

Riccardo Orestano

Il problema delle fondazioni in diritto romano (con un'appendice di Franca De Marini Avonzo)

Con una «nota di lettura» di Maria Campolunghi

Nota di lettura: Le «Fondazioni» di Orestano, di Maria Campolunghi — I. PREMESSE: 1. Oggetto del corso — 2. Bibliografia generale — 3. La teoria dei diritti soggettivi e il problema della personalità giuridica di entità sovraperpersonali — 4. Posizioni della moderna romanistica intorno a tale problema — 5. Difficoltà per l'indagine romanistica derivanti dall'impiego di moderne concezioni della persona — II. SULLE SITUAZIONI A BASE «PERSONALE» IN GENERALE: 6. Opportunità di estendere l'indagine alle situazioni a base «personale» — 7. Problemi inerenti al rapporto tra individuo e società; rinvio — 8. Concezioni moderne e concezioni romane di entità sovraperpersonali. L'esistenza di un ordinamento giuridico statale è presupposto necessario per il porsi del problema di tali entità — 9. Duplice aspetto di tale presupposto — III. IL «POPULUS ROMANUS»: 10. Il problema della personalità giuridica dello Stato romano — 11. Le qualifiche usate dai Romani per indicare la collettività dei cittadini: dal *civis* al *subiectus* — 12. Significato dell'attribuzione dell'*imperium* al *populus Romanus* — 13. La concezione romana del *populus* come centro di riferimento di situazioni pubblicistiche — 14. Difficoltà di accertare se il *populus* venisse concepito anche come centro di riferimento di situazioni privatistiche — 15. Assenza del richiamo al *populus Romanus* nella giurisprudenza classica a proposito dei problemi ricollegantisi a entità sovraperpersonali. Rilevanza pubblicistica dei rapporti patrimoniali facenti capo al *populus* — 16. Estraneità agli schemi privatistici di rapporti patrimoniali facenti capo al *populus Romanus*: a) le *res publicae in patrimonio populi* — 17. b) crediti e debiti — 18. c) successioni *mortis causa* — 19. Mancanza di tutela giurisdizionale dei privati nei confronti del *populus* — 20. Rilevanza o significato della concezione romana del *populus* in ordine al problema della persona giuridica — 21. Specificità della condizione giuridica del *populus Romanus* e non rapportabilità di essa a quella di altre situazioni sovraperpersonali — IV. LE CIVITATES: 22. Il problema della personalità delle comunità locali romane. Rilevi terminologici — 23. Accostamento della struttura giuridica delle *civitates* a quella del *populus Romanus*. Falsità di tale impostazione — 24. Pluralità di concezioni rappresentative della unità operativa della *civitas* — 25. a) la *civitas* come condominio — 26. b) il territorio della *civitas* come centro di riferimento — 27. c) la concezione di un'entità unitaria distinta dai suoi componenti (*personae vice fungitur*) — 28. Conclusioni: mancanza di una concezione romana unitaria rispetto al problema della *civitas* come centro di rapporti giuridici — V. I COLLEGIA: 29. Vari tipi di organismi associativi nel mondo romano — 30. Il problema della libertà di riunione e le sue soluzioni romane — 31. Capacità giuridica delle associazioni — 32. Conclusioni in ordine alla «personalità» dei *collegia*. Processo di allargamento della loro capacità — 33. Diversità di concezioni e regolamentazioni secondo i diversi tipi di situazioni associative: '*collegia licita*' e '*illicita*', '*corpus habere*', '*collegia certa*'. Il mutamento dei componenti del *collegium* — 34. Permanenze di residui personalistici nell'astrattizzazione giustiniana delle associazioni — 35. Rilevo della molteplicità di concezioni e regolamentazioni romane del fenomeno associativo — 36. Elementi associativi in alcuni fenomeni di proprietà collettiva. Difficoltà di differenziazione dal condominio — 37. Testimonianze intorno ad un'originaria struttura condominiale del *collegium* — 38. Testimonianze intorno alla concezione territoriale dei *collegia* — 39. Testimonianze intorno alla concezione corporativa dei *collegia*. Intrecciarsi di essa con la concezione condominiale — 40. Persistenza di tali concezioni — 41. Le *societates publicanorum* — 42. Conclusioni: orientamenti della moderna dottrina intorno al problema della condizione giuridica dei *collegia* — VI. CORPUS E UNIVERSITAS: 43. Atteggiamenti della romanistica moderna sull'impiego dei termini '*corpus*' e '*universitas*' nelle fonti romane — 44. Tesi dell'Albertario — 45. Analisi di tale tesi — 46. Conclusioni su di essa — 47. Costruzione di una teoria unitaria nel diritto giustiniano — 48. *Corpus* e *universitas* come collettività di soggetti e come entità unitaria astratta — 49. Oscillazioni tra la concezione collettiva e quella astratta nelle fonti giustiniane ove appare il termine '*corpus*' — 50. Analoghi risultati si ricavano dall'esame dei testi in tema di '*universitas*' — 51. Il problema dell'influenza di dottrine patristiche (*corpus mysticum*, *corpus Christi*) sulla diffusione della concezione corporativa — 52. Importanza secondaria dell'influenza di concezioni specu-

lative sulla trasformazione degli istituti in esame – 53. Alla base delle trasformazioni nella struttura delle *civitates* stanno soprattutto nuove situazioni costituzionali, economiche, militari – 54. La nuova funzione dei *collegia* nell'ordinamento postclassico come determinante della loro nuova struttura – 55. La costruzione giustiniana di una categoria unitaria delle varie figure di aggregati di persone — VII. SULLE SITUAZIONI A BASE «PATRIMONIALE» IN GENERALE: 56. Diverso rilievo dell'elemento patrimoniale nelle varie figure di entità sovraperpersonali – 57. Le *universitates rerum* come costruzione della romanistica moderna. Critica di tale costruzione e nuove impostazioni del problema – 58. Difficoltà di ridurre a categoria unitaria gli enti collettivi a prevalente carattere patrimoniale — VIII. L'EREDITA' GIACENTE: 59. Particolare rilievo della problematica intorno all'eredità giacente ai fini della formazione del concetto di persona giuridica – 60. Concetto di eredità giacente – 61. Discordanti opinioni espresse nelle fonti sull'eredità giacente. Impossibilità di trarne costruzione domestica unitaria e opportunità del ricorso a interpretazioni più propriamente storiche delle fonti medesime – 62. *L'hereditas nondum adita* come *res nullius*. Conseguenze di questa concezione – 63. Tale concezione suscita difficoltà nella soluzione di problemi particolari: a) circa le situazioni che potevano determinarsi per un fatto naturale – 64. b) circa le situazioni che presupponevano l'esistenza di un soggetto capace – 65. La concezione che vede nell'erede il titolare dell'*hereditas nondum adita* – 66. La concezione secondo cui *l'hereditas nondum adita* «tiene luogo» della persona del defunto – 67. *L'hereditas nondum adita* quale *domina* – 68. *Hereditas personae vice fungitur*: diverso impiego di tale concezione nelle fonti – 69. Conclusioni: la pluralità di concezioni intorno all'eredità giacente come caratteristica dell'esperienza romana – 70. La costruzione dell'eredità giacente come persona giuridica è un portato degli orientamenti della scienza giuridica ottocentesca – 71. La personalizzazione di patrimoni senza soggetto apre il problema dell'ammissibilità di diritti senza soggetto – 72. I diritti senza soggetto nel sistema dei diritti soggettivi – 73. La tesi del Windscheid sull'esistenza di diritti senza soggetto e le critiche che ha suscitato – 74. Nuove prospettive del problema aperte dallo Jhering. Il patrimonio senza soggetto come patrimonio in aspettativa – 75. La categoria dei diritti soggettivi ha bisogno di essere integrata da quella dei diritti senza soggetto oppure da quella delle persone fittizie per poter sussumere tutti i fenomeni che ad essa si dovrebbero riportare – 76. Origini giusnaturalistiche della costruzione pandettistica del sistema dei diritti soggettivi. Premesse per il superamento di tale posizione mediante il rilievo dato ad elementi superindividuali – 77. La scienza del XIX secolo alla ricerca di una saldatura tra diritto oggettivo e diritto soggettivo come concetti correlativi – 78. Conversione della scienza giuridica ad una sempre più accentuata considerazione «oggettiva» del diritto – 79. Tentativi di superare il dualismo tra diritto soggettivo ed oggettivo: a) mediante la costruzione di un concetto unitario, ove sia salva però l'autonomia concettuale del diritto soggettivo stesso – 80. b) con la negazione dell'esistenza stessa del diritto soggettivo – 81. c) risolvendo quel dualismo nella relazione tra norma e soggetto – 82. Risultato di quest'evoluzione storica: pur con il rovesciamento del soggettivismo giusnaturalistico, rimane in vita la contrapposizione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo – 83. Questa contrapposizione, nascendo da opposte concezioni del diritto in generale, non è componibile. Le due categorie del diritto oggettivo e del diritto soggettivo rinviano a due serie distinte di ideologie, normative, etc., anche se continui sono i rapporti tra le due serie – 84. Il problema del diritto soggettivo si risolve perciò nella storia di esso – 85. Tale risoluzione permette di cogliere con maggior libertà ed ampiezza la fenomenologia relativa – 86. In particolare permette di risolvere in senso positivo il problema dei diritti senza soggetto – 87. Applicazione di questi risultati all'*hereditas nondum adita* – 88. La soluzione romana: *l'hereditas* come centro di riferimento delle situazioni ad essa coordinate – 89. *L'hereditas* come entità corporale — IX. LE ISTITUZIONI ALIMENTARI IMPERIALI: 90. Ragioni dell'indagine sulle istituzioni alimentari in questa sede – 91. Struttura delle istituzioni alimentari imperiali – 92. Fonti principali – 93. Elementi delle istituzioni alimentari imperiali che anticiperebbero analoghi elementi delle fondazioni vere e proprie – 94. Si esclude che le istituzioni alimentari imperiali, pur presentando alcuni tratti caratteristici delle fondazioni, siano configurabili come tali — APPENDICE. LA DELIMITAZIONE TERRITORIALE NEL MONDO ROMANO. SIGNIFICATO RELIGIOSO ED EFFETTI GIURIDICI (a cura di Franca De Marini Avonzo): 1. Premessa — I. CONSACRAZIONE DI EDIFICI: 2. Carattere sacro del luogo destinato al culto – 3. Definizione delle *res sacrae* – 4. Concetto di *templum* – 5. Rito di consacrazione – 6. Destinazione definitiva della cosa consacrata – 7. La *lex dedicationis* – 8. Conclusioni — II. CONSACRAZIONE DI SEPOLCRI: 9. Le *res religiosae* – 10. Il sepolcro e i suoi confini – 11. Il principio della extracommerciabilità del sepolcro – 12. Limitazioni alla extracommerciabilità dei sepolcri introdotte in età classica — III. FONDAZIONE DELLE CITTÀ: 13. Aspetto religioso della fondazione di città – 14. Fondazione di Roma: *mundus* e *pomerium* – 15. Il rito in età storica – 16. Distruzione della città: *exaratio* — IV. DIVISIONE DEI CAMPI: 17. La santità dei confini nel mondo antico e a Roma – 18. Rilevanza giuridica della limitazione agrimensoria in età repubblicana – 19. Tracce di tale rilevanza conservate nel Digesto.

Nota di lettura: Le «Fondazioni» di Orestano

Nel 1968 – anno per più versi memorabile¹ – tra primavera ed estate uscì, per i tipi Giappichelli, la monografia a stampa di Riccardo Orestano sulle persone giuridiche². L'autore era un romanista e dedicato al diritto romano il lavoro, già nella delimitazione disciplinare del titolo, ma il gran successo, forse addirittura il maggiore, fu riscosso fra i giuspositivisti.

Ai lettori degli ultimi anni Sessanta, da un lato l'indagine prometteva – per il futuro – un proseguimento, dandosi in copertina la numerazione «D»; dall'altro segnalava – per il passato – un percorso da tempo avviato³. In questa vicenda a monte si inquadra l'opera che, qui e ora, si presenta.

L'interesse al tema viene fatto risalire da Orestano alla relazione in un congresso dei primi anni Cinquanta sulle fondazioni nell'antichità⁴. Ne deriva, due anni dopo, uno scritto su beni dei monaci e monasteri per un volume collettaneo⁵. A distanza di un anno vi fa seguito un corso universitario genovese sulle fondazioni (a.a. 1957-58) e l'anno ancora successivo, 1959, del corso appare una edizione litografata (di Giappichelli)⁶: quella appunto che oggi la *Rivista di Diritto Romano* ripubblica.

Ma la vicenda scientifica non si chiude qui. Si aggiungono successivamente un ulteriore corso a Genova e poi ancora due corsi a Roma, che circolano «fra gli studenti in redazioni ciclostilate»⁷. Alle spalle di *Persone giuridiche* Orestano arriva a calcolare «quasi quindici anni» su un medesimo «campo di ricerche». La «spiegazione» che sente di dovere per «una tale lunghezza di tempi»⁸ gli dà in verità modo di mettere a nudo i complessi intrecci problematici che è venuto seguendo nel corso di anni particolarmente fecondi. Vuole «rendere conto del cammino» che lo ha condotto ai risultati che presenta nel volume a stampa; registra come «ambiziosissimi» gli «intendimenti»⁹. Rispetto a quanto si era proposto (e la cui realizzazione, afferma, «non sta» a lui «giudicare»)¹⁰ certamente il risultato positivo sta nella gran circolazione e utilizzazione del libro. Invece un esito negativo, come possiamo ora sapere, avrà la progettualità insita nell'opera: «di cui pubblico il primo volume», scrive infatti l'autore, «e che spero fra non molto di poter completare»¹¹. Mancò invece il previsto secondo volume di *Persone giuridiche*¹².

1) Uso l'aggettivo in senso neutro come anno di cui resta memoria, senza valenza positiva o negativa che richiederebbe una discussione qui fuor di luogo. Per il nostro protagonista, l'anno rimase memorabile sia dal punto di vista più generale delle ricadute in ambito universitario sia sul piano personale. Quale professore, Orestano mantenne atteggiamento fermo, rifiutando cedimenti ingiustificati o lusinghe compromissorie, e però accettò il confronto: i cosiddetti contestatori di Giurisprudenza ricorderanno (così come i frequentanti e noi collaboratori) le approfondite discussioni che partivano in aula e proseguivano oltre le lezioni. Nel tempo, serbarono con lui un rapporto vivo, di stima e di affetto. Sul piano personale, l'anno fu per lui dolorosamente significativo: nel novembre moriva l'allievo Luigi Raggi, la cui scomparsa non fu senza effetto sullo stesso lavoro scientifico del maestro (si veda *infra*, nt. 12).

2) R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968.

3) Come la «Presentazione» sottolinea già nelle frasi iniziali: ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. VII.

4) Convegno «SIHDA», *Les fondations dans les différentes droites de l'antiquité*, tenuto a Nancy nel 1954 e il cui tema era stato proposto da Fernand De Visscher.

5) R. ORESTANO, *Beni dei monaci e monasteri nella legislazione giustiniana*, in «Studi in onore di Pietro De Francisci», III, Milano, 1956, p. 563-593. Può ora leggersi in R. ORESTANO, *Scritti*, «Sezione prima. Saggistica», cur. M. Campolunghi e C. Lanza, con una nota di lettura di A. Mantello, III, Napoli, 1998, p. 1243-1275. Da tale raccolta postuma, che mette a disposizione tutti i lavori non monografici, per comodità del lettore si traggono le citazioni degli articoli.

6) ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, 1959. Le citazioni, effettuate in base al testo del '59, usano la numerazione di pagine originaria aggiungendo tra parentesi quadre le corrispondenti pagine di questa nuova edizione.

7) ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. VII.

8) *Ibidem*.

9) ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. IX.

10) *Ibidem*.

11) *Ibidem*.

12) Ho già ricordato in altra occasione come la morte di Raggi nel novembre 1968 (quindi dopo la pubblicazione del ricordato *Persone giuridiche*), che egli soffrì come perdita lacerante, segni per un periodo non irrilevante una cesura nella produzione di Orestano, che i più vicini a lui avvertivano come una sorta di distacco da quanto lo aveva appassionato. Peraltro non si blocca né la sua didattica in cui sempre si impegna fortemente né la sua ricerca, i cui risultati confluiscono in corsi universitari anche nella linea di indagine sulle «persone giuridiche»: di questa non viene però realizzato l'atteso volume II, quelli non vengono editi a stampa. Per cogliere l'impressionante pausa basti

Così la ricerca orestaniana sulle fondazioni rimane relegata al testo litografato mezzo secolo fa: a parte il capitolo dedicato all'eredità giacente¹³ utilizzato invece in studi successivi. Già l'anno dopo ne viene estrapolato un nucleo di pagine per il saggio intitolato a «diritti soggettivi e diritti senza soggetto», che suscita vasta attenzione¹⁴, e più di venti anni dopo compare la parte rimanente, incentrata sul diritto romano, nell'articolo intitolato alla «*hereditas nondum adita*»¹⁵. Il capitolo non era stato invece ripreso nella monografia del '68, «non [...] arrivata alle cosiddette fondazioni» «salvo alcuni cenni», che di tale argomento non tratta se non indirettamente¹⁶.

Mancando una edizione definitiva, che ancora nel 1960 l'autore dava per scontata¹⁷, *Fondazioni* rappresenta per determinati temi l'unica testimonianza del pensiero di Orestano.

Sarebbe già sufficiente a spiegare, e a farci apprezzare, l'iniziativa di Ferdinando Zuccotti nel rimettere in circolazione quest'opera in certo senso perduta. Ma altre considerazioni rendono pregevole la sua scelta. Se nell'opera ancora non c'è tutta la ricchezza di approfondimenti che emergerà con la riflessione successiva sfociando (ma solo per le parti trattate) nelle *Persone giuridiche*, la linea di indagine che già la guida e la connota non è mai stata messa in dubbio dall'autore, quantomeno per gli aspetti di fondo, e nel tempo egli è anzi tornato ad utilizzarne pagine. L'ampiezza di ambito tematico, inoltre, documenta il pensiero nel suo complesso ed è indubbio valore. E proprio la risalenza, aggiungo, consente di cogliere come egli si accostasse in prima battuta a quei problemi; di come venisse scegliendo, e interrogando, le fonti.

Vediamo più da vicino in che modo all'epoca della pubblicazione l'autore la presentasse. Un sottotitolo

sfogliare ORESTANO, *Scritti*, cit., III: lo scritto ivi numerato come 50 (p. 1667-1668), intervento a una Tavola rotonda sui concorsi universitari, è pubblicato nel 1967; lo scritto numerato come 51 (p. 1679-1684) è la presentazione di un libro altrui che esce nel 1974; dopo di allora, invece, più di una trentina di nuovi scritti di varia mole, senza considerare lavori monografici quali ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, e il corposo volume, completamente rinnovato, ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987.

