dunque, irradiare altri ambiti; esso deve trovare applicazione soltanto nei settori per i quali esso è stato concepito, senza, però, contaminare il diritto civile generale,

<sup>132</sup> Sulla questione J.F. STAGL, '*Favor dotis*', cit., 267 ss.

<sup>133</sup> J.F. STAGL, '*Favor dotis*', cit. 4, 250 ss.

<sup>134</sup> Da vedere il passo parallelo in Paul. 54 *ad ed.* D. 50.17.141 pr.

una spina nel fianco. Grazie alla sua sensibilità per questioni sistematiche, Gaio comprende che per studenti del primo anno sarebbe troppo difficile capire non solo le basi del sistema, ma anche le sue massicce eccezioni, come il diritto dotale. In tal modo Gaio si rivela un vero e proprio pedagogo<sup>147</sup>. Egli risolve questo problema, come è già stato mostrato, indicando i *libri singulares* o altre opere<sup>148</sup>.

Si potrebbe ora affermare, al contrario dell'opinione qui sostenuta, che la lacuna in riferimento alla dote in Gaio non abbia niente a che fare con il carattere dello *ius singulare*: dopo tutto lo stesso giurista tratta in modo dettagliato il testamento militare nonostante anche questo sia un caso di *ius singulare*. Paragonandolo al diritto dotale, il testamento militare si può spiegare con una frase: la volontà del soldato va soddisfatta; tutto quello che intralcia deve svanire. Il diritto dotale, invece, è immensamente più complicato e ha sempre tenuto in sospeso la romanistica. Da un punto di vista storico-giuridico, entrambe le materie sono singolari; da un punto di vista pedagogico-interpretativo il testamento militare è facile, la dote, invece, la materia più difficile che si possa immaginare – dato che obbliga i docenti, a causa della sua anomalia, a contraddire continuamente le regole generali.

<sup>147</sup> M. KASER, *La classicità*, cit., 50.

<sup>148</sup> Così F.P. CASAVOLA, *Gaio*, cit., 6.

era – come abbiamo mostrato – ambivalente nel punto decisivo: Gaio la applica in un modo, Ulpiano nell'altro. Che la decisione di Gaio sia ad ogni modo 'classica' lo dimostra il fatto che il classicista Giustiniano<sup>145</sup> la segua.

Gaio, però, non è soltanto un vero giurista classico, ma è anche un maestro di scuola di altissimo livello e utilizza, dunque, un metodo sistematico<sup>146</sup>, dato che i sistemi hanno una spiccata funzione didattica. Per un giurista con una tale tendenza sistematica, un istituto anomalo come la dote è percepito come una provocazione, come

---

*Die pseudo-ulpianische Einzelschrift der Rechtsregeln (liber singularis regularum)*, Göttingen, 2005, 86 ss., 104 ss. 124 ss. L'opera di questo autore si basa su una particolare ideologia in riguardo all'orientamento filosofico dei giuristi classici; da vedere per esempio p. 87, che noi non condividiamo. Non è questa, però, la sede per discutere tale questione. Rinviando, pertanto, a D. NÖRR, 'Exempla nihil per se valent', in *ZSS*, CXXVI, 2009, 44 ss., e la risposta di O. BEHRENDTS, *Das Schiff des Theseus und die skeptische Sprachtheorie, Die Rationalität der antiken römischen Rechtssysteme und das romantische Rechtsbild Dieter Nörres*, in *Index*, XXXVII, 2009, 397 ss. La discussione è proseguita da J. PLATSCHEK, *Das 'nomen universitatis' in D. 3,4,7,2 (Ulp. 10 ed.)*, in *Index*, XL, 2012, 619 ss., da una parte e, dall'altra, nella replica di O. BEHRENDTS, 'Corpus' und 'universitas' und der Streit um die Aufklärungspflicht des Verkäufers, *Nachrichten über zwei Hauptarten, das Recht zu denken*, in *Index*, XLI, 2013, 145 ss.

<sup>145</sup> Sulla questione K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz, 1966, *passim*.

<sup>146</sup> M. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch*, cit., 105 ss.; M. KASER, *La classicità*, cit., 52.

detto *ius commune*. Attraverso il concetto del *ius singulare*, il *ius commune*, cioè normale, viene, dunque, isolato e protetto dal diritto speciale politicamente contaminato<sup>135</sup>. Infine, i giuristi difendono, in questa maniera, anche la *ratio iuris* e la propria posizione nel sistema giuridico. Poiché a cosa servirebbero ancora i giuristi se fosse possibile far crollare il loro sistema solamente per una necessità politica?

