

**‘RES INCORPORALES’ E BENI
IMMATERIALI:
CATEGORIE AFFINI, MA NON
CONGRUENTI (*).**

È bene chiarire, subito, che la categoria romana delle *res incorporales* non è applicabile ai beni immateriali degli ordinamenti giuridici contemporanei. Le categorie ‘*res incorporales*’ e ‘beni immateriali’ non sono congruenti. Il dato è stato fissato con estrema puntualità da Giovanni Pugliese in un lungo articolo apparso nel 1982 sulla *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*¹. La cesura concettuale si profila nella dottrina tedesca dell’Ottocento ed emerge con particolare chiarezza in Windscheid, come tenterò di spiegare nel prosieguo. Ciò nondimeno, le due categorie non sono prive di punti di contatto, ove si assuma una prospettiva storico-diacronica. Ed è questo l’angolo di osservazione che ho scelto, confidando di riuscire, per tale via, a rendere l’idea dell’affinità

* Lo scritto, salvo alcuni aggiustamenti e l’aggiunta dell’apparato di note, riproduce la comunicazione tenuta al convegno «*Afferrare... l’inafferrabile. I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*» (Università degli Studi di Brescia – 11 maggio 2012) e destinata alla pubblicazione nei relativi Atti.

¹ G. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1137-1198 (v. spec. p. 1183).

tra le due nozioni.

La distinzione tra ‘cose corporali’ e ‘cose senza corpo’ è nitidamente posta da Gaio nelle *Institutiones*²: ‘corporali’ sono le *res* che si possono toccare, *quae tangi possunt*, come il fondo, lo schiavo, la veste, l’oro, l’argento e altre innumerevoli; ‘incorporali’ sono le *res* che non possiamo toccare, quelle che ‘hanno fondamento’³ nel diritto, *iure*

² Gai 2.12-14: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam in<corporales>*. [13] *Corporales hae <sunt> quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles*. [14] *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem per<tinet, quod in hereditate res corporales con>tinentur et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum*. Riproduco il testo dell’edizione FIRA, II, 49.

³ Accolgo qui la traduzione proposta da R. ORESTANO, *Il ‘problema delle persone giuridiche’ in diritto romano*, Torino, 1968, 152 e nt. 93, che preferisce rendere la costruzione di *consistere* con l’ablativo con ‘avere fondamento nel’, invece che con ‘consistere di’: tale opzione, lungi dall’essere una mera sottigliezza, coglie «una differenza profondissima, perché sposta il significato del brano dal piano soggettivo al piano oggettivo». Nella compilazione giustiniana (Gai 2 *inst.* D. 1.8.1.1; I. 2.2.2), il testo gaiano è riprodotto con la preposizione ‘in’ prima di ‘*iure consistunt*’, così che usualmente il passaggio è stato interpretato attribuendo a *res incorporales* il significato di ‘rapporti giuridici’ o ‘diritti’ [come ricordano C. FADDA-P.E. BENZA, *Note al secondo libro di B. WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, IV, Torino,

one hand some scholars extended the Roman category from ‘law’ to the ‘objects of law’; on the other hand others identified a break between the ancient and the modern: they keep the expression ‘intangible things’, but they renew its meaning. In this gradual renewal Windscheid played an important role. From a scientific speculation perspective, a connection, that could be defined ‘affinità’ (contiguity) in etymological sense (< lat. ‘*ad-finis*’), emerges between ancient and modern categories.

Keywords: *Res incorporales* – intangible things – intangible property

GIOVANNI TURELLI

Ricercatore in Diritto romano e Diritti dell’antichità

Università degli Studi di Brescia

E-mail: turelli@jus.unibs.it

consistunt, come l’eredità, l’usufrutto, le obbligazioni, le servitù urbane e rustiche.

Il concetto di ‘incorporeità’ non era ignoto alla cultura giuridica romana⁴: era già utilizzato sulla

1926, 185 (nt. *g* del § 42), i quali, però, segnalano che l’espressione «accenna a cose che non esistono materialmente (...) a cose di creazione giuridica»; sono, invece, diritti per P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, 155 e nt. 30, 160]; ma, a mio avviso correttamente, Orestano (*ibidem*, nt. 94) segnala che «per arrivare al significato che di solito le si attribuisce si sarebbe dovuto avere *in iuribus consistunt*». La lettura di Orestano è recepita da M.F. CURSI, *Res incorporales e modello proprietario nella tutela dell’informazione globale*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (a cura di), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia, filosofia*, Milano, 2004, 181 nt. 36; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*, Torino, 2011, 262. Per le ragioni che, a livello testuale, fanno ritenere corretta l’inserzione di ‘*in*’, vd. M. DAVID – H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum Commentarii IV. Kommentar*, II, Leiden, 1960, 240, la cui edizione è considerata definitiva da M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, 143, il quale, pure, traduce «cose che hanno solo un’esistenza giuridica», attribuendo a *ius* valore obiettivo. *Contra*, F. GALLO, *Recensione a M. BRETONE, I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, in *Iura*, XLIX, 1998, 137, per il quale *ius* «è invece usato in senso soggettivo».

⁴ Ma, secondo V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1994 (rist. 2002), 162, Gaio fu probabilmente il primo fra i giuristi ad adottarla. L’opinione è valutata come altamente plausibile da G. PUGLIESE, «*Res corporales*», «*res incorporales*» e il problema del diritto soggettivo, in *RISG*, V, 1951, 261 [ora in *Scritti giuridici scelti. III. Diritto romano*, Napoli, 1985, 249]. V. *infra*, nt. 6.

fine del II secolo a.C. da Elio Gallo⁵ e, nel I, da Cicerone⁶. Non è però qui luogo per svolgere un

⁵ Per questa datazione dell'opera di Elio Gallo, cfr. G. FALCONE, *Per una datazione del «De verborum quae ad ius pertinent significatione» di Elio Gallo*, in *AUPA*, XLI, 1990, 5 ss.

