

GIUSEPPE FALCONE

Osservazioni su Gai 2.14  
e le *res incorporales*

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

(AUPA)

Volume LV  
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

# ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

## COMITATO SCIENTIFICO

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

## COMITATO DI REDAZIONE

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

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

## INDICE DEL VOLUME

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

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

GAIO: PROFILI CONCETTUALI  
E MODELLI DIDATTICI

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



GIUSEPPE FALCONE

## Osservazioni su Gai 2.14 e le *res incorporales*

### ABSTRACT

Through a critical review of some issues concerning the content of Gai 2.14 and the systematic and conceptual meaning of the *res incorporales* in the Gaius' Institutes, the author defends the integration '*ea quae <in> iure consistunt*' (§§ 2-3) – which expresses a subjective perspective of *ius* (§ 3) – with new topics; it is particularly stressed that the two terms of the classification '*res corporales / res incorporales*' – which is not possible to determine if it has been adopted first by Gaius (§ 4) – are considered by the jurist as elements of the *patrimonium*, more specifically from the point of view of the ways in which they enter into the *patrimonium* or come out from it, in accordance with a general methodic approach fixed in Gai 2.1 (§ 5); moreover, in connection with this systematic scheme, the author also sheds light on the absence of the *dominium* in the Gaius' list of the *res incorporales* (§ 6); finally, an explanation is proposed for the ending and marginal position of the *iura praediorum* in Gai 2.14 (§ 7).

### PAROLE CHIAVE

*Res corporales e res incorporales; sistematica gaiana; dominium; obligationes; iura praediorum.*





1. Il tema delle *res incorporales* nelle Istituzioni di Gaio, già al centro di un'intensa stagione di studi apertasi intorno alla metà del secolo scorso,<sup>1</sup> ha goduto di particolare attenzione nella storiografia negli ultimi decenni.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cfr. M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in RHD 24-25, 1946-47, 209 ss.; H. PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen*, in ZSS 65, 1947, 339 ss.; R. MONIER, *La date d'apparition du «dominium» et de la distinction juridique des «res» en «corporales» et «incorporales»*, in St. Solazzi, Napoli 1948, 357 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria nell'antico diritto romano*, in AUPA 20, 1949, 356 ss.; G. PUGLIESE, «*Res corporales*», «*res incorporales*» e il problema del diritto soggettivo, in RISG 5, 1951, 237 ss. (= *Scritti giuridici scelti*, Napoli 1985, 225 ss.); F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln der Institutionensystems*, in ZSS 70, 1953, 103 ss.; U. ROBBE, *La successio e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, I, Milano 1965, 26 ss.; ID., *Osservazioni su Gaio*, in AA.VV., *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, 115 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I<sup>2</sup>, Milano 1967, 159 ss.; R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968, 144 ss. (poi, «con alcuni affinamenti», in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 297 ss., con il titolo: *Gaio e le «res incorporales»*, da cui in seguito citerò); G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino 1974, 39 ss.; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione tra «res corporales» e «res incorporales»*, in Labeo 20, 1974, 362 ss.; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni «res corporales-res incorporales» e «res Mancipi-res nec Mancipi» nella sistematica gaiana*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 409 ss. (= *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova 2003, 1091 ss.).

<sup>2</sup> Cfr. P. MAROTTOLI, *Res incorporales (Premesse)*, Roma 1989; F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra res corporales e res incorporales nel diritto romano classico*, in RIDA 37, 1990, 87 ss.; J.W. TELLEGEN, *Res incorporalis et les codifications modernes de droit civil*, in Labeo 10, 1994, 41 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle res corporales e incorporales quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in Gaetano Scherillo (Atti Convegno - Milano 1992), Milano 1994, 23 ss. (= *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 177 ss.); ID., *Ius consuetudine, pactum, ius e res*, in SDHI 61, 1995, 717 ss.; M. BRETONE, *Res incorporalis*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero* (Atti Convegno Accademia Lincei 1995), 1996, 117 ss.; ID., *I fondamenti del diritto romano. La natura e le cose*, Bari 1998, 124 ss. e spec. 134 ss.; C. BECK, *Die »res« bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation?*, Köln-Berlin-Bonn-München 1999, 40 ss.; W. DAJCZAC, *Der Ursprung der Wendung res incorporalis im römischen Recht*, in RIDA 50, 2003, 97 ss.; P. PICHONNAZ, *Res incorporales et possessio iuris. Questions choisies sur les relations entre choses et droits*, in OIR 9, 2004, 105 ss.; E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei «diritti soggettivi» fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in Studi Senesi, III s., 2006.1, 120 ss.; G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, in *Scritti in onore di G. Melillo*, II, Napoli 2009, 821 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, 99 ss.; C. BALDUS, *Res incorporales im römischen Recht*, in S. Leible - M. Lehmann - H. Zech (hrsg.), *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*, Tübingen 2011, 7 ss.

Cfr. inoltre, per i profili più direttamente attinenti al rapporto tra la categoria delle *res incorporales* e la sistematica gaiana, oltre agli autori già citati (Wieacker, Zamorani e

Per parte mia, con questo intervento<sup>3</sup> mi propongo di considerare brevemente singole questioni di ordine concettuale e sistematico rispetto alle quali la valorizzazione di alcuni dati fin qui rimasti inosservati o non adeguatamente apprezzati può, se ben vedo, fornire utili spunti interpretativi.

Base di partenza e costante punto di riferimento delle riflessioni che seguono sarà, naturalmente, il testo di Gai 2.14, in cui il giurista, dopo aver affermato che ‘*Quaedam praeterea*<sup>4</sup> *res corporales sunt, quaedam incorporales*’ (§ 12) e che ‘<Corporales> *hae <sunt>, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles*’ (§ 13), si sofferma sul secondo corno della distinzione. Riporto il testo, evidenziando in tondo le integrazioni comunemente accolte rispetto al ms. veronese:

Gai 2.14. *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem perinet quod in hereditate res corporales*<sup>5</sup> *continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum rell.*

2. Il punto che merita di essere affrontato per primo consiste nell’individuazione dell’esatta formulazione con la quale Gai 2.14 precisa e circoscrive, in apertura di discorso, la categoria delle *res*

---

Bona in testa), gli importanti riferimenti in C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, 250 ss.; in S. TONDO, *Appunti sulle Institutiones iuris*, in BIDR 101-102, 1998-99 (pubbl. 2005), 633 ss.; e in R. MARTINI, *Di alcune singolarità della sistematica gaiana*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de’ Santi*, I, Milano 2010, 121 ss.

<sup>3</sup> Le pagine seguenti riflettono alcune osservazioni proposte nella lezione palermitana di Dottorato “*Gaio tra Institutiones e Res cottidianae*” e poi riprese e ulteriormente sviluppate, in modo apposito, nella Relazione “*Res incorporales e sistematica nelle Istituzioni di Gaio. Spunti di riflessione*”, tenuta all’Università di Pisa per il *Circolo Toscano di diritto romano e storia del diritto «Ugo Coli»* in data 4.5.2012.

<sup>4</sup> ‘*Praeterea*’, rispetto alla precedente distinzione tra *res divini iuris* e *res humani iuris*, svolta lungo i §§ 2-11: su di essi cfr. *infra*, n. 5 su ntt. 81-87.

<sup>5</sup> Integrato sulla base di D.1.8.1.1 e Iust. Inst. 2.2.2.

*incorporales, quae tangi non possunt*. Si tratta, segnatamente, di optare per il mantenimento della lezione trādita dal ms. veronese ‘*qualia sunt ea quae iure consistunt*’ oppure per l’integrazione, proposta in alcune edizioni, ‘*qualia sunt ea quae <in> iure consistunt*’. E conviene sottolineare subito, ove ce ne fosse bisogno, che la questione, lungi dal risolversi in un minuto problema di *restitutio textus*, è in realtà di assoluto rilievo e risulta preliminare rispetto a qualsiasi diramazione di ricerca attinente a profili concettuali, sistematici e storici riconducibili alla tematica delle *res incorporales*.

La correzione del dettato pervenutoci, avanzata da alcuni editori e, in particolare, da David-Nelson con argomentata presa di posizione,<sup>6</sup> si fonda sia sulla versione del brano gaiano che si legge in D. 1.8.1.1 e in Iust. Inst. 2.2.2, sia sul dettato dell’*Epitome Gai*,<sup>7</sup> sia, ancora, su un brano delle *Pauli Sententiae*.<sup>8</sup> testi, tutti, nei quali si legge ‘*in iure consistunt*’.

Sul fronte opposto, a parte coloro (editori e studiosi) che hanno *sic et simpliciter* conservato la lezione pervenutaci, un’apposita difesa della formulazione ‘*ea quae iure consistunt*’ è stata assunta da Orestano<sup>9</sup> e, soprattutto, da Nicosia, il quale ha dedicato alla questione un recentissimo contributo specifico. I due studiosi hanno insistito, seppur con sfumature differenti, su un uso del verbo *consistere* con l’ablativo nel significato di “avere fondamento nel”: per Orestano, il quale assegna a ‘*ius*’ il significato di diritto in senso oggettivo, le *res*

<sup>6</sup> Cfr., in particolare, l’argomentata presa di posizione di M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV. Kommentar*, Leiden 1960, 240. Per altre indicazioni cfr. G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, cit., 824.

<sup>7</sup> *Gai epit.* 2.1.2. *Praeterea quaedam res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales sunt, quae manu tangi possunt: uelut ager, mancipium, uestis, aurum, argentum, et his similia. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae non in corpore, sed in iure consistunt, sicut est hereditas et obligationes de diuersis contractibus scriptae. Et licet hereditas uel emptio aut diuersi contractus res corporales in se habeant, ius tamen ipsius hereditatis uel emptionis aliorumque contractuum incorporale est. 3. Incorporalia etiam sunt iura praediorum urbanorum uel rusticorum. Praediorum urbanorum iura sunt [...]. Praediorum uero rusticorum iura sunt [...]; quae similiter incorporalia sunt. Haec iura, tam rusticorum quam urbanorum praediorum, seruitutes appellantur.*

<sup>8</sup> Paul. Sent. 3.6.11, ove la *res incorporalis* in questione è il rapporto obbligatorio: ‘*Sinendi modo tam corporales res quam quae in iure consistunt legari possunt: et ideo debitori id quod debet recte legatur*’.

<sup>9</sup> R. ORESTANO, ‘*Diritto*’. *Incontri e scontri*, cit., 303 s.

*incorporales* sarebbero rappresentate da Gaio come entità che hanno esistenza “per il diritto e nel diritto”;<sup>10</sup> per Nicosia, piuttosto, Gaio avrebbe parlato di «figure che hanno consistenza *iure*, in quanto configurazioni giuridiche esistenti solo nel mondo del diritto e delle concezioni giuridiche, in definitiva ‘concetti giuridici’». <sup>11</sup> La locuzione ‘*ea quae in iure consistunt*’ – aggiunge lo studioso siciliano – avrebbe, invece, rispecchiato una visuale postclassica e giustiniana, che tende a far “grossolanamente” coincidere le *res incorporales* con i diritti e che avrebbe favorito la diffusa “banalizzazione” che porta ad intendere le *res incorporales* come le cose che ‘consistono in’ diritti.<sup>12</sup>

A mio avviso, la genuina scrittura gaiana comprendeva anche la preposizione ‘*in*’, la quale dovette cadere per un facile incidente nella tradizione del testo.

Al riguardo, osservo preliminarmente che non è giustificato ritenere che il discorso di Gai 2.14 si ponga in linea con le indicazioni offerte in un brano dei *Topica* ciceroniani e in un brano di Carisio (grammatico del IV secolo, ma che potrebbe aver riproposto

---

<sup>10</sup> R. ORESTANO, ‘Diritto’. *Incontri e scontri*, cit., 305. Ultimamente, ha esplicitamente seguito questa interpretazione F. CURSI, *Res incorporales e informazione globale*, in A. Amato Mangiameli (cur.), *Parole chiave: informazione. Appunti di diritto, economia e filosofia*, Milano 2004, 181 e nt. 36 (la quale, tuttavia, ha al contempo optato – ma non escluderli trattarsi di semplice svista – per l’accoglimento dell’integrazione ‘<*in*> *iure consistunt*’). Cfr., inoltre, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Torino 2009, 260: “cose che hanno fondamento nel diritto”; A. GUZMÁN BRITO, *El carácter dialéctico del sistema de las “Institutiones” de Gayo*, in *Homenaje F. Samper*, Santiago (Chile), 2007, 449: “consistir pro derecho (*iure consistunt*)”. Non lontane dalla posizione di Orestano (pur senza richiamo ad essa) appaiono le letture di G. GROSSO (*Problemi sistematici*, cit., 41 nt. 3: «cose che hanno pura consistenza di diritto») e di C. MÖLLER (*Die Servituten*, Göttingen 2010, 228: «die nach der Rechtsordnung/den Festlegungen des Rechts bestehen»): ma anche questi autori, nondimeno, leggono ‘<*in*> *iure consistunt*’.

<sup>11</sup> G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, cit., 831 s.; ma v. già, dello stesso autore, *Iuris consultorum acutae ineptiae*, in *Studi Martini II*, Milano 2009, 892 nt. 78 e, successivamente, un cenno in *Quasi pretii loco*, in *IURA* 60, 2012, 11 nt. 20. Sembra partecipare di entrambe le prospettive concettuali, quella sostenuta da Orestano e quella ora caldeggiata da Nicosia, la posizione di Bretone: questo autore infatti, da un lato, nel rendere il dettato di Gai 2.14 parla di “cose che hanno solo un’esistenza giuridica” (*I fondamenti*, cit., 143), dall’altro lato, assume (indirettamente) le «cose incorporee» come equipollenti a «nozioni o rappresentazioni mentali» (*op. cit.*, 187).

<sup>12</sup> G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, cit., 834 e *Iuris consultorum acutae ineptiae*, cit., 892 nt. 78.

concettualizzazioni più antiche),<sup>13</sup> sì da riconoscere (anche) le *res incorporales* gaiane quali entità che si risolvono, come in quei brani, in ‘concetti giuridici’.<sup>14</sup> Leggiamo infatti:

Cic., *top.* 5.26-27. *Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. Esse ea dico quae cerni tangive<sup>15</sup> possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco;*

Char., *ars gramm.*, Keil, *Gr. Lat.* I.153. *Appellativa autem ... in duas species dividuntur, quarum altera significat res corporales, quae videri tangique possunt, ut est homo terra mare, altera incorporales, ut est pietas iustitia dignitas, quae intellectu tantummodo percipiuntur, verum neque videri nec tangi possunt.*

Quel che nel discorso di Cicerone<sup>16</sup> viene subito fissato, come cornice descrittiva, è un dualismo tra *res quae sunt* e *res quae intelleguntur*, poi svolto in termini di alternativa tra ‘esse’ e ‘non esse’; e conformemente a questa prospettiva, l’elemento che, in positivo, caratterizza il primo tipo di *res* consiste nella possibilità di venire

<sup>13</sup> Cfr., in particolare, M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 170 s. In passato, ad es., J. STROUX, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*, in *Atti Congr. Internaz. di diritto romano*, I, Roma, 1934, 121 ss.

<sup>14</sup> In tal senso G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, cit., 831 s. e nt. 47.

<sup>15</sup> La lezione ‘cerni tangive’ (presente nel cod. Vossianus 84 del sec. X, ma non nei codd. Ottobonianus 1406 del sec. X e Vitebergensis del sec. XV, i quali riportano ‘cerni tangique’) sembrerebbe preferibile in ragione della coppia ‘tangi demonstrarive’ che compare nel seguito del discorso. Ammesso, però, che Cicerone avesse scritto ‘cerni tangive’, dovremmo concludere che già Boezio disponeva di un esemplare corrotto sul punto, dal momento che egli riproduce e commenta il segno ‘tangique’ (Boeth., in *Topica Ciceronis*, ad h. l., in *PL* 64, 1092C).

