
RES CORPORALES, RES INCORPORALES E IL PROBLEMA DEL DIRITTO SOGGETTIVO**Giovanni Pugliese¹****Tradução de Douglas Estevam²****Sommario**

Questa è la traduzione di un articolo di Giovanni Pugliese pubblicato nel 1953, in studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento. Si tratta di uno studio controverso che contraddice le conclusioni di Michel Villey sullo diritto soggettivo nella giurisprudenza romana. Questa discussione alimenta finora la filosofia del diritto, sebbene, in Brasile, la opinione dello francese sia più conosciuta di loro legittime obiezione. Pertanto, questo lavoro intende riaccendere la disputa nella accademia di lingua portoghese, cui patrimonio intellettuale ancora rende reputazione in tutto il mondo. Cercando le fonti storiche, il diritto positivo, la giurisprudenza romana e le opinioni degli storici sullo retaggio storico, Pugliese confuta fortemente il argomento di Villey di che i Romani abbiano mai avuto l'idea del diritto soggettivo. Insomma, questo articolo smentisce tutti gli argomenti contrari e dimostra la ricchezza della giurisprudenza romana nel corso dei secoli. Questa traduzione inoltre è un contributo alle future ricerche nella scienza giuridica in Brasile, che ancora ha bisogno di recuperare sua gran dimensione umanistica.

Parole chiave: Diritto Soggettivo; Diritto Romano; Filosofia Del Diritto; Michel Villey; Giovanni Pugliese.

Il problema del diritto soggettivo al quale dedicai in passato un volume, si ripropone costantemente al giurista. Se è vero infatti che i concetti giuridici sono materia di continua revisione – e non potrebbe non essere vero a meno che si cessasse di pensare³ – tanto più la revisione appare necessaria per il concetto di diritto soggettivo che, non appena formulato dal singolo autore, si rivela a lui stesso insufficiente a esprimere i molteplici,

¹ Doutor em direito pela Universidade de Roma. Professor na Universidade de Milão. Professor de direito romano da Universidade de Roma. Professor visitante nas Universidades de Pádua, Istanbul e na Louisiana State University. Membro das Academias de Ciências de Roma, Turim, Modena e Milão e doutor honorário das faculdades de direito das Universidades de Bordeaux e Göttingen. E-mail: mpbaccari@gmail.com

² Bacharelando da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Técnico em Mecânica pelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET/RJ, já participou de projeto de pesquisa na graduação relacionado à Hermenêutica Filosófica nas Decisões Judiciais, cujo trabalho de conclusão foi publicado em livro sob o título “Linguagem, Hermenêutica e a necessidade de revisitar Heidegger”. Também já dissertou sobre a temática histórica dos Direitos Fundamentais em artigo intitulado “Deus meum jus”, e hoje realiza pesquisas na área de Direito Privado e Filosofia do Direito. Email: douglasestevam@hotmail.com.

³ La necessità della continua revisione dei concetti non implica che essi non possano avere valore cognoscitivo nè che siano indissolubilmente connessi alle norme positive vigenti. Questo problema, por molti lati appassionante, esula dall'ambito del presente studio.

diversi, e talvolta sfuggenti aspetti di ciò che in base al diritto, spetta al soggetto. Quale significato si debba attribuire a questa insufficienza non è ora possibile stabilire. Certo è facile constatare che la pratica di tutti i tempi designa col nome di diritto situazioni soggettive così eterogenee da fare apparire disperato lo sforzo di raggrupparle tutte sotto un medesimo concetto e da legittimare il duplice tentativo, non di rado compiuto dalla dottrina, o distinguere fra esse quelle idonee ad assumere la qualifica tecnica di diritto soggettivo da altre classificabili in diverse categorie (per es. facoltà o potere o credito) oppure di considerare il diritto soggettivo una nozione non rigorosa che abbracci, a guisa di involucro, elementi diversi, suscettibili invece di rigorosa definizione⁴.

Ma non è questa ancora l'occasione per approfondire simili punti di teoria generale⁵. Il compito che mi sono proposto è più ristretto e nello stesso tempo più consono all'avvenimento che offre occasione a questo scritto: la celebrazione in Vincenzo Arangio-Ruiz del grande romanista e papirologo, che ha saputo riunire in rara e preziosa sintesi il senso giuridico all'intuito storico, portando nei dibattiti del diritto la luminosa concretezza della visione storica e sorreggendo la ricostruzione di istituti remoti o l'integrazione di documenti pervenuti lacunosi sul solido fondamento logico dei principi giuridici. Intendo infatti circoscrivere il mio studio al solo terreno romanistico, riesaminando succintamente il problema del diritto soggettivo alla luce di una serie di contributi dedicati all'argomento da un giovane studioso, il Villey⁶.

L'interesse di questi contributi sta nel fatto che essi non propongono un nuovo concetto di diritto soggettivo, nè tendono a dimostrare che i Romani abbiano sistemato in un modo particolare – e diverso dal moderno – le situazioni giuridiche soggettive, ma negano in modo reciso che i Romani abbiano mai avuto l'idea del diritto soggettivo, l'idea cioè di guardare la realtà giuridica dal punto di vista del soggetto. Muovendo da questo assunto, egli non trova difficoltà a criticare l'impostazione del mio studio citato e a sostenere in inspecie che era

⁴ Il più serio tentativo in quest'ultimo senso è quello recente del GUARINO, Giuseppe. *Potere giuridico e diritto subiettivo*. Napoli: Jovene, 1949; ma non si possono trascurare i precedenti costituiti dalle concezioni del DE RUGGIERO, Roberto. *Istituzioni di diritto civile*, vol. I. Messina: Principato, 1926. Pag. 193 ss., del RAVÀ, Adolfo. *Istituzioni di diritto privato*. Padova: Cedam, 1937. Pag. 27 ss., del LEVI, Alessandro. *Istituzioni di teoria generale del diritto*. Padova: Cedam, 1935. Pag. 77ss. (dello stesso autore v. ora nel medesimo senso LEVI, Alessandro. *La teoria generale del diritto*. Padova: Cedam, 1950. Pag. 266 ss.) e successivamente del NATOLI, Ugo. *Il diritto soggettivo*. Milano: Giuffrè, 1943. Devo riconoscere che, quando mi occupai di queste concezioni nell'*Actio*, cit., pag. 54 nt. 1, pag. 256 nt.2, non le apprezzai al loro giusto valore, fuorviato dall'esigenza di una definizione rigorosa che facesse perno su un elemento essenziale comune a tutte le specie concrete.

⁵ Una revisione delle mie idee sul diritto soggettivo e sulle situazioni affini, alla luce dei nuovi contributi dottrinali allora intervenuti (in ispecie della prima edizione della CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1940, della VASSALLI, Giuliano. *La Potestà punitiva*. Torino: Editoria Utet, 1942, e della GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale*. Milano: Giuffrè, 1942), era stata da me quasi compiuta una decina di anni fa. Ma il manoscritto andò perduto nei giorni dell'armistizio e non mi sentii allora, distratto da diverse cure, di riprendere l'argomento.

⁶ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. *Revue Historique de Droit français et étranger*, vol. 24, pag. 201 ss., 1946-1947; VILLEY, Michel. *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*. *Mélanges De Visscher II*, Bruxelles, pag. 417 e ss., 1949. Già prima egli aveva recensito la mia *Actio*, cit., in PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. *Revue Historique de Droit français et étranger*, vol. 24, pag. 125 e s., 1946-1947.

sostanzialmente vano porre il problema dei repporti fra l'azione e il diritto soggettivo in diritto romano⁷. Nè la posizione del Villey è isolata, giacchè egli non ha che sviluppato e, se mi si consente di dire, esasperato le idee del suo maestro, il Monier, che infatti lo cita senza alcuna riserva in successivo lavoro⁸, mentre anche presso di noi essa ha trovato un'adesione entusiastica da parte dell'Albanese⁹. In ogni modo, anche se fosse isolata, la concezione del Villey meriterebbe ugualmente un serio vaglio.

Cominciamo con una premessa metodologica. È un dato incontrovertibile che i giuristi romani non hanno elaborato il concetto di diritto soggettivo, così come non hanno definito la norma, l'ordinamento, l'atto, il negozio, la sanzione e in genere tutti i concetti di quella che oggi si chiama teoria generale. E anzi invano si cercherebbe nelle fonti a noi pervenute la definizione di figure particolari continuamente utilizzate dai Romani, come del contratto, del legato, della servitù o, se un definizione si trova, come per es. dell'obbligazione, dell'azione, del testamento, questa appartiene all'età classica avanzata o è di discussa genuinità, nè, comunque, si distingue di solito per rigorosa precisione¹⁰. Fra i rilievi che si fanno intorno all'attività teoretica dei giuristi romani, uno è comune e pacifico, quello concernente la scarsa propensione loro al concettualizzare e al definire, quasi i concetti e le conseguenti definizioni siano da presupporre o viceversa da ricavare, per opera di ciascun lettore, dall'insieme delle soluzioni pratiche adottate o proposte. Ma ciò non significa che al romanista moderno sia precluso di guardare e studiare la realtà giuridica romana attraverso i concetti elaborati successivamente, che egli non possa esaminare se e come questi concetti siano compatibili con quella realtà, se e come siano utili per esprimere quella realtà.

La legittimità di questo procedimento conoscitivo dipende dall'ovvia distinzione tra diritto positivo e scienza del diritto¹¹. Tanto il diritto positivo quanto la scienza del diritto di un dato periodo storico sono per noi oggetto di conoscenza; ma è chiaro che nel conoscere il primo non siamo vincolati ai risultati raggiunti allora dalla seconda. Come nel giudicare e qualificare un dipinto di Raffaello o di Giotto nessuno pensa che si debba rimanere fermi alle valutazioni, poniamo, del Vasari, così nel descrivere e ricostruire il diritto vigente in Roma durante l'epoca classica non sarebbe logico dovere utilizzare solo i concetti e le espressioni di Gaio, Giuliano o Pomponio.

⁷ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*. *Revue Historique de Droit français et étranger*, vol. 24, pag. 126, 1946-1947.

⁸ MONIER, Raymond. *La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporeales et incorporales*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli: Jovene. Pag. 256 nt. 1; pag. 362 nt. 13, 1948.

⁹ ALBANESE, Bernardo. *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *Annali Palermo*, 20, pag. 232 ss., 1949, dove il giovane romanista siciliano quasi si rammarica che il Villey abbia enunciato più esplicitamente e con maggiore copia di dimostrazione quanto egli stesso aveva voluto sostenere (p. 234 nt. 1). Severamente critico invece il cenno di recensione del GROSSO, Giuseppe, in *IVRA*, rivista internazionale di diritto romano e antico, pag. 317 s., 1950) al secondo studio del Villey.

¹⁰ V. per tutti SCHULZ, Fritz. *I principi del diritto romano*, trad. Vincenzo Arangio-Ruiz. Firenze: Le Lettere, 1946. Pag. 37-42.

¹¹ Cfr. BETTI, Emilio. *Istituzioni di diritto romano I*. Padova: Cedam, 1942. Pag. VII-VIII.

Senza dubbio i rapporti fra diritto positivo e scienza del diritto sono assai più stretti e scambievoli che non quelli fra arte e estetica, fra poesia e critica letteraria o addirittura tra fenomeni naturali e fisica o astronomia o geologia. Infatti la scienza del diritto non solo influisce sulla successiva formazione del diritto positivo, sulla successiva legiferazione (*lato sensu*), ma partecipa essa stessa alla formazione del diritto positivo, reicercando e formulando principi, deducendo dai principi determinate regole particolari, costruendo concetti capaci di tradursi in canoni di giudizio da osservarsi nella soluzione dei casi pratici¹². Se persino nell'epoca moderna la scienza giuridica provoca, sotto certi aspetti, conseguenze di carattere normativo, tanto più questa efficacia deve esserle riconosciuta per l'epoca romana. Ma nemmeno ciò implica che i romanisti debbano ricostruire il diritto positivo romano attraverso le sole visuali e le sole idee dei giuristi del tempo; vero è soltanto che nell'ambito del diritto positivo romano si devono comprendere anche gli apporti della giurisprudenza e che pertanto nel sostituirla o nell'integrare i punti di vista dei giuristi romani, occorre rendersi conto se e quanto essi abbiano avuto o potuto avere valore normativo.

In fondo la cautela suggerita da questa funzione della scienza del diritto non è che un aspetto della più generale cautela che si raccomanti formati all'infuori di essa. Essenziale è attribuire a questi concetti un puro valore euristico, considerarli cioè mezzi e strumenti di conoscenza, anziché enunciati di verità in cui inquadrare, anche a costo di deformazioni, il diritto positivo studiato¹³. Ma, ciò stabilito, non mi sembra possa negarsi la legittimità, e anzi la necessità, di usare termini, espressioni e concetti di teoria generale moderna, per potere veramente capire e apprezzare la struttura del diritto romano, come di qualunque altro diritto passato, per avere precisamente quel senso della distanza che lo diritto passato, per avere precisamente quel senso della distanza che lo Schulz considera presupposto indispensabile della conoscenza storica.

Se il diritto romano dovesse essere esposto per ciascuna epoca della sua storia solo mediante i concetti elaborati dai giuristi della medesima epoca, occorrerebbe anzitutto limitare l'esposizione ai soli periodi (due o tre secoli al massimo), dei cui giuristi conosciamo le opere e fino a un certo punto i concetti¹⁴, ma soprattutto non si riuscirebbe a renderlo intelligibile né ai giuristi e agli studenti di giurisprudenza, né forse nemmeno agli storici puri, che il diritto romano considerassero solo come un elemento del più vasto quadro della civiltà di Roma. Senza i

¹² Su questo punto restano insuperati i rilievi di CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il problema della scienza giuridica*. Roma, 1937. Pag. 129 s., 197 ss.

¹³ Si tratta di un canone metodologico indiscusso, che non ha bisogno di essere sottolineato. Eppure, a parte gli errori inerenti alla natura umana, è nota la tendenza di vari studiosi a esporre esperienze giuridiche lontane dalla romana, come p. es. la greca e la greco-egizia, l'assiro-babilonese, l'anglosassone, mediante gli schemi tratti dal diritto romano o dalla dottrina romanistica. Per una minuta disamina dei pericoli di deformazione concettuale cfr. da ultimo ORESTANO, Riccardo. *Diritto romano, tradizione romanistica e studio del diritto*, in Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, LXXXVII, pag. 156 ss., 1950.