⁶ Ael. Gall. 1 *verb. sign.* fr. 8 [Bremer, I, 248] = Fest. s.v. 'possessio', 260 L: *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usu quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est in rebus, quae tangi possunt, nec qui dicit se possidere, is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex iure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, (...); Cic. Top. 5.26-27: Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit. Definitionum autem duo genera prima: unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. [27] Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum aedes, parietem stillicidium, mancipium pecudem, supellectilem penus et cetera; quo ex genere quaedam interdum vobis definienda sunt. Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usus capionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco. Ea saepe in argumentando definitione explicanda est; Sen. epist. 6.58.11-15: Etiam nunc est aliquid superius quam corpus; dicimus enim quaedam corporalia esse, quaedam incorporalia. Quid ergo erit ex quo haec deducantur? Illud cui nomen modo parum proprium imposuimus, 'quod est'. Sic enim in species secabitur ut dicamus: 'quod est' aut corporale est aut incorporale. [12] Hoc ergo est genus primum et antiquissimum et, ut ita dicam, generale; cetera genera quidem sunt, sed specialia. Tamquam 'homo' genus est; habet enim in se 'nationum' species, Graecos, Romanos, Partbos; 'colorum', albos, nigros, flavos; habet 'singulos', Catonem, Ciceronem, Lucretium. Ita qua multa continet, in genus cadit; qua sub alio est, in speciem. Illud genus 'quod est' generale supra se nihil habet; initium rerum est; omnia sub illo sunt. [13] Stoici volunt superponere huic etiam nunc aliud genus magis principale; de quo*

rie si profila così, sul piano della speculazione scientifica, un nesso che si può definire di affinità, nel senso etimologico del termine (< lat. 'ad-finis').

Parole chiave: *Res incorporales* – cose incorporeali – beni immateriali

The work reproduces the speech given in the conference «Afferrare... l'inafferrabile. I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento», that took place in Brescia, on 11 May 2012, at the presence of scholars of History of law and positive law beside the representatives of the Ministry of Economic Development.

The aim of my work is the comparison between the Roman category of *res incorporales* and the modern idea of intangible property. These two categories are not congruent. The first one concerns 'rights' (such as components of personal property) and it is useful to set all the private law into the three classes *personae*, *res*, *actiones*, while the modern category concerns the objects of law, especially the intangible property.

However, between the 19th and 20th century, the juridical science reasoned about the Roman category, assuming that it could be employed to situate the intangible property – in particular the intellectual property – in the systems of civil law that were drafting in those years.

Authors adopted two different attitudes. On

giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento», svolto all'Università degli Studi di Brescia l'11 maggio 2012, nel quale sono stati coinvolti storici del diritto e studiosi del diritto positivo, accanto a rappresentanti del Ministero dello Sviluppo Economico.

Il presente lavoro si propone un confronto tra la categoria romana delle *res incorporales* e quella moderna dei beni immateriali. Le due categorie non sono congruenti: infatti, la categoria romana riguarda i diritti (elementi del patrimonio) e serve a sistemare tutto il diritto privato entro la tre classi *personae, res, actiones*; invece, la categoria moderna riguarda gli oggetti del diritto, in particolare i beni immateriali.

Tuttavia, tra Ottocento e Novecento, la scienza giuridica ha ragionato sulla categoria romana, ipotizzando che essa potesse venire impiegata per collocare i beni immateriali – in particolare i prodotti dell'attività intellettuale – all'interno dei 'sistemi' codicistici che in quegli anni si venivano elaborando.

Si sono profilati in dottrina due atteggiamenti in proposito. Da un lato coloro che hanno 'esteso' la categoria romana dai 'diritti' agli 'oggetti di diritto'; dall'altra, coloro che hanno visto una soluzione di continuità tra antico e moderno: essi hanno mantenuto l'espressione 'cose incorporali', ma ne hanno rinnovato il contenuto. In questo graduale rinnovamento sembra avere giocato un ruolo significativo Windscheid. Tra le due catego-

*statim dicam, si prius illud genus de quo locutus sum merito primum poni docuero, cum sit rerum omnium capax. [14] 'Quod est' in has species divido, ut sint corporalia aut incorporalia; nihil tertium est. Corpus quomodo divido? Ut dicam: aut animantia sunt aut inanima. Rursus animantia quemadmodum divido? Ut dicam: quaedam animum habent, quaedam tantum animam, aut sic: quaedam impetum habent, incedunt, transeunt, quaedam solo adfixa radicibus aluntur, crescunt. Rursus animalia in quas species seco? Aut mortalia sunt aut immortalia. [15] Primum genus Stoicis quibusdam videtur 'quid'; quare videatur subiciam. «In rerum» inquit «natura quaedam sunt, quaedam non sunt, et haec autem quae non sunt rerum natura complectitur, quae animo succurrunt, tamquam Centauri, Gigantes et quidquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem coepit, quamvis non habeat substantiam». Inoltre, Quint. 5.14.34, 11.2.41 i.f.; Charis., *Ars gramm.*, II, 152, 20 ss. Keil. Tali fonti hanno suggerito l'ipotesi che la classificazione *corporales – incorporales* fosse penetrata nella giurisprudenza romana prima di Gaio. P. VOCI, *Diritto*, cit., 160 s., anche alla luce di Paul. 15 *Sab.*, D.8.1.14 pr., ipotizza una probabile conoscenza della nozione di *res incorporalis* già da parte di Sabino. Concordi nella sostanza, pur con alcune puntualizzazioni, R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 148 nt. 84 (ma, in generale, vd. da p. 145), e F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni 'res corporales' - 'res incorporales' e 'res Mancipi' - 'nec Mancipi' nella sistematica gaiana*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 427 e nt. 44, il quale precisa che «non è, quella prospettata, l'unica soluzione possibile» e, inoltre, esclude dal ragionamento i passi di Seneca e Carisio, in quanto fonti estranee all'esperienza giuridica: esse «testimoniano solo che le idee derivate dall'ontologia stoica avevano trovato buona accoglienza anche nel mondo culturale romano» (p. 429 s., ma v. anche 421 s.). Si vedano, inoltre, R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 298 nt. 4; G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1138 nnt. 1, 2 (con rinvio ad ulteriori passi di Seneca); M.*

tale discorso. Inoltre, è un dato di fatto – come ha rilevato Orestano – che Gaio adotti un «nuovo metro», intraprenda «una strada sua», nel momento in cui accoglie il criterio, fisico, della tangibilità (mentre, ad es., Cicerone, ragionava in termini filosofici di ‘rappresentazione intellettuale’)⁷ e soprattutto della «qualificazione operata dal diritto»⁸, che introduce una definizione in positivo, accanto a quella, negativa, della ‘non-tangibilità’⁹. Gaio si pone, pertanto, come buon punto

BRETONE, *I fondamenti*, cit., 208; M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 264 s.

