

Diritto soggettivo e *ius*

nella visione di Michel Villey*

Natale RAMPAZZO

(*Université Federico II de Naples*)

1. Premessa

Villey, « un juriste, un philosophe, un historien perdu dans d'inutile antiquités », scriveva, affettuosamente, Stéphane Rials¹ delle etichette che gli si potevano applicare; dunque una persona poliedrica, versatile, dai molteplici interessi.

Come romanista si è occupato, in particolare, di indagini relative alla letteratura didattica, dal Cicerone del *de oratore* alle Istituzioni di Gaio in particolare, al diritto naturale e all'influenza della filosofia greca sulla giurisprudenza romana².

Tratterò un aspetto della sua riflessione sul diritto romano, che tanto rumore ha suscitato, forse non per nulla.

In particolare dell'esistenza o meno nel pensiero giuridico romano della nozione di diritto soggettivo³, intesa in senso moderno, come

* Con l'aggiunta di note essenziali il presente contributo è il testo, rivisto e tradotto in italiano, della relazione dal titolo *Critique de la lecture villeyenne du droit romain: le droit subjectif*, tenuta il 22 gennaio 2005 al *Colloque international sur Michel Villey*, nell'*Amphithéâtre Liard* dell'Université Sorbonne de Paris e pubblicata in *Michel Villey. Le juste partage*, Paris 2007, 115-125.

¹ Villey (1914-1988-1998), in *Droits* 27 (1998) 196.

² Per più puntuali riferimenti rinvio all'appendice bibliografica di S.BAUZON, *Il mestiere del giurista*, Milano 2001.

³ V. *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHDFE* 24-25 (1946-1947) 201-227 [= con qualche variazione, *Les institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962², 167-188]; *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*, in *Mélanges F. De Visser* II, *RIDA* 3 (1949) 417-436; *Le droit romain. Son actualité*, Paris 1949, 69-94; *Les origines de la notion de droit subjectif*, in *Arch. Phil. Droit* (1953-1954), 163-187; *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 1975 (rist. 2003), 240-251

« le pouvoir juridique appartenant à une personne contre d'autres personnes, relativement à un certain objet⁴ » e considerato recentemente da Donahue, « quite fundamental to Roman law⁵ ».

[= *La formazione del pensiero giuridico moderno* (tr. it. R.D'ETTORRE, F.D'AGOSTINO, Milano 1985), 195-206]; *Le 'Droit subjectif' et la science juridique romaine*, in *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983 (rist. 1998), 69-79. Su questo problema v. S.BAUZON, *Il mestiere del giurista* cit. 170-196.

⁴ *Du sens de l'expression jus in re* cit. 421. Ma numerose e talvolta discordanti sono le teorie continentali ed anglosassoni ricostruttive dell'essenza della locuzione 'diritto soggettivo', come nota G.SAMUEL, « *Le droit subjectif* » and *English Law*, in *Cambridge L.J.* 46 (1987), 264-286. V. una sinossi dello sviluppo della nozione in W.CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, in *RISG* 84 (1947), 186ss. e ID., s.v. « *Diritto soggettivo* », in *ED XII*, Milano 1964, 669ss.

⁵ C.DONAHUE JR., *Ius in the subjective sense in Roman Law. Reflections on Villey and Tierney*, in *A Ennio Cortese I*, Roma 2001, 506. In questo contributo lo studioso inglese tenta di contestare la visione villeyana per raggiungere l'ulteriore obiettivo di criticare le conclusioni di B.TIERNEY, autore della monografia su *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta 1997; trad. it. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna 2002, il quale sostiene l'originalità del pensiero canonistico nell'elaborazione della categoria concettuale del diritto soggettivo, che, nella rappresentazione dello studioso americano, Guglielmo di Occam avrebbe esclusivamente 'utilizzato', ma non 'creato': v. le letture di J.PORTER, *From Natural Law to Human Rights: Or, Why Rights Talk Matters*, in *J.L. & Rel.* 14 (1999-2000) 77-96 e di CH.J.REID JR., *The Medieval Origins of the Western Natural Rights Tradition: The Achievement of Brian Tierney*, in *Cornell L.Rev.* 83 (1997-1998) 437-463, di cui cfr. pure *The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry*, in *B.C.L.Rev.* 33 (1991-1992) 37-92, spec. 55ss. Tierney si era già opposto sul punto alle idee di Villey ed alla recezione acritica che in particolare gli studiosi americani ne hanno fatto (p.30s. e 48ss. dell'ed. it. e cfr. *Villey, Ockham, and the Origins of Individual Rights*, in J.WITTE JR., F.ALEXANDER [eds.], *The Weightier Matters of the Law: Essays on Law and Religion*, Atlanta 1988, 1-31, spec. 23ss.), ribadendo il suo pensiero anche di recente in *The Idea of Natural Rights. Origins and Persistence*, in *NW.U.J.Int'l Hum.Rts* 2 (2004) 2-12; cfr. tra quegli studiosi 'passivi' nei confronti di Villey: H.BERMAN, *Individualistic and Communitarian Theories of Justice: An Historical Approach*, in *U.C. Davis L.Rev* 21 (1987-1988) 568; G.V.BRADLEY, *The Enduring Revolution: Law and Theology in the Secular State*, in *Emory L.Rev.* 39 (1990) 228ss., che contesta l'assunto di Tierney. Contrario alle radicali conclusioni dello studioso americano appare tuttavia P.GROSSI, che, nella sua *Besprechung*, in *ZSS Kan* 117 [86] (2000) 554ss., pur evidenziando l'« esagerazione » e l'« unilateralità » della prospettiva dello studioso francese, la quale renderebbe il francescano un « profeta » del futuro sviluppo della dimensione giuridica soggettivistica, ne apprezza invece la percezione del movimento ideologico del Trecento come una rivoluzione che sgretola le fondamenta dell'universo medievale. A.GUZMÁN BRITO, *Historia de la denominación del derecho-facultad como 'subjetivo'*, in *Rev. est. hist.-jur.* 25 (2003) 407ss., si dimostra convinto dall'opinione di Tierney; secondo K.W.NÖRR, *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in *Fs. für H. Lange*, Stuttgart 1992, 193-

2. *La nozione di diritto soggettivo nel pensiero moderno e sue ascendenze romanistiche*

Si pretende dai moderni che un simile concetto, per Villey « une notion barbare et confuse⁶ », sia stato ereditato dal diritto romano, in cui il lemma per esprimerlo sarebbe stato semplicemente *ius* (specificabile con *ius in re* per la descrizione del potere esercitabile da un soggetto su una cosa, e con *ius ad rem*⁷ per il diritto di credito).

In quel termine dovremmo dunque trovare compendiata una serie eterogenea di diritti del soggetto, da quelli reali a quelli di credito che invece nelle espressioni dei giuristi romani sono indicati diversamente (*ius in re* ricorre invero assai di rado; per indicare il credito si preferisce la forma *nomen* o, evidenziando le conseguenze processuali, *actio*).

Il problema metodologico è individuato da Villey proprio nell'ostinazione di utilizzare categorie moderne per definire istituti antichi. La definizione di diritto soggettivo risulta, per effetto di questo atteggiamento, « métaphysique, artificielle, inutile, illusoire⁸ ».

È un difetto dell'individualismo, che ha tra i suoi corifei Donello⁹ e la sua base nella massima ulpiana della giustizia distributiva¹⁰, e

204, l'idea di diritto soggettivo non apparterebbe invece ai modelli di pensiero medievale: cfr. sul punto, M.J.RODRÍGUEZ PUERTO, *Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad*, in *Rev. est. hist.-jur.* 26 (2004) 301-335. V. da ultimo in prospettiva diacronica E.STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei 'diritti soggettivi' fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi senesi* 55 (2006) 120-177, anticipato da *I 'diritti' a Roma*, in *Fil. Pol.* 19 (2005) 383ss., che reputa la questione del diritto soggettivo « uno snodo fondamentale nella storia della ricerca romanistica... (almeno) degli ultimi due secoli » (p.122), procedendo quindi ad una ricognizione sistematica delle espressioni contenenti il termine *ius* ed individuando in alcune di esse, oltre che nei termini *facultas* e *res incorporalis*, tracce di « posizioni giuridiche soggettive » (p.157).

⁶ *La formation* cit. 248 [= *La formazione* cit. 203].

⁷ V. ampiamente su questa dicotomia F.WUBBE, s.v. « *Ius in re* », in *PWRE* Suppl. X, Stuttgart 1965, 333-343 [= *Ius vigilantibus scriptum*, Fribourg 2003, 65-77], e G.WESENER, *Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung*, in *Fs. H.Niederländer*, Heidelberg 1991, 195-213.

⁸ Altrettanto categorico P.CATALANO, *Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1, 1, 12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M.Talamanca* II, Napoli 2002, 97-117, spec. 97ss., che giudica i concetti di diritto oggettivo e diritto soggettivo « nient'affatto romani ».

⁹ Per R.FEENSTRA, *Dominium and ius in re aliena. The Origins of a Civil Law Distinction*, in *New Perspectives on the Roman Law of Property. Essays for*

del nominalismo, introdotto nel pensiero giuridico da Guglielmo di Occam, nel XIV secolo¹¹, da Savigny e Windscheid e dagli automatismi concettuali della Pandettistica, per cui il diritto soggettivo è « Willensmacht », potere della volontà¹²: un difetto che consiste nell'associare, confondendoli, gli aspetti del diritto e del potere in esso implicato¹³. Il lessico individualista pone infatti al centro del discorso il soggetto¹⁴, le sue qualità e facoltà, le forze che

B.Nicholas, Oxford 1989, 111ss., questi sarebbe stato il fondatore del concetto moderno di diritto soggettivo. Cfr. H.H.PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen*, in *ZSS* 65 (1947) 342s., e M.BRETONE, *La coscienza ironica della romanistica*, in *Labeo* 43 (1997) 187ss.

¹⁰ D.1.1.10pr.-1 (1 reg.). *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, su questo punto v. le acute osservazioni di W.CESARINI SFORZA, 'Ius' e 'directum'. *Note sull'origine storica dell'idea di diritto*, Bologna 1930, 13ss., M.VILLEY, *Suum jus cuique tribuens*, in *Studi in onore di P. De Francisci* I, Milano 1956, 363-371, e, più di recente, l'indagine di W.WALDSTEIN, *Ist das suum cuique eine Leerformel?*, in *Ius humanitatis. Fs. zum 90. Geburtstag von A.Verdross*, Berlin 1980, 285-320 [= con alcune aggiunte, in *SDHI*. 61 (1995) 179-215 e l'*excursus* storiografico di L.PEPPE, 'Jedem das Seine', (uni)cuique suum, 'a ciascuno il suo', in *Tradizione romanistica e Costituzione* II, Napoli 2006, 1707-1748, spec. 1717ss. e 1737ss.], e il contributo di G.FALCONE, *Ius suum cuique tribuere*, in *AUPA* 52 (2007).