¹⁴ Adottato invero in canone rigoroso come quello presupposto, risulterebbe naturalmente altrettanto illegittimo studiare il diritto romano attraverso le visuali di CARNELUTTI o di KELSEN, quanto esporre il diritto delle XII tavole con la dogmatica di Quinto Mucio o il diritto di Teodosio II con quella di Ulpiano.

punti di contatto e i termini di confronto costituiti dai concetti a noi familiari, il diritto romano, come qualunque altro diritto storico, rimarrebbe un mondo chiuso in sé, privo di significato e d'interesse. Sarebbe come recitare dinanzi a un pubblico ignaro di greco una tragedia di Eschilo nell'originale.

I concetti di teoria generale moderna servono precisamente a tradurre il diritto romano in un linguaggio intelligibile; e, se impiegati con la necessaria prudenza, giovano a mettere in rilievo non solo quanto vi è di comune, ma anche quanto vi è di peculiare e di differente nel diritto romano rispetto al diritto nostro. Del resto, tali concetti, che, sebbene formati alla luce dell'esperienza moderna, sono spesso figli della tradizione romanistica, non hanno in sé che un valore provvisorio; in quanto concetti di teoria generale, essi debbono aspirare ad esprimere un'esperienza più vasta che non sia quella moderna dell'Europa continentale, un'esperienza di altri tempi e di altri paesi. L'adattamento perciò che questi concetti devono subire nell'essere applicati al diritto romano o a qualunque diritto storico non è soltanto un espediente suggerito dalla sopraddetta cautela, ma può costituire, attraverso il vaglio a cui essi sono così sottoposti, un contributo al loro affinamento. In sostanza si stabilisce un circolo: dalla teoria generale moderna al diritto romano o a un altro diritto storico; dal diritto romano o da un altro diritto storico alla teoria generale¹⁵. E da ciò si capisce come chi voglia studiare il diritto romano mediante i soli concetti, più o meno embrionali, dei giuristi delle rispettive epoche storiche, non solo si metta in condizione di non poterne approfondire la conoscenza, ma inoltre rinunci a una dei risultati che si possono attendere da quello studio, in quanto impedisce che egli stesso o i suoi compagni di lavoro o i giuristi moderni ne traggano contributi per la conoscenza generale del diritto.

Ma bisogna rilevare che, nel fatto, non vi è romanista, il quale, indipendentemente dai canoni metodologici da lui propugnati, non si valga di concetti nati fuori del diritto romano; e se ne ripudia taluni, più moderni o aventi una certa impronta dottrinale, è soltanto per adottarne di più antiquati o per attingerli a un'altra fonte. Gli esempi potranno essere addotti facilmente da ciascuno per conto suo: voglio qui segnalare unicamente che il nostro Villey, mentre si propone di far parlare direttamente i giuristi romani, adotta poi, per designare complessivamente quelle entità che la tradizione considera diritti soggettivi, l'espressione, certamente non romana, « istituzione giuridica »¹⁶, la quale, sebbene sia usata, a quanto sembra, in senso generico, può forse essere l'eco di una ben nota concezione moderna, al Villey più familiare di altre, in quanto elaborata dalla casalinga

¹⁵ Sotto questo aspetto sono esemplari le lezioni del GROSSO, Giuseppe. *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1949.

¹⁶ Cfr. VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, cit., pag. 209 (le *res divini juris* o *publicae* non sono « des objets de droit subjectif, mais des institutions juridiques objectives »); pag. 210 (« la *res* du juriste... est déjà, par elle même, une institution juridique »); pag. 216 (« le *jus* est une *res*, c'est-à-dire une institution (*res*) purement abstraite, purement juridique »); pag. 223 (« toutes les institutions juridiques objectives, les *res*, les actions, n'ont été... »).

scuola dell'Hauriou¹⁷.

Ecco perchè io non credo che l'assenza nelle opere giuridiche romane di una definizione o di un preciso concetto del diritto soggettivo impedisca di tentare un inquadramento in questa figura di taluni aspetti della realtà giuridica romana, nè che essa renda vano, nell'ambito romanistico, il proporsi il problema dei rapporti fra il diritto soggettivo e l'azione. Si tenga presente, fra l'altro, che il concetto di diritto soggettivo, anche per i moderni teorici generali, è tutt'altro che chiaramente e concordemente definito: ci si accorda nel presupporre che esso sia un'attribuzione conferita al soggetto dall'ordinamento, ma sul contenuto di questa attribuzione, sugli elementi in cui sia eventualmente da scomporre, sulla natura e sulla posizione sistematica di questi elementi, sui rapporti di identità o di differenza, di correlazione o di indipendenza, con l'azione giudiziaria sono molte e divergenti le opinioni moderne. Pertanto non si tratta di introdurre di peso nel sistema romano un concetto bell'e fatto di diritto soggettivo, ma di vagliare i diversi concetti fin qui proposti alla stregua del diritto positivo romano, di stabilire quale vi si conformi maggiormente e si riveli così più idoneo al ruolo di concetto generale, di ottenere pure, saggiando sotto questo profilo le fonti romane, l'eventuale suggerimento di un concetto nuovo o del modo di correggere i tradizionali. Questo era precisamente l'obbiettivo a cui avevo mirato nello studio sui rapporti fra *actio* e diritto subiettivo; e mi pare che esso fosse e sia pienamente legittimo¹⁸.

La legittimità potrebbe essere contestata solo se si provasse che i Romani, oltre il concetto, non conoscevano nemmeno la realtà del diritto soggettivo, che il loro ordinamento non conferiva al soggetto alcuna specifica attribuzione. Questa non è un'ipotesi assurda, poichè la esperienza contemporanea ci permette di stabilire che in un sistema totalitario, costruito con assoluta coerenza, il diritto soggettivo non troverebbe posto. Ma naturalmente essa andrebbe dimostrata. Ora, per quanto grande peso si voglia riconoscere alle concezioni dei giuristi come testimonianza del diritto vigente al tempo loro, non direi che la dimostrazione possa essere fornita dal fatto che essi non definissero il diritto soggettivo e non lo designassero costantemente con un termine univoco; chè anzi, nemmeno se essi non prospettassero mai gli istituti giuridici dal punto di vista del soggetto, si sarebbe autorizzati a dedurre che l'ordinamento romano non prevedeva il conferimento al soggetto di attribuzioni suscettibili di venire studiate sotto il profilo del diritto soggettivo¹⁹. D'altronde, lo stesso Villey alla fine del suo

¹⁷ Cfr. da ultimo HAURIUO, Maurice. *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris: Bloud et Gay, 1933. Pag. 89 ss. Sugli sviluppi ulteriori di questa dottrina cfr. ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1945. Pag. 21 ss.; ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano: Giuffrè, 1947. Pag. 68 ss. È ovvio, come si accenna nel testo, che, essendo l'istituzione, per questa dottrina, un corpo sociale, il VILLEY non può averne parlato che in senso improprio. Tuttavia deve essere tenuta presente la categoria delle istituzioni non personificate, che l'HAURIUO qualifica << *institutions – choses* >>.

¹⁸ Altra questione, che non è certo ora il caso di discutere, è quella di sapere se e quanto il lavoro abbia risposto al proposito. Al riguardo posso dire soltanto che oggi naturalmente il libro mi riuscirebbe diverso.

¹⁹ Il silenzio dei giuristi dovrebbe invero intendersi, anzichè come testimonianza negativa, come assenza di alcuna testimonianza. Una vera testimonianza negativa non potrebbe vedersi se non in un'enunciazione di principi incompatibili col riconoscimento del diritto soggettivo.

studio principale²⁰ ammette espressamente che le situazioni di fatto indicate oggi come diritti soggettivi furono note ai Romani. Sebbene egli abbia potuto prima lasciare credere il contrario per il fatto di non distinguere fra diritto positivo e sua elaborazione dottrinale, e malgrado i limiti e le riserve, di cui subito circonda l'ammissione, questa conserva la sua importanza.

Tuttavia io non intendo appagarmi di essa, nè muovere al Villey una pura critica metodologica. Il mio interesse è richiamato soprattutto dalle argomentazioni che, secondo lui, dimostrerebbero la visuale oggettiva adottata dai giuristi romani nel considerare le situazioni che per noi sono soggettive e quindi l'assenza in loro dell'idea di una pertinenza del soggetto. A me sembra invero che proprio attraverso l'analisi di quelle argomentazioni si giunga a chiarire in quale larga misura i Romani abbiano conosciuto attribuzioni del soggetto.

La prima argomentazione si fonda sulla sistematica delle Istituzioni di Gaio. Sebbene essa fornisca lo spunto anche alle argomentazioni successive, io non credo tuttavia di dovermi soffermare a lungo, poichè possono bastare pochi rilievi per disconoscerle qualunque valore probante.

Essendo indiscusso che i Romani non hanno definito il diritto soggettivo, è ovvio che essi non hanno nemmeno delineato una classificazione dei vari diritti e quindi nessuno potrebbe attendersi che la sistematica delle loro opere si impernasse su una partizione dei diritti soggettivi. Sicchè dall'esame della sistematica gaiana non si ricava tutt'al più se non lo stesso dato che già si possedeva: essere mancate nelle opere dei giuristi romani un definizione e una classificazione dei diritti soggettivi.

D'altro canto, l'efficacia rivelatrice della sistematica è assai esagerata dal Villey, fresco di studi sull'argomento²¹. Ammettendo il presupposto da cui egli argomenta, dovremmo aspettarci che i giuristi moderni, i quali definiscono e classificano i diritti soggettivi, impostimo le loro opere privatistiche sulla partizione dei diritti. Invece basta scorrere gli indici di vari manuali o trattati moderni per accorgersi che le cose stanno diversamente, in quanto il criterio sistematico, su cui si fondano, oscilla tra le partizioni del diritto soggettivo e quelle del diritto oggettivo, non senza qualche *excursus* sulle persone e sugli atti isolatamente considerati. In massima dalla metà dell'800 a oggi gli autori seguono questo schema: dopo una Parte generale, più o meno ampia e articolata, in cui l'esame del diritto soggettivo e del rapporto giuridico non rappresenta di solito che un aspetto²², si tratta delle

²⁰ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, cit., pag. 223.

²¹ Egli cita infatti un libro di VILLEY, Michel. *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*. Paris: Editora Montchrestien, 1945, che mi duole di non avere consultare.

²² Al medesimo criterio sistematico si informano naturalmente di solito anche le opere di teoria generale: cfr. p. es. KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: Scientia, 1911. (*Voruntersuchungen. Die objektiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes. Die Subjectiven Erscheinungsformen des Rechtssatzes*) (v. pure KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milano: Editora Comunità, 1952); CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro Italiano, 1951 (Della funzione del diritto. Della struttura del diritto [Degli elementi giuridici. Dei rapporti giuridici. Dei mutamenti giuridici]); LEVI, Alessandro. *La teoria generale del diritto*. Padova: Cedam, 1950 (L'ordinamento giuridico. Ciclo vitale del rapporto giuridico). Una importante eccezione è quella del TUHR, Andreas von. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München e

Persone (o Diritto delle Persone o Diritto di Famiglia o, talvolta, Diritti della personalità), dei Diritti reali, del Diritto delle Obbligazioni (o Diritto dei crediti), delle Successioni (o Diritto ereditario o Diritto delle Successioni)²³. Come si vede, solo in materia reale l'esposizione si incentra spesso sul diritto soggettivo; ma vari autori, più solleciti del rigore sistematico, si mantengono interamente fedeli alle partizioni del diritto oggettivo, come per es. il Cosak e l'Enneccerus che parlano di *Sachenrecht*²⁴ oppure preferiscono richiamarsi alla tradizione giustiniana, intitolando la seconda parte della propria opera alle Cose o ai Beni (come per lo più i francesi)²⁵. Ancora più significativa è la sistematica del *Trattato di Diritti Civile Italiano* diretto da Vasalli. Ecco infatti gli argomenti dei volumi pubblicati o di prossima pubblicazione: Persone fisiche, Persone giuridiche, Filiazione, Teoria generale del Negozio giuridico, Matrimonio e Rapporti patrimoniali fra coniugi, Usufrutto uso e abitazione, Servitù prediali, Enfiteusi, Comunione, Condominio, Compravendita, Comodato, Contratto di lavoro, Privilegi, Esecuzione forzata. Si passa dai diritti soggettivi a negozi giuridici, dai contratti ai fatti, ai procedimenti con l'assoluta naturalezza che dovevano avere i giuristi romani nei loro commentari di *ius civile* o *ad edictum*.

Senza dubbio altre opere appaiono impostate con piena coerenza su una visione soggettiva del diritto: basta ricordare il Savigny, che espone tutto il diritto privato e la dottrina delle azioni nel quadro del rapporto giuridico, e in Italia il Candian, che fa ugualmente perno sul rapporto giuridico, ossia sulla posizione reciproca dei

Leipzig: Duncker & Humblot, 1914, il quale trattando – giova ricordarlo – della sola parte generale del diritto civile imposta la sua partizione sul diritto soggettivo: Die subjektiven Rechte und das Vermögen – Die Personen (quali titolari di tali diritti) – Die Rechtserheblichen Tatsachen (quali causa di acquisto, di modificazione e di estinzione dei diritti).

²³ Per la dottrina italiana cfr. BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. Torino: UTET, 1949 (Parte preliminare. Parte generale. Parte speciale. Diritti della personalità. Il diritto di famiglia. I diritti reali. Il diritto delle obbligazioni. Delle successioni per causa di morte]); MESSINEO, Francesco. *Manuale del diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1950-1951 (Introduzione. Dottrine generali. Diritti della personalità. Diritto della famiglia. Diritti reali. Diritto delle obbligazioni. Diritto delle successioni per causa di morte. Principi di diritto pr. Internazionale); TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: Cedam, 1952 (Il diritto privato in generale. I soggetti e il diritto delle persone. La vita dei diritti soggettivi. Il diritto di famiglia. L'impresa e le società. I beni e i diritti reali. I diritti di obbligazione. I principali contratti nominati. Le successioni per causa di morte. Le donazioni); per la dottrina francese cfr. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. Paris: Dalloz, 1947 (Introduction. Les personnes et la famille. Les choses ou les biens. Les sources des obligations. Théorie génér. de l'obligation. Principaux contrats usuels. Sûretés personnelles et réelles. Des régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités); PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil français*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950 (Principes généraux. Personnes. Biens. Obligations. Contrats. Sûretés réelles. Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités); per la dottrina germanica DERNBURG, Heinrich. *Lehrbuch des preußischen Privatrecht* Haalle: des Waisenhauses, 1894-1896 (Allgemeine Lehren. Die dinglichen Rechte. Das Obligationenrecht. Die privaten Gewerberechte. Urheberrechte. Personenrecht und Familienrecht. Das Erbrecht); COSACK, Konrad; MITTEIS, Heinrich. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Iena: Gustav Fischer, 1922-1924 (Die allg. Lehren. Das Schuldrecht. Das Sachenrecht. Das Recht der Wertpapiere. Das Gemeinschaftsrecht. Das Familienrecht. Das Erbrecht); ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Marburg: Elwert, 1931-1932 (Allg. Teil. Recht der Schulverhältnisse. Sachenrecht. Familienrecht. Erbrecht).