⁷ Sostanzialmente isolata la posizione di U. ROBBE, *Osservazioni su Gaio*, in AA. VV., *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, 1966, 115 s., che esclude qualunque legame di derivazione tra la distinzione ciceroniana e quella di Gaio, trattandosi nel primo caso di «una distinzione filosofica e retorica», nel secondo di «una distinzione prettamente e strettamente giuridica» (cfr. anche ID., *La successione e la distinzione fra successio in ius e successio in locum*, I, Milano, 1965, 29 ss.). Personalmente, sul punto condivido i rilievi svolti da M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 173-181, 222 ss., 272, illuminanti non in direzione di un nesso di derivazione tra le due fonti, quanto nel mettere in evidenza un rapporto tra di esse su uno sfondo più ampio di quello strettamente giuridico: «una nomenclatura che ha una notevole affinità con quella di Gaio e di Carisio, ma non si confonde con essa, si incontra nei *Topica* di Cicerone» (p. 173).

⁸ R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 149-151.

⁹ A tal proposito U. ROBBE, *La successione*, cit., 31 s. sottolinea la necessità di considerare il problema del ‘*cernere*’, presente, nelle altre definizioni (*supra*, nt. 6), accanto al ‘*tangere*’.

‘*adfines*’, ovvero ‘confinanti’, ‘limitrofe’⁴⁷. Le due categorie, romana e moderna, delimitano ciascuna un territorio autonomo e, tuttavia, in ragione della loro contiguità, condividono, lungo il corso della tradizione romanistica, un comune sostrato. ‘Comune’ non sul piano fenomenico o normativo, ma su quello speculativo.

Qualunque sia stata la soluzione cui la scienza del diritto è pervenuta – recezione attualizzante, svuotamento o rifiuto del modello romano –, mi pare innegabile che la categoria romana delle *res incorporales* abbia svolto un ruolo in termini di costruzione del ragionamento giuridico, di elaborazione dei concetti giuridici (anche *a contrario* o *per differentiam*); insomma: di affinamento continuo degli strumenti di lavoro del giurista – attraverso i problemi, le incongruità, le affinità che di volta in volta sono emerse –, nel tentativo di comprendere ‘qualcosa’ che è fuori dagli schemi giuridico-concettuali usuali e quindi, nell’immediato, non comprensibile e, per così dire, inafferrabile.

ABSTRACT

L’articolo riproduce il testo della relazione tenuta al convegno «Afferrare... l’inafferrabile. I

⁴⁷ A. ERNOUT – A. MEILLET, voce *Finis*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 2001 (1932), 237; P.G.W. GLARE (a cura di), voce *Affinis*, in *Oxford Latin Dictionary*, New York, 1982 (rist. 2005), 79.

il patrimonio concettuale, e fece fronte alle mutate condizioni culturali recuperando gli schemi e le strutture di pensiero.

D'altro canto, quando Bekker scrive che l'espressione '*res incorporalis*' è un 'inutile pezzo' («unnützes Stück») del lessico giuridico romano, aggiungendo che ciò autorizza l'utilizzo della locuzione 'cose incorporali' per un concetto totalmente nuovo⁴⁵, egli, da un lato, pensa alla rielaborazione di Otto Stobbe; dall'altro ha presente proprio la riflessione di Windscheid⁴⁶.

Tutto questo dimostra – tornando al tema centrale dell'intervento, concernente l'atteggiamento della scienza giuridica nei confronti della categoria romana delle *res incorporales* – la rilevanza della predetta categoria nell'ambito della speculazione giuridica, quand'anche l'esito sia l'affermazione di una soluzione di continuità tra antico e moderno.

Concludendo.

Le due categorie, romana e moderna, non sono congruenti, come ho premesso in apertura. Quello che mi pare innegabile, tuttavia, è un legame di 'affinità', nel senso etimologico del termine:

⁴⁵ Vd. *supra*, nt. 35.

⁴⁶ E.I. BEKKER, *System*, cit., 288 nt. *q*: la nota segue all'affermazione circa la legittimità di un nuovo concetto per la vecchia espressione e contiene: il rinvio interno ad altro punto della trattazione in cui si richiama Stobbe; il rinvio a un passo di Windscheid in cui questi accenna al tema della proprietà intellettuale (B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 480 nt. 10; si tratta sempre del § 137).

d'inizio, per il taglio marcatamente giuridico del discorso e per la nuova prospettiva che assume: le *res incorporales* sono *res* non tangibili, il cui fondamento risiede nel diritto.

Gaio si serve della distinzione come di uno strumento di architettura giuridica, per dare armonia al discorso. Il suo manuale è costruito su tre pilastri, *personae*, *res* e *actiones*¹⁰: il criterio dell'incorporeità – osserva Massimo Brutti – è funzionale all'estensione semantica del termine *res*, così da «organizzare entro una visione d'insieme l'intera disciplina dell'appropriazione e dello scambio», attraverso un'operazione logica lineare¹¹. In altre parole: la categoria '*res incorporales*'

¹⁰ Tale triade – scrive M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 135 – costituisce il «criterio ordinativo ed espositivo» che ha avuto «una singolare fortuna lungo circa duemila anni, sino alle codificazioni moderne». Vd. nt. seguente.

¹¹ M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 262; sullo spettro semantico di '*res*', cfr. R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 101 ss. (spec. 110); M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 16, 43 ss., 63 ss. Segnala, in particolare, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 13, che il concetto di *res incorporales* giocava un ruolo fondamentale nel sorreggere il sistema tripartito, al punto che, abbandonato tale concetto, ad esso è venuto meno «ogni principio di giustificazione: era assurdo, ad es. che il terzo libro del nostro codice civile 1865 avesse la rubrica "Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose", mentre vi si trattava, fra l'altro, delle obbligazioni, che solo in pochi casi portano (indirettamente) ad un acquisto o trasmissione di proprietà o alla costituzione di un diritto reale. Peggio ancora nel più recente *Codex iuris canonici*, dove, volendo conservare la

serve a convogliare entro la sfera delle *res* – uno dei tre pilastri del manuale gaiano – la materia successoria, le obbligazioni e i diritti reali *in re aliena*.