¹¹ Per una storia della formazione del concetto di diritto soggettivo, v. M.VILLEY, *Les origines* cit. 179ss., qualificato come un « esuberato della morale cristiana » in *Seize essais de philosophie du droit* (Paris 1969) 141; più orientate a definirne l'origine le pagine di ID., *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Arch. Phil. Droit* 9 (1964) 97-127, nell'ambito di un confronto a più voci sul diritto soggettivo (p.1-176), tra cui si segnala almeno H.COING, *Signification de la notion de droit subjectif* ivi 1-16. Una riflessione sui presupposti speculativi della nascita della nozione è in F.TODESCAN, *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova 2003, 201ss. V., inoltre, convinto di un decisivo ruolo svolto dall'ordine francescano, E.J.H.SCHRAGE, *Actio en Subjectief Recht*, Amsterdam 1977, 38ss. Sull'influsso nominalistico relativo alla teoria della proprietà v. N.H.M.ROOS, *On Property without Properties. An Inquiry into the Metaphysical Foundations and the Coherence of Property Law*, in G.E.VAN MAANEN, A.J.VAN DER WALT, *Property on the Threshold of the 21st Century*, Antwerpen 1996, 161-212.

¹² Così pure W.CESARINI SFORZA, 'Ius' e 'directum' cit. 11s., che fa dipendere il contenuto volontaristico del diritto subbietivo dal distacco della *ratio* (principio ideale) dalla *voluntas*, « diventando [la *ratio*] un criterio per la sua valutazione ».

¹³ M.VILLEY, *Le droit subjectif chez Jhering*, in *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von R. v. Jhering* Abh. Ak. Wiss. Gött. Phil.-Hist. Kl. 75, Göttingen 1970, 217-227, spec. 219ss.

¹⁴ A tal proposito sembra opportuno segnalare una recente indagine, incentrata sull'analisi di fonti antiche e moderne, che mira a ri-costruire la storia dell'avvento del 'soggetto' nel diritto: A.GUZMÁN BRITO, *Les origines de la noción de sujeto de derecho*, in *Rev. est. hist.-jur.* 24 (2002) 151-247, continuata in *Historia de la denominación del derecho-facultad como 'subjetivo'* cit. 407-443. L'interesse dello

da esso promanano, e costruisce le relazioni con il mondo reale a partire proprio dalla persona.

I Romani conoscevano certo la nozione di poteri della persona, ma non li configuravano giuridicamente come diritti, essi utilizzavano invece quello di *potestas*, di « maîtrise », connesso filosoficamente alla tensione stoica verso la libertà personale, che non fu mai elevata a diritto, dell'uomo o del cittadino¹⁵.

Il *dominium* (*corpus/rem habere* opposto a *ius in re habere*) o il diritto del creditore (opposto all'obbligazione, al lato passivo del rapporto giuridico, al *vinculum iuris*), nella rappresentazione giurisprudenziale, sarebbero allora trattati come dei fatti extragiuridici, come delle libertà naturali.

Ne consegue che il diritto soggettivo sarebbe logicamente incompatibile con il diritto naturale classico, altro elemento nodale della riflessione di Villey¹⁶, e quindi sconosciuto alla scienza giuridica romana¹⁷. Il messaggio dello studioso francese è allora di tornare

studioso cileno per questo argomento non è stato sporadico, avendo redatto la *Presentación* dell'edizione in spagnolo (da lui stesso curata ed in parte tradotta) di una raccolta di scritti di Villey dal titolo *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaiso 1977, 11-22, e avendo affrontato il tema sia nel contributo *Para la historia del derecho subjetivo*, in *Rev. Chil. Der.* 2 (1975) 55-68, sia in *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos*, in *Rev. Cienc. Soc.* 41 (1996) 245-257, spec. 249. Cfr. F.CARPINTERO, J.J.MEGÍAS, M.J.RODRÍGUEZ PUERTO, E.V.DE LA MORA, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz 2003.

¹⁵ R.TUCK, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, New York 1979, 7, sostiene in maniera ardita e non documentata che il sistema romano classico di diritti era costituito da « passive rights », essendo la libertà individuale un « relatively unimportant concept »: da questa premessa discutibile, egli conclude invece in maniera condivisibile che la carenza di teorizzazione generale dei giuristi romani non consentì l'affermarsi di una nozione moderna di diritto soggettivo.

¹⁶ Si confrontino infatti altri scritti come *Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité*, in *RHDFE* 31 (1953) 475-497, e *Abrégé de droit naturel classique*, in *Arch. Phil. Droit* (1961) 25-72; v. pure B.TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali* cit. 38ss., che ne sintetizza il pensiero criticandolo, e BAUZON, *Il mestiere* cit. 79ss.

¹⁷ *La formation* cit. 241 [= *La formazione* cit. 196]. Approfondimenti sulla genesi e soprattutto sullo sviluppo, in età moderna, dei rapporti, strutturali e funzionali, tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, *facultas agendi* e *norma agendi* sono in G.FASSÒ, *Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo*, in *Studi in memoria di G.Donatuti* I, Milano 1973, 347-364, che ribadisce l'essenza autoimplicantesi dei due termini della questione, tale che non si possa predicare dell'uno l'antioriorità o la poioriorità rispetto all'altro; egli individua inoltre già nel *Gorgia* (484 a-b) di Platone tracce consistenti del concetto di diritto naturale soggettivo, identificato, in quel caso, nel diritto del più forte.

all'insegnamento aristotelico e tomista per uscire dall'asfittico, e inconcludente, monologo del diritto soggettivo e per ritrovare il senso della dialettica giuridica¹⁸.

3. *La pretesa identificazione del diritto soggettivo con il termine 'ius': le premesse di Villey*

Bisogna allora interrogarsi sul senso assunto dalla parola *ius* per i Romani.

Per Villey l'analisi può essere condotta su tre sistemi, il piano delle istituzioni, quello di Sabino e quello dell'editto pretorio. Gli ultimi due sono tuttavia estromessi dall'osservazione perché « très mal connus en leurs principes » e, soprattutto per l'editto, è inutile cercarvi tracce di diritti soggettivi, essendo « fondé sur des distinctions purement procédurales et secondairement sur une distinction des *res*¹⁹ ».

Le Istituzioni di Gaio costituiscono l'ambito selezionato in cui esercitare la ricerca sui ragionamenti logico-giuridici dei giuristi romani²⁰: esse non rappresentano affatto un assemblaggio, seppure bene organizzato, di regole di condotta, ma sono assai più una descrizione dell'ordine sociale²¹, anzi del mondo giuridico di Roma antica. Ai nostri fini dunque esse diventano un contributo decisivo alla migliore conoscenza delle relazioni che in quell'ambiente si andavano svolgendo. La parola *ius*, in quel particolare contesto, non denota la nozione di diritto soggettivo, ma sembra avere un duplice significato: uno generale, se non generico, comprendente « tout ce qui est de nature juridique » e soprattutto « qualités ou condition

¹⁸ BAUZON, *Il mestiere* cit. 177. Interessanti le motivazioni per cui G.SAMUEL, « *Le Droit Subjectif* » cit. 268s., reputa importante la questione della concettualizzazione (o meno) del diritto soggettivo da parte dei Romani: 1. per la metodologia di approccio casistico alle fattispecie, condivisa dai giuristi di *common law*; 2. per la concentrazione del *focus* sulle relazioni tra diritto positivo e teoria del diritto. Egli precisa tuttavia che sarebbe un errore identificare l'« interest » con il « right »; la possibilità che un soggetto possa attuare una propria pretesa in un processo non implica che ci sia per ciò solo un diritto: qui sarebbe la contraddizione evidenziata da Villey, nella confusione che gli interpreti del diritto antico non avrebbero evitato tra « fact » e « norm » (p.272s.); in conclusione « the concept of *le droit subjectif* has little relevance in English law » (p.286).

¹⁹ *L'idée du droit subjectif* cit. 220s. [= *Les institutes de Gaius* cit. 170].

²⁰ Per un inquadramento v. pure M.FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen 1960, 104ss.

²¹ *Le 'Droit subjectif'* cit. 71.

juridiques d'une chose corporelle ou d'une personne », uno più specifico che designa una cosa incorporale, una creazione puramente giuridica. Il *ius* è allora una 'cosa', e non un diritto su una cosa, che manca di una consistenza materiale²².

La centralità del concetto di *res* nel sistema delle istituzioni era stata avvertita e discussa anche da Kreller²³ e, più di recente, con riferimento all'« Institutionensystem », da Kupisch²⁴, che nel termine *res* vede incluse non solo « körperliche Vermögengegenstände », ma « Vermögengegenstände » *tout court* e nella distinzione tra corporali e incorporali individua una cesura tra il diritto pieno di proprietà e gli altri diritti reali. « Les Institutions nous paraissent chercher à décrire, non pas des droits, mais des statuts. Statuts de chose, ou statuts de personnes²⁵ ». Gaio, nella sua opera didattica, come nel teatro della vita giuridica, descrive i diversi ruoli dei protagonisti (*personae*); in seguito la coreografia, la parte decorativa del palcoscenico, gli oggetti con cui gli attori interagiscono (*res*); infine le attività umane processuali, cioè tese all'affermazione delle connessioni esistenti tra persone e cose (*actiones*)²⁶.

Passando alla verifica di queste conclusioni in altri testi giuridici, Villey riscontra nei *Digesta*²⁷ un'utilizzazione del termine

²² *Du sens de l'expression jus in re* cit. 426s.

²³ *Res als Zentrabegriff des Institutionensystems*, in ZSS 66 (1948) 572-599, il quale tuttavia afferma che « der Begriff *res* bekommt neben der ... natürlichen Bedeutung 'Ding der Außenwelt' den technisch-juristische Sinn 'subjektives Recht' ». Per la negativa J.W.TELLEGEN, « *Res incorporalis* » et les codifications modernes du droit civil, in *Labeo* 40 (1994) 43.

²⁴ *Institutionensystem und Pandektensystem: Zur Geschichte des Res-Begriffs*, in *Liber memorialis J.M.Kelly, The Irish Jurist* 25-27 (1990-1992) 293-301.

²⁵ *Suum jus* cit. 367.

²⁶ Cfr. *L'idée du droit subjectif* cit. 207. E.BETTI, *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di V.Arangio-Ruiz* IV, Napoli 1952, 80-125 [= *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano 1991, 393-449], spec. 85 [= 399s.], qualifica questo modo di vedere abbacinato e spersonalizzato, sebbene non privo di un certo fascino ma forse più vicino all'arte che al diritto, agli scritti surrealisti o al teatro sperimentale di Antonin Artaud. G.PUGLIESE, *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *RISG* 5 (1951) 237-274 [= *Scritti giuridici scelti* III, Napoli 1985, 225-262], spec. 249s. [= 237s.], avvicina invece all'irricoscibile umanità picassiana il metodo villeyano di riprogettare per certi elementi dell'ordinamento giuridico funzioni e posizioni diverse da quelle comunemente accettate, con effetto 'spiazzante'. V. pure F.WIEACKER, *Griechische Wurzeln* cit. 95.

