

IL DIRITTO E L'AZIONE NELLA ESPERIENZA ROMANA

1. — Non credo¹ 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 tale 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.

Sembra, piuttosto, ancora e sempre il caso di spendere qualche parola in difesa dell'insegnamento romanistico, in generale, contro la

* Prolusione al corso di Egesi delle fonti del diritto romano, letta nella Università di Napoli il 24 gennaio 1951. Pubblicata in *St. Arangio-Ruiz* 1 (Napoli 1953) 389 ss.

¹ Per lo stato della dottrina romanistica moderna sul tema del diritto subbiiettivo e dell'azione, basta il rinvio ad ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. romano*¹¹ (1952) 15 ss., 21 ss., esponente della *communis opinio*. Cfr., inoltre, la dottrina monografia del PUGLIESE, « *Actio* » e diritto subbiiettivo (1938). Lavori più recenti hanno posto in rilievo la poca familiarità dei Romani con il concetto di diritto subbiiettivo. 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, né con il termine « *ius* » né con altri termini, i Romani espressero un concetto autonomo di diritto subbiiettivo. Su tutto, da ultimo, GUARINO, *Diritto privato romano*⁴ (1970) 283 ss.

ostinata incomprendione 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. Né sarebbe serio tentar di giustificarlo, come s'usa piuttosto superficialmente 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 materiata 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. A questo 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 oggidì da ogni buon giureconsulto, 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 ». Se è vero che le categorie giuridiche di applicazione universale, cui questa scienza tende, non hanno carattere metafisico, di verità rivelate, ma sono 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 poc'anzi precisato, non è altro essa stessa che storiografia giuridica. E di questa scienza la storia del diritto romano è, fuor di dubbio, tra i settori di maggiore interesse e importanza: sia perché il diritto romano, tra i

diritti del passato, è quello che risulta piú agevolmente riconoscibile; sia perché esso si segnala come quello di un popolo, ch'ebbe, innegabile, un vero e proprio genio del diritto; sia, infine, perché il diritto romano, attraverso la sua lunga evoluzione di quattordici secoli, offre alla meditazione del giurista il quadro piú completo e realistico, che possa desiderarsi, di una parabola vitale.

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 piú sicuro orientamento verso la soluzione di un problema tra i piú tormentati della teoria generale: il problema del diritto subbiettivo e dell'azione.

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

Posto che la vita sociale sia compenetrata e regolata da un ordinamento giuridico (il cosí detto diritto in senso obbiettivo), 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 obbiettivo 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 subbiettivo, 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 interesse, e in particolare di un suo diritto subbiettivo, nella ipotesi di violazione o di insoddisfacimento.

Or qui si pongono tre quesiti, in rapporto di interdipendenza: quello della identificazione concettuale del diritto subbiettivo; quello della identificazione concettuale dell'azione; e infine quello della determinazione dei rapporti intercorrenti tra diritto subbiettivo ed azione. Dato che, in proposito, tutte, dico tutte, le opinioni astrattamente concepibili sono state, ora 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