È opinione consolidata che l'elencazione gaiana abbia valore esemplificativo¹² e non esaustivo; ciò nondimeno colpisce l'assenza, tra gli esempi scelti, della proprietà, che, per la centralità che occupa nel diritto romano, non può certo ritenersi tralasciata da Gaio per distrazione o marginalità. L'assenza di tale figura giuridica discende dall'impostazione della mentalità giuridica romana. Di tale aspetto non è possibile occuparsi in questa sede, se non per dire, in estrema sintesi, che i Romani concepivano il rapporto dell'uomo con le 'cose' in maniera talmente piena e immediata, da identificare lo *ius* con l'oggetto materiale: per lungo tempo la proprietà non ebbe autonoma

tripartizione gaiana, si sono considerati come *res* perfino i sacramenti». Secondo P. VOGLI, *Diritto*, cit., 162 «da distinzione tra *res corporales* e *incorporales* ha infine una funzione espositiva generale: permettendo di classificare tutti i beni economici, permette la tripartizione *personae res actiones*, in cui da un lato stanno i soggetti e dall'altro le cose che ad essi servono».

¹² A sostegno di tale lettura, cfr. P. GRECO, voce *Beni immateriali*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 358; P. VOGLI, *Diritto*, cit., 160 s.; M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 144 s. F. GALLO, *Recensione* a M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 137, ritiene che gli esempi adottati non esauriscano la nozione di *res incorporalis*, «ma ne individuano la sola categoria costituita dalle posizioni giuridiche soggettive».

Il requisito dell'incorporeità torna utile sotto due aspetti diversi: la classificazione dei diritti patrimoniali e quella degli oggetti di diritto; in entrambi i casi si tratta di un uso atecnico, imposto da esigenze linguistico-espressive: prima conseguente alla 'cosificazione' dei diritti; poi in chiave analogica, per assimilare alle 'cose' entità che 'cose' non sono, in quanto prive di corporeità⁴⁴. Solo il primo impiego trova una corrispondenza, e una continuità, col diritto romano.

Alla luce di tale sottile, ma precisa puntualizzazione, si può dire, a mio avviso, che Windscheid fissi i limiti della categoria romana, privando le odierne 'cose incorporali oggetto di diritto' del retroterra romano. In qualche misura, inoltre, ritengo che Windscheid abbia contribuito a fissare le condizioni d'uso dello strumento concettuale romano in età contemporanea. Quel che a me interessa, in ogni caso, è che si coglie in Windscheid il germe di quella corrente di pensiero che immaginò un superamento della concezione romana, senza tuttavia disperderne completamente

queste universalità non sono per nulla considerate beni incorporali. Gaio, certo, non le include fra le sue *res incorporales* e nessun altro giurista, come nessun atto normativo, usa per esse una simile qualifica». Si vedano anche: M.F. CURSI, *Res*, cit., 201 e nt. 113, la quale ha, però, presente la duplice 'declinazione' del pensiero di Windscheid (v. *supra*, nt. 40); U. BARTOCCI, *Aspetti*, cit., 107 nt. 41.

⁴⁴ La corporeità è requisito imprescindibile della cosa, nell'ottica di B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 477.

de che i Romani trattassero determinate cose incorporali come oggetti di diritto⁴²: semplicemente afferma che non è a questo che si riferisce la categoria gaiana⁴³.

⁴² B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 141-143 (§ 48a).

⁴³ Ciò posto, merita forse di essere ripensata la collocazione di Windscheid tra coloro che estesero la categoria romana alle ‘cose oggetto di diritti’, secondo un’impostazione che sembra risalire a C. FADDA-P.E. BENSA, *Note*, cit., 187 (nt. g del § 42) ed è stata talora ripresa dalla dottrina successiva: G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1161 nt. 31, nel cui pensiero sembrano intrecciarsi due modi distinti e contrapposti di intendere le parole dello studioso tedesco. Se da un lato, infatti, Pugliese (*Dalle res*, cit., 1141 nt. 5, in cui viene richiamata proprio la ‘nota 3’ del § 137) coglie chiaramente la prospettiva ‘patrimonialistica’, non si può sfuggire, tuttavia, all’idea che egli leggesse nelle parole dello studioso tedesco che aprono il § 137 una logica di estensione della categoria romana alle ‘cose oggetto di diritto’. Laddove scrive che, nel § 137, Windscheid intenderebbe ricordare i «nuovi significati di cosa incorporale a quello antico di Gaio» (*ibid.*, 1161 nt. 31), mi pare (quantomeno) sottintesa l’idea che Windscheid fosse tra i sostenitori della pertinenza della categoria gaiana delle *res incorporales* alle ‘cose oggetto di diritti’. Ciò sembra confermato dal fatto che Pugliese contrappone a Windscheid la posizione di Bekker (sul quale *infra*, in testo e, *supra*, nt. 35), il quale «invece», giudicando inutile il significato antico di *res incorporalis*, si riterrebbe «autorizzato a impiegare l’antica espressione per un nuovo concetto», così che «il legame rimarrebbe, ma sarebbe essenzialmente terminologico» (*loc. ult. cit.*). Nella medesima direzione muove, del resto, il rilievo formulato di fronte all’inclusione, da parte di Windscheid, delle universalità di cose tra i beni incorporali già per il diritto romano: «Ma nelle fonti romane

mia concettuale rispetto al proprio referente materiale, così che il *dominium* venne considerato «tutt’uno con il suo oggetto»¹³.

Per venire al profilo che qui interessa, è evidente che non siamo in presenza di una classificazione attinente agli oggetti del diritto. La categoria ‘*res incorporales*’ accoglie i diritti o gli elementi del patrimonio – secondo le diverse prospettive assunte in dottrina¹⁴ –; secondo alcuni, essa può

¹³ M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 77, ma vd. anche 264. Inoltre, *ex multis*, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, tr. it. C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1886 (rist. 1925), 119 s.; G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1140, che collega la prospettiva ‘corporale’ della proprietà alla scelta di adottare la sistematica *corporales-incorporales*, al fine di giungere a una visione omogenea, attraverso l’impiego del concetto unificante di *res* (sulla cui posizione esprime dei dubbi M.F. CURSI, *Res*, cit., 182 nt. 40, a parere della quale l’eterogeneità colta da Pugliese non necessariamente dovette essere percepita come tale dai giuristi romani); F. GALLO, *Recensione* a M. BRETONNE, *I fondamenti*, cit., 138 [«il *dominium* (...) risulta materializzato (assorbito) in quelle corporali»]. Estremamente limpido P. VOCI, *Diritto*, cit., 162, che descrive il percorso concettuale romano seguendo le dinamiche processuali del ‘*meum esse*’.