²⁷ Insieme con le altre produzioni giustinianee, una raccolta di differenti sistemi di pensiero ognuno dei quali è come « an epistemological framework for understanding

estremamente variegata (a fianco della dimensione oggettiva, appare talvolta quella più modernamente soggettiva del *ius*) e quindi meno dirimente, per la definizione della natura di *ius*, può essere un'analisi condotta caso per caso²⁸.

Sinteticamente, *ius* può indicare lo statuto (la posizione) attribuito ad una persona rispetto ad altre persone, o a un gruppo di persone relativamente ad altri gruppi (*ius civitatis*); il vantaggio o il valore particolare conferito ad una persona nell'ambito di una divisione di una cosa materiale o, infine, lo statuto di una cosa, come il *ius fundi*²⁹.

Il *ius* romano è dunque, nella prospettiva villeyana, sempre una cosa, non la potestà di un soggetto su una cosa; è quanto ci è attribuito e ci pertiene, il risultato di un'operazione divisoria o distributiva di beni economici. In effetti le regole giuridiche si disinteressano di fissare il contenuto di quella potestà e in tal senso può dirsi che il sistema romano è lacunoso; o, forse, che le *res* incorporano una tale pregnanza giuridica da dispensare i giuristi dal ricorrere alla costruzione del diritto soggettivo³⁰.

4. Sulla nozione di 'res' e sugli 'apparenti' diritti soggettivi

È proprio la figura dell'incorporazione quella che riesce meglio a descrivere la visione villeyana del diritto soggettivo: una cosa corporale non è solo materiale, limitata per così dire ai confini della sua sostanza, ma porta con sé un corredo funzionale di utilità per il soggetto con cui essa entra in relazione³¹.

the word *ius*»: G.SAMUEL, *Epistemology, Propaganda and Roman Law: Some Reflections on the History of the Subjective Right*, in *JLH* 10 (1989) 162s., che sottolinea la disomogeneità tra un modello fondato sulle nozioni di *iustitia*, *ius gentium*, *ius naturale* e quello impostato sulle coordinate di « legal subjects, legal objects and legal remedies », concordando con Villey sulla derivazione del concetto 'soggettivo' di *ius* dalla 'rivoluzione' nominalista (p.173).

²⁸ M.VILLEY, *Les origines* cit. 168ss., spec. 170, afferma che ad ogni modo dai testi studiati non emergerebbe una connotazione soggettivistica del termine *ius*, a fronte della molteplicità di significati. Su questa inclinazione metodologica (tesa a separare dagli elementi da valutare quelli che non garantiscono la coerenza con i risultati che si vogliono raggiungere) cade la critica, tra gli altri, di B.TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali* cit. 36.

²⁹ *La formation* cit. 247 [= *La formazione* cit. 202].

³⁰ *L'idée du droit subjectif* cit. 208.

³¹ In questo senso B.ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA* 20 (1949) 234 s. n. 1 dell'estr.

La *res* « préexiste au droit et peut exister avant le droit et sans le droit » (come il *fundus derelictus*).

A fianco della percepibilità fisica di alcune cose esiste una mera « intelligenza » di altre che, come dice Cicerone (*top.* 5.26) *tangi ... non possunt, cerni tamen animo atque intelligi possunt ... quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insita et impressa intelligentia, quam notionem voco*. Sono le *res incorporales*³², rappresentabili solo mediante un atto intellettuale, che nel catalogo gaiano³³, in cui si assiste alla sostituzione della *notio*

³² *Magnum il mare* dei contributi dedicati all'argomento: una bussola utile per l'orientamento può essere M.BRETONE, *I fondamenti del diritto. Le cose e la natura*³, Bari-Roma 2001, 123ss. e 270s., nonché ID., *Res incorporalis*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'Impero. Atti Convegni Lincei* 125 (1996) 117ss., ed il garbato contrappunto tra lo studioso barese e M.TALAMANCA, *Diatribe e paralipomeni*, in *BIDR* 96-97 (1993-1994) 673ss., incentrata sul concetto di *definitio* in Cic. *top.* 526s., e ancora, sulla centralità della persona nel sistema delle Istituzioni, O.BEHREND, *Die Person oder die Sache?*, in *Labeo* 44 (1998) 26-60, spec. 36ss., conseguente all'intervento di Bretone nella stessa rivista 43 (1997) 187-201 con il titolo *La coscienza ironica della romanistica*, e seguito dalla replica (*La persona e la cosa*) nel volume del 1998, p. 459-462. Sulla distinzione tra *res corporales* ed *incorporales* come fondante quella « enigmatica » tra *actio in rem* ed *in personam* v. di recente il curioso esperimento di A.MANCINI, *Ancien Roman Solutions to Modern Legal Issues. The Example of Patent Law*, New York 2004, 47ss., che ribadisce la natura composita, ibrida dell'essere umano (corpo ed intelletto) che lo destina a diventare *medium* necessario, nel secondo tipo di azioni, per poter attingere il bene immateriale.

³³ Cfr. D.1.8.1 (2 *inst.*). *Corporales hae sunt quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum ... incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae*; I.2.2.1; Ep.Gai.2.1.2ss.; Par.Theoph.1.118; su Gai.2.13s., v., tra gli altri, G.SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose I. Concetto di cosa – cose extra patrimonium*, Milano 1945, 11ss.; G.GROSSO, *La distinzione fra 'res corporales' e 'res incorporales' e il secondo capo della « lex Aquilia »*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* II, Napoli 1964, 791-795 [= *Scritti storico giuridici* III, Torino 2001, 711-715], ove un breve riferimento alla polemica Pugliese-Villey (795 nt.9); ID., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose – contratti*, Torino 1974, 39ss.; R.ORESTANO, *Gaio e le « res incorporales »*, in *Il problema delle persone giuridiche* I, Torino 1968, 144-162 [= con qualche modifica, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 297-314], F.BONA, *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales-res incorporales' e 'res Mancipi-res nec Mancipi' nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 407-454 [= *Lectio sua* II, Padova 2003, 1091-1129], e F.BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica tra res corporales e res incorporales nel diritto romano classico*, in *RIDA* 37 (1990) 71-116, ove rassegna acritica e pedissequa della letteratura in materia. Le sue conclusioni, opposte per principio a Villey, ne applicano, al contrario, uno dei Leitmotive argomentativi: come allo studioso francese sembrava inesistente nel diritto di una certa epoca ciò che non

ciceroniana con la qualificazione operata dal diritto³⁴, si identificano nelle servitù, nell'*usufructus*, nell'*obligatio*, nella *hereditas*. La *servitus* è, secondo Villey, che ha di fronte il diritto classico, purificato dagli interventi giustiniani³⁵, il rapporto intercorrente tra i fondi; l'*usufructus* non è affatto il diritto di usare e percepire i frutti di una cosa, ma è una sorta di servitù personale che indica il rapporto tra una persona (usufruttuario) e una cosa corporale; l'*obligatio* è il fatto obiettivo del rapporto tra due persone, legate dal *vinculum iuris*; la *hereditas* è una cosa distinta dal diritto di successione, che ne costituisce l'astrazione³⁶; *proprietas* non è il diritto soggettivo di proprietà, ma una qualità astratta della cosa, la possibilità di essere oggetto di appropriazione da parte di qualcuno; essa è connaturata alle cose corporali. Non si trasferisce dunque il diritto di proprietà ma la stessa cosa, che contiene la *proprietas*. In questo caso il rapporto di appartenenza costituirebbe la proiezione esteriore, occasionale, superficiale di un modo di essere della relazione cosa-persona.

Infine (e qui l'argomentazione dello studioso francese assume le vesti del paradosso) *ius altius tollendi* non può tradursi con il diritto soggettivo del proprietario di sopraelevare un edificio; sarebbe infatti un *non-sense*, in quanto tutti i proprietari hanno naturalmente questo

vi era individuato con un nome specifico; così al Baldessarelli, pure ispirato dall'insegnamento bettiano e arrampicato alle soluzioni elaborate da illustre storiografia, non appare significativa e sufficiente la presenza nel linguaggio giurisprudenziale di una denominazione specifica per inferire l'esistenza dell'oggetto in tal modo indicato: le *res incorporales* non sono *res*, ma una categoria del pensiero funzionale a rendere omogenei gli elementi del patrimonio. Il contrassegno di *res* spetterebbe solo ad entità corporee autonome aventi una funzione economico-sociale a sé stante, atta a soddisfare i bisogni umani, a produrre un'utilità esclusiva per il soggetto (p.110ss.). V., di recente, l'equilibrata analisi di P.PICHONNAZ, *Res incorporales et possessio iuris. Questions choisies sur les relations entre choses et droits*, in *OIR* 9 (2004) 105-131.

³⁴ O al suo sviluppo, attraverso la *definitio*, che sposta l'analisi dall'essenza statica dell'istituto alla dimensione dinamica della costruzione logico-giuridica.

³⁵ Egli stesso pare ammettere l'intrusione di una nozione individualistica di *ius* nel tardo Impero, v. M.VILLEY, *Le « ius in re » du droit romain classique au droit moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de Droit Romain en 1947*, Paris 1950, 187-225.

³⁶ Per R.ORESTANO, *Gaio* cit. 313, D.5.3.50pr. (Pap. 6 *quaest.*): *hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*, rappresenta invece il compimento di un processo di smaterializzazione della *hereditas*, confluita nel novero delle cose incorporali e concepita come entità astratta con il mero contrassegno unificante del *nomen*, indice del coacervo di *corpora* e *actiones*.

diritto³⁷, e sarebbe inoltre smentito dal seguito del testo gaiano, ove si fa riferimento ad un *ius non extollendi*³⁸, che non si può naturalmente intendere, per forzata simmetria concettuale, come un diritto dell'individuo ad una sua stessa limitazione, consistente nel non poter sopraelevare un immobile³⁹!

Le conclusioni di Villey sul punto sono dunque che: nelle Istituzioni di Gaio *ius* si identifica nella *res incorporalis*, perché essa manca di supporto materiale, essendo una creazione del diritto; i *iura* non sono dei diritti, o le cause delle azioni, ma l'oggetto di certe azioni⁴⁰.

Se *res incorporales* sono allora quelle che *in iure consistunt*, si potrebbe affermare, chiosando le intuizioni dello studioso francese, che *ius* è ciò che *in re continetur*, il suo aspetto interiore, il suo criterio di conformazione.

5. La natura 'partitiva' del 'ius'

Nella concezione villeyana è presente altresì l'idea che il diritto è 'rapporto' in un insieme complesso, al quale non si può pervenire partendo da una sola parte, ad esempio dall'individuo: nell'espressione *suum ius cuique tribuere* è indicata un'accezione di *ius* equivalente a *meritum*: la giustizia distributiva si realizza attraverso l'attribuzione a ciascuno di ciò che questi merita, un vantaggio come una punizione, in base a criteri proporzionali. Questo realizza il sistema naturale armonico, quindi giusto in quanto conforme alla misura. Aristotele e San Tommaso avevano iniziato le loro indagini sul diritto a partire non dalla natura dell'uomo, ma dalla

³⁷ *Du sens de l'expression jus in re* cit. 428; *L'idée du droit subjectif* cit. 217; *Le 'Droit subjectif'* cit. 77.

³⁸ Gai.2.14; D.8.2.2 (7 ad ed. prov.).

³⁹ O di non far defluire lo stillicidio verso aree edificate e non del fondo vicino (*ius ... non avertendi*). Cfr. M.VILLEY, *Les origines* cit. 170ss. All'assurdo di un *ius* coincidente in uno stato di soggezione, O.ROBLEDA, *La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clasico*, in *BIDR* 80 (1977) 34s., obietta che la dimensione bifida ed insieme totalizzante del termine consente un'inclusione, nel suo spettro significante, anche del diverso, in questo caso addirittura dell'opposto: il *ius* in questo caso spetterebbe al proprietario del fondo vicino che ha un interesse, giuridicamente tutelato, a non subire pregiudizi dalla sopraelevazione dell'edificio contiguo (*ne luminibus vicini officiatur*).

⁴⁰ Cfr. l'efficace sintesi di CH.J.REID JR., *The Canonistic Contribution* cit. 51ss., e di J.H.HUTSON, *The Emergence of the modern concept of a Right in America: The Contribution of Michel Villey*, in *Am. J. Juris* 39 (1994) 185-224.

natura cosmica, cioè dall'ordine del corpo sociale naturale, da cui si derivano rapporti, proporzioni e conclusioni obiettive⁴¹. Il giurista, da « sacerdote della giustizia », svolge proprio il compito di individuare « le juste rapport objectif, la juste proportion entre le pouvoirs, entre les patrimoines », i criteri di ripartizione (la « consistance du partage »). Una volta effettuata l'attribuzione, il diritto non mi autorizza ad esercitare sulla cosa un potere illimitato, riducendosi la sua funzione a determinare i confini, le parti su cui esso è astrattamente possibile.

Ius è come un'utilità ricavabile dalla cosa che viene attribuita ad un certo individuo anziché ad un altro, o la stessa cosa o il credito che gli vengono riconosciuti. Nella scomposizione della cosa nei vantaggi da essa ritraibili si distinguono dunque il *dominium*, il *ius utendi*⁴², la *servitus*. È solo partendo dalle cose e dalla loro distribuzione che si può manifestare il rapporto giuridico tra le persone.

La *res corporalis*, almeno in diritto classico, non è semplicemente una cosa materiale. Ogni cosa comprende una serie di vantaggi giuridici che qualificano il suo statuto, il suo *ius*, il suo modo di essere, come l'uso, la percezione di frutti, l'utilizzazione di una sorgente, il passaggio, nel caso dei fondi.

Tra questi, appunto, l'usufrutto che può essere considerato un'utilità estratta da quella serie, come se fosse una *pars rei*, ricorrendo ad una sorta di *fictio*, costituendo esso un elemento eterogeneo rispetto a quelli fisici, materiali della cosa in questione.

6. Le critiche alle conclusioni di Villey

Soprattutto su questo punto Grosso⁴³ appare alquanto perplesso per l'ossessione terminologica che affligge Villey, il quale fraintenderebbe la dicotomia gaiana tra cose corporali ed incorporali, negando l'esistenza di *iura* e, in questa categoria, l'omogeneità tra servitù, definita invece *qualitas fundi*, usufrutto, definito *pars rei* e

⁴¹ *La formation* cit. 243 [= *La formazione* cit. 198].

⁴² V. Ulp. 17 *ad ed.*, D.7.6.5pr.: *dominus ... utendi fruendi ius separatim non habet*; Ulp. 53 *ad ed.*, D.39.2.13.1: *sive ... dominus sive is qui ius habet*.

⁴³ *Rec. di Mélanges F. De Visscher* II, *RIDA* 3 (1949), in *Iura* 1 (1950) 317s.; *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958, 54.

proprietà. Lo studioso torinese si riallaccia soprattutto ai rilievi di Pugliese⁴⁴.

Questi, autore di un significativo saggio su *Actio e diritto subiettivo*, recensito, tra gli altri⁴⁵, proprio da Villey⁴⁶, sottolinea la verità fondamentale dell'asserzione di questo per cui i giuristi romani non elaborarono il concetto di diritto soggettivo, ma aggiunge che non lo fecero neanche per quello di norma o di ordinamento, per tutto ciò che riguarda quella che noi chiamiamo la teoria generale del diritto⁴⁷. Da ciò egli deriva la scarsa propensione dei giuristi romani alle definizioni⁴⁸, che consente anzi impone il ricorso a categorie moderne per meglio interpretare e rendere intelligibile la realtà giuridica antica, purché si conferisca a questa procedura un valore euristico, di ricerca e di scoperta, piuttosto che di applicazione di assiomi preconfezionati. Penso che un'affermazione del genere l'avrebbe potuta sottoscrivere

⁴⁴ *Res corporales* cit. 237ss. [= *Scritti* cit. 225ss.]. Si rifà alle posizioni di questo studioso anche G.PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi IV*, Milano 1983, 339 nt. 18, che rimarca la presenza dell'idea di diritto soggettivo proprio nella considerazione giurisprudenziale del diritto *a parte personae*, analizzando poteri e facoltà ad essa spettanti « in base al diritto medesimo », e W.CESARINI SFORZA, s.v. « *Diritto soggettivo* » cit. 664 nt. 11.

⁴⁵ Si v. la recente ricostruzione dell'*humus* storico, dottrinale ed ideologico sottostante alle elaborazioni di Pugliese svolta da M.BRUTTI, *Postfazione. Il diritto romano come metateoria*, in G.PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo* [1939] rist. per la collana *Antiqua*, dir. L.LABRUNA, Napoli 2006, 463ss. L'acuta analisi, a distanza di decenni, del lavoro lascia intravedere lo sfondo su cui si sono mosse gran parte delle idee relative alla formazione del diritto soggettivo in epoca moderna e delle interpretazioni da esse influenzate dell'indipendenza, nel diritto romano, tra una prospettiva individualistica delle prerogative del soggetto ed una tendenza all'immedesimazione del *proprium* del diritto 'soggettivo' nello strumentario atto a farlo valere. Intendendo il diritto come *prius* e l'azione come *posterius* si genera un rapporto complementare anziché identitario tra i due termini, che si tradurrebbe altrimenti nella processualizzazione di ogni diritto umano, sotto l'*imperium* magistratuale. L'« *aktionrechtliches Denken* » dei Romani è d'altronde diventato un Leitmotiv interpretativo della loro realtà, piuttosto consolidato in dottrina. Pugliese infatti non reputava fittizia o artificiale la nozione di diritto soggettivo, ma logicamente preordinata alla pretesa di affermarlo in un contesto giudiziario.

⁴⁶ In *RHDFE* IV s. 24-25 (1946-1947) 125s.

⁴⁷ *Res corporales* cit. 239 [= *Scritti* cit. 227]. Una sintesi delle opinioni dei due studiosi è in J.W.TELLEGEN, « *Res incorporalis* » cit. 44ss.

⁴⁸ Ma v. in proposito i due contributi di R.MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, e di G.CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli 1966.

lo stesso Villey⁴⁹, che reagisce, piuttosto, contro la meccanica utilizzazione di concetti moderni (con il relativo background di valori e di interessi che li determinano), che nell'interpretazione del passato possono condurre solo a fraintendimenti o a forzature. Il problema è solo di individuare uno strumento conoscitivo affidabile in grado di avvicinarci alla sensibilità con cui i giuristi romani costruirono il loro sistema di principi e regole. Il rilievo, anche qui, come per Betti, non si limita all'approccio metodologico.

Pugliese contesta anzitutto la nozione di *res corporalis*, equivocando, mi pare, le conclusioni di Villey: questi non nega infatti la bipartizione delle cose in base alla loro tangibilità (ciò sarebbe stato negare quanto si legge nelle fonti) ed afferma anzi che le cose incorporali sono dei diritti (intangibili fisicamente) aderenti alle cose corporali, e non se ne può dunque predicare o dedurre un'omogeneità. La stessa confusione tra *res* e *dominium* che sarebbe per Pugliese « innocente », essendone chiari e distinti i concetti nella mentalità dei giuristi, costituisce un indizio della fusione giuridica dei due elementi e non esclude la valutazione della cosa corporale come un insieme di elementi materiali ed elementi giuridici⁵⁰. A proposito del *ius fundi*, emblematico dell'intera categoria di *res*, Pugliese afferma che questo *ius* constava, è vero, di rapporti attivi o passivi connessi alla proprietà, ma comprendeva elementi estrinseci alla cosa: rea costituita « di diritti e obblighi dei quali la cosa figurava titolare », ma non in essa intrinseci o ad essa inerenti.

La distinzione in *res corporales* e *res incorporales*⁵¹ emerge solo in Gaio e nelle Istituzioni giustiniane e non sembra aver avuto molta fortuna tra gli altri giuristi; la stessa espressione *res corporalis*, è usata molto parcamente, e compare in alcuni testi di Ulpiano⁵²,

⁴⁹ Che si dichiara, giustamente, sorpreso di vedersi attribuire impostazioni e metodologie di pensiero che, mi pare, non gli appartengono, almeno per quanto riguarda la pretesa 'regressione modernista', cfr. *Les origines* cit. 171 nt. 1.

⁵⁰ *Res corporales* cit. 255 [= *Scritti* cit. 243].

⁵¹ Presente anche nel diritto anglosassone, su cui v. esaurientemente K.KAGAN, *Res corporalis and res incorporalis. A comparison of Roman and English Law of interest for life*, in *Tulane Law Review* 20 (1945-1946) 98ss. e 21 (1946-1947) 74ss. Reputata illogica, inutile e quasi come una « isolierte Schultheorie » da buona parte della letteratura romanistica del XIX secolo, ad esempio da F.C.VON SAVIGNY, *Das System des heutigen römischen Rechts* V, Berlin 1841, rist. an. Aalen 1981, 32, appare invece accolta e giustificata, da ultimo, da J.W. TELLEGEN, « *Res incorporalis* » cit. 40s.

⁵² D.10.3.4pr.; D.23.3.39pr.; D.42.1.15.9; *Tit. Ulp.* 19.15.