²⁴ V. nota precedente; cfr. anche WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, vol. I, trad. it. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925.

²⁵ V. nota 31. L'influenza della sistematica giustiniana, di origine gaiana, è palese particolarmente nei romanisti francesi: cfr. GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Arthur Rousseau, 1924, che, dopo un'introduzione storica, intitola le altre parti a Les personnes, Le patrimoine, Procédure civile.

soggetti. Ma sarebbe un grande errore ritenere che solo questi ultimi autori abbiano l'idea del diritto soggettivo e gli altri la ignorino o la trascurino; tutt'al più si può ammettere che i secondi non la riconoscano, a differenza dei primi, come l'idea centrale intorno a cui tutto il sistema giuridico debba ruotare²⁶. Ed è ben diverso negare al diritto soggettivo un posizione dominante nel sistema giuridico che non disconoscerne il concetto o limitarsi a una visione puramente oggettiva.

Inoltre occorre tenere presente che la sistematica di Gaio, accolta da Giustiniano, non è l'unica conosciuta dai giuristi romani. È ancora da provare che ad essa si ispirassero tutti i manuali istituzionali, giacché le Istituzioni di Fiorentino paiono seguire un ordine diverso da quello di Gaio, posponendo le successioni alle obbligazioni e alla proprietà, inserendo fra le prime e le seconde un misterioso libro che l'unico frammento riportato nel Digesto fa ritenere relativo allo *status hominum*²⁷ e trascurando le azioni²⁸. I pochi frammenti delle Istituzioni di Callistrato, di Paolo e di Ulpiano²⁹ non permettono molte induzioni in materia sistematica; sembra però se ne possa desumere che le prime due opere non esaminavano *ex professo* le azioni e che la terza sorvolava sulle obbligazioni³⁰. Non va poi taciuto che le Istituzioni di Ulpiano, probabilmente all'inizio dell'II° libro³¹, contenevano una enunciazione assai significativa (D. 1. 3. 41):

Totum autem ius consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat³².

²⁶ Questa diversa intonazione può dipendere da una più ampia o più limitata visione del fenomeno giuridico, più ampia dovendosi ritenere, a mio giudizio, quella che assegna al diritto soggettivo un ruolo meno dominante. Ma può dipendere anche dall'orientamento ideologico, secondo che prevalga nei vari autori, in rapporto alle epoche in cui scrivono, la tendenza individualistica o quella sociale o statualistica o collettivistica. Riuscirebbe forse interessante, a questo riguardo, una analisi della sistematica giuridica, rapportata alle ideologie del tempo e dell'autore, la quale fosse condotta con la penetrazione e la sensibilità, di cui diede esempio il CALAMANDREI, Piero. *Relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova: Cedam, vol. 4, pag. 79 ss., 1940.

²⁷ LENEL, Otto. *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig: Scientia, vol. I, pag. 173, 1889; SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, pag. 159, 1946.

²⁸ Di quattro libri non ci è pervenuto alcun frammento (II, IV, V, XII). Ma, escluso il II, che doveva continuare la trattazione delle fonti o iniziare, se mai, quella della famiglia, sembra assolutamente improbabile che si occupassero delle azioni il IV e il V, i quali sono infatti riferiti dallo SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, 1946, alla materia del matrimonio e della tutela, esaminata già nel libro III; non resta che il XII, ossia una parte proporzionalmente assai minore di quella consacrata alle azioni da Gaio. Del resto, il riferimento alle azioni non è nemmeno provato; manca solo una prova del contratio.

²⁹ Di quelle di Paolo e di Ulpiano è addirittura contestata l'autenticità dallo SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, 1946. Pag. 171, che, a proposito delle Istituzioni di Ulpiano, cita altra letteratura (p. 172 nt. 1). Il problema esula evidentemente da questo studio.

³⁰ Non mi occupo delle Istituzioni di Marciano, il cui disegno è di gran lunga più lontano da quello di Gaio, poichè non è improbabile la congettura avanzata recentemente dallo SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon, 1946. Pag. 172 s., secondo la quale esse sarebbero una fusione di un'opera istituzionale rimasta incompiuta con la seconda parte di un trattato modellato sullo schema dei *Digesta*.

³¹ MOMMSEN, Theodor. *Juristische Schriften*, vol. II. Berlin: Weidmann, 1907. Pag. 61, n. 2.

³² Il testo non è sospettato nemmeno dal VILLEY, Michel. *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*. Mélanges De Visscher II, Bruxelles, página 427, 1949; ed effettivamente mi sembra avere una chiara impronta di genuinità.

Che ciò non implichi un'impostazione soggettiva del sistema giuridico, non so davvero come si possa sostenere.

Ma, a parte le Istituzioni, è noto che almeno due altre sistematiche erano adottate dai giuristi romani: quella dei *libri tres iuris civilis* di Sabino, desunta in parte da Quinto Mucio e seguita nei vari commentari *ad Sabinum* del II° e III° sec. d.C.; quella dell'*edictum perpetuum* seguita nei commentari *ad edictum* e nella prima parte dei *Digesta*.

Il Villey non le esamina, osservando che esse sono ancora assai poco conosciute nei loro principi informativi e che, in ogni modo, nessuno può pretendere che esse si basassero sulla nozione di diritto soggettivo³³. Ma direi che la loro conoscenza è sufficiente a renderci edotti che non si fondavano affatto sulla tripartizione << *personae, res, actiones* >> e che l'esame delle << *res* >> non vi rivestiva minimamente l'importanza che avvertiamo nelle Istituzioni di Gaio. Basti notare che nel sistema di Sabino le *res* venivano studiate all'ultimo, dopo ampie trattazioni sul diritto testamentario e ereditario, sui poteri familiari, sulla dote, sulla tutela e sulle obbligazioni, e che l'Editto era un sistema di azioni e altri mezzi giudiziari, col quale le *res* non avevano nulla o quasi a che vedere³⁴. Che poi quei commentari non siano sistemati intorno alla nozione di diritto soggettivo, è ovvio, non solo perchè questa nozione, come abbiamo ammesso più volte, non era stata scientificamente elaborata, ma anche perchè essi non sembrano nemmeno seguire una unica direttiva razionale, frutto come sono di successive stratificazioni storiche e di accostamenti fra istituti giustificati spesso soltanto da affinità esteriori o da impensate associazioni di idee³⁵. Quel che importa è che esse non siano informate a una visione puramente oggettiva del diritto e che non smentiscano la possibilità di un punto di vista soggettivo. Ora i dati di cui disponiamo permettono di escludere in modo assoluto un simile significato delle due sistematiche. Non si dimentichi al riguardo che l'Editto, in quanto sistema di azioni e di mezzi giudiziari, conteneva tutti i possibili schemi di formule ammessi in astratto dal magistrato e quindi costituiva un insuperato elenco dei diritti o delle attribuzioni soggettive conferite a un individuo verso un altro. Quale più chiaro esempio di impostazione soggettiva?

Ma è tempo di venire al nucleo del pensiero di Villey. Egli assume, prendendo sempre a base la sistematica gaiana, che i Romani non scorgevano nel mondo del diritto se non *personae, res* e *actiones*, intese tutte come << *institutions juridiques objectives* >>. Non vi era posto per i diritti soggettivi, poichè quelli che noi

³³ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, cit., pag. 220 s.

³⁴ È puerile in tentativo del VILLEY di fondare parzialmente la sistematica dell'Editto su una distinzione delle *res* (*res religiosae, creditae, uxoriae*, ecc.) (VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, cit., pag. 221 e nt. 1). Anche se fosse vero che i titoli XV, XVI, e XVII dell'Editto ricostruito dal LENEL riguardavano *res* variamente qualificate, anche se si potesse sorvolare sulle diverse accezioni che il termine << *res* >> assumeva sia in essi, sia ancor più nei successivi titoli XX (*de re uxoria*) e XXXVI (*de re iudicata*), rimarrebbe sempre inconcepibile che un sistema estendentesi per 46 titoli potesse fondarsi, sia pur parzialmente, su una distinzione delle *res* di portata tanto limitata.

³⁵ Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1950. Pag. 43 ss., in specie p. 49.

moderni consideriamo diritti per i Romani erano soltanto cose, *res*. Le distinzioni delle *res* e in specie delle singole specie di *res*, esaurivano il campo di quelli che noi consideriamo i diritti.

Confesso che, leggendo i due studi del Villey sull'argomento, mi sono venuti in mente certi ritratti di Picasso: rintracciavo qua e là nozioni familiari, ma su un piano e con uffici rappresentativi così diversi (allo stesso modo che nei ritratti di Picasso si scopre un occhio in mezzo al ventre, una gamba al posto del braccio, il naso scisso in due o tre nasi) che l'insieme mi riusciva irriconoscibile. Il Villey troverà forse molto lusinghiero essere paragonato a questo venerabile Maestro della pittura moderna. A me pare invece che l'adozione in sede scientifica di formule e tecniche ammissibili, se mai, nel mondo dell'arte offra il fianco a una facile critica. Si dirà che il mio sconcerto dipende dal fatto di essere messo improvvisamente di fronte al linguaggio nudo delle fonti romane, liberato dallo schermo deformante delle nozioni pandettistiche e moderne. Io direi al contrario che siano proprio le vedute del Villey a svisare interamente la testimonianza semplice delle fonti, come cercherò ora di chiarire.

Nel campo patrimoniale, dunque, i Romani avrebbero conosciuto, secondo il Villey, unicamente *res: res corporales*, che si possono toccare, e *res incorporales*, che non si possono toccare, ossia quelle che << *in iure consistunt* >>. Ma non si può capire pienamente il pensiero di Villey nell'accettare alla lettera questa enunciazione gaiana e nel costruire su di essa tutto il suo fragile edificio, se non si spiega quella che a suo giudizio sarebbe la natura della *res corporalis*: << ... la chose corporelle du juriste – egli dice³⁶ – n'est pas constituée *uniquement*³⁷ par un certain objet matériel, car tout *corpus* n'est pas, à son point de vue, un *res* et la *res* contient autre chose qu'un *corpus*, au sens originaire de ce mot; elle contient en outre des éléments de caractère juridique >>. E poco più innanzi precisa che un *fundus* non è soltanto un oggetto materiale, un campo, un immobile rurale, ma piuttosto ciò che oggi si chiamerebbe una << propriété >>³⁸, comportante, oltre il *corpus* materiale, un insieme di vantaggi giuridici di cui godrà chi se ne appropria³⁹.

Nello stesso ordine di idee è il Monier, ai cui corsi il Villey dice di ispirarsi⁴⁰ e che ha successivamente espresso la sua autorevole approvazione dei risultati del discepolo nel già citato contributo agli Studi Solazzi⁴¹. Il linguaggio dell'insegna romanista francese è più sfumato, ma, quando egli dice che le cose corporali hanno << à la

³⁶ VILLEY, Michel. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, cit., pag. 210.

³⁷ Il corsivo è dell'autore.

³⁸ Almeno in Italia quest'accezione di << proprietà >> è priva di qualunque valore tecnico, appartenendo essenzialmente al linguaggio dei contadini e dei proprietari terrieri.

³⁹ Questi concetti sono ripetuti nello studio sullo *ius in re*: VILLEY, Michel. *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*. Mélanges De Visscher II, Bruxelles, pag. 431 e *passim*.

⁴⁰ MONIER, Raymond. *Du mancipium au dominium*. Paris: Le cours de droit, 1947; *La division des choses corporelles et incorporelles*, cours de doctorat 1946-47 (Paris 1947). Anche di questi corsi non ho potuto avere diretta conoscenza; ma credo che le idee essenziali ivi sostenute si possano desumere dal contributo agli *Studi in onore di Siro Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento*, Napoli: Jovene, 1949.

⁴¹ *La date d'apparition du dominium* cit., *Studi Solazzi*, pag. 356 nt. 1, pag. 362 nt. 13.

foi une existence physique et une existence juridique >>⁴² e che << la *res corporalis*, dans la vie juridique, est normalement envisagée comme une *proprietas* >>⁴³ e quando aggiunge che << la qualité de chose appropriée est incluse dans le fonds ou l'esclave, lorsqu'il fait l'objet d'une opération juridique ou d'une réclamation >>⁴⁴, in modo che è possibile pensare di << dégager en quelque sorte la *proprietas* incorporée dans la chose pour l'opposer à l'*usufructus* (Gai. Inst. 2, 33) et à la *possessio* (Gai. Inst. 2, 85-90) >>⁴⁵, si palesa senza alcun dubbio orientato nel medesimo senso del Villey. Insomma, tanto il maestro che il discepolo ritengono che per i Romani, mentre i diritti sarebbero stati null'altro che cose, le cose, a loro volta, avrebbero contenuto diritti o elementi giuridici. Onde non si capisce nè perchè questi diritti e elementi giuridici sarebbero stati essi stesse cose, nè quale giustificazione poteva ancora avere la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*. Sembra infatti presentarsi questa alternativa: o i diritti e gli elementi giuridici contenuti nella *res* erano eterogenei rispetto a essa, e allora non dovevano avere la qualifica di *incorporales*. Tanto più – si aggiunga – che, se nella cosa corporale era incorporata la qualità di essere appropriata, non si vede perchè non vi dovesse essere pure incorporata la qualità di essere goduta o utilizzata⁴⁶ e perchè, di conseguenza, non si parlasse in entrambi i casi o di *res corporalis* o di *res incorporalis*.

La concezione che si critica prende lo spunto da un dato di fatto irrefutabile e da lungo tempo osservato: il frequente e quasi normale scambio fra la cosa e la proprietà della cosa. Nel linguaggio giuridico romano si parla di << *rem* (*fundum, aedes, servum, etc.*) *vindicare, acquirere, legare, habere* etc. >>, per significare la rivendicazione, l'acquisto, il legato, l'appartenenza, etc. della proprietà della cosa. Questa sostituzione della cosa alla proprietà di essa ha avuto senza dubbio conseguenze di carattere sistematico, ma da essa non si può desumere nè che la figura del *dominium* sia apparsa tardivamente all'orizzonte del diritto romano, nè tanto meno che i Romani concepissero la cosa corporale come una miscela di materia e di elementi giuridici.

Secondo il Monier, la più antica testimonianza relativa all'esistenza del *dominium* sarebbe un frammento di Alfeno Varo (D. 8. 3. 30), che potrebbe riprodurre un responso di Servio; ed egli sembra volerne dedurre che prima di Servio il concetto di *dominium* non fosse noto nè utilizzato e che la posizione sistematica di primo piano assegnata dai giuristi posteriori alla *res corporalis* sia da ricondurre alla lunga tradizione che aveva concepito i fenomeni giuridici sotto il profilo della *res*, anzichè sotto quello del *dominium*. Ora, sebbene sia fragile l'argomento a *silentio*, quando sia impiegato per ricostruire concezioni di giuristi di cui ci sono pervenuti solo pochissimi

⁴² Studi Solazzi, pag. 362.

⁴³ Studi Solazzi, pag. 367.

⁴⁴ Studi Solazzi, pag. 371.

⁴⁵ Studi Solazzi, pag. 371. Il medesimo orientamento si nota nello studio strettamente connesso pubblicato nei MONIER, Raymond. *La possession est-elle une res incorporalis en droit romain classique?* in *Mélanges De Visscher* 4, Bruxelles, pag. 235 ss., 1950.

⁴⁶ E il VILLEY non solo lo ammette, ma lo sostiene strenuamente (v. p.es. *Mél. De Visscher* 2. 431 ss.), spiegando in questo modo l'espressione << *ius in re*>>.

frammenti, sembra proprio che il termine *dominium* sia abbastanza recente e abbia avuto dapprima scarsa diffusione⁴⁷. Ma, se non era ancora sorto il termine, esisteva già la nozione di un diritto o di un potere o di un complesso di diritti o di poteri che il soggetto aveva sulle cose; e per designarla era usata verosimilmente, secondo quanto suppone la stesso Monier⁴⁸, la parola *mancipium*. Poco importa, dal nostro punto di vista, che la nozione di *mancipium* fosse più estesa di quella di *dominium*, riferendosi non solo alle cose ma anche alle persone comprese nella famiglia⁴⁹, poco importa che essa contenesse eventualmente un sfumatura politica; l'interessante è che già i Romani più antichi non conoscevano soltanto le così dette 'istituzioni obiettive' costituite dalle persone e dalle cose, ma scorgevano fra le due il legame giuridico immateriale, che chiamavano *mancipium* e che non ritenevano affatto incluso nella *res*.

Ma, anche supponendo che prima di Servio questa relazione giuridica fra persona e cosa non fosse stata nè coscientemente valutata nè quindi denominata specificamente, non si potrebbe con ciò spiegare il linguaggio dei giuristi classici, che continuarono imperturbati a scambiare la nozione di *dominium*. Addurre il tradizionalismo della giurisprudenza romana sarebbe qui fuori luogo, poichè non è possibile disquisire per almeno cento anni sul *dominium*, sul suo acquisto, sulla sua conservazione, sulla sua perdita⁵⁰, e rimanere ancora fedeli a concezioni e a sistematiche che, presupponendo l'inesistenza del dominio, avrebbero dovuto apparire ormai nettamente errate; nè è da dimenticare in proposito che la partizione gaiana in *personae, res, actiones*, dove le *res* hanno appunto quella dominante posizione sistematica di cui si discorre, non è certo anteriore all'inizio dell'impero.

Io direi che la ragione dello scambio fra cosa e proprietà della cosa è nello stesso tempo più innocente e più profonda. Quando si concepisce la proprietà come la piena e assoluta appartenenza di una cosa – e così la concepivano i Romani dell'epoca storica⁵¹ i quali enunciavano la proprietà nel processo con le significative parole << *meum esse* >>, << *Auli Agerii esse* >> –, riesce istintivo e ovvio considerare elementi del patrimonio di un persona le cose, anzichè la proprietà delle cose. Se si dice che date cose appartengono a qualcuno, appare un logico

⁴⁷ Scorrendo il *Thesaurus* e i lessici relativi ai vari autori si ha netta la sensazione che il termine, usato una sola volta da Cicerone, ignoto a Plauto, Lucrezio, Orazio, poco frequente nei giuristi anteriori a Giuliano, si sia venuto diffondendo nell'uso con l'avanzare del tempo. Nè me persuade l'obiezione dell'AMBROSINO, Rodolfo. *Le applicazioni innovative della mancipatio*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano: Giuffrè, volume 2, pag. 583, n. 23, 1953, secondo cui chi parlava di << *dominus* >> (parola di cui è attestato l'uso già in Plauto) possedeva la nozione di << *dominium* >>. In realtà sembra risultare invece che ricevesse il nome di *dominus* il titolare di diritti o di poteri che non erano ancora qualificati come *dominium*; questo termine compare in epoca posteriore e può essere derivato appunto da *dominus*.

⁴⁸ Proprio all'inizio del suo contributo egli parla del progressivo sostituirsi della nozione di *dominium* a quella di *mancipium* (*Studi Solazzi*, pag. 357).

⁴⁹ Del resto, non è assurdo ritenere che alle origini questo *mancipium* non fosse se non una proprietà illimitata, rispetto a cui svanisse la differenza tra persone e cose, tutte avendo ugualmente la posizione di oggetto. Così da ultimo AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, cit. 598 ss., ma l'idea non è nuova.

⁵⁰ Si consideri la cospicua massa di testi citati nel GRADENWITZ, Otto; KÜBLER, Bernardus; SCHULZE, Ernestus Theodorus. *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, volume 2. Berlin: Savigny-Zeitschrift, 1894. Pag. 335 ss.

⁵¹ Prescindo quindi dai dubbi problemi di origine.

corollario ritenere che il suo patrimonio sia formato in primo luogo di quelle cose; mentre, se altre cose non gli appartengono, benchè in qualche modo rientrino nella sua sfera giuridica, non sia può dire che esse facciano parte del suo patrimonio, che i suoi *bona* comprendano quelle cose come tali o che esse siano *in bonis eius*. La concezione materialistica del patrimonio è l'immediato riflesso della concezione della proprietà come appartenenza piena e assoluta di cose ed è, comunque, la prima che si presenti alla mente. Anche ai nostri giorni, in cui l'appartenenza delle cose al proprietario è assai meno piena e assoluta, a nessun profano di diritto passerebbe per la testa l'opinione che nel patrimonio di una persona, che nei suoi beni non rientrino le cose di cui ha la proprietà. Fra gli stessi giuristi moderni non è ancora del tutto abbandonata l'idea che elementi dell'universalità patrimoniale siano anzitutto le cose⁵².

Ora, se le cose in proprietà fanno parte del patrimonio di un persona, come ci si può meravigliare che si parli di << *rem vindicare, adquirere, legare, habere, etc.* >>, tanto più quando negli atti di *vindicatio*, do acquisto, di disposizione era la *res* a venire direttamente menzionata⁵³? Non si usano ancora oggi simili espressioni anche da quei giuristi che concepiscono corettamente il patrimonio come insieme di diritti⁵⁴? Non si tratta dunque soltanto, come vorrebbe il Monier, di un fenomeno storico limitato nel tempo e favorito del tradizionalismo della giurisprudenza romana, bensì di un più vasto errore di prospettiva che trae origine alla concezione (non ancora tramontata) della proprietà come appartenenza di cose e da idee primitive ma tenaci intorno al patrimonio⁵⁵.

Ma se pertanto la ragione dello scambio tra cosa e proprietà della cosa è, a mio giudizio, più profonda di quella vista dal Monier, essa è nello stesso tempo più innocente, in quanto non implica, in nessun periodo storico, l'assenza della nozione di *dominium* o di un nozione equivalente. I Romani, esperti di diritto, si rendevano ben conto che chi rivendicava, acquistava, alienava, perdeva, conservava la cosa, in realtà rivendicava, acquistava, alienava, perdeva, conservava il *dominium* o il *mancipium*; ma avrebbero ritenuto un'inutile – e forse dannosa – pedanteria ricorrere alla perifrasi del *dominium* o del *mancipium*. E infatti se si presentava la necessità di distinguere o di definire, sapevano benissimo parlare di *dominium*⁵⁶. Per la medesima ragione quello scambio non

⁵² Si veda p. es. BARBERO, Domenico. *Le universalità patrimoniali*. Milano: Giuffrè, 1936. Pag. 388, n. 117; DUSI, Bartolomeo. *Istituzioni di diritto civile*, IV. Turim: Giappichelli, 1944. Pagina 96. Ma in generale la dottrina moderna considera il patrimonio un insieme di diritti o di rapporti, sebbene continui spesso per la forza della tradizione a trattarne nella parte dedicata alle cose o all'oggetto dei diritti (così p. es. MESSINEO, Francesco. *Manuale del diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1950-1951. Pag. 400 ss.; DE RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato I*. Messina: Principato, 1939. Pag. 492 s.) o lo consideri talvolta un che di mezzo tra gli oggetti e i soggetti (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Istituzioni di diritto civile*. Napoli: Jovene, 1946. Pag. 53 s.).

⁵³ << *Fundum... meum esse aio* >>, << *servum Stichum meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* >>, << *fundum Tusculanum do lego* >>.

⁵⁴ P. es. PLANIOL-RIPERT, *Traité élém. de droit civil I*, cit., pag. 851 dicono che << les biens entrent dans le patrimoine et en sortent >>.

⁵⁵ Si veda la breve, ma perspicua spiegazione di COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de droit civ. fr. I*, cit., pag. 730.

⁵⁶ Possiamo addurre ad esempio il già citato passo di Alfeno D. 8. 3. 30, che di fronte a un vendita da cui era stato accettato un tratto di terreno di dieci piedi, pone chiaramente la domanda se quel terreno si dovesse intendere oggetto di proprietà oppure di

implica la valutazione della *res corporalis* come un singolare miscuglio di elementi materiali e elementi giuridici. Se i Romani potevano parlare di << *rem vindicare, adquirere, legare, habere, etc.* >> per esprimere la *vindicatio*, l'acquisto, il legato, etc. della proprietà della cosa, ciò non dipendeva dal fatto che nella *res* vedessero inclusa la qualità di essere appropriata o le varie utilità da essa ricavabili, bensì dal significato che attribuivano ai verbi *vindicare, adquirere, legare, etc.*, in relazione al sopra richiamato concetto della proprietà come appartenenza piena e assoluta della cosa. Non si aveva un vera *vindicatio*, una vero acquisto, un vero legato della cosa, se non in quanto si trattasse della proprietà della cosa: nella *vindicatio* lo attore affermava << *rem meam esse* >> e quindi è ovvio che non potesse dire di *vindicare rem* se non chi fosse in grado di fare quella affermazione di appartenenza; nel disporre un legato *per vindicationem*⁵⁷ si usavano le parole << *do lego* >> e Gaio (4. 4) spiega che << *dare* >> significava compiere atti idonei a rendere nostra la cosa che ne era oggetto; e non occorre poi spiegare come non acquisti una cosa chi non ne divenga proprietario⁵⁸. In sostanza nelle espressioni su riferite e in quelle simili l'accento cadeva sul verbo, non sul complemento oggetto. Tanto è vero che si poteva benissimo escludere il riferimento alla proprietà della cosa, usando altri verbi come *possidere, tenere, commodare, deponere, conducere, etc.*

Non v'è dubbio che, nel mondo del diritto, la *res corporalis* viene in considerazione sotto l'aspetto giuridico, in quanto potenziale o attuale oggetto di atto e di rapporti giuridici. Ovvio quindi che si distinguesse tra *res divini iuris* e *res humani iuris*, tra *res publicae* e *res privatae*, tra *res in usu populi* e *res in patrimonio populi*, e che si parlasse, con più specifico riguardo al regime giuridico, di *agri limitati* e *agri arcifini*, di *agri vectigales, stipendiarii, tributarii, occupatorii, scripturarii, etc.* Mediante un aggettivo o un genitivo di qualità veniva precisato se e quale massimo diritto poteva essere o era già attualmente costituito sul fondo. Ma è un'insana fantasia quella di supporre che in tal caso i giuristi romani vedessero incluso nella cosa o detratto da essa l'uno o l'altro diritto, l'uno o l'altro elemento giuridico⁵⁹. A me pare infatti che essi si rendessero ben conto che quelle erano espressioni abbreviate, utili a rendere conciso il linguaggio, ma suscettibili di essere sviluppate in più ampie perifrasi, quando l'esattezza del ragionamento giuridico lo richiedesse. Si veda per es. Ulp. (1. 51 *ad ed.*) D. 30.71.5:

Si fundus municipium vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit, videamus. et Iulianus libro trigesimo octavo digestorum scribit, quamvis fundus

servitù; nonchè Ulp. D. 45. 1. 38. 9, secondo cui << *habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet* >>.

⁵⁷ Che era praticamente l'unico in base a cui si potesse dire di << *legare rem* >>.

⁵⁸ Spiegazioni analoghe si possono dare degli altri verbi che, uniti a << *rem* >>, esprimevano l'acquisto, la perdita, la conservazione, la trasmissione della cosa.

⁵⁹ Ragionando in questo modo, si dovrebbe dire che la *res nullius* era, in quanto *res*, diversa da una *res* in proprietà di alcuno, perchè priva della qualità giuridica di essere appropriata, il che è manifestamente assurdo. L'essere o il non essere *nullius*, l'essere o il non essere, di conseguenza, occupabile è una circostanza del tutto estrinseca, che non può incidere sulla struttura interna della *res* e nemmeno sul regime giuridico, a cui è sottoposta in astratto.

vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is qui legavit habet, valere legatum⁶⁰.

A proposito del *fundus vectigalis* legato al municipio concedente, Giuliano, citato da Ulpiano, non trova alcuna difficoltà a svolgere in tutti gli interni meandri l'espressione sintetica *fundus vectigalis*, e in primo luogo chiarisce che il *fundus vectigalis* appartiene al municipio, poi osserva che non di meno il legato di esso al municipio è valido, poichè il vettigalista ha un *ius* su quel fondo. Si supponga pure che la ultima proposizione << *quia aliquod – legatum* >> sia interpolata⁶¹; certo però si deve ammettere che Giuliano, sia pure magari adducendo il senatoconsulto Neroniano, giustificasse la validità del legato col mettere in evidenza il diritto che il vettigalista, per quanto non proprietario, aveva sul fondo.

Che altro si può vedere nella espressione *fundus vectigalis* se non appunto un modo abbreviato per indicare che la proprietà del fondo rimaneva all'ente concedente e che il concessionario acquistava il diritto di goderne indefinitamente? Si deve forse immaginare che per i Romani *fundus vectigalis* fosse invece quello da cui era detratta la qualità di essere appropriato e in cui veniva inclusa quella di essere goduto in perpetuo contro il pagamento di un canone? Si pensi ancora all'espressione *servus fructuarius*: non è essa un modo sintetico per indicare lo schiavo oggetto di usufrutto? Non sarebbe assurdo supporre, coerentemente alle idee del Villey e del Monier, che essa indichi invece un particolare specie di *servi*, quasi che il *servus*, come *res corporalis*, sia diverso secondo che sia seguito o meno dall'aggettivo *fructuarius*?

Il Villey fa gran caso dei passi che menzionano un *ius fundi* o *ius domus*, come per es. quando riferiscono intorno a un legato di una cosa << *cum iure suo omni* >> (Ulp. D. 33. 7. 42. 1; Paul. Sent. 3. 6. 58; Mod. D. 33. 10. 8), e li adduce a prova della tesi che nella *res corporalis* erano inclusi elementi giuridici. Ma in realtà il *ius* di cui qui si tratta constava di quei rapporti attivi e passivi, la cui titolarità era di regola connessa alla proprietà della cosa: servitù, rapporti di vicinanza, pegno o ipoteca, etc. Esso comprendeva, dunque, elementi estrinseci alla cosa, non elementi intrinseci come suppone il Villey. In altri termini era questione qui di diritti e obblighi, dei quali la cosa figurava titolare, non di diritti e obblighi contenuti dentro la cosa, facenti parte della sua intrinseca sostanza. Sicchè, ancora una volta, la spiegazione è da ricercare, non nel concetto di *res corporalis*, bensì in un concetto estraneo, come quello di servitù, di pegno, di obbligo o diritto di vicinanza, in generale di rapporto reale o inerente alla cosa. L'inerenza reale, attiva o passiva, era sentita così fortemente da fare impallidire la figura del proprietario della cosa, al quale il rapporto in definitiva faceva capo, e da proiettare un primo piano, come titolare apparente del diritto o dell'obbligo, la cosa stessa. È inutile dire che, secondo gli stessi Romani, questa titolarità della cosa non era che una

⁶⁰ Per varie congetture di interpolazione cfr. *Ind. int. ad h.l.*, nonchè VON BESELER, Gerhard. *Lucubrationes Balticae*, em *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Lateran University Press, vol. 3, pag. 365, 1937, e VOGT, Heinrich. *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*. Marburg: Simons Verlag, 1950. Pag. 27 s.

⁶¹ Come suppone da ultimo il VOGT, *Erbbaurecht*, 1. cit. Mi paiono viceversa da respingere i profondi ritocchi proposti dal BESELER, *SDHI*. (1937) 365, il quale capovolge del tutto la soluzione riferita nel Digesto senza che ci sia una sufficiente ragione di sostanza.

metafora: l'importante è che il problema così impostato si palesa del tutto diverso da quello relativo al contenuto della *res corporalis* e che, di conseguenza, i testi citati dal Villey, anche interpretati nel modo più grettamente letterale, non provano nulla a suo favore⁶².

Resta pertanto confermato che la *res corporalis*, sebbene suscettibile ovviamente di valutazione giuridica come oggetto potenziale o attuale di dati diritti, era pur sempre considerata una pura porzione di materia, anziché un singolare miscela di materia e di diritto. Forse parranno troppe le pagine attraverso cui sono giunto a una conclusione così semplice, confutando un tesi così palesemente infondata. Io ho creduto invece di dover indugiare alquanto su di essa, memore del detto di Vittorio Scialoja secondo cui, mentre un piccolo errore si rivela a tutti, un grosso errore può divenire un dottrina.

Ma veniamo finalmente all'alto non meno preoccupante aspetto della concezione del Villey. Concentrando tutta l'attenzione sul linguaggio e sua sistematica di Gaio, ereditati da Giustiniano, egli sostiene che i *iura*, e precisamente le servitù, l'usufrutto, le obbligazioni, e il così detto *ius successionis* non erano essi stessi che *res*, e precisamente *res incorporales* in contrapposto alle porzioni di materia dette *res corporales*. Come questa distinzione delle *res* si accordi col concetto di *res corporalis* sostenuto dal Villey e dal Monier e con la peregrina opinione enunciata dal Villey nel secondo studio, secondo cui il *ius in re* si spiegherebbe come l'inclusione di una *res incorporalis* in una *res corporalis*, ho già detto quanto sia incerto e problematico. Ora però voglio prescindere da questa che mi sembra un'intima contraddizione, per considerare la sola tesi in sé la quale attribuisce ai Romani una valutazione esclusivamente obiettiva dei *iura* e la loro equiparazione alle *res*.

A me pare anzitutto che la sussunzione dei *iura* nella categoria delle *res*, distinte di conseguenza in *corporales* e *incorporales*, non abbia avuto tra i giuristi romani quella diffusa risonanza che il Villey presuppone. È vero che, sotto l'influenza della speculazione filosofica greca, l'idea che si potessero distinguere tra le *res* quelle *corporales* dalle *incorporales*, già accennata da Lucrezio, era stata enunciata in modo esplicito tanto da Cicerone che da Seneca e si era probabilmente fatta strada fra le persone colte; ma la distinzione non aveva in fondo che un valore linguistico, a somiglianza di quella che si insegna nelle nostre scuole elementari e che contrappone i nomi astratti ai nomi concreti; e infatti nel secolo IV la vediamo ripresa dal grammatico Carisio. Comunque, se noi scorriamo i testi giuridici, constatiamo che l'espressione *res incorporalis*, con lo specifico significato da essa assunto nel mondo del diritto, risulta usata per primo da Gaio e che non si incontra se non nelle opere appunto di Gaio, in un luogo dei *tituli ex corpore Ulpiani* (19. 11) e nelle Istituzioni giustiniane. Ora, sia queste Istituzioni, sia i *tituli Ulpiani* si collegano in modo più o meno diretto a Gaio; si può discutere in ispecie sul modo di formazione dell'epitome ulpiana e sulle fonti specifiche di ciascun brano, ma si deve ammettere che vi prevale l'influenza

⁶² Per medesima ragione non giova alla tesi del VILLEY nemmeno il noto passo di Celso (D. 50. 16. 86) che paragona i *iura praediorum* alla *bonitas*, alla *salubritas* e all'*amplitudo*.

gaiana e che proprio il brano immediatamente successivo a quello che ci interessa (19. 11: *In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut usufructus et hereditas et tutela legitima libertae*) è una parafrasi dell'esposizione di Gaio sull'*in iure cessio hereditatis* (Inst. 2. 35 e 3. 85), onde tale paragrafo può essere ritenuto, con assoluta plausibilità, un *excursus* di stile gaiano inserito per introdurre la descrizione dell'*in iure cessio hereditatis*.

Devo riconoscere che l'idea dell'incorporalità dei diritti traspare anche da altre fonti: già Quint. *inst. or.* 5. 10. 116 nota che il << *ius quod sit incorporale apprehendi manu non posse* >> e può darsi che varie decisioni di giuristi del I sec. d.C. intorno all'impossibilità di *tradere*, di *possidere*, di *usucapere* i diritti sia da ricondurre, d'accordo col Monier, a tale idea. Ma solo in Paolo si nota una contrapposizione tra ciò che è corporale e ciò che è incorporale, la quale echeggi in certo modo la distinzione gaiana:

Paul. Sent. 6. 11: Sinendi modo tam corporales res quam quae in iure consistunt legari possunt: et ideo debitori id quod debet recte legatur;

Paul. (1. 15 ad Sab.) D. 8. 1. 14 pr. Servitutes praediorum rusticorum etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt;

Paul. (1. 54 ad ed.) D. 41. 2. 3 pr. Possideri autem possunt quae sunt corporalia;

Paul. (1. 54 ad ed.) D. 41. 3. 4. 26 (27) ... nec possideri intellegitur ius incorporale.

Sebbene, come si è detto, si sente qui un'affinità di idee con la distinzione gaiana, è degna di grande rilievo la constatazione che, eccettuato il brano delle *Sententiae*, le quali sono, come è ormai pacifico, una compilazione postclassica, altrove lo stesso Paolo, mentre mette in luce l'incorporalità del diritto, non lo parifica affatto a una *res*.

Anche l'espressione *res corporalis*, quando non indichi la cosa determinata in contrapposto al denaro o ad altre cose fungibili come in Iav. D. 12. 6. 46; Ven. 34. 4. 32 pr.; Maec. D. 32. 95 e Ulp. D. 23. 3. 39 pr.⁶³, si incontra, oltre che nei passi di Gaio e delle Istituzioni giustinianee, unicamente in Ulp. D. 10. 3. 4 pr., che è quasi di certo interpolato, e in Marcian. D. 20. 6. 8 pr. Quanto ai passi abbastanza numerosi, che contrappongono i *corpora* ai *iura* o alle *actiones*, alcuni dei quali sicuramente interpolati (p. es. Ulp. D. 39. 3. 8; Ulp. D. 43. 26. 2. 3; Ulp. D. 44. 2. 7 pr.), essi non significano che i *iura* o le *actiones* siano considerati *res incorporales*, come invece suppongono, pur muovendo da diversi indirizzi, il Monier, l'Arangio-Ruiz e il Grosso⁶⁴, bensì che i *iura* o le *actiones* sono valutati, al pari dei *corpora*, come elementi del patrimonio. Quando i giuristi dicono che si deducono nell'*hereditatis petitio* << *corpora et actiones omnes* >>, che alcuno rivendica un *corpus* o un *ius*, che nel termine << *pecunia* >> sono compresi << *tam corpora quam iura* >>, che possono venire legati << *corpora omnia et iura* >> e similmente (cfr. Iul. D. 21. 2. 43; Ulp. D. 8. 5. 4 pr.; Herm. D. 50. 16. 222; Ulp. D. 30. 41. pr.; Paul. D. 18. 6. 7. 2; Ulp. D. 37. 1. 3 pr.; Ulp. D. 44. 2. 7. 5), il significato del loro linguaggio è chiarissimo senza che si debba sottintendere che i *iura* o le *actiones* siano *res*. E infatti un tale modo di esprimersi è frequente tra i giuristi moderni,

⁶³ Questo significato di << *res corporalis* >> è stato già messo in luce dall'ARANGIO-RUIZ (cfr. da ultimo *Istituzioni* 169 nt 1), al cui punto di vista si ispirano anche le altre considerazioni svolte nel testo.

⁶⁴ MONIER, *Studi Solazzi*, cit., pag. 365 s.; ARANGIO-RUIZ, *Vicenzo. Istituzioni di diritto romano*. Napoli: Jovene, 1949. Pag. 163, n. 2; GROSSO, Giuseppe. *Corso di diritto romano – Le cose*. Torino: Giappichelli, 1941. Pag. 27.

per i quali quel sottinteso non avrebbe senso. Tutt'al più, se qualcosa si deve sottintendere, è che i *corpora* stanno in luogo della proprietà dei *corpora*, secondo quanto si è rilevato sopra. Ma in massima sembra che i giuristi romani, anziché preoccuparsi dell'eterogeneità fra i due termini, abbiano implicitamente ammesso che il patrimonio di una persona fosse un insieme di cose e di diritti.

Vatutando complessivamente i dati ora raccolti, direi che l'opinione enunciata già parecchi anni fa dall'Arangio-Ruiz, secondo la quale Gaio può essere stato il primo giurista ad adottare la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*, mentre sono, comunque, quasi esclusivamente gaiani i passi che la contemplano, contiene senza dubbio molta parte di vero. Le critiche del Monier non hanno, come si è già accennato, che un valore marginale, giacché anche la formulazione del principio che i diritti non possono essere posseduti, trasmessi con *traditio*, usucapiti, anziché postulare l'equiparazione dei diritti alle *res*, presuppone invece la precisa consapevolezza che i diritti non sono *res* e quindi il superamento di concezioni più antiche che identificavano forse la servitù di passaggio con la strada, il *ius successionis* con il complesso dei beni corporali caduti nell'eredità e così via. Si potrà avanzare la congettura, invocando la mancanza di originalità di Gaio, che egli abbia trovato in giuristi anteriori qualche traccia della distinzione; ma si deve riconoscere che manca qualsiasi prova in questo senso. Quanto ai giuristi contemporanei e posteriori, si nota che solo Paolo e Marciano, o per il fatto di usare l'espressione *res corporalis* o per quello di contrapporre con una certa insistenza ciò che è corporale a ciò che non lo è, mostrano di trovarsi in un ordine di idee affine a Gaio, ma che evitano nondimeno scrupolosamente (salvo che in Sent. 3. 6. Il di assai dubbia genuinità) le parole *res incorporales*. D'altronde, Marciano contrappone la *res corporalis* all'*usufructus* proprio in un caso (pegno dell'usufrutto) in cui, fungendo l'usufrutto, sia pure impropriamente, da oggetto di un altro diritto, la sua parificazione a una *res* poteva trovare un minimo di giustificazione. Gli altri giuristi ignorano completamente sia il termine sia il concetto di *res incorporalis*; bisognerà aspettare l'epoca giustiniana perché la distinzione di cui ci occupiamo assuma un maggiore rilevanza nel campo del diritto romano, ma non si tratterà nemmeno allora se non di un'eco del pensiero gaiano.

Si hanno insomma – io credo – motivi sufficienti per affermare che la qualificazione dei *iura* come *res incorporales*, se non esclusivamente opera di Gaio, era conosciuta solo da pochissimi giuristi, e non costituiva affatto un'idea centrale della giurisprudenza romana⁶⁵. La pretesa dunque di dedurre da quella qualificazione il corollario che per i Romani i *iura* non erano diritti soggettivi, ma cose, istituzioni giuridiche obbiettive, si manifesta priva di qualsiasi fondamento.

Ma alla stessa conclusione si perviene anche se si rimane nell'ambito delle Istituzioni di Gaio o si

⁶⁵ Parzialmente divergente KRELLER, Hans. *Res als Zentralbegriff des Institutionensystem*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Berlin, 66, pag. 572 ss., 1948, che considera il concetto di << *res* >> e quindi anche quello di << *res incorporalis* >> come la chiave di volta della sistematica non solo gaiana, ma dalle Istituzioni in genere.

suppone, contrariamente a quanto è risultato, che Gaio sia l'esponente in proposito di tutto il pensiero classico. Il fatto di includere i *iura* nella categoria, all'uopo creata, delle *res incorporales* non significa che Gaio abbia ignorato o voluto negare l'esistenza di attribuzioni giuridiche del soggetto⁶⁶. È facile osservare in primo luogo che nella categoria sono inclusi solo i diritti patrimoniali, quelli cioè che, per essere idonei a soddisfare interessi economici, si ritenevano fare parte del patrimonio. I diritti non patrimoniali, di conseguenza, ossia in massima quelli di famiglia e quelli derivanti immediatamente dallo *status* della persona, non venivano per nulla parificati alle *res*; solo tit. Ulp. 19. 11 menziona tra le *res incorporales* la *tutela legitima libertae*, ma abbiamo già notato che questa fonte è un'epitome postclassica, il cui compilatore può avere lievemente svisato la classificazione gaiana, da lui sicuramente presi a modello, indotto forse all'errore dalla constatazione che anche Gaio riferiva in altro luogo intorno alla possibilità di *in iure cedere* la medesima *tutela legitima* (Gai. l. 168, 171).

Ora l'assenza dei diritti non patrimoniali dall'elenco delle *res incorporales* indica che almeno un gruppo dei nostri diritti soggettivi poteva essere valutato da Gaio in modo diverso da quello immaginato dal Villey: poichè le argomentazioni del romanista francese non hanno per questo gruppo alcun peso, nulla impedisce di ammettere che qui Gaio riconoscesse un'attribuzione del soggetto. Ma quell'assenza dimostra, a me pare, anche qualcosa di più, e cioè che l'inclusione dei *iura* tra le *res* non è dovuta alla loro essenza di *iura*, bensì unicamente alla loro qualità di patrimoniali. Solo in quanto elementi del patrimonio quei *iura* sono da Gaio detti *res*⁶⁷; e infatti l'esposizione delle *res* si apre con un enunciato che dà la chiave di tutta la successiva sistematica: << *quae (res) vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*>>⁶⁸.

Se non mi inganno, ciò mostra che il qualificare i diritti come *res incorporales* è in fondo un puro espediente terminologico mirante a rendere omogenei gli elementi del patrimonio l'uno rispetto all'altro. Come abbiamo visto, la maggior parte dei giuristi romani non manifestò l'esigenza di una tale omogeneità e non vide nulla di strano nell'accostare cose o *corpora* a diritti o a *actiones*, lasciando a lungo incerti i moderni intorno al problema di classificare il patrimonio tra le universalità di cose o le universalità di diritti o ancora in una categoria mista. Qualcuno tuttavia cercò un denominatore comune. A questo fine si potevano in teoria seguire due vie: o puntare sui diritti e scorgere, dietro le cose corporali, la proprietà di esse, concependo quindi il patrimonio come l'insieme dei diritti o, eventualmente, anche degli obblighi spettanti a una persona, oppure puntare sulle cose e

⁶⁶ Secondo KRELLER, *ZSS*66 (1948) 589, la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* parrebbe anzi adeguata a una dottrina che pone il diritto soggettivo al centro del proprio pensiero. Egli non tiene conto però degli studi del VILLEY.

⁶⁷ Analogamente già SEGRÈ, Gino. *Corso di diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1927. Pag. 204 s.

⁶⁸ Il fatto che questa distinzione sia sovrapposta alla *summa divisio* in *res divini iuris* e *humani iuris*, la quale apparterebbe, come si ritiene (cfr. GROSSO, Giuseppe. *Appunti sulla distinzione delle res in Gaio*, em Studi in Storia e Diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento, Milão: Giuffrè, volume 1, pag. 35 s., 1937-1939. SCHERILLO, Gaetano. *Lezioni di diritto romano – Le cose* Milano: Giuffrè, 1945. Pag. 30; KRELLER, *ZS*. 66 [1948] 580), a una stratificazione più antica, può confermare l'origine gaiana o, comunque, recenziore dell'ulteriore distinzione fra *res corporales* e *incorporales*, che nella prima trova il suo palese addentellato.

scorgere, dietro i diritti, le cose che ne erano oggetto, attribuendo pertanto al patrimonio la natura di insieme di cose raggruppate in unità in base a ragioni puramente giuridiche. Ora, mentre la prima soluzione fu forse sottintesa da alcuni giuristi, ma non mai esplicitamente enunciata, qualche accenno a scegliere la seconda si nota in Ulp. D. 50. 16. 19, che, dopo avere menzionato quali essenziali elementi del patrimonio le cose di cui si ha la proprietà, nonchè quelle possedute in buona fede, prosegue: “*aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus...*”.

Ulpiano non enumerava invero, accanto alle cose, i diritti e nemmeno le azioni; ma considera l’oggetto delle azioni, ciò che attraverso le azioni può essere conseguito e, menzionando la nota triade << *actio, petitio, persecutio* >>, mostra di riferirsi, anziché alle sole azioni *in personam* e quindi all’oggetto dei soli crediti, a tutte le possibili azioni, sia *in personam*, sia anche *in rem*, sia del processo ordinario, sia di quello *extra ordinem* (cfr. Ulp. D. 50. 16. 178. 2), e quindi all’oggetto di tutti i possibili diritti.

Ma Gaio, che pure forse non ignorava questo modo di risolvere la questione, come sembra indicare la cura nel distinguere il diritto, incorporale, dall’oggetto, che può essere corporale, ha preferito seguire un terza più semplice via, quella di chiamare << *res* >> i diritti, utilizzando il concetto di *res incorporalis*, che doveva essere abbastanza diffuso, ma con diversa portata, negli ambienti colti. È stato senza dubbio un espediente felice, che ha fornito un migliore fondamento alla tripartizione sistematica in *personae, res, actiones*, diminuendone gli inconvenienti e giustificando in ispecie l’esposizione delle obbligazioni nella parte dedicata alle *res*⁶⁹, e che inoltre ha potuto spiegare, sia pure impropriamente, il fenomeno dei diritti sui diritti, del quale al tempo di Gaio si cominciavano ad avere alcuni esempi⁷⁰. Ma è stato pure un espediente innocuo, poichè, consistendo nella pura adozione di una particolare terminologia, poteva solo mascherare, non sopprimere, la natura dei *iura* come attribuzioni del soggetto. E in verità, quando Gaio ribadisce il carattere incorporale dell’eredità e dell’usufrutto, nonostante la corporalità delle cose contenute nell’eredità e dei frutti che si traggono dal fondo, e parla di *ipsum ius successionis* e *ipsum ius utendi fruendi*, a che altro si riferisce se non ai diritti, spettanti al singolo in astratto, di essere o di divenire erede e, rispettivamente, di utilizzare e godere la cosa? E se l’*ipsum ius obligationis* significa, come vogliono il Villey e il Monier⁷¹, il *vinculum iurus*, che altro è questo *vinculum* se non un rapporto fra due o più soggetti, se non quindi ancora una figura soggettiva, in cui si riassumono le figure particolari del credito e

⁶⁹ Fino alle *obligationes* l’esposizione del II e del III libro risulta impernata sui modi d’acquisto delle *res*, e si intende delle *res corporales*, talchè può pensarsi, come si è eccennato, che il modello seguito da Gaio non menzionasse per nulla le *res incorporales* e parlasse occasionalmente delle servitù, dell’usufrutto e dell’*hereditas*, prendendo lo spunto dalle notizie intorno alla sfera di applicazione della *mancipatio*, dell’*in iure cessio*, dell’*usucapio*, e inserendo poi l’intera trattazione del diritto successorio attraverso l’addentellato dell’acquisto *per universitatem*. Ma la parte delle obbligazioni non poteva inquadarsi in questa esposizione dei modi di acquisto e quindi, se era inclusa fra le *res*, doveva apparire alquanto fuori di posto. La formulazione della categoria delle *res incorporales* ha, fino a un certo punto, eliminato l’anomalia.

⁷⁰ In questa seconda categoria si colloca, come abbiamo visto, il testo di Maciano, D. 20. 20. 6. 8 pr.

⁷¹ VILLEY, *RH*. cit. 214; MONIER, *Studi Solazzi* 362.

dell'obbligo? Una conferma ancora più precisa di questo punto di vista soggettivo sempre immanente avremmo con ogni probabilità, se potessimo leggere il successivo brano che Gaio aveva dedicato all'enumerazione dei *iura praediorum rusticorum et urbanorum*; anche dalle poche parole rimaste nel codice veronese comprendiamo che si trattava di quel che poteva fare il titolare del *ius* o di quel che doveva subire l'altra parte.

Ma chi fosse turbato ancora da qualche dubbio, non avrebbe che da leggere i paragrafi 2 e 3 del libro IV, dove Gaio enuncia sinteticamente i diversi presupposti sostanziali delle *actiones in personam* e di quelle *in rem*: con l'*actio in personam* – egli dice – agiamo contro colui che è obbligato verso di noi o in base a un contratto o in base a un delitto⁷²; invece è *actio in rem* quella con cui affermiamo nella formula << *rem corporalem nostram esse aut ius aliquod nobis competere* >>. Si ha qui – mi sembra – la prova definitiva che per Gaio il *ius* non era un *res*, bensì un *quid* simile al nostro diritto soggettivo: non avrebbe egli infatti detto che un *ius* si spetta, se avesse considerato questo *ius* come una *res*, sia pure *incorporalis*, ma, collegandosi proprio all'enunciazione precedente, avrebbe parlato di << *intendere rem corporalem vel incorporalem nostram esse* >>. Con ciò il giurista chiarisce che, lungi dall'essere il *ius* null'altro che un *res*, è viceversa l'espressione << *res incorporalis* >> a costituire semplicemente un modo per indicare il *ius*, modo utile per certi riguardi, ma non capace di sovvertire la realtà.

Il Villey invece prende terribilmente sul serio la qualifica di *res incorporalis* e stabilisce, per conto suo, l'assoluta equazione << *ius = res* >>. Egli svela il proprio pensiero in tutta la sua ingenuità, quando cerca di spiegare perchè il *dominium* non riceve di solito nelle fonti il nome di *ius*. Osservato che i *iura* sono cose corporali, << on comprend bien aussi que le droit de propriété ne soit pas qualifié de *jus*. Car il n'est pas une chose qu'on puisse placer sur le même plan que le *fundus*, que les choses corporelles. C'est au contraire le droit subjectif même qui porte sur une chose >>. Il *dominium* non è chiamato *ius*, perchè non è una cosa ma un diritto. Ugualmente la *proprietas*, in contrapposto all'*usus fructus*, sebbene sia << un des avantages juridiques... dont l'ensemble compose la *res corporalis* >>, << n'est pas en elle-même un *res*. Aussi n'a-t-elle pas droit, semble-t-il, au terme de *ius* >>⁷³.

Riscendiamo sulla terra per osservare che, anche se, in non concessa ipotesi, Gaio o altri giuristi classici avessero adottato l'asserito punto di vista obbiettivo, considerando i diritti come cose o come beni – punto di vista senz'altro legittimo in sede economica e che riesce talvolta comprensibile pure in sede giuridica –, ciò non esclude che, nell'analizzare la struttura di quei diritti, nello spiegare in che senso erano beni, si adottasse, si dovesse anzi adottare, il punto di vista soggettivo. I due punti di vista non sono incompatibili, ma possono in qualche caso essere addirittura complementari. Si pensi a quei giuristi che ammettono l'esistenza di diritti sui diritti: essi parificano, per questo riguardo, il diritto a una cosa e lo valutano come entità obbiettiva; tuttavia nessuno potrebbe

⁷² Che l'obbligo di alcuno verso di noi rappresenti un nostro diritto, Gaio non dice; ed in verità è questo il più difficile problema che si debba risolvere in materia di diritto soggettivo tanto dal punto di vista romanistico che da quello generale (v. qualche cenno anche *infra*).

sostenere che essi ignorino o neghino il concetto di diritto soggettivo e che non vi scorgano una facoltà, un potere, una pretesa o una qualsiasi altra attribuzione del soggetto. Allo stesso modo è concepibile si sia comportato Gaio, qualificando in principio i *iura* come *res incorporales* e tuttavia riconoscendo in altri punti la loro natura soggettiva.

Al termine della sua fatica il Villey si trova ad avere sgombrato il campo da tutti i diritti soggettivi patrimoniali, tranne uno, il *dominium*. Questo appare irriducibile. Si consola però della pericolosa ammissione a cui è costretto, constatando che nelle fonti romane il *dominium* non viene indicato come *ius*, e proponendo del fenomeno l'edificante spiegazione che si è poc'anzi ammirata. Forte poi di questa constatazione, egli giunge a sostenere che la categoria del *dominium* si estendeva a tutto il territorio del diritto privato, giacchè, se le servitù, l'usufrutto, l'eredità, le obbligazioni erano cose, esse dovevano appartenere ai privati allo stesso modo delle cose corporali, di esse quindi i privati dovevano avere il *dominium*.

Ora, come si è già detto in principio, l'ammissione che il *dominium* fosse un diritto soggettivo ha la sua importanza, poichè inferisce di per sè un grave colpo all'intera tesi del Villey. Ma molto più importa smentire che il *dominium* si estendesse a tutta la sfera del diritto privato ed esprimesse l'appartenenza sia delle cose corporali sia delle così dette cose incorporeali, cioè dei *iura*. Le espressioni << proprietà della servitù >>, << proprietà del credito >> e simili non sono nuove; ma ad esse non si può dare altro significato giuridico che quello di titolarità della servitù, del credito, ecc. Se è vero poi che nel diritto romano arcaico la proprietà, sotto il nome di *mancipium* o di *dominium* o sotto un altro ancora, aveva un ambito molto più esteso che nelle epoche posteriori, si da costituire la matrice di molti altri diritti⁷⁴, ciò non accadeva perchè questi diritti, parificati alle *res*, fossero ritenuti oggetto di proprietà, bensì perchè, in luogo di questi diritti, non ancora individuati, si ammetteva la sola proprietà delle cose corporali: p. es. in luogo del diritto di passaggio (servitù) si conosceva unicamente la proprietà della strada⁷⁵, in luogo del *ius successionis*, inteso come diritto di essere o di divenire eredi, si conosceva puramente la proprietà dei beni ereditaria e fra questi si annoveravano solo cose corporali.

Del resto, già prima dell'epoca classica tali concezioni materialistiche erano state accantonate, in seguito al graduale formarsi dei diritti limitati di godimento (*ius eundi agendi*, *ius aquae ducendae*, *ius utendi fruendi*, etc.) oppure, se non altro, in seguito all'inserirsi tra i beni ereditari dei crediti e di altri diritti. Ora, questa trasformazione

⁷³ VILLEY, *Mél. De Visscher* 2. 429.

⁷⁴ Lo ribadisce ora in modo sistematico l'AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, cit., col quale si può in massima consentire, salvo là dove vuole estendere la sua tesi alla materia delle obbligazioni (605 ss.).