¹⁴ Sono ‘diritti’ secondo V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 13; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1994, 113 s.; ‘elementi del patrimonio’ per B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 118 ss.; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, tr. it. C. Longo, Milano, 1909 (Paris, 1906⁴), 265; G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1140 s.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 430 s. F. GALLO, *Recensione* a M. BRETONNE, *I fondamenti*, cit., 136, parla di «posizioni giuridiche soggettive».

persino arrivare a ‘coprire’ il concetto di diritto soggettivo¹⁵. Non riguarda, però, gli oggetti del diritto¹⁶. In sostanza: l’opera d’ingegno, la produzione intellettuale – per citare un esempio di odierno ‘bene immateriale’ esistente anche nella società romana – non trovano posto nella classificazione gaiana. Non che tali entità non esistes-

¹⁵ Così H. KRELLER, *Res als Zentralbegriff des Institutionensystems*, in *ZSS*, LXVI, 1948, 583 s. Da ricordare la ferma critica di Pugliese a Villey, il quale, in una serie di scritti, nega «che i Romani abbiano mai avuto l’idea del diritto soggettivo»; i termini della questione sono efficacemente riassunti in G. PUGLIESE, *Res*, cit., 223-262 (la citazione è a p. 226, ove pure, a nt. 5, si trova l’elenco degli scritti di Villey). Per la ricostruzione della vicenda concettuale della nozione di diritto soggettivo e per una storizzazione della medesima, che mostra l’inapplicabilità di tale nozione all’esperienza giuridica romana, ove si assuma una prospettiva non dogmatica, resta centrale R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978 (già in *Jus*, XI, 1960), 115-189 (si veda l’ampia bibliografia a p. 120 nt. 13). Nello stesso senso M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 80 s., che giudica l’attribuzione a ‘*ius*’ del significato di ‘potere’ il risultato di una metonimia. In anni recenti, del tema dei ‘diritti soggettivi’ nell’esperienza giuridica romana si è occupato, con ampio quadro dottrinario, E. STOLFI, *I «diritti» a Roma*, in *Filosofia politica*, XIX, 2005, 383-398 (sul tema dell’identificabilità delle *res incorporales* con i diritti soggettivi, spec. p. 387 e, per bibliografia, nnt. 25, 26).

¹⁶ Icastico A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1992, 330 nt. 26.2: «non erano considerati oggetti giuridici, e tanto meno *res* in senso tecnico, le cd. *res incorporales* di cui parla Gai 2.14».

È facile cogliere, in tale secondo impiego, la sfasatura con il primo utilizzo della medesima categoria⁴⁰. Essa trova, tuttavia, subitanea spiegazione nella brevissima nota che Windscheid accompagna all’applicazione della categoria ‘cose incorporali’ agli oggetti di diritto: «le cose incorporali in questo senso non sono però le *res incorporales* delle fonti romane. Le fonti parlando di *res incorporales* si riferiscono non ad oggetti dei rapporti giuridici, ma a parti costitutive del patrimonio»⁴¹. Dunque, salva restando la continuità terminologica, la nozione di ‘cose incorporali’ di cui si avvale Windscheid nel § 137 è affatto diversa da quella romana.

È vero che, come ricordato, egli inizia l’elenco delle ‘cose incorporali oggetto di diritto’ con riferimento al diritto romano, ma significa soltanto che distingue tra ‘cose incorporali oggetto di diritto’ già esistenti nel diritto romano e quelle emerse alla considerazione giuridica in epoca contemporanea, quali le produzioni intellettuali. In altri termini, la categoria è nuova, ma taluni degli oggetti che vi rientrano esistevano già anticamente, così che una elencazione di esse in sede di trattazione del diritto delle Pandette non può che procedere dalla realtà romana. Né Windscheid esclu-

⁴⁰ La coglie M.F. CURSI, *Res*, cit., 201 nt. 113, quando scrive, a proposito di Windscheid: «anche se prima (...) si attiene strettamente al significato romano della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*».

⁴¹ B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 477 nt. 3.

che giuridico, le parti del patrimonio sono designate elencando non i diritti che ne fanno parte, ma le ‘cose’ cui i diritti si riferiscono, ecco che – per simmetria col diritto di proprietà, indicato quale ‘cosa corporale’ – i diritti sulle cose altrui e i diritti di credito, che «esistono solo nella mente e non in una realtà materiale, si chiamano cose incorporali»³⁷. In sostanza, Windscheid attua una sorta di ‘cosificazione’ (o ‘reificazione’) dei diritti: ove li si guardi ponendo in risalto il sottostante ‘oggetto’ di riferimento, entra in gioco la partizione corporali/incorporali. La distinzione è una distinzione delle ‘parti costitutive del patrimonio’, non degli oggetti del diritto. Il rinvio a Gaio è peraltro esplicito³⁸.

In seguito – in apertura del libro terzo, dedicato al diritto delle cose (§ 137) – lo studioso se ne serve per classificare, invece, le ‘cose oggetto di diritto’: il concetto di ‘cosa’ implica la corporeità – afferma Windscheid –, ma il diritto positivo può trattare «quali oggetti di rapporti giuridici» anche «cose meramente fittizie», che, sempre per simmetria, diventano ‘cose incorporali’. Quando poi si scenda nel concreto del contenuto della categoria, egli individua «quanto al diritto romano (...) diritti e universalità di cose»; mentre «se si va oltre la cerchia del diritto romano, anche le produzioni intellettuali»³⁹.

³⁷ B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 118 ss.

³⁸ B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 120 nt. 5.

³⁹ B. WINDSCHEID, *Diritto*, cit., 477 s., 480.

sero in assoluto, si badi: semplicemente, l’opera d’arte non era considerata ‘cosa’ o ‘bene’ in senso giuridico¹⁷; né all’autore era riconosciuto alcun diritto¹⁸.

¹⁷ Sulla definizione dei concetti di ‘cosa’ e ‘bene’ nell’ambito del diritto, sui loro profili di sovrapposibilità e distinzione, cfr. S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 164 ss.; ID., voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 19 ss.; V. ZENOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 440 ss.

¹⁸ A. GUARINO, *Diritto*, cit., 330 nt. 26.2: «del tutto al di fuori dell’esperienza giuridica romana erano le creazioni intellettuali (...), di cui ancora non si avvertivano i peculiari riflessi economici». Al percorso di riconoscimento dei diritti degli autori, a partire dall’esperienza romana, è ora dedicato il volume di U. BARTOCCI, *Aspetti giuridici dell’attività letteraria in Roma antica*, Torino, 2009, 36 ss., 49 ss., 230 ss., che, pur negando l’esistenza del diritto d’autore nell’esperienza giuridica romana, non esclude forme di tutela dell’opera d’ingegno o comunque soluzioni normative favorevoli agli autori. Ne critica l’impostazione metodologica G. SANTUCCI, *Diritti dell’autore in Roma antica?*, in *Index*, XXXIX, 2011, 143-150, che ribadisce (p. 149) come «dalle fonti non emerge, in definitiva nessun indizio, neppure indiretto, di una protezione giuridica dell’autore». Ferma restando tale impostazione, non si può tralasciare, tuttavia, un cenno all’ipotesi – oggetto di scontro tra sabiniani e proculiani – della *tabula picta* (Gai 2.78; Gai 2 *res. cott.* D. 41.1.9.2; Paul. 21 *ad ed.* D. 6.1.23.3; I. 2.1.34), nella quale si è, talora, intravista una prima forma di protezione della creazione artistica, laddove si stabiliva che nel caso della *pictura* sulla *tabula* fosse questa ad ‘accedere’ a quella, a differenza di quanto accadeva per la *scriptura*, in cui la proprietà veniva acquistata dal pro-

Ne offre un esempio Orazio, in un'*epistula* indirizzata al libro che sta licenziando¹⁹:

prietario del materiale di supporto (es., la *charta*): F. LUCREZI, *La 'tabula picta' tra creatore e fruitore*, Napoli, 1984, 79 ss. (ampia discussione della dottrina), 229 ss., 250 ss.; U. BARTOCCI, *Aspetti*, cit., 18 s., 29 s., 49 ss. G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1175 e nt. 56, nel dichiarare, in linea generale, «l'estraneità all'esperienza giuridica romana delle creazioni intellettuali e dei diritti su di esse», attribuisce al caso della *tabula picta* il mero carattere di «vaga intuizione» del valore dell'opera d'arte, anche se altrove (ID., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1986, 504) sembra esporsi maggiormente: «Indubbiamente questi giuristi intuivano che, al di là del prezzo dei colori, c'era il valore dell'opera dell'ingegno e ponevano quindi le basi del riconoscimento giuridico dei beni intellettuali». Le fonti sembrano in effetti prospettare tale impostazione – soprattutto I. 2.1.34, ove si dice «*sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere*» –, anche se opportunamente Pugliese (*loc. ult. cit.*) avverte che la fattispecie potrebbe altresì essere ricondotta a un'ipotesi di specificazione. In ogni caso, non è qui luogo per affrontare una vicenda testuale e concettuale tribolata (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 192, la definisce un 'guazzabuglio'); inoltre, come ha rilevato M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 289, la *pictura* «è comunque vista come un'entità materiale» ed è, pertanto, estranea all'ambito dei prodotti intellettuali e, più in generale, dei beni immateriali di cui ci stiamo occupando.

¹⁹ Hor. *epist.* 1.20.1-6: *Vertumnum Ianumque, liber, spectare videris, / scilicet ut prostes Sosiorum pumice mundus. / Odisti clavis et grata sigilla pudico; / paucis ostendi gemis et communia laudas, / non ita nutritus. Fuge quo descendere gestis. / Non erit emissio reditus tibi.* Ho seguito la traduzione italiana di M. Beck in L. CANALI - M. BECK (a cura di), *Orazio. Tutte le opere*, Mi-

studi successivi, scompare persino il semplice riferimento ad essa³⁶. Il loro non sembra un atteggiamento di critica o rifiuto, quanto la semplice presa d'atto del diverso presupposto su cui si fonda la categoria contemporanea. Essi non sono, però, molto prodighi di ragionamenti in merito: si limitano a rilevare un mutamento dei presupposti che priva di valore speculativo la categoria romana, consentendo al contempo un nuovo impiego dello schema concettuale, del contenuto linguistico: insomma, un nuovo significato per l'espressione 'cose incorporali'.

Il percorso concettuale può, invece, essere seguito con maggiore articolazione di pensiero nella riflessione di Windscheid. Il grande studioso tedesco utilizza il concetto di 'cose incorporali' in due parti distinte del suo monumentale 'Lehrbuch des Pandektenrechts'.

In un primo momento se ne serve per definire un particolare modo di guardare ai diritti (§ 42). Egli ritiene che il patrimonio di una persona sia costituito da diritti (che, per questo, vengono detti 'patrimoniali'). Poiché, però, nel parlato an-

³⁶ O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, 269 ss.; II, Leipzig, 1905, 3; K. COSACK, *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Jena, 1898 (rist. Goldbach, 1999), 140 s.; C. CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen und Leipzig, 1900, 166 ss.; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Marburg, 1908, II (questi due ultimi aa. tralasciano affatto la categoria delle 'unkörperliche Sachen', occupandosi soltanto degli 'Immaterialgüterrechte').