¹³ E così intitolato: ORESTANO, *Fondazioni*, cit., cap. VIII, p. 180-262 [qui 74-104].

¹⁴ ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in «Jus», XI, 1960, p.149-160, poi in ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p.115-189; in versione parziale e con titolo diverso, ORESTANO, *Teoria e storia dei diritti soggettivi*, entra anche in una raccolta collettanea, «Il diritto privato nella società moderna. Saggi», cur. S. Rodotà, Bologna, 1971, p. 89-116; ora in ORESTANO, *Scritti*, cit., III, p. 1403-1450. Il lavoro credo costituisca ancor oggi un caposaldo della dottrina in argomento; più volte ho avuto occasione di vederlo discutere e utilizzare anche da giovani laureandi o dottorandi in discipline di diritto vigente come quelle civilistiche e commercialistiche su consiglio dei rispettivi relatori per acquisirne una lucida prospettiva critica. Rispetto all'indagine iniziale in *Fondazioni*, cit., p. 208 ss. – cui muove per comprendere le ragioni della esclusione nella Pandettistica tedesca dell'eredità giacente dalle persone giuridiche e che definisce «sommaria» (così in *Persone giuridiche*, cit., p. VIII, ove parla però di «capitolo finale del corso sulle *Fondazioni*», mentre in realtà esso è seguito ancora dal cap. IX) – alla redazione di *Diritti soggettivi*, cit., l'autore riconosce «più ampio respiro». Il testo riproduce, non senza aggiunte, approfondimenti e arricchito apparato bibliografico, ma con sostanziale fedeltà, i §§ 71-86, inserendo a mo' di *incipit* una citazione di Bachelard, «La science contemporaine est de plus en plus une réflexion sur les réflexions». La prima delle due avvertenze che ritiene necessario premettere (ivi, p. 1403) dà conto della collocazione iniziale della analisi che muove dalla «eredità giacente». Richiamata in poche righe la più vasta questione a cui intitola l'articolo (e in cui tale argomento va inserito), l'autore passa direttamente a trattarla anticipando come vi «giochi la concezione del 'diritto' dalla quale si muova» (ivi, p. 1404).

¹⁵ La specifica trattazione della problematica nel diritto romano, cui *Fondazioni* dedica i §§ 59-69 (p. 180-207 [74-85]), entra a far parte di un altro corso universitario, questa volta a Roma (a.a. 1963-64), le cui dispense ciclostilate (1964) circolano solo fra gli studenti e che appunto «fra altri argomenti trattò *ex novo* dell'eredità giacente». Poiché nel '68 la ricordata monografia *Persone giuridiche* non era poi giunta a trattarne, un articolo del 1982 riprende il testo del 1964 «praticamente inedito», lasciandolo invariato ma mutandone il titolo: ORESTANO, *Hereditas nondum adita*, in «Iura», XXXIII, 1982, p. 1-24 (poi ripubblicato in R. ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, p. 127-154; ora in ORESTANO, *Scritti*, cit., IV, p. 2053-2078). Al di là di piccoli ritocchi formali e della aggiunta conclusiva di una rapidissima «Postilla bibliografica», la nuova stesura (ove l'autore dà conto della vicenda, p. 2055) risulta pienamente corrispondente alle pagine appena ricordate di *Fondazioni*, salvo che per la modifica nell'ordine espositivo di presentazione ed analisi di alcuni frammenti presumibilmente per rendere più chiaro il ragionamento. Del capitolo VIII non risultano invece riutilizzate le ultime pagine: ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. 259-262 [103-104]. Nel «tornare alla *hereditas nondum adita*» e al diritto romano, la riflessione si conclude sulla «considerazione schiettamente realistica» che esso opera della situazione fra apertura della successione e *aditio*, sulla sua «maniera [...] semplice e [...] spregiudicata» di considerare «sino ai limiti del possibile» l'eredità in se stessa quale «punto di unificazione, di coordinamento, di tutela» per le situazioni che si determinino «intorno ad essa e in ragione di essa».

¹⁶ Lo ricorda lo stesso ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone*, cit., p. 116 in nota, ripubblicando in volume unico tre precedenti studi, fra cui il ricordato articolo *Diritti soggettivi*.

¹⁷ ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 1403 in nota: «sto preparando la seconda edizione».

la definisce «*Appunti dalle lezioni tenute nell'Università di Genova*» – il corso è «Diritto romano» – e la «*Avvertenza*» iniziale, siglata con le iniziali R.O. datando giugno 1958, sottolinea che il testo «è destinato esclusivamente agli studenti, come appunti per la preparazione dell'esame» e rappresenta soltanto una «parte delle lezioni». Sarà un «successivo volume» a raccogliere «le altre lezioni, già tenute» nel medesimo anno «sul Fisco e sui 'lasciti», aggiungendovi «le lezioni del corso 1958-59 sulle cosiddette *Piae causae*». Perciò il frontespizio segnala espressamente «*Parte prima*». Anche qui non vi fu la «parte seconda».

Al tema delle fondazioni trattato nelle lezioni – che «il testo [...] riproduce, in alcuni capitoli per linee sommarie, in altri con qualche approfondimento»¹⁸ (nove capitoli in tutto, per complessive duecentosettantuno pagine) – il volume affianca una ulteriore problematica: oggetto invece delle esercitazioni ma «parte anch'essa del programma d'esame». Sotto forma di «Appendice», collocata in fondo al volume e numerata autonomamente con cifre romane¹⁹, *La delimitazione territoriale nel mondo romano. Significato religioso ed effetti giuridici* (così l'intitolazione specifica) risulta «a cura della Dott. Franca De Marini Avonzo»²⁰, che la «*Avvertenza*» ringrazia espressamente.

E' il volume nella sua interezza che Ferdinando Zuccotti ha deciso di riproporre. Si mettono così a disposizione di chiunque vi abbia interesse pagine che hanno avuto ben scarsa circolazione: così della «Appendice» della De Marini, che ritengo pochi conoscano, quanto delle stesse *Fondazioni* di Orestano, come quelle dedicate ad esempio alle *civitates* nel capitolo quarto e ai *collegia* nel capitolo quinto. Una pubblicazione anche *on line* risulta ormai il modo più efficiente e rapido per diffondere testi di difficile reperimento. *Fondazioni* lo era divenuto assai presto (personalmente, confesso di averlo avuto per le mani piuttosto tardi) e oggi può considerarsi praticamente introvabile.

Nel frattempo, però, io ho avuto la ventura di diventarne proprietaria.

Il fortunato entrarne in possesso si deve al generoso gesto di un mio *conlega maior* di sede, l'amministrativista Bruno Cavallo. Giovane studente genovese, aveva studiato per l'esame di Diritto romano con Orestano sui sedicesimi della *Introduzione* circolanti nel '56-'57 (dodici in tutto: centonovantadue pagine rispetto alle seicentonovantotto della redazione ultimata)²¹ e sui ventidue sedicesimi delle *Fondazioni*, che costituiscono invece l'opera completa; per circa trent'anni li aveva serbati con cura; se ne priva per trasmettermeli e tiene a ricordarne «l'impatto sconvolgente». Per il contesto – la presentazione della nuova, e terza, edizione della *Introduzione*²² – è specie di questa che parla. *Fondazioni* finisce così col restare un poco in ombra.

Resta comunque, di allora, il mio piacere nell'aver acquisito questa opera: in età digitale, con la leggera copertina di cartoncino verdino che in assenza di legatura raccoglie i più fascicoli di pagine semplicemente piegate e sciolte fra loro, appare quasi un reperto archeologico. Oggi, il possederla assume un significato particolare essendo chiamata a parlarne.

Soprattutto, resta quanto Cavallo aveva potuto dirci – per esperienza diretta, e giustappunto di quegli anni – intorno all'insegnamento di Orestano. Della sua didattica porta testimonianza «proprio come scolaro»²³. Ricorda così il suo fare lezione «in modo completamente diverso» da quello allora abituale: a fronte del

¹⁸ ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. III [16 nt. *].

¹⁹ Sia nell' «Indice-Sommario» sia in una nota iniziale che la presenta come «Appunti da esercitazioni a cura della Assistente Dott. Franca De Marini Avonzo» (p. I-LXV [108-130]).

²⁰ Costruita seconda una Premessa e quattro capitoli (I. Consacrazione di edifici; II. Consacrazione di sepolcri; III. Fondazione delle città; IV. Divisione dei campi). Su tale parte, peraltro, questa *Nota di lettura* non si sofferma.

²¹ E' la seconda edizione, dopo la prima *Introduzione* (ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953). L'opera completa (un poderoso tomo sempre in veste litografica) vedrà la luce quattro anni dopo: ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Torino, 1961. Invece in quell'anno accademico – ed è «il primo anno» in cui accade – gli studenti genovesi cominciano ad acquistare «sedicesimo per sedicesimo l'*Introduzione*», a mano a mano che sulla base delle pagine consegnate dall'autore l'editore appresta in sequenza i fascicoli. Cavallo menziona in proposito la frequenza al secondo anno del corso di laurea; la biennialità di «Diritto romano» (si teneva allora nel secondo e nel terzo anno) mostra che quello sulla «*Introduzione*» era il primo corso, mentre il secondo era dedicato alle «*Fondazioni*» (nel '57-'58, come ricorda l'autore, anche se nella datazione l'opera si conclude nel 1959).

²² ORESTANO, *Introduzione* (1987), cit. Perugia giunse prima tra altre sedi a presentare, il 6 maggio di quell'anno, il volume appena uscito nella seconda metà di aprile, grazie all'appoggio del Preside Severino Caprioli: *Tra passato e futuro. Esperienze di Riccardo Orestano giurista*. A due giuspositivisti (Gianni Ferrara, Pietro Rescigno, entrambi vicini all'autore) e due romanisti (Massimo Brutti ed io stessa, entrambi allievi) il compito di illustrare «la *Introduzione allo studio del diritto romano* di Riccardo Orestano, edita a stampa», come recita l'invito («finalmente a stampa» chiosa anche la *Premessa dell'editore* al volume, p. 1). Con interventi estemporanei ma assai significativi si aggiunsero due docenti perugini, Giuliano Crifò e appunto Bruno Cavallo. Per una serie di circostanze non fu possibile pubblicare subito il materiale, come sarebbe stato nelle intenzioni; vi si è poi rinunciato per il susseguirsi di altre consimili iniziative, cui furono chiamati a partecipare gli stessi nostri oratori. Posso però dar conto di quanto detto con citazioni precise grazie alla trascrizione cui subito si provvede.

²³ Può scusarsi se «ognuno parla di sé quando parla di queste esperienze a livello di testimonianza»: «nella testimonianza, come ci insegnano gli amici processualisti», «è la denuncia della verità tramite se stessi». Ne faccio richiamo, sperando valga anche per i ricordi personali di cui ho intessuto questa *Nota di lettura*.

«bagaglio di certezze giuridiche» che offrivano le facultà del tempo²⁴, con Orestano – ricorda – «quando uscivamo dalla lezione, di certezze non ne avevamo assolutamente nessuna». Gli studenti genovesi furono «travolti e affascinati da questa visione storica della relatività della scienza giuridica»: una «storicità» vista non solo e non tanto come «studio della storia giuridica», bensì «di tutti quegli elementi estremamente compositi che costituiscono i cardini attraverso i quali si snoda lo svolgimento di una determinata società»²⁵.

Mi soffermo su un punto particolare, l'efficacia dell'impatto. Cavallo sottolinea come il dire di Orestano fosse «molto più ricco e molto più sconvolgente»²⁶ di quanto traspaia dalle sue stesse pagine. Credo di capir bene cosa intenda. Ho ascoltato anche io sue lezioni straordinarie, che aprivano squarci di comprensione e la nostra stessa testa. Penso a rappresentazioni folgoranti, pur nel lento eloquio che gli era proprio. Si depositavano nella nostra memoria, ci sembrava impossibile cambiarne anche una singola parola, le condividevamo tra noi frequentanti quasi un *mantra* per capire. Poi – è successo più e più volte – occorreva magari citarle e consultavamo lo scritto dove avrebbero dovuto essere: non le trovavamo più e, interrogandoci l'un l'altro, invano ci dannavamo lungo le pagine a cercarle in quella felice combinazione di vocaboli che ci aveva per sempre incantato. E finivamo comunque col farvi ricorso, in tutta fedeltà ma con rinuncia alle virgolette quasi fosse semplice parafrasi. Aderendo al ricordo di Bruno Cavallo, si potrebbe concludere per la diversità (superiorità?) della oralità a fronte della scrittura, nella cui fissità si traduce una riflessione più sedimentata.

Questa diversità / superiorità mi è tornata alla mente davanti alle pagine di *Fondazioni* che furono poi trasfuse in *Diritti soggettivi*: nella stesura originaria permane il segno della oralità; le lezioni da cui *Fondazioni* nasce lasciano traccia nel modo di porgere. Anche l'autore opera un raffronto, ma in tutt'altra direzione: il maggior rilievo della seconda stesura. Ne segnala «un più ampio respiro», come ho già ricordato, e l'essere «strutturalmente collegat[a]» alla voce enciclopedica su «*Azione*» pubblicata l'anno prima²⁷. L'importanza di tale complementarità²⁸ è indubbia. *Diritti soggettivi* risulta più significativo non solo quando fa espresso riferimento alla voce oppure si amplia e approfondisce rispetto alla versione iniziale di *Fondazioni* o apporta «affinamenti», ma

²⁴ Senza fare «il nome di illustri maestri», ricorda come nel «primo anno» «il diritto privato e il diritto costituzionale venivano ad essere propinati come verità rivelate».

²⁵ E se da «positivista, artigiano del diritto positivo» quale poi egli è divenuto, «il diritto romano si è allontanato», aggiunge tuttavia «non posso dimenticare» il richiamo di Orestano alla «attenzione sulle tecniche mercantili e commerciali quando si parlava dei problemi economici della costituzione romana». Ne ricorda espressamente «la percezione» trattane «dell'importanza che nella storicità del diritto ha il ruolo della costituzione economica materiale»; la considera «uno degli elementi» che rappresentando «una specie di trend» lo ha portato nella posizione di «potermi occupare, penso in senso storicistico, di quella che è la costituzione materiale dell'attuale governo pubblico della economia». Pure rileva contestualmente che di questi problemi economici Orestano «per vero non amava parlare molto». E' una conferma, direi, di quanto Orestano stesso sostiene (su altro profilo, peraltro: che non vi «può essere didattica che non sia al medesimo tempo attività di scienza»): «ritengo che abbia importanza non tanto ciò che si insegna» – o quanto insistentemente, si potrebbe aggiungere nel nostro caso – «ma come si insegna» (ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. X). Questa distanza dall'economia, in concreto ma non in linea di principio, che da studente Cavallo coglie in lui, verrà riconosciuta molti anni più tardi in un testo con insolita forma epistolare al condirettore del periodico su cui appare: ORESTANO, *Economia come 'Storia'*, in «Rivista di Storia Economica», IV, 1987, p. 152-154.

²⁶ Sottolineo la scelta dell'aggettivo «sconvolgente». Insolito per un distillato di sapere quale appare la lezione accademica, nelle trascrizione delle parole di Cavallo lo troviamo tre volte. Oltre questa occorrenza circa a metà intervento, si registra all'inizio (come ho già ricordato), quando egli si interroga «su quale fu l'impatto sconvolgente dell'opera con chi vi parla». Si registra quando conclude: «in quest'opera sconvolgente delle nostre giovani coscienze». E qui gli sta a cuore richiamarsi («devo ricordare») a «una presenza preziosa», «nella veste sempre discreta di interprete autentico del maestro»: «Luigi Raggi, che tanto a noi giovani studenti genovesi ha dato». Cavallo sottolinea la «particolare commozione» con cui ne parla. A me fa piacere ripeterlo, e con la medesima commozione.

²⁷ Così ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. VIII: ma ne aveva già detto pubblicando la selezione di pagine (si veda *infra*, nt. 28).

²⁸ Nella seconda delle avvertenze a ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 1403 in nota, l'autore collega espressamente le pagine che si accinge a pubblicare alla voce «*Azione (storia del problema)*» in «ED.», IV, Milano, 1959, p. 785-822. E' con essa che «il presente frammento va posto in relazione: la «matrice» della voce enciclopedica si trova proprio «in questo excursus sui diritti soggettivi» già apparso in *Fondazioni*, e, a propria volta, la nuova versione di questo approfondisce punti «soltanto accennati o adombrati» nella voce tematica. Occorre dunque considerare i due lavori come «integrantesi fra loro»: «per la complementarità degli argomenti», ma anche perché vi «si ricercano, per gradi o sotto angolazioni diverse, aspetti e profili di un problema a nostro avviso unico: la storia (e la storicità) del «sistema» pandettistico e delle sue vicende». Sulla complementarità dei due lavori, pressoché con le stesse parole, torna in *Persone giuridiche*, cit., p. VIII della «Presentazione», ove aggiunge che «i risultati di queste ricerche, con altri sviluppi sono poi entrati in *Introduzione (1961)*, «insieme a una serie di indagini sulla storia della sistematica e sul valore dei concetti giuridici, a cominciare da quello di ordinamento».

anche quando il dettato rimane identico a quello del libro: è il lettore a riceverlo diversamente in corrispondenza con quanto gli è ormai noto e ha appreso da *Azione*. Voglio però difendere l'importanza di (ri)leggere il tema nella esposizione pensata per studenti che vi avrebbero sostenuto l'esame. Vi si coglie un tale senso di freschezza, forse meglio di immediatezza, che certe affermazioni, certi rovesciamenti di posizioni si avvertono ancor più dirompenti, e icastici, di quanto risultino inseriti e incorniciati dall'articolo nel più nutrito apparato di letture e riferimenti ampiamente discussi. Qui appare quasi attenuarsi la novità; paradossalmente, oserei parlare di attutita efficacia. Poter tornare oggi, grazie a questa edizione elettronica, alle lezioni raccolte nel libro – dunque a quel 1959 in cui vengono pubblicate, e ancor più a quel '57-'58 in cui vengono impartite – serve a restituire il senso originario del loro impatto: l'effetto «sconvolgente» di Orestano, su cui appunto Cavallo, proprio da ex-studente, aveva voluto richiamare l'attenzione.

Fortunati, occorre dire, quegli antichi giovani, chiamati a partecipare a una riflessione creativa nel suo stesso farsi, guidati a guardare strutture logiche e categorie, su cui intere generazioni si erano formate, con capacità critica e disincanto così da coglierne l'inevitabile condizionamento della storia. Erano molti? O «felici pochi»? Ai testimoni più diretti di quell'insegnamento – nel quale vengono coinvolti, come testimoniano i ringraziamenti dell'autore²⁹ – non possiamo più chiederlo: non a Luigi Raggi, scomparso trentottenne lo stesso anno in cui uscirono le *Persone giuridiche*; non a Franca De Marini, che ci ha salutato ottantenne nel febbraio 2013. Certamente, non si trattava della massa con cui Orestano si troverà a doversi misurare a Roma; Genova era pur sempre sede di media grandezza.