<sup>16</sup> Sul quale cfr. anche *infra*, n. 4 su ntt. 54-55.

toccata o mostrata, mentre ciò che in positivo caratterizza il secondo tipo di *res* è la possibilità di essere colte solo attraverso l'*animus* e l'*intellegentia* ('*cerni animo atque intellegi possunt*') pur in mancanza di una loro fisicità, e cioè, come si afferma in chiusura di discorso, l'essere entità rappresentabili attraverso una *notio*. Alla luce di questa impostazione certamente appare legittimo parlare di 'concetti'. E lo stesso può dirsi con riferimento al testo di Carisio, là dove le *res incorporales* vengono indicate in positivo come quelle che '*intellectu tantummodo percipiuntur*'.<sup>17</sup> Ma ciò che è del tutto assente nel brano di Gaio è proprio questo punto di vista dell'*intellegi*, del *cerni animo*, dell'*intellegentia* e della *notio*, la visuale, cioè, dei 'concetti', mentre è unicamente presente il criterio della tangibilità e, rispettivamente, della intangibilità fisica.<sup>18</sup> Dunque, manca in Gai 2.14 l'elemento che potrebbe autorizzare a ricondurre il discorso alla stessa linea di pensiero che regge le affermazioni di Cicerone e (della fonte) di Carisio e ad assumere, perciò, che il giurista intendesse le *res incorporales* come *res* che '*iure consistunt*' nel senso che esistono solo nel mondo dei concetti (giuridici).

Detto questo<sup>19</sup> e osservato che la locuzione in sé '*in iure consistere*', che si vorrebbe espressione di un banalizzante sentire postclassico, compare in realtà anche in un testo di Papiniano, in relazione all'usufrutto (e cioè, ad una delle *res incorporales* gaiane) e ancora una

<sup>17</sup> G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, cit., 830: «dal complesso di queste testimonianze» (*scil.* di Cicerone e di Carisio) «emerge una distinzione tra *res* [...] che avevano esistenza (e consistenza) fisica e *res* che [...] erano percepibili solo intellettivamente (*animo, intellegentia, intellectu*)», corrispondendo, in definitiva, a «quelli che noi comunemente chiamiamo 'concetti'».

<sup>18</sup> Sull'adozione di questo esclusivo punto di vista cfr. *infra*, n. 6 su ntt. 93-96. Lo stesso Nicosia (p. 831), peraltro, segnala che il criterio in base al quale è impostata la classificazione gaiana è diverso rispetto a quello di Cicerone e Carisio, ma finisce (p. 831 s. e nt. 47) per valutare la testimonianza di Gaio alla luce della rappresentazione offerta da Cicerone e Carisio, considerandola come espressione di una medesima linea concettuale.

<sup>19</sup> Per altri spunti, egualmente non conducenti, che lo stesso Nicosia ha pensato di trarre contro l'integrazione '<in> iure consistunt' dalle particolari posizioni dell'*hereditas* e dei *iura praediorum* all'interno dell'elencazione delle *res incorporales* cfr., rispettivamente, *infra*, nt. 75 e nt. 110. Quanto, poi, al solo argomento addotto da Orestano, secondo cui Gaio, ove avesse voluto descrivere "in cosa consistono" le *res incorporales*, avrebbe usato il plurale '*ea quae in i u r i b u s consistunt*', non vedo per qual motivo il giurista non poteva ricorrere, con piena efficacia, all'uso del singolare parlando di "entità che consistono in un *ius*".

volta al preciso scopo di contrapporre la configurazione di un istituto ad un diverso orizzonte ontologico (quello dell'usufrutto quale *pars rei*),<sup>20</sup> a me sembra che in favore della correzione '*ea quae <in> iure consistunt*', anzitutto, mantenga il suo peso il confronto, addotto dai predetti editori, con *Gai epit.* 2.1.2, D. 1.8.1, Iust. Inst. 2.2.2 e *Paul. Sent.* 3.6.11.

Per potere, infatti, pensare che la locuzione presente in queste fonti rifletta una visuale postclassico-giustiniana, estranea all'originario pensiero di Gaio (e precisamente la visuale delle *res incorporales* quali 'diritti'), dovremmo immaginare o che soggetti operanti in aree e in momenti diversi avessero, ciascuno e indipendentemente l'uno dall'altro, avvertito la necessità di intervenire sul dettato gaiano modificandolo in funzione di un nuovo sentire, comune a tutti loro; oppure che queste fonti si collegassero, in modo più o meno mediato, ad un'unica rielaborazione del manuale gaiano che avrebbe, questa, una volta per tutte apportato la supposta modifica. Entrambe le vicende, però, appaiono poco probabili e mi sembra che ad esse occorra preferire senz'altro quella più semplice e naturale che si prospetta almeno con riguardo alle prime tre fonti: che, cioè, i loro autori avessero trovato già nella genuina scrittura gaiana la locuzione '*in iure consistunt*'; quanto a *Paul. Sent.* 3.6.11, può alternativamente pensarsi o ad una specifica eco dell'insegnamento gaiano o ad un autonomo impiego di una concettualizzazione comunque circolante nella tradizione giurisprudenziale, stante la presenza della stessa anche in un'altra fonte classica. E veniamo, così, al dato più significativo.

È infatti fin qui rimasta in ombra la circostanza<sup>21</sup> – che invece appare determinante – che la medesima formulazione '*ea quae in iure consistunt*' è attestata, con riferimento ad uno degli istituti menzionati in Gai 2.14, anche in un testo di Pomponio:

D. 43.26.15.2 (Pomp. 29 *ad Sab.*) *Precario habere etiam ea quae in iure consistunt possumus, ut immissa vel protecta*

<sup>20</sup> D. 31.1.66.6 (Pap. 17 *quaest.*) '*Fundo legato si usus fructus alienus sit, nihilo minus petendus est ab herede: usus fructus enim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet*'.

<sup>21</sup> Un semplice cenno, di sfuggita, in P. MAROTTOLI, *Res incorporales*, cit., 8 nt. 15 e in A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 30 (= *Miscellanea*, cit., 183).

Il brano concerne la prassi della concessione precaria di servitù,<sup>22</sup> solidamente attestata anche nelle fonti epigrafiche.<sup>23</sup> Ad essa si riferiscono due frammenti collocati dai compilatori in immediata successione nello stesso titolo D. 43.26 ‘*De precario*’, uno contenente una notazione generalizzante di Ulpiano, l’altro una concreta esemplificazione di Gaio:

D. 43.26.2.3 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat;*<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Su cui cfr., recentemente, C. GARCÍA VÁSQUEZ, ‘*Precarium usus iuris*’, in BIDR 96-97, 1993-94 (pubbl. 1997), 279 ss. e P. BIAVASCHI, *Ricerche su precarium*, Milano 2006, 91 ss; 101 ss.

<sup>23</sup> Cfr., per tutti, P. BIAVASCHI, *Ricerche su precarium*, cit., 91 ss.

<sup>24</sup> Per gli atteggiamenti storiografici sul brano di Ulpiano cfr., in tempi recenti, L. SOLIDORO, *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998, 306 s. e P. BIAVASCHI, *Studi sul precarium*, cit., 322 s., entrambe opportunamente nel senso della genuinità del dettato. Non mi pare, peraltro, che nel testo possa riconoscersi una corrispondenza tra essere *possessor iuris* e ‘*possidere sibi*’, in contrapposizione alla posizione di chi, *possessor corporis*, ottiene “il mero esercizio di un diritto d’uso della cosa” (così L. SOLIDORO, *loc. cit.*). Nelle parole finali ‘*ut sibi possidere aut uti liceat*’ mi sembra che il ‘*sibi*’ sia da collegare a ‘*liceat*’: l’impetrante chiede che gli sia consentito di *possidere* o di *uti*; e mentre l’uso di *possidere* senza altra precisazione doveva essere inteso come espressione tecnica del possesso vero e proprio, cioè di quello che ha per oggetto un *corpus*, una cosa corporale, il verbo ‘*uti*’ ben si prestava ad esprimere l’idea di esercizio di fatto (delle facoltà corrispondenti alle servitù prediali), indipendentemente dalla titolarità delle servitù. Al quale ultimo proposito, sembra opportuno riportare per esteso le seguenti affermazioni di B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, 154 s.: «La menzione della *possessio servitutis* non può essere considerata a priori frutto di escogitazione postclassica per il solo fatto che, come vedemmo, il titolare di servitù prediale non fu mai considerato, per i classici, possessore. Infatti, la negazione del possesso del soggetto in questione si riferisce al fondo su cui grava la servitù prediale; invece, ripetiamo, la *possessio servitutis* è presentata, talora esplicitamente, come *possessio iuris*, cioè come possesso che ha per oggetto il diritto di servitù prediale. Ora, dato che per definizione [...] la *possessio* in senso proprio non può aversi se non su oggetti corporali, appare necessario ritenere che quei classici che si servirono della terminologia possessoria in relazione al diritto di servitù prediale (*res incorporalis*, come dicono esplicitamente le fonti) lo fecero solo per esprimere brevemente le caratteristiche di una situazione soggettiva che presentava qualche analogia con la *possessio* [...] E in effetti i classici parlarono di *possessio* d’una servitù prediale (o del *ius* relativo al titolare d’una servitù prediale attiva) solo per indicare la situazione di chi esercitava di fatto (ecco l’analogia



D. 43.26.3 (Gai. 25 *ad ed.*) *veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immisum habeas.*

Della genuinità del brano di Pomponio non si è mai dubitato, nemmeno in piena stagione interpolazionistica.<sup>25</sup> Al più, potrebbe forse sospettarsi un accorciamento, da parte di una mano successiva, nell'esemplificazione *'ut immissa vel protecta'*, dal momento che nei testi giurisprudenziali pervenutici (non molti, per vero) i termini *'immissum'* e *'protectum'* indicano le strutture materiali e non già le servitù.<sup>26</sup> Del resto, quanto alla sostanza, la precisazione *'et iam ea quae in iure consistunt'* intende segnalare l'applicabilità dell'istituto anche al di là delle cose materiali primariamente assunte come possibili oggetti del *precario habere*, e in questo senso essa si pone sulla stessa linea concettuale di alternativa tra *corpus* e *ius* quale oggetto del precario indicata nel su trascritto testo di Ulpiano (D. 43.26.2.3), nel quale, come è stato autorevolmente osservato, la menzione di una *possessio iuris* accanto alla *possessio corporis* «si riferisce in modo sintetico all'esercizio di fatto d'una servitù».<sup>27</sup>

Dunque, la locuzione *'ea quae in iure consistunt'* è testimoniata non solo in testi successivi alle *Institutiones* di Gaio e in massima parte riconducibili alla scrittura di Gai 2.14 (è il caso di *Gai epit.* 2.1.2, di

---

con la *possessio*) una facoltà corrispondente a quella d'una servitù prediale attiva, indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione fosse, o non, titolare del diritto.

<sup>25</sup> Significativa l'assenza di segnalazioni nell'*Index interpolationum*, come pure l'atteggiamento conservativo in S. SOLAZZI, *Stipulazioni di servitù prediali*, in IURA 5, 1954, 148 e nt. 66a e, più di recente, in P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, 68 (pur nel quadro di una ricerca che non risparmia, certo, diagnosi interpolazionistiche al materiale sul *precarium* conservato nel Digesto). D'altra parte, quanto allo specifico tassello testuale che qui interessa, sarebbe eccessivo ed arbitrario immaginare – in nome di una pretesa banalità della rappresentazione “consistere in un *ius*” – che qualcuno (pre- o giustiniano) si fosse appositamente dato cura di aggiungere la preposizione *'in'* ad una formulazione pomponiana nella quale, come si ritiene per Gai 2.14, l'ablativo *'iure'* direttamente collegato a *consistere* avrebbe fatto riferimento al diritto in senso oggettivo (Orestano) o al “mondo dei concetti giuridici” (Nicosia).

<sup>26</sup> Cfr., dello stesso Pomponio, D. 8.2.25 e 47.7.6.2, rispettivamente per *'immissum'* e *'protectum'*; D. 8.2.36 pr. (Papiniano) e 50.16.242.1 (Labeone-Giavoleno) per *'immissum'*; D. 8.3.2 pr. (Nerazio) e D. 9.2.29.1 (Ulpiano) per *'protectum'*.

<sup>27</sup> Così B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 154 nt. 577.

D.1.8.1 e di Iust. Inst. 2.2.2), ma anche nell'opera di un giurista contemporaneo e con la medesima finalità di richiamare un profilo di alterità rispetto al carattere materiale di determinati elementi: e questo riscontro appare tanto più significativo in quanto proviene dai *libri ad Sabinum* di Pomponio e cioè da uno scritto incentrato sullo stesso filone giurisprudenziale al quale, notoriamente, si rapporta in generale l'insegnamento gaiano.

Alla luce di questi riscontri ritengo senz'altro che Gaio avesse scritto '*qualia sunt ea quae in iure consistunt*', riproponendo una concettualizzazione già circolante negli ambienti giurisprudenziali.

A quest'ultimo proposito, peraltro, entrambi i brani, quello di Pomponio e quello di Gaio, possono forse testimoniare che la concettualizzazione in esame era già da tempo consolidata. Invero, nel discorso di Pomponio – da utilizzare, certo, con la cautela imposta dal fatto che esso ci è giunto solo come lapidario *excerptum* – sembra significativo che il giurista, al fine di precisare un ulteriore ambito di applicazione della concessione precaria, ritenga la locuzione '*ea quae in iure consistunt*' senz'altro sufficiente a denotare le servitù. Parimenti, potrebbe essere indicativa la circostanza che Gaio, anziché congegnare una notazione interamente e omogeneamente imperniata sul vocabolo '*res*' – del tipo "*incorporales sunt quae tangi non possunt, quales sunt eae quae ...*" –, compie uno scarto, passando al neutro plurale '*qualia sunt ea quae ...*': come se si trattasse, appunto, di importare nel discorso una locuzione già stabilizzatasi e sostanzialmente stereotipa.<sup>28</sup>

3. La lettura del seguito di Gai 2.14, nel quale torna proprio l'elemento-*ius*, predicato come '*incorporale*', consente, a mio parere, di riconoscere la portata concettuale che lo stesso elemento assume all'interno della locuzione '*ea quae in iure consistunt*', la quale, dunque, riceve luce (e prima ancora, conferma) dal complessivo svolgimento dell'intero discorso gaiano.

A tal proposito occorre partire dalla notazione '*Nec ad rem pertinet – incorporale est*', che Gaio compie allo scopo di rimarcare

---

<sup>28</sup> In ragione sia della presenza nei *libri ad Sabinum* pomponiani sia del generale riferirsi di Gaio alla tradizione sabiniana non potrebbe escludersi una utilizzazione del modulo terminologico-concettuale in questione già da parte dello stesso Sabino.

appositamente il dato dell'incorporeità in contrapposizione alla materialità delle *res corporales*. In particolare, assume rilievo il fatto che all'interno di questa notazione le stesse figure che inizialmente erano state indicate come *hereditas*, *ususfructus* e *obligationes* vengono, invece, richiamate in termini di 'ius': '*nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est*'. Così facendo, Gaio mette in risalto, per meglio caratterizzare le *res incorporales* rispetto alla corporeità degli oggetti che *tangi possunt*, proprio quell'elemento-*ius* che poco prima era servito ad esplicitare e precisare il contrappunto rispetto alle *res corporales*. Ciò comporta, se ben vedo, che tra il segno *ius* nelle locuzioni *ius utendi fruendi*, *ius successionis* e *ius obligationis* e il segno *ius* nella precedente frase '*qualia sunt – consistunt*' deve postularsi una omogeneità di prospettiva concettuale.<sup>29</sup>

Ebbene, codesta prospettiva con riguardo al *ius successionis* e al *ius obligationis* risulta dal coordinamento tra lo stesso § 2.14 e i §§ 2.28-39, nei quali il discorso sulle singole *res incorporales* viene ripreso dal punto di vista della loro circolazione. È noto, infatti, che Gaio, dopo avere elencato i diversi *iura praediorum urbanorum et rusticorum* nella restante parte del § 14 (*infra* n. 7) e dopo aver fissato la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, incentrandola sugli atti necessari per il trasferimento del *dominium* su di esse (§§2.14a-27), ritorna sulle *res incorporales* dalla specifica angolazione dell'utilizzabilità o meno, per il trasferimento di ciascuna di esse, delle modalità (*traditio*, *mancipatio* e *in iure cessio*) subito prima descritte in relazione al dualismo tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* (§§ 2.28-39).<sup>30</sup>

Ora, se il fatto in sé che Gaio prende in considerazione dal punto

<sup>29</sup> Questa esigenza, ma in termini generali, è stata segnalata anche da A. BURDESE, *Ius consuetudine*, cit., 718.