### III. *L'atteggiamento di Gaio verso il 'favor dotis'*

Ci sono inoltre prove che Gaio conoscesse benissimo il *favor dotis*. Il *tutor dotis constituendae gratia*, di cui parla nelle Istituzioni (Gai 1.178 e 180), nasce dall'applicazione di questo principio ed è radicato nella *Lex Iulia de maritandis ordinibus*<sup>136</sup>. Lo stesso vale per la *Lex Iulia de fundo dotali*, di cui parla in Gai 2.63, che impedisce al marito di alienare il *fundus dotalis*<sup>137</sup>. Anche l'eccezione alla *Lex Cornelia de sponsu*, quando vi sia la promessa di una dote (Gai 3.125), rappresenta un'espressione del *favor dotis*<sup>138</sup>. Un esempio non tratto dalle Istituzioni è

---

<sup>135</sup> Come J.F. STAGL, 'Favor dotis', cit., 333 s., ha sostenuto, quest'opinione conferma la famosa tesi di 'Isolierung' di Schulz: in questo caso si tratta di una 'Isolierung' all'inter-no.

<sup>136</sup> J.F. STAGL, 'Favor dotis', cit., 54 ss..

<sup>137</sup> J.F. STAGL, 'Favor dotis', cit., 33 s., 78 ss.

<sup>138</sup> M. KASER, *Privatrecht*, I<sup>2</sup>, cit., 458.

Gai 2 *ad leg. ed. praet.* D. 30.69.2: *Si testator quosdam ex heredibus iusserit aes alienum solvere, non creditores habebunt adversus eos actionem, sed coheredes, quorum interest hoc fieri. nec solum hoc casu alius habet actionem, quam cui testator dari iussit, sed alio quoque, veluti si filiae nomine genero aut sponso dotem dari iusserit: non enim gener aut sponsus, sed filia habet actionem, cuius maxime interest indotatam non esse.*

Se il *de cuius* ordina all'erede di pagare i debiti, i creditori non possono chiedere che l'erede esegua la disposizione del *de cuius*, poiché tale diritto spetta soltanto ai coeredi. Il contrario vale se il *de cuius* ordina all'erede di dare una dote alla propria figlia. Ma, in questo caso, l'azione non spetta al genero o allo sposo, bensì alla figlia, *cuius maxime interest indotatam non esse*<sup>139</sup>.

#### IV. *L\*Isolierung\* della dote nelle Istituzioni di Gaio*

Kaser ha osservato, con una sottile similitudine<sup>140</sup>, che Gaio aveva una natura analoga a quella di una statua di Giano: da un lato è il maestro di scuola<sup>141</sup>, dall'altro è il maestro della giurisprudenza classica, alla pari degli altri giuristi classici. E poiché entrambe le parti appartengono alla

<sup>139</sup> J.F. STAGL, *'Favor dotis'*, cit., 211 s.

<sup>140</sup> M. KASER, *La classicità*, cit., 42.

<sup>141</sup> Sulla questione G. DIÓSDI, *Gaius der Rechtsgelehrte*, in *ANRW*, II, XV, 1976, 610; M. KASER, *La classicità*, cit., 46; W. FLUME, *Die Bewertung*, cit., 176 ss., 181.

stessa persona, è inevitabile che le caratteristiche dell'una si riflettano sull'altra, e viceversa. Questa doppia natura del giurista spiega anche perché il carattere speciale di eccezione del diritto dotale fosse così importante per Gaio e meno per Ulpiano, perché l'uno abbia ommesso questo tema dal suo manuale e l'altro no. Tralasciando la dote nelle sue Istituzioni, Gaio segue una disposizione della giurisprudenza classica la quale qualificava il diritto dotale come *ius singulare* e voleva, quindi, isolarlo<sup>142</sup>. Se è così, se il suo 'classicismo' fornisce una spiegazione del perché Gaio scorpori la dote dalle sue Istituzioni, dobbiamo allora chiederci perché Ulpiano nel suo *liber singularis*<sup>143</sup> non faccia altrettanto. Secondo la teoria più convincente, Ulpiano non avrebbe utilizzato le Istituzioni gaiane come fonte diretta; entrambe le opere hanno, invece, la stessa radice nella tradizione isagogica anteriore<sup>144</sup>. È proprio questa tradizione

<sup>142</sup> Sul classicismo il Gaius di M. KASER, *La classicità*, cit., 47 ss. Dieci anni prima il Kaser aveva ritenuto che Gaio fu un «in klassischer Zeit schreibender Nichtklassiker»; M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der 'actio rei uxoriae'*, in *RIDA*, II, 1949, 511ss., ora in *Gesammelte Schriften*, I, Napoli, 1976, 344, 366, e anche ID., *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS*, LXX, 1953, 127 ss.

<sup>143</sup> Aderisco alla convincente teoria secondo cui Ulpiano fu l'autore del *liber singularis regularum*; della stessa opinione, sulla base di un'ampia ricerca, H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 82; F. MERCOGLIANO, *Tituli*, cit., 101 ss.

<sup>144</sup> H.L.W. NELSON, *Überlieferung*, cit., 80 ss. e F. MERCOGLIANO, *Tituli*, cit., 49. Da vedere anche M. AVENARIUS,