Cosa solleciti la sua attenzione per la problematica (l'imbattersi in una fonte? la lettura di un libro?) Orestano, a quanto mi consta, non spiega esplicitamente. Anche se individua un *dies a quo* nel convegno del '54 di cui si è detto, per il suo modo di lavorare credo di poter escludere un intervento su commissione (si dà l'occasione congressuale e allora si prepara qualcosa in proposito). Casomai, la proposta tematica di de Visscher può apparirgli felice, al di là dell'obbiettivo importanza, in quanto si attagli a qualche riflessione che viene facendo per proprio conto, favorisca un interesse già in atto, gli dia una platea per cimentarvisi. Peraltro, ove già presente, un tale interesse non si era ancora manifestato. A scorrere, nella raccolta postuma di *Scritti*, i lavori che precedono l'articolo derivato dal convegno – cronologicamente, il ventinovesimo – non si individuano con chiarezza agganci tematici.

E allora mi permetto di ricordare quella che potrebbe apparire una leggenda di scuola: che l'attenzione al problema venisse dalla più stretta contemporaneità, e proprio dal mondo genovese in cui Orestano si era immerso a partire dal '50. A sospettarla quale leggenda era la stessa De Marini e dovremmo certo riconoscerle la posizione di chi sa più di tutti. Eppure... eppure non riesco a trascurarla come mero sentito dire. Qualcosa in proposito l'ho saputa io stessa: ascoltandola direttamente da Orestano. Il ricordo di quella informazione, vago, si perde nella seconda metà degli anni Sessanta. Non ricordo a qual fine ne parlasse, né se io stessi ancora lavorando alla tesi o già collaborassi alla cattedra. Perciò non so neanche dire se fosse già uscito *Persone giuridiche*, ma è a proposito di questo lavoro, rispetto a cui avevo quantomeno seguito un corso per il mio esame, che Orestano mi accennò di una vicenda dei camalli genovesi, più precisamente di una loro vertenza, che avrebbe catturato il suo interesse e l'avrebbe indotto a porsi più in generale il problema come storico del diritto. Nel mio ricordo, non era questione che gli avessero riferito, piuttosto un interesse professionale: a Genova Orestano si impegna anche nella professione, come avrebbe continuato a fare ritornato nell'università romana. In ogni caso, leggenda o verità, quantomeno nell'ambiente romano è circolata. La richiamo qui – con tutti i dubbi del caso: nonostante qualche tentativo non si è riusciti a trovarne prova – perché è suggestivamente in linea con la inesausta curiosità di Orestano, con la sua capacità di uno sguardo ampio, che trascorresse dal presente al passato, «da noi fino ai romani»³⁰, senza far perdere di specificità né l'uno né l'altro.

Se andiamo all'avvio ufficiale della ricerca sulle fondazioni di cui è rimasto traccia (l'articolo sui beni dei monaci e monasteri³¹ che deriva dalla relazione congressuale), a tutta prima esso non si presenta costruito intorno a tale tematica. Lo «scopo» dichiarato appare tutt'altro: è «circoscritto» a studiare «alcuni aspetti della legislazione giustiniana intorno al *regime dei beni di coloro che si dedicavano alla vita monastica*». Anche la possibilità che si segnala di «qualche considerazione di più ampia portata» attiene ad altro: «*aspetti privatistici*» della legislazione giustiniana significativi «per la conoscenza del sistema giustiniano» e «della tecnica legislativa» dell'imperatore. Così pure, il ricavarne «indicazioni» che programmaticamente «trascendono l'argomento» dell'articolo appare volto ai «caratteri dell'opera giuridica» di questi «nel suo complesso». Fra gli interessi di indagine, dunque, Orestano non prospetta in alcun modo questioni relative al tema che ci occupa. Non solo: benché anni dopo la rievocazione dell'iter della ricerca faccia di quello studio un momento fondamentale (l'inizio), per quasi tutta la trattazione le

²⁹) Così la «Avvertenza» in ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. III [16 nt. *].

³⁰) Secondo la formulazione nella quarta di copertina per *Introduzione* (1987).

³¹) ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit.

fondazioni vi restano estranee³². E' solo nell'ultimo paragrafo che il tema emerge. Può dirsi emerga quasi all'improvviso, anche se implicitamente preparato (ce ne rendiamo conto poi) dalla precedente lettura delle fonti col porsi questioni di *successio*. In chiusura del lavoro, l'autore, «esponendo» secondo «tre ordini di problemi» le «conclusioni e le osservazioni» di quanto svolto, colloca al secondo posto – dopo «dommatica del diritto privato giustiniano in generale» e prima di «tecnica legislativa giustiniana» – la «teoria delle cosiddette fondazioni». Sino adesso non vi ha mai fatto cenno; ora vi dedica assai più spazio che alle altre due questioni³³.

Colpisce – ed è difficile darne spiegazione – che mentre primo e terzo ordine dei problemi erano posti all'attenzione del lettore già nell'impostare il lavoro³⁴, del secondo (che qui interessa) si venga a discutere soltanto alla fine. E occorre aggiungere un altro rilievo sul modo di presentare l'indagine. Anche se è la stessa struttura espositiva a guidare con abilità il lettore verso il profilo delle fondazioni (le conclusioni scaturiscono con naturalezza dalla individuazione di determinati aspetti nella precedente discussione delle testimonianze, come detto), tuttavia è come se la novità del tema venisse in certo senso nascosta sotto una veste apparentemente tradizionale. L'analisi, acuta nello sviscerare le molteplici questioni pratiche sottese al dato normativo, però si svolge secondo canoni consolidati, usa stile espositivo tradizionale, soprattutto fa talvolta ricorso a vocaboli dommatizzanti. Ne abbiamo appena avuto una dimostrazione allorché a «dommatica» si intitola il primo ordine di problemi³⁵, ma si veda ad esempio anche il proposito di esaminare i principii giustiniani «nelle loro conseguenze dommatiche e pratiche» e l'esprimersi «in termini di dommatica giustiniana»³⁶ (corsivo mio).

Assai diversi, invece (o così a me pare), esposizione e linguaggio nelle sei ultime pagine. Vi riconosciamo l'Orestano di *Fondazioni* e di *Azione*, di *Introduzione* e di *Persone giuridiche*. Anche se l'articolo è forse uno dei meno frequentati (in specie dai giuspositivisti forse perché tutto giocato sulle fonti romane) e varrebbe la pena approfondire, mi limito a pochi cenni essenziali. Secondo l'autore, le fonti giustiniane mostrano di costruire, quando correttamente interpretate, la trasmissione dei beni dei singoli monaci (non mi trattengo sulle varie situazioni che determinano il passaggio) come acquisto al monastero³⁷. «*Monasterium*» viene però inteso nel senso non di comunità di monaci (*l'universitas*), bensì di luogo su cui insiste l'organizzazione monastica³⁸. Fa fatica a cogliere una tale costruzione chi, suggestionato dalla ineliminabile introiezione nel pensiero moderno di «persona giuridica», per ammettere titolarità di diritti in centri diversi dalla persona fisica concettualizzi mediante schemi antropomorfi. La soluzione antica, volendo qualificarla, potrebbe convenzionalmente dirsi «topografica», così da contrapporla alla «soluzione antropomorfa», che è grave errore giudicare superiore³⁹. Non solo. Negare una soluzione antica al problema della destinazione di un patrimonio a uno scopo – come pure si è fatto – deriva soprattutto da una «inesatta impostazione del problema» di chi muova dall'accertare la conoscenza o meno delle fondazioni nel diritto romano: «non ritrovando il concetto», si è finito con il ritenere che «addirittura mancasse la 'cosa'!»⁴⁰

In poche frasi di parole dirette e semplici, la questione di fondo è stata posta, con grande chiarezza.

Le lezioni genovesi affronteranno appunto «il problema» delle fondazioni: così da individuare, in linea con la posizione conclusiva dell'articolo, «come l'esperienza giuridica romana fosse pervenuta per diverse vie a risol-

³²) ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 7.

³³) ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1267-1274, a fronte di metà pagina per la prima questione (p. 1267) e di una pagina complessiva per la terza (p. 1274 s.).

³⁴) Nel testo, ho subito sopra ricordato come all'inizio dell'articolo si premettano le ricadute attese dall'indagine in merito alla «conoscenza del sistema giustiniano» per «profili della tecnica legislativa» e «caratteri dell'opera giuridica nel suo complesso»: ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1245 s.

³⁵) ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1267.

³⁶) ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1260. Non così singolare risulta invece l'uso del vocabolo (p. 1264) nella frase sulla «antica letteratura sulle fonti romane, dai glossatori in avanti» e le «difficoltà che le disposizioni giustiniane suscitavano dal punto di vista dommatico»: è dal punto di vista degli «antichi giuristi» che ci si pone.

³⁷) ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1270: «i beni si acquistavano al monastero con ciò assumendo quest'ultimo a centro di riferimento di diritti».

³⁸) ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1271.

³⁹) Lascia perplessi il modo in cui si intende capovolgere un eventuale giudizio di superiorità: ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1272 s. Secondo «una graduazione delle forme del pensiero» (e già una «classifica» in lui sorprende), non solo scrive che «la concettualizzazione in schemi antropomorfi è da considerare, insieme all'animismo, tra le più primitive», ma costruisce anche una singolare difesa della soluzione topografica: se «rozza» per il collegare «il centro di riferimento a un elemento materiale» (il *locum*, appunto), «implica però una più forte astrazione di quanto non si riscontri nella soluzione «persona giuridica». Il dire dell'autore sembra attardarsi in fraseologie e rappresentazioni tralattizie. Non completamente, va detto: soluzione «rozza» infatti lo «può apparire» e «da un certo punto di vista»; ambigua la stessa taccia di «primitivismo», che potrebbe, un po' infelicemente, celare solo il rinvio a remote origini. L'autore cerca forse di difendersi dalle vischiosità, ma finisce col far ricorso a un vecchio strumentario.

⁴⁰) ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1273.

vere il problema che in termini moderni» può dirsi «della destinazione permanente di beni a uno scopo»⁴¹.

Per la verità, l'opera del '59, nel muovere dall'obbiettivo/oggetto del corso⁴² le cui lezioni raccoglie, delinea un «problema» più ampio di quello indicato nel titolo. Ci «dedicheremo» – scrive Orestano (al futuro, quasi ripetendo un esordio da prima lezione) – «all'esame di alcuni aspetti del problema delle 'persone giuridiche' e in particolare delle cosiddette 'fondazioni'» (corsivo mio). Queste vengono dunque affrontate come profilo specifico nell'ambito del tema più generale all'attenzione: le persone giuridiche, da esaminare peraltro non nella totalità, ma per «alcuni aspetti».

Tema complesso (non casuale l'uso del vocabolo «problema», nel titolo e nell'esordio) – come l'autore mette subito in guardia – per il coinvolgimento di più questioni fondamentali «della nostra tradizione giuridica e della scienza che vi è connessa». Dalla antichità, a cui le prime righe subito delimitavano l'esame da compiere («in diritto romano»), la prospettiva si dilata a un tempo che arriva a ricomprendere il presente. La «nostra tradizione giuridica», scrive Orestano: dunque, va inteso, qui e fino a oggi. Impossibile prescindere. La mancanza di conoscenza di diritto e scienza anche del qui e dell'oggi (e di quali vie sono state percorse per arrivarvi), per ciò stesso la inconsapevolezza dei condizionamenti che ne derivano, parte ineliminabile della cultura, impedirebbero di individuare l'essenza del tempo antico. Chi segue l'analisi orestaniana sarà via via indirizzato a cogliere in concreto il problema. Per ora l'autore si limita a segnalare espressamente la difficoltà insita in tale argomento («estremamente arduo») e ad accennare alla influenza della tradizione⁴³.

E' ai suoi studenti che lo segnala così come a loro (la destinazione «esclusivamente agli studenti» va tenuta presente) illustra d'operare, in un gioco continuo di azioni e reazioni» di una «molteplicità» di «elementi». Riassuntivamente, li definisce «reali, normativi, speculativi»⁴⁴.

Orestano sta parlando ovviamente di «esperienza giuridica», con i tre dati (dato realtà, dato norma, dato scienza) che convenzionalmente la riepilogano, ma non ne fa menzione espressa. Il sintagma, cui ricorrerà poi innumerevoli volte nei suoi studi, qui non viene utilizzato. Si deve presumere che, così come il lettore di oggi, anche gli studenti di allora fossero comunque in grado di cogliere il riferimento. Pur non studiando più sulla *Introduzione* del 1953 (che ne trattava) ma sui fascicoli della seconda edizione che stavano via via uscendo, anche ove Orestano non fosse ancora arrivato a tale argomento nel testo scritto⁴⁵ ne avrà comunque detto loro a lezione. E' infatti il suo modo di studiare il diritto romano: come esperienza giuridica romana. Queste prime pagine di *Fondazioni*, però, usano il sintagma poco più avanti, con valenza meno pregnante, a proposito delle qualificazioni giuridiche cercate per situazioni diverse dalla persona fisica, diverse «dall'uomo come persona singola», che «l'esperienza giuridica [...] conosce»⁴⁶.

Non è mia intenzione ripercorrere la complessa trama di ragionamento di Orestano. Non voglio togliere al nuovo lettore il piacere di farlo personalmente, ora che la nuova edizione lo rende possibile. Il compito affidatomi è assai più ridotto: accompagnare pagine di così tanti anni or sono con un rapido inquadramento anche sul tempo della loro nascita. Mi fermo perciò a qualche breve considerazione.

Mi viene spontanea però una raccomandazione al lettore di oggi, supponendolo, come faceva Orestano, insieme «erudito e benevolo»⁴⁷: lo invito a non liquidare tali pagine come troppo semplici. L'esposizione piana, anziché farsi apprezzare, potrebbe dar luogo a una sorta di equivoco in specie a fronte di approfondimenti cui l'autore ci ha abituato in ulteriori scritti su queste tematiche. Così come un equivoco, qui e in altri casi, può creare proprio il successo che la posizione di Orestano ha conosciuto, anche se non sempre è a lui che si riporta la paternità di certe idee. Per un esempio fuori dell'opera, si pensi alla circolazione della formula «esperienza giuri-

⁴¹) Così ORESTANO, *Beni dei monaci*, cit., p. 1274. Limitarsi a escludere che il concetto moderno di fondazione «trovi rispondenza nei dati della realtà storica passata», infatti, «non ci permette di conoscere altro intorno a tale realtà». Occorre liberarsi di tale impostazione, e assumere invece questo punto di vista diverso, come «la più recente storiografia romanistica» va facendo «attraverso una serie di indagini sempre più approfondite», anzitutto (*loc. cit.*, nt. 1) quella, «magistrale», di G. LE BRAS, *Les fondations privées du Haut-Empire* in «Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento», III, Palermo, 1936, p. 21-67.

⁴²) «Dedicheremo il corso di quest'anno (e forse la parte speciale di quello dell'anno prossimo) all'esame [...]» sono le parole iniziali delle «Premesse»: ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. 1 [16].

⁴³) *Ibidem*.

⁴⁴) Ivi, p. 1 s. [16].

⁴⁵) Il che potrebbe essere, visto che sappiamo dalla esperienza di Bruno Cavallo come alla fine dell'anno '56-'57 i fascicoli usciti arrivassero solo a p. 192, mentre il volume completo dello «studio storico del diritto come studio della esperienza giuridica» arriva a parlare ben più avanti: *Introduzione (1961)*, cit., p. 359 ss.

⁴⁶) ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. 4 [17].

⁴⁷) Così in ORESTANO, *Diritto*, cit., p. 5: «*Erudito ac benevolo lectori*» è l'intestazione delle pagine premesse agli scritti.

dica». E' diventata oggi un sinonimo di «diritto» su un mero piano lessicale (evita ripetizioni, suona meglio), molto spesso peraltro utilizzata senza con ciò aderire al mutamento di prospettiva che implicherebbe. Non se ne può quasi fare a meno, così come era successo assai prima per un diverso sintagma, «ordinamento giuridico». Ma dell'uno e dell'altra non sempre si ha piena consapevolezza. Di «esperienza giuridica» Orestano si divertiva, specie negli ultimi tempi, a verificare le molteplici ricorrenze anche in autori, specie romanisti, da lui distanti se non addirittura a lui avversi: per quanti erano rimasti coinvolti dall'espressione senza però trarne le conseguenze da lui messe in luce, quale sorpresa se per quella utilizzazione si fosse loro attribuita una concezione così ampia del diritto come essa consentiva. L'invito è dunque a non cadere nella trappola di una ovvietà che potrebbe venir (erroneamente) supposta a causa sia del modo facile con cui l'autore presenta nuove idee, in realtà invece frutto di conquista attraverso la riflessione sulle fonti, sia dell'adesione che esse hanno raccolto⁴⁸.

Ritengo di qualche interesse individuare in *Fondazioni* tratti peculiari del pensiero di Orestano così come lo conosciamo dal complesso della sua opera.

Riluttanza o avversione all'inquadramento dogmatico, rifiuto di risolvere il concreto disordine di soluzioni diverse che si ammassano nella storia col ricorso a una formulazione unica che appaghi nello studioso una aspirazione teorica all'ordine, a me pare si ritrovino anche nello scritto che qui interessa.

Nella ricerca delle «soluzioni romane al problema degli enti irriducibili alla persona fisica», Orestano scrive, è da contrastare – e «senza lasciarci vincere» – la «tentazione di unificare sotto categorie predeterminate la molteplicità eterogenea dei dati storici», favorendo invece proprio col tener conto di tali dati la individuazione in concreto di quelle soluzioni⁴⁹.

E ancora, la necessità di considerare, per poterle cogliere e comprendere, tutte «le diverse manifestazioni» nella loro «specificità individualità»: senza limitarsi a cercare testimonianze di «fondazioni» in senso moderno (rischiando di trascurare altre situazioni tipiche nella esperienza romana); senza dedurre da una assenza di principii generali che li riguardino l'assenza dei fenomeni che modernamente si riconducono alle fondazioni; senza estendere a tali fenomeni concezioni romane elaborate per «situazioni a tipo corporativo»; senza assumere a principio generale valido per ciascuna di quelle situazioni criteri specifici disciplinanti situazioni specifiche⁵⁰.

In tanti punti e per tanti temi trattati emergono, e vengono illustrati, modi di accostarsi alle fonti che si riscontrano in altri lavori. Una compiuta rassegna, per quanto contenuta, porterebbe via troppo tempo (e finirebbe con l'essere ripetitiva); basti qui aggiungere poche, sporadiche, esemplificazioni esposte per punti. Qualche casualità nella scelta sia giustificata dalla suggestione di alcune formulazioni piuttosto che di altre.