⁷⁵ Sul modo di intendere questa proprietà della strada le opinioni possono variare, secondo che si pensi alla proprietà ordinaria che si conosceva nell'epoca storica (AMBROSINO, *Le applicazioni*, cit., pag. 591 s., che ricorda la ricca letteratura precedente) oppure alla proprietà divisa in senso funzionale (KASER, Max. *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, pag. 446 ss., 1939; KASER, Max. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar: Akademie für Deutsches Recht, 1943. Pag. 302 ss.). Ma, dal nostro punto di vista, questo divario di opinioni non ha rilievo. Allo stesso modo non importa che si ammetta o no uno stadio originario dell'usufrutto, in cui la divisione tra la mera proprietà e il godimento dei frutti si

non significò la sostituzione di una proprietà di cose incorporali all'antica proprietà di cose corporali, ma la nascita di diritti soggettivi diversi dalla proprietà. Basta leggere il bel passo di Alfeno già sopra citato (D. 8. 3. 30), per rendersi conto che alla fine della repubblica, non solo si distingueva tra proprietà del luogo e servitù, ma si ravvisava pure l'essenza del passaggio nella possibilità per il titolare di attraversare tale luogo: *quaesitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat an ut per eum locum accedere possit*.

L'idea di una proprietà della servitù, di una proprietà dell'usufrutto, a maggior ragione di una proprietà del credito o dell'obbligazione, oltre che dogmaticamente scorretta, è assolutamente aliena alla mente dei Romani.

Se ne ha la prova matematica, considerando il modo in cui era redatta l'*intentio* delle formule con cui si facevano valere tali diritti: in esse non si affermava che l'*iter*, l'*aquaeductus*, la *servitus altius non tollendi*, l'*usus fructus*, l'*obligatio* appartenessero all'attore, non si diceva << *iter, aquaeductum, servitutum altius non tollendi, usum fructum, obligationem Ai Ai esse* >>, come sarebbe stato se i Romani avessero concepito la pretesa proprietà delle cose incorporali (delle cose corporali si diceva infatti << *fundum Cornelianum Ai Ai esse* >>), bensì che all'attore spettava il diritto di passare, di condurre acqua, di usare e godere o che al convenuto non spettava il diritto di *altius tollere* o che questi doveva dare qualcosa all'attore: << *ius esse A.o A.o eundi agendi, aquam ducendi, utendi fruendi* >> o << *ius non esse N.o N.o altius tollere* >> o << *N.m N.m A.o A.o centum dare oportere* >> (cfr. Paul. D. 8. 5. 9 pr.; Ulp. D. 7. 6. 5 pr.; Ulp. D. 8. 5. 3 pr.; Gai. 4, 2-3, 41 e *passim*). Solo riguardo all'*hereditas* sopravvisse l'*intentio* << *si paret hereditatem... Ai Ai esse* >> (cfr. Gai. D. 5. 3. 3; eod. 10. 1); ma questo fatto, dovuto a ragioni particolari, non solo storiche ma senza dubbio anche dogmatiche, e sul quale ora non è il caso di intrattenersi, non può smentire quanto emerge da tutti gli altri campi del diritto. Non si dimentichi al riguardo che quelle testimonianze hanno un valore quasi ufficiale, giacché l'*intentio* assolveva precisamente il compito di fotografare nei suoi lineamenti essenziali il diritto o il rapporto fatto valere dall'attore.

Dimostrata dunque l'inesistenza della proprietà delle cose incorporali, viene a cadere l'unico possibile sostegno della tesi che i Romani considerassero effettivamente i diritti al pari delle cose e si ha viceversa la prova che essi, anziché il solo *dominium*, concepivano tutta una serie di attribuzioni giuridiche del soggetto.

La ricchezza delle situazioni soggettive trova facile conferma non appena si scorrono le fonti senza l'impaccio degli schemi obbligati del Villey. Non vi è quasi testo, il cui oggetto non consista nell'indicare ciò che alcuno può fare o almeno ciò che altri deve fare o non fare verso di lui; ora mi pare che una simile indicazione, di cui non so se un qualunque ordinamento giuridico possa mai fare a meno, presupponga necessariamente un punto di vista soggettivo. Ma si circoscriva pure la ricerca a quelle che si presentano *ictu oculi* come attribuzioni del soggetto; anche da questo più ristretto angolo visuale possiamo notare le locuzioni << *ius esse alicui* >>, << *ius*

ottenesse attraverso forme di proprietà (sull'argomento da ultimo AMBROSINO, Rodolfo. *Usus fructus e communio*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Apollinaris, vol. 16, pag. 183 ss., 1950).

competere >>, << *ius habere* >>, << *rem (hereditatem) alicuius esse* >>, << *dominium alicuius esse* >>, << *dominium habere* >>, << *facultatem esse* >>, << *facultatem competere* >>, << *facultatem habere* >>, << *potestatem esse* >>, << *potestatem habere* >>, << *licere* >>, << *posse* con verbo all'infinito >>, << *actionem esse* >>, << *actionem competere* >>, << *actionem habere* >> e altre ancora che i lessici ci aiutano a rintracciare nelle fonti⁷⁶; ed esse mi sembra rappresentino un'irrefutabile conferma che i Romani ammettevano un'ampia gamma di attribuzioni del soggetto e ragionavano diffusamente intorno a esse.

Il rilievo negativo, che a prima vista si può fare, è che queste attribuzioni erano innumerevoli, prive di relazioni l'una con l'altra, concesse in modo atomistico e quindi irriducibili alla figura unitaria del diritto soggettivo. Il rilievo è in parte fondato; ma non si rilieva in fondo se non come un altro modo per dire che i giuristi romani, poco inclini alle speculazioni teoriche, non si sono curati di analizzare il contenuto intrinseco di quelle attribuzioni, di formulare, di conseguenza, concetti, e di dedurne un linguaggio rigoroso da adottare costantemente; come è accaduto in parecchi altri campi, p. es. in quelli delle obbligazioni, dei contratti, delle servitù, essi, anziché delineare una figura astratta generale, in cui si ricomponessero le singole specie concrete, hanno preferito concentrare l'attenzione su queste specie concrete e pertanto, in luogo del diritto soggettivo, hanno conosciuto i diritti soggettivi o addirittura i singoli elementi di questi diritti.

Comunque, sarebbe certamente errato ritenere che, secondo quei giuristi, a ogni locuzione corrispondesse un'attribuzione distinta; in realtà molte locuzioni si sovrapponevano l'una all'altra, in quanto indicavano, da angoli visuali diversi, la medesima attribuzione. Vi erano figure complessive intorno a cui si coagulavano le varie specie, e io credo che possiamo ravvisarle nel *ius*, nel *dominium*, nella *potestas*, nella *facultas* o *licere*, nell'*actio*. Certo, mentre il *dominium* e l'*actio* erano nozioni abbastanza nettamente individuate⁷⁷, i confini tra *ius*, *potestas* e *facultas* appaiono più incerti, giacché i relativi termini vengono talvolta usati come sinonimi⁷⁸. Si deve tenere presente in proposito che *ius*, spesso unito a un gerundivo al genitivo (*ius eundi agendi*, *ius utendi fruendi*, *ius accusandi*, *ius mortuum inferendi*, ecc.)⁷⁹, indica con assoluta prevalenza la possibilità di compiere un

⁷⁶ Sfortunatamente il vocabolario più importante (il *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*) manca ancora delle voci << *ius* >>, << *licet* >>, << *possum* >>, << *potestas* >>. Quando si potranno consultare anche queste voci, si percepirà con ancora maggiore nettezza l'importanza che i Romani annettevano al punto di vista soggettivo.

⁷⁷ S'intende che mi riferisco all'*actio* come attribuzione soggettiva e prescindendo dagli altri significati del termine, rinviando a quanto rilevai già in *Actio*, 18 ss. e nelle lezioni sul PUGLIESE, Giovanni. *Il Processo formulare*, vol. I. Genova, 1948. Pag. 101 ss., rilievi che viceversa il VILLEY trascura quando giudica non opportuno << réduire ainsi les sens divers, généralement assez vagues du mot *actio*, en un unique sens >> (*RH*. cit. 126).

⁷⁸ P. es. si parlava di *ius accusandi* (Ulp. D. 40. 9. 30. 1-2; Mod. D. 48. 4. 7 pr., etc.) e di *facultas accusandi* (Ulp. D. 48. 5. 4 pr.; Marcian. D. 48. 16. 1. 10), di *ius aedificandi* (Pomp. D. 8. 2. 27. 1) e di *facultas aedificandi* (Pomp. D. 39. 2. 41), di *potestas manumittendi* (Gai. 1. 43) e di *ius manumittendi* (Tryph. D. 49. 15. 12. 9), di *potestas iubendi* (Marcian. D. 50. 16. 214) e di *ius iubendi* (Pomp. D. 26. 7. 17).

⁷⁹ Cfr. *VIR* 2. 22 (sub v. << *habeo* >>); 5. 832 e 834 (sub v. << *sum* >>).

certo atto⁸⁰. È da osservare tuttavia che, mentre << *fācultas* >> esprime di solito una possibilità di agire derivante da un semplice *licere* o compresa in una più ampia situazione soggettiva come il *dominium* o la *patria potestas*, << *ius* >> designa specificamente la possibilità di agire individuata come figura a sè stante e protetta da una distinta *actio*; e << *potestas* >>, pur nella varietà delle sua accezioni (che Paul. D. 50. 16. 215 tenta di classificare), allude a una possibilità di agire più intensa, che si esprime o in un potere di comando, come nell'accezione pubblicistica del termine e nella *patria e dominica potestas* o almeno nella legittimazione a compiere atti giuridici con una certa efficacia, e che, d'altra parte, non costituisce di per sè il presupposto di una distinta *actio*.

Ma è poi importante notare che le figure così delimitate manifestavano tra loro chiari legami. In primo luogo il termine << *ius* >> mostrava la tendenza a designarle tutte. Abbiamo già visto che le possibilità di agire, qualificate di solito come << *fācultates* >> o << *potestates* >>, potevano ugualmente essere espresse con << *iura* >>. La stessa *potestas* familiare assumeva tecnicamente il nome di *ius* nelle locuzioni << *alieno iuri subiectus* >> e << *sui iuris* >>⁸¹; e, sempre a proposito di *potestas*, non può essere trascurato il binomio << *ius potestasque esto* >>, con cui varie disposizioni legislative conferivano determinati poteri ai magistrati o ai privati (cfr. *lex Falcidia* in D. 35. 2. 1 pr.; *lex Quinctia de aquaed*, 26. 49-50; *lex col. Genit. Iul.* 56; 125; 126; 128; etc.; *lex Malac.* 54, 49)⁸². Per parte sua, l'*actio*, come è noto, viene definita da Cels. D. 44. 7. 51 come << *ius iudicio persequendi* >>. Si dice che questa definizione sia interpolata⁸³, mentre io continuo a non crederlo; ma anche se lo fosse, non verrebbe meno la possibilità di riportare l'*actio* al *ius*, considerando che la spettanza dell'*actio* determinava per il soggetto un << *agere posse* >> o, come altrove si dice, una << *potestas experiendi* >> e che il *posse* e la *potestas* si potevano esprimere anche con *ius*. Resta il *dominium* che, come rileva il Villey, non risulterebbe qualificato nel suo complesso come *ius*. Vi è tuttavia qualche eccezione (cfr. Phil. c. 8. 10. 4); inoltre varie estrinsecazioni del *dominium* avevano il nome di *ius* (come p. es. nella locuzione formulare << *ius non esse N.o N.o aedes altius*

⁸⁰ Il VILLEY (*RH. cit.* 217; *Mél. de Visscher* 2. 428) vuol contestare questa interpretazione, molto grave senza dubbio per la sua tesi, sostenendo sulla base dell'autorità filologica del RIEMANN, Othon. *Syntaxe latine*, Paris: Editora Klincksieck, 1890. 496. 504, che il gerundivo aveva significato di sostantivo, anziché di verbo. Ma, senza entrare in una disputa grammaticale, direi che nonostante quel significato la sostanza non muta. Per quanto si dica << io ho il diritto di passaggio, io ho il diritto di usufrutto >>, invece che << io ho il diritto di passare, io ho il diritto di usare e godere >>, rimane ugualmente chiaro che la sostanza del diritto consiste nel potere passare, nel potere usare e godere e similmente. Quando il vocabolo indica un'azione umana e viene collegato a una persona che può fungere da soggetto di questa azione, come appunto nelle locuzioni << *ius esse alicui eundi agendi, utendi fruendi, aedes tollendi, accusandi*, etc. >>, diviene indifferente che il vocabolo abbia forma di verbo o di sostantivo, giacché nella sostanza si avrà sempre l'attribuzione alla persona della possibilità di compiere quel determinato atto. Si veda infatti come Paul. D. 8,1, 8 pr. descrive il contenuto di un'ipoteca *servitus*, cioè di uno di quei *iura* a cui ci riferiamo: << *Ut pomum decerpere liceat et ut spatari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest* >>. È sufficiente, d'altronde, scorrere p. es. i titoli dei libri 7 e 8 del Digesto per accorgersi indiscutibilmente che la titolarità dell'usufrutto o di una servitù si risolveva nella possibilità di comportarsi in dati modi riguardo alla cosa che ne era oggetto. E nello stesso senso fa prova l'equivalenza, entro certi limiti, di *ius* a *fācultas* e a *potestas*.

⁸¹ Sul tema cfr. KASER, Max. *Das Altrömischer Ius*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1949. Pag. 89.

⁸² Questi rilievi avevo già fatti in *Actio*, 239. Un più ampio elenco di testi sull'argomento v. ora un KASER, *Altröm. Ius*, 98 nt. 9-10.

tollere >>) o, più spesso, di *facultas* o *potestas*, mentre anche il *dominium* nel suo insieme appariva talvolta una *potestas* come quello sugli schiavi (Paul. D. 50. 16. 215; cfr. Gaio. 1. 52-54).

In ogni modo, a prescindere dal legame terminologico, quello che soprattutto importa è il legame sostanziale; e ad esso si riferisce il mio secondo rilievo. Mi sembra infatti che tutte quante le figure soggettive su indicate avessero in comune la peculiarità di porre il soggetto in grado di esplicitare in una data sfera, verso direzioni più o meno importanti, la propria volontà. Fossero poteri di comando, signorie giuridiche su cose, possibilità di compiere efficacemente taluni atti, possibilità di trarre da cose date utilità, esse per lo meno significavano che al titolare era lecito agire. Si trattava insomma di situazioni aventi un contenuto attivo.

Di fronte a ciò fa spicco la nessuna considerazione che i Romani mostrano per quella che nella scienza giuridica moderna è detta pretesa e nella quale, pur rifiutandone il nome, io avevo ravvisato altra volta⁸⁴ l'essenza del diritto soggettivo. Allora avevo constatato che << *ius* >> non era termine idoneo a significare il diritto al comportamento altrui, ossia la situazione di quegli nei cui riguardi altri ha l'obbligo di comportarsi in un dato modo. Ma si sarebbe tentati di aggiungere che non si tratta solo del significato di << *ius* >>, bensì forse di una più generale indifferenza dei giuristi romani per quella situazione.

Codesto atteggiamento non sarebbe difficile da spiegare. In verità vari giuristi più moderni non hanno esitato a chiarire che la pretesa, come potere (diverso dall'azione) di chiedere o di esigere dalla contraparte l'adempimento dell'obbligo, in effetti non esiste⁸⁵ e l'hanno definita situazione inattiva, riconducendola entro i più modesti confini dell'aspettativa, giuridicamente garantita, al comportamento altrui, confini che naturalmente hanno reso inadeguato il nome di << pretesa >> e ancor più quello pandettistico, a cui risale, di << Anspruch >>. Ora i Romani si accorsero per conto loro, pur senza prospettarsi il problema, che rispetto al comportamento altrui il soggetto non aveva poteri o facoltà di sorte e, guidati dal loro senso di concretezza, fermarono l'attenzione, anziché sulla semplice aspettativa, sulle possibilità di agire che ulteriormente ne derivavano per il soggetto, in specie sull'*actio*. E così al titolare di una servitù ritennero spettasse, oltre l'eventuale facoltà di utilizzare in ristretti limiti il fondo servente, la *vindicatio servitutis*, all'usufruttuario, oltre la facoltà di usare la cosa e di percepirne i frutti, la *vindicatio usus fructus*, al creditore praticamente⁸⁶ la sola *actio in personam* corrispondente al tipo di

⁸³ Sembra pensarlo anche il VILLEY, *RH*, cit., 126, che non si dichiara convinto del commento con cui avevo cercato di oppormi alle congetture di interpolazione (*Actio*, 179; v. anche *Processo formulare* I. 112 ss.).

⁸⁴ *Actio* 63 ss., 237 ss., 338 ss.

⁸⁵ Fanno eccezione il SFORZA, Widar Cesarini. *Il diritto soggettivo*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Torino, vol. I, pag. 18 ss., 1947, e ultimamente il CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., pag. 154 ss.; è ovvio che piacerebbe dare ragione a questi insigni autori, in quanto il concetto di diritto soggettivo acquisterebbe maggiore e unitaria consistenza; ma per ora non ne vedo la possibilità dal punto di vista strettamente giuridico.

⁸⁶ Dal punto di vista terminologico si noti tuttavia come i giuristi classici abbiano cura di indicare con un'espressione adeguata anche la condizione che ha il creditore anteriormente all'*actio* e indipendentemente da essa. In alcune fonti del II e III secolo si usa *obligatio* in senso attivo o si ricorre addirittura al termine *ius* con le locuzioni *ius obligationis*, *ius nominis*, *ius crediti*, *ius stipulantis*

credito. E si badi che essi non intesero l'*actio* nel senso di pretesa, nè collocarono al posto della pretesa l'*actio*, come in vario modo sostennero il Windscheid e la numerosa schiera dei suoi seguaci, ma più semplicemente saltarono la pretesa, omisero di considerarla e riconobbero al soggetto unicamente l'*actio*.

A questo punto sorgerebbe di stabilire se l'illustrato orientamento delle fonti romane possa valere come segno rivelatore dell'inutilità di costruire il concetto di pretesa, del quale è già emersa in sede dogmatica l'evanescenza, o se nondimeno la pretesa, o come altrimenti si voglia denominarla, rappresenti sempre l'unica nota comune che possa unire i diversi diritti soggettivi, distinguendoli dall'azione, e fornire nello stesso tempo il necessario fondamento alla legittimazione del titolare a compiere gli atti di tutela e di disposizione. Fattore decisivo per questa scelta potrebbe essere la determinazione del significato giuridico da attribuire all'indicazione di un soggetto come destinatario del comportamento prescritto da una norma, se cioè tale indicazione abbia o meno un rilevanza che non sia solo quella del conferimento di una facoltà di godimento o dei poteri di tutela e di disposizione, in altri termini se, considerando la sola fase in cui si attende il comportamento altrui, la condizione di chi ne sia specifico destinatario si differenzi da quella di chi, pur avendo interesse all'adempimento, non venga particolarmente contemplato dalla norma.

Ma, per quanto mi riguarda, non mi sento ancora in grado di riprendere in esame questo problema e quelli connessi indicati in principio, poichè ritengo necessario lasciare prima meglio decantare, nel mio spirito e nella dottrina contemporanea, le diverse idee sostenibili in proposito. Per ora mi pare sufficiente avere assolto il compito più circoscritto che mi ero proposto, quello di chiarire come i Romani, contrariamente all'assunto del Villey condiviso dal Monier e dall'Albanese, non solo conferissero ai privati attribuzioni soggettive, ma avessero pure perfetta coscienza di questi conferimenti, in modo da adottare comunemente la visuale soggettiva nell'impostazione dei problemi giuridici. Che poi queste attribuzioni si possano riassumere in un concetto unitario di diritto soggettivo, a me sembra si debba parimenti ammettere, ma penso che sia solo questione ulteriore, avente in fondo, rispetto alla prima, natura secondaria.

(cfr. già *Actio* 241 s. e KASER, *Altröm. Ius* 97 nt. 5). Più diffuso però è il sistema di obbiettivare il diritto nella nozione di credito (*creditum, nomen*), onde i giuristi parlano, con varie sfumature, di << *creditum adtribuere* >>, << *creditum recipere* >>, << *creditum solvere* >>, << *nomen pertinere* >>, << *nomen adquirere* >>, << *nomen dare* >>, << *nomen habere* >>, << *nomen legare* >>, << *nomen solvere* >> (cfr. *VIR* 1. 1060; 4. 177-78). In SCEVOLA D. 32. 34 pr. si incontra anche la singolare locuzione << *obligatio nominis* >>, dove *obligatio* ha il senso attivo ora indicato e, accomunata con *nomen*, tende a esprimere nel modo più evidente il diritto del creditore.

Quanto alla possibilità di valorizzare queste testimonianze anche sotto il profilo sostanziale e di desumere che il diritto positivo romano dell'epoca classica riconosceva in effetti al creditore, non solo l'*actio*, ma pure un'aspettativa assimilabile alla nostra pretesa, io non la escludo affatto, nonostante le osservazioni svolte nel testo, in quanto distinguo, secondo i canoni indicati in principio, tra diritto positivo e rappresentazione che ne dà la scienza giuridica. Penso però che il dubbio non possa essere risolto in questa occasione, poichè occorre tenere conto dei risultati a cui giungeranno le meditazioni di teoria generale suggerite poco più innanzi nel testo.

**RES CORPORALES, RES INCORPORALES E O PROBLEMA DO DIREITO
SUBJETIVO****Resumo**

Esta é a tradução de um artigo do professor Giovanni Pugliese publicado em 1953, num estudo em homenagem aos quarenta e cinco anos de magistério do professor Vincenzo Arangio-Ruiz. Trata-se de um estudo polêmico que contradiz as conclusões do professor Michel Villey sobre o direito subjetivo na doutrina romana. Tal controvérsia alimenta a filosofia do direito até os dias de hoje, apesar de as opiniões do professor francês serem mais disseminadas no Brasil do que as suas autênticas objeções. Desse modo, este trabalho tem por escopo reacender essa discussão na academia lusófona, cuja herança intelectual ainda faz escola mundo afora. Confrontando a história romana, sua extensa legislação, a doutrina clássica de seus juristas e as opiniões dos historiadores sobre esse patrimônio civilizacional, o professor italiano rebate duramente todos os argumentos que Villey alega para afirmar que os romanos desconheciam o direito subjetivo. Ao fim e ao cabo, o artigo sepulta todas as ponderações em contrário e demonstra a riqueza do direito romano ao longo de tantos séculos. Ademais, a tradução desse estudo em língua portuguesa é um contributo para futuras pesquisas na ciência jurídica, que em solo brasileiro ainda precisa de recobrar sua imensa dimensão humanística.

Palavras-chave: Direito Subjetivo; Direito Romano; Filosofia Do Direito; Michel Villey; Giovanni Pugliese.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALBANESE, Bernardo. **La successione ereditaria in diritto romano antico**, in *Annali Palermo*, 20, pag. 232 ss., 1949.

AMBROSINO, Rodolfo. **Le applicazioni innovative della mancipatio**, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano: Giuffrè, vol. 2, pag. 583, n. 23, 1953.

_____. **Usus fructus e communio**, em *Studia et Documenta Historiæ et Iuris*, Apollinaris, vol. 16, pag. 183 s., 1950.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. Napoli: Jovene, 1949.

BARBERO, Domenico. **Le universalità patrimoniali**. Milano: Giuffrè, 1936.

_____. **Sistema istituzionale del diritto privato italiano**. Torino: UTET, 1949.

BETTI, Emilio. **Istituzioni di diritto romano I**. Padova: Cedam, 1942.

CALAMANDREI, Piero. **Relatività del concetto di azione**, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. 4, Padova: Cedam, 1940.

CAPOGRASSI, Giuseppe. **Il problema della scienza giuridica**. Roma, 1937.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. Roma: Foro Italiano, 1940.

_____. **Teoria generale del diritto**. Roma: Foro Italiano, 1951.

- COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Cours élémentaire de droit civil français**. Paris: Dalloz, 1947.
- COSACK, Konrad; MITTEIS, Heinrich. **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts**. Iena: Gustav Fischer, 1922-1924.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Istituzioni di diritto civile**, vol. I. Messina: Principato, 1926.
- DE RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio. **Istituzioni di diritto privato I**. Messina: Principato, 1939.
- DERNBURG, Heinrich. **Lehrbuch des preußischen Privatrecht**. Halle: des Waisenhauses, 1894-1896.
- DUSI, Bartolomeo. **Istituzioni di diritto civile**, IV. Torino: Giappichelli, 1944.
- ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts**. Marbugo: Elwert, 1931-1932.
- GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale**. Milano: Giuffrè, 1942.
- GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. Paris: Arthur Rousseau, 1924.
- GRADENWITZ, Otto; KÜBLER, Bernardus; SCHULZE, Ernestus Theodorus. **Vocabularium iurisprudentiae romanae**, vol. 2. Berlin: Savigny-Zeitschrift, 1894.
- GROSSO, Giuseppe. **Appunti sulla distinzione delle res in Gaio**, in **Studi in Storia e Diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento**, Milano: Giuffrè, vol. 1, pag. 35 ss, 1937-1939.
- _____ **Corso di diritto romano – Le cose**. Torino: Giappichelli, 1941.
- _____ **Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano**. Torino: Giappichelli, 1949.
- GUARINO, Giuseppe. **Potere giuridico e diritto subiettivo**. Napoli: Jovene, 1949.
- HAURIOU, Maurice. **Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté**. Paris: Bloud et Gay, 1933.
- KASER, Max. **Das Altrömischer Ius**. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1949.
- _____ **Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht**, Weimar: Akademie für Deutsches Recht, 1943.
- _____ **Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht**, in **Festschrift Paul Koschaker**, Weimar, pag. 446 ss., 1939.
- KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**. Tübingen: Scientia, 1911.
- _____ **Teoria generale del diritto e dello stato**. Milano: Comunità, 1952.
- _____ **Res als Zentralbegriff des Institutionensystem**, in **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, Berlin, 66, pag. 572 s., 1948.
- LENEL, Otto. **Palingenesia Iuris Civilis**, vol. I. Leipzig: Scientia, 1889. Pag. 173.
- LEVI, Alessandro. **La teoria generale del diritto**. Padova: Cedam, 1950.
- _____ **Istituzioni di teoria generale del diritto**. Padova: Cedam, 1935.
- MESSINEO, Francesco. **Manuale del diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1950-1951.

MOMMSEN, Theodor. **Juristische Schriften**, vol. II. Berlin: Weidmann, 1907.

MONIER, Raymond. **Du mancipium au dominium**. Paris: Le cours de droit, 1947.

_____ **La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales**, in **Studi in onore di Siro Solazzi**, Napoli: Jovene, 1948.

_____ **La possession est-elle une res incorporalis en droit romain classique?** in **Mélanges De Visscher 4**, Bruxelles, pag. 235 ss., 1950.

NATOLI, Ugo. **Il diritto soggettivo**. Milano: Giuffrè, 1943.

ORESTANO, Riccardo. **Diritto romano, tradizione romanistica e studio del diritto**, in **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**, LXXXVII, pag. 156 ss., 1950.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité élémentaire de droit civil français**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950.

PUGLIESE, Giovanni. **Actio e diritto subiettivo**. Milano: Giuffrè, 1939.

_____ **Actio e diritto subiettivo**, in **Revue Historique de Droit français et étrange**, vol. 24, pag. 125 ss., 1946-1947.

_____ **Il Processo formulare**, vol. I. Genova, 1948.

RAVÀ, Adolfo. **Istituzioni di diritto privato**. Padova: Cedam, 1937.

RIEMANN, Othon. **Syntaxe latine**. Paris: Klincksieck, 1890.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1947.

_____ **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1945.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Istituzioni di diritto civile**. Napoli: Jovene, 1946. Pag. 53 s. SCHERILLO, Gaetano. **Lezioni di diritto romano – Le cose**. Milano: Giuffrè, 1945.

SCHULZ, Fritz. **I principi del diritto romano**. Trad. Vincenzo Arangio-Ruiz. Firenze: Le Lettere, 1946.

_____ **History of roman legal science**. Oxford: Clarendon, 1946.

SEGRÈ, Gino. **Corso di diritto romano**. Torino: Giappichelli, 1927.

SFORZA, Widar Cesarini. **Il diritto soggettivo**, in **Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche**, Torino, vol. I, pag. 18 ss., 1947.

Studi in onore di Siro Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento, Napoli: Jovene, 1949.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. Padova: Cedam, 1952.

TUHR, Andreas von. **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**. München e Leipzig: Duncker & Humblot, 1914.

VASSALLI, Giuliano. **La Potestà punitiva**. Torino: Utet, 1942.

VILLEY, Michel. **Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique**, in **Mélanges De Visscher II**, Bruxelles, pag. 417 ss., 1949.

_____. **L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains**, in **Revue Historique de Droit français et étranger**, vol. 24, pag. 201 s., 1946-1947.

VOGT, Heinrich. **Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts**. Marburg: Simons Verlag, 1950. VON BESELER, Gerhard. **Lucubrationes Balticæ**, in **Studia et Documenta Historiæ et Iuris**, Lateran University Press, vol. 3, pag. 365, 1937.

WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto delle pandette**, vol. I, trad. it. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925.

Trabalho enviado em 25 de julho de 2018.

Aceito em 29 de julho de 2018.