Paolo⁵³ e di Marciano (D.20.6.8pr. *l.s. ad form. hyp.*), talvolta anche con la dicotomia in cui si incardina; l'opposizione dei *corpora* ai *iura* o *actiones*, presente in alcuni testi giuridici, non significa per questi ultimi un'assegnazione al territorio dell'incorporalità, ma piuttosto che sono elementi patrimoniali eterogenei rispetto ai primi. Già nel microsistema gaiano l'elenco delle *res incorporales* soddisferebbe una prospettiva meramente patrimoniale di distinzione, non essendovi ricompresi proprio quei diritti che denunciano una più stretta connessione con la figura del diritto soggettivo per inerire appunto ad una persona. Ciò dimostrerebbe che già in Gaio i *iura* non si risolvono in *res*, ma le debordano, *ius* non è *res*, ma *res incorporalis* è un modo di indicare il *ius*. Che si distingue a sua volta, come possibilità di agire a sé stante protetta da apposita *actio*, dalla *facultas* (possibilità di agire derivante da un *licere* o compresa in una più ampia situazione soggettiva) e dalla *potestas* (consistente in un potere di comando o nella legittimazione a compiere atti giuridici).

D'altronde l'*actio in rem*, caratterizzandosi per la dichiarazione solenne di appartenenza (*aito hanc rem meam esse ex iure Quiritium*) e consistendo nel tentativo di recupero del contatto materiale e giuridico con l'oggetto (*rem corporalem nostram esse aut ius aliquod nobis competere*), allude chiaramente ad un *quid* simile al nostro diritto soggettivo, Gaio avrebbe potuto scrivere infatti *rem corporalem aut incorporalem*; ancora nell'*intentio* delle *formulae* con cui si facevano valere i *iura* (*iter, aquaeductus, servitus altius non tollendi, usus fructus*), questi non erano indicati come se appartenessero all'attore (*iter, rell. A.i A.i esse*), ma che all'attore spettava il diritto di passare, condurre acqua, usare o godere etc. (*ius esse A.o A.o eundi agendi, aquam ducendi, utendi fruendi*). Ma la conclusione appare simile alla concezione di Villey del diritto come « *partage* », come divisione in base alle parti di propria competenza.

⁵³ In PS.3.6.11 e D.8.1.14pr. (15 *ad Sab.*); D.41.2.3pr. (54 *ad ed.*) e D.41.3.4.26 (54 *ad ed.*). Il tema dell'incorporalità di alcune *res* si evidenzia anche in Quint. *inst. or.* 5.10.116: *ius quod sit incorporale apprehendi manu non posse*, Lucr. *De rer. nat.* 1.303ss., entrambi agganciati ad una visione aristotelica, nell'epistolario di Seneca (*ad Luc.* 6.6.11) di influenza stoica, in opere di grammatici, Char. *Ars gramm.* [KEIL II, p. 152]: ... *incorporales, ut est pietas iustitia dignitas, quae intellectum modo percipiuntur, verum neque videri neque tangi possunt*. V. R.MONIER, *La date d'apparition du dominium* cit. 361s.

Nello stesso senso si era già pronunciato Betti⁵⁴. Villey aveva infatti contestato a Pugliese un approccio mistificatorio alla realtà giuridica antica, in quanto si era accinto alla ricerca, in quel *milieu*, di una forma corrispondente all'odierno diritto soggettivo; una ricerca viziata in partenza perché mancava nella giurisprudenza romana un'elaborazione dogmatica produttiva di un concetto assimilabile al diritto soggettivo⁵⁵, e che si voleva, nei propositi di Pugliese, identificare con *ius*. Betti rivolge allo studioso francese l'accusa di un impertinente culto per la terminologia, additandolo come responsabile di una falsa impostazione della questione storica. Villey avrebbe scelto di analizzare non la disciplina dei rapporti giuridici, ma il pensiero dei giuristi romani; « pretendere di ritrovare nelle fonti, oltre la cosa, anche il nome adatto a designarla con precisione, è per lo meno eccessivo e, quando si tratta di categorie generali ancor oggi discusse, è anche assurdo »⁵⁶. Eppure è proprio il muoversi da concetti preformati l'errore da cui mette in guardia Villey, l'approssimarsi cioè

⁵⁴ *Falsa impostazione* cit. 83ss. [= *Diritto* cit. 397] e *Diritto romano* I, Padova 1935, xxss.

⁵⁵ V. in questo senso H.COING, *Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'*, in H.COING, F.H.LAWSON, K.GRÖNFORS (Hrsg.), *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt a.M. 1959, 7-23. Presta adesione all'utilizzo dell'apparato concettuale proprio dei diritti vigenti in chiave interpretativa dell'esperienza giuridica antica E.STOLFI, *Riflessioni* cit. 126.

⁵⁶ E.BETTI, *Falsa impostazione* cit. 84 [= *Diritto* cit. 398] e ancora ID., *Teoria generale della interpretazione* I, Milano 1955 (rist. corr. 1990) 582. Lo stesso orientamento era stato espresso d'altronde, a più riprese, in scritti precedenti dell'autore: in *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, in *BIDR* 34 (1925) 241 (riferendosi ai giuristi classici: « ciò che importa è ... non già che questi avessero formulato il *concetto* e, tanto meno, enunciato il *nome* da noi escogitato ... bensì che ... conoscessero la *cosa*, cioè l'istituto o il complesso d'istituti alla cui spiegazione quel concetto sia idoneo ») e già in *D.42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, 216. Cfr., sul 'background' ideologico e storiografico dell'approccio bettiano alla questione 'terminologica', A.SCHIAVONE, « Il nome » e « la cosa ». *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in *Quad. Fior.* 7 (1978) 293-310. V. pure, negli stessi termini, G.CRIFÒ, *Per una prospettiva romanistica dei diritti dell'uomo*, in K.M.GIRARDET, U.NORTMANN, *Menschenrechte und europäische Identität. Die antiken Grundlagen*, Stuttgart 2005, 246, condividendo il pensiero di Tellegen e cfr. già ID., *Diritti della personalità e diritto romano cristiano*, in *BIDR* 64 (1961) 33-59 [= *Libertà e uguaglianza in Roma*, Roma 1996, 245ss.]. V. sul punto di recente E.STOLFI, *Riflessioni* cit. 128ss.

alla scienza giuridica romana armati di categorie moderne⁵⁷. Difetto che sarebbe dell'opera di Pugliese.

L'obiezione di Betti, così formulata, non mi pare abbia un peso decisivo, dipendendo da una sopravvalutazione⁵⁸ dell'intenzione di Villey, che afferma risolutamente che quel che manca nella sensibilità dei giuristi romani è la concezione dei rapporti in termini di diritti soggettivi, secondo la – secondo lui – deteriore tradizione pandettistica di questo termine.

Ma le riserve di Betti vanno tuttavia ben oltre. Egli sostiene infatti che nelle relazioni intersubiettive la concezione oggettivistica deve piegarsi ad ammettere l'esistenza di una soggezione o di un'esclusione di persone rispetto ad altre persone; contesta pertanto la petizione di principio presente nelle definizioni villeyane della *res incorporalis*, che non può essere un diritto perché è una *res*⁵⁹, la vanità dell'ostinazione nel percepire le entità del sistema tra esse collegate in rapporti ed ordinate secondo la rispettiva condizione o statuto, l'omessa attenzione alle qualità differenziate degli interessi e dei valori che agiscono « dietro le quinte » del teatro giuridico.

La *querelle à trois* che ha coinvolto Villey, Betti, Pugliese⁶⁰ si fonda a mio avviso primariamente sull'affermazione del primo che non esiste l'oggetto (o il concetto) rispetto a cui non sia stata individuata una designazione linguistica. In ciò Villey appare 'biologista', trattando i concetti come gli esseri umani che, se sforniti di un nome o di una posizione rispetto alla realtà, è come se non esistessero, non essendo identificabili dal registro delle nascite come da un ordinamento. La risposta è, in estrema sintesi, che non bisogna cercare induttivamente le nozioni in ambienti sociali, culturali, giuridici lontani nel tempo e/o nello spazio dal nostro, ma si deve esplorarne la realtà e i contesti con gli occhi di coloro che ci sono

⁵⁷ Così pure J.W.TELLEGEN, « *Res incorporalis* » cit. 43.

⁵⁸ V. infatti pure F.WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, in *ZSS* 70 (1953) 95 nt.7.

⁵⁹ M.VILLEY, *Le droit subjectif* cit. 215.

⁶⁰ Con la partecipazione *a posteriori* di A.BISCARDI, *Azione e rapporto giuridico nel sistema formulare classico*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria* I, Milano 1968, spec. 142ss., ove sintesi del pensiero villeyano, cui non aderisce *in toto*, ma di cui sottolinea l'acutezza ed insieme l'unilateralità; non esclude infatti che « il punto di vista soggettivo possa essere penetrato, annidandovisi e prosperando, in ciascuno dei tre sistemi suddetti (scil. *personae*, *res*, *actiones*), nonostante le intelaiature oggettivistiche ».

vissuti per dedurne i concetti di cui si vuole verificare la corrispondenza alla nostra sensibilità. Senza farsi orientare dai nomi (non esiste a rigore un *ius subiectivum*), o fuorviare da essi (le *res incorporales* non sarebbero *res*)⁶¹. Tutta la discussione, con i pungenti riferimenti all'assurdità dei ragionamenti di Villey, assimilato ad un Picasso, mi ha riportato alla mente i quadri e gli scritti, forse meno conosciuti dei primi, di un altro esponente del surrealismo: Magritte. Dai celebri *L'usage de la parole* (I e II), *La clé des songes* e *La trahison des images* (« *ceci n'est ne pas une pipe* ») al testo di un articolo pubblicato ne « *La Révolution surrealiste* »⁶², in cui fissa il 'manifesto' del suo approccio alle parole, alle immagini e agli oggetti e alle loro forme riproduttive: un oggetto non è mai tanto legato al suo nome che non se ne possa trovare un altro che gli si adatti meglio; ci sono oggetti che possono fare a meno di un nome; una parola serve talvolta solo a designare se stessa; in conclusione sembra che tra *termini tecnici*, astrazioni intellettive (*res incorporales*) e oggetti reali, tangibili (*res corporales*) non esista altro rapporto che il seguente: « on peut désigner une image ou un objet par un autre ~~mot~~ nom que le sien⁶³ ».

Robleda, in un breve saggio su *El derecho subjetivo en Gayo* del 1972⁶⁴, espone l'idea, successivamente precisata nel 1977⁶⁵, che Gaio non parla di istituzione giuridica con riguardo ai passi in cui si riferisce alle potestà personali, ma alla loro capacità (cfr. Gai.1.23-25; Gai.1.52-55), quindi a diritti soggettivi, come la *proprietas* o l'*ususfructus*. L'espressione problematica *ius fundi* è da lui considerata una mera modalità di riferimento all'aspetto oggettivo dei *iura in re*, contrapposto al rilievo soggettivo identificato invece nelle espressioni *ius utendi fruendi* etc.; l'*obligatio* non può non costituire un diritto soggettivo⁶⁶; anche la natura della locuzione *ius non extollendi* viene equiparata alla simmetrica ed opposta *ius tollendi*,

⁶¹ V. H.H.PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen* cit. 340: « Nichts gefährlicher als immer nur auf das Wort zu sehen... durch das Wort hindurch ... auf den Grund der Dinge geblickt, und in dem Lichte, das die Dinge zurückwerfen, wird man dann auch das Wort erst ganz verstehen ».

⁶² Nr. 12, del 15.12.1929, 32s. Cfr. pure il testo di una relazione tenuta a Londra nel febbraio 1937, in R.MAGRITTE, *Scritti* I, tr. it. Milano 2003, nr. 39, p. 94s.

⁶³ La cancellazione è nell'originale del testo dattiloscritto.

⁶⁴ In *Studi in onore di G.Scherillo* I, Milano 1972, 7-17.

⁶⁵ *La idea del derecho subjetivo* cit. 23-41.

⁶⁶ *El derecho subjetivo en Gayo* cit. 13s.

caratterizzata da un tenore marcatamente soggettivo, e sarà considerata una *res incorporalis* solo dal punto di vista dell'altro fondo. Egli considera infatti la persona il centro di gravitazione dell'opera gaiana, che appare costruita in funzione dell'individuo e delle sue capacità; le *res* rappresentano un *posterius*⁶⁷. Questa conclusione sarebbe confermata dalla stessa impostazione dell'editto pretorio, volto a tutelare, spesso con il ricorso all'*aequitas* (che è considerata 'diritto obiettivo naturale' non positivo), situazioni giuridiche in base alle esigenze, alla dignità ed al valore sociale del *civis*⁶⁸. La verifica sui frammenti dei *Digesta* conduce al medesimo risultato di un'essenza soggettiva del *ius*, proprio dove d'Ors riscontra all'opposto un significato obiettivo.

Secondo Bretonne⁶⁹, Villey parte dalla giusta considerazione che la giurisprudenza romana non elaborò il concetto autonomo ed autosufficiente di diritto soggettivo, ma giunge a conclusioni discutibili: egli esclude infatti sistematicamente, e talvolta anche con sforzo, la rilevanza del soggetto, anche nella titolarità di semplici facoltà o poteri, quando nei testi si parla di *ius* o di *res*. Eppure il momento soggettivo è essenziale nella genesi e funzione dell'*ususfructus* ed è testimoniato da espressioni come *ius agendi* o *persequendi, eundi et agendi, emendi vendendique*. Inoltre dimostra un'ambiguità di impostazione metodologica nella reintroduzione del diritto soggettivo attraverso la categoria dell'"appartenenza" delle *res incorporales*, costituita dal *dominium*⁷⁰.

Di recente Donahue⁷¹ ha evidenziato la correttezza della traduzione di *ius* con diritto soggettivo, prendendo le distanze da Villey, in cui ci sarebbe un eccesso di generalizzazione, un azzardo nell'elevare a dogma di un sistema la concettualizzazione di uno dei giuristi che lo

⁶⁷ In questo senso è decisamente orientato anche Gallo, nella *recensione* citata alla nota 68, a p.131s. e 137s.

⁶⁸ *La idea del derecho subjetivo* cit. 26s.

⁶⁹ *I fondamenti del diritto romano* cit. 282ss., su cui v. le *recensioni* (alla prima edizione) di A.BURDESE, « *Res incorporalis* » quale fondamento culturale del diritto romano, in *Labeo* 45 (1999) 98-110, F.GALLO, in *Iura* 49 (1998) 129-149, e T.CHIUSI, *Res: Realität und Vorstellung*, in *Iurisprudentia Universalis. Fs. für Th.Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln-Weimar-Wien 2002, 101-112.

⁷⁰ V. sul punto G.JAHR, *Zum römischen (romanistischen) Begriff des Eigentums (des subjektiven Rechts)*, in *Gedächtnisschrift für W.Kunkel*, Frankfurt a.M. 1984, 69-102.

⁷¹ *Ius* cit. 506ss.

rappresentavano. Lo studioso inglese effettua uno spoglio completo⁷², anche se talvolta non assistito da un livello analitico sufficiente, delle espressioni *ius habere* e *ius esse alicui*⁷³ nei *Digesta*, che dimostrerebbe un uso non occasionale, né atecnico⁷⁴ del termine *ius* in senso soggettivo. Distingue poi per aree problematiche: 1) *iura in re aliena*, che attesterebbero, nell'estrema eterogeneità, una natura, prevalente, di « subjective liberty rights », dunque da intendere come libera facoltà di esercizio da parte del soggetto titolare e non come una caratteristica del fondo; 2) « property rights in broader contexts », la cui indagine appare tuttavia alquanto dispersiva; 3) « rights in the law of persons »; 4) « rights in public law »; 5) « procedural rights »; 6) « obligation »: in tutte queste egli riscontra un'incontestabile essenza di diritto soggettivo, pur convenendo sul fatto che i giuristi romani non trasformarono le loro elaborazioni giuridiche in strutture elementari binarie di diritti e doveri⁷⁵.

7. Per una visione oggettiva(ta) del 'ius'

Un'integrazione delle intuizioni dello studioso francese, fino alle estreme conseguenze del ragionamento, è stata condotta da Alvaro d'Ors⁷⁶, che amplia lo spettro d'indagine inaugurata da Villey, individuando i frammenti dei *Digesta* che contengono il riferimento a *ius*. Egli, consapevole dell'ambivalenza strutturale in senso oggettivo/soggettivo insita nel termine⁷⁷, lo interpreta come posizione giuridica (« posición justa », anche per il senso di flessibilità e dinamicità relazionale che essa implica), riprendendo uno spunto di

⁷² Di cui sono utile sintesi gli schemi a p.531ss.

⁷³ Che M.VILLEY, *L'idée du droit subjectif* cit. 219, traduce con « le jus (objectif) existe au bénéfice de quelqu'un », cioè non nel senso comune di spettanza della cosa, ma in quello economico di apportatore di un *quid pluris*, di un'utilità. Questo mi appare plausibile, anche se un po' forzato, attraverso una dissociazione sintattica di *esse* + dativo personale in *esse* nel significato di esistere + dativo finale.

⁷⁴ Come vorrebbe invece M.VILLEY, *L'idée du droit subjectif* cit. 223s.

⁷⁵ *Ius* cit. 526.

⁷⁶ *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de « ius »*, in *Studi in memoria di E. Albertario II*, Milano 1953, 279-299 [= *Nuevos Papeles del oficio universitario*, Madrid 1980, 280-311]; ID., *Varia romana I. Ius en sentido objetivo-subjetivo*, in *AHDE* 24 (1954) 635s.; ID., *Varia romana I. « Ius », posición justa*, in *AHDE* 25 (1955) 825.

⁷⁷ Concorda sulla « elasticidad de la palabra *ius* » J.JUSTO MEGÍAS, *El derecho subjetivo* cit. 38.

Kaser (che parla di « Rechtsstellung » e non di « Rechtslage »⁷⁸) e differenziandolo dalla causa, intesa invece come situazione giuridica, attinente ad aspetti qualitativi intrinseci della cosa⁷⁹. Analizzando una serie di attestazioni di giuristi, egli rinviene e adatta ad ogni ricorrenza di *ius* il significato così induttivamente elaborato. L'equivoco generato dall'espressione *fundus cum iure suo* è superato da questa connotazione oggettiva del *ius*, anche nei testi in cui emerge una connessione con persone e non con beni corporali. Il *ius fundi* è la posizione giuridica occupata del fondo, rispetto a cui il proprietario non ha un *ius*, essendo titolare della *res*; l'espressione allude infatti al regime normativo specifico del fondo. Analogamente *ius altius tollendi* non è la facoltà di sopraelevare un edificio, ma la « posición justa de edificio elevado »; *ius utendi fruendi* è la « posición justa de uso y disfrute » e non di usare e trarre i frutti; *ius testandi* è la « posición justa de testador », quindi la sua capacità di testare⁸⁰; *ius esse alicui*, tipica delle *formulae*, equivale a *ius suum* e similari. Lo stesso *ita ius esto* del codice decemvirale del V sec. a.C. sarebbe da interpretare come posizione di una norma, e non pretesa di un diritto soggettivo. Il *ius* come diritto soggettivo si manifesta solo in testi in cui costituisce oggetto di trasmissione, testi che lo studioso considera ascrivibili a mentalità postclassica⁸¹. Alla critica di Burdese⁸², che con

⁷⁸ *Das Altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 96, a proposito di Ter. *capt.* 244, in cui appare l'indicazione *ius meum*. V. anche le sue più recenti opinioni sull'assenza di rilievo giuridico della distinzione tra cose corporali e incorporali, *Das römische Privatrecht*² I, München 1971, 376s.

⁷⁹ Tutte le persone e tutte le cose hanno una propria posizione, quando questa posizione è giusta, hanno un *ius* e la giustizia dirime le controversie di posizioni dichiarando qual è quella giusta, attribuendo il *ius* a ciascuno, A.D'ORS, *Aspectos* cit. 296. Su questa configurazione del *ius* come « institution juridique », per dirla alla Villey, è critico O.ROBLEDA, *El derecho subjetivo en Gayo*, in *Studi in onore di G.Scherillo* I, Milano 1972, 7.

⁸⁰ V. ulteriori esempi in *Aspectos* cit. 289s., relativi a *ius tigni immittendi*, *ius ad crescendi*, *ius adipiscendae civitatis Romanae*, *ius tutoris optandi*, *ius cognationis*, *ius pignoris*, etc.

⁸¹ *Aspectos* cit. 298s.: D.1.3.41 (Ulp. 2 *inst.*), D.8.5.20.1 (Scaev. 5 *dig.*) e D.50.17.175.1 (11 *ad Plaut.*). Che la burocratizzazione del sapere giuridico ed il dogmatismo di cui si ammantavano le sue costruzioni teoriche avessero, già prima della raccolta giustiniana, accentuato il valore astratto, ideale e soggettivistico di *ius* è riconosciuto da C.GIOFFREDI, *Osservazioni* cit. 238, e da H.COING, *Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'* cit. 8ss.

⁸² *Il concetto di « ius naturale » nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG* (1954) 409 nt.5.

l'equazione *ius*=posición justa si generalizzerebbe troppo il termine e si giungerebbe al paradosso di tentare una specificazione, riuscendo in un'ulteriore indeterminatezza di significato, d'Ors precisa⁸³ che non intendeva fornire un significato unitario e *passepertout*, ma solo rilevare che nel periodo arcaico e in quello classico del diritto romano non si distingueva chiaramente tra aspetti obiettivi e soggettivi del diritto, mantenendo del *ius* un valore dinamico e fluttuante; con ciò difende la « vaguedad y elasticidad » dell'espressione da lui coniata, perché sono le caratteristiche che la rendono atta a ricomprendere tutte le oscillazioni pratiche (cioè emergenti dalla casistica giurisprudenziale) del *ius*⁸⁴. Proprio la sua natura proteiforme non sarebbe stata colta opportunamente da Villey, di cui Tellegen apprezza e condivide almeno in parte il pensiero, pur essendo consapevole che il soffermarsi primariamente su Gai.2.12 ss. ha condizionato la valutazione dei suoi contemporanei, che l'hanno reputato quantomeno ambiguo. Nel tentativo di correggere la prospettiva comunemente considerata unilaterale, Tellegen sviluppa una visione personale della dicotomia gaiana, soffermandosi sul valore delle *res incorporales* e sul significato di *in iure consistunt*, a partire dalle traduzioni antitetiche di questa locuzione, riproducibili con buona approssimazione con « consistono in un diritto » e « esistono in diritto ». La prima, soggettivistica⁸⁵, incontra le stesse obiezioni sollevate da Orestano, soprattutto per l'assenza, in epoca gaiana, almeno, di un concetto autonomo e individuato di diritto soggettivo. La seconda riposa sulla nozione di diritto oggettivo⁸⁶ ed è quella che più potrebbe aderire alla realtà giuridica del II-III secolo. Ma lo studioso olandese scorge nell'espressione *in iure* il luogo in cui si svolge la giurisdizione, il *tribunal* del pretore. Le cose incorporali, cioè i *iura*, sono quelle che si formano nelle controversie, all'interno di un processo, nel momento in cui il pretore concede un'azione

⁸³ *Varia romana* I. « *Ius* », posición justa cit. 825.

⁸⁴ Cfr. R.VILLERS, *Le droit romain: mythes et asymptotes*, in *REL* 42 (1964) 500-513, spec. 508, per cui nelle espressioni *ius emptoris*, *venditoris*, *actoris* la parola *ius* non significa potere giuridicamente protetto, ma è « l'application dans un cas particulier du Jus, c'est-à-dire de ce qui est juste objectivement ».

⁸⁵ V. pure F.GALLO, *rec.* di M.BRETONE, *I fondamenti* cit. 137.

⁸⁶ V. ad esempio H.H.PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen* cit. 342, sulla scia di Donello e dei traslati metonimici del termine *ius*; cfr. M.BRETONE, *I fondamenti* cit. 134, che afferma che « le *res*, generalmente parlando, stanno in primo piano nelle *Institutiones* di Gaio ».

fondativa di una pretesa; in ciò consisterebbe dunque il *ius*: nell'aspettativa di ottenere certi vantaggi con la collaborazione di altri soggetti dell'ordinamento. La distinzione tra cose corporali e incorporali, afferma Tellegen, sarebbe solo procedurale, prodotto dell'« *aktionenrechtliches Denken* » tipicamente romano; l'usufrutto come le servitù esistono, come *res incorporales*, solo in pendenza della prima fase di un processo formulare. Per sottolineare infine l'essenza oggettiva del termine *ius* cita, con conclusioni convergenti, D.44.7.51 (Cels. 3 *dig.*) a proposito di *actio (ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi)*; D.50.17.62 (Iul. 6 *dig.*), sulla *hereditas (successio in universum ius)* e D.44.7.3 (Paul. 2 *inst.*) per l'incorporalità dell'*obligatio*, la cui *substantia* consiste nel costringere qualcuno a *dare, facere, praestare*⁸⁷. Con questo si ritorna alla prospettiva processuale della nozione di *ius*⁸⁸, distinta nettamente dalle correnti individualistiche, che pongono al centro del dibattito giuridico la persona, come da quelle obiettivistiche, le quali si riferiscono primariamente alla *res*, costruendovi intorno una rete di relazioni tra entità giuridiche. La tesi è alquanto stimolante e meriterebbe approfondimento, perché coerente con l'approccio pragmatico romano e con la creazione giurisdizionale dei diritti dei privati, anche se presenta delle zone d'ombra e delle lacune argomentative, opportunamente segnalate da Burdese⁸⁹ e Bretonne⁹⁰.

L'impostazione di Villey è condivisa altresì da Gioffredi⁹¹, il quale non disconoscendo la necessità dell'aspetto soggettivo del diritto, ne denuncia la parzialità fenomenica che non ne consente un adeguato

⁸⁷ J.W.TELLEGEN, « *Res incorporalis* » cit. 50ss. V., di recente, A.GUARINO, « *Obligatio est iuris vinculum* », in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* IV, Napoli 2001, 345ss.

⁸⁸ Ma v. ad esempio sulla scaturigine del diritto dal processo (« *c'est le rite qui crée le droit* ») già P.NOAILLES, *Vindicta*, in *RHDFE* 19-20 (1940-1941) 1-57 [= *Fas et ius. Études de droit romain*, Paris 1948, 45-90] e *Du droit sacré au droit civil*, Paris 1949, spec. 72ss.

⁸⁹ *Ius consuetudine, pactum, ius e res. Divagazioni su pubblicazioni recenti*, in *SDHI* 61 (1995) 716ss.

⁹⁰ *I fondamenti* cit. 284.

⁹¹ *Ius, lex, praetor*, in *SDHI* 13-14 (1947-1948) 52: *ius* ha un valore concreto « come regime giuridico, cioè come comportamento vincolato, come situazione giuridica »; ID., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, spec. 291ss.; ID., *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in *BIDR* 70 (1967) 227-238 [= in *Studi in memoria di W.Cesarini Sforza*, Milano 1968, 361ss.].

discernimento dalle attività quotidiane: « si può dire che il diritto romano giunge alle soglie del diritto soggettivo, senza tuttavia varcarle⁹² ». Il lato oggettivo è invece manifestazione di una collettività e si materializza pertanto in riti procedure norme stabili e formalizzati; il diritto ha bisogno di entrambi i momenti, costituendone una sintesi. Quando si trovano nelle fonti espressioni come *ius meum* o *suum* non deve credersi che si tratti esclusivamente di una prerogativa o utilità individuale, che ne rappresenta un senso implicito e indiretto, bensì pure di quella parte del diritto oggettivo che spetta al soggetto; *ius* significa infatti ordine in atto, fusione di ordinamento e facoltà e tutte le volte in cui appare declinato in forma soggettiva non rappresenta altro che una manifestazione parziale del suo significato obiettivo, ovvero la sfera giuridica, la spettanza, la condizione personale.

Adesioni alla prospettazione villeyana si riscontrano naturalmente in Monier, suo maestro, soprattutto nel suo studio del 1948⁹³. Anche Kaser⁹⁴, nel pieno della discussione intorno alla concepibilità del diritto soggettivo, pur senza puntuale riferimento a Villey, conclude che, nonostante che l'espressione *ius* sia usata talvolta « in subjektivem Sinn »⁹⁵, non si arrivò nell'elaborazione giurisprudenziale e nelle pronunce autoritative ad una teoria generale dei diritti soggettivi. L'interesse sollecitato dalle tesi dello studioso d'oltralpe induce a prendere posizione rispetto ad esse anche in contributi non specificamente diretti a sviscerare il concetto di diritto soggettivo, come è dimostrato dall'intervento, adesivo, di Albanese. Egli, nell'ambito di un ampio studio sulla successione ereditaria a proposito della distinzione tra tipi di cose, pur rilevando un difetto di approfondimento sulla differenza tra distinzione filosofico-retorica (ciceroniana) e quella giuridica (gaiana), riscontra in Villey una perfetta coincidenza con il suo punto di vista, orientato per la negazione dell'identificabilità di diritti subiettivi nelle *res incorporales* e continua dicendo: « e forse lo esprime con maggiore

⁹² Osservazioni cit. 236.

⁹³ *La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 357-374.

⁹⁴ M.KASER, *Das Altrömische Ius* cit. 96ss.

⁹⁵ È il caso delle facoltà delle parti processuali, dei diritti relativi di credito, del diritto familiare (nella dicotomia *sui iuris-alieni iuris*).

precisione di quanto noi stessi siamo riusciti a fare »⁹⁶. Inoltre differenza nell'ambito dell'unitaria concezione del *ius*, due accezioni, una soggettiva e una oggettiva, la prima delle quali dotata di estensione assai maggiore di quella odiernamente accordata alla figura del diritto soggettivo⁹⁷: infatti essa comprendeva anche situazioni individuali in cui coesistono e si compenetrano aspetti di vantaggio e di svantaggio⁹⁸. È un'argomentazione logica (ma consapevolmente priva di possibile applicazione nella a lui coeva scienza giuridica⁹⁹) che muove dall'identità sostanziale del diritto *subiective positum* con il diritto *obiective positum*, che si differenziano quindi in termini quantitativi, essendo il secondo la somma (sintesi, aggiungerei) di « tutti i diritti soggettivi esistenti in un dato momento » e dunque contenendoli, in una « circolarità logica ». Certamente in questa fase del pensiero dello studioso siciliano la condivisione delle tesi villeyane subisce un certo ridimensionamento e perde di slancio, derivandone una constatazione della limitata presenza del *ius* in senso soggettivo nell'ordinamento romano e di una sua affermazione già nel periodo tardorepubblicano, in esito ad una progressiva 'autonomizzazione' delle situazioni soggettive dall'indifferenziato originario dogma della 'prevalenza' (insita nella formula appropriativa « *meum esse* »).

Orestano, nei suoi noti lavori sui rapporti tra azione, diritti soggettivi e persone giuridiche e sullo studio storico del diritto romano¹⁰⁰, prende le distanze da un'interpretazione soggettivistica proprio nell'esegesi di Gai.2.13s., ove preferisce la *lectio* del manoscritto veronese *res incorporales ... quae iure consistunt*,

⁹⁶ *La successione ereditaria* cit. 235 nt.1.

⁹⁷ Condizionata, per sua stessa asserzione, dalla temperie politica in cui si situa l'osservatore, dipendendo l'affinamento del concetto da eventuali ampliamenti del valore sociopolitico del singolo, contro concezioni autoritarie o corporative.

⁹⁸ V. soprattutto *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo* IV, Milano 1963, 1ss. [= *Scritti giuridici* I, Palermo 1991, 351ss.], e *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo 1978, 75ss. e 197ss.

⁹⁹ Ora, con le nuove tendenze postmoderne e decostruzioniste, potrebbe forse avere maggior fortuna.

¹⁰⁰ R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus* 11 (1960) 149ss. [= *Scritti* III. *Saggistica*, Napoli 1988, 1401ss.]; ID., *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1958, 210ss., e *Il « problema delle persone giuridiche » in diritto romano* I, Torino 1968, 105ss.

omettendo la particella 'in'. Il senso non cambia grandemente¹⁰¹ (con o senza l'aggiunta la traduzione è « consistere di... »; « fondarsi su... »), ma le conclusioni da lui tratte sono di indubbio spessore. Contrastando infatti la versione « consistono di rapporti giuridici » o « di diritti » (cui sarebbe più adeguata l'espressione [*in iuribus*]), che poteva facilitare il riconoscimento e l'affermazione di una serie di diritti soggettivi, Orestano individua *in iure* l'ambito specifico e la causa fondativi dell'esistenza delle *res incorporales*: esse cioè esistono per il diritto e nel diritto, nell'esperienza giuridica, benché non si riesca a toccarle o a vederle, e forse, a ben guardare, proprio per questo motivo. In generale egli evidenzia l'esigenza di allontanare ogni pregiudizio che possa alterare l'equilibrata analisi sulla genesi del diritto soggettivo, che, con la sua dimensione relativa, appartiene al novero dei concetti storicamente condizionati e determinati; nell'ambito dell'esperienza giuridica romana in particolare la nozione di *ius* sembra restare ancorata ad una prospettiva decisamente 'obiettivistica'¹⁰². Condivide l'impostazione villeyana-wubbiana Pichonnaz¹⁰³, che, evidenziando l'appartenenza al novero delle *res incorporales* tanto dei diritti reali limitati tanto dei diritti di credito, non considera questi come dei diritti soggettivi, ma « *droits comme éléments de patrimoine* », e reputa la proprietà incorporata nella cosa, come un diritto non distinto da essa.

Una soluzione intermedia condividono invece Domingo¹⁰⁴ e García Gallo¹⁰⁵, che valorizzano, in modi diversi, la conformazione storica del significato di *ius*: il primo ascrivendo al *ius* della locuzione *ius*

¹⁰¹ Ma v., contrariamente, J.W.TELLEGEN, « *Res incorporalis* » cit. 40, che reputa indispensabile l'inserzione, altrimenti la parola *iure* significherebbe 'legittimamente, secondo diritto' questa soluzione è sostenuta dalla maggioranza della dottrina.

¹⁰² Così in *Diritti soggettivi* cit. 188ss. [= *Scritti* III cit. 1442ss.]. Agli stessi risultati giunse, in maniera indipendente, H.H.PFLÜGER, *Über körperliche und unkörperliche Sachen* cit. 340: « der Begriff des subjektiven Rechts ist ihnen [cioè ai Romani] so unbekannt wie der des Rechtsobjekts und auch des Rechtssubjekts »; in modo analogo si espresse E.M.WISE, *Comparative Law and the Protection of Human Rights*, in *Am. J. Comp. L. Supp.* 30 (1982) 368: « classical jurists did not have the distinction [tra diritto soggettivo: right, e oggettivo: law], or use *ius*... in its subjective sense », ivi (nt.18) ulteriore bibliografia.

¹⁰³ *Res incorporales* cit. 113.

¹⁰⁴ « *Ius ratumque* » et « *ius potestasque* » (*une contribution a l'étude du concept de « ius »*), in *RIDA* 37 (1990) 135-147 [= *Ius ratumque y ius potestasque (Una contribución al concepto de ius)*, in *Persona y derecho* 25 (1991) 49ss.].

¹⁰⁵ *Ius y derecho*, in *AHDE* 30 (1960) 5-47.

*potestasque*¹⁰⁶ un aspetto marcatamente soggettivo, traducibile nel senso di capacità personale; il secondo, da una prospettiva teorica dell'ordinamento, riconoscendo al termine una molteplicità di significati possibili, che possono esser colti solo nell'analisi evolutiva del diritto: da un periodo arcaico in cui esso non rappresentava la norma o il complesso di norme, al periodo classico in cui si identifica nell'*ars boni et aequi*, « una técnica de realizar la Justicia, de concretar en cada caso lo que de los preceptos de esta se deducía »¹⁰⁷.

8. Conclusioni

Le principali critiche mosse a Villey, al suo concetto di *ius* come *res incorporalis*, cioè come aggregato di vantaggi e svantaggi inerenti ad un determinato oggetto materiale (solo dal XIII sec., infatti, si procederà all'imputazione a persone o entità personificate), sono riassumibili come segue: non è sufficiente, ai fini della negazione di una teoria del diritto soggettivo, riscontrare l'assenza di una terminologia coerente e unitaria rispetto a *ius*, potendo i giuristi romani aver utilizzato altri termini per significare facoltà e diritti dell'individuo; è apparso inoltre arbitrario limitare il novero delle fonti giuridiche romane selezionate, rivelandosi, specie in quelle postclassiche, una serie di testimonianze riferibili ad una connotazione non oggettiva del *ius*¹⁰⁸.

Si è visto che la definizione del diritto soggettivo nel diritto romano non può approdare a risultati sicuri, a causa dell'esistenza nei testi giuridici¹⁰⁹ di significati del termine *ius*, in cui di volta in volta

¹⁰⁶ Presente ad esempio in D.35.2.1, su cui v. ancora M. BRETONE, *La coscienza ironica* cit. 188, che ribadisce la genesi del concetto alle soglie dell'età moderna.

¹⁰⁷ Per una panoramica dettagliata v. J.JUSTO MEGÍAS, *El derecho subjetivo en el derecho romano (un estado de la cuestión)*, in *Rev. est. hist.-jur.* 25 (2003) 35-54.

¹⁰⁸ V., in questo senso, M.P.ZUCKERT, « *Bringing Philosophy Down from the Heaven* »: *Natural Right in the Roman Law*, in *Rev. Pol.* 51 (1989) 70-85, spec. 74s.

¹⁰⁹ Per quelli letterari basti un'occhiata al *de re coquinaria* di Apicio (ad es. alla ricetta del *pullus elixus cum iure suo*, 6.9.7, citata da A.GUARINO, *La Ferrari Testarossa*, in *Index* 18 [1990] 78 [= *Pagine di diritto romano* II, Napoli 1993, 210]), per comprendere come fosse ingarbugliata la matassa di significati riferibili a *ius*, tanto da utilizzarlo per designare la salsa, il brodo di cottura o di condimento, composto naturalmente di più ingredienti, che ritrova la sua unità solo nella confusione dei molteplici elementi di cui costituisce una gustosa armonizzazione, o meglio un distillato, una sintesi. L'ambiguità era colta anche dal canonista Iohannes Monachus, autore della *Glossa aurea*, edita intorno al 1310 (ed. Parisiis 1535, rist. Aalen 1968), in cui nella *gl. ad Sext.* 1.616, fol. xci *recto*, annoverava tutti i significati di *ius*, cominciando con la sua identificazione con l'acqua, quindi con il diritto (*ius*

viene sottolineato l'aspetto oggettivo, come complesso di norme, quello soggettivo, come facoltà personale, quello processuale, come prodotto di operazioni di 'giustizia'¹¹⁰.

Nel caleidoscopio di contesti in cui esso è inserito appare oltremodo difficile individuarne una nozione esclusiva, capace di orientare la riflessione in maniera consequenziale e coerente. La variabilità di accezioni che caratterizzano l'uso del termine, da una parte, impone cautela nell'intraprendere approcci analitici unilaterali, dall'altra suggerisce una certa flessibilità mentale nel tentativo di enucleare le sollecitazioni culturali, sociali, politiche che agirono nella mentalità dei giuristi romani come formanti del *ius*, tenendo conto sia dell'impossibilità di concepirlo come un monolito concettuale, sia della sua identità differenziata. Le prospettive contemporanee denunciano il limite di ispirarsi intenzionalmente, nell'individuazione delle radici storiche del diritto soggettivo, ad un concetto di *ius* rispetto a cui si costruisce una relazione necessariamente biunivoca, ascrivendo (e proiettando) pertanto contenuti talvolta non pertinenti. È il *modus* del dogmatismo, che semplifica e modernizza. Pugliese, ad esempio, pur innestato all'interno di un sentire pandettistico, definiva il diritto soggettivo, anche in riferimento all'esperienza romana, come una situazione di preminenza di un soggetto rispetto ad un bene, risultante da un obbligo gravante su almeno un altro dei soggetti dell'ordinamento e come condizionante la concessione dell'*actio* volta ad attuarlo¹¹¹; con ciò si affermava la presenza, storicamente e

dicitur rectum seu iustum ut cum dicimus iste habet vel non habet ius). D'altronde nelle lingue 'vive' da *ius* deriva 'jus', che in francese significa spremuta, succo, proprio come 'juice' in inglese, e v. d'altro canto lo spagnolo 'juicio' che si traduce con giudizio, moderazione o processo. Per un'etimologia v. almeno gli spunti di R.ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *BIDR* 46 (1939) 194-273, spec. 217s. [= *Scritti* II. *Saggistica*, Napoli 1998, 561-640, spec. 584s.]; M.KASER, *Das Altrömische Ius* cit. 27ss., e, per la « difficoltà del problema », A.GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990⁴, 129ss., spec. 138ss. Una breve rassegna dei significati attribuiti a *ius* dagli interpreti del diritto romano è in A.FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Conceptos y dicotomías del ius*, in *Estudios de derecho romano en memoria de B.M.^a Reimundo Yanes I*, Burgos 2000, 249s., cfr. pure W.CESARINI SFORZA, *Ius e directum. Note sull'origine storica dell'idea di diritto*, Bologna 1930, e A.GARCÍA GALLO, *Ius* cit., che concepisce il *ius* come realizzazione dinamica del diritto come *ars* contrapposto al diritto, inteso come espressione della funzione direttiva della norma.

¹¹⁰ Emblematico il passo paolino raccolto in D.1.1.11, che individua, non esaustivamente, i diversi in cui può definirsi il *ius*: *naturale, civile, honorarium*, oltre al luogo fisico presso cui si svolge la funzione del pretore.

¹¹¹ *Actio* cit. 66ss.

ideologicamente imprescindibile, della dimensione individuale di un diritto in confronto di concezioni assolutistiche e si giustificava una valutazione di esso in termini di principio fondamentale. La soggettività del diritto così descritta non si risolverebbe allora nella sintesi formalistica di tutte le attività astrattamente esercitabili, ma includerebbe tutte le situazioni caratterizzate da uno stato di preminenza. Eliminandosi così la fuorviante relazione biunivoca tra i termini diritto soggettivo-*ius*, il primo consente di coinvolgere un maggior numero di situazioni giuridiche rispetto a quelle comprese nel secondo.

Può concludersi (ma, viste le premesse, si tratta al più di una messa a punto delle svariate opinioni considerate) che *ius* contrassegnava, nel lessico giurisprudenziale romano, uno stato di legittimità (di modello normativo¹¹², come diritto oggettivo, o di conformità a questo modello) o di legittimazione (di attitudine all'esercizio di specifiche attività), una posizione riconosciuta dall'ordinamento (o dai suoi organi attuativi) rispetto a cose o persone, verso cui il termine *ius* assumeva proprio una funzione ordinante, un ruolo 'registico' nel teatro giuridico.

¹¹² In genere è alla presenza di un'aggettivazione (*privatum publicum augurale* etc.) che nelle fonti può riannodarsi l'intenzione di un'oggettivazione del concetto.