

B. he. Solessi.
Busta G. 164

ANTONIO GUARINO
Prof. ord. nell'Università di Napoli

Il diritto e l'azione nella esperienza romana

Estratto dagli
STUDI IN ONORE DI VINCENZO ARANGIO RUIZ
Vol. I



64375



CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE
NAPOLI - 1952

SOMMARIO: 1. Indispensabilità dell'esperienza romana nello studio della teoria generale del diritto. — 2. Il problema del diritto subbiettivo e dell'azione nella teoria generale del diritto. — 3. Stato della dottrina e delle fonti romane in ordine al problema del diritto subbiettivo e dell'azione in Roma. — 4. Non pertinenza del *ius publicum* romano al problema del diritto subbiettivo e dell'azione. — 5. La storia del *ius civile vetus* e della sua progressiva formazione, come presupposto della storia del diritto subbiettivo e dell'azione in Roma. — 6. Ricostruzione della storia originaria delle situazioni giuridiche subbiettive in Roma. — 7. Insegnamenti da trarne in sede di teoria generale del diritto. Conclusione.

1. — Non credo sia necessario indugiarsi a giustificare l'esistenza, nel quadro degli insegnamenti impartiti nelle nostre Facoltà giuridiche, di un corso di « Egesi delle fonti del diritto romano », cioè di un corso volto a formulare e ad esplicitare la metodologia dell'interpretazione storico-critica dei mezzi di conoscenza del diritto di Roma. La necessità o, quanto meno, l'alta opportunità di tal disciplina scaturisce come ovvia conseguenza dal fatto che, nelle nostre Facoltà di Giurisprudenza, ben tre insegnamenti fondamentali (e cioè Storia, Istituzioni e Pandette) hanno per oggetto la esposizione dei risultati, cui è pervenuta e perviene, nel suo incessante fervore di ricerche, la storiografia del diritto romano ⁽¹⁾.

Sembra, piuttosto, ancora e sempre il caso di spendere qualche parola in difesa dell'insegnamento romanistico, in generale, contro l'ostinata incompienza di alcuni, i quali assumono che la conoscenza di un ordinamento giuridico morto da secoli, qual'è il diritto romano, ben poco serva ad interpretare i codici e le leggi vigenti.

Or certamente, utilità pratica, immediata e tangibile, per l'avvocato o pel giudice, il diritto romano, davvero, non ne ha. Nè sarebbe serio tentar di giustificarlo, come s'usa piuttosto superficial-

Nota: Prolusione al corso di Egesi delle fonti del diritto romano, letta nella Università di Napoli il 24 gennaio 1951. Riproduzione inalterata, salva l'omissione delle parole di circostanza e l'aggiunta di qualche nota di richiamo o esplicitiva.

⁽¹⁾ Sulla indispensabilità della esperienza romana nello studio della teoria generale del diritto ritornerò in un articolo di prossima pubblicazione. Cfr. intanto, a chiarimento dei miei punti di vista, GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Annuario dir. comp.* 18 (1946) 1 ss.; *L'ordinamento giuridico romano* (Lezioni) 1 (1949) 3 ss.; *Recensione a Bobbio e a de Francisci*, in *IVRA* 2 (1950) 320 ss.; nonché *Storia del dir. romano* (1948) n. 43. Ivi altre citazioni.

mente da alcuni, ricordando che ancor parecchi sono gli istituti dei moderni diritti europei, specie gli istituti privatistici, i quali rievocano, più o meno fedelmente, schemi e regolamenti romani.

Lo studio del diritto romano è legittimato, a mio avviso, da ben altre ragioni, ben altrimenti profonde.

È verità di palmare evidenza che l'interpretazione del diritto risulti incommensurabilmente più vivace e sagace, se materata di esperienza storiografica. Giurista degno di questo nome non è tanto chi sveli la significazione letterale o logica di un articolo di codice, quanto chi, posto di fronte ad una norma giuridica, la valuti, le attribuisca, come suol dirsi, una cifra, ne determini, insomma, il grado maggiore o minore di adeguamento alle esigenze di una regolamentazione del vivere sociale. Al quale fine non vedo come possa seriamente negarsi che sia strettamente indispensabile l'aver conoscenza e coscienza dei diversi o pure analoghi modi, in cui esigenze sociali identiche o similari abbiano avuto, in altri tempi e in differenti climi storici, soddisfacimento dall'ordinamento giuridico o da ordinamenti di altra natura.

Ciò che io vengo affermando, in questa sede, a difesa della storiografia del diritto è, inoltre, in perfetta armonia con quanto si ritiene e sostiene oggi da ogni buon giurista, quando si sottolinea la necessità di costruire, al di sopra della casistica e della stessa dogmatica dei diritti positivi, una sorta di « teoria generale del diritto ». Posto che le categorie giuridiche di applicazione universale, cui questa scienza intende, non abbiano carattere metafisico, di verità rivelate, ma siano piuttosto il risultato di processi di astrazione dalla fenomenologia contingente e mutevole dei diritti positivamente vigenti; ebbene, sembra logico che alla formazione di una vera e salda « teoria generale » non possa mancare il concorso della storiografia del diritto, in quanto scienza intesa alla ricostruzione degli ordinamenti giuridici succedutisi sulla scena del mondo.

Vi è di più. La « teoria generale del diritto », nel senso pocanzi precisato, non è altro essa stessa che storiografia giuridica, sia pur di secondo o terzo grado, sia pur da denominarsi « sublime ». E di questa scienza la storiografia del diritto romano è, fuor di dubbio, tra i settori di maggiore interesse e importanza: sia perchè il diritto romano, tra i diritti del passato, è quello che risulta più agevolmente riconoscibile; sia perchè esso si segnala come quello

di un popolo, ch'ebbe, innegabile, un vero e proprio genio del diritto; sia, infine, perchè il diritto romano, attraverso la sua lunga evoluzione di quattordici secoli, offre alla meditazione del giurista il quadro più completo e realistico, che possa desiderarsi, di una parabola vitale, in tutte le successive fasi della puerizia, della giovinezza, della maturità e della vecchiezza.