<sup>30</sup> Cfr. i seguenti passaggi: Gai 2.28 '*Res incorporales traditionem non recipere manifestum est*'; 2.29 '*Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum uero etiam Mancipari possunt*'; 2.30 '*Ususfructus in iure cessionem tantum recipit. rell.*'; 2.34 '*Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit*'; 2.38 '*Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed rell.*'. Sul punto cfr., in particolare, le pagine di Grosso, Zamorani, Bona, Burdese, Tondo e Romeo citate in ntt. 1-2; adde G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in L. Capogrossi Colognesi – F. Cursi (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti Convegno Roma 2010), Napoli 2011, 32.

di vista della trasmissibilità ciascuna delle *res incorporales* precedentemente menzionate nel § 2.14 rivela che esse non erano state assunte in quel paragrafo iniziale come concetti giuridici,<sup>31</sup> le specifiche affermazioni compiute a proposito delle modalità di trasferimento a mio avviso consentono, in positivo, di riconoscere il significato concettuale di quel *ius* nel quale le *res incorporales* stesse sono intese ‘consistere’.

In particolare, quanto alla ‘*res incorporalis*<sup>2</sup>-*hereditas*’, quel che in Gai 2.35 viene primariamente inteso come effetto o non-effetto di una *in iure cessio* è la trasmissione o il mantenimento della qualifica e della posizione giuridica di ‘*heres*’:

Gai 2.34. *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. 35. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem uocatus esset: post obligationem uero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.*

Quanto alla *res incorporalis-obligatio*, il suo trasferimento nei §§ 2.38-39 è rappresentato in chiave di trasmissione di un ‘*agere posse*’, e cioè della facoltà spettante al creditore di agire processualmente per il perseguimento della propria pretesa:

Gai 2.38. *Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. 39. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

<sup>31</sup> In questo senso già F. GALLO, *Rec. a M. BRETONE, I fondamenti*, cit., in IURA 49, 1998 (ma pubbl. 2002), 137 s. e, più esplicitamente, E. STOLFI, *Riflessioni*, cit., 140.

Sulla base del coordinamento con questi due passaggi, possiamo arguire che le espressioni di Gai 2.14 *'ius successionis'* e *'ius obligationis'* racchiudono un riferimento alla posizione giuridica soggettiva del titolare della *'res incorporalis'*-*hereditas* e, rispettivamente, della *'res incorporalis'*-*obligatio*: più precisamente, alla posizione giuridica soggettiva collegata al prodursi di un fenomeno successorio<sup>32</sup> e di un rapporto obbligatorio. Per quest'ultima, peraltro, non sarà inutile notare che il puntamento di attenzione sulla posizione del creditore (e non del debitore)<sup>33</sup> si armonizza non solo con la circostanza che nell'indicazione dell'elemento appositamente contrapposto al *ius obligationis* il punto di vista del soggetto narrante è quello del creditore (*'id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est'*), ma altresì con il fatto che la considerazione dal lato attivo compare negli altri contesti – si badi – nei quali l'*obligatio* è assunta esplicitamente come *res*, che entra nel patrimonio o che esce dal patrimonio del creditore (Gai 2.80 e 84; Gai 3.176).<sup>34</sup> Il riferimento alla posizione giuridica del titolare, dal lato attivo, della *res incorporalis* è, poi, esplicita con riferimento all'usufrutto, per il quale si parla di *'ipsum ius utendi fruendi'*.

Orbene, tenendo conto dell'unitarietà di prospettiva concettuale del segno *ius* che, come poc'anzi osservato, dobbiamo postulare per l'intero § 2.14, consegue che il coinvolgimento dell'idea di posizione giuridica soggettiva, come si riconosce nell'affermazione *'ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est'* (congegnata, si ricordi, per enucleare in modo apposito il dato della incorporeità rispetto alla tangibilità delle *res corporales*), così va attribuito anche al segno *ius* che compare poco prima, all'interno della precisazione *'qualia sunt ea quae <in> iure consistunt'*.

La stessa conclusione, del resto, può trarsi dalla descrizione dell'*actio in rem* che Gaio congegnava nel IV commentario in correlazione

<sup>32</sup> Intende in questo modo il *ius successionis* di Gai 2.14 anche A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 31 (= *Miscellanea*, cit., 183 s.); ID., *Ius consuetudine*, cit., 720.

<sup>33</sup> Come invece ritenuto da A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 31 (= *Miscellanea*, cit., 184) e ID., *Ius consuetudine*, cit., 720, il quale – invocando l'idoneità del segno *'ius'* a predicare anche situazioni soggettive di svantaggio – ha inteso la locuzione *'ius obligationis'* come esprimente la «situazione giuridica di vincolo di taluno nei confronti di altri».

<sup>34</sup> Cfr. *infra*, n. 5.

con quella dell' *actio in personam*:

Gai 4.3. *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi rell.*

Pugliese aveva addotto questo brano, nel quadro della sua complessiva critica alla ricostruzione del Villey, quale «prova definitiva che per Gaio il *ius* non era una *res*, bensì un *quid* simile al nostro diritto soggettivo: non avrebbe egli infatti detto che un *ius* ci spetta, se avesse considerato questo *ius* come un *res*, sia pure *incorporalis*, ma, collegandosi proprio all'enunciazione precedente, avrebbe parlato di “*intendere rem corporalem vel incorporalem nostram esse*”». <sup>35</sup> Tuttavia, l'utilizzazione di Gai 4.3 in questi termini si espone ad un'agevole critica, fondatamente compiuta da Gioffredi: <sup>36</sup> dal momento che Gaio sta descrivendo l'*intentio* formulare, è abbastanza naturale che di fronte allo schema ‘*si paret Auli Agerii ius utendi fruendi esse...*’ egli si esprimesse in termini di *ius*, anziché di ‘*res incorporalis*’. <sup>37</sup>

Il vero è che nel dettato di Gai 4.3 ad essere determinante non è, come pensava Pugliese, il mancato riferimento ad un ‘*rem incorporalem suam intendere*’, bensì il dato positivo dell'aggiunta della qualifica ‘*corporalis*’ a *res* con riferimento alla rivendica: il giurista, anziché parlare semplicemente di ‘*rem intendere nostram esse*’, come suggerivano i *verba* dell'*intentio*, precisa ‘*corporalem rem*’, con ciò richiamandosi alla dicotomia fissata in 2.14. Ora, le parole di Gai 4.3 ‘*ius aliquod nobis competere, uelut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi*’ evocano l'idea di spettanza (all'usufruttuario e al titolare di servitù prediale) di una posizione giuridica soggettiva, di un potere, di una facoltà. Ebbene, se Gaio per autonoma iniziativa (non stimolato, cioè, dai termini della *formula*) contrappone ad un *ius aliquod* avente codesta connotazione soggettiva l'elemento-‘*res corporalis*’, pare

<sup>35</sup> G. PUGLIESE, «*Res corporales*» e «*res incorporales*», cit., 265 (= *Scritti giuridici*, cit., 253).

<sup>36</sup> C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, cit., 250 s.

<sup>37</sup> Specie, poi, ove si tenga conto dell'apposita attenzione che Gaio dedica, nell'intero commentario sulle *actiones*, proprio agli schemi verbali: cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, *passim*.

legittimo desumere che anche nel § 2.14 il *ius* di cui alla concettualizzazione ‘*ea quae in iure consistunt*’, al quale lo stesso elemento-‘*res corporalis*’ si trova contrapposto, abbia una declinazione in senso soggettivo.<sup>38</sup>

4. Purtroppo mancano dati, interni o esterni alla scrittura di Gai 2.14, che possano deporre con sicurezza nel senso di una originalità o meno di Gaio rispetto all’operazione, realizzata con il ricorso alla categoria delle *res incorporales*, di riconduzione alla prospettiva delle *res* di “entità che consistono in un *ius*”.

Anzitutto, una nettezza di conclusione (pur ipotetica) non è consentita dalle testimonianze che riguardano direttamente, come il brano gaiano, una rappresentazione dell’elemento-*ius* dal punto di vista dell’incorporeità.

Quanto al brano di Pomponio conservato in D. 43.26.15.2 (*supra*, n. 2), il radicale stralcio compiuto dai compilatori impedisce di sapere se, nell’originario discorso del giurista classico, la formulazione ‘*etiam ea quae in iure consistunt*’, la quale esprime, come si è detto, un

---

<sup>38</sup> Un’interpretazione in senso soggettivo è stata sostenuta, in particolare, da H. KRELLER, *Res als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in ZSS 66, 1948, 583 s. e (nel quadro di un’apposita critica all’impostazione di Villey) da G. PUGLIESE, «*Res corporales*» e «*res incorporales*», cit., *passim* e spec. 247ss. (= *Scritti giuridici*, cit., 235 ss.), con un deciso orientarsi verso la nozione di diritto soggettivo; più di recente, cfr., con prudente rinuncia a quest’ultima concettualizzazione, A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 31 (= *Miscellanea*, cit., 183 s.): “situazione giuridica intesa quale condizione riconoscibile dall’ordinamento giuridico a favore di un soggetto”; F. GALLO, *Rec. a M. BRETONE, I fondamenti*, cit., 136 ss. e E. STOLFI, *Riflessioni*, cit., 146: “posizione giuridica soggettiva”. Le idee di Villey (cfr. M. VILLEY, *L’idée du droit subjectif*, cit., 216; ID., *Du sens de l’expression ‘ius in re’ en droit romain classique*, in RIDA 2, 1949, 422) sono, invece, state riprese di recente da M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., 77, il quale afferma che le locuzioni di 2.14 ‘*ius successionis*’, ‘*ius utendi fruendi*’, ‘*ius obligationis*’ costituiscono riscontri di un’ “ambiguità semantica” di *ius* come indicante al contempo un “segmento di disciplina giuridica attinente ad una determinata situazione” e come “potere interno” a tale situazione. Diversamente ancora, in tempi recenti, C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, cit., 250 intende *ius* nel contesto di Gai 2.14 come “entità giuridica astratta” (in precedenza, in *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, 298: ‘situazione giuridica’, ‘rapporto giuridico’ o, con minor convinzione, ‘istituto giuridico’; e in *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in BIDR 70, 1967, 237 s.: confluenza dei valori di ‘entità giuridica’, ‘istituto’ e di ‘prerogativa’, ‘spettanza’); e, in prospettiva non dissimile, P. MAROTTOLI, *Res incorporalis*, cit., 6 parla di “figura giuridica”.

rapporto di alterità rispetto a cose materiali, si iscrivesse in una più ampia cornice descrittiva congegnata in termini di ‘*res*’ e avesse (già) uno specifico contraltare terminologico-concettuale, magari indicato attraverso la semantica della corporalità.

D'altra parte, in un brano di Quintiliano (*inst. or.* 5.10.116), ove si riferisce di una controversia fra i Tebani e Tessali in merito alla sussistenza di un *ius crediti*,<sup>39</sup> da un lato, codesto *ius* viene predicato come ‘*incorporale*’, peraltro chiaramente assumendosi tale qualificazione come scontata (*ius, quod sit incorporale, adprendi manu non posse*): e ciò potrebbe anche far supporre l'escogitazione di una contrapposta qualificazione ‘*corporales, -ia*’ per le entità materiali; ma, dall'altro lato, nel seguito del discorso, in una prospettiva più generale echeggiante con ogni probabilità elaborazioni giurisprudenziali, viene raffigurato un contrappunto tra *ius* (complessiva posizione giuridica o insieme dei rapporti giuridici, che si trasmetterebbe all'*heres*) e *res* intesa come totalità delle sole cose materiali (le quali soltanto si trasmetterebbero al condottiero vincitore):<sup>40</sup> ebbene, l'utilizzazione del termine *res* senza altra qualificazione per indicare le cose materiali potrebbe non armonizzarsi con quella proiezione anche del *ius* nella prospettiva delle *res* che si realizza attraverso la classificazione ‘*res corporales/res incorporales*’.

E la medesima considerazione, risalendo ancora indietro, potrebbe compiersi con riferimento alla seguente presa di posizione di Labeone:

D. 37.1.3.1 (Ulp. 39 *ad ed.*) *Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum<ve?> possessionem*

<sup>39</sup> Quint., *inst. or.* 5.10.111: Alessandro, avendo conquistato Tebe, aveva fatto dono ai Tessali, suoi alleati in guerra, di alcune tavole trovate a Tebe ‘*quibus centum talenta mutua Thessalis dedisse Thebanos continebatur*’; successivamente i Tebani, ‘*restituti a Casandro*’, richiedono ai Tessali il denaro. La controversia è addotta come *exemplum* per illustrare l'importanza della *inventio*, e cioè, del reperimento degli argomenti idonei a sostenere un determinato obiettivo (§ 109).

<sup>40</sup> Quint., *inst. or.* 5.10.116: ‘*Tum secundo gradu, non potuisse donari a uictore ius, quia id demum sit eius quod teneat: ius, quod sit incorporale, adprendi manu non posse. Hoc reperire est difficilius quam cum inueneris argumentis adiungere, ut alia sit condicio heredis, alia uictoris, quia ad illum ius, ad hunc res transeat.*



*adgnitam Labeo ait.*

Anche in questo brano, infatti, se da un lato il *ius*<sup>41</sup> viene assunto come un *quid* alternativo al *corpus* (...*iuris magis quam corporis*...), dall'altro lato, come nel caso di Quintiliano, il termine *res* usato a solo (...*non uti rerum possessio*...) allude alle cose corporali. Né, d'altra parte, può stabilirsi se l'affermazione '*etsi nihil corporale est*' (e cioè, il ricorso ad un'apposita qualificazione contrapposta al profilo dell'incorporeità) corrisponda all'originaria scrittura di Labeone o riproduca terminologia ulpiana.

Del resto, non disponiamo di riscontri affidanti nemmeno con riguardo alla questione dell'esistenza o meno in ambiente giurisprudenziale pregaiano dello stesso dualismo '*res corporales*/*res incorporales*'.

In particolare, non si presta ad una lettura univoca la circostanza che, mentre in Gai 2.14 la *pecunia* tout-court è considerata come *res corporalis* (...*id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia*...), in alcune affermazioni di giuristi anteriori o contemporanei a Gaio (Aristone, Giavoleno, Venuleio) la *pecunia numerata* si trova contrapposta a '*res corporales*'<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Sia esso da intendersi come posizione giuridica soggettiva di erede (così B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie*, cit., 156: il senso complessivo del discorso di Labeone è che «possedere un' *hereditas* non è tanto possedere le cose corporali, quanto possedere la posizione giuridica di *heres*») o invece come insieme dei rapporti giuridici, oggettivamente e patrimonialmente considerati, che facevano capo al defunto (così, da ultimo, M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., 265).

<sup>42</sup> Si tratta di: D. 12.6.46 (Iavol. 4 *ex Plautio*) '*Qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis soluit, ipse quidem repetere non potest: sed si ignorante herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos recte uindicabit. eadem causa rerum corporaliu[m] est*'; D. 32.1.95 (Maec. 2 *fideicom.*) '*Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti det, quantas summas dictauero dederò*'. *Aristo res quoque corporales contineri ait, ut praedia mancipia uestem argentum, quia et hoc uerbum 'quantas' non ad numeratam dumtaxat pecuniam referri ex dotis relegatione et stipulationibus emptae hereditatis apparet et 'summae' appellatio similiter accipi deberet, ut in his argumentis quae relata essent ostenditur. uoluntatem praeterea defuncti, quae maxime in fideicommissis ualeret, ei sententiae suffragari: neque enim post eam praefationem adiecturum testatorem fuisse res corporales, si dumtaxat pecuniam numeratam praestari uoluisset*'; D. 34.4.32 pr. (Venul. 10 *actionum*) '*Detrahere legatis uel adicere, si nihil praeter pecuniam numeratam legatum sit, promptum est: cum*

Alcuni studiosi hanno pensato che questa difformità rivelerebbe che la sistemazione ‘*corporales incorporales*’ nel manuale gaiano costituisce una presa di posizione autonoma e innovativa dello stesso Gaio.<sup>43</sup> Ma questa deduzione non è sostenibile con sicurezza. Il peculiare impiego della qualificazione ‘*corporales*’ nei brani di Aristone, Giavoleno e Venuleio (non spiegato dai predetti studiosi né in generale approfondito in dottrina, per quanto ne so)<sup>44</sup> si giustifica quale astrazione terminologica che traduce una consapevolezza espressa o sottesa nell’esame di concrete fattispecie: e cioè, la consapevolezza che, mentre per le *res* ‘*quae pondere numero mensura constant*’ (tra le quali, appunto, la *pecunia numerata*) l’essenza o rilevanza economico-giuridica consiste nella loro determinazione attraverso operazioni di pesatura, conto, misurazione,<sup>45</sup> per altre *res* – fondi, schiavi, ma anche *pecunia in arca, vinum in apotheca, frumentum in horreo* – l’essenza o rilevanza è vista risiedere, non già in una *quantitas*, bensì nella materialità stessa di un *corpus*.<sup>46</sup> Ebbene, in linea teorica nulla

---

*uero res corporales interuenient, et scriptura difficilior fit et obscura portio. Cum libertas adimitur, legata seruis relicta nihil attinet adimi.*

<sup>43</sup> Cfr. M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, in ZSS 70, 1953, 144; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione*, cit., 362 nt. 3; e soprattutto W. DAJCZAC, *Der Ursprung der Wendung res incorporalis*, cit., 106 s.

