



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Doris Forster

**Diritto comparato nelle Istituzioni di Gaio:
il ruolo della *lex Bithynorum* e
del diritto dei Galati**

Numero XIV Anno 2021
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Diritto comparato nelle Istituzioni di Gaio: il ruolo della *lex Bithynorum* e del diritto dei Galati^{*}

SOMMARIO: 1. Il metodo del diritto comparato – 2. Il rifiuto del diritto comparato dei giuristi romani in generale – 3. Comparazione giuridica nelle Istituzioni di Gaio – 4. Conoscenza del diritto straniero da parte di Gaio – 5. Riferimenti al diritto straniero come metodo didattico.

1. *Il metodo del diritto comparato*

GAIUS: questo è il titolo di una rivista austriaca di diritto comparato dell'inizio del XX secolo¹, uscita fra il 1907 e il 1912. Il legame di Gaio con il campo della comparazione giuridica appare ovvio già per il semplice fatto che Gaio si serve, nelle sue Istituzioni, di alcuni riferimenti al diritto straniero. Il titolo completo della rivista suggerisce però un ruolo secondario della comparazione giuridica nella scelta del nome: GAIUS – *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtsunterricht für Studierende und praktische Juristen*. Il punto cruciale per la scelta del titolo principale risiede, secondo le parole dell'editore, in qualcos'altro: «L'arte di Gaio dell'insegnamento del diritto rimane ancora oggi insuperata»². Gaio, il giurista, è stato senza dubbio anche un grande didatta. Ma in che misura risalta davvero la comparazione giuridica? Sono i confronti, forse, funzionalizzati da Gaio ai fini dell'arte della rappresentazione, quindi dal punto di vista della motivazione giuridica? Questo contributo

* Traduzione parziale ed estensione: D. FORSTER, *Rechtsvergleichende Argumentation in den Institutionen des Gaius*, in *Wiener Schriften: Neue Perspektiven aus der jungen Romanistik*, hrsg. von E. Ayasch, J. Bemmer und T. Trittemel, Wien, 2018, 7 ss.

¹ S. PINELES, *Urteile über die „Gaius“-Zeitschrift für Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich*, in *GAIUS*, 1, 1907, 4.

² S. PINELES, *Unser Ziel*, in *GAIUS*, 1, 1907, 3 (traduzione mia).

si propone di prendere in considerazione anche l'altra faccia della medaglia, ovvero l'interpretazione del diritto che si basa sul metodo. È corretto dire che Gaio faccia valere la comparazione giuridica sul piano della cognizione giuridica?

Non si può riconoscere a Gaio di aver praticato una comparazione giuridica fine a se stessa. È ampiamente riconosciuto che Gaio non abbia condotto la sua opera comparatistica come una mera giustapposizione, o come confronto orizzontale di pareri giuridici³. D'altra parte, nemmeno la convinzione che lui fosse da considerare il fondatore di scuole di diritto comparato⁴ è riuscita ad imporsi. Tra questi due estremi è più diffusa la descrizione del giurista come etnografo del diritto⁵ e pertanto come una sorta di analista del folklore, che però seguiva secondo Nörr un'ulteriore ambizione: «Gaio è il giurista presso il quale troviamo la critica del diritto con maggiore frequenza»⁶. In questo senso Gaio ha ricoperto certamente una posizione particolare.

Nell'epoca postclassica aumenta la critica del diritto: «I giuristi tentano di motivare i principi giuridici o perlomeno vi pongono un punto interrogativo»⁷. Così resta la domanda: fino a che punto Gaio ha osato porre una critica al diritto romano sulla base del diritto straniero? Questo processo è forse il risultato di uno scambio di giudizi riguardo a determinate norme, etc.?

Nell'indagine bisogna, da una parte, trattare la questione dei metodi dei giuristi romani in generale, dall'altra, è necessario concentrarsi sul diritto comparato e sui suoi metodi in particolare. In tutto ciò non

³ F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano, 1981, 223; L. LANTELLA, *Le istituzioni di Gaio come modello pragmatico*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano, 1981, 68 ss.

⁴ Wacke fa riferimento a Goria: A. WACKE, *War 'Gaius' das männliche Pseudonym einer Juristin? Zur Stellung römischer Frauen in Recht und Justiz*, in *OIR*, 12, 2008, 77.

⁵ D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, Monaco, 1974, 93.

⁶ D. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., 102 (traduzione mia). Anche: A. WACKE, *War 'Gaius'*, cit., 75.

⁷ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 67 ss: «Gaius si interroga di tanto in tanto sui motivi giuridici e considera l'uno o l'altro non validi» (traduzione mia).

vogliamo, però, allontanarci troppo dal Gaio ‘classico’. Nel paragrafo dell’articolo dedicato ai risultati possiamo constatare che Gaio argomenta secondo la tecnica della comparazione giuridica ‘funzionale’, senza però volersi impegnare contenutisticamente in un vero metodo, cioè un mezzo per la cognizione giuridica in senso stretto.

Come giungevano i giuristi romani in generale alle loro conclusioni in materia di legge? Come si attuava la loro decisione giuridica? Kaser constata un punto di vista tipicamente casistico dei giuristi romani che si basava sull’intuizione soggettiva. Il fondamento di questo erano – secondo Kaser – il *sensus iuridicus* (*juristisches Sachgefühl*) e l’esperienza dei giuristi. Eppure: «i motivi per la decisione nel caso specifico vengono spesso taciuti»⁸. Nonostante tutta la ricerca empirica bisogna certamente supporre che anche la celebre intuizione dei giuristi romani seguisse molte volte un’istituzione legislativa e l’intenzione di quest’ultima⁹. Nel discorso giuridico si riconoscono determinate sistematicità e questo vale anche per le Istituzioni di Gaio¹⁰.

Ai fini dell’analisi è d’aiuto uno sguardo all’idea che il diritto comparato, così come viene applicato oggi, ha di se stesso. Ciò non può essere, però, discusso ampiamente in questa sede. La rappresentazione deve limitarsi a pochi capisaldi. In primo luogo, il confronto di norme giuridiche non viene condotto ai fini della deduzione giuridica. Che la comparazione giuridica – nel senso di una molteplicità di metodi – si lasci applicare come mezzo della cognizione giuridica (*Rechtserkenntnis*) è

⁸ M. KASER, *Zur Methode der Römischen Rechtsfindung*, Göttingen, 1962, 54 (traduzione mia). Contro Kaser e con ulteriori indicazioni bibliografiche: J.D. HARKE, *Juristenmethode in Rom*, in *Europäische Methodenlehre*, Berlin, 2015, 7-10.