Utile, dunque, opportuno, anzi presso che indispensabile, lo studio del diritto di Roma come fondamento della teoria generale del diritto e, per tramite di questa, come elemento determinante del progresso giuridico. Mi propongo, appunto, di darne un principio di prova, segnalando, alla luce dell'esperienza romana, qualche più sicuro orientamento verso la soluzione di un problema tra i più tormentati della teoria generale: il problema del diritto subbiiettivo e dell'azione.

2. — Vediamo, anzi tutto, di schematizzare le questioni che si agitano nella dottrina moderna a proposito delle così dette figure giuridiche subbiettive (?).

Posto che la vita sociale sia compenetrata e regolata da un ordinamento giuridico (il così detto diritto in senso obbiiettivo); e posto che tale ordinamento sia relativo ai comportamenti dei consociati, detti per ciò soggetti giuridici; ne consegue che, in rapporto a tali comportamenti, il diritto obbiiettivo conferisca preventivamente rilevanza ad alcune situazioni, favorevoli o sfavorevoli, dei soggetti giuridici. Tra le situazioni giuridiche subbiettive favorevoli se ne segnalano, tradizionalmente, quanto meno due, alle quali limiteremo in linea di massima il nostro discorso: il diritto subbiiettivo, genericamente definito come liceità (*licere*) del soggetto; e l'azione, genericamente concepita come il mezzo concesso dall'ordinamento al soggetto per la tutela di un suo

(2) Vasta e aggiornata bibliografia sul tema in GUARINO (Gius.), *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.* 4 (1949) 238 ss., specialm. nt. * Questo autore ha ben visto come il problema del diritto subbiiettivo presenti, sul piano logico, tutta una gamma, sufficientemente determinabile, di soluzioni egualmente accettabili. Non condivido, invece, di lui, come risulterà dal testo, l'impostazione specifica di alcune singole soluzioni, che non sempre mi pare logicamente rigorosa. Mi sono, inoltre, deliberatamente astenuto, in questa sede, dal prendere posizione sul problema della determinazione concettuale dell'ordinamento giuridico: problema su cui mi fermerò in un articolo di prossima pubblicazione.

interesse, e in particolare di un suo diritto subbiiettivo, nella ipotesi di violazione o di insoddisfamento.

Or qui si pongono tre quesiti, in rapporto di interdipendenza: quello della identificazione concettuale del diritto subbiiettivo; quello della identificazione concettuale dell'azione; e infine quello della determinazione dei rapporti intercorrenti tra diritto subbiiettivo ed azione. Dato che, in proposito, tutte, dico tutte, le opinioni astrattamente concepibili sono state, or da questo ed ora da quel giurista, manifestate e difese, mi esimerò dall'improbabile fatica di elencarle. Sarà meglio, piuttosto, anche ai fini della successiva discussione, che tenti di delineare le principali soluzioni che la logica astratta suggerisce.

Relativamente al primo quesito, che è quello della identificazione del diritto subbiiettivo, è chiaro che assolutamente non basta affermare che il diritto subbiiettivo consista in una liceità, in un *licere*, in una *licentia* riconosciuta al soggetto dall'ordinamento giuridico. Di questa *licentia* occorre, necessariamente, precisare l'oggetto, e qui le figure che in sede logica si prospettano sono tre: o il diritto subbiiettivo viene definito come *agere licere*, ovvero sia come *licentia agendi*, cioè come liceità di svolgere un comportamento senza interferire nella sfera giuridica di altri soggetti, che ad esso, dunque, rimangono estranei, se non indifferenti (es.: godere della cosa di cui si è proprietari); o, invece, il diritto subbiiettivo viene concepito come *licentia petendi*, cioè come liceità di chiedere ad altri soggetti giuridici un loro volontario comportamento positivo o negativo (es.: l'attendersi dal debitore il pagamento del debito, oppure l'attendersi da tutti i consociati l'astensione dal turbare il godimento della propria cosa); o, infine, il diritto subbiiettivo viene individuato in qualcosa di più intenso, in una *licentia subiciendi*, cioè nella liceità di assoggettare altri soggetti giuridici, anche contro la loro volontà, a subire gli effetti di un comportamento del soggetto attivo. La dottrina suole parlare nel primo caso (*licentia agendi*) di *facoltà*, nel secondo (*licentia petendi*) di *pretesa*, nel terzo (*licentia subiciendi*) di *potere*, e non soltanto è divisa fra le tre concezioni, ma presenta anche vari tentativi di combinarle ecletticamente; senonchè, a me sembra ovvio che una combinazione del genere possa essere giustificata sul piano irrazionale della storia, ma non possa concepirsi sul piano della logica, sicchè non è il caso di insistervi.

Relativamente al secondo quesito, quello della identificazione del concetto di azione, si offrono alla scelta due delle tre categorie logiche, di cui abbiamo discusso sinora, ma il problema si complica per la necessità di individuare il soggetto passivo. L'azione, mezzo giuridico di tutela del diritto subbiiettivo violato, non si concretterà, evidentemente, in un *agere licere* chiuso in se stesso, ma si risolverà o in una pretesa o in un potere. Se concepita come potere, l'azione consisterà, ovviamente, nella liceità di assoggettare la controparte, o chi per essa responsabile, alla reintegrazione diretta o indiretta dell'interesse offeso. Se concepita come pretesa, l'azione potrà essere invece intesa o come pretesa verso la controparte o come pretesa verso lo Stato-giudice. E, in quest'ultima ipotesi, tanto potrà ritenersi che l'azione sia liceità di chiedere allo Stato la reintegrazione del diritto violato, quanto che essa sia, più genericamente, liceità di chiedere allo Stato l'esplicazione, anche se non favorevole alle proprie ragioni, dell'attività giurisdizionale.