<sup>44</sup> Ancora ultimamente, ad es., si limitano a registrare questo impiego J. ERDÖDY, *Some questions concerning money in Roman Law – A new perspective*, in *Acta Antiqua* 47, 2007, 244 s. e C. BALDUS, *Res incorporales im römischen Recht*, cit., 9 nt. 8; 25.

<sup>45</sup> Su questo tipo di *res* cfr., ultimamente, l’ampia ricerca di M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, *passim* e spec. 31 ss. (del quale, però, proprio alla luce delle attestazioni della qualifica ‘*corporalis*’ in Giavoleno, Aristone e Venuleio, non può accogliersi l’assunto [p. 102] che «nel diritto romano manca del tutto una categoria di cose da contrapporre complementariamente alle *res quae pondere numero mensura constant*»).

<sup>46</sup> Cfr. D. 30.30 pr. e 6 (Ulp. 19 *ad Sab.*) ‘*Talis scriptura “quas pecunias legavi, quibus dies adpositus non est, eas heres meus annua bima trima die dato”, ad corpora legata non pertinet, sed ad ea quae pondere numero mensura continentur*’; ‘*Item si legetur pecunia quae in arca est vel vinum quod in apothecis est, dicendum est cessare clausulam...*’; D. 30.34.3 e 4 (Ulp. 21 *ad Sab.*) ‘*Sed si non corpus sit legatum, sed quanta...*’; ‘*Sed hoc ita erit accipiendum, si non certum corpus nummorum saepius sit relictum, ut puta centum, quae in arca habet, saepius legavit: tunc enim fundo legato comparandum credo*’; D. 30.47.1 (Ulp. 22 *ad Sab.*) ‘*...si id petatur quod pondere numero mensura continetur, si quidem certum corpus legatum est, veluti frumentum ex illo horreo vel vinum ex apotheca illa...*’; D. 30.51 (Pap. 4 *quaest.*) ‘*Sed si certos nummos (veluti quos in arca habet) aut certam lancem legavit, non numerata pecunia, sed ipsa*

impedisce di immaginare che, già all'epoca in cui quei più antichi giuristi adottavano la qualifica '*corporalis*' in questo senso e a proposito di specifiche problematiche (quali il perfezionamento di un'operazione contrattuale o di un passaggio di proprietà, l'imputazione del *periculum*, etc.),<sup>47</sup> la medesima qualifica potesse venir impiegata con un'altra accezione e sulla base di un differente criterio (la tangibilità fisica di una cosa, di un *fundus* come della *pecunia*) che l'opponesse, questa volta, alla qualifica '*incorporalis*', in vista della costruzione una distinzione sistematizzante della totalità delle *res* che possono rilevare per il diritto.

Né alcun aiuto può provenire – restando all'interno della scrittura gaiana – dal collegamento, che giustamente la dottrina ha da tempo riconosciuto,<sup>48</sup> tra la classificazione '*res corporales/res incorporales*' e la tripartizione '*personae-res-actiones*' (Gai 1.8), nel senso che gli ambiti contenutistici dell' '*omne ius, quo utimur*' si sarebbero potuti ridurre a codesti tre elementi solo riportando anche le articolate materie dell'*hereditas*<sup>49</sup> e delle *obligationes* al settore delle *res* attraverso il ricorso alla categoria '*res incorporales*'.<sup>50</sup> Manca, infatti, qualsiasi

---

*c o r p o r a n u m m o r u m v e l r e i l e g a t a e ( l e g a t o M o . ) c o n t i n e n t u r n e q u e p e r m u t a t i o n e m r e c i p i u n t e t e x e m p l o c i u i s l i b e t c o r p o r i s a e s t i m a n d a s u n t*; D. 35.2.1.7 (Paul. *l. sing. ad l. Falcidiam*) '*Et omne quod ex bonis defuncti erogatur refertur ad hanc legem, sive in corpore constat certo incertove sive pondere numero mensura valeat...*'; D. 35.2.30.3 e 4 (Maec. 8 *fideic.*) '*Verum est autem his solis, quae pondere numero mensura constant, ...*'; '*Certis vero corporibus et his ipsis ita relictis « pecuniam, quam in illa arca », « vinum, quod in illis doleis », « pondus argenti, quod in illis horreis habeo »...*'.

<sup>47</sup> Rinvio nuovamente a M. VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., *passim*.

<sup>48</sup> Cfr., per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*,<sup>11</sup> Napoli 1952, 13; F. WIEACKER, *Griechische Würzeln*, cit., 114; U. ROBBE, *Osservazioni su Gaio*, cit., 117 ss.; F. BONA, *Il coordinamento*, cit., 419 e 431 s. (= *Lectio sua*, cit., 1099 e 1109 s.); M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 383; A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 42 (= *Miscellanea*, cit., 193); S. TONDO, *Appunti*, cit., 633; A. GUZMÁN BRITO, *El carácter dialéctico*, cit., 450).

<sup>49</sup> Che, peraltro, attrae anche i temi della *bonorum possessio* e dei *bona libertorum* (§§ 3.25-76).

<sup>50</sup> Da qualche autore si precisa che l'esigenza di coordinamento, nei predetti termini, con la tripartizione '*personae-res-actiones*' dovette avvertirsi in particolare per le *obligationes*, in quanto la materia delle *successiones* sarebbe stata, comunque, riferibile all'ambito delle *res* già in virtù della scansione sistematica incentrata sui modi '*quibus per universitatem res adquiruntur*' (Gai 2.97 ss.): cfr. G. PUGLIESE, «*Res corporales*», cit., 264 (= *Scritti giuridici* cit., 252) nt. 64; ultimamente, R. MARTINI, *Di alcune singolarità*, cit., 133. A questo proposito segnalo che Gai 2.87, nel quadro dell'apposita trattazione sugli

appiglio che consenta di azzardare congetture sulla precisa cronologia e sulla paternità della tripartizione, al di là dell'individuazione di un verosimile termine *post quem* offerto da uno scritto di Cicerone.<sup>51</sup>

acquisti *per alios*, menziona lo *stipulari*, accanto al *mancipio accipere* e al *nancisci ex traditione*, quale operazione che porta all'acquisto in proprietà; che Gai 2.204 e 213 confrontava in relazione al risultato dell'acquisto del *dominium* due atti obbliganti quali il *legatum per damnationem* e il *legatum sinendi modo* ed un atto avente effetto reale quale il *legatum per vindicationem*, segnalando che quest'ultimo produce un effetto traslativo immediato, mentre i primi portano all'acquisto della proprietà solo attraverso la mediazione costituita dall'adempimento del debitore (cfr. G. FALCONE, *Sistematiche giuridiche*, cit., 22 ss.); e infine, che nell'ambito della trattazione sulle *obligationes ex contractu* le cose corporali appaiono sempre come oggetti di vicende che determinano un trasferimento di proprietà (cfr. i riscontri indicati *infra*, n. 7 nt. 114). Alla luce di tutto ciò, di primo acchito verrebbe da immaginare che anche le *obligationes*, come l'*hereditas*, si sarebbero potute ricondurre all'orizzonte dei modi di acquisto di *res (singulae)*. Sta di fatto però che Gaio, non solo nell'apposita *sedes materiae* non si riferisce esplicitamente ad una siffatta attitudine degli atti obbliganti a portare ad un acquisto mediato di una *res*, ma, soprattutto, nel § 2.97 dichiara conclusa la trattazione dei modi di acquisto di *singulae res*, esplicitamente menzionando come unica eccezione l'istituto dei legati (la cui trattazione è rinviata al settore riguardante l'*hereditas*, in ragione del filo conduttore costituito dall'attenzione per i requisiti delle operazioni negoziali: cfr. G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Fest. R. Knütel*, Heidelberg 2009, 318 su nt. 13). Probabilmente, a trattenere Gaio da una simile impostazione sistematica dovette essere la difficoltà di raffigurare anche i *delicta* in chiave di atti che portano, indirettamente, all'acquisto di una *res*. Nessun aiuto viene dalla circostanza che nelle *Res cottidianae* le *obligationes* vengono, invece, trattate prima delle *hereditates*, in quanto non è dato sapere quale ragione possa aver determinato l'inversione nella sequenza tra le due materie (cfr. G. FALCONE, *Sistematiche giuridiche*, cit., 50 nt. 66).

<sup>51</sup> Il riferimento è alla famosa pagina del *De oratore* (I.188-190), nella quale Cicerone auspica che anche nell'ambito del diritto, come già accadeva per altre discipline, venga in futuro realizzata un'operazione di sistemazione e di coordinamento, tramite il ricorso a '*genera perpauca*', delle nozioni fino ad allora 'slegate' e 'disperse'. F. BONA, *Il 'docere respondendo' e 'discere audiendo' nella tarda repubblica*, in *Lectio sua*, II cit., 1160 (si tratta di un testo inedito, riflettente una Relazione del 1998, pubblicato per la prima volta dai curatori della Silloge) ha ipotizzato che possa esser stato direttamente Gaio ad applicare, per la prima volta, il programma diairetico ciceroniano, congegnando, dunque, egli stesso, anche la tripartizione in questione. Da respingere l'ipotesi di M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris 1945, 38, ultimamente ripresa da S. TONDO, *Appunti*, cit., 633, secondo cui l'autore della tripartizione (per lo studioso francese, un contemporaneo di Cicerone) si sarebbe ispirato al seguente passaggio dello stesso *De oratore*: '*Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*' (I.188). In queste parole Villey ha voluto scorgere tre ambiti, le *res*, le *causae* e i *cives*, ai quali corrisponderebbero i tre settori delle *res*, delle *actiones* e delle *personae*. Ma nel testo ciceroniano *res* e *causae* non costituiscono complessive tematiche della vagheggiata operazione isagogica, come sarà, invece, per le *res* e le *actiones* del manuale gaiano, bensì sono gli 'affari' e le 'cause giudiziarie', assunti

E ancora, nessuna conclusione certa può trarsi dalla seguente osservazione contenuta nell'opera di Paolo *ad Sabinum* e conservata in D. 8.1.14 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*): '*Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt*'. Invero, da un lato, questa notazione, anche se adotta la qualificazione '*incorporalis*' e rivela una chiara rappresentazione di un contrappunto tra il *quid* incorporale e la materialità di un *corpus*, non presuppone necessariamente un'avvenuta elaborazione della classificazione; dall'altro lato, non è possibile pronunziarsi con decisione per una risalenza allo stesso Sabino, come (ri)proposto recentemente, anziché a Paolo.<sup>52</sup>

Piuttosto, con riguardo all'ambito giurisprudenziale una sola mi sembra l'indicazione sufficientemente definita che le fonti offrono: e cioè che, nonostante una raggiunta consapevolezza, già tra la fine del II e gli inizi del I secolo a.C., dell'esistenza di una *c a t e g o r i a* di "cose che si possono toccare",<sup>53</sup> un'operazione classificatoria in

---

quali concreti ambiti operativi di una prassi della *civitas* rispetto alla quale Cicerone auspica venga conservato il valore dell'eguaglianza fino ad allora osservato (*usitata aequabilitas*): cfr. G. FALCONE, *Sul 'finis in iure civili' di Cic., de orat. I.188*, in SDHI 75, 2009, 503 ss., spec. 510 ss.

<sup>52</sup> L'appiglio per una possibilità di attribuzione a Sabino è offerto dal seguito del frammento, che riporta una notazione che, per i contenuti, appare difficilmente coordinabile con la trascritta affermazione d'esordio, oltre che in sé non del tutto perspicua. Di fronte a siffatta articolazione, pare necessario pensare a due autori diversi per i due segmenti del discorso. La dottrina dominante si orienta nel senso che l'autore dell'*incipit* sia Paolo e che la notazione successiva costituisca un'intrusione più recente: rinvio, per tutti, agli equilibrati rilievi di F. BONA, *Il coordinamento*, cit., 426 s. (= *Lectio sua* cit., 1105 s.) e di R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*,<sup>2</sup> Padova 1983, 54 s.; diversamente, con apposito sforzo argomentativo, M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 203 ss., spec. 207, ha ipotizzato che l'autore dell'*incipit* sia Sabino e che la successiva notazione provenga da Paolo (analogamente, in passato, ma senza argomenti specifici, F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle 1906, 95).

<sup>53</sup> Mi riferisco alla seguente notazione di Elio Gallo, pervenutaci tramite il lessico di Festo (v. '*Possessio*', 260 Lindsay): '*Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est <ex iis> rebus quae tangi possunt neque qui dicit se possidere <is suam rem> potest dicere rell.*' (per la cronologia indicata nel testo cfr. G. FALCONE, *Per una datazione del 'De verborum, quae ad ius pertinent, significatione' di Elio Gallo*, in AUPA 41, 1991, 225 ss.; per la considerazione di Elio Gallo quale giurista, anziché quale '*grammaticus iuris non ignarus*', come ritenne Bremer, cfr. *ibid.*, 226 nt. 5; per la ricostruzione testuale e per la lettura critica, non solo del tratto riportato, ma dell'intera citazione eliana cfr. *ibid.*, 242 ss. e soprattutto G. FALCONE, *Ricerche sulle origini dell'interdetto Uti possidetis*, in AUPA 44, 1996, 25 ss.). Il discorso eliano – compiuto nel quadro di un intervento di confinazione concettuale (*de-*

termini di corporalità/incorporalità non era stata ancora messa a punto alla data di composizione dei *Topica* ciceroniani. A tal proposito il brano di Cic., *top.* 5.26-27 (trascritto *supra*, al n. 2) si segnala per le seguenti circostanze: l'opera stessa è dedicata ad un giurista; lo specifico discorso sulla contrapposizione tra *ea quae sunt* ed *ea quae intelleguntur* è appositamente rivolto ad illustrare ai giuristi le tecniche definitorie; tutti gli esempi di entità appartenenti alle contrapposte categorie sono (conseguentemente) tratti dalla realtà giuridica; e perfino compare, in relazione alle *res quae intelleguntur* e cioè *quae tangi demonstrarive non possunt*, un esplicito riferimento all'elemento-*corpus* (...*quarum rerum nullum subest corpus*...). Ebbene, il fatto che, nonostante tutto ciò, Cicerone non utilizza, per enunciare la dicotomia in questione, le categorie '*res corporales*' e '*res incorporales*'<sup>54</sup> autorizza per l'appunto a ritenere, come già osservava Albanese,<sup>55</sup> che quando, nel 44 a.C., furono composti i *Topica* una contrapposizione in siffatti termini non avesse ancora fatto la sua comparsa nell'ambiente giurisprudenziale.