L'impegno a cogliere come «il problema pratico» che si presenta venga dai Romani «risolto attraverso soluzioni molteplici, non riconducibili ad unità»⁵¹ comporta il sottrarsi, anche per le cosiddette fondazioni, alla «suggestione» moderna delle «soluzioni unitarie», «monistiche», del «principio generale unico»⁵². E «neppure in materia di *civitates* si ha unità di concezioni e soluzioni»: nella esperienza giuridica romana a mancare è proprio «una visione unitaria e un principio generale»⁵³. E questa «molteplicità di soluzioni diverse»⁵⁴ può aversi – lo

⁴⁸ Credo che nella trappola dell'ovvietà non cada la relazione nel convegno 2006, «Maestri del Novecento», organizzato dal Club dei Giuristi, di S.-A. FUSCO, *Riccardo Orestano: le forme del potere*, in «Ritorno al diritto», VII, 2008, p. 43-48, che pure al vocabolo fa ricorso parlando addirittura di «subliminale ovvietà» nel suo pensiero (ivi, p. 47). A escluderlo mi pare il contestuale giudizio che Orestano «abbia rappresentato e rappresenti un 'point of no return' nella ricerca romanistica, ma più in generale nella concezione attuale del diritto» (*ibidem*). Anche nella affermazione, per un profilo specifico, di «aver ribadito un pensiero apparentemente comune» (ivi, p. 44), l'avverbio utilizzato tiene al riparo da possibili fraintendimenti. Il richiamo qui a Fusco non intende relegarlo fra quanti sminuendo il pensiero di Orestano non sappiano coglierne le ricadute. Al contrario: qualche osservazione di Fusco a proposito della ricostruzione orestaniana del potere imperiale (ivi, p. 47 s.) è implicitamente tenuta presente in quanto dirò proprio ora sullo scritto che presentiamo.

⁴⁹ *Fondazioni*, cit., p. 17 [21] (in una «ricerca di soluzioni particolari» che non comporta la «loro unificabilità in una categoria generale [persona giuridica - fondazione]», scrive ancora, p. 19 [22]).

⁵⁰ Ivi, p. 19 [22].

⁵¹ Ivi, p. 81 [42]. Sulla «molteplicità delle 'soluzioni'», con invito a tenerla «sempre presente» quale «presupposto dal quale muovere», torna anche la «conclusione 'aperta'» aggiunta alle pagine estrapolate da *Fondazioni* e pubblicate in articolo autonomo (ORESTANO, *Hereditas nondum adita*, cit., p. 2078): soluzioni «offerte da una vita in continuo movimento, anche di idee, e nella quale il giuridico risulta da un incessante processo di edificazione, sempre in facimento».

⁵² *Fondazioni*, cit., p. 81 [42].

⁵³ Ivi, p. 79 [41].

⁵⁴ Concezioni e soluzioni la cui diversità non deve far trascurare l'esistenza spesso di una unica «mira»: lo si ricorda ad esempio per l'*hereditas* ove la finalità è «rendere possibile lo stabilirsi di rapporti e situazioni giuridiche» fra morte del *de cuius* e accettazione dell'eredità (ivi, p. 190 [78]). E a proposito delle diverse soluzioni date alle varie e complesse situazioni che si presentano nel mondo romano, nel chiudere il § 58, cap. VII, sulla «Difficoltà di ridurre a categoria unitaria gli enti collettivi a prevalente carattere patrimoniale», si indica espressamente la via per coglierne il

avverte a proposito delle *civitates*⁵⁵, ma è verificabile per altre situazioni – «non solo in una successione temporale, ma anche in uno stesso momento storico»⁵⁶. Così, insiste anche a proposito della *hereditas nondum adita* come a connotare l'esperienza romana sia «da pluralità delle concezioni»⁵⁷, senza che, si badi, «volta a volta una costruzione escluda le altre»⁵⁸.

La sfiducia (qui a proposito dell'eredità romana) in uno «studio dommatico del *Corpus iuris*»: invano impegnato a una «spiegazione e a una 'conciliazione'» di disomogeneità, e anzi talvolta netto contrasto, delle testimonianze in tema, raccolte quasi interamente nel Digesto⁵⁹. E invece la fiducia da riporre «solo» in una «visione storica» per «risolvere i vari contrasti delle fonti» nella «aggrovigliata matassa di una pluralità di concezioni»⁶⁰.

La messa in guardia contro gli «slittamenti concettuali»⁶¹: così, a proposito della eredità romana, la «proiezione della concezione moderna» sulle fonti, cui sono stati indotti anche grandi e sensibili autori⁶². E così pure la necessità di non appiattare la lettura testuale, ma di cogliere le sfumature: diversità che potrebbero apparire minime risultano invece essenziali⁶³.

Concludendo questi cenni su alcune modalità di indagine presenti in *Fondazioni*, segnalo anche un sintetico raffronto operato fra diritto romano e diritto moderno, a testimonianza della prospettiva che distingue Orestano: sia rispetto a coloro per cui il diritto antico sia un emblema negativo (certo non moltissimi tra i romanisti),

proprium (ivi, p. 178 s. [74]). Oltre alla duplice rinuncia a «scoprire un preteso concetto» romano unificante così come a costruire un moderno «concetto unitario» per «cementare figure eterogenee» che non sono «riconducibili a unità», occorre una «ricerca orientata in tutte le direzioni possibili, senza adottare concetti che pongano limitazioni o preclusioni». Può riassumersi in una doppia visuale: per un verso, si dovrà «guardare in via principale» alla funzione e al fine delle situazioni, senza porsi questioni di esistenza o no di un «centro indipendente di riferimento di diritti ed obblighi»; per l'altro si dovrà «guardare in via principale» alla struttura giuridica delle situazioni (centro indipendente di riferimento di diritti e di obblighi) senza porsi questioni della loro funzione e del loro fine.

⁵⁵ Quali «centro di riferimento di diritti ed obblighi» che si distingue dal problema del *populus Romanus*: ivi, p. 81 [42].

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Ivi, p. 205 [84] (per richiamare l'attenzione l'Autore ricorre talvolta anche all'uso dello spaziato). Esse «si intrecciano nel diritto classico» e, nonostante un qualche «livellamento operato dai compilatori», «si conservano, non risolte in unità, anche nello stesso diritto della Codificazione giustiniana»: ivi, p. 184 [76]. Tramite il *Corpus iuris*, infatti, cogliamo ancora, con le loro diversità, le tre soluzioni intorno alla *hereditas* fra cui «si dibatteva la dottrina classica» («negativa» con eredità come *res nullius* e «quindi non suscettibile di acquistare»; «con riferimento alla persona del defunto»; «con riferimento alla persona dell'erede») e le più astratte soluzioni giustiniane, con l'assunzione dell'eredità «direttamente» come centro di riferimento giuridico dell'acquisto» o l'assimilazione di essa a «*persona*» (ivi, p. 200 s. [82 s.]). Se una «tendenza» (o «preferenza») dei compilatori emerge dalle loro interpolazioni per una concezione della *hereditas* «come *domina* o, in termini più generali, come diretto centro di imputazioni di diritti e di obblighi» tuttavia essa «non fu attuata sistematicamente» (ivi, p. 206 [84]). Di particolare interesse la spiegazione offerta, che ribadisce anche per questo caso la molteplicità di posizioni. La sopravvivenza di altre concezioni risalenti, infatti – più che derivare da una difficoltà di dare coerenza a tutti i testi su cui i commissari lavorano – si spiega piuttosto con la non uniformità delle loro idee «sull'orientamento da seguire». L'analisi delle fonti conferma che «ancora nell'età giustiniana sull'eredità giacente non si è formata una salda unità di dottrina». Tale «divergenza di opinioni» è comprovata, secondo Orestano, dal modo in cui ne trattano le *Institutiones Iustiniani*: che non conoscono «la concezione dell'eredità *domina*» e ove anzi per due volte (*Iust. Inst.* 2.14.2 e 3.17.pr.) compare una delle concezioni classiche, «precisamente quella che l'eredità ancora non accettata tenesse luogo della persona del defunto» (ivi, p. 206 s. [84 s.]).

⁵⁸ Ivi, p. 205 [85].

⁵⁹ Ivi, p. 183 s. [76] E dunque una implicita critica mossa alla stessa Pandettistica: «che cercò di costruire teorie su teorie per dare fisionomia unitaria ai dati discordanti delle fonti e per inquadrare la figura dell'eredità giacente nella visione sistematica da essa perseguita» (ivi, p. 183 [76]).

⁶⁰ Ivi, p. 184 [76].

⁶¹ La problematica è prospettata sin dall'inizio: *Fondazioni*, cit., p. 2 [16], sulla cautela necessaria per «non compiere (almeno inconsciamente) arbitrarie sovrapposizioni e contaminazioni». L'autore mette in guardia contro rischi effettivamente verificati «di proiezione di concezioni posteriori rispetto al tempo che si vuole studiare».

⁶² Che attenua le differenze tra la rappresentazione romana («l'eredità giace» rileva «una particolare condizione in cui essa può venirsi a trovare») e la rappresentazione di conio medievale e moderno («l'eredità giacente» viene a «entificare l'eredità che si trovi in quella condizione»): solo una «sottile sfumatura» potrebbe crederci, ma in quel mutamento invece «vi è tutto lo svolgimento storico dell'istituto» (ivi, p. 183 [76]).

⁶³ Se nelle concezioni della «eredità come *domina*» e dell'eredità «assimilata a una *persona*» c'è in entrambi i casi una considerazione della «eredità in se stessa, come centro di riferimenti di diritti ed obblighi», la seconda posizione però «apre la via alla 'antropomorfizzazione' dell'eredità giacente». Si avanza infatti «un elemento nuovo e diverso»: in tanto centro di riferimento di diritti e di obblighi come si è detto, «in quanto tien luogo di una persona». L'antropomorfizzazione – precisa però Orestano – non è ancora compiuta: si afferma che l'eredità «tien luogo», ma «non si afferma ancora che [...] 'è' persona». «Il processo di antropomorfizzazione», «suggerito» dalle fonti romane, in effetti «si compie nella mente di chi le legge e viene riproiettato» su di esse (ivi, p. 201 [82 s.]).

sia rispetto a coloro (forse la maggioranza fra i romanisti) che invece lo assumano quale modello. Nel sottolineare la diversità tra «posizione giuridica degli associati, unificata dall'*universitas* ma che pur coincide e si identifica con essa» costruita in D. 3.4.7.2⁶⁴ – che è «il massimo dell'astrazione raggiunta in argomento dal diritto romano» – e «persona giuridica corporativa» delle «concezioni moderne», quale «soggetto di diritto unitario e distinto, non solo rispetto ai terzi ma anche rispetto agli stessi associati», tiene ad ammonire chi voglia trarne una valutazione. Se si «rivela, pur sul piano dell'astrazione, una maggiore concretezza della concezione romana» – una astrazione concreta, può dirsi? – non implica che «per ciò essa sia migliore o peggiore di quella moderna», ma appunto «solo che vi è una differenza»: e l'importante è che sia «sottolineata» al fine di «cogliere il *proprium* dell'esperienza romana in questo complesso argomento»⁶⁵.

Insomma, i capisaldi nel modo di operare scientifico di Orestano – che conosciamo da altre opere – si rivelano presenti anche nel corso litografato del '59 ove si esplicitano come linee-guida secondo cui indirizzare l'indagine storico-giuridica. Tecnicamente, i destinatari di queste «avvertenze» sarebbero solo gli studenti genovesi (e anzi, più specificamente, solo quelli che avrebbero dovuto usare quelle pagine per il loro esame)⁶⁶; in effetti, si tratta di un pubblico divenuto assai più vasto. E' anche agli studiosi, i colleghi di disciplina e gli altri giuristi che egli ha sempre cercato come interlocutori (non è singolare che la pubblicazione di una parte del corso fosse «sollicitat[a]» dal civilista Allorio)⁶⁷, che implicitamente si rivolge; in qualche modo è anche un richiamo per se stesso, una sorta di decalogo interno. Secondo consuetudine potrebbe dirsi che l'autore illustra il suo «metodo», ma in rapporto a Orestano è preferibile astenersi da un concetto e da un lessico che lo lasciavano assai scettico: il cosiddetto metodo è piuttosto la concezione del diritto da cui più o meno consapevolmente ci si muove⁶⁸.

L'Orestano del '59 è dunque lo stesso Orestano degli anni successivi?

In gran parte sì, ma non del tutto, occorre precisare. E poiché credo che nella riscoperta, nel recupero di questo testo, una parte del fascino sta nella testimonianza che offre di un percorso in divenire voglio accennare velocemente a due punti, fra loro connessi, o meglio dipendenti l'uno dall'altro, su cui mi pare la riflessione ulteriore di Orestano abbia poi comportato affinamenti.

E chiudo perciò con essi, lasciando a ciascuno dei neofiti di questa lettura le proprie, e più meditate, osservazioni: il problema di scelta dei concetti idonei a interpretare una esperienza antica e distante come è quella romana, e, in questo ambito, la possibilità di utilizzare per il suo ordinamento giuridico il concetto di «Stato».

Nella seconda edizione della sua *Introduzione* Orestano dedica ampia riflessione al rapporto dommatica moderna / studio storico e a tutte le problematiche connesse nella interpretazione di un diritto del passato⁶⁹, prendendo posizione rispetto alle antitetiche concezioni di Betti e di De Francisci, troppo note per essere qui richiamate.

Muove dichiarando recisamente la «imprescindibilità dei nostri schemi concettuali nello studio di un diritto del passato» («gli schemi concettuali da impiegare appartengono pur sempre al nostro presente»)⁷⁰. Poi, valutando il modo di «concepire gli schemi sistematici»⁷¹, nel segnalare la «duplice storicità», «del dato» e «del soggetto»⁷², raccomanda di tener conto che nel medesimo tempo le «elaborazioni concettuali mediante le

⁶⁴) Attribuito a Ulpiano, ma la frase sullo '*ius omnium*' testimoniato rispetto all'*ordo decurionum* potrebbe essere di intera mano compilatoria: ivi, p. 103 [49] (un raffronto fra questo testo e Alfeno, D. 5.1.76, ivi, p. 100 ss. [48 s.]).

⁶⁵) Ivi, p. 104 s. [49 s.]

⁶⁶) Se nel 1960 annuncia che ne sta «preparando la seconda edizione»: ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 1403.

⁶⁷) Le «affettuose insistenze» con cui l'«Amico E. Allorio» (*Diritti soggettivi*, cit., p. 1403, in nota di apertura) spinge alla pubblicazione delle riflessioni orestane sui diritti soggettivi originariamente dedicate agli studenti è da ritenere si colleghi con un proprio pressoché contemporaneo percorso di riflessione su tali tematiche. Può desumersi dal richiamo che ne fa Orestano, in una delle integrazioni operate nell'articolo al dettato meramente didattico, rinviando, con citazioni, a una «recente presa di posizione» (E. ALLORIO, *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 82 ss.) come «chiarificatrice» dello «svuotamento d'ogni implicazione ontologica» che si viene operando, sottolineandone «l'esigenza di arrivare a costruzioni e interpretazioni che prescindano dal concetto di diritto soggettivo», «al massimo» mantenendolo «come nozione di comodo o come figura didattica». Peraltro Orestano rifugge dall'«entrare nel merito» della posizione di Allorio (così come in quella di Satta, che gli accosta negli intendimenti), ma non evita di segnalare che pur in questo limitato ambito «la nozione di diritto soggettivo, con le sue infinite variazioni, assolve malamente anche questi compiti»: *Diritti soggettivi*, cit., p. 1436 s.

⁶⁸) E' tema fondamentale nella sua riflessione, presente già in ORESTANO, *Introduzione (1957)*, cit., p. 70-103, e poi ripreso tanto in ORESTANO, *Introduzione (1961)*, cit., p. 300-359, quanto in ORESTANO, *Introduzione (1987)*, cit., p. 308-323: l'impegno, per tutti, è «raggiungere una più compiuta consapevolezza del punto di partenza da cui ognuno muove» (ivi, p. 323).

⁶⁹) ORESTANO, *Introduzione (1961)*, cit., p. 420-484.

⁷⁰) *Op. ult. cit.*, p. 421.

⁷¹) *Op. ult. cit.*, p. 435 ss.

⁷²) *Op. ult. cit.*, p. 438.

quali esprimiamo *la nostra esperienza della esperienza passata* risentiranno inevitabilmente, *in quanto condizionate al soggetto*, delle connessioni coi problemi della scienza nel nostro presente» nonché della nostra concezione del diritto, ma *«in quanto condizionate al dato*, dovranno esser rese idonee a rappresentare l'esperienza particolare su cui le veniamo costruendo» [corsivo mio]. «Di volta in volta», pertanto, occorrerà «organizzare i concetti da noi creati sull'esperienza che intendiamo conoscere» così che si possa «coglier[n]e il *proprium*» e insieme «renderlo intellegibile alla nostra esperienza»⁷³.

Anche in *Fondazioni* la problematica relativa ai concetti è presente e viene anzi affrontata nella parte iniziale quasi ad impostare la ricerca. Il § 5 del cap. I – «Premesse» – è dedicato alle «Difficoltà per l'indagine romanistica derivanti dall'impiego di moderne concezioni della persona giuridica», mentre il § 8 del cap. II si amplia più in generale a «Concezioni moderne e concezioni romane di entità sovraperionali»⁷⁴. In linea con le proprie posizioni, l'autore per condurre la sua esplorazione sceglie un concetto come «centro di riferimento di diritti ed obblighi», esso stesso moderno⁷⁵ ma insieme sufficientemente neutro da non essere «legato strettamente ai dati di una esperienza particolare»⁷⁶. Peraltro, nel negare la possibilità di utilizzare per le antiche organizzazioni di gruppo la categoria di «persone giuridiche», che implica l'«inquadramento [...] entro schemi concettuali nostri» senza così farci capire la considerazione romana di quelle realtà⁷⁷ (siamo sempre nell'ambito della posizione che conosciamo), l'alternativa qui offerta sembrerebbe «concentrarsi sui concetti antichi: vedere «in quali modi, attraverso quali svolgimenti e *mediante quali concetti*» (corsivo mio) si sia presa «coscienza di questi centri di riferimento di diritti e di obblighi diversi dalla persona fisica» da parte dei Romani e di come essi «siano venuti man mano regolando»⁷⁸.