⁹ Sul metodo dei giuristi romani: M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*, München, 2021, 36 s.; T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, 1974, 19-61; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976. Sulla retorica come metodo: U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätclassischen Juristen*, München, 2011; U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967.

¹⁰ Sui metodi di Gaio: A. ARNESE, *La ‘similitudo’ nelle ‘Institutiones’ di Gaio*, Bari, 2017. Arnese non parla del confronto della tutela con i diritti stranieri (p. 39; pp. 125-127).

quindi tutt'altro che scontato¹¹. Come viene fatto notare oggi, manca un fondamento teorico¹². La comparazione giuridica dipende da altre giustificazioni. In secondo luogo si può sempre affermare che il confronto giuridico viene attuato in vista di una funzione. Anche in questo Gaio non sarebbe un solitario nella storia della comparazione giuridica. 'Funzionale' ai sensi della dottrina dominante ha però un significato specifico. Il diritto comparato viene ricondotto in ciò per la maggior parte ad una concezione funzionale del diritto, nel senso che il diritto reagisce a necessità sociali che conducono a diverse soluzioni in ordinamenti giuridici differenti. Il confronto funzionale di norme così come viene esercitato oggi si lascia formulare in tre fasi. Innanzitutto viene illustrato l'equivalente funzionale nel diritto straniero in una cosiddetta relazione nazionale. Per esempio, non vengono confrontati gli obblighi di forma nel diritto tedesco e italiano, ma si analizza la questione della tutela giuridica allorché il contratto venga concluso troppo velocemente. In una seconda fase si prende atto delle differenze e dei tratti comuni. Infine, segue un giudizio sulle diverse soluzioni¹³.

¹¹ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996, 14; E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, München, 1925, in *Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung. 1919-1954*, hrsg. von H.G. Leser, Tübingen, 1967, 6; U. KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München 2015, 47-48; C.D. VON BUSSE, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden-Baden, 2015, 32 ss. Per una breve sintesi sul tema: D. FORSTER, *Zur Methode des Rechtsvergleichs in der Rechtswissenschaft – On the Methods for Comparative Law Research in Legal Studies*, in *Ancilla Iuris (Anci.ch)*, 37, 2018, 98-109.

¹² M. REIMANN, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, in *AJCL*, 50, 2002, 671; P. LEGRAND, *Comparative Legal Studies and Commitment to Theory*, in *MLR*, 1995, 262.

¹³ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 1996, 31 ss. Vedi anche: R. MICHAELS, voce *Rechtsvergleichung*, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2, Tübingen, 2009, 1265-1269. Altri metodi: R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Baden-Baden, 2011, 61 e 74-77; U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Michigan, 1997; M. SIEMS, *Statistische Rechtsvergleichung*, in *RabelsZ*, 72, 2008, 354-390; D. RIECHERS, *Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?*, in *ZaöRV*, 67, 2007, 532-533.

2. Il rifiuto del diritto comparato dei giuristi romani in generale

I giuristi romani vengono accusati da sempre di non avere pressoché nessun interesse per il diritto dei popoli stranieri. Così Leopold Wenger fece notare che per ‘vedere’ i sistemi giuridici stranieri bisogna innanzitutto riconoscere la giustificazione esistenziale di altre forme statali, cosa che non ha luogo se si percepiscono altre popolazioni solo come oggetto di conquista¹⁴.

Schulz conferma nei suoi *Prinzipien des römischen Rechts (I principii del diritto romano)* che la giurisprudenza repubblicana e classica elabora il diritto privato solo dal punto di vista romano e lascia invece il diritto peregrino interamente da parte. I riferimenti al diritto di altri popoli in Gaio vengono addirittura annoverati da Schulz, con riferimento ai lavori di Solazzi, come interpolazioni¹⁵. Sturm giunge a questo severo giudizio: «il diritto straniero non interessava affatto [i giuristi romani]»¹⁶.

Un chiaro riferimento alle fonti alla maniera di Cicerone, secondo il quale ogni forma di comparazione giuridica non ha valore dal punto di vista romano, risulta dal *De oratore*:¹⁷

¹⁴ L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 8: «Appena un popolo, nel nostro caso quindi il popolo romano, ha preso consapevolezza del suo diritto come una delle sue manifestazioni di cultura, non appena quindi i suoi giuristi sono riusciti a pensare giuridicamente e ad intendere il diritto romano come fattore culturale proprio del popolo, quando ciò che circonda il proprio spazio non sembra più terra ostile da tenere lontana distruggendola e i popoli stranieri non vengono più visti come oggetto di sterminio, non appena si è imparato a riconoscere un ambiente estraneo come esistente e, seppure con difficoltà e diffidenza, in diritto di esistere, come un ambiente che forse potrà venir sottomesso in futuro ma che per il momento ancora esiste, da questi primi inizi di vita del diritto internazionale il giurista indigeno ha iniziato a vedere altre strutture statali e altri sistemi giuridici diversi dal proprio» (traduzione mia).

¹⁵ F. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., 22.

¹⁶ F. STURM, *‘Ius gentium’. Imperialistische Schönfärberei römischer Juristen*, in *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption*, Berlin, 2011, 663 (traduzione mia).

¹⁷ Inoltre queste parole vengono messe in bocca a Crasso, anche se si tratta dell’opinione di Cicerone. Cfr. F. GORIA, *Osservazioni*, cit., 270.

Cic. *de orat.* 1.44.19: *Percipietis etiam illam ex cognitione iuris laetitiam et voluptatem, quod, quantum praestiterint nostri maiores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intellegitis, si cum illorum Licurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis; incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.*

Secondo Cicerone un confronto fra il diritto romano e quello di Licurgo, Dracone e Solone mostra solo il ridicolo delle leggi di questi ultimi¹⁸. Anche se non si tratta di una fonte giuridica ed è probabile che esso contenga una provocazione o almeno una polemica¹⁹, questo brano si lascia comunque interpretare come espressione della convinzione che il confronto col diritto straniero non aggiungesse valore alla giurisprudenza romana.