Il distacco col passato è radicale, talora critico e in ogni caso definitivo. Ciò dovrebbe portare a escludere tale dottrina dal presente discorso, posto che non si ravvisa alcuna contiguità o affinità tra le due categorie. Tuttavia, tale lettura è, a mio avviso, l'esito di un percorso graduale. Qualche traccia della distinzione romana ancora si trova, infatti, nei primi sostenitori di tale linea: Stobbe, Bekker, Regelsberger muovono dalla categoria delle *res incorporales*, superandola³⁵, mentre, negli

geistigen Eigentums, in *AcP*, XXXII, 1894, 141 ss.); sul significato dell'espressione, che comprende, secondo l'a., i soli diritti patrimoniali e non anche quelli morali, cfr. G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1187 e nt. 74. V. anche M.F. CURSI, *Res*, cit., 192 s. e nt. 84. Un 'salto' tra antico e moderno si coglie anche nella dottrina francese, che ha però seguito un diverso percorso concettuale – che ha condotto al sostanziale superamento della classificazione corporale-incorporale a favore di quella mobili-immobili e allo sviluppo di una concezione ampia e individuale della proprietà, tale da estendersi anche alle cose immateriali –, del quale in questa sede non mi occupo: cfr. G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1144 nt. 10; M.F. CURSI, *Res*, cit., 183 ss.

³⁵ O. STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, I, Berlin, 1885, 520. Sintetico ed efficace E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar, 1886 (rist. Aalen 1979), 288: «Der Ausdruck "res incorporalis" ist ein unnützes Stück der Römischen Rechtssprache; daher wir wol befügt sind den Name "unkörperliche Sache" auf einen völlig neuen Begriff anzuwenden»; mentre una maggiore articolazione di pensiero si trova in ID., *Allerlei von den dinglichen Rechten insbesondere von den Rechten an eignere Sache*, in *ZVR*, II, 1880, 20. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, 359, 366 s.

Libretto mio, Giano e Vertumno mi sembri sospirarli troppo, e si capisce: vorresti comparire adorno, levigato dalla pomice dei Sosii.

Chiavi e sigilli, cari al sentimento del pudore, li disdegni.

Anzi, ti dispergi d'essere mostrato a pochi. Agogni i pubblici ritrovi.

È forse così che t'ho allevato? E va bene, corri dove smanii di arrivare: una volta lasciato andar via non vi sarà ritorno per te.

E così Simmaco, nel IV secolo d.C.²⁰:

Una volta che una poesia è partita da te, hai deposto ogni diritto. Una orazione pubblicata è cosa libera.

L'unico a trarne, casomai, un guadagno era l'editore, il *librarius*, ma con riferimento alla vendita delle singole copie del libro come oggetto materiale.

Nessuna tutela, dunque, rispetto al rischio di plagio²¹, salvo l'impiego del metodo adottato dal

lano, 2007, 637 s., discostandomi soltanto nella traduzione dell'ultimo verso.

²⁰ Symm. *epist.* 1.31.2: *Cum semel a te profectum carmen est, ius omne posuisti. Oratio publicata res libera est.* Trad. it. M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 290.

²¹ Ricorda M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 290, che «nelle fonti giuridiche romane, *plagiarius* è chi riduce in schiavitù un servo altrui» ed è proprio con Marziale che nasce «il

sempre caustico Marziale, che a un amico indirizza un epigramma del seguente tenore, a proposito di un tal Fidentino che spacciava come propri versi non suoi²²:

Ti raccomando, Quinziano, i miei libretti, se pure posso dire miei dei versi che declama un poeta tuo amico. Se si lagnano di questa gravosa servitù, prendine la difesa e fattene garante e, quando quello ne reclamerà il possesso, di' che sono miei e che li ho messi in libertà io. Se questo lo griderai tre o quattro volte, svergognerai il plagiatario.

E altrove, in maniera sferzante, sempre contro Fidentino²³:

I miei libri non hanno bisogno né di un testimone né di un giudice, contro di te sta la tua pagina che grida: «Sei un ladro!».

Il metodo è artigianale e un po' 'ruvido', ma

significato moderno di plagio come appropriazione di un'opera dell'ingegno».

²² Marz. 1.52: *Commendo tibi, Quintiane, nostros –/ nostros dicere si tamen libellos/ possum, quos recitat tuus poeta –:/ si de servitio gravi queruntur,/ adsertor venias satisque praestes,/ et, cum se dominum vocabit ille,/ dicas esse meos manuque missos./ Hoc si terque quaterque clamitaris,/ inpones plagiatario pudorem.* La traduzione è di M. SCÀNDOLA (a cura di), *Marziale. Epigrammi*, I, Milano, 2008, 181.

²³ Marz. 1.53.11-12: *Indice non opus est nostris nec iudice libris,/ stat contra dicitque tibi tua pagina «Fur est».* Traduzione di M. SCÀNDOLA (a cura di), *Marziale*, cit., 183.

mana – resa in italiano con 'cose incorporali' – avrebbe offerto un valido aiuto nell'allocatione delle produzioni intellettuali: oggetti del diritto privi di corporeità, da affiancarsi alle cose corporali. In tale direzione si muovono, ad esempio, Vittorio Scialoja, Fadda e Bensa, Biondi³².

Un diverso atteggiamento è quello di coloro che invece abbandonano la categoria romana, percorrendo una nuova via nella 'sistemazione' delle creazioni intellettuali. Ciò è segnalato anche da un rinnovamento della terminologia: non più 'cose incorporali', ma 'beni immateriali'³³. In questa direzione si muove Otto Stobbe e in tale solco viene elaborata la teoria degli 'Immaterialgüterrechte' di Josef Kohler³⁴.

183-191 (nt. g al § 42, cui rinvia la nt. c del § 137). Tale impostazione ha come conseguenza il dover leggere nelle fonti romane altresì l'ammissibilità della costituzione di diritti su diritti: se, infatti, le *res incorporales* sono 'cose oggetto di diritto', inevitabilmente i diritti, rientrando in tale categoria, possono divenire oggetto di rapporti giuridici (quelli che si costituiscono sui primi: la vendita dell'eredità, il pegno dell'usufrutto e via dicendo). Ma anche questo aspetto trovava, secondo i due studiosi italiani, positivo conforto nelle fonti [*ibid.*, 152 ss. (nt. f al § 41)].

³² V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1933, 21, 25; C. FADDA-P.E. BENZA, *Note*, cit., 187; B. BIONDI, *I beni*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, IV/1, Torino, 1953, 21 ss.

³³ G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1183.