Di per sé nulla di troppo lontano dalla posizione orestaniana in merito, se non per la delimitazione che qui sembrerebbe trarsene. Dall'interesse non per «il problema in astratto» ma «per come esso è stato risolto nell'esperienza romana» – «a noi», aggiunge, «interessa in termini di organizzazione interna dell'ordinamento giuridico romano» – si fa discendere la conseguenza che «la nostra indagine deve essere necessariamente *circoscritta agli schemi giuridici* con cui nell'ambito dell'*ordinamento romano* esso è stato visto e regolato» (corsivo mio)⁷⁹. La sofisticata lettura cui siamo adusi in altre opere – la necessità di utilizzare concetti moderni (ancorché il meno connotati che sia possibile) nello studio della esperienza giuridica antica proprio in quanto non possiamo accedervi direttamente ma solo mediatamente, attraverso la nostra, moderna, personale, esperienza di essa; l'impossibilità, anzi, di operare se non con gli schemi concettuali del nostro presente, gli unici che siamo in grado di maneggiare consapevolmente ove non ci si voglia limitare a meramente ripetere gli schemi antichi di cui non potremmo cogliere pienamente la portata – mi pare non sia ancora rappresentata con la consapevole limpidezza cui siamo abituati.

Ciò ha presumibilmente qualche ricaduta sul modo di considerare qui l'antico ordinamento giuridico generale. Sono ben note le cautele richieste da Orestano nell'uso del termine «Stato» per rappresentarlo. Tuttavia – comincio da questo – sembrano non essere messe in pratica da lui stesso allorché nel § 8 del cap. III, dedicato, come ho appena detto, a «Concezioni moderne e concezioni romane di entità sovraperionali», l'intitolazione prosegue in dettaglio affermando come «L'esistenza di un *ordinamento giuridico statuale*» (corsivo mio) sia «presupposto necessario per il porsi del problema di tali entità»⁸⁰. Nel corso del paragrafo, indagando sulla necessità di tale presupposto, ricorre tout court al sostantivo: il guardare nel concreto storico come i Romani abbiano concepito e regolato quelle entità diverse dalla persona fisica è un «problema [che] difficilmente può essere indagato rispetto ad un'età anteriore a quella in cui sorge uno *Stato romano*»⁸¹ (corsivo mio).

⁷³ *Op. ult. cit.*, p. 439.

⁷⁴ ORESTANO, *Fondazioni*, cit., rispettivamente p. 11-19 [19-22] e 22-23 [23]. All'interno del lavoro i singoli paragrafi, individuati numericamente, non hanno intitolazione, che si desume dall'«Indice-Sommario»: per quelli ora menzionati si veda *ivi*, p. V [1].

⁷⁵ L'elaborazione si deve a «talune correnti della moderna pubblicistica nell'approfondimento degli studi sulla personalità giuridica»: *ivi*, p. 13 [20].

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ivi*, p. 22 [23].

⁷⁸ *Ivi*, p. 23 [23]. E poco prima si è espresso sull'utilizzo del concetto di «ordinamento giuridico» per queste entità sovraperionali cui si sta riferendo: la «interpretazione» come «veri e propri 'ordinamenti giuridici'» di «talune» di esse «resta pur sempre una *nostra* interpretazione», «cioè un inquadramento di quella realtà storica entro schemi concettuali nostri», cosicché essa «non ci dice nulla sui modi in cui i Romani consideravano quella stessa realtà» (*ivi*, p. 22 [23]). Conclusivamente (*ivi*, p. 25 [24]), e con parole simili a quelle già usate, torna «a ribadire» questa sua posizione: «il nostro obbiettivo non è di vedere come si possano o si debbano qualificare *modernamente* queste varie figure, ma di accertare per quanto possibile come esse erano concepite e regolate dai Romani».

⁷⁹ *Ivi*, p. 23 [23].

⁸⁰ Cfr. «Indice-Sommario»: ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. V [1].

⁸¹ *Ivi*, p. 23 [23]: «occorre cioè l'esistenza di un ordinamento giuridico da prendere come base di partenza, perché attraverso le relazioni con esso risulti più chiara la posizione di altri ordinamenti», come quelli in questione.

In modo più o meno implicito a me pare che *Fondazioni* finisca, almeno talvolta, col rappresentare l'ordinamento giuridico antico quasi indifferentemente come Stato romano o *populus Romanus*⁸². L'assumere questo «come sinonimo» di quello – che in *Persone giuridiche* l'autore individuerà quale abitudine («di solito») ⁸³ da criticare – qui sembra compiersi per sua mano. Di sicuro si arriva ad affermare che «il *populus Romanus* si identificava (almeno nella tradizione repubblicana) con lo 'Stato romano'»⁸⁴. Tale modo di procedere colpisce (e sorprende) chi abbia ascoltato lezioni di un Orestano ormai prossimo a concludere la ricerca sulle persone giuridiche, che sarebbe sfociata nella monografia sul tema, e ne ricordi la cura con cui evitava, e ammoniva di evitare, l'uso della categoria moderna «Stato» con la sua astrazione estranea all'esperienza romana⁸⁵.

Per la verità, in linea con la tesi di fondo che gli si conosce, già esclude il poter parlare per il *populus Romanus* di «persona giuridica», di «personalità giuridica»⁸⁶. E già sottolinea che nessuna delle formulazioni in cui compaia *populus* «implicava mai una contrapposizione fra i cittadini e l'organizzazione, fra i cittadini e l'ordinamento, fra i cittadini e lo 'Stato'» (si notino le virgolette al sostantivo) e afferma la totale assenza in esse del «moderno concetto di 'appartenenza' del cittadino allo Stato». Però ne conclude – in antitesi con quella sua impostazione – che «il *populus Romanus* non si distingue dallo *Stato Romano*, è un tutt'uno con esso, è esso medesimo lo *Stato Romano*»⁸⁷ (corsivo mio). E anche se l'affermazione viene subito precisata connotandolo «come collettività dei *cives Romani*»⁸⁸, non credo che essa – salvo questa proposizione conclusiva – potrebbe trovare spazio nella più tarda monografia *Persone giuridiche*.

Peraltro, nonostante le varie espressioni statualistiche (sia come sostantivo sia come qualificazioni)⁸⁹ in cui questo risalente volume risulta invischiato, va riconosciuto che nell'enunciare programmaticamente il primo profilo di analisi – considerare «l'ordinamento giuridico in se stesso, come centro di riferimento di diritti e di obblighi» – è sul *populus Romanus* che l'autore si concentra: «Tratteremo quindi anzitutto del *populus Romanus*»⁹⁰. E subito dopo è a «Il *populus Romanus*», non certo allo Stato romano, che intitola il capitolo III⁹¹.

L'analisi stratigrafica operata in *Persone giuridiche* sui testi romani non solo giuridici e sulle dottrine succedutesi in tema porta a un approfondimento che ancora in *Fondazioni* non si era potuto compiere. Si pensi solo all'allargamento di visuale, dal *populus* al *princeps* al *dominus* dell'impero assoluto⁹², che dimostra come il primo non sia «nel quadro della organizzazione generale, l'unico centro di riferimento di relazioni giuridiche attra-

⁸² In una sorta di slittamento concettuale da «*populus Romanus*» si passa a parlare di «Stato romano». Esemplicamente, proprio all'inizio del capitolo III, intitolato al *Populus*, cfr. *Fondazioni*, cit., p. 27 e 28 [24 e 25].

⁸³ *Persone giuridiche*, cit., p. 185.

⁸⁴ Pur usando le virgolette: ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. 26 [24].

⁸⁵ E in effetti cfr. ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 214, sul «*populus Romanus*, inteso come «una realtà concreta e vivente» da «i Romani della Repubblica» e che «non aveva ai loro occhi necessità di ulteriori determinazioni»: «neppure in [...] costruzioni dottrinarie il *populus* appare ancora un'astrazione». Diversamente, ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. 31 [26]: nella analisi di espressioni nelle fonti, diverse a seconda di epoche e contesti, ove si considerino «di maggiore antichità» espressioni come «*Quirites*» e «*cives*» «si potrebbe stabilire una certa linea di evoluzione per cui dall'indicazione dell'intera collettività» tramite «enunciazione in concreto dei suoi membri, si passa al collettivo e astratto *populus*» (cfr. ivi, p. 32 [26], «collettività di *cives* che con termine astratto viene qualificata *populus*»). Sulla questione delle astrazioni cui l'esperienza giuridica romana giungerebbe occorre un approfondimento che qui non è possibile tentare. Mi limito ad indicare la presenza di qualche cenno in merito per i temi ivi trattati: *Fondazioni*, cit., in particolare p. 138, 141, 161, 163 s. [61, 62, 68 s., 69 s.].

⁸⁶ *Fondazioni*, cit., p. 26-63 [24-36] e *passim*, con indicazione di quanti hanno pensato diversamente e da cui si prendono subito le distanze («tali affermazioni [...] non ci illuminano affatto sulle reali concezioni che i Romani ebbero in materia»: ivi, p. 26 s. [24]). «Parlare quindi, come si suol fare, di una personalità giuridica del *populus Romanus* non solo è espressione che non ci dice nulla circa quanto ne pensavano realmente i Romani, ma pure è espressione vaga ed equivoca se non si precisa a quale sfera ci si intende riferire: alla pubblica, alla privata o ad entrambe» (ivi, p. 29 [25]).

⁸⁷ Ivi, p. 31 [26].

⁸⁸ *Ibidem*: «inteso precisamente come [...]» tiene a dire.

⁸⁹ Ancora qualche esempio. *Fondazioni*, cit., p. 31 [26]: «si desume da testimonianze riferite ad età più arcaica» che la formula «*Populus Romanus Quiritium*» «designava nei titoli ufficiali lo Stato». Ivi, p. 60 [35], quando richiama il sorgere della figura del *iscus*: «in cui l'attività patrimoniale dello Stato viene ad avere un fulcro distinto di subiettività»; «per il quale lo Stato e il cittadino si troveranno l'uno di fronte all'altro come due persone private». Ivi, p. 85 [43], a proposito di una disposizione delle XII Tavole menzionata da Gaio: «aveva lo scopo di garantire lo Stato che [...]». Ivi, p. 158 [68]: «ordinamento corporativo *statualizzato* del basso impero». Ivi, p. 161 [68 s.]: «attività esercitata dallo Stato», «ordinamento *statuale*». Di conseguenza un uso del termine senza apparenti cautele anche nella «Appendice»: cfr. p. X [111], «lo *stato romano*» (corsivo mio).

⁹⁰ Ivi, p. 24 [23 s.].

⁹¹ Ivi, p. 26 [24].

⁹² ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 204-232 e 262-283. In ORESTANO, *Fondazioni*, cit., p. 27 [24], se ne parla, ma come di un aspetto di cui «bisognerebbe tener conto» rispetto all'«elemento 'volontà'»: «in riferimento alle varie epoche della storia costituzionale di Roma, dalle origini al principato, dal principato all'impero assoluto, fino alla struttura teocratica giustiniana».

verso lo svolgimento storico dell'esperienza romana», ma che al suo posto si trovino poi «altri centri di imputazione» che «assorbiranno quelle che prima facevano capo ad esso»⁹³. La consapevolezza che se ne ricava spiega come Orestano sia divenuto ben più avvertito rispetto a un uso del termine «Stato» fosse pure di comodo – «la questione non è solo di parole e neppure di mera classificazione»⁹⁴ – e possa così formulare in proposito un diniego definitivo, segnalando i pericoli di fraintendimento per i presupposti che implica⁹⁵.

La posizione di messa in guardia da lui assunta ha avuto per lo più successo. Ormai sembra dato acquisito: ancora una volta, potrebbe apparire addirittura ovvio. Siamo tutti disposti (mi pare) a riconoscere che di uno «Stato romano» non si dovrebbe a rigori parlare. Siamo pure pronti a dire che l'uso può essere solo convenzionale, al fine di intendersi: solo in quanto si dovrebbe altrimenti ricorrere ogni volta a un giro di parole per dire in sostanza la stessa cosa. Ma, e proprio nella sostanza, non è mai – mai! – la stessa cosa. E ogni volta che ricadiamo, sia pure per comodo, in quell'espressione, perdiamo nel nostro lavoro, e facciamo perdere a chi ci legge, studenti o colleghi che siano, un connotato fondamentale della realtà antica.

Orestano purtroppo non ha lasciato la «ricetta» per un dialogo con gli altri giuristi come egli conduceva (si pensi solo, esemplificativamente, al modo in cui Salvatore Satta mette a frutto il suo lavoro)⁹⁶.

In pochi ci sono riusciti, ma di quel dialogo avvertiamo nostalgia, quanti ci riconosciamo in lui. Ci ingegniamo come possiamo. Non funziona. Gli *altri* (e non solo giuspositivisti, ma perfino storici del diritto)⁹⁷ si disinteressano per lo più della ricerca romanistica, quand'anche non la attacchino ferocemente come qualcosa da eliminare nei corsi di giurisprudenza⁹⁸.

E allora la tentazione (al di là del chiamare in causa il «destino cinico e baro»)⁹⁹ è imputarlo a un presente che vuole disfarsi della storia come di un bagaglio troppo pesante: il che, pure, è vero.

E infine ce la prendiamo con i giuristi-giuristi in quanto tali: che non ci leggono, che non ci ascoltano. Ma noi romanisti ci occupiamo dei problemi che li occupano e li preoccupano?

Forse manca quello che Orestano dice di se stesso e della sua opera, come di «un romanista che *si è dovuto* occupare di diritto moderno» [corsivo mio]¹⁰⁰. E' anche questa urgenza da lui avvertita che ha catturato l'attenzione de *gli altri*¹⁰¹.

Maria Campolunghi

⁹³) ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 192.

⁹⁴) ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 191.

⁹⁵) ORESTANO, *Persone giuridiche*, cit., p. 185 ss., con densa discussione e dimostrazione tramite le fonti della inapplicabilità della nozione. Cfr. p. 188: «la portata della nozione di 'Stato' è [...] storicamente condizionata e quindi non è generalizzabile *ad libitum*»: «la storia non conosce uno 'Stato antico' e uno 'Stato moderno', ma solo lo 'Stato moderno'»

⁹⁶) Qui, fra altri lavori da richiamare, mi limito a segnalare quanto scrive in un saggio del 1958, raccolto in S. SATTÀ, *Il formalismo nel processo*, Milano, 1994, p. 81-110 a proposito di concetti «ai quali abbiamo affidato il nostro destino» e invece «la storia può [...] aiutarci a dileguare i fantasmi, che trattiamo, magari da secoli, come realtà»: «questo pensiero» gli viene non da esperienze dirette per cui manca di competenze, ma «dalla meditazione di alcune indagini» di Orestano, di cui questi gli «ha fatto parte nel corso di preziosi colloqui» (p. 97) e i cui risultati si sofferma a illustrare (ivi, p. 97-100).

⁹⁷) Menzioni in proposito sarebbero mortificanti: più che per la disciplina criticata, debbo dire, per il tono di alcuni critici la cui asprezza desta sconcerto.

⁹⁸) E tra i sostenitori talvolta le motivazioni sono talmente legate a una vecchia visione del diritto romano in chiave strumentale (la «prima grammatica del diritto» e via dicendo) da non potersi condividere.

⁹⁹) Ricorrendo a un motto entrato nei nostri modi di dire anche se usato nella specifica occasione della sconfitta elettorale del 1953 da Giuseppe Saragat.

¹⁰⁰) ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone*, cit., p. 7.

¹⁰¹) In un senso assai simile, per illustrare il successo di Orestano «fra i cultori del diritto positivo», l'alto elogio che gli rivolge chi pure è fra i detrattori della romanistica attuale: P. GROSSI, *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, in «Quaderni Fiorentini», XXXIX, 2010, p. 919 ss. (intervento nell'incontro organizzato dalla Accademia dei Lincei per commemorare il centenario della nascita). Alle sollecitazioni orestaniane, «il giurista», «destinatario privilegiato», «ovviamente ha risposto e corrisposto, leggendo[ne] avidamente le pagine [...] che parlavano il suo stesso linguaggio, che erano state scritte per lui, che lo richiamavano a un salutare esame di coscienza» e che «potevano, dovevano essere per lui quasi una sorta di breviario» (p. 924).

Il problema delle fondazioni in diritto romano (*)

I. Premesse

1. Dedicheremo il corso di quest'anno (e forse la parte speciale di quello dell'anno prossimo) all'esame di alcuni aspetti del problema delle «persone giuridiche» e in particolare dello cosiddette «fondazioni» in diritto romano.

Si tratta di argomento estremamente arduo, perché in esso si trovano impegnati e implicati molti dei più fondamentali problemi della nostra tradizione giuridica e della scienza che vi è connessa.

In nessun campo meglio che in questo vediamo operare, in un gioco continuo di azioni e reazioni, elementi diversi formati da un lato da quelli che potremmo chiamare gli elementi di fatto di una realtà concreta in perenne movimento (costituita dall'attività di uomini, da beni materiali, dalle finalità e dagli interessi che volta a volta questi uomini perseguono); da un altro lato dalle diverse norme e dalla diversa tutela che man mano consentono quest'attività, che disciplinano questi beni e che proteggono queste finalità e questi interessi; da un altro lato ancora dai modi in cui variamente vengono, ad opera della scienza, considerati, presentati, concettualizzati e diretti quest'attività, questi beni, queste finalità, questi interessi, questa disciplina, questa tutela.

La molteplicità di tali elementi (reali, normativi e speculativi) e il loro continuo movimento rendono necessaria una gran cautela nel non confondere i vari elementi fra loro e nel non compiere (almeno inconsciamente) arbitrarie sovrapposizioni e contaminazioni fra elementi di diversa età, origine, funzione, non ultimi quelli derivanti dalle concezioni di chi ne opera lo studio, specialmente se questo si rivolge alla ricostruzione di un'esperienza passata, come quella romana.

Lo studio di questa materia ha infatti visto, anche sul piano storico, una frequente proiezione di concezioni posteriori: sicché i dati storici sono stati volta volta piegati al servizio di particolari «interpretazioni» funzionalmente connesse a concezioni e soluzioni che non erano quelle dell'età presa in considerazione, bensì proprie dell'età e dell'indirizzo del singolo studioso.