Quanto al terzo dei nostri quesiti, quello dei rapporti intercorrenti fra il diritto subbiiettivo e la azione, esso si specifica in modo diverso a seconda del modo in cui vengano risolti gli altri due. Concepita l'azione come pretesa verso lo Stato-giudice, essa costituirà un diritto pubblico subbiiettivo, ma ben distinto dal diritto subbiiettivo primario, pubblico o privato, verso la controparte. Se invece l'azione la si concepisca come potere, come *licentia subiciendi*, di cui sia soggetto passivo l'offensore del diritto subbiiettivo o chi per lui, essa potrà essere più concretamente caratterizzata: tanto come una *licentia autonoma* rispetto a quella in cui si sostanzia il diritto subbiiettivo; quanto come una *species* del *genus* diritto subbiiettivo, distinta comunque dal diritto sostanziale o primario; quanto, infine, come porzione, come parte viva e combattiva dello stesso specifico diritto subbiiettivo, ch'essa tende a tutelare.

Non potrei chiudere questa succinta esposizione della problematica inerente al diritto subbiiettivo ed all'azione, senza far cenno di un altro ordine di problemi, connesso, stavolta, col grado di intensità di quella *licentia* (*agendi*, *petendi* o *subiciendi*, che sia), in cui genericamente il diritto e l'azione si risolvono. Dalla figura massima, e vorrei dire perfetta, del diritto subbiet-

tivo, che è quella della *licentia* piena e incondizionata, si diparte, infatti, tutta una gamma di figure minori, che potremmo dire dei diritti affievoliti, ma che, come è noto, la dottrina denomina in taluni casi anche interessi legittimi. Tutto sta, peraltro, a determinare il punto, al di sotto del quale un diritto non possa più dirsi perfetto, o, se si preferisce, il complesso dei requisiti necessari affinché un diritto subbiettivo possa essere considerato pienamente tale. E qui, come particolarmente possono dire i giurpubblicisti, è più che mai chiaro che, a segnare le linee di confine, la logica ben poco soccorre, e sola può decidere la storia.

3. — In ordine al tema del diritto subbiettivo e dell'azione le formulazioni della dottrina romanistica moderna « grosso modo » corrispondono, sia per contenuto concettuale che per varietà di tesi, a quelle correnti tra gli studiosi di teoria generale del diritto (2). Si tratta, peraltro, chi ben guardi, di un fenomeno di corrispondenza, che non potrebbe mai essere assunto a conforto delle risultanze, quali che siano, raggiunte in sede di teoria generale, perchè in realtà gli studiosi del diritto romano, troppo presi ancora dalle ricostruzioni particolari, si rimettono, per queste concezioni di carattere generale, alle categorizzazioni della Pandettistica ottocentesca, oppure a quelle, che è praticamente lo stesso, dell'indirizzo preferito di teoria generale del diritto.

(2) Per lo stato della dottrina romanistica moderna in ordine al tema del diritto subbiettivo e dell'azione, basta il rinvio ad ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. romano* (1952) 15 ss., 21 ss., esponente della *communis opinio*. Cfr., inoltre, la dotta monografia del PUCKLER, *Actio e diritto subbiettivo* (1938). - Lavori recentissimi hanno poi posto in rilievo la poca familiarità dei Romani con il concetto di diritto subbiettivo. Cfr., in particolar modo, VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques*, in *RHD.* 24-25 (1946-47) 200 ss.; *Du sens de l'expression « ius in re » en droit romain classique*, in *RIDA.* 3 (1949) 125 ss.; KASER, *Das altrömische « ius »* (1948) 96 ss.; D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de « ius »*, in *Studi Albertario* 2 (1951) 279 ss. (quivi altre citazioni). Il quadro delle fonti da me sostanzialmente accolto è quello esposto nelle citate pagine del KASER. - Spero che risulti chiaro come il mio scopo non sia quello di stabilire con esattezza le varie significazioni (più o meno subbiettivistiche) del termine « ius » (problema sul quale ometto deliberatamente di pronunciarmi). Fine del presente studio è, infatti, di chiarire il motivo per cui, nè con il termine « ius » nè con altri termini, i Romani espressero un concetto autonomo di diritto subbiettivo.

Comunque, anche dalle ricerche della romanistica moderna possono desumersi alcune risultanze di carattere generale, le quali, se non risolvono i nostri problemi, tuttavia, essendo sufficientemente sicure, possono essere utilizzate per delimitarli. Alludo essenzialmente alla differenziazione, che si suole oggi operare, anche in ordine al problema del diritto subbiettivo e dell'azione, tra il periodo da Romolo a Diocleziano, con particolare riguardo all'età così detta classica dei secoli dal I al III d.C., ed il diritto romano della decadenza, il così detto diritto postclassico, il quale fu chiuso dalla pubblicazione del *Corpus iuris civilis* dell'imperatore Giustiniano I.

Nel periodo postclassico-giustiniano fece difetto, con tutta probabilità, anche nel nostro argomento, una direttiva limpida e sicura, nonchè impostata sulla tradizione dei secoli precedenti. Le storture e le variazioni postclassiche si trasfusero in alterazioni di varia misura apportate ai testi classici, che possono ormai, d'altra parte, ritenersi tornati, per questo riguardo, alla loro sostanza genuina, per effetto dell'intensa critica esegetica esercitata su di essi nell'ultimo cinquantennio.