³⁴ J. KOHLER, *Zur Konstruktion des Urheberrechts*, in *Arch. f. bürgerl. Recht*, X, 1895, 241 ss. (v. anche ID., *Die Idee des*

Il concetto di ‘*res incorporales*’ sembrò un adeguato strumento definitorio: «lo studioso che osserva un fatto nuovo – scrive Brugi – prima di dargli una propria figura o formulare una nuova dottrina, cerca di ricondurlo alle figure e alle dottrine a lui già note»³⁰. E le *res incorporales* di Gaio – ammantate peraltro dell’autorità di Giustiniano, che le aveva accolte nei *Digesta* e nelle *Institutiones* – sembravano lì apposta.

Ma – per venire alla seconda domanda – come si pone, concretamente, la dottrina? Quali i percorsi della speculazione filosofica? Ritengo che si possano individuare, essenzialmente, due atteggiamenti: uno di continuità, l’altro di frattura.

Si è, per un verso, ipotizzata una corrispondenza tra antico e moderno, individuando un nesso di continuità tra la classificazione romana, *corporales-incorporales*, e quella attuale, *corporali-incorporali*. Presupposto di tale approccio è correlare la classificazione romana agli oggetti di diritto, che divengono il comune denominatore tra passato e presente: la distinzione moderna, infatti, opera quale strumento di distinzione tra tipologie di beni e, dunque, di oggetti di diritto. In altre parole, quando Gaio indica, tra le *res incorporales*, l’eredità, l’usufrutto, le obbligazioni e le servitù, si riferirebbe a ‘oggetti di diritto’, non a elementi del patrimonio³¹. In tale prospettiva, la categoria ro-

³⁰ B. BRUGI, *Della proprietà*, I, Napoli-Torino, 1911, 392.

³¹ Il percorso concettuale che conduce a tale tesi è tracciato limpidamente da C. FADDA-P.E. BENZA, *Note*, cit.,

evidentemente efficace, se solo consideriamo che di questo plagiaro e della sua disonestà è giunta notizia sino a noi.

Ma torniamo al tema dell’intervento.

Quanto detto sin qui consente di apprezzare facilmente, in modo quasi intuitivo, l’incongruità tra l’antica categoria delle *res incorporales* e quella moderna dei ‘beni immateriali’, nel cui novero troviamo la ditta, l’insegna, il marchio, le opere dell’ingegno e le invenzioni industriali²⁴.

In primo luogo, la categoria moderna comprende non già entità di «mera consistenza giuridica» – secondo la parafrasi usata da Pugliese per rendere l’espressione gaiana «*iure consistunt*» –: i beni immateriali, invece, «esistono di per sé fuori dal mondo giuridico», «sono beni interamente nuovi»²⁵.

In secondo luogo, la categoria moderna deli-

²⁴ Riprendo l’elenco di F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2010, 515-528. Diversa la nomenclatura, basata su tre categorie – entro cui, però, sono sostanzialmente identici i singoli tipi –, in M. ARE, voce *Beni immateriali (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, V, 1959, 262 ss.: opere dell’ingegno; invenzioni industriali; creazioni intellettuali che attengono a una nomenclatura della realtà. Per la nozione di beni immateriali, cfr., inoltre, P. GRECO, voce *Beni immateriali*, cit., 356 ss. Critico nei confronti di tale categoria R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1956, 381 ss. (nello stesso senso V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, cit., 447 s.); *contra* M. ARE, *Validità del concetto di bene immateriale*, in *IDA*, XXIX, 1958, 353-380.

²⁵ G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1182.

mita una specie del genere ‘beni’, che a sua volta individua gli ‘oggetti del diritto’. Non entro nel merito della riflessione della scienza giuridica contemporanea sulla categoria dei beni immateriali e sui problemi che dall’impostazione ‘cosale’ derivano in termini di applicabilità o estensibilità del c.d. ‘modello proprietario’²⁶. Sono oggetti di diritto: che ad essi sia applicabile in qualche misura o per qualche via il ‘modello proprietario’ non è rilevante, in questa sede, ai fini del mio ragionamento.

Mi interessa soltanto l’aspetto della incongruità tra le categorie romana e moderna e, rispetto a tale punto, è sufficiente avere chiaro che il referente delle due categorie è diverso: in quella antica, i ‘diritti’ (elementi del patrimonio); in quella moderna le ‘cose oggetto di diritto’. C’è, insomma, un salto di grado: da strumento classificatorio di sistema, a strumento classificatorio endosistemico.

Qual è allora il punto di contatto tra antico e moderno? E quali le vie che ha seguito e segue l’intreccio tra i due piani? Un punto di contatto, infatti, vi è senz’altro, ove si consideri che, in va-

²⁶ Il movimento estensivo è giunto sino a configurare l’applicazione dello schema proprietario ai beni immateriali come «una generalizzazione verbale» per designare forme diverse di tutela di determinati interessi (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 251). Per una critica di tale impostazione, e in generale per il quadro della problematica, cfr. M.F. CURSI, *Res*, cit., 173 ss.

rio modo, la scienza giuridica europeo-continentale, ma anche di ‘common law’²⁷, nei secoli scorsi e in tempi recenti, ha lavorato con la categoria romana delle *res incorporales*, mentre rifletteva sui beni immateriali e sulle dinamiche giuridiche ad essi connesse.

La prima domanda trova una risposta già in questi pochi cenni. Il punto di contatto tra antico e moderno non risiede nel fenomeno studiato, nel ‘dato-realtà’: la classificazione romana non guardava agli oggetti del diritto, né contemplava l’esistenza di beni immateriali assimilabili a quelli modernamente considerati. Nemmeno può trovarsi punto di contatto nel ‘dato-norma’: la produzione intellettuale, abbiamo detto, non conosceva tutela giuridica a Roma²⁸. D’altro canto, la legislazione moderna e contemporanea concernente i beni immateriali non si cura della classificazione gaiana. Il punto di contatto si trova, invece, nell’ambito del ‘dato-scienza’, nella riflessione della scienza del diritto, che, a partire dal XVIII secolo, con l’avvio del movimento codificatorio, si pose il problema della collocazione delle produzioni intellettuali nei ‘sistemi’ giuridici. Anche se soltanto nel XIX secolo la dottrina instaurò un collegamento tra le opere dell’ingegno e le romane *res incorporales*²⁹.

²⁷ G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1189 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, cit., 450 ss.

²⁸ Vd. *supra*, nt. 18.

²⁹ G. PUGLIESE, *Dalle res*, cit., 1175-1178.