*) Si ringrazia l'editore Giappichelli, ed in particolare il dottor Giorgio Lavalle, per aver consentito alla pubblicazione dell'opera, stampata nel 1959. Il volume, che ha come sottotitolo «Appunti dalle lezioni tenute nell'Università di Genova. Parte prima», reca (p. III) la seguente premessa, datata «Genova, giugno 1958» e firmata «R.O.»: «Il testo che segue riproduce, in alcuni capitoli per linee sommarie, in altri con qualche approfondimento, parte delle lezioni tenute per il corso di diritto romano nell'Università di Genova durante l'anno accademico 1957-1958. Esso è destinato esclusivamente agli studenti, come appunti per la preparazione d'esame. In un successivo volume saranno raccolte le altre lezioni, già tenute, sul Fisco e sui 'lasciti', nonché le lezioni del corso 1958-1959 sulle cosiddette *Piae causae*. Ringrazio la Dott. Franca De Marini Avonzo per l'*Appendice* (che fa parte anch'essa del programma d'esame) e con lei anche il Dott. Luigi Raggi per la collaborazione prestatami nella raccolta di parte del materiale e nel riordinamento degli appunti di alcuni capitoli». In questa ristampa, alla cui cura ha in particolare contribuito la dottoressa Alessia Spina, si sono rispettate, pur completandone le indicazioni bibliografiche ove occorresse, le modalità di citazione della bibliografia, inserita nel testo e non in nota, proprie dell'edizione originale, concepita quale dispensa destinata agli studenti, e si è soltanto provveduto a rendere omogenei i criteri di citazione delle fonti seguendo, in linea di massima, i parametri editoriali di questa rivista (F.Z.).

2. La letteratura intorno alle persone giuridiche nel diritto romano è immensa, tenuto conto che anche gli studi che non si prefiggono compiti specificamente storici si rifanno spessissimo, per qualche verso, al diritto romano e alla sua storia. Qui ci limitiamo a ricordare alcune opere in cui si potranno trovare ampie indicazioni bibliografiche, sufficienti ad un primo orientamento:

- F. FERRARA, *Teoria della persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, p. V ss. (cfr. anche *Le persone giuridiche*², Torino 1956, p. 1 nota).
- L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person*, München, 1933, *passim*.
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1942, p. 72 nt. 1, p. 73 nt. 2 e p. 76 nt. 14.
- B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, *passim*.
- F. DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo nel mondo romano. Dai collegi della Repubblica alle corporazioni del basso impero*, Napoli, 1955, *passim*.
- R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations (à propos de quelques études récentes)* in «T.», XXIV, 1956, p. 381 ss.

La bibliografia specifica sui singoli punti che saranno toccati nel corso verrà invece richiamata mano a mano che si renderà necessario riferirsi ai vari autori.

3. Abbiamo già accennato che le varie ricostruzioni storiche sono state influenzate dalle concezioni proprie del tempo in cui esse venivano compiute. A tal riguardo bisogna tener conto che dalla metà del secolo XVIII in avanti la scienza giuridica era venuta ponendo al centro dei propri dibattiti e dei propri interessi la categoria dei diritti soggettivi. Era intorno a questa figura che veniva fatto ruotare l'intero sistema giuridico; era alla sua stregua che tutta la fenomenologia giuridica veniva presa in considerazione. Si tratta di un processo generale di revisione che portò a riprospettare – anche in sede storica – tutti i problemi in relazione a quella coordinata fondamentale. Venivano assunte come tipiche quelle situazioni che fanno capo alla persona fisica, quale titolare per eccellenza dei diritti soggettivi. Tutte le altre situazioni e fattispecie, in cui non era possibile l'imputazione alla persona fisica e ai suoi diritti, venivano analizzate con una costante preoccupazione: quella cioè di assimilare, per quanto è possibile, tali situazioni ad analoghe che facessero capo a persone fisiche.

E' appunto nella teoria dei diritti soggettivi che ad un certo momento si è voluto trovare la chiave per qualificare giuridicamente le situazioni che non fanno centro nella persona fisica. L'esperienza giuridica, infatti, oltre all'attività dell'uomo come persona singola conosce anche quella di gruppi d'individui considerati nel loro assieme, nella risultante della comune attività, e quella che si svolge attorno o in relazione ad un determinato patrimonio che non fa capo a persone singole. Volendo costruire l'intero sistema giuridico attorno alla persona fisica od alla sua attività, allorché si prendano in considerazione le due indicate situazioni, sorge la difficoltà di spiegare come si possa passare dalla considerazione dell'attività dell'individuo a quella di collettività di individui o a quella di enti immateriali (che non fanno cioè direttamente capo, per esistere o per svolgere la loro funzione, a persone fisiche).

Se soggetto di diritto, se titolare dei diritti soggettivi è l'individuo, a quale titolo si sarebbe potuto riconoscere la soggettività giuridica a qualcosa di diverso dall'individuo?

Il problema non era nuovo, poiché nuovi non erano i fenomeni di entità operanti nel mondo del diritto ma irriducibili alla persona fisica. Il problema della posizione giuridica degli enti immateriali non nasce cioè col porsi del problema del loro inquadramento sistematico.

Quando i Romani affrontavano i problemi giuridici inerenti ai *municipia*, ai *collegia*, al fisco, alle *societates publicanorum*, alle cosiddette *piae causae* etc., non disponevano di quel concetto di personalità giuridica, comune alle persone fisiche e agli enti immateriali, che permette al giurista moderno la più ampia libertà di movimento. La creazione d'una tale nozione astratta di personalità a noi oggi familiarissima, anche se tuttora oggetto di ampie e divergenti discussioni, è frutto di un lunghissimo e faticoso processo in cui si riflette, si può ben dire, tutta la storia del diritto medievale e moderno.

I glossatori sottolinearono la distinzione tra l'*universitas* e i suoi singoli membri: '*est universitatis*

non est singulorum?. Ma non riuscirono a considerare l'*universitas* stessa come un'entità astratta, scindibile dal complesso delle persone fisiche che la compongono: '*universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt*'. E' solo sulla base dell'esperienza canonistica che si giunge a porre, accanto a quella fisica, una seconda specie di persona. E si pone il problema della natura di questo genere di persone. Sinibaldo Fieschi, il futuro Papa Innocenzo IV, formula la teoria secondo cui si tratta di enti astratti: *personae fictae*. E di *persona ficta* o *repraesentata* parlano i post-glossatori, senza peraltro giungere a unificare le due categorie sotto l'unico concetto di persona, reale o astratta. «*Universitas*», dice Bartolo, «*proprie non est persona, tamen hoc est fictum pro vero, sicut possumus nos juristae*». Ancora più esplicitamente Baldo parla di una «*imago quaedam, quae magis intellectu quam sensu percipitur: in iure tantum et intellectu consistit*». Ancora nel XVIII secolo, quando Pufendorf parla di persone morali, intende solo le persone fisiche considerate in relazione al loro stato morale.

La teoria unitaria della personalità giuridica è dunque propriamente moderna. L'Heise agli inizi del XIX secolo è il primo ad impiegare, nel significato a noi oggi usuale, il termine «persona giuridica» per ricomprendere sotto un unico concetto due categorie di soggetti di diritto, le *universitates personarum* e le *universitates rerum* contrapposte alla persona fisica. E' ancora solo un formula, cui ben presto il Savigny saprà dare, però, un preciso contenuto.

Savigny è il perfezionatore del sistema costruito sulla teoria dei diritti soggettivi. Ed è anche il giurista che muovendo da tali premesse riesce ad indirizzare verso nuove prospettive il problema della personalità giuridica non facente capo ad individui singoli. Savigny infatti muove dall'affermazione consueta dell'uomo come unico soggetto di diritti, perché solo l'uomo è dotato delle possibilità e capacità naturali che permettono la realizzazione di quei fini in vista dei quali sono istituiti i diritti soggettivi. Aggiungo però che il legislatore può fingere che entità diverse dall'individuo (siano esse a base personale o a base patrimoniale) vengano a quello equiparate. Si può allora veramente costruire l'intero sistema giuridico in funzione dell'individuo e dei suoi diritti, poiché all'individuo si sono assimilate, per finzione, le figure astratte.

Pressoché contemporaneamente alla «teoria della finzione» si diffonde l'opposta «teoria della realtà» della persona giuridica. Ricollegandosi a premesse sociologiche, si considera l'individuo nel suo concreto operare, nella sua inserzione in serie diverse di organizzazioni e gruppi sociali. L'ente collettivo, perciò, non appare più come un'astrazione di fronte all'unica realtà costituita dalla persona fisica: il gruppo sociale – si dice – è una precisa realtà nel mondo delle relazioni umane, al pari e forse più degli individui isolatamente considerati. A maggior ragione, dunque, l'ente collettivo non sarebbe assimilabile, seppur per convenzione normativa, alla persona individuale. L'ente collettivo esisterebbe indipendentemente da ogni atteggiamento del legislatore, della norma giuridica, verso di lui. Esisterebbe indipendentemente da ogni riconoscimento, quel riconoscimento che invece, per chi considera l'individuo come sola realtà sociale, sarebbe costitutivo dell'esistenza di entità che persone fisiche non siano. L'intervento del diritto o, se si preferisce, del legislatore, non farebbe che riconoscere, anche sul terreno giuridico, l'esistenza di un dato della realtà sociale.

Ad un determinato momento, tra queste due teorie s'inserì una teoria intermedia, che pur muovendo dalle discussioni ottocentesche sulla persona giuridica, rispecchia una problematica assai più ampia: la teoria dell'istituzione (Hauriou, Renard, Santi Romano). Si mette in luce, specialmente dal Santi Romano, che l'ordinamento giuridico statale non preclude l'esistenza di altri ordinamenti giuridici, entro e fuori di esso. Non solo coesistono diversi ordinamenti statuali, ma, oltre ad essi, o meglio entro, sopra o prescindendo da essi, esistono innumerevoli altri ordinamenti giuridici. Di qui il problema dei rapporti tra ordinamenti primari o necessari e ordinamenti secondari. Di qui, inoltre, il problema della sindacabilità, tra ordinamento ed ordinamento, della rispettiva giuridicità. Infatti la giuridicità dei singoli ordinamenti è, di per sé, insindacabile da altri ordinamenti. Ma ciascun ordinamento pone le condizioni per riconoscere, rispetto a se stesso, altri ordinamenti giuridici. Ciò vale in particolar modo rispetto all'ordinamento necessario per eccellenza, quello statale: ne deriva che gli enti collettivi di cui s'è parlato, pur avendo indubbia esistenza sul piano di una considerazione sociologica, necessitano del riconoscimento statale per poter produrre, nell'ambito di quell'ordina-

mento, determinati effetti. Il riconoscimento della persona giuridica non è dunque una finzione, ma esprime, per così dire, la presa di coscienza della loro esistenza da parte dell'ordinamento statale. In tal modo acquista nuovo credito la teoria della finzione, dando però al riconoscimento statale non già il significato di creazione di qualcosa di fittizio, bensì quello di riconoscimento – al fine di conseguire determinati fini – di qualcosa che però preesiste al riconoscimento stesso.

4. Man mano che nel corso dell' '800 e del '900 si venivano elaborando queste teorie, si veniva anche sviluppando e svolgendo l'indagine storica, col risultato, dapprima, di volere ad ogni costo trovare nei testi romani il punto d'appoggio, la conferma o l'origine delle teorie stesse.

A un certo punto però, quando per una maggiore sensibilità storica tutto questo si rivelò, almeno in gran parte, impossibile, si cadde in un eccesso opposto: cioè si finì per negare – da molti – che il diritto romano avesse conosciuto una teoria della persona giuridica e addirittura che avesse conosciuto le cosiddette fondazioni (cfr. ad esempio BONFANTE, *Istituzioni*, § 20: «L'istituto schietto della fondazione odierna – patrimonio destinato a uno scopo – non è ancora spuntato»). Il che è insieme vero e falso: vero, se con ciò si vuole dire che i Romani non conobbero la teoria «moderna» della persona giuridica o della fondazione; falso, se si vuol dire che non diedero loro proprie soluzioni a quei problemi che nella nostra esperienza concettualizziamo e risolviamo con lo schema della persona giuridica.

In questo senso appaiono sterili tutti i tentativi che sono stati fatti per controbattere le tesi negative, soprattutto quei tentativi che mirano alla scoperta di un principio unitario che avrebbe ispirato e regolato questa complessa materia.

Nella gran varietà di costruzioni moderne e ricostruzioni storiche spesso affiora, infatti, un tratto comune: e cioè lo sforzo di arrivare a costruire volta a volta un qualche concetto unitario il quale permette di sussumere ogni possibile figura di «persona giuridica». Una siffatta tendenza diventa tanto più rilevante quanto più si accentua il dommatismo e quindi non solo è stato un tratto caratteristico della Pandettistica e dei suoi ulteriori svolgimenti, ma pure la determina un'aspettativa mentale che sembra ormai imprescindibile nel nostro pensiero giuridico: e cioè che quale che sia il modo – anche in sede storica – di risolvere il problema delle persone giuridiche che la soluzione debba necessariamente ricercarsi o fondarsi su un concetto unitario.

5. Le difficoltà in cui si dibatte la moderna romanistica e che le impediscono di arrivare ad una soluzione del problema storico dipendono soprattutto dal modo in cui il problema viene considerato ed impostato.

Così ad esempio quando si muove da uno dei concetti moderni di persona giuridica o di fondazione e si vuole poi controllare se il diritto romano conoscesse o meno tale concetto, si dà al problema storico un'impostazione che non comporta – già in partenza – altro che una soluzione negativa, la quale – si badi bene – solo in apparenza è una soluzione, perché essa vale unicamente ad escludere, in sede comparativa, che il concetto moderno trovi rispondenza nei dati della realtà storica passata, ma non ci permette di conoscere null'altro intorno a tale realtà.

Il paralogismo è reso ancora più grave dal fatto che la dottrina moderna ha accertato, ormai in maniera indubbia, che il concetto moderno di «persona giuridica» ha le sue radici nel pensiero medievale, sicché ogni tentativo di anticipare all'età romana resta escluso per definizione.

E' quando ci si trova di fronte a questioni del genere che prende rilievo, in tutta la sua importanza, il problema della scelta dei concetti da impiegare nella ricostruzione storica, concetti che saranno pur sempre nostre creazioni, ma che debbono essere idonei a subsumere i dati a cui vogliamo applicarli e che per ciò stesso non possono essere quelli costruiti su di una diversa e più moderna esperienza, a pena di risultati che già in partenza sono destinati ad esser falsi o inadeguati.

Mi si passi un paragone un po' banale, ma forse efficace: la domanda se i Romani avessero co-

nosciuto ciò che noi modernamente intendiamo per fondazione fa il paio col chiedersi se i Romani avessero conosciuto l'automobile.

La risposta ad una domanda del genere sarebbe così ovvia, che sul piano storico non si saprebbe trarne un significato apprezzabile. Che se poi la domanda fosse determinata dal proposito – questo non privo di valore per la conoscenza storica – di sapere se e come i Romani risolvessero il problema dei loro trasporti e dei loro viaggi, la risposta negativa cui perverremmo chiedendoci se essi avessero avuto l'automobile non ci farebbe compiere un sol passo sulle vie di quella conoscenza, per la cattiva formulazione data al nostro interrogativo. Per conseguire un risposta apprezzabile avremmo dovuto far ricorso ad un concetto che permetta di cogliere nei dati della tecnica romana quegli elementi che assolvevano una funzione analoga all'automobile nel mondo moderno, cioè ad esempio al concetto di *mezzo di trasporto* oppure a quello di *veicolo*. Solo ponendoci la domanda in questi termini noi potremmo ottenere una risposta individuante la realtà storica che vorremmo conoscere.

La stessa cosa può dirsi per la *fondazione*. Sino a che noi ci porremo la domanda se i Romani hanno conosciuto quest'istituto per così come lo conosciamo nel presente, non potremo mai ottenere una risposta storicamente valida.

Perché questo avvenga occorre che i dati delle fonti possano essere riferiti a schemi concettuali, i quali da un lato non operino una distorsione dei dati stessi e dall'altro permettano un confronto con gli elementi della nostra esperienza: solo così facendo saremo in grado di accertare in concreto che cosa abbiano realizzato i Romani per il soddisfacimento delle loro esigenze pratiche e se queste realizzazioni siano oppur no assimilabili a ciò che noi nel mondo moderno risolviamo mediante gli schemi della persona giuridica a tipo fondazione.

Ora a me sembra che il concetto più idoneo per compiere una siffatta esplorazione sia quello di «centro di riferimento di diritti o di obblighi», elaborato da talune correnti della moderna pubblicistica nell'approfondimento degli studi sulla personalità giuridica, ma per la sua anodinità non legato strettamente ai dati di una esperienza particolare.

Questo concetto, applicato ai dati della tradizione romana, non sembra possa svolgere una notevole funzione euristica ed ordinante. Esso permette una migliore classificazione dei dati stessi, permettendo di separare: a) casi in cui la destinazione dei beni ad uno scopo veniva realizzata senza porre in essere un tale centro; b) casi in cui la destinazione veniva realizzata riferendo i diritti sui beni ad un «centro» avente a base un'organizzazione di persone; c) casi in cui la destinazione veniva assicurata attraverso un'organizzazione *giuridica* dei beni in questione ed era tale organizzazione che veniva considerata come «centro di riferimento» dei diritti sui beni stessi.

Che da un punto di vista funzionale – in tutti questi casi – si riuscisse a realizzare finalità analoghe a quelle che nel mondo moderno noi in genere attuiamo mediante le fondazioni, può anche essere vero; ma l'accertamento di ciò ha solo un rilievo estrinseco, perché da un punto di vista *giuridico* le tre categorie non solo non sono assimilabili fra loro, ma neppure confrontabili, in blocco, con quelle che sono le fondazioni in senso moderno.

E' infatti solo nei casi che rientrano nella terza categoria che ci troviamo in presenza di una soluzione che presenta qualche analogia con la moderna fondazione, in cui la titolarità dei diritti sui beni è considerata come spettante ad un «soggetto» autonomo (anche se poi è ancora estremamente discusso in che cosa consista o come si debba concepire questo «soggetto»: i beni stessi o lo scopo personificati, la collettività dei beneficiari, una combinazione di interessi umani protetti, un'amministrazione con uno scopo, una mera forma giuridica o via dicendo).

Insistiamo sul fatto che si tratta di semplice analogia, perché anche rispetto ai casi delle fonti romane che possono esser fatti rientrare nella terza categoria non si ha mai identità con la moderna fondazione: e invero accanto ad elementi volta a volta coincidenti, ve ne sono di profondamente diversi, che non possono e non devono essere pretermessi o minimizzati, perché costituiscono i tratti differenziali delle soluzioni antiche dalle moderne.

La soluzione moderna presuppone e implica – anche per le fondazioni – il concetto di «persona giuridica»: è una concezione che nell'insieme appare sempre dominata da questo schema che

potremmo dire «antropomorfo» e che finisce per condizionare, anche per l'impiego stesso della parola «persona» la formazione e l'orientamento del nostro pensiero. Essa parte dall'uomo come «soggetto di diritto» e procedendo da questo dato fondamentale *estende* la capacità di essere soggetto di diritto a «entità» diverse dall'uomo, siano poi queste da considerarsi come entità reali o astratte, concrete o fittizie, esistenti indipendentemente dal riconoscimento di un ordinamento giuridico positivo oppure no.