Tolte di mezzo le accennate sovrastrutture postclassiche, sulle quali è inutile indugiarsi in questa sede per enumerarle e descriverle, risulta, tuttavia, che nel periodo classico del diritto romano, cioè nel periodo che rappresenta il meriggio radioso dell'evoluzione giuridica di Roma, i concetti di diritto subbiettivo e di azione furono ben lungi dall'essere esplicitamente formulati, o forse addirittura limpidamente pensati, anche per la riluttanza ben nota dei giuristi romani, nati per l'arte e non per la scienza del diritto, verso le teorizzazioni di carattere generale. Ne sia prova il fatto che lo stato delle fonti al riguardo può essere esposto in pochissime proposizioni.

In materia di diritto pubblico, il termine « ius » non appare mai nel senso di diritto subbiettivo, e in particolare di diritto del singolo verso lo Stato: solo in qualche testo del tardo periodo repubblicano accade di incontrarlo, ma nel significato ristretto di facoltà implicita nella potestà degli organi pubblici. In materia di diritto privato, non è raro che *ius* venga usato come espressivo di singole facoltà implicate da un diritto subbiettivo (es.: « *ius utendi fruendi* », « *ius eundi* »),

« *ius agendi* » ecc.); spesso lo si vede adoprato nel significato di *status* del *paterfamilias*, soggetto di diritto privato, come nelle espressioni « *sui iuris* », « *suo iuri subiectus* », « *successio in ius* »; mai, viceversa, nel senso specifico di diritto subbiettivo, cioè di autonoma *licentia* (*agendi*, o *petendi*, o *subiciendi*), lo si ravvisa rapportato al diritto assoluto per eccellenza, cioè al *dominium*, e rarissimamente lo si trova adoprato ad indicare i così detti diritti relativi, ed in particolare i crediti. Quanto al termine « *actio* », in molti casi esso sta ad indicare esclusivamente una attività materiale o una attività giuridica del soggetto, non una sua situazione, una sua *licentia*; quando poi esso indica sicuramente una *licentia*, sembra altresì che designi una situazione di preminenza verso la controparte, e non verso lo Stato, sebbene non sia dato stabilire se questa situazione si concreti in una *licentia petendi* o in una *licentia subiciendi*. Relativamente all'*actio*, è altresì da notare che spesse volte la si trova menzionata dalle fonti come surrogato del diritto subbiettivo (ma, si badi, non come sinonimo di questo), e ciò perchè, come dice il giurista Celso, « *nil aliud est actio, quam ius quod sibi debentur iudicio persequendi* ».

La terminologia, pertanto, è chiaro che, almeno positivamente, cioè a fini costruttivi, non soccorre nella nostra disamina. Ciò dato, non resta, dunque, che analizzare la sostanza stessa degli istituti, onde poter ricostruire la inespressa, e forse inconscia, idea romana del diritto subbiettivo e dell'azione. Ed io penso, a questo riguardo, che il meglio sia di rifarsi, per quanto possibile, alle origini prime del diritto romano. È il metodo più difficile e, aggiungo, pericoloso, ma è anche il metodo indubbiamente più redditizio, ove si tenga presente il tenace tradizionalismo della giurisprudenza romana sino alla fine dell'età classica ed ove, quindi, si riconosca ch'esso metodo può agevolmente metterci in grado di intravedere i motivi, essenzialmente storici, quindi irrazionali, di certe impostazioni dogmatiche, le quali rifuggono, appunto, da ogni coerente giustificazione.

4. — La storia delle origini, innanzi tutto: da un lato, chiarisce il motivo per cui il termine « *ius* » è praticamente estraneo, nel suo significato subbiettivistico, alle materie giuspubblicistiche; dall'altro lato, spiega perchè mai sia metodologicamente

scorretto far capo, ai fini della nostra ricostruzione, al diritto pubblico romano (*).

Esiste, come è noto, nelle fonti (D. I. I. 1. 2) una definizione attribuita ad Ulpiano, giurista a cavallo tra il II ed il III secolo d. C., secondo la quale il *ius publicum* « *est quod ad statum rei Romanae spectat* », è cioè il diritto relativo all'organizzazione ed al funzionamento della cosa pubblica in Roma. Approssimativamente, tale definizione corrisponde al concetto moderno di diritto pubblico, ma, purtroppo, mille ed una ragione inducono a farci ritenere che essa non esprimesse, nella Roma del II secolo d. C., una visuale dogmatica di antica tradizione. Prima del II secolo d. C., invero, le fonti giuridiche parlarono di *ius publicum*, ma in tutt'altro senso: o nel senso di *ius* posto in essere dalle *leges publicae populi Romani* (e, naturalmente, dai provvedimenti di governo ad esse equiparate), o nel senso, in certa guisa connesso al precedente, di *ius* non derogabile dalla volontà privata (« *ius, quod privatorum pactis mutari non potest* »). Se di *ius publicum* le fonti parlarono in questi due significati tra loro connessi, ma diversi da quello della definizione ulpiana (che contrappone il *ius publicum* al *ius privatum*), è evidente, mi sembra, che la definizione di Ulpiano esprime una concezione di data più recente. Ed io credo di poter aggiungere che, sin verso la fine del I secolo d. C., i Romani non considerarono come giuridico, cioè come *ius*, l'ordinamento costituzionale ed amministrativo della *respublica*: o, per meglio dire, non si posero la domanda se questo ordinamento di antica tradizione fosse pur esso *ius*, come quello relativo ai rapporti tra privati.

Per rendersi conto di questo fenomeno, a tutta prima così sorprendente, bisogna tener presente, che, secondo le risultanze della migliore storiografia critica, la *civitas* quiritaria, la città degli antichissimi *Quirites*, non ancora denominati etruscamente *Romani*, si formò lentamente traverso un processo di aggregazione tra minori enti politici preesistenti (poniamo che fossero le tre *tribus* famose dei *Rames*, dei *Tities* e dei *Luceres*), ciascuno dei quali era formato da varie comunità parentali, le *gentes*, costituite, a loro volta, da un certo

(*) Per un maggior chiarimento della concezione storica esposta nel presente numero, v. GUARINO, *L'ordinamento cit. passim* e specialm. 232 ss. (ivi altre citazioni).

numero di *familiae* affini, poste ciascuna sotto la *potestas* di un *pater*, che le impersonava nei rapporti esterni. Orbene, di *ius*, se non nel seno delle *familiae*, ch'erano organismi di vita effimera, perchè dissociantisi di regola con la morte del *pater familias*, se ne parlò certissimamente già nel seno delle *gentes* precittadine: e se ne parlò, più precisamente, come di costumanze degli antenati, « *mores maiorum* », le quali, appunto per essere state degli antenati, assurgevano agli occhi dei membri della comunità al rango di esempi altamente autoritativi, anzi inderogabili. Quando, in forza di convenzioni intergentilizie, cioè di *foedera*, si formò la *civitas* quiritaria, l'ordinamento costituzionale ed amministrativo di questa, ch'era oltre tutto estremamente primitivo, non fu definito *ius* proprio perchè era a carattere pattizio, perchè era quindi di nuovo conio, perchè non era rispondente a *mores maiorum*. Nella nuova *civitas*, pertanto, il termine *ius*, coerentemente alla concezione tradizionale, rimase ad indicare i *mores maiorum* delle *gentes*, e più precisamente i *mores* comuni a tutte le *gentes* quiritarie, e quindi valevoli per tutte le *gentes* stesse. Il che val quanto dire che il *ius Quiritium* regolò essenzialmente i rapporti tra i *patres familiarum*, mentre le materie pubblicistiche formarono oggetto di un regolamento agiuridico, espressione del generico *fas*, cioè del generico lecito religioso, e concretantesi dapprima negli accennati *foedera* gentilizi, di poi, a vita cittadina iniziata, nelle *leges* degli organi di governo. Questa la ragione prima e fondamentale dello sviluppo indipendente del diritto privato e del diritto pubblico in Roma: soggetto del primo fu il *pater familias*, cioè la persona esente da ogni *patria potestas* altrui sul proprio capo, anche se infante; soggetto del secondo fu, in età storica, il cittadino atto alle armi, anche se non *pater familias*.

L'abbandono di tutto l'accennato insieme di inibizioni a considerare, « tout court », giuridico, *ius*, anche l'ordinamento costituzionale ed amministrativo costò ai Romani, tradizionalisti come erano, secoli e secoli di travaglio e si verificò, lentissimamente, attraverso un processo indiretto; attraverso l'ammissione delle *leges publicae*, accanto ai *mores*, nel sistema delle fonti del *ius*. Sicchè, pur continuandosi a non ritenere giuridico nel suo complesso quell'ordinamento costituzionale, di cui le *leges* erano espressione, si passò, comunque, a considerare *ius* ciò che dalle *leges* stesse fosse

stabilito, non soltanto in materia privatistica, ma anche in materia pubblicistica; si passò, anzi, più tardi, a considerare di ordine pubblico, e cioè inderogabile, tutto ciò che le *leges publicae* avessero stabilito; sinchè, fine del I secolo d. C., crollò l'ultimo diaframma, che impedisse una visione razionale del fenomeno giuridico nel suo complesso, e si considerò tutto intero l'ordinamento dello Stato come *ius*, sudistinguendolo in *publicum* e *privatum*.

Ma se un chiaro concetto di *ius publicum* si formò soltanto nel secolo II d. C., mentre prima la materia pubblicistica non era considerata in linea di massima *ius*, è evidente che non rimase ai giuristi classici, o quasi, il tempo necessario per passare, a titolo consequenziale, alla concezione dei diritti pubblici subbiettivi. Era ormai alle porte l'assolutismo statale di marca diocleziana, già in buona parte anticipato dalla dinastia dei Severi, ed è esperienza di tutti i tempi che le forme assolutistiche, anche quando siano, come suol dirsi, illuminate, escludono, « per la contraddizione che nol consente », l'ammissibilità dei diritti subbiettivi, particolarmente in materia pubblicistica.

5. — Ridotto il nostro campo di indagine alla storia del diritto romano privato, occorre, tuttavia, qualche ulteriore considerazione, allo scopo di precisare, sia pur approssimativamente, le tappe attraverso cui il *ius privatum* si sviluppò⁽⁵⁾.

Dei tre sistemi normativi costituenti il diritto privato dell'età classica (« *ius civile* », « *ius honorarium* » e « *ius publicum* », cioè « posto dalle *leges publicae* »), quello fondamentale e centrale fu indubbiamente il sistema del *ius civile*: tanto le *leges publicae*, da un lato, quanto gli *edicta praetoris*, dall'altro, intervennero, infatti, particolarmente nel corso dell'età preclassica, allo scopo di integrare o modificare il *ius civile*, e quindi con funzione rispetto ad esso secondaria. Quanto al *ius civile*, è noto che esso va, a sua volta, distinto in *ius civile vetus* e *ius civile novum*, detto anche *ius gentium*, quest'ultimo sviluppatosi, nei secoli II e I a. C., dalla prassi del *praetor peregrinus*, « *qui inter cives et peregrinos et inter peregrinos in urbe Roma ius dicebat* ». Fedeli al nostro proposito metodologico, noi possiamo essenzialmente limitarci al

(5) Per maggior chiarimento della concezione storica qui esposta, v. in particolare GUARINO, *L'ordinamento cit.*, *passim*; « *Ius Quiritium* », in *IVRA* 1 (1950) 265 ss.

ius civile vetus, che fu la matrice di tutti i più caratteristici istituti del *ius privatum* romano, se non dei più aggiornati regolamenti degli stessi. Tuttavia, è necessario, a mio avviso, contestare nettamente l'opinione universale degli studiosi, i quali non dubitano che questo *ius civile vetus* sia stato, tal quale o quasi, l'ordinamento vigente in Roma sin dalle origini.

In altre sedi io credo di essere riuscito a dimostrare che il *ius civile vetus*, quale a noi noto, si costituì soltanto nel IV secolo a. C., quattro secoli dopo la nascita di Roma, attraverso la fusione in un tutto unitario di due sistemi giuridici antecedenti: il vetusto *ius Quiritium* ed il così detto *ius legitimum vetus*, essenzialmente rappresentato dalle *XII tabulae*. In principio, dal secolo VIII al secolo VI a. C., non vi fu che il *ius Quiritium*, costituito, come dicevo poc'anzi, dai *mores maiorum* comuni alle *gentes* quiritarie, cioè patrizie; più tardi, nel secolo V a. C., le pressioni della classe plebea, tuttora giuridicamente tenuta in situazione di essenziale suditanza, determinarono l'emanazione, da parte dei *patricii* al potere, di *leges* modificatrici del *ius Quiritium*, tra cui principalmente le *leges XII tabularum*; infine, nel corso del secolo IV a. C., allorchè i plebei giunsero all'auspicata parificazione con i patrizi, divenendo anch'essi *cives Romani* di pieno diritto, si formò, nel crogiuolo dell'*interpretatio prudentium*, come risultante e superamento degli ordinamenti precedenti, il *ius civile Romanorum*.

Orbene, la prospettiva storica or ora accennata non ha soltanto valore cronologico. Essa si riflette, a mio avviso, anche sulla sfera di interessi dei vari ordinamenti successivi: nel senso che questa sfera di interessi, da piccola e limitata che era nei primi tempi, venne via via allargandosi ed approfondendosi. E, più precisamente, io credo di poter fare, a questo proposito, due affermazioni: 1) che la materia delle *actiones*, cioè dei mezzi di tutela degli interessi subbiettivi violati, e quella delle *obligationes*, cioè dei rapporti di credito, furono estranee al *ius Quiritium*, e furono regolate soltanto dal successivo *ius legitimum vetus*; 2) che l'antichissimo *ius Quiritium* fu relativo alle sole *potestates* dei *patres familiarum*, ma queste *potestates* non furono da esso considerate come autonome, cioè come diritti subbiettivi, bensì come espressioni o attributi della *patria potestas*, cioè come elementi non autonomi dello *status* di soggetto del *ius Quiritium*.

Che le *legis actiones* e le *obligationes* non siano entrate a far parte del *ius prima del secolo V a. C.*, è una tesi che, almeno parzialmente, corrisponde ad ammissioni recenti di egregi studiosi, e che, comunque, non esclude affatto, ed anzi implica, che il fenomeno della tutela giuridica e quello dei rapporti di credito abbiano formato oggetto, nei secoli anteriori, dell'ordinamento religioso del *fas*. La dimostrazione della mia tesi, almeno in *apicibus*, è facilissima. Per ciò che riguarda le *legis actiones*, io penso che Gaio sia nel plausibile quando assume che furono così denominate, cioè *actiones legis*, « *vel ideo, quia legibus proditae erant...*, *vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant* »; ebbene, dato che abbiám visto poco fa che le *leges* in Roma furono estranee al *ius Quiritium*, ne segue appunto che estranee al *ius Quiritium* dovettero essere le *legis actiones*. Per ciò che riguarda le *obligationes*, io noto che, stando alle formule delle relative *actiones* processuali, mentre l'affermazione di una *potestas* era solennemente basata sulla derivazione dal *ius Quiritium* (« *hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium* »), l'affermazione di una *obligatio* si limitava alla solenne asseverazione dell'*oportere* » dell'*obligatus* (« *aio mihi furtum a te factum esse paterae aureae, ob eamque rem te mihi damnum decidere oportere* »): ebbene, dato che l'*oportere* non era basato sul *ius Quiritium*, ne segue appunto che estranee al *ius Quiritium* dovettero essere anche le *obligationes*.

Stabilito, per via di esclusione, che la materia propria del primigenio *ius Quiritium* fu quella delle *potestates*, rimane da dimostrare che queste *potestates* non furono dal *ius* considerate a se stanti, ma come elementi dello *status* di soggetto giuridico. Ed anche qui la dimostrazione, sebbene mai tentata da alcuno, si prospetta, a mio avviso, di luminosa evidenza. Già prima ho posto in rilievo che il termine *ius*, nel senso di diritto subbiettivo, non è mai usato nei testi con riferimento al *dominium* e, in genere, alle situazioni giuridiche assolute, mentre vi appare adoprato assai di frequente per indicare, in modo comprensivo, lo *status* del soggetto di diritto privato: queste particolarità della terminologia romana si spiegano solo come residui dello stato di cose più antico, quale tratteggiato nella mia tesi, e suonano quindi conferma della stessa. D'altra parte, che la mia opinione, per quanto mia, sia

nel giusto, mi sembra confermato anche dal fatto che, ancora in età avanzata, i Romani, nel caso di *dominium*, usavano parlare di acquisto e di perdita della cosa, anziché di acquisto e di perdita del diritto di proprietà sulla cosa, usavano cioè riconnettere la *res* direttamente alla persona del *pater familias*: la circostanza che essi non solessero mettere in risalto, tra il soggetto e la *res*, l'elemento intermedio del diritto del primo sulla seconda, è circostanza che si esplica per un normale fenomeno di attrito del linguaggio, a patto, peraltro, di accogliere la ricostruzione delle origini da me proposta. E infine, a complemento della succinta dimostrazione, mi limiterò a ricordare che proprio la romanistica più moderna ha il merito di aver messo in evidenza la originaria indifferenziazione di quel così detto *mancipium*, che fu il padre comune dei vari diritti assoluti dell'età storica (il *dominium ex iure Quiritium*, la *dominica potestas*, la *potestas sui filii* e sulle persone in *causa mancipii*, la *manus maritalis* sull'*uxor*): questa importante, e ormai sicura scoperta, posta in relazione con la tesi che il *ius Quiritium* non conobbe altre situazioni subbiettive al di fuori di quelle potestative, equivale a dire che il *ius Quiritium* regolò un solo diritto, molto ampio, il *mancipium*, e cioè, in altri termini, che per esso *ius Quiritium* il diritto subbiettivo si confuse con la titolarità giuridica, con lo *status* di *pater familias*.

6. — Sulla base di tutte le considerazioni dianzi esposte, io penso che siamo finalmente in grado di tentare una sommaria ed approssimativa ricostruzione della storia del diritto subbiettivo e dell'azione in Roma, con particolare riguardo ai problemi di origine.

Posto che i diritti così detti assoluti (*dominium*, *servitutes*, *ususfructus* e via dicendo) passarono in Roma ad essere concepiti come tali, cioè come situazioni subbiettive autonome, attraverso un processo di lenta enucleazione dal seno della categoria generale e generica di « soggetto del diritto privato », vale a dire di *pater familias*, ne segue che la costruzione dogmatica di questa categoria non possa non riflettersi, o quanto meno rifrangersi, nella ricostruzione dogmatica dei diritti assoluti. Ora, lo *status* di *pater familias*, soggetto di diritto, fu certamente, in Roma, sin dalle origini ed anzi sopra tutto alle origini,

concepito come una qualificazione di carattere relativo, e cioè come affermazione, e nel contempo delimitazione, della sfera di libertà di ciascun singolo *pater familias* nei confronti di tutti gli altri *patres familiarum* facenti parte della comunità. Ma, se lo *status* di *pater familias* fu inteso *ab origine* come una pretesa, sia pur generica ed approssimativa, del singolo *erga omnes*, come una *licentia petendi* del consociato verso tutti gli altri, è evidente che i diritti assoluti, da esso *status* enucleatisi, non poterono venir concepiti, a loro volta, diversamente che come pretese *erga omnes*. Ed è questa, a mio avviso, la soluzione esatta di una disputa, altrimenti interminabile, che si svolge tra i romanisti da almeno quarant'anni, sul se i diritti assoluti siano stati mai concepiti (quanto meno i più antichi, quanto meno il *dominium ex iure Quiritium*) come facoltà, come *licentiae agendi*, anziché come *licentiae petendi*. Se nelle fonti si incontrano elementi a parziale sostegno della tesi dell'*agere licere*, tanto cara a molti teorici generali del diritto, ciò è perchè le *potestates* del *pater familias* romano, prima di essere considerate come diritti subbiettivi, e quindi come pretese *erga omnes*, furono per lungo tempo considerate, appunto, come *potestates*, come facoltà, ma come facoltà, si badi, giuridicamente non autonome, perchè ricomprese nell'ambito dello *status* di *pater familias*.

Veniamo ora ai diritti così detti relativi, cioè essenzialmente alle *obligationes*, la cui storia iniziale non mi sembra ancora del tutto chiaramente intuita dai romanisti moderni. Poc'anzi, nel dimostrare che le *obligationes* non furono regolate dal *ius Quiritium*, ma solo dal successivo *ius legitimum vetus*, ho anche chiarito di non voler con ciò affermare che il fenomeno economico del credito fosse del tutto sconosciuto nei secoli dall'VIII al VI a. C. A mio avviso, in questi tempi più antichi, o si creava tra le parti un impegno di natura religiosa, cioè un vincolo puramente ideale, assunto mediante *sponsio* o *iusiurandum*, oppure le parti trasfondevano il loro rapporto in un istituto potestativo del *ius Quiritium*, nel senso che il debitore, o altri per lui, si sottoponeva (*nexi datio*) alla *potestas* del creditore, divenendo, sino alla eventuale *liberatio*, oggetto del suo *mancipium*, e perdendo con ciò la soggettività giuridica. Col tempo, peraltro, da un lato si ritenne eccessivo ridurre il debitore a *nexus*, cioè praticamente a

schiavo, del creditore, mentre dall'altro si giudicò opportuno attribuire rilevanza giuridica ai vincoli creati con *sponsio* o con *iusiurandum*. Ne conseguì la concezione, indubbiamente iuridica, dell'*obligatio iuris civilis*, quale a noi nota, intesa come vincolo ideale o anche, in certi casi, fisico, ma comunque mai tale da ridurre il debitore, o chi per lui, in istato di irreparabile schiavitù. Solo a questo punto, e fu nel secolo V a.C., il nostro fenomeno acquistò cittadinanza nel diritto romano.

Ora, tutta questa, diciamo così, preistoria della romana *obligatio* non poteva non influire sulla costruzione dogmatica, oltre che sulla terminologia, dell'istituto. Due sono le caratteristiche, che maggiormente colpiscono chi guardi all'*obligatio* romana: in primo luogo, il fatto che il rapporto in esame non sia mai, o quasi, rappresentato dalle fonti sotto la specie del credito, quindi della situazione del creditore, ma sia invece in esse rappresentato *sub specie* di un obbligo di prestare e nel contempo, piuttosto confusamente, di una soggezione all'adempimento da parte dell'*obligatus*; in secondo luogo, il fatto che, quando nelle fonti si venga a riferirsi al creditore, non gli si attribuisca un *ius*, ma un'*actio in personam*, cioè un mezzo processuale di accertamento, che preludeva in antico alla apprensione fisica dell'*obligatus*, alla *manus iniectio* sulla sua persona. Ambedue le accennate particolarità dell'*obligatio* romana divengono, io penso, pienamente comprensibili, ove si tenga presente che l'*obligatio* stessa altro non era, alle origini, che un *mancipium* affievolito del creditore sull'*obligatus*: *mancipium*, il quale, d'altra parte, poteva bellamente tornare in essere, attraverso l'esperimento dell'*actio in personam* e della *manus iniectio*, in caso di inadempimento. Allo stato quiescente, il rapporto era rappresentato dal punto di vista del soggetto passivo, dell'*obligatus*, per lo stesso motivo per cui, nel seno dell'antico *mancipium* amplissimo del *pater familias*, si guardava ai differenti oggetti dello stesso (la *domus*, i *fili*, l'*uxor*, gli *animalia quae collo dorsove domantur*, i *nexi*) per differenziare l'una dall'altra le *potestates* che il *pater* era in grado di esercitare. La situazione dell'*obligatus* era dipinta come un misto di obbligo e di soggezione, cioè come un *«necessitate adstringi»*, perchè sull'*obligatus* non solo gravava un obbligo, ma gravava potenzialmente la soggezione alla *potestas* del creditore in