In definitiva, quel che può concludersi è che già anteriormente a Gaio era presente senz'altro una caratterizzazione del *ius* come *incorporale* (Quintiliano) e, con buona probabilità, anche la concettualizzazione '*ea quae in iure consistunt*' (forse già consolidata anteriormente a Pomponio: n. 2, *in fine*); ma che non abbiamo elementi saldi per dire se preesistesse o meno alla scrittura gaiana

---

*finitio*), diretto a contestare un uso improprio del termine *possessio* ad indicare, esso stesso, un bene immobile – è notevole in quanto il giurista, anziché ricorrere a formulazioni più immediate del tipo “la *possessio* non si può toccare” o “non è una *res* che si può toccare”, afferma che “la *possessio* non è tra le cose che si possono toccare”: questo modo di esprimersi mostra che egli assumeva come punto di partenza logico della propria notazione l'esistenza di una cerchia di cose, le '*res quae tangi possunt*', rispetto alla quale la *possessio* si pone al di fuori. Siamo, cioè, di fronte alla prima attestazione non del semplice riconoscimento di un dato empirico, bensì dell'individuazione (da parte dello stesso Elio Gallo? già da parte di giuristi precedenti?) di una categoria, quella delle *res quae tangi possunt*.

<sup>54</sup> Alle coppie '*res corporales - res incorporales*', '*corporalia - incorporalia*', '*corporea - incorporea*' farà ricorso molto più tardi Boezio nel commentare il brano ciceroniano: cfr. Boeth., in *Topica Ciceronis*, in *PL* 64, 1092C-1093C, in cui, peraltro, non può escludersi un'eco proprio di Gai 2.14 (sulla conoscenza ed utilizzazione del manuale gaiano da parte di Boezio cfr. H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981, 139 ss.).

<sup>55</sup> B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 364 e 367.

anche la classificazione ‘*res corporales/res incorporales*’: Gaio potrebbe aver riproposto un motivo già sperimentato tra i giuristi oppure avere introdotto lui stesso la classificazione.

Quest’ultima, peraltro, risalga o meno a Gaio, potrebbe essere letta come sviluppo e applicazione al terreno giuridico di elaborazioni accolte nella cultura filosofica romana già (almeno) nel I secolo d.C.: in questa ad essere attestata non è soltanto, come generalmente segnalato in dottrina, una dicotomia tra enti corporali ed enti incorporali,<sup>56</sup> ma anche la distinzione (che ritroviamo in Gai 2.14) tra il dato dell’incorporalità di un *quid* e quello della materialità dei suoi oggetti,<sup>57</sup> nonché, perfino (ed è curioso che ciò sia rimasto fin qui del

<sup>56</sup> Viene in questione un’*epistula ad Lucilium* di Seneca, incentrata sulla distinzione di *quod est in* ciò che è corporale e ciò che è incorporale. Cfr. *epist.* 58.11: ‘*dicimus quaedam corporalia esse, quaedam incorporalia*’; ‘*quod est aut corporale est aut incorporale*’; e 58.14: ‘*quod est in has species divido, ut sint corporalis aut incorporalia; nihil tertium est*’. Il motivo richiamato da Seneca è considerato di matrice aristotelica o stoica: cfr. le citazioni in A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 36 (= *Miscellanea*, cit., 187) nt. 36; cui *adde*, successivamente, M. BRETONI, *I fondamenti*, cit., 175 s. (stoicismo) e E. STOLFI, *Riflessioni*, cit., 139 nt. 61 (“di verosimile ascendenza aristotelica”).

<sup>57</sup> Mi riferisco ad due brani del *De beneficiis* dello stesso Seneca, che, a differenza dei passaggi di *epist.* 58 richiamati nella nt. prec., hanno ricevuto scarsa attenzione in dottrina (a mia conoscenza, accennano ad essi soltanto F. HERNANDEZ-TEJERO, *El pensamiento jurídico en Seneca, «De beneficiis»*, in *Revista Facultad de Derecho Universidad de Madrid*, 12, 1968, 46 e da A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile - debitum naturale*’, Milano 1979, 44 e nt. 52). Si tratta di Sen., *ben.* 6.2.1 (con impiego dell’esplicita qualifica ‘*incorporale*’) ‘*An beneficium eripi posset, quaesitum est. Quidam negant posse; non enim res est, sed actio. Quomodo aliud est munus, aliud ipsa donatio, aliud qui navigat, aliud navigatio, et, quamvis in morbo aeger sit, non tamen idem est aeger et morbus, ita aliud est beneficium ipsum, aliud quod ad unumquemque nostrum beneficio pervenit.* [2] *Illud incorporale est, inritum non fit; materia vero eius huc et illuc iactatur et dominum mutat. Itaque cum eripis, ipsa rerum natura revocare, quod dedit, non potest. Beneficia sua interrumpit, non rescindit: qui moritur, tamen vixit; qui amisit oculos, tamen vidit. Quae ad nos pervenerunt, ne sint, effici potest, ne fuerint, non potest; pars autem beneficium et quidem certissima est, quae fuit.* [3] ... *Potest eripi domus et pecunia et mancipium et quidquid est, in quo haesit beneficium nomen; ipsum vero stabile et innotum est; nulla vis efficiet, ne hic dederit, ne ille acceperit;* e di Sen., *ben.* 1.5.2. ‘... *non potest beneficium manu tangi: res animo geritur. Multum interest inter materiam beneficium et beneficium; itaque nec aurum nec argentum nec quicquam eorum, quae pro maximis accipiuntur, beneficium est, sed ipsa tribuentis voluntas. Imperiti autem id, quod oculis incurrit et quod traditur possideturque, solum notant, cum contra illud, quod in re carum atque pretiosum est parvi, pendunt*’ (su questo secondo brano cfr. anche la nt. seg.). Peraltro, con specifico riguardo al primo dei due brani, se

tutto inosservato), la stessa qualificazione ‘*res incorporalis*’.<sup>58</sup>

5. Che le *res incorporales* sono state assunte da Gaio, insieme con le contrapposte *res corporales*, quali elementi del patrimonio è un dato ormai da tempo acquisito in dottrina.<sup>59</sup> Lo stesso dicasi per l'apposita

---

potessimo far risalire, come è stato suggerito (A. MANTELLO, ‘*Beneficium servile*’, cit., 45 nt. 52), il tipo di valutazione espressa dai ‘*quidam*’ menzionati al § 1 alla riflessione di Ecatone (notoriamente una delle fonti dello scritto senecano) saremmo autorizzati ad ipotizzare un contatto della cultura romana con siffatte problematiche già ben anteriormente all’età di Seneca.

F. HERNANDEZ-TEJERO, *loc. cit.*, ha segnalato un parallelismo con l’avvertenza di Gai 2.14 ‘*nec ad rem pertinet, ut...*’. Anche a me è sembrato di poter cogliere un collegamento tra questa notazione gaiana e i due brani di Seneca: cfr. “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino 2003, 114 s.; solo, attenuando, *melius re perpensa*, l’assunto di un diretto contatto fra Gaio e i testi senecani, penserei, in termini più generali, all’assorbimento e riproposizione, da parte del giurista, di un motivo da tempo ben presente nella cultura romana (il che nulla toglie, sia detto per inciso, alla plausibilità dell’ipotesi, avanzata nella predetta ricerca e alla quale il confronto tra Gai 2.14 e Sen., *ben.* 6.2.1-3 era funzionale, che Gaio fosse ben consapevole della tradizionale distinzione tra *creditum* in senso tecnico-giuridico e doverosità dell’*officium* e del *beneficium*).

<sup>58</sup> Il riscontro – sfuggito anche a chi, come Georgesco (*Études de philologie juridique et de droit romani. I. Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Paris 1940, 77 ss.), aveva dedicato un apposito esame ai “*Textes littéraires ayant trait à la notion de res incorporalis*” e a chi, come più recentemente Dajczac (*supra*, nt. 2), ha appositamente investigato sulle origini della qualificazione ‘*res incorporalis*’ – è contenuto in Sen., *dial.* 10.8.2: *Mirari soleo, cum uideo aliquos tempus petentes et eos qui rogantur facillimos; illud uterque spectat propter quod tempus petitum est, ipsum quidem neuter: quasi nihil petitur, quasi nihil datur. Re omnium pretiosissima luditur; fallit autem illos quia res incorporalis est, quia sub oculos non uenit, ideoque uilissime aestimatur, immo paene nullum eius pretium est.* Oltre che come unico luogo nel quale, anteriormente a Gaio, compare il sintagma ‘*res incorporalis*’ (locuzione preesistente a Seneca o di nuovo conio?), il brano è interessante anche per il fatto che consente di valorizzare meglio la testimonianza di Sen., *ben.* 1.5.2 trascritta nella nt. prec. Invero, la circostanza che in *dial.* 10.8.2 Seneca parla di soggetti che non apprezzano la cosa più preziosa fra tutte, il *tempus*, in quanto sono ingannati (*fallit illos*) dal fatto che si tratta di una ‘*res incorporalis*’, la quale ‘*sub oculos non uenit*’, corrisponde all’affermazione ‘*Imperiti autem id, quod oculis incurrit et quod traditur possideturque, solum notant*’ di *ben.* 1.5.2. Ciò rivela che Seneca, quando scrive *ben.* 1.5.2, pur non ricorrendo (come invece in *ben.*, 6.2.2) ad un’esplicita qualifica ‘*incorporale*’ (né al suo opposto ‘*corporale*’), aveva nondimeno in mente il dato della incorporeità e della corporeità.

<sup>59</sup> Mi limito a richiamare G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. I. Le cose. Parte prima. Concetto di cosa. Cose extra patrimonium*, Milano 1945, 16 ss.; G. PUGLIESE, «*Res corporales*», cit., 262 ss. (= *Scritti giuridici*, cit., 250 ss.); G. GROSSO, *Problemi sistematici*, cit., 41 s.; 51; A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., spec. 29 e 41s. (= *Miscellanea*, cit., 182 e



considerazione, nei §§ 2.28-39, delle *res incorporales* dalla prospettiva del loro trasferimento da un titolare all'altro e in relazione alla possibilità o meno di impiegare, a tal fine, le operazioni negoziali utilizzabili per le *res corporales*.<sup>60</sup>

Non mi sembra però, che la rappresentazione delle *res incorporales* dal punto di vista della loro circolazione quali elementi patrimoniali sia stata fin qui apprezzata in tutta la sua latitudine: siffatto approccio espositivo è, infatti, comunemente confinato ai predetti §§ 2.28-39, mentre in realtà esso si ripropone nella sezione appositamente dedicata alle *obligationes* e, forse, anche in relazione all'*hereditas* nel quadro dell'illustrazione degli acquisti *per universitatem*.

Occorre prendere le mosse, a tal proposito, dai paragrafi riguardanti la possibilità di *alienare* da parte delle donne e dei pupilli senza l'*auctoritas* del tutore:

Gai 2.80 *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi uero feminam quidem posse, pupillum non posse. 81. Ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet pecunia res nec Mancipi sit, contrahit obligationem. 83. Et ex contrario omnes res tam Mancipi quam nec Mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solui possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est. 84. Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est. 85. Mulieri uero etiam sine tutoris auctoritate recte solui potest: nam qui soluit, liberatur obligatione, quia res nec Mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt.*

Gaio, dopo aver enunciato (§ 80) che tanto la donna quanto il

---

192 s.); ID., 'Ius consuetudine', cit., 719; ultimamente, S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione*, cit., 102.

<sup>60</sup> *Supra*, n. 3, su nt. 30.

pupillo non possono *alienare res Mancipi* senza intervento del tutore, e che la donna, diversamente dal pupillo, può invece *alienare* le *res nec Mancipi* anche *sine tutoris auctoritate*, sviluppa questa informazione attraverso alcune precisazioni, tra le quali rileva qui rimarcare le seguenti: da un lato, il *dare mutuam pecuniam* da parte della donna senza intervento del tutore comporta un *contrahere obligationem* (§ 81), mentre il pupillo, nella stessa situazione, ‘*nullam contrahit obligationem*’ (§ 82); dall’altro lato, la *solutio* compiuta nei confronti del pupillo in assenza del tutore non è pienamente liberatoria, poiché il creditore-pupillo non può *dissolvere obligationem* in quanto non può *alienare* alcuna *res* (§ 84), mentre la *solutio* compiuta in favore della donna *sine tutoris auctoritate* ha piena efficacia liberatoria per il debitore (*recte solvi potest*), poiché la *mulier* – “*ut proxime diximus*” – può, anche senza intervento del tutore, *dimittere a se* una *res nec Mancipi* (§ 85).<sup>61</sup>

Queste affermazioni rivelano, in modo diretto, che il ricevere una (efficace) *solutio* viene considerato in termini di dismissione della *obligatio* (intesa come *res nec Mancipi*)<sup>62</sup> dalla sfera patrimoniale del creditore, come un *dissolvere* la ‘*res-obligatio*, un *alienare*,<sup>63</sup> un *a se dimittere obligationem* da parte del creditore (secondo una visuale che

<sup>61</sup> Sul complessivo contenuto dei §§ 2.80-85 nello sfondo del peculiare interesse di Gaio a segnalare gli atti che è o non è possibile compiere e le conseguenze di tali atti, rinvio a quanto ho osservato in *Approccio operativo-cautelare*, cit., 316 e nt. 10 (anche per la difesa della genuinità del § 84 dalle critiche di Solazzi).

<sup>62</sup> Giusta l’osservazione di Gai 2.17: ‘*Sed item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec Mancipi sunt, exceptis seruitutibus praediorum rusticorum; nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium*’ (per la genuinità di questo §, anch’esso attaccato da Solazzi, cfr. G. GROSSO, *Appunti sulle distinzioni delle «res» nelle Istituzioni di Gaio*, in *Scritti storico-giuridici*, III, Torino, 2001, 582 ss. (già in *St. Besta*, I, Milano, 1937-39: *non videt*).

<sup>63</sup> Per questa accezione di ‘*alienare*’ cfr., a parte D. 46.3.15 riportato nella nt. seg., anche D. 50.16.28 pr. (Paul. 21 *ad ed.*) ‘*eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes*’ (citato anche da M. DAVID – H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV, Kommentar*, cit., 297); Gai 2.65 ‘*Ergo ex his, quae diximus, adparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam Mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est ciuium Romanorum*’; nonché Sen., *ben.* 5.10.1 ‘*... venditio alienatio est et rei suae iurisque in ea sui ad alium translatio. Atqui, quem ad modum vendere, sic dare aliquid a se dimittere est et id, quod tenueris, habendum alteri tradere...*’ (su questo brano cfr. anche, da altro punto di vista, *infra*, nt. 99).

doveva già circolare nella tradizione sabiniana, giusta una analoga raffigurazione presente nel libro sesto *ad Sabinum* di Paolo);<sup>64</sup> e rivelano in modo indiretto, per correlazione, che il *contrahere obligationem* è inteso come ingresso della ‘*res*’-*obligatio* nel *patrimonium* del creditore.<sup>65</sup> L’*obligatio*, cioè, compare in questo squarcio come un’entità che entra nel *patrimonium* o che non ne fa più parte.

Ebbene, questa stessa rappresentazione trova corrispondenza, su più larga scala, nell’apposita *sedes materiae* delle *obligationes ex contractu*: in questo senso, che nell’ottica di Gaio i contratti appaiono, come già il ‘*dare mutuum pecuniam*’ del § 2.80, quali modalità attraverso le quali la ‘*res incorporalis*’-*obligatio* entra nel patrimonio del creditore e che le operazioni tramite le quali *tollitur obligatio* (tra esse, appunto, la *solutio*), che la nostra dogmatica considera ‘modi di estinzione’ delle obbligazioni, secondo la visuale gaiana appaiono come modalità con le quali la ‘*res incorporalis*’-*obligatio* è eliminata, esce dal *patrimonium* del creditore.

Ciò è rivelato dall’esordio della trattazione in tema di persone attraverso le quali si acquista:

Gai 3.163. *Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nonobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate, manu mancipioe sunt.*

La struttura del discorso mostra, infatti, chiaramente che l’esposizione, svolta fino a quel punto, dei *genera obligationum, quae ex contractu nascuntur* (§§ 3.89 ss.) era stata implicitamente assunta da Gaio come esposizione di modalità attraverso le quali le *obligationes* si acquistano al creditore.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> D. 46.3.15 (Paul. 6 *ad Sab.*) *Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: sed nec delegare potest. quia nec alienare ullam rem potest. Si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit.*

<sup>65</sup> Al solo *contrahere obligationem* accenna, con riferimento a Gai 2.80, C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, cit., 254.