Taluno ha voluto vedere in questo bisogno di antropomorfizzare una tendenza insita nella natura umana (cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, § 49 nt. 6 [trad. it., I, p. 149]): «le così dette persone giuridiche sono non-persone, concepite in modo personale: il venir esse concepite come persone ha la sua base nella sovrana tendenza insita nella natura umana, che il diritto sfrutta per sé, non già sopra una prescrizione del diritto: per questo riguardo esse possono persino ascrivere alle persone naturali»).

Il meccanismo concettuale o psicologico di questo processo di antropomorfizzazione lo si coglie assai bene nell'esposizione che ha creduto doverne fare uno dei nostri più acuti romanisti, il PEROZZI (*Istituzioni di diritto romano*², I, p. 565). Riteniamo utile riportare testualmente il brano, perché esso mostra quanto sia radicato nella nostra tradizione questo modo di considerare le cose:

«Essendo l'ordinamento legale norma della condotta umana, non possiamo riferirlo ad altri che all'uomo e il riferimento non può dare di necessità per risultato che condizioni e di riflesso diritti e doveri umani. Ne viene che dove sia necessario di riferirlo invece ad un subbietto diverso dall'uomo, per tramutarlo in diritti e doveri di questo subbietto, si è costretti a concepire il subbietto stesso antropomorficamente, ossia a dargli gli attributi essenziali dell'uomo che sono l'intelligenza e la volontà. Noi ora diamo il nome di «personificazione giuridica» al processo che consiste nel riferire l'ordinamento legale ad un ente antropomorfo: mentre riserviamo il nome antico di «persona giuridica» all'ente antropomorfo, rispetto al quale compiamo la personificazione, riuscendo così a farne un subbietto di relazioni giuridiche al pari dell'uomo».

«L'abitudine e l'utilità di convertire l'ordinamento legale obbiettivo in diritti subbiettivi e in corrispondenti doveri costringe il pensiero a ricorrere a concezioni antropomorfe come termine di riferimento dell'ordinamento stesso, quante volte non gli riesca di convertirlo così, riferendolo ad uomini. Di qui un numero infinito di persone giuridiche. Limitandoci a parlare delle persone giuridiche in quanto subbiettivi possibili di relazioni giuridiche private, scende già da quanto abbiamo detto sulla genesi mentale loro che, se sono tutte uguali per il loro comune carattere antropomorfo, non possono che essere disuguali circa alla loro capacità di diritti e di doveri. L'ordinamento legale è ordinariamente tale da indurre a riferirsi a diverse persone giuridiche per parti variissime di estensione e di natura. Varia cioè di necessità, per esprimermi brevemente, il grado di personificazione giuridica. Noi possiamo concepire una persona giuridica tanto per attribuirle una sola delle situazioni giuridiche in che può trovarsi un uomo, come per attribuirgliene più oppure tutte. Quando tutte le situazioni giuridiche in cui può stare un uomo siano attribuite ad una persona giuridica allora si è raggiunto l'apice della personificazione. Ma sarebbe erroneo il dire che in questo solo caso si abbia una persona giuridica; non abbiamo invece che un grado più intenso di personificazione».

E' però evidente che noi non potremo muovere da una siffatta concezione, di cui non vogliamo discutere la fondatezza o meno per il diritto moderno. La sua mira è palese: unificare sotto un unico denominatore tutte le situazioni pensabili. Se così facessimo, finiremmo col proiettare sull'esperienza giuridica romana un'esigenza nostra (più o meno fondata) e in tal modo rischieremo di perdere ciò che costituisce il *proprium* di quell'esperienza.

Pertanto, nel nostro corso, non ci preoccuperemo di vedere se i Romani conobbero o meno ciò che modernamente chiamiamo «persona giuridica». Il nostro problema sarà invece stabilire quali sono state le soluzioni romane al problema degli enti irriducibili alla persona fisica, senza lasciarci vincere dalla tentazione di unificare sotto categorie predeterminate la molteplicità eterogenea dei dati storici.

Se questa cautela è opportuna in ogni indagine storica, a maggior ragione essa è necessaria nello studio dell'esperienza giuridica romana, la cui caratteristica è appunto quella di risolvere i problemi non già deducendo le soluzioni da principii unitari astratti, bensì sul piano empirico e casistico. Il che peraltro non significa che non si fossero già formati nel diritto romano alcuni principii generali: tali principii esistevano, ma in quanto costruiti su un certo numero di situazioni e per regolare le stesse, non già per essere estesi a tutte le possibili situazioni in qualche modo similari. Non dobbiamo cioè conferire a quei principii una base più larga – o addirittura astratta – di quanto non avessero, né dob-

biamo trascurare le testimonianze su quelle situazioni che non si conciliano con quei principii.

Occorre infatti subito precisare che nel diritto romano i principii generali in tema di enti irriducibili alla sola persona fisica sono costruiti in base a situazioni e fenomeni di tipo corporativo, cioè a base personale. Invece nessun principio generale è dato di ritrovare riguardo a quelle situazioni a carattere essenzialmente patrimoniale che in età moderna si comprendono sotto il nome di fondazioni o che anche noi per ragioni di comodità espressiva potremo continuare a chiamare convenzionalmente «fondazioni» (e sempre sotto l'esplicita riserva che impiegando questo termine rispetto al diritto romano non intendiamo affatto identificare le situazioni o le soluzioni antiche con quelle moderne).

Questa mancanza di principii generali riferibili alle «fondazioni» può determinare tre ordini di errori:

- il credere che non esistessero le «fondazioni», perché mancavano principii generali che le riguardassero;
- l'estendere alle «fondazioni» i principii generali che erano stati costruiti dai Romani per le situazioni a tipo corporativo;
- l'attribuire valore di principio generale, da far valere per ogni caso di «fondazione», a taluno di quei criteri che noi possiamo desumere dal modo in cui i Romani avevano considerata e disciplinata in concreto, volta a volta, una delle tante possibili situazioni particolari che si presentavano nella loro esperienza giuridica.

Per evitare questi errori cercheremo quindi, più che i principii, le varie soluzioni che i Romani diedero a quei problemi che oggi ricollegiamo ad una situazione che definiamo «fondazione». Le soluzioni romane che ci sarà dato di individuare potranno anche essere completamente diverse da quelle oggi adottate in tema di fondazioni. E in questa ricerca di soluzioni particolari non dobbiamo presupporre necessariamente una loro unificabilità in una categoria generale (persona giuridica - fondazione). Cercheremo invece le diverse manifestazioni di enti astratti irriducibili alla persona fisica, considerandole proprio nella loro specifica individualità. Potremo così evitare anche un altro errore ossia di cercare solo le testimonianze relative a quei fenomeni che noi, oggi, qualifichiamo come fondazioni: il che ci eviterà di trascurare situazioni, diverse dalle attuali, ma che potevano invece essere state tipiche dell'esperienza romana.

II. Sulle situazioni a base «personale» in generale

6. Come si è già accennato, obbiettivo principale del nostro corso sarà l'individuazione e lo studio delle varie soluzioni che i Romani diedero a quei problemi che nell'esperienza moderna vengono ricondotte sotto lo schema *fondazione* e quindi sotto la più generale categoria *persona giuridica*.

Se questo è l'obbiettivo principale del nostro corso, non possiamo tuttavia prescindere da un esame, anche se necessariamente sommario, di quelle situazioni o soluzioni che vennero dai Romani ricondotte a schemi che la dottrina moderna qualifica *corporazioni*.

Questo esame è necessario per diverse ragioni:

1. perché queste situazioni e soluzioni rappresentano indubbiamente lo sforzo maggiore compiuto dall'esperienza giuridica romana per arrivare a risolvere problemi non riconducibili alla persona fisica;
2. perché già questo esame ci permetterà di renderci conto che anche in tema di soluzioni a carattere corporativo l'unità concettuale che spesso si è preteso scorgervi è più apparente che effettiva, in quanto vi sono concezioni diverse che raramente si intrecciano e si succedono nel tempo;
3. perché le situazioni o soluzioni che genericamente possiamo qualificare «fondazioni» spesso si trovano variamente congiunte e connesse a situazioni e soluzioni a carattere corporativo.

Senza questo esame preliminare non potremo quindi affrontare il nostro tema e situarlo esattamente nel quadro della problematica romana

7. L'idea che un insieme di persone fisiche, collegato da un qualche vincolo, costituiscano qualcosa di unitario è probabilmente antichissima e forse solo una falsa prospettiva giusnaturalistica ce la fa apparire come posteriore ad un rilievo primordiale della posizione dell'individuo singolarmente considerato. È il *contrattualismo* alla Rousseau che ci ha abituato a pensare lo svolgimento storico secondo lo schema dall'individuo alla società, dal singolo al collettivo.

In realtà tutte le testimonianze che abbiamo in ordine alla struttura delle società primitive ci presentano, fra i dati più remoti, un particolare rilievo attribuito alle organizzazioni di gruppo rispetto agli individui singoli.

Anche nella tradizione romana noi abbiamo numerose testimonianze al riguardo e tracce che permangono ancora in età storica. *Gentes, familiae*, tribù, gruppi sacerdotali, organizzazioni professionali popolano la tradizione più antica di Roma. La proprietà più antica è proprietà di gruppo. La responsabilità penale è per molto tempo responsabilità di gruppo e, solo lentamente, si individualizza.

Ci affacciamo con ciò a problemi che in questa sede non possono essere neppure sfiorati. Ma forse verrà un giorno in cui si dovrà ammettere che lo svolgimento storico, nella stessa tradizione romana, ha seguito un andamento inverso, cioè dal gruppo all'individuo, come progressivo riconoscimento della libertà e dell'autonomia dell'individuo nei rapporti con gli altri membri delle organizzazioni sociali in cui viveva.

8. Ma in quale misura ci è lecito parlare, di fronte a questi gruppi, di *persone giuridiche*? Se applicassimo la teoria della realtà o la teoria istituzionale potremmo naturalmente dire che ognuno di questi gruppi risponde abbastanza bene al concetto che noi in tal modo ci facciamo della persona giuridica: ognuno di questi gruppi in effetti può essere considerato, in riferimento a queste teorie, come un'entità reale e talune possono addirittura apparirci come veri e propri «ordinamenti giuridici». Il che sarebbe già importante, sul piano storico, poiché ci servirebbe a mettere nel dovuto rilievo i caratteri peculiari di quella struttura sociale primitiva.

Tuttavia questa interpretazione, anche se ci permette di cogliere e descrivere validamente – dal nostro punto di vista – la realtà della situazione storica, resta pur sempre una *nostra* interpretazione, cioè un inquadramento di quella realtà storica entro schemi concettuali nostri. Essa infatti non ci dice nulla sui modi in cui i Romani consideravano quella stessa realtà.

Orbene, il problema che a noi invece qui interessa è proprio questo aspetto: cioè vedere in quali modi, attraverso quali svolgimenti o mediante quali concetti i Romani siano venuti prendendo coscienza di questi centri di riferimento di diritti e di obblighi diversi dalla persona fisica e come siano venuti man mano regolandoli.

Un tale problema difficilmente può essere indagato rispetto ad un'età anteriore a quella in cui sorge uno Stato romano. E ciò non solo per scarsità o mancanza di fonti e di dati, ma pure perché questi elementi, oltre a richiedere già un certo svolgimento di coscienza giuridica, vengono in evidenza soprattutto, potremmo dire, «per contrasto». Occorre cioè l'esistenza di un ordinamento giuridico da prendere come base di partenza, perché attraverso le relazioni con esso risulti più chiara la posizione di altri ordinamenti.

A ciò si aggiunga che a noi qui non interessa il problema in astratto, ma per come esso è stato risolto nell'esperienza giuridica romana, sicché la nostra indagine deve essere necessariamente circoscritta agli schemi giuridici con cui nell'ambito dell'ordinamento romano esso è stato visto e regolato. In altre parole a noi il problema interessa in termini dell'organizzazione interna dell'ordinamento giuridico romano. Il che significa che lasceremo altresì da parte ogni questione circa i rapporti fra l'ordinamento giuridico romano e altri ordinamenti autonomi ed esterni.

9. Il problema che abbiamo impostato nel paragrafo precedente presenta un duplice profilo, a seconda che si venga a considerare l'ordinamento giuridico, in se stesso, come centro di riferimento di

diritti e di obblighi, oppure che si prendano in considerazione gli altri centri di riferimento di diritti e di obblighi operanti in seno all'ordinamento romano.

Il primo profilo è quello che tradizionalmente viene impostato e risolto dicendo che «la più antica persona giuridica romana è lo Stato romano che, come appare dal suo stesso nome – *Populus Romanus Quiritium* – era inteso come un'associazione organizzata di persone, rimanente sempre la stessa, malgrado il mutare dei suoi membri» (così ad esempio PEROZZI, *Istituzioni*, cit., I, p. 568: ma cfr. anche tanti altri, ad esempio BONFANTE, *Istituzioni*⁸, cit., § 19, p. 62: «Lo Stato o il *populus Romanus* era *ab origine* riconosciuto come soggetto di diritti pel suo carattere di ente politico»). Con riferimento a questo primo profilo tratteremo quindi anzitutto del *populus Romanus*.

Il secondo profilo riguarda:

- a) una serie di minori enti pubblici, quali i *municipia*, le *civitates*, le *coloniae*;
- b) una serie di corporazioni di vario genere o funzione, fra cui collegi sacerdotali, associazioni religiose, associazioni conviviali, associazioni funerarie, associazioni professionali, associazioni economiche, etc.

Nella esposizione che segue tratteremo partitamente ciascun profilo e ciascuna categoria, dedicando infine un capitolo riassuntivo alle questioni generali che emergono dalle diverse figure.

E' poi appena il caso di tornare a ribadire che in questa trattazione il nostro obbiettivo non è di vedere come si possano o si debbano qualificare modernamente queste varie figure, ma di accertare per quanto possibile, come esse erano concepite o regolate dai Romani.

III. Il «*populus Romanus*»

10. Quanto abbiamo detto alla fine del capitolo precedente vale anzitutto per il *populus Romanus*.

Poiché il *populus Romanus* si identificava (almeno nella tradizione repubblicana) con lo «Stato romano» e poiché modernamente la maggior parte delle dottrine ammettono che ogni Stato sia una persona giuridica, anzi costituisca la persona giuridica per eccellenza, ne consegue che frequentemente si trovi affermato dai moderni romanisti che il *populus Romanus* è senz'altro una persona giuridica. Nel § 9 abbiamo riportato le parole del Perozzi e del Bonfante, ma gli esempi si potrebbero moltiplicare (cfr. ad esempio le varie enunciazioni riferite dall'ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 9-10).

Ora è evidente che tali affermazioni – se possono esser giuste per chi voglia assumere da un punto di vista moderno ogni Stato come una persona giuridica (ma si veda, per la complessità del problema e per l'impossibilità di una soluzione unitaria, quanto scrive Santi ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*², § 3, p. 59-64; ivi, a p. 62: «il problema della personalità dello Stato, della sua ammissibilità, della sua estensione, dei suoi caratteri non può risolversi in modo assoluto e uniforme per tutti gli Stati, ma è problema particolare ai singoli diritti positivi») – non ci illuminano affatto sulle reali concezioni che i Romani ebbero in materia.

Ma anche da un punto di vista moderno una siffatta qualificazione si rivela all'analisi insufficiente, per più riguardi.

Anzitutto, oggi la più affinata pubblicistica distingue, fra gli Stati aventi personalità giuridica, quelli a tipo corporazione e quelli a tipo istituzione, a seconda che «la volontà sia formata dalla generalità dei suoi membri oppure costituita da individui che non hanno tale qualità». In altre parole «lo Stato sarebbe una corporazione nell'ipotesi che abbia un governo democratico, una istituzione nell'ipotesi contraria. Ed esso assumerebbe un carattere intermedio, nel caso frequente che abbia un governo non interamente democratico, in modo da potersi definire una corporazione istituzionale o una istituzione corporativa» (così Santi ROMANO, *Principii*, cit., p. 63).

Parlare quindi dello Stato romano in generale come di una persona giuridica o di una persona giuridica - corporazione ormai non basta più, neppure da un punto di vista moderno: per una più esatta individuazione bisognerebbe tener conto anche di questo elemento «volontà» in riferimento alle varie epoche della storia costituzionale di Roma, dalle origini al principato, dal principato all'impero assoluto, fino alla struttura teocratica giustiniana (sui criteri moderni dell'individuazione giuridica

della democraticità di un ordinamento cfr. da ultimo con ampia bibliografia, C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», VI, 1956). Ma anche così facendo non arriveremmo a saperne di più su ciò che ne pensavano realmente i Romani.

E' poi da tener presente che anche sotto un altro riguardo non si può parlare genericamente di personalità giuridica dello Stato romano: quando infatti si trattano problemi di personalità giuridica con riferimento ad un ordinamento giuridico statutale e si pone il suo tratto essenziale nell'essere esso originario o sovrano (cioè indipendente rispetto ad altri ordinamenti che ne derivano: cfr. Santi ROMANO, *Principii*, cit., p. 68), allora l'impiego del concetto di personalità giuridica richiede ulteriori precisazioni.

Infatti bisogna distinguere quanto attiene a questa sua posizione d'indipendenza sul piano che potremmo dire – per usare una contrapposizione tradizionale – *pubblicistico*, da quanto attiene alla sua posizione sul piano *privatistico*, cioè alla sua idoneità o meno ad esser considerato centro di riferimento di diritti e di obblighi alla stessa stregua di altri centri di riferimento operanti nel suo ambito e ad entrare in relazione con essi su un piede di parità.

Ora, a tale proposito, non si deve dimenticare che il moderno concetto di «persona giuridica» si è venuto elaborando essenzialmente rispetto al diritto privato e «rimase per molto tempo circoscritto nelle sfere del diritto patrimoniale» e solo «a mano a mano, con un processo di cui non è sempre facile seguire le fasi, si è esteso oltre questa sfera in tutto il campo del diritto pubblico» (così, assai lucidamente, Santi ROMANO, *Principii*, cit., p. 61).

Parlare quindi, come si suol fare, di una personalità giuridica del *populus Romanus* non solo è espressione che non ci dice nulla circa quanto ne pensavano realmente i Romani, ma pure è espressione vaga ed equivoca se non si precisa a quale sfera ci si intende riferire: alla pubblica, alla privata o ad entrambe.

11. Per quanto attiene alla sfera pubblicistica non c'è dubbio che l'idea di una comunità di cittadini è assai remota.

Una serie di espressioni servivano per indicare i cittadini romani sia nella loro individualità fisica, sia quali membri della comunità romana evocata nel suo complesso. Nel primo caso si ebbero i termini di *Quirites*, di *Romani*, di *cives*, di *cives Romani*; nel secondo di *populus*, di *populus Romanus Quirites*, di *populus Romanus Quiritium*, di *populus Romanus* e talvolta di *civitas* (cfr. al riguardo, specialmente G. LOMBARDI, *Su alcuni concetti del diritto pubblico romano: civitas, populus, res publica, status reipublicae*, in «Archivio Giuridico», CXXVI, 1941; A. GUARINO, *Ius Quiritium*, in «Iura», I, 1950; F. DE VISSCHER, *Autour du 'ius Quiritium'*, in «Festschrift F. Schulz», 1951, II; F. BOZZA, *Ius Quiritium*, in «Studi Senesi», LXIV, 1952; DE VISSCHER, *Ius Quiritium, civitas Romana et nationalité moderne*, in «Studi U.E. Paoli», 1955).