caso di inadempimento. A sua volta, la situazione del creditore non era normalmente espressa mediante il termine *ius*, ed era viceversa frequentemente adombrata mediante la terminologia *actio in personam*, per il fatto che: anzi tutto, del diritto subbiettivo, come in tema di rapporti assoluti così anche in materia di rapporti relativi, i Romani non avevano chiaro e definito concetto; secondariamente, il rapporto fra creditore e debitore diveniva dolente, e faceva con ciò avvertire la sua presenza, in caso di inadempimento, nel qual caso l'arma del creditore era quella dell'*actio*, mediante la quale, accertatasi la verità dell'*obligatio*, si poteva giungere a ricostituire la *potestas* del creditore sulla persona dell'*obligatus*.

Già si intuisce, a questo punto, suppongo, la conclusione, alla quale credo di dover giungere in ordine alla struttura del diritto subbiettivo in Roma. In realtà, i Romani non soltanto mancarono di una concezione e di una terminologia unitaria delle situazioni giuridiche subbiettive, ma, assai probabilmente, non giunsero mai a ricondurre sotto il paradigma di un *genus* unitario la situazione del titolare di una *potestas* e quella del creditore: la prima fu, infatti, per essi, una figura, diremmo oggi, di diritto sostanziale, concretantesi in una pretesa *erga omnes* al rispetto della propria sfera di libertà; la seconda, la situazione del creditore, fu, invece, per essi, a differenza della situazione dell'*obligatus*, di cui ho detto, una figura essenzialmente processuale, concretantesi nella possibilità di assoggettare, mediante il giuoco di azioni dichiarative ed esecutive, la persona dell'*obligatus* inadempiente. Col procedere dei tempi, abolita l'esecuzione personale sui debitori, introdotta la procedura formulare con relativa *litis contestatio*, profilatosi un certo quale indirizzo dogmatico nella giurisprudenza, sopra tutto classica, è noto a tutti, o almeno a tutti i romanisti, come e quanto sia venuto a mutarsi lo stato di cose ora descritto. Tuttavia, è, ripeto, soltanto questo stato di cose più antico, ch'è in grado di chiarirci tante particolarità; che altrimenti ci parrebbero inesplicabili singolarità.

7. — In definitiva, io penso di essere riuscito, con queste mie considerazioni, necessariamente superficiali, a conseguire lo scopo, che mi ero prefisso: lo scopo, cioè, di mettere in luce l'apporto, che

il diritto romano è insostituibilmente in grado di dare alla teoria generale del diritto. Non vi è dottrina giuridica, io credo, che non possa ricevere vivida luce dall'esperienza romana.

Per quel che concerne più precisamente il tema qui brevemente trattato, il tema del diritto subbiettivo e dell'azione, la esperienza del diritto di Roma suggerisce, se non erro: in primo luogo, di considerare i diritti così detti assoluti come diritti per così dire primari, promanazioni della soggettività giuridica, concretantisi in pretese *erga omnes* al rispetto del libero esercizio delle facoltà contenutevi; in secondo luogo, di considerare i diritti così detti relativi come diritti per così dire secondari, concretantisi in pretese specifiche di un soggetto verso un altro soggetto e nel contempo, indissolubilmente, nella *licentia subiciendi* del secondo soggetto, in caso di inadempienza, da parte del primo; in terzo luogo, di considerare l'azione come una *licentia subiciendi* connessa con una pretesa specifica e condizionata all'insoddisfacciamento della stessa.

In altri termini, stando all'esperienza romana, val la pena di considerare la possibilità, in sede di teoria generale, di ripartire il *genus* dei diritti subbiettivi in due *species*, di cui la prima consista in *licentiae petendi erga omnes* e sia costituita dai diritti assoluti, la seconda consista in accoppiamenti di *licentiae petendi* specifiche con *licentiae subiciendi*, di pretese con azioni in senso sostanziale. Va da sè che la *species* dei diritti assoluti, dando luogo in caso di violazione da parte di terzi a pretese specifiche di reintegrazione o di riparazione, si riconduce, in tal caso e limitatamente al punto di collisione con l'invasione del terzo, alla *specie* dei diritti relativi: sicchè il sistema sembra, anche da questo punto di vista, conchiudersi in armonia.

La tesi di coloro, i quali, un po' più semplicisticamente, o, se si vuole, un po' meno lambiccatamente, hanno sostenuto essere l'azione lo stesso diritto subbiettivo quando si pone sul piede di guerra e ridursi ogni diritto subbiettivo, in prima o in seconda istanza, ad una pretesa specifica verso un singolo e determinato soggetto passivo: questa tesi, ch'era tradizionale dei nostri vecchi del secolo scorso, ma che nel nuovo secolo non poche critiche ha riscosso dalla gran parte della dottrina: questa tesi, dicevo, è quella, che il diritto romano più limpidamente conferma.