<sup>66</sup> L’oggetto dell’*adquiri* nei §§ 3.163-167a è senza dubbio l’*obligatio* stessa (non il suo concreto oggetto): lo dimostrano sia la rubrica del corrispondente titolo (3.28) del

Quanto alle modalità con le quali *'tollitur obligatio'*, è significativo che una di esse, la *novatio* (§§ 3.176 ss.), era stata precedentemente indicata nell'apposita trattazione sul trasferimento delle *res incorporales* (§ 2.38)<sup>67</sup> come l'operazione idonea a realizzare una trasmissione della *'res incorporalis-obligatio'*, e cioè un'uscita dell'*obligatio* dalla titolarità e dunque dalla sfera patrimoniale dell'originario creditore e un ingresso nella sfera patrimoniale di un altro soggetto. E peraltro, proprio all'interno dell'illustrazione di Gai 3.176 sulla *novatio* si trova una specifica evidenza testuale della considerazione dell'*obligatio* quale *res* (evidentemente, *incorporalis*): Gaio, infatti, avverte che in alcuni casi, ancorché la *stipulatio* novatoria, in ragione del suo specifico contenuto, sia *inutilis*, l'*obligatio* originaria *tollitur*, talché si verifica un *'rem amittere'*.<sup>68</sup>

Mettendo insieme le indicazioni fornite da Gai 2.80-84 e dallo svolgimento della trattazione delle *obligationes ex contractu*, quest'ultima appare, dunque, articolarsi nell'esposizione: a) dei modi (i singoli contratti) con i quali la *res incorporalis-obligatio* si acquista, entra nel *patrimonium* del creditore;<sup>69</sup> b) delle persone tramite le quali la *res*

---

manuale giustiniano (*'Per quas personas nobis obligatio adquiritur'*) sia il confronto con le testimonianze di altri giuristi, tra i quali Gaio, che parlano espressamente di *adquirere obligationem* con riguardo o alla medesima questione di Gai 3.163ss. dell'acquisto tramite sottoposti (Gaio in D. 45.3.28 pr.-1; 3; Giuliano in D. 23.3.46 pr. e 45.1.56.2; Ulpiano in D. 46.3.22; Paolo in D. 46.6.5) o ad altre fattispecie (Gaio in D. 45.1.141.3; Marcello in D. 45.1.95; Ulpiano in D. 12.1.9.8; Paolo in D. 22.1.11.1 e 45.1.126.2). Cfr. già G. FALCONE, *Sistematiche gaiane*, cit., 37 nt. 46.

<sup>67</sup> Il testo è trascritto *supra*, al n. 3.

<sup>68</sup> Gai 3.176. *Praeterea nouatione tollitur obligatio ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima nouationis iure tollatur, ueluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius uel a muliere pupillouae sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amittit; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est.*

<sup>69</sup> R. MARTINI, *Appunti di diritto privato romano*, Padova 2001, 102 aveva intuito, pur senza specifici appigli testuali, che quelle che noi chiamiamo fonti delle obbligazioni nell'impostazione gaiana dovevano essere intese come 'modi di acquisto' («Si direbbe peraltro che lo facesse [*scil. occuparsi dettagliatamente delle obbligazioni*] proseguendo nella visuale dinamica, concernente appunto i vari modi di acquisto – acquisto – nella specie si sarebbe identificato con il momento in cui le obbligazioni sarebbero venute in essere – allorché, iniziando subito, al solito, con una classificazione [...], egli poneva una distinzione fondamentale fra le obbligazioni, guardando alla loro genesi, ossia come si suol dire alle loro fonti»); ma non ha considerato l'ampiezza né i riscontri testuali del

*incorporalis-obligatio* si acquista al patrimonio del creditore (e non può non colpire il parallelismo, anche nel tenore letterale dell'*incipit*, tra il § 3.163 e il § 2.86, che apre il tema delle persone tramite le quali si acquista una *res corporalis*);<sup>70</sup> c) dei modi tramite i quali la *res incorporalis-obligatio* esce dal patrimonio del creditore.

Probabilmente, come si accennava, una rappresentazione analoga si può riconoscere anche in relazione all'*hereditas*, all'interno della complessiva trattazione sui modi di acquisto *per universitatem*. Vero è che, nei § 2.97-98 che segnano il passaggio a questo ambito tematico, l'*hereditas* viene presentata come essa stessa strumento, in quanto *universitas*, di acquisto delle *res* in essa contenute.<sup>71</sup> Nondimeno, occorre tener presente che nel quadro di questa trattazione l'*hereditas* è implicitamente ricondotta (insieme con altre figure)<sup>72</sup> al fenomeno della *successio*, come si può argomentare da Gai 3.77 '*Videamus autem et de ea successione quae nobis ex emptione bonorum competit*' e da Gai 3.82 '*Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto ... introductae sunt*', e come, del resto, altrove lo stesso Gaio indica esplicitamente precisando '*nihil aliud est hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit*'.<sup>73</sup> Questa circostanza, come è stato riconosciuto da Martini,<sup>74</sup> crea un collegamento con il fatto che nel § 2.14 Gaio, allo scopo di enucleare specificamente il profilo dell'incorporeità del *ius* ('*Nec ad rem pertinet – incorporale est*':

---

fenomeno né ha, poi, sviluppato questa intuizione nel recentissimo contributo sulla sistematica gaiana, citato in nt. 2 e al quale si fa qui riferimento più volte.

<sup>70</sup> Gai 2.86. *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipioque 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.*

<sup>71</sup> Gai 2.97. *Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquiruntur: nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur. 98. Si cui heredes facti sumus siue cuius bonorum possessionem petierimus siue cuius bona emerimus siue quem adoptauerimus siue quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.*

<sup>72</sup> E cioè: *bonorum possessio*, la *bonorum venditio*, l'*adrogatio* e la *conventio in manum*.

<sup>73</sup> D. 50.16.24 (Gai. 6 *ad ed. prov.*). Il *nihil aliud est* appare teso ad evidenziare il nucleo essenziale e caratterizzante dell'*hereditas*.

<sup>74</sup> R. MARTINI, *Di alcune singolarità*, cit., 130 s.

*supra*, n. 3), si era riferito all'*hereditas* non già con le parole *ius hereditatis*, bensì con le parole *ius successionis*, mostrando già allora di raffigurarsi l'*hereditas* come avente il suo elemento essenziale e qualificante nel fenomeno della *successio*.<sup>75</sup> Alla luce di ciò, può allora non essere un caso il fatto che la complessiva illustrazione si apre con l'indicazione delle modalità con le quali le *hereditates* 'pertinent', 'obveniunt' all'erede<sup>76</sup> e si chiude (§§ 3.85-87) con quella descrizione della *in iure cessio hereditatis* che era già stata appositamente compiuta nei §§ 2.34-37 per indicare la modalità di trasferimento della '*res incorporalis*'-*hereditas* da un soggetto all'altro.<sup>77</sup> Si direbbe, dunque, che Gaio in questa sezione inquadri, sì, l'*hereditas* come strumento di acquisto (*per universitatem*) delle *res* in essa contenute, ma al contempo non rinunci alla considerazione dell'*hereditas* come essa stessa *res, incorporalis*, assumendola dai punti di vista del suo acquistarsi al *patrimonium* e del suo uscirne fuori.

Ebbene, siffatta impostazione della materia delle *obligationes ex contractu* e, come parrebbe, dell'*hereditas* in relazione alla sfera

---

<sup>75</sup> Potrebbe, anzi, ipotizzarsi, rovesciando i termini del rapporto tra Gai 2.14 e Gai 2.97 ss., che nel § 2.14 il giurista avesse parlato di '*ius successionis*', anziché di '*ius hereditatis*', proprio in vista della circostanza che egli avrebbe in seguito ripreso appositamente l'*hereditas* insieme con altri istituti che realizzano un fenomeno di *successio*.

Con l'occasione, osservo che il fatto che Gaio individui l'elemento caratterizzante dell'*hereditas* come *res incorporalis* in un '*ius successionis*' inteso come posizione giuridica (dell'erede) collegata al prodursi di un fenomeno successorio (*supra*, n. 3) mina alle basi l'osservazione, che G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, cit., 834 s. adduce contro la correzione '<in> iure consistunt', secondo cui la presenza dell'*hereditas* proprio in cima all'elenco delle *res incorporales* mostrerebbe che queste non erano intese da Gaio come entità che "consistono in diritti" poiché l'*hereditas* «certamente non era (e non solo da Gaio) considerata un diritto».

<sup>76</sup> Gai 2.99. *Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent. 100. Et prius est, ut de his dispiciamus, quae nobis ex testamento obveniunt.*

<sup>77</sup> La curiosa ripetizione, che ha qua e là suscitato dubbi circa la genuinità di uno dei due luoghi – per una difesa di entrambi cfr., in prospettive differenti, B. ALBANESE, *Gai II, 34-37 e l'in iure cessio hereditatis*, in AUPA 23, 1953, 224 ss. (= *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, 54 ss.), contro le critiche di Solazzi; M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV*, cit., 254 ss.; e, più di recente, M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 149 – potrebbe spiegarsi, per S. TONDO, *Appunti*, cit., 642 e R. MARTINI, *Di alcune singolarità*, cit., 133, in chiave di voluta riproposizione della sequenza dei §§ 2.34-39 al fine di preparare il passaggio alla successiva trattazione sulle *res incorporales-obligationes* (§§ 3.88 ss.).

patrimoniale del titolare dal lato attivo di queste *res incorporales* costituisce, a mio avviso, applicazione della coordinata sistematica di fondo, che Gaio enuncia, una volta per tutte, nell'apertura del II commentario:

Gai 2.1 <Superiore commentario exposuimus><sup>78</sup> *de iure personarum. modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur.*

La notazione '*quae – habentur*' non esprime una distinzione in due gruppi di cose staticamente individuate in base ad una loro qualità intrinseca (l'essere astrattamente suscettibili o insuscettibili di far parte del *patrimonium* dei privati):<sup>79</sup> nel successivo § 2, infatti, compare una *summa divisio* (tra *res divini iuris* e *res humani iuris*), la quale, proprio perché '*summa*', non può esser preceduta da un'altra distinzione.<sup>80</sup> Né una gittata circoscritta potrebbe attribuirsi alle parole del § 2.1 immaginando che esse fungano da premessa del solo discorso incentrato sulla predetta *summa divisio* (§§ 2.2-11),<sup>81</sup> il quale

<sup>78</sup> Integrato sulla base di *Iust. Inst.* 2.1.

<sup>79</sup> Come si ritiene da quanti, sulla base di questo brano, hanno perfino entificato due contrapposte categorie di *res*: le '*res in patrimonio*' e le '*res extra patrimonium*'. Per una critica di questa interpretazione cfr., in particolare, C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, I, Villa San Giovanni, 1981, 93 ss. e M. GENOVESE, *Res in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium. Valenza giuridico-istituzionale della partizione*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli, 2007, 2133 ss. (ai quali rinvio anche per la puntuale indicazione e discussione della letteratura accumulatasi sull'argomento). Proprio partendo da un'infondata individuazione, nel § 1, di una distinzione tra '*res in patrimonio*' e '*res extra patrimonium*' M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif*, cit., 208, aveva con decisione asserito che questa distinzione «ne joue en tout cas aucune rôle dans l'ensemble du système».

<sup>80</sup> Cfr. M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV*, cit., 230; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose*, cit., 95 (il quale osserva altresì, a p. 122, che i due termini della pretesa classificazione non sarebbero perfettamente antitetici: '*in nostro patrimonio s u n t – extra nostrum patrimonium h a b e n t u r*').

<sup>81</sup> In tal senso M. GENOVESE, «*Res in nostro patrimonio*», cit., 2141 s. Questo studioso, partendo dalla esatta considerazione che la partizione formulata nel § 1 costituisce una "premesse sul piano metodologico" (posta "sul piano pragmatico-didascalico": p. 2155), ha coerentemente ed opportunamente affermato che «è normale aspettarsi che il giurista ne renda in qualche modo apprezzabili i risvolti nel prosieguo del discorso sulle *res*» (p. 2142); purtroppo, però, non si è avveduto che codesti risvolti sono offerti non già dai §§ 2-11, bensì dall'intera trattazione *de rebus*, fino alle *obligationes ex contractu*.

costituirebbe, così, un diretto svolgimento del dualismo precedente.<sup>82</sup> Leggiamo, infatti:

Gai 2.9.<sup>83</sup> *Quod autem diuini iuris est, id nullius in bonis est: id uero, quod humani <iuris est, plerumque alicuius in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt> [ . . . . vv. fere 8 . . . . . ] ne domino.*<sup>84</sup> 10. *Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae.* 11. *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum <sunt>.*

La circostanza che ‘*nullius in bonis esse*’ è predicato non solo per le *res divini iuris*, ma anche per talune *res humani iuris* (le *res hereditariae* prima del compimento dell’*aditio hereditatis*: § 9) mostra che Gaio non prospetta una rigida corrispondenza tra *diuini iuris esse* e *nullius in bonis esse*, che lasci fuori le *res humani iuris*:<sup>85</sup> e tuttavia, solo una

---

<sup>82</sup> A prima vista, un coordinamento tra i §§ 2-11 e la notazione del § 2.1 parrebbe sostenibile sulla base dell’ ‘*itaque*’ presente nel § 2 ‘*Summa itaque rerum diuisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt diuini iuris, aliae humanae*’: cfr., infatti, G. ARCHI, *La “summa divisio rerum”, in Gaio e in Giustiniano*, in SDHI, 3, 1937, 9; H. KRELLER, *Res als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in ZSS, LXVI, 1948, 582; e, più recentemente, in R. MARTINI, *Le “summae divisiones” in Gaio*, in *Atti Seminario romanistico gardesano* (Gargnano 1976), s.l., 1977, 93; ID., *Appunti di diritto privato romano*, cit., 48 s. Ma si tratta di un appiglio insussistente. Come è stato messo in luce da M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV*, cit., 231 (ove altri riscontri di ‘*itaque*’), la congiunzione si coordina con la sola affermazione ‘*videamus de rebus*’, con la quale era stato preannunciato l’intero ambito tematico che comincia, ora, ad essere sviluppato; allo stesso modo, l’esordio della trattazione sulle *personae* (Gai 1.9: *Et qui d e m summa divisio de iure personarum haec est...*) si era coordinato, attraverso la locuzione ‘*et quidem*’, all’indicazione tematica appena precedente (Gai 1.8: *Omne ius, quo utimur, vel ad personas ... pertinet*): cfr. M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV. Kommentar* (1. Lieferung), Leiden 1954, 20. In entrambi i luoghi i due studiosi hanno inteso ‘*et quidem*’ e ‘*itaque*’ nel senso di “und zwar”.

<sup>83</sup> Dopo la fissazione della *summa divisio*, nei §§ 3-8 si introduce la tricotomia ‘*res sacrae-sanctae-religiosae*’ e se ne descrivono i singoli membri.

<sup>84</sup> Nelle circa 8 righe illeggibili Gaio, secondo la maggior parte degli editori, trattava delle *res derelictae* e dei *serui sine domino*.

<sup>85</sup> Significativamente, R. MARTINI, *Appunti di diritto privato romano*, cit., 49, avverte il rilievo di questa circostanza, ma, fuorviato dalla presenza dell’ ‘*itaque*’ (su cui *supra*, nt. 82), ne trae semplicemente la conclusione che il (preteso) raccordo tra il § 2.1 e la *summa*



siffatta corrispondenza potrebbe consentire di sostenere, in nome di una pretesa equipollenza tra *nullius in bonis esse* e *extra patrimonium haberi* e tra *in bonis alicuius* e *in patrimonio esse*,<sup>86</sup> che la *divisio* del § 2 ‘*divini iuris / humani iuris*’ riprenda e completi conclusivamente il dualismo che compare nel § 2.1.<sup>87</sup>

Ora, escludere tanto che l’affermazione ‘*quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*’ abbia valore classificatorio quanto che essa trovi sviluppo e conclusione nello svolgimento dei §§ immediatamente successivi<sup>88</sup> non significa risolversi a considerarla, come recentemente adombrato, quale esempio di “systematische Leerstelle” privo di conseguenze nello svolgimento successivo dell’esposizione.<sup>89</sup> Piuttosto, siamo in presenza di una

---

*divisio* del § 2 è “approssimativo”. Dal canto suo, C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, cit., 246 s., partendo dall’idea che le categorie indicate nei §§ 1 e 2-11 sono «concetti paralleli che considerano le *res* da punti di vista diversi, nel senso che non sempre l’una categoria si può intendere come premessa logica dell’altra», conclude, di fronte alla circostanza in esame, che quella risultante dal §§ iniziali è «una sistematica non perfettamente coordinata nei suoi elementi, la quale serve a dare alla materia un assetto approssimativo».

<sup>86</sup> Di “surrogabilità” tra le due coppie di concettualizzazioni parla M. GENOVESE, «*Res in nostro patrimonio*», cit., 2155. In realtà, la circostanza che ‘*nullius in bonis esse*’ vien detto sia per le *res divini iuris* sia per le *res hereditariae ante aditionem* sia per le *res publicae* mostra che la dicotomia ‘*nullius alicuius in bonis esse*’ si riferisce ad una qualità astratta ed intrinseca delle *res*, consistente nell’essere o meno di per sé suscettive di disponibilità da parte dei privati. Si tratta, cioè, di una classificazione che assegna stabilmente una *res* ad uno dei due gruppi, laddove l’alternativa indicata nel § 1, come del resto ben riconosce lo stesso Genovese (p. 2141 s.), allude alla riconduzione o meno di una *res*, in un dato momento e in relazione ad una determinata vicenda (dunque, variabilmente), alla sfera patrimoniale di un soggetto.

<sup>87</sup> Come hanno ritenuto ad es., in tempi recenti, anche F. BONA, *Il coordinamento*, cit., 433 s. (= *Lectio sua* cit., 1111 s.); A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 29 (= *Miscellanea*, cit., 182); A. GUZMÁN BRITO, *El carácter dialéctico*, cit., 452.

<sup>88</sup> Come è stato, invece, sostenuto anche da alcuni studiosi che opportunamente rifiutano una portata classificatoria al dualismo in esame: è il caso (oltre che di M. Genovese: *supra*, nt. 81), di M. DAVID - H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV*, cit., 230 e di A. GUZMÁN BRITO, *loc. ult.*, cit.

<sup>89</sup> Cfr. F. CUENA BOY, *Sistema jurídico y derecho romano*, Santander 1998, 113 su nt. 362 in coordinamento con quanto si legge a p. 125 su nt. 400. Il cenno al fenomeno di costruzioni sistematiche prive di risvolti successivi è compiuto dallo studioso spagnolo con riferimento alle osservazioni di M. FÜHRMANN, *Das systematische Lehrbuch*, Göttingen 1960, 104 ss. (sul punto v. anche F. BONA, *Il coordinamento*, 412 ss. [= *Lectio sua*, cit., 1093 ss.] e spec. la nt. 20).

precisazione programmatica che, completando il cenno tematico ‘modo videamus de rebus’, preannunzia a mo’ di cornice introduttiva dell’intera trattazione *de rebus* che quest’ultima avrà come punto di riferimento<sup>90</sup> il fenomeno della circolazione delle *res (corporales)* come *incorporales*,<sup>91</sup> le quali, in un determinato momento e in forza di una concreta vicenda, o “sono presenti nel nostro *patrimonium*” o “si trovano fuori dal nostro *patrimonium*”.<sup>92</sup>

E infatti, una volta ristretto progressivamente il campo di osservazione alle cose che, per loro natura, sono nella disponibilità dei privati (è questo, a mio avviso, il senso dei §§ 2-11), Gaio prende a dipanare una trattazione organizzata sulle concrete modalità attraverso le quali le *res* entrano o escono dal *patrimonium*. Assume rilievo, in

<sup>90</sup> Che questa coordinata di fondo sia appena accennata, in apertura e una volta per tutte, non può certo stupire, ove si pensi ad una generale tendenza di Gaio a non esplicitare i nessi tematici e sistematici, i quali sovente si arguiscono semplicemente dalla posizione e dalla sequenza in sé prese degli argomenti. Del resto, se un’indicazione esplicita concernente proprio la circolazione delle *res* viene in due casi fornita dallo stesso Gaio solo ‘retrospettivamente’ (secondo l’efficace espressione di R. MARTINI, *Di alcune singolarità*, cit., 128 s.): Gai 2.65 ‘Ergo ex his, quae diximus, adparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili...’ e Gai 2.97 ‘Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquiruntur... Videamus itaque nunc, quibus modis per uniuersitatem res nobis adquirantur’; con riguardo alla materia delle *actiones*, addirittura, Gaio omette del tutto di indicare, anche solo cursoriamente e una volta per tutte come accade in Gai 2.1, il filo che lega i vari argomenti che si succedono, salvo, poi, a farci scoprire, attraverso un cenno situato – starei per dire: nascosto – nel bel mezzo del commentario, che egli organizza l’intera trattazione intorno all’utilizzazione di schemi verbali: ‘... formulae autem et uerborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretae uocantur’ (Gai 4.139, su cui, per la portata disvelatrice dell’oggetto della trattazione *de actionibus*, rinvio a G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 41 ss.).

<sup>91</sup> L’affermazione, data la sua assoluta generalità e la sua posizione-funzione introduttiva rispetto all’intera trattazione, non può che riferirsi alla totalità delle *res*, dunque anche a quelle *incorporales*. Non può pertanto accogliersi l’assunto di A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 29 (= *Miscellanea*, cit., 182), secondo cui nella notazione di Gai 2.1 «il riferimento immediato parrebbe essere alle cose materiali o corporali» (del resto, questa ingiustificata diagnosi appare, dall’immediato seguito del discorso, essere frutto dell’errato convincimento che il § 2.1 si coordini con la *summa divisio* del § 2, «pur sempre riferita a cose materiali»); analogamente, ad es., F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II. *Commentary*, Oxford 1953, 55 («meaning here material objects»). Cfr., invece, opportunamente, G. PUGLIESE, «*Res corporales*», cit., 262 (= *Scritti giuridici*, cit., 250).

<sup>92</sup> Cfr. U. MANTHE, *Gaius Institutionen. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Mante*, Darmstadt 2004, 115: “die (scil. die Sache) entweder in unserem Vermögen sind oder ausserhalb unseres Vermögens vorhanden sind”.

quest'ottica, lo stesso alternarsi delle prospettive del trasferimento, dell'acquisto, dell'alienazione. Così, nei §§ 19-20 la *res nec mancipi* tràdita '*alterius fit*'; nel § 22 le *res mancipi* con l'atto mancipatorio '*transferuntur*'; nei §§ 30, 34-36 e 38-39 le *res incorporales*-usufrutto, eredità e obbligazioni vengono trasmesse ad altri; nel § 41 le *res corporales* si acquistano e nel § 43 sono oggetto di '*accipere*'; nei §§ 50 e 51 torna il *transferre*; nei §§ 64-65 è questione di '*alienare*'; nei §§ 66-79 il punto di vista è quello dell'*adquirere*; nei §§ 80-85, più su considerati, torna l'*alienare*; nei §§ 86-98, nuovamente, l'*adquirere*.

6. In considerazione della predetta coordinata sistematica di fondo incentrata sui modi con i quali le *res (corporales e incorporales)* si acquistano al patrimonio o escono da esso ben si comprende che Gaio abbia enucleato il senso della qualificazione '*corporalis*' con esclusivo riferimento al profilo tattile ('*quae tangi possunt*'), omettendo il diffuso motivo dell'afferrabilità delle cose corporali anche con la vista e/o con la mente.<sup>93</sup> Le due contrapposte entità, *res corporales* e *res incorporales*, sono state infatti pensate, quanto alla loro essenza, in funzione delle operazioni negoziali idonee alla loro circolazione: il che, naturalmente, doveva implicare solamente una rilevanza del profilo dell'afferrabilità o meno in senso fisico. Anche nell'argomentazione di Quintiliano poc'anzi esaminata,<sup>94</sup> del resto, era il punto di vista del passaggio da un soggetto ad un altro (dal popolo vinto al condottiero vincitore) a determinare la precisazione '*ius, quod sit incorporale, a d p r e n d i m a n u n o n p o s s e*'.<sup>95</sup> Non è un caso, d'altronde, che al

<sup>93</sup> Cfr. il brano dei *Topica* ciceroniani, trascritto *supra*, n. 2, e i riscontri di Sen., *ben. 1.5.2* e *dial. 10.8.2*, trascritti *supra*, in ntt. 57-58.

<sup>94</sup> *Supra*, n. 4 su ntt. 39-40.

<sup>95</sup> Cfr., del resto, sempre con riferimento alla prospettiva della circolazione dei beni, già l'osservazione di Labeone che un *ius* (come la *via* o *aliud ius fundi*) non può essere oggetto di *traditio*, evidentemente in quanto assunto come entità immateriale: '*Quotiens via aut ali<u>[qui]d ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*' (D. 8.1.20 - Iavol. 3 *ex post. Labeonis*). È possibile che '*vacua traditio*' sia corruzione di un'originaria '*vacuae possessionis traditio*'. Il frammento prosegue con la diversa presa di posizione di Giavoleno: '*Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdica veluti possessoria constituta sunt*'. Sull'intera testimonianza cfr., da ultima, A. DE FRANCESCO, *Note sulle obbligazioni del venditore nella compravendita di servitù*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto*

fine di contraddistinguere le *res nec Mancipi*, Gaio avverte subito che esse diventano *ipsa traditione* di un altro soggetto ‘*si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*’.<sup>96</sup>

Non solo; ma questa stessa direttrice sistematica dovette essere all’origine di una vistosa circostanza, che colpisce immediatamente il lettore di Gai 2.14: l’assenza del *dominium* dall’elenco delle *res incorporales*.<sup>97</sup>

---

romano. I, Padova 2007, 319 ss. con bibl. Con apposito riferimento alla problematica delle *res incorporales* cfr. M. BRETONE, *I fondamentali*, cit., 201 ss.

<sup>96</sup> Gai 2.18. *Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi. 19. Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.* Il nesso tra la classificazione ‘*res corporales/res incorporales*’ e la *traditio* è stato appositamente segnalato da P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione*, cit., 364 ss., del quale condivido pienamente la sottolineatura della centralità, nella trattazione gaiana, della prospettiva della circolazione delle *res*, mentre mi convince meno l’idea che proprio in relazione al sopravanzare dell’importanza della *traditio* si debba la stessa escogitazione della classificazione, la quale sembra, piuttosto, sollecitata dall’esigenza di sorreggere la tricotomia ‘*personae-res-actioes*’.

<sup>97</sup> A proposito delle figure considerate da Gaio, è il caso di segnalare che nel § 3.83 si indica, tra le *res incorporales* che ‘*pereunt capitis deminutione*’ e che, pertanto, in caso di *adrogatio* non si trasmettono al *pater adoptivus*, oltre all’usufrutto e all’*obligatio operarum* assunta tramite *iusiurandum*, un’altra entità, per la quale il testo restituisce solo le parole ‘*legitimo iudicio*’ precedute da una breve lacuna: ‘*Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debita sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est, et . . . . . legitimo iudicio*’. A fronte di una più ricorrente integrazione ‘*lites contestatae*’ (assunta a partire dalle pagine di Rudorff, *Über die lexicalen Excerpte aus den Institutionen des Gaius*, in *Abhandl. der kgl. Akad. der Wiss.*, Berlin 1865, 340 ss.), ritengo preferibile l’integrazione ‘*lis contestata*’ proposta da H.L.W. NELSON- U. MANTHE, *Gai Institutiones III 1-87. Intestaterbfolge und sonstige Arten von Gesamtnachfolge. Text und Kommentar*, Berlin, 1992, 204. in ragione sia del fatto che il contiguo riferimento alle altre due *res incorporales* è formulato al singolare (*ususfructus* e *obligatio operarum*) sia dell’estensione della lacuna (ultimamente, però, lo stesso Manthe ha adottato il plurale *lites contestatae*: cfr. U. MANTHE, *Gaius Institutionen. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert*, cit., 250).

Quanto alla sostanza, M. BRETONE, *I fondamentali*, cit., 144 ss. richiama questo passaggio per ipotizzare che l’elenco delle *res incorporales* non si esaurisse in quelle menzionate in Gai 2.14, bensì comprendesse anche entità quali le *lites contestatae legitimo iudicio*, appunto, nonché il *ius adgnationis* richiamato nel corrispondente brano delle Istituzioni giustiniane (3.10.1), immaginando che i compilatori giustiniane disponessero di un manoscritto delle Istituzioni gaiane diverso e più completo rispetto al ms. veronese; e conclude che quella delle *res incorporales* costituiva (per Gaio, ma forse anche per altri giuristi) una categoria aperta. Tuttavia, mi sembra più verosimile l’interpretazione di A.

Secondo un orientamento estremamente diffuso, questa mancanza sarebbe conseguenza di un fenomeno generale, costituito da una presunta percezione tipicamente romana della proprietà, per la quale non di rado si parla di “identificazione” della proprietà con la cosa materiale che ne costituisce oggetto (o di “incorporazione” della proprietà nella cosa):<sup>98</sup> percezione che sarebbe rivelata, soprattutto, da locuzioni quali ‘*res mea est*’, ‘*res alicuius esse*’, ‘*rem Auli Agerii esse*’.

Senonché, a parte le obiezioni che è possibile sollevare avverso lo stesso presupposto di fondo,<sup>99</sup> ma che si collocano ad un livello

---

BURDESE, «*Res incorporalis*» quale fondamento culturale del diritto romano, in *Labeo* 435, 1999, 109 (seguito da E. STOLFI, *Riflessioni*, cit., 144 nt. 77), secondo cui le parole di Gai 3.83 alludono pur sempre all’ambito delle *obligationes*, e precisamente al fenomeno del ‘*litis contestatione teneri*’ di cui parla lo stesso Gaio nel § 3.180-181: dunque, non una figura ulteriore di *res incorporalis*, bensì le stesse *obligationes* qui assunte come già fatte oggetto di una *deductio in iudicium* (cfr. anche H.L.W. NELSON - U. MANTHE, *Gai Institutiones III 1-87*, cit., 203 s.). Con riguardo, poi, al *ius adgnationis*, credo debba seguirsi Bretone là dove osserva che i giustinianeî non avrebbero avuto ragione per aggiungere autonomamente un riferimento ad un istituto ormai privo di valore; ma, senza trascurare l’eventualità che i compilatori abbiano attinto, piuttosto, ad una corrispondente trattazione presente nelle *Res cottidianae*, osservo che il *ius adgnationis*, fosse o meno menzionato nel § 3.83 di un altro esemplare delle stesse *Institutiones* utilizzato dai giustinianeî, non avrebbe comunque trovato posto nel § 2.14 né all’interno della complessiva trama del II libro sulla circolazione delle *res incorporales*, dal momento che queste ultime, come si vedrà più avanti (nn. 5-6), sono appositamente ed esclusivamente considerate in quanto elementi di un *patrimonium* (la stessa osservazione varrebbe per la *tutela*, assente nel manuale gaiano e menzionata, invece, in Tit. Ulp. 19.11 ‘*In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae*’, ove si volesse ammettere una provenienza del riferimento da materiali più antichi, gaiani o meno).

<sup>98</sup> Cfr., per tutti, F. AFFOLTER, *Das römische Institutionen-System*, Heidelberg 1897, 374 ss.; P. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*,<sup>7</sup> Paris 1924, 264; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. II. La proprietà*, I, Roma 1926, 9 s. (= rist. Milano 1966, 12 s.); E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, 1942, 354 nt. 10; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 389 s.; M. VILLEY, *Du sens de l’expression ‘ius in re’*, cit., 429 s.; G. PUGLIESE, «*Res corporales*», cit., 252 ss. (= *Scritti giuridici* cit., 240 ss.); B. BIONDI, v. ‘*Cosa corporale ed incorporale (diritto romano)*’, in NNDI, IV, Torino 1959, 1014; G. GROSSO, *Problemi sistematici*, cit., 43; C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, cit., 252; da ultimi, M. BRUTTI, *Il diritto privato*, cit., 262; S. ROMEO, *L’appartenenza e l’alienazione*, cit., 72 e 77 nt. 156; M. CURSI, *Res incorporales*, cit., 182.

<sup>99</sup> Bisognerebbe, ad esempio, tener presente – solo per richiamare due dati assai espliciti – l’esistenza di una concettualizzazione come ‘*habere nudum ius Quiritium in aliqua re*’ (cfr. Gai 1.54 e 3.167) e la raffigurazione, che Sen., *ben.* 5.10.1 assume come scontata (al punto da fondare su di essa una rappresentazione ulteriore, in tema di *beneficium*) della *venditio* in termini di ‘*alienatio et rei suae iurisque in*

argomentativo assai ampio per il quale l'economia di questo intervento non lascia spazio,<sup>100</sup> la riferita spiegazione è già smentita dalla testimonianza dello stesso Gaio, e proprio in occasione – cosa particolarmente probante – dell'apposito discorso sulle *res corporales* e *incorporales*. Mi riferisco alla ripetuta menzione della *proprietas* in Gai 2.30 e 33. Questa circostanza, già significativa in sé presa, lo diviene ancor più in ragione del fatto che, nel primo dei due paragrafi,<sup>101</sup> si contrappongono *nuda proprietas* e *ususfructus* sotto il profilo dei poteri o situazioni giuridiche spettanti ai rispettivi titolari e, in questo contesto, si afferma, fra l'altro, che ora l'*ususfructus* '*convertatur in proprietatem*' ora che l'usufruttuario '*i u s s u u m retinet*'; e in ragione del fatto che, nel secondo dei due paragrafi,<sup>102</sup> la *proprietas* figura per due volte come oggetto della *mancipatio* al posto della stessa cosa corporale (...*in mancipanda proprietate*...).

Il fatto è che la mancanza della proprietà dall'elenco delle *res quae in iure consistunt* e l'implicita assunzione delle *res corporales* quali cose in proprietà si spiegano partendo non da una generale rappresentazione (romana) della proprietà, bensì dalle specifiche scelte sistematiche gaiane. Segnatamente: come, da un lato, la considerazione stessa delle *res corporales*, accanto a quelle *incorporales*, quali elementi del *patrimonium* doveva con ogni naturalezza far sì che le cose materiali venissero in questione in quanto cose in proprietà; così, dall'altro lato, l'adozione del peculiare angolo visuale costituito

---

*e a sui ad alium translatio*'. Evidentemente, questi spunti, ed altri che potrebbero essere indicati, non possono essere distesamente valutati e sviluppati in questa sede.

<sup>100</sup> Mi limito pertanto a rinviare, per qualche spunto critico, a R. SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 432 nt. 9, e a S. TONDO, *Appunti*, cit., 235 ss.

<sup>101</sup> Gai 2.30. *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii ususfructum in iure cedere potest, ut ille ususfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis ususfructum efficit, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem; alii uero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

<sup>102</sup> Gai 2.33. *Quod autem diximus ususfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamuis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest; non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.*

dall'impiego delle appropriate modalità<sup>103</sup> di circolazione delle *res* doveva portare Gaio a non inquadrare il *dominium* tra le *res quae tangi non possunt* per evitare, come è stato da altri osservato,<sup>104</sup> che si configurasse una grave contraddizione tra il fatto che il *dominium* sulle *res nec mancipi* si trasmette per semplice *traditio* e il fatto (appositamente sottolineato da Gaio)<sup>105</sup> che, però, la *traditio* stessa non può applicarsi ad una *res incorporalis*.

7. Un ultimo dato della scrittura di Gai 2.14 resta da considerare; e precisamente, la circostanza che, tra le *res incorporales*, i *iura praediorum* sono menzionati per ultimi, solo in coda all'elencazione: 'Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum rell.'

Questa collocazione in posizione conclusiva è stata interpretata in vari modi. Si è pensato ad una possibile aggiunta da parte di Gaio ad un più antico testo isagogico<sup>106</sup> o ad un "quasi certo" intervento di una mano successiva alla scrittura gaiana;<sup>107</sup> oppure ad una conseguenza di precedenti incertezze giurisprudenziali circa la considerazione delle

---

<sup>103</sup> In effetti, l'intera trattazione concernente la circolazione delle *res* è impostata su secondo una peculiare attenzione di natura operativo-cautelare, che mira alla segnalazione delle (*rectius*: all'avvertenza sulle) idonee modalità negoziali che devono essere compiute al fine di assicurare la piena efficacia del risultato giuridico voluto. Su questo aspetto, assolutamente caratterizzante, della trattazione *de rebus* cfr. G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare*, cit., 315 ss.; ID., *Sistematiche gaiane*, cit., 28 ss. Si tratta, d'altra parte, di una prospettiva che, lungi dal riguardare solo la materia sulle *res*, regge ed orienta l'intero manuale gaiano: per la trattazione sulle *actiones* cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario*, cit., *passim*; per qualche riscontro in materia di *personae* rinvio, per il momento, a P. ZANNINI, *Rappresentazione dinamica del fenomeno giuridico nelle Istituzioni di Gaio*, in AA.VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Torino 1981, 369 ss.

<sup>104</sup> E. STOLFI, *Riflessioni*, cit., 142.

<sup>105</sup> Gai 2.18-19, trascritto *supra*, in nt. 96.

<sup>106</sup> G. GROSSO, *Problemi sistematici*, cit., 46 e nt. 20: posto che tutte le figure di *res incorporales* menzionate da Gaio sarebbero frutto di una trasformazione rispetto ad originarie configurazioni materialistiche, «è singolare che per le servitù, la cui derivazione dalla corporalità era più continua, e vicina, Gaio faccia un'aggiunta all'esemplificazione immediata»: «ciò potrebbe avallare l'ipotesi che Gaio abbia preso la classificazione da qualche modello più antico, di carattere scolastico».

<sup>107</sup> S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in P. CIAPESSONI (a cura di), *Per il XIV centenario della Codificazione giustiniana*, Pavia 1934, 348; U. ROBBE, *Osservazioni su Gaio*, cit., 117 e 121 s.

servitù quali *res incorporales*,<sup>108</sup> oppure ancora al riflesso di una peculiarità delle servitù in quanto tali, le quali competono al titolare solo indirettamente, in ragione della proprietà di un immobile;<sup>109</sup> né si è mancato di invocare questa collocazione per sostenere che le *res incorporales* non “consistono in diritti” e che, pertanto, occorre mantenere la lezione del ms. veronese ‘*ea quae iure consistunt*’.<sup>110</sup> Sennonché, queste interpretazioni non tengono in conto che la singolarità del richiamo alle servitù consiste non tanto nel fatto in sé che esso è compiuto per ultimo, quanto soprattutto nel fatto che esso è compiuto solo successivamente alla notazione ‘*Nec ad rem pertinet...*’, la quale, come si è visto (n. 3), serve ad esplicitare il contrappunto tra l’intangibilità delle *res incorporales* e la corporalità (possibile, in caso di *hereditas* e di *obligatio*, o connaturata, in caso di *ususfructus*) dei loro oggetti. La reale particolarità, cioè, consiste nel fatto che la menzione delle servitù rimane al di fuori di un discorso, al quale invece, a tutta prima, ci saremmo attesi che anche esse venissero ricondotte, giusta la possibilità di congegnare agevolmente anche per le *servitutes* una precisazione in chiave di dualismo corporalità/incorporalità: basti pensare alla notazione, più su richiamata (n. 4), ‘*Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt*’ (D. 8.1.14 pr. - Paul. 15 *ad Sab.*).

Ebbene, a mio avviso la ragione per la quale i *iura praediorum* sono indicati solo successivamente alla precisazione ‘*Nec ad rem pertinet...*’, restando così in posizione isolata, risiede nella circostanza che Gaio, quando prende in considerazione le *res corporales* in

<sup>108</sup> P. MAROTTOLI, *Res incorporales*, cit., 10 nt. 24, con un rinvio ad un successivo sviluppo dell’indagine, che non saprei se sia poi apparso.

<sup>109</sup> C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 229, la quale punta sulla circostanza che una servitù non era immediatamente attribuibile a una persona come elemento patrimoniale, ma costituiva un “grundstücksvermittelte Recht”: «Der dingliche Charakter der Servituten ist es also, der ihnen in dem System von *persona* und *res* einen besonderen Platz zuweist».

<sup>110</sup> G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, cit., 834 s.: «se fosse stata di Gaio la concezione che le *res incorporales* consistevano in diritti, che si trattava di *iura*, egli avrebbe con tutta naturalezza (e con coerente chiarezza espositiva) addotto per primo l’esempio dei *iura praediorum*, che invece richiama per ultimo». In realtà, la posizione dei *iura praediorum* (come già quella dell’*hereditas*: *supra*, nt. 75) nell’elenco delle *res incorporales*, derivando da una precisa ragione (che dirò subito nel testo), lascia impregiudicata la questione della genuina formulazione ‘*qualia sunt – consistunt*’.



opposizione a quelle *incorporales*, lo fa assumendo le prime non solo, come si è visto (n. 6), quali oggetti di *dominium*, ma altresì, più particolarmente, quali oggetti che si acquistano in proprietà al titolare, dal lato attivo, della *res incorporalis* di volta in volta considerata. Il che, ancora una volta, si coordina con la più ampia prospettiva nella quale la classificazione è immessa e che attiene, come si è detto, al profilo della circolazione delle *res* come elementi patrimoniali (*supra*, n. 5).

In tal senso, immediato e netto è il riscontro offerto dalla descrizione della '*res incorporalis*'-usufrutto all'interno dello stesso § 14: '*nec ad rem pertinet ... quod fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt*'. Gaio, invero, non menziona quale oggetto materiale sotteso all'incorporale *ius utendi fruendi* la cosa stessa concessa in usufrutto, come, invece, aveva fatto Celso (il cui *dictum* i compilatori hanno cucito subito dopo le parole '*salva rerum substantia*' della nota definizione paolina): '*Est enim usus fructus ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est*' (D. 7.1.2 - Cels. 18 *dig.*). Piuttosto, Gaio indica, come cose corporali, i frutti in quanto oggetto di *perceptio*, e cioè *res* che si acquistano in proprietà al titolare del *ius utendi fruendi*.

Nella medesima direzione orienta, con riguardo alla *hereditas*, il ricordo tra il § 14 e l'illustrazione delle conseguenze della *in iure cessio* di questa *res incorporalis*. Gaio infatti afferma (§ 2.35)<sup>111</sup> che, in caso di *in iure cessio* compiuta dopo l'accettazione dell'eredità, '*corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent*' (affermazione riproposta in Gai 3.85 con la seguente formulazione: '*res corporales transferet, proinde ac si singulas in iure cessisset*'). Evidentemente, questa notazione comporta che le cose materiali comprese nell'*hereditas* – che nel § 2.14 erano contrapposte all'incorporalità dell'*hereditas* in quanto tale – sono assunte dallo scrivente quali oggetti che '*transeunt*' per mezzo di quella *in iure cessio* che poco prima era stata illustrata, appunto, quale modo di

<sup>111</sup> Gai 2.34. *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. 35. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem uocatus esset: post obligationem uero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.*

trasferimento del dominio delle *res corporales* (§§ 22-26): sono, cioè, cose in proprietà.

Quanto, infine, alle *obligationes* (le ultime tra le *res incorporales* ad essere menzionate entro il perimetro della notazione ‘*Nec ad rem pertinet, ut...*’), il coordinamento tra le parole del § 14 (‘*quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale <est, veluti> fundus homo pecunia*’) e le affermazioni del § 2.38 sulle modalità di circolazione di questa *res incorporalis*<sup>112</sup> non è indicativo di per sé (come nel caso or ora visto dell’*hereditas*); ma lo diventa ove lo stesso § 2.38, che chiama in causa la *novatio obligationis*, venga a sua volta confrontato con la descrizione della stessa *novatio obligationis* svolta da Gaio nell’apposita *sedes materiae*. Come, infatti, nel § 2.38 il giurista aveva affermato – riprendendo il ‘*quod ex aliqua obligatione nobis debetur*’ del nostro § 14 – ‘*nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, ...opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res ...dicitur novatio obligationis*’, così nel § 3.176 egli imposta l’illustrazione della *novatio* su un *debere* avente ad oggetto un trasferimento in proprietà: ‘*Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim*’.<sup>113</sup> Del resto, allargando lo sguardo all’intera apposita trattazione del III commentario sulle *obligationes*, è significativo che anche negli altri casi nei quali le cose ‘corporali’ sono espressamente assunte come diretto oggetto di un dovere del debitore, a venire in questione sono sempre cose che il debitore deve trasferire o ritrasferire in proprietà al creditore.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Il testo è riportato *supra*, n. 3.

<sup>113</sup> Coerentemente a questo iniziale riferimento al *dare*, subito dopo, per esemplificare il caso di *posteriores stipulationes* che, pur in sé inefficaci, producono nondimeno effetto novatorio, si adducono le stesse ipotesi (‘*veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero*’) che erano state già rese altrove – nella trattazione sui *fideiussores* (§ 3.119) – con esplicito riferimento all’impegno di *dare*.

<sup>114</sup> Così, Gaio nel § 3.90 prende in considerazione le *res quae numero pondere mensura constant* in quanto oggetti materiali la cui proprietà deve essere ritrasferita dall’accipiente al mutuante; nel § 91 menziona l’ipotesi della *datio* di un *non debitum*, in forza della quale l’accipiente è tenuto a *dare* come se avesse ricevuto a mutuo; incentra sull’impegno a ‘*dare*’ le trattazioni relative alle *stipulationes inutiles* (cfr. in particolare i §§ 97; 99; 100; 102; 103-103a), agli *adstipulatores* (cfr. i §§ 112 e 113) e ai garanti personali (cfr. i §§ 119; 121; 122; 124); a proposito della *transcriptio a re in personam* (§ 129), assume quale oggetto del *debere* trasfuso nella scrittura la *pecunia-pretium* o la *pecunia-merces* o la *pecunia-lucrum* societario (‘*...velut si id, quod tu ex emptionis causa*

Diversamente, con riguardo ai *iura praediorum* Gaio non poteva organizzare una contrapposizione tra un *ius incorporale* e una cosa materiale che si acquistava in proprietà al titolare del *ius incorporale* e in forza dello stesso. Per questa ragione egli dovette, con accurata coerenza, posporre la menzione di tali *iura* alla precisazione ‘*Nec ad rem pertinet, ut...*’.

Che, poi, i *iura praediorum*, nonostante la loro non riconducibilità al predetto contrappunto, siano stati da Gaio egualmente menzionati si giustifica, a mio avviso, nel quadro del generale interesse tematico per la circolazione delle *res* e alla luce della prospettiva di tipo operativo-cautelare<sup>115</sup> secondo la quale questo interesse è stato perseguito: segnatamente, il fatto che alcune servitù erano *res Mancipi*, altre, invece, *res nec Mancipi* costituiva un dato che ottimamente si sarebbe prestato, di lì a poco (§§ 28-29 e 31),<sup>116</sup> all’organizzazione dell’intreccio espositivo incentrato sulle appropriate modalità da utilizzare per il trasferimento delle *res*.<sup>117</sup>

---

*aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulerò*); illustra nei §§ 166-167a il regime degli acquisti in favore del titolare di *nudum ius Quiritium* con riferimento alle sole ipotesi di *mancipio accipere* e di *stipulari* avente ad oggetto un *dare*; nei §§ 173-174 menziona una somma di denaro quale oggetto di un *debere ex causa iudicati* e nel § 175 fa riferimento alle *res, quae pondere, numero, mensura constant* quali oggetti di una *damnatio* tramite *legatum* (e non è inutile ricordare che proprio per l’ipotesi di *damnatio* tramite *legatum* Gaio stesso, nell’apposita *sedes materiae* - § 2.204 - aveva spiegato che ‘*heres rem, si Mancipi sit, Mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet, si nec Mancipi sit, sufficit si tradiderit*’); infine, imposta su un *dare rem* il discorso relativo alla *litis contestatio* nei §§ 189-181.

<sup>115</sup> Cfr. *supra*, nt. 103.

<sup>116</sup> Gai 2.28. <Res> *incorporales traditionem non recipere manifestum est*. 29. *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi <tantum> possunt; rusticorum vero etiam Mancipari possunt*. 31. *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia Mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in prouincialibus praediis siue quis usumfructum siue ius eundi agendi aquamue ducendi uel alius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus uicini officiat, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia Mancipationem aut <in> iure cessionem recipiunt.*

<sup>117</sup> Cfr. *supra*, n. 3, su nt. 30.

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

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



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