3. *Comparazione giuridica nelle Istituzioni di Gaio*

Un'immagine diversa risulta, all'apparenza, dall'esame delle Istituzioni di Gaio²⁰. Qui l'autore si riferisce ad ordinamenti stranieri come quello dei Bitinii (1.193) e dei Galati (1.55); riferimenti, questi, che non si trovano più nelle Istituzioni di Giustiniano²¹. Gaio, però, non si limita a descrivere il diritto straniero, ma sembra porlo sullo stesso piano dell'equivalente funzionale romano. Nel far ciò egli indica i rispettivi tratti comuni, anche se non sembra in nessun punto avere la pretesa di

¹⁸ Secondo Corbino l'affermazione di Cicerone si basa sulla sua considerazione che solo il diritto romano fosse stato sistematizzato: A. CORBINO, *La risalenza dell' 'emptio-venditio' consensuale e i suoi rapporti con la 'mancipatio'*, in *Iura*, 64, 2016, 15.

¹⁹ Per Quadrato si tratta di un'espressione di orgoglio patriottico: R. QUADRATO, *D.1.2.1: Gaio fra storia e retorica*, in *LR*, 4, 2015, 227.

²⁰ Sturm lo definisce per questo aspetto come un'eccezione: F. STURM, *'Ius gentium'*, cit., 667.

²¹ Potrebbe essere questo il motivo per cui Schulz suppone un'interpolazione del passo con riferimento al lavoro di Solazzi: F. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., 22. Il lavoro di ricerca di Albertario esclude l'interpolazione dei passi citati: E. ALBERTARIO, *Elementi postgaiani nelle istituzioni di Gaio*, Milano, 1926, 3; l'ipotesi di Solazzi potrebbe essere esagerata.

un confronto esauriente. Il suo modo di procedere lascia ricordare il confronto funzionale di norme in senso stretto.

Accanto ai riferimenti specifici al diritto straniero, Gaio espone i risultati di confronti generalizzati di normative, nei quali il diritto peregrino non viene concretizzato. Così definisce alcuni istituti del diritto romano, come il *duplex dominium* (1.40), la *patria potestas* (1.55) e la *tutela mulierum* (1.190), come unici nel loro genere o singolari («*ius proprium civium Romanorum*») oppure menziona il fatto che una norma sia presente presso molti o addirittura tutti i popoli («*apud omnes gentes*»). In questo senso si tratta di considerazioni che possono certamente essere lette come risultati di un esame comparatistico sulle domande aperte. Ma che valore ha, per tornare alla domanda di partenza, tale comparazione in Gaio?

Le tesi esposte devono essere verificate per mezzo delle fonti, che si lasciano suddividere in cinque categorie. Innanzitutto vi sono brani testuali in cui Gaio confronta il diritto romano con le norme di un diritto straniero concreto (per esempio con le leggi dei Bitinii e dei Galati, cfr. sotto). Poi vi sono passaggi nei quali il diritto romano viene confrontato astrattamente con quello straniero senza specificare di quale ordinamento straniero si tratti. Inoltre, Gaio scrive anche del diritto di tutte le città («*ius omnium civitatum*») e del diritto che esiste presso tutti i popoli («*ius gentium*»), categorie, queste, che non presentano considerazioni di diritto comparato. Infine, il giurista cita legislazioni straniere nella forma di una mera materia, il diritto straniero appunto («*Auslandsrechtskunde*»), senza proporre considerazioni di carattere comparatistico.²²

Una rappresentazione del diritto romano della *patria potestas* in confronto con il sistema giuridico dei Galati si trova in Gai 1.55. Per

²² D. FORSTER, *Rechtsvergleichende Argumentation in den Institutiones des Gaius*, in *Wiener Schriften: Neue Perspektiven aus der jungen Romanistik*, hrsg. von E. Ayasch, J. Bemmer, T. Trittemel, Wien, 2018, 19-30.

Galati si intende una popolazione proveniente dalla Galatia, la parte orientale della Frigia in Asia Minore²³.

Gai 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus, quod ius proprium civium Romanorum est. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus, idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestatem parentum liberos esse*²⁴.

Il termine *ius proprium civium Romanorum* (diritto proprio dei cittadini romani) non può essere frainteso nel senso di una norma di conflitto, secondo la quale questa regola varrebbe solo per i cittadini romani²⁵. Gaio parla della diversità fra sistemi giuridici e indica in primo luogo la singolarità del diritto romano, cosa che lascia spazio a diverse interpretazioni: da una parte l'insistenza sull'unicità del diritto romano ricordata da Cicerone, dall'altra, al contrario, la relatività delle regole giuridiche romane. Gaio, inoltre, non desidera creare una contrapposizione troppo netta fra il diritto straniero e il proprio, così si spiega la correlazione *talem...qualem*. Grazie all'osservazione giuscomparatistica Gaio crea in un primo momento una dicotomia che sottolinea l'unicità del diritto romano. Attraverso il riferimento ai Galati viene successivamente annullata tale posizione privilegiata. Non si insinuano dubbi sulla legittimità di 'peculiarità' del diritto dei cittadini romani; il riferimento alla corrispondente regola dei Galati contribuisce a corroborare il già affermato diritto romano, poiché il parallelo giuridico

²³ L. BÜRCHNER, voce '*Galatia*', in *RE*, 7.1, Stuttgart, 1897, 519-534. A proposito di Galati, K. STROBEL, *Die Galater. Geschichte und Eigenart der keltischen Staatenbildung auf dem Boden des hellenistischen Kleinasien*, 1. *Untersuchungen zur Geschichte und historischen Geographie des hellenistischen und römischen Kleinasien*, Berlin, 1996.

²⁴ Tutte le fonti usate qui sulle Istituzioni di Gaio sono da U. MANTHE, *Die Institutionen des Gaius*, Darmstadt, 2004.

²⁵ C. MAJER, *Das römische internationale Privatrecht*, Stuttgart, 2017, 14.

indica un'abitudine del diritto e quindi la necessità di una norma²⁶. Inoltre, Gaio non si esprime sulla legittimazione della *patria potestas*.

In tutto ciò è da tenere presente che il giurista rimase per molto tempo un caso pressoché unico, per quanto il suo confronto fra sistemi giuridici sia minimalistico. Al tempo di Giustiniano dominava un'altra consapevolezza ed era meno sentita la necessità di corroborare la propria opinione in materia di legge con osservazioni giuscomparatistiche. Ciò si evince da I. 1.9.2, dove il passaggio in Gaio di cui sopra viene riprodotto spoglio degli elementi comparatistici.

I. 1.9.2: *Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus*²⁷.

La scomparsa di accenni comparatistici dai testi giuridici può trovare molteplici spiegazioni e ciò ci conduce nuovamente alla questione della valutazione del lavoro comparatistico di Gaio. Per esempio, riguardo a I. 1.9.2 si nota lucidamente che riferimenti al diritto peregrino non erano più necessari dopo che dal 212 d.C. con la promulgazione della *Constitutio Antoniniana* il diritto romano acquistò valore per tutti gli abitanti dell'Impero²⁸. Le Istituzioni di Gaio vengono datate intorno al 160 d.C.²⁹. Per quanto riguarda il periodo classico, Kunkel suppone che i riferimenti al diritto peregrino fossero addirittura diffusi presso i giuristi classici, i quali tuttavia non sono pervenuti³⁰. Una valida possibilità

²⁶ Goria interpreta l'uso del confronto come segno di approvazione: F. GORIA, *Osservazioni*, cit., 299.

²⁷ R. KNÜTEL, B. KUPISCH, S. LOHSSE, T. RÜFNER, *'Corpus Iuris Civilis' – Die Institutionen, Text und Übersetzung*, Heidelberg, 2013, 14.

²⁸ C. CASTELLO, *Nota su I. 1.9 'de patria potestate', I. 1.10 'de nuptiis' e D.23.2.1*, in *Diritto e società nel mondo romano*, 1, *Atti di un incontro di studio*. Pavia, 21.4.1988, Como, 1988, 158; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Köln, 1967, 211.

²⁹ M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*, cit., 5.

³⁰ W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen*, Köln, 1967, 211.

sarebbe anche che il riferimento ai Galati sia stato soppresso per ragioni di brevità³¹.

Ad un altro scopo serve il confronto di norme in

Gai 1.193: *Apud peregrinos non similiter, ut apud nos, in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt; ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier <contra> hat, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem.*

In questo passo Gaio confronta la *tutela mulierum* romana con la *quasi tutela* nel diritto dei Bitinii, una popolazione dell'Asia Minore nordoccidentale³². La definizione come *lex* potrebbe essere fraintesa come generosa concessione. Come in Gai 1.55, l'autore avrebbe potuto limitarsi a scrivere di ciò che altri 'credono'. Eppure Gaio non parla certamente di 'legge' romana genuina o acquisita. In particolare, il termine *lex* non può essere inteso nel senso di *lex data*, ovvero una specifica legge romana data per le province. In questo ambito sarebbe opportuno pensare alla *lex Pompeia municipalis Bithyniae data* del proconsole Pompeo Magno risalente all'anno 63 a.C. Tale legge regolava questioni tipiche dell'amministrazione delle province come l'assunzione nel senato cittadino³³. Questioni di diritto privato come la *tutela mulierum* non venivano regolate nell'ambito dello statuto provinciale (*lex data*).

Per un confronto interno delle norme nel senso sopracitato del termine *lex*³⁴, però, non vi è nessun altro indizio. Il fatto che nella metà

³¹ In generale: M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen-Forschung*, Wien, 1972, 80; J. PLATSCHEK, *Logische Formalisierung und juristische Textkritik am Beispiel D. 34.5.13.(14).2-3, (Iul. sing. amb.)*, in *QLSD*, 9, 2019, 171-196.

³² C. MAJER, *Das römische internationale Privatrecht*, cit., 159; K. BRANDIS, voce 'Bythinia', in *RE*, 3.1, Stuttgart, 1897, 507-539.

³³ G. ROTONDI, *'Leges publicae populi romanus?'. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, in *Enc. giur.*, 1, Milano, 1990, 492; K. BRANDIS, voce *Bythimia*, cit., 507-539 con ulteriori indicazioni bibliografiche: G. MANCINETTI, *La 'nulla pretiosa ratio' dei Romani e la 'lex' dei Bitini in tema di 'tutela mulierum'*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani, A. Schiavone, Pavia, 2007, 475.

³⁴ Nella traduzione è preferibile intendere 'diritto' invece che 'legge'.

orientale del regno la conclusione di contratti avesse luogo in presenza del marito si evince da diversi documenti³⁵.

In 1.55 Gaio istituisce in primo luogo un'antitesi fra il diritto romano e il diritto straniero. In un secondo momento separa il diritto dei Bitinii dalla categoria generale del diritto straniero per creare così una parentesi. Anche presso i Bitinii è necessaria l'autorizzazione del marito per concludere un contratto, ragion per cui sussiste almeno una *quasi tutela*³⁶.

A differenza del procedimento in 1.55, qui Gaio adotta uno sguardo più profondo in tema di materia muliebre in virtù di una diversa motivazione fornita dal giurista³⁷.

Gai 1.190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. Nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam*

³⁵ T. JOHANNSEN, *Das Privatrecht der griechischen Urkunden vom Mittleren Euphrat*, München, 2017, 44-52; 205-206; 264-273. G. MANCINETTI, *La 'nulla pretiosa ratio'*, cit., 487.

³⁶ Non si tratta di una norma di conflitto in senso moderno. Che il diritto straniero debba essere preso in considerazione dal diritto romano non vien detto. È un mero trattato etnografico sulla *Lex Bithynorum* nel senso del diritto comparato; cfr. C. MAJER, *Das römische internationale Privatrecht*, cit., 27, con il rifiuto dell'ipotesi di Gröschler e Saredo. Secondo Gröschler, Gai 1.193 mostra che il tutore di donne straniere debba essere stabilito secondo il diritto peregrino: P. GRÖSCHLER, *Die 'tabellae'-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundensammlungen*, Berlin, 1997, 194-197. Ciò non si può dedurre direttamente dal passo. Cfr. G. SAREDO, *Saggio sulla storia del Diritto internazionale privato*, Firenze, 1873.

³⁷ Sulla tradizione parallela presso Isidoro: H. NELSON, M. DAVID, *Überlieferung, Aufbau und Stil von 'Gai Institutiones'*, Berlin, 1981, 154. Mancinetti classifica l'argomentazione di Gaio in 1.189-193 come «discorso polemico»: G. MANCINETTI, *La 'nulla pretiosa ratio'*, cit., 487. Goria è dell'idea che Gaio voglia mostrare la mancanza di *naturalis ratio* nel caso della *tutela muliebre* contrapposta alla *tutela degli impuberes*. F. GORIA, *Osservazioni*, cit., 283-285. Per una vera critica da parte di Gaio: P. ZANNINI, *Gaio "antifemminista"?*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 296-300. Più generale sulla gerarchia dei sessi da Gaio: R. QUADRATO, *'Hominnis appellatio' e gerarchia dei sessi. D. 50, 16, 152 (Gai. 10 ad l. Iul. et Pap.)*, in *BIDR*, 33-34, 1991-1992, 309-348.

causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

Gaio definisce la presunta leggerezza di giudizio delle donne³⁸ negli affari come un pretesto. In realtà le donne gestirebbero i propri affari indipendentemente e il permesso del tutore verrebbe accordato solo come formalità o sostituito dal pretore. Con ciò il giurista nega la necessità della *tutela mulierum*.

Gaio, quindi, cerca il motivo di una norma aldilà delle prescrizioni senza volersi esporre con una critica aperta della tutela muliebre. La descrizione del fatto che la concessione del tutore venisse finta dal pretore si lascia, però, anche definire come eccezione oltre che come infrazione della norma. È possibile che Gaio qui dia maggior importanza al fine didattico con lo scopo di spronare il giudizio acuto dei suoi studenti piuttosto che alla velata critica del diritto.

Visti nell'insieme, i passi 1.190 e 1.193 presentano tuttavia una contraddizione: se le donne sono in grado di concludere affari da sole

³⁸ L'attribuzione di una *infirmas* della volontà si trova presso Seneca e Cicerone e risale ad Aristotele. Il controesempio è da trovarsi nella moglie di Cicerone, Terenzia, descritta da lui come 'più coraggiosa di un uomo' (Cic. *fam.* 14.8.2). Kaser, Knütel, Lohsse suppongono, già attraverso le leggi matrimoniali di Augusto, una proroga artificiosa della *tutela muliebre*: M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*, cit., 382. Si veda anche la ricerca di Lamberti secondo cui la *levitas animi* in Gaio si dimostra «fittizia e speciosa» e mero «topos»: F. LAMBERTI, *Reichweite und patrimonii femminili in Apuleio*, in *Moneta mercanti banchieri. I precedenti romani dell'Euro. Atti del Convegno Internazionale Cividale del Friuli 26-28 settembre 2002*, Pisa, 2003, 301; su Gai 1.190 anche F. LAMBERTI, 'Mulieres' e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e 'presenze silenziose', in *Index*, 40, 2012, 247, con ulteriori riferimenti. Inoltre, il capitolo 'Schwäche und Rollenbilder' in E. HÖBENREICH, G. RIZZELLI, *SCYLLA – Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im antiken Rom*, Wien, 2003, 40-55 (in breve su Gaio p. 41), come anche J. GARDNER, *Frauen im antiken Rom*, München, 1995, 28-31.

non c'è bisogno né di una *tutela mulierum* né di una *quasi tutela*³⁹. Gaio non arriva a questa conclusione⁴⁰.

Gaio non arriva, con il suo confrontare i sistemi giuridici, al punto di servirsi del confronto nello sviluppo di un giudizio in materia di diritto. Da questo punto di vista il suo risultato è già stabilito prima che il confronto fosse avvenuto. Quest'ultimo appare funzionale nel senso indicato poiché l'istituto giuridico oggetto della comparazione corrisponde nella sua funzione sociale con il diritto romano.

Per mezzo dei due esempi si è mostrato come non è presente una critica coerente all'istituto della tutela muliebre mentre la *patria potestas* non viene messa affatto in discussione. Tuttavia, la comparazione giuridica di Gaio spicca come un *unicum* nel periodo fra Cicerone e Giustiniano.

Anche riferimenti generali al diritto dei non cittadini romani appaiono nell'opera di Gaio. Per esempio, il giurista parla di «*apud peregrinos*» e simili senza essere più preciso. Come costante in questi testi emerge continuamente la posizione peculiare delle scelte giuridiche romane («*ius proprium civium Romanorum*»).

In 1.197, Gaio illustra la *tutela* dei minori e confronta la regolamentazione romana con quella di popoli stranieri.

Gai 1.197: [*Ei etiam a praetore curator dandus est, qui, licet pubes sit, adhuc tamen perfectae aetatis non sit, donec ad eam*]⁴¹ *aetatem pervenerit, in qua res suas tueri possit, sicuti apud peregrinas gentes custodiri superius indicavimus.*

Secondo Gai 1.197 il diritto romano prescrive, in concordanza con le norme di popoli stranieri, che giovani in formazione si possano occupare delle proprie faccende solo dopo aver raggiunto la giusta maturità. Prima

³⁹ Così anche G. MANCINETTI, *La 'nulla pretiosa ratio'*, cit., 480.

⁴⁰ Quadrato vede un «chiaro accento polemico» quando Gaio sottolinea la «particolarità» del costume romano»: R. QUADRATO, *Province e provinciali: il cosmopolitismo di Gaio*, in ID., *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, 294.

⁴¹ Per un approfondimento di Gai 1.197 in tal senso, si esprimono anche M. DAVID, H. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV*, Leiden, 1960, 223 (con riferimento a Knipf).

di questo momento è necessaria una tutela. Con ciò viene condotta un'esposizione comparatistica che mostra le somiglianze di regolamenti e consuetudini diverse. In questo caso il confronto mostra la concordanza del diritto romano con quello straniero.

In 2.40 Gaio descrive il *duplex dominium* e il suo sviluppo storico.

Gai 2.40: *Sequitur, ut admonemus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur; aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritum dominus, alius in bonis habere.*

Anche qui fa una comparazione con i *peregrini*, che non conoscono il *duplex dominium*. In questo modo Gaio sottolinea la singolarità del diritto romano.

Un altro riferimento al diritto straniero si trova in Gai 3.96.

Gai 3.96: *Item uno loquente [et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio; id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit]. Sed haec sola causa est, ex qua iure iurando contrahitur obligatio. Sane ex alia nulla causa iure iurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum; nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus in aliis valere.*

Gaio illustra che il giuramento nel diritto romano crea una obbligazione solamente nel caso mostrato. Negli altri ordinamenti giuridici si trovano invece altre regole.

4. *Conoscenza del diritto straniero da parte di Gaio*

Gaio si occupava del diritto romano sebbene la sua conoscenza del diritto straniero fosse notevole. Premessa questa relativizzazione, si pone la questione sul carattere eccezionale di Gaio nell'ambito del diritto comparato.

Per Honoré i numerosi riferimenti di Gaio sono così sorprendenti che egli stesso lo classifica come un peregrino o come un giurista di provincia. Gaio avrebbe potuto essere ad esempio un professore di legge a Beirut. Honoré presume che Gaio abbia rivisto le istituzioni proprio lì o che durante la sua permanenza in questo luogo abbia conosciuto il diritto straniero e lo abbia incorporato successivamente⁴². Honoré presuppone inoltre che nell’opera di Gaio sia visibile l’influenza di Aristotele. Gaio sarebbe stato ispirato dalle opere comparative di Aristotele⁴³. Sempre basandosi sulle teorie di Honoré, anche Martini ipotizza che «le Istituzioni di Gaio “possano aver subito un’opera di adattamento al mondo provinciale” dallo stesso Gaio». Egli si sofferma «sui numerosi riferimenti ai *peregrini* che ... si trovano sempre nelle Istituzioni gaiane». A suo avviso, «[p]er quanto riferimenti del genere siano possibili anche in un’opera nata in Roma in funzione dell’insegnamento elementare del diritto, è evidente, infatti, che ne apparirebbe già di per sé più logica l’inserzione in un manuale utilizzato nel mondo delle province a contatto quotidiano con le “*gentes peregrinae*” (1, 197) delle diverse “*civitates peregrinae*” (1, 96) dell’impero»⁴⁴. Di diverso avviso è Pichonnaz che riporta come Gaio avesse una sensibilità per il diritto nelle province sebbene fosse un *civis Romanus* (Gai 1.55 e Gai 1.193)⁴⁵. Anche Wacke è contro la residenza in provincia e per l’uso del libro di testo per l’applicazione a Roma a causa del frequente richiamo al *praetor*⁴⁶.

⁴² T. HONORÉ, ‘*Gaius*’, *A biography*, Oxford, 1962, 84-89. Anche Liebs tende a credere in un soggiorno di Gaio nelle provincie: D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, Berlin, 2017, 301-310; D. LIEBS, *Biographical Matters about Gaius*, in *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller*, a cura di U. Babusiaux e D. Mantovani, Pavia, 2020, 12-15.

⁴³ T. HONORÉ, ‘*Gaius*’, cit., 107-108.

⁴⁴ R. MARTINI, *Gaio e i peregrini*, in *Studi Senesi*, 85, 1973, 273.

⁴⁵ P. PICHONNAZ, *Le plurilinguisme des juristes romains... et des romanistes : quelques réflexions*, in *Index*, 45, 2017, 712. Liebs conferma che Gaio era un cittadino romano: D. LIEBS, *Biographical Matters*, cit., 9.

⁴⁶ A. WACKE, *War ‘Gaius’*, cit., 74. Contro la descrizione come giurista di provincia anche U. BABUSIAUX, *Die Institutionen im Rahmen der gaischen Werke*, in *Le Istituzioni*, cit., 9, nt. 8. Babusiaux sottolinea che il commentario all’editto provinciale di Gaio era la sua opera principale, non le Istituzioni, *Die Institutionen*, cit., 52, 65, 91 e 95.

Un altro argomento già usato da Mommsen per ipotizzare che Gaio fosse un peregrino o professore in provincia è il suo commentario sull’editto provinciale⁴⁷. Honoré sosteneva che Gaio fosse stato il solo a commentare tale editto⁴⁸. Non è possibile pertanto stabilire con certezza se effettivamente il commentario gaiano all’editto provinciale sia stato l’unico. Una possibile ipotesi che spiegherebbe l’unicità del commentario potrebbe essere la scelta dei compilatori di utilizzare esclusivamente il commentario di Gaio per i Digesti⁴⁹. Tuttavia l’ipotesi secondo cui l’unico commentario all’editto provinciale fosse quello redatto da Gaio ha trovato opinioni discordanti, in quanto autori, quali il Liebs, reputano che anche Callistrato abbia scritto un commentario di questo tipo. Ma anche Callistrato si dice essere stato un giurista provinciale⁵⁰.

Neanche questo aspetto su Gaio prova il suo stato di peregrino. Secondo Schulz e altri autori indica solo che il commentario è stato compilato in provincia. Schulz riconosce nell’editto una forma «stereotipata che ogni governatore era obbligato al tempo di Adriano ad emanare»⁵¹. Di conseguenza se ne deduce che Gaio dovesse effettivamente trovarsi in provincia al tempo della sua compilazione.

Viaggiare insegna. Tuttavia rimangono alcuni dubbi circa la tesi secondo cui Gaio avrebbe acquisito una visione speciale del diritto straniero in una sede diversa da quella di Roma. Come scrive Mantovani anche molti altri giuristi e imperatori sono stati dei provinciali. Il fatto

⁴⁷ TH. MOMMSEN, ‘*Gaius*’ ein Provinzialjurist, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, 3, 1859, 4-7.

⁴⁸ T. HONORÉ, ‘*Gaius*’, cit., 79.

⁴⁹ G. DI TROLIO, *Gaio commentatore dell’editto provinciale*, in *RGDR*, 33, 2019. Anche Guarino pensa che Gaio non sia stato l’unico: A. GUARINO, *Gaio e l’edictum provinciale*, in *Iura*, 20, 1969, 171.

⁵⁰ D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, cit., 338 ss.

⁵¹ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 342. Contrariamente a quanto si dice in merito alla redazione dell’editto ciceroniano secondo cui, quest’ultimo, è stato scritto e compilato a Roma. L. FANIZZA, *Cultura aristocratica e amministrazione della provincia asiatica. Scaevola, Tubero, Cicero*, in *SDHI*, 78, 2012, 100. Gaio ci fornisce esempi dalle province nel suo commentario all’editto provinciale, che sono tramandati in D. 3.4.1: A. FLECKNER, *Recensione ad A. GROTEN, ‘Corpus’ und ‘universitas’*, Tübingen, 2015, in *ZSS*, 137, 2020, 440-441.

che Gaio avrebbe potuto essere un provinciale non spiegherebbe molto. Sarebbe piuttosto un circolo vizioso che trasforma un’ipotesi (la provenienza provinciale) in un giudizio di valore (giurista di provincia)⁵².

Occupiamoci per prima cosa del metodo di acquisizione delle conoscenze. È corretto affermare che quello che portava da Roma a Beirut oltre la Bitinia e la Galazia fosse un itinerario popolare⁵³. Ciò nonostante, le dichiarazioni di Honoré rimangono speculative. È soprattutto discutibile la tesi di Honoré secondo la quale la conoscenza del diritto straniero presuppone la presenza fisica sul luogo. In quale altro modo i giuristi romani di Roma avrebbero potuto conoscere gli ordinamenti giuridici stranieri? Innanzitutto esistevano archivi in cui venivano raccolti i documenti sulle province. Plinio il Giovane, governatore della Bitinia, ha, per esempio, inviato lettere a Traiano. I governatori si rivolgevano agli imperatori in caso di dubbio. Questi documenti sono stati conservati⁵⁴. Inoltre, il *praetor peregrinus* esistente dal 242 a.C. aveva frequente contatto con i non romani in tribunale⁵⁵. Questo non solo a causa dell’area commerciale internazionale sul Mediterraneo. Certamente le parti provenienti da altri territori dell’impero romano avrebbero dovuto chiarire il loro punto di vista sulla base del proprio diritto. Ci si chiede se nel caso di due parti straniere, venisse usato il loro diritto dal pretore peregrino che lo conosceva⁵⁶. La seguente questione che si pone è se le conoscenze acquisite durante un processo siano state registrate e archiviate e se a questo scopo sia stato insegnato il diritto straniero agli studenti di giurisprudenza. Wagner

⁵² D. MANTOVANI, *Gaio nella storiografia del novecento*, in ‘*Gaius noster*’. *Nei segni del Veronese. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano (Companello, 8-11 giugno 2012)*, a cura di F. Milazzo, Milano, 2019, 7.

⁵³ Cfr. L. BÜRCHNER, voce ‘*Galatia*’, cit., 519 ss.

⁵⁴ D. PIATTELLI, *Concezioni giuridiche e metodi costruttivi dei giuristi orientali*, Milano, 1981, 60.

⁵⁵ T. CHIUSI, *Lo straniero come compartecipe dell’esperienza giuridica. A proposito dello stato giuridico dello straniero a Roma*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi, L. Gagliardi, Sankt Augustin, 2011, 33-34; H. SPENGLER, *Zum Menschenbild römischer Juristen*, in *JZ*, 21, 2011, 1025.

⁵⁶ H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des ‘Gaius’*, Zutphen, 1978, 81, con riferimento a Gai 3.134.

indica il flusso inverso di conoscenze: gli studenti peregrini potrebbero aver frequentato le lezioni a Roma, cosicché si giunse ad uno scambio di conoscenze tra loro e il docente⁵⁷.

I giuristi romani classici viaggiarono attraverso l'impero e conobbero le diverse province⁵⁸. Tra le fonti non-giustinianee troviamo ad esempio, nelle Notti attiche di Aulo Gellio una citazione del giurista Aristone, il quale riporta informazioni sulla legge egiziana riguardo ai furti. Viene menzionato persino il diritto dei Lacedemoni (Gell. *noct. Att.* 11.18.16-17). Aristone viene descritto come un esperto di diritto e pratica forense⁵⁹.

I numerosi riferimenti al diritto greco all'interno del *Corpus Iuris Civilis* possono essere spiegati dalla formazione dei giuristi romani in Grecia⁶⁰. Anche nelle XII Tavole furono fatte allusioni al diritto dei greci, come fece anche Gaio nel suo commento alle XII Tavole. Tuttavia, la parte di Ulpiano in 31 *ad Sab. D.* 23.3.9.3 «*quae Galli peculium appellant*» non deve essere intesa come un riferimento al diritto dei Galli. Si tratta probabilmente di un errore di trasmissione⁶¹. Un'altra funzione soddisfa il semplice uso dei termini giuridici greci. Il bilinguismo dei giuristi romani e l'uso di espressioni greche era molto comune, anche se non rappresenta indice dell'esistenza di un metodo comparato nel senso esaminato⁶².

⁵⁷ H. WAGNER, *Studien*, cit., 248.

⁵⁸ Per la scuola sabiniana: J. KODREBSKI, *Der Rechtsunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Principats*, in *ANRW*, II, 1976, 192-193. Gaio appartiene ugualmente alla scuola sabiniana: G. DIÓSDY, 'Gaius', *der Rechtsgelehrte*, in *ANRW*, II, 1976, 618.

⁵⁹ F. D'IPPOLITO, *Recensione ad A. MANTELLO, I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, in *Iura*, 41, 1990, 183.

⁶⁰ F. GORIA, *Osservazioni*, cit., 214-215.

⁶¹ J. PLATSCHKE, *Das Nebengut der Ehefrau und D.23.3.9.3 (Ulp. 31 Sab.): 'quae Gaiæ peculium appellantur'*, in *QLSD*, 5, 2015, 138. Affermativa: U. BABUSIAUX, 'Quod Graeci ... vocant' - Emblematischer Codewechsel in den Juristenschriften, in 'Inter cives necnon peregrinos', a cura di J. Hallenbeek, Göttingen, 2014, 55.

⁶² Analisi dettagliata da U. BABUSIAUX, 'Quod Graeci ... vocant', cit., 35-59. Per la descrizione dei fatti provinciali vengono utilizzati termini e sinonimi greci che servono per una descrizione migliore dell'avvenuto (pp. 50-52). Un esempio riguardo a Gaio a pp. 54-55, D. 19.2.25.6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*).

Non ci sono quindi ragioni per ritenere che Gaio avesse raggiunto una posizione esclusiva attraverso il lavoro di fonti locali al centro della cultura giuridica straniera. Scrisse ciò che altri avevano già esposto, in una forma didattica eccellente.

5. Riferimenti al diritto straniero come metodo didattico

GAIUS non è solo sinonimo di «storia legale, diritto comparato ed educazione giuridica per studenti e giuristi»⁶³, ma anche di critica del diritto (Nörr). Citata fu la *tutela mulierum*. Quando non fu più in uso, Gaio cominciò con la sua critica; per quanto potesse essere utile in una rappresentazione della realtà in un manuale di diritto romano, ma non oltre. Le sue obiezioni non conducono ad alcuna conseguenza pratica⁶⁴. Gaio non si mostra impressionato dalle soluzioni già disponibili dei sistemi giuridici stranieri. Anche se a Gaio non importava trovare soluzioni migliori in termini di contenuto, non fece il suo lavoro senza alcuna valutazione a riguardo⁶⁵. Secondo tale ipotesi, l'identità dei giuristi romani consci della tradizione o fedeli alle leggi sarebbe stata intaccata. Ciononostante, Gaio sembra aver dato molto valore alla forma e alla rappresentazione del diritto romano.

Attraverso le divergenze non-romane, che Gaio sapeva evidenziare come alternative contraddittorie nel quadro della sua comparazione

In esso Gaio menziona oltre a *vis maior* il termine greco dello stesso significato θεοῦ βίαι. Secondo Babusiaux non è tanto un riferimento alla visione greca del diritto ma un'interpretazione terminologica indipendente del termine latino (p. 55). Tantomeno si trova un riferimento al diritto greco in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*) ma solo l'utilizzo di sinonimi greci (pp. 56-57). Tra l'altro, C. MASI DORIA, *Modelli giuridici, prassi di scambio e ‘medium’ linguistico: un itinerario dell'espansionismo romano*, Napoli, 2012, 73-82.

⁶³ S. PINELES, *Unser Ziel*, cit., 1.

⁶⁴ D. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., 102. Tuttavia, non richiede la loro abolizione. Wacke spiega la mancanza di questa richiesta politica affermando che Gaio fosse privo di collegamenti con le forze politiche, il che gli avrebbe permesso di enfatizzare la sua richiesta. A. WACKE, *Was ‘Gaius’*, cit., 75-77.

⁶⁵ Secondo Voci Gaio non esprime i suoi stessi pensieri: P. VOCI, *Storia della ‘patria potestas’ da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, 31, 1980, 97.

giuridica, egli fu in grado di spiegare più facilmente il complesso mondo del diritto romano.

In conclusione, non ritengo opportuno ritenere che Gaio sia stato aperto ad altri metodi esplicativi⁶⁶ solamente perché ha integrato la sua esposizione con riferimenti al diritto straniero. Wagner e Wacke sono arrivati alla conclusione che i riferimenti al diritto comparato nel lavoro di Gaio provengono da uno slancio scientifico che alla fine è servito a scopi didattici⁶⁷. Tuttavia, può essere osservata un'apertura discorsiva e un approccio alla cultura della conversazione, che in seguito non venne dato per scontato.

Le osservazioni di Gaio nell'ambito di un breve libro di testo potrebbero incoraggiare gli studenti, anche contro le aspettative dell'autore, a muovere ulteriori critiche e dare loro spazio a discussioni sul contenuto. In primo piano, tuttavia, c'è la sensibilizzazione alla comprensione attraverso discorsi esemplari su questioni concrete e quindi il trasferimento di informazioni riguardanti il diritto romano. Una possibile funzione determinante per la cognizione giuridica a mezzo del diritto comparato recede dietro tale scopo. I testi dei libri non dovrebbero essere sovraccaricati di aspettative troppo alte. Gaio incorpora i riferimenti comparativi sul diritto dei Galati e sulla *Lex Bithynorum* in modo associativo. Come autore di libri di testo, infonde la sua conoscenza del diritto straniero per attirare l'attenzione dei suoi lettori sulle peculiarità del diritto romano. La considerazione di argomenti stranieri influisce prima di tutto sulla forma della presentazione. Gaio dunque non rivela come giunge effettivamente alle sue conclusioni, alla sua selezione di oggetti, esempi e dichiarazioni, in quanto l'accertamento del diritto e la motivazione sono due cose diverse⁶⁸.

⁶⁶ L. LANTELLA, *Le Istituzioni*, cit., 68.

⁶⁷ A. WACKE, *Was 'Gaius'*, cit., 75; H. WAGNER, *Studien*, cit., 247.

⁶⁸ Questo articolo è risultato del progetto di ricerca 'Legal History of Comparative Law', che è stato finanziato dal Zukunfskolleg dell'Università di Costanza con fondi del governo federale e statale nel quadro dell'iniziativa 'Excellence'. Vorrei ringraziare Sara Bellomo (Università di Costanza/Heidelberg) e il Dr. Antonio Angelosanto (Sapienza Roma) che mi hanno aiutato a superare gli ostacoli di una lingua straniera.

ABSTRACT

L'articolo si prefigge di approfondire il ruolo della comparazione nelle celeberrime Istituzioni gaiane ponendosi il quesito su quali fossero le finalità dell'utilizzo di questo strumento da parte di Gaio stesso. Dapprima vengono evidenziati i metodi e l'interpretazione che ne derivava in seguito alla sua applicazione dai giuristi dell'antica Roma, esplorando i motivi per cui il metodo comparatistico fosse poco e diversamente utilizzato nella giurisprudenza romana. In seguito si prosegue attraverso l'analisi dell'utilizzo del metodo comparatistico fatto da Gaio rispetto ad alcune norme straniere specifiche per poter spiegare e far comprendere alcune situazioni giuridiche. Particolarmente messo in luce risulta essere il tema della *tutela mulierum*, ove, tramite la comparazione con altre norme straniere, Gaio insinua il dubbio circa la sua efficacia. Ne emerge così una figura di Gaio come critico del diritto, oltre alla sua già nota figura come didatta e storico. Si potrà giungere infine alla conclusione di come Gaio non desideri apportare modifiche al sistema giuridico romano, tradizionalista per eccellenza, ma bensì spiegare, attraverso l'utilizzo del diritto straniero, il complesso sistema giuridico romano.

The article aims to deepen the role of comparison in the famous Institutes of Gaius, by asking what were the objectives of the use of this instrument by Gaius himself. First of all, this article will highlight the methods and the interpretation that derived from its application by the jurists of ancient Rome and explore the reasons why the comparative method was little used and distrusted in Roman jurisprudence. We will then analyze Gaius' use of the comparative method with respect to some specific foreign norms in order to explain and understand certain legal situations.

In particular, it is necessary to highlight the institute of *tutela mulierum* through which, by comparing it with other foreign norms, Gaius casts doubt on its effectiveness. Thus, the figure of Gaius as a critic of law emerges, in addition to his already well-known figure as a teacher and historian. We can finally come to the conclusion that Gaius does not

wish to make changes to the Roman legal system, the traditional legal system *par excellence*, but rather to explain, through the use of foreign law, the complexity of the Roman legal system.

PAROLE CHIAVE

Diritto comparato – *apud peregrinos – ius proprium civium Romanorum* –
didattica – Gai 1.55 – Gai 1.193

Comparative law – *apud peregrinos – ius proprium civium Romanorum* –
teaching methods – Gai 1.55 – Gai 1.193

DORIS FORSTER

Email: doris.forster@unige.ch