Esula dal nostro obbiettivo indagare l'età e l'origine di queste diverse espressioni, le eventuali differenze di significato, i vari impieghi.

Indubbiamente sono tutte molto antiche. *Quirites* è attestato in formule celebri, di risalente – anche se imprecisabile – vetustà, come quelle della *mancipatio* e della *legis actio sacramento*, nelle quali la solenne affermazione del *'meum esse aio'* è fatta *'ex iure Quiritium'*. *Ῥωμαίοι* viene impiegato nella traduzione greca tramandata da Polibio (*hist.* 3.22) del testo del primo trattato fra Roma e Cartagine. Di *'cives'* si parla forse già nelle XII Tavole (*tab.* I.4; cfr. S. RICCOBONO, «Fontes Iuris Romani Antejustiniani»², I, Firenze, 1941, p. 27) e sicuramente nelle *Lex Papiria de Sacramentis* e nella *Lex Plaetoria de iurisdictione* (III-II secolo a.C.), a proposito del *'praetor qui inter cives ius dicit'*. L'espressione *'civis Romanus'* è comprovata nel II secolo a.C. dal *Senatus consultus de Bacchanalibus* (cfr. RICCOBONO, «Fontes», I, cit., n. 30, p. 240 l. 7).

Quanto alle espressioni *'populus Romanus Quirites'* e *'populus Romanus Quiritium'* esse si trovano in antiche formule religiose (per la prima cfr. la formula dei *Compitalia* in Gell., *noct. Att.*, 10.24 e per la seconda la formula *'capiendae vestalis'*, ivi, 1.2), nonché nella formula della *rerum repetitio*, riportata da Liv., *urb. cond.* 1.32.9 e della *noxae deditio* del magistrato romano che avesse concluso un trattato, riportata anch'essa ivi, 9.10.9.

La famosa formula *'Senatus Populusque Romanus'* «che esprimeva nella caratteristica endiadi la duplicità del potere e sottolineava l'inseparabilità del governo senatorio del popolo romano» è po-

steriore a quella *'Populus Romanus Quiritium'*, che come si desume da testimonianze riferite ad età più arcaica designava nei titoli ufficiali lo Stato (cfr. F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, rist. Napoli, 1958, I, p. 429, che si fonda sul citato Liv., *urb. cond.* 1.32.9).

Poiché però le testimonianze spesso si intrecciano, non è facile stabilire per le altre espressioni una graduazione nel tempo e il loro uso prevalente: certo però, se si assegna una maggiore antichità all'impiego dei termini *'Quirites'* e *'cives'* rispetto a *'populus'*, si potrebbe forse stabilire una certa linea di evoluzione per cui dall'indicazione dell'intera collettività, fatta attraverso l'enunciazione in concreto dei suoi membri, si passa al collettivo e astratto *'populus'*. Però è da notare che, in ogni caso, nessuna di queste diverse espressioni implicava mai una contrapposizione fra i cittadini e l'organizzazione, fra i cittadini e l'ordinamento, fra i cittadini e lo «Stato», sicché si può dire che in nessuna di esse si affaccia il moderno concetto di «appartenenza» del cittadino allo Stato. Il *populus Romanus* non si distingue dallo Stato romano, è un tutt'uno con esso, è esso medesimo lo Stato romano, inteso precisamente come collettività dei *cives Romani*. Quest'ultima espressione infatti indica l'esser membro della collettività dei *cives* e quindi del *populus*, non in quanto dipendente («ressortissant») da questo astratto, ma come elemento costitutivo di quella collettività di *cives* che con termine astratto viene qualificata *'populus'*.

A tal riguardo si può ricordare, per tutti, da un lato l'equazione *'populus' = 'universi cives'* che si legge in Gai., *inst.* 1.3: *'... populi appellatione universi cives significantur connumeratis etiam patriciis'*, dall'altro la celebre definizione di Cic., *rep.* 1.25.39: *'Est igitur ... res publica res populi, populus autem non omnia hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus'*.

Ciò spiega come le espressioni *'cives'* e *'populus'* fossero fungibili e spesso si impiegasse indifferente l'una o l'altra; ci spiega anche come il problema della «cittadinanza» si risolvesse terminologicamente nella pura e semplice qualificazione *'civis Romanus'*. Il dire o dirsi *'civis Romanus'* più che indicare uno *status* rispetto ad un ordinamento, inteso come qualcosa di astratto e distaccato, equivaleva per lungo tempo ad affermare la partecipazione a tale ordinamento, nel senso di esserne parte costitutiva: attraverso l'affermazione dall'essere *'civis Romanus'* si affermava la partecipazione a quel collettivo che era il *'populus Romanus'*.

Questo stato di cose, almeno formalmente, non cambia col principato. Nelle *Res gestae divi Augusti* il protagonista è il *populus Romanus*. E ancora nel corso dei secoli successivi l'espressione *'populus Romanus'* conserverà tutta la sua maestà: si pensi alla solenne frase gaiana *'constant autem iura populi Romani ...'* (*inst.* 1.2).

Sempre dalle Istituzioni di Gaio possiamo trarre un testo assai importante per il problema terminologico:

1.53: Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire.

Questo testo scolpisce le due posizioni fondamentali in cui, almeno fino alla costituzione Antoniniana del 212, potevano trovarsi coloro che erano nell'orbe romano: da un lato ci sono i *cives Romani* e dall'altro gli *alii homines qui sub imperio populi Romani sunt*. Gli uni e gli altri, insieme, formano la totalità dell'elemento «popolazione» cui i nuovi precetti si applicano. Il passo gaiano è poi interessante, oltre che per questa distinzione e contrapposizione, quale testimonianza – per ciò stesso – della mancanza, fino a quel momento, di un termine unitario per indicare tale «popolazione» nel suo complesso.

E invero il vocabolario giuridico tradizionale non aveva alcun termine specifico che potesse servire alla bisogna. Il che si spiega agevolmente non solo con la posizione di supremazia dei *cives Romani*, ma pure con la difficoltà di spiegare un termine e un'espressione che abbracciasse per così dire «possessori» e «posseduti»: i titolari dell'*imperium* e coloro che si trovavano sotto tale imperio.

Un panorama già in parte diverso ci è offerto dalla Costituzione Antoniniana dove per indicare praticamente quelle stesse persone che Gaio aveva chiamato *'alii homines qui sub imperio populi Romani sunt'* l'imperatore adoperava l'espressione (citiamo dalla traduzione latina del testo greco a noi pervenuto) *'peregrinos (qui) in meorum hominum numerum ... sint'*. Ed anche se poi la costituzione conclude con un richiamo alla *'maiestas populi Romanorum'* (*sic*), non per questo appare meno cruda la

sincerità di quel possessivo che apre un chiaro spiraglio sulla trasformazione di struttura che si andava attuando, e per cui l'età dei Severi segna il punto di passaggio fra il principato e la monarchia assoluta (cfr. il testo greco in *Pap. Giss.* I, 40 con traduzione latina in RICCOBONO, «Fontes», I, cit., n. 88, p. 445). Vero è che, a voler sottolineare, il possessivo non è applicato ai 'cives', bensì a quelli che Gaio avrebbe chiamato 'alii homines...'; ma è pur vero anche che costoro sono indicati con tale possessivo proprio nel momento in cui stanno per essere dichiarati 'cives'. Sicché solo un fragilissimo velo ideologico fa sì che il possessivo non sia applicato sin da questo momento anche a coloro che sono già cives.

Bisogna arrivare all'età diocleziana per trovare un'espressione che valga ad abbracciare l'intera «popolazione» dell'impero. È un editto di Diocleziano e Massimiano del 295, conservatoci in *Coll.* 6.4, nel quale al § 1 si parla di 'cunctos imperio nostro agentes'. Si tratta di un'espressione indubbiamente singolare, perché mentre ormai gli imperatori non esitano a dichiararsi apertamente essi stessi titolari dell'imperium, lasciando così cadere la finzione della titolarità del *populus Romanus*, non affrontano direttamente il problema della posizione delle persone: da ciò quella frase, che, se non ci sbagliamo, sembra tradire un certo impaccio, quasi il proposito di evitare un ostacolo. Infatti il problema di una qualificazione giuridica viene superato attraverso una indicazione di mero fatto: 'cunctos... agentes'.

Tuttavia il IV secolo continua a darci una serie di testimonianze in cui il termine 'cives' viene usato nel significato tradizionale. Così ancora Teodosio, Arcadio ed Onorio in una costituzione del 392 disponevano talune elargizioni alimentari 'civibus nostris' ed Arcadio ed Onorio in una costituzione del 397 stabilivano 'usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere'.

Con ciò, naturalmente, non è che il termine 'civis' scompaia dalle fonti giuridiche: decine e decine di volte lo troviamo impiegato nelle costituzioni del Codice Teodosiano, nei frammenti del Digesto o nelle costituzioni del Codice giustiniano, nelle Istituzioni, persino nelle stesse costituzioni giustiniane del Codice e delle Novelle: ma i testi in cui viene conservato o quelli in cui viene impiegato *ex novo* possono essere tutti fatti rientrare in una di queste due categorie: o in essi si parla di 'civis' in rapporto ad una particolare organizzazione territoriale (per lo più una *civitas*, ma anche una provincia), oppure di 'civis' nell'espressione 'civis Romanus' in riferimento ai problemi della «cittadinanza», per lo più in connessione agli effetti delle manomissioni, o comunque quando si voleva specificare quello che con termine pandettistico si suole chiamare lo 'status civitatis' inteso come situazione giuridica cui l'ordinamento connette particolari capacità.

Nel primo caso si assiste ad una specie di frantumamento (o di moltiplicazione) del concetto unitario di *civis* e sua conseguente degradazione: si è 'civis' rispetto ad una determinata *civitas* ed altra organizzazione territoriale, non già come un tempo entro quella collettività unitaria ed unica che era il *populus Romanus*; per ciò stesso si arriva ora a parlare di più 'populi' entro l'impero, come ad esempio in alcune costituzioni di Teodosio II del 439 e del 447 (*Nov. Theod.* 14.9: 'ad omnes populos edictis propositis faciat pervenire'; cfr. *Nov. Theod.* 2.1) e di Giustiniano (c. *Summa*, 5: 'ad omnium populorum notitiam eundem codicem edictis ex more propositis pervenire faciat'; c. *Imperatoriam*, § 1: 'omnes vero populi legibus iam a nobis vel promulgatis vel compositis reguntur'; *Nov. Append.* 9: 'sciant omnes Africani populi'). Volendo rendere questa situazione postclassica e giustiniana, si può dire che i concetti di 'civis' e di 'populus' vengono ora impiegati in senso analogo a quello in cui la Costituzione italiana del 1948 parla agli art. 132 e 133 di «popolazioni» interessate a questioni comunali, provinciali e regionali.

Nel secondo caso si assiste ad un processo di involuzione che mi sembra assai simile a quello che di recente il De Visscher (*Ius Quiritium*, cit., in «Studi Paoli») ha così ben lumeggiato per l'espressione *ius Quiritium*. Con l'espressione 'civis Romanus' accade lo stesso: essa conserva tutto il suo valore tecnico, in quanto vale a mettere in evidenza una condizione giuridica ben chiara e definita, ma perde ogni altro impiego che non sia quello rivolto a mettere unicamente in evidenza questa condizione: però diventa un'espressione di rito, stereotipa, che non ha più alcun riferimento alla posizione del singolo *civis* nella collettività dei *cives Romani* e quindi per ciò stesso nel *populus Romanus*, ma finisce per indicare soltanto quella che con espressione moderna siamo soliti chiamare la «capacità giuridica».

Invece le espressioni 'cives Romani' e 'populus Romanus' nelle antiche accezioni letteralmente scompaiono nel corso dell'età postclassica e non se ne trova più traccia nelle costituzioni di Giustiniano.

Solo nel Digesto e nelle Istituzioni si trova qualche passo in cui, per l'evidente influenza del materiale impiegato, ancora talvolta ricorre. Ma si tratta di rarissimi casi: così ad esempio nel frammento del *liber enchiridii* di Pomponio (D. 1.2.2) ove però si riferisce storicamente all'antico *populus Romanus*. Si possono poi ricordare D. 43.8.3 (Cels. 39 dig.: 'Litora, in quae populus Romanus imperium

habet, populi Romani esse arbitror), D. 50.16.15 (Ulp. 10 ed.: ‘... publica sunt, quae populi Romani sunt’), D. 50.16.16 (Gai. 3 ed. prov.: ‘*vectigal populi Romani*’). Di evidente derivazione dal modello gaiano è quel mazzetto di citazioni che si può trarre dai titoli I e II del primo libro delle Istituzioni giustinianee:

... incipientibus nobis exponere iura populi Romani; ... populus Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur: ... ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus; ... lex est, quod populus Romanus ... constituēbat; ... cum auctus est populus Romanus ...

Quanto alle costituzioni di Giustiniano, ‘*civis*’ non è mai usato fuori degli impieghi di cui abbiamo fatto cenno e ‘*populus Romanus*’ ricorre solo tre volte: una per ricordare che l’istituto dei *caduca* era sorto al tempo delle guerre civili ‘*quas in se populus Romanus movebat*’ (C.I. 6.51.1.pr.) e due per ricordare che ‘*omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem*’ (c. *Deo auct.*, § 7, e quasi con le stesse parole in *Nov. 62 praef. 1*; cfr. anche C.I. 1.29.5).

Al posto di ‘*cives Romani*’ e di ‘*populus Romanus*’ si hanno ormai i ‘*subiecti*’. Infinite vi sono le costituzioni del Codice e le Novelle giustinianee nelle quali ricorre questa espressione, che fiorisce spontanea sulla bocca dell’imperatore a rappresentare con piena evidenza la profondissima trasformazione costituzionale che man mano si era venuta verificando e l’assolutismo cui il nuovo ordine si ispira (sul quale cfr. G. NOCERA, *La teoria dell’assolutismo imperiale in un testo giuridico bizantino*, in «Rivista Italiana per le scienze Giuridiche», n.s. XII, 1937).

Per rendersene conto si confronti l’originale gaiano del passo già riportato con i due diversi adattamenti che esso ricevette ad opera dei compilatori del Digesto e delle Istituzioni giustinianee:

Gai., *inst.* 1.53:

Sed hoc tempore *neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt* licet supra modum et sine causa in servos suos saevire.

D. 1.6.1:

Sed hoc tempore *nullis hominibus, qui sub imperio Romano sunt* licet supra modum et sine causa legibus cognita in servos suos saevire.

Inst. Inst. 1.8.1:

Sed hoc tempore *nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt* licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire.

Scompaiono i *cives Romani*, scompare l’*imperium populi Romani* e sempre più si svela la teoria assolutistica dell’autocrate bizantino: chi è sotto il suo personale *imperium* non può quindi essere altro che *subiectus* (cfr. ad esempio C.I. 1.27.2.46; 3.33.16.2; 5.4.23; 5.27.9; 6.51.1.11; 6.30.22.16 etc.).

12. Basterebbe questo breve *excursus*, per farci intendere quante trasformazioni si siano succedute nel corso dell’esperienza romana e perciò quanto sia impossibile ogni generalizzazione.

Anche la stessa frase che abbiamo visto in Gaio (*imperium populi Romani*) probabilmente è il frutto di una lunga evoluzione di situazioni e di concetti. Mette assai bene in rilievo il BIONDI (*Istituzioni*³, p. 137) che «i romani partono dal concetto che titolare dell’*imperium*, cioè della sovranità, nonché della *potestas* che è la facoltà di operare nell’orbita della legge, non è il *populus*, che, come tale, non può volere, ma i magistrati ... Il magistrato opera per diritto proprio, come magistrato, in virtù della stessa carica: ai romani è ignoto il concetto di rappresentanza, che ignorano anche nell’orbita privata, e molto meno si presenta loro l’idea, che si affaccia ai moderni, di considerare il magistrato come organo dell’ente». Appunto come potere proprio del magistrato esso è così definito dal DE FRANCISCI (*Arcana imperii*, Milano, 1948, III.1, p. 31): «L’*imperium* è un potere sovrano, originario, che non è attribuito o conferito da altri organi della costituzione, che ha in se stesso il proprio fondamento di legittimità, che nemmeno nel periodo repubblicano trova la sua giustificazione negli ordinamenti e nelle leggi della *civitas*, che spetta al magistrato perché egli è tale e che per sua natura e tendenza è illimitato».

E forse non si erra supponendo che il voler fare apparire il *populus Romanus* quale titolare dell’*imperium* sia da riportare soprattutto alla «strategia politica» del principato. L’antica *lex curiata de imperio* era infatti originariamente «un atto con il quale il popolo riconosceva il magistrato e si obbligava a sottostare al suo *imperium*» (cfr. da ultimo, in questo senso, DE MARTINO, *Costituzione*, I, cit., p. 129). E’ solo con le cosiddette *leges de imperio* della prima età imperiale e con l’elaborazione dottrinale della giu-

risprudenza classica che si tende prima a fondare il potere imperiale su una specie di conferimento dell'*imperium* da parte del popolo (cfr. Gai., *inst.* 1.5, a proposito delle costituzioni imperiali: '*nec unquam dubitatum est quin id legis vicem optineat cum ipse imperator per legem imperium accipiat*'), poi, con la giurisprudenza ufficiale dell'età dei Severi, a far apparire questo conferimento addirittura come un trasferimento al principe di un *imperium* spettante al popolo (Ulpiano, in D. 1.4.1.pr.: '*Quod principi placuit legis habet vigorem, utpote cum lege [regia], quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omnem suum imperium et potestatem conferat*'): cfr. P. DE FRANCISCI, *Intorno alla massima 'princeps legibus solutus'*, in «BIDR.», XXXIV, 1925, p. 328, e R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori*, Roma, 1937, p. 20 e *passim*. In altre parole il *populus* viene considerato formalmente titolare dell'*imperium* allorché ne viene sostanzialmente privato: le parole che Giustiniano usa al riguardo ne sono quasi una ironica conferma: '*cum enim lege antiqua ... omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem*' (const. *Deo auct.*, § 7).

Per tutto questo, quando si dice che l'*imperium* spetta al *populus Romanus* si finisce per fare un'affermazione almeno parzialmente inesatta.

13. Ciò che invece i Romani ebbero per lungo tempo vivissima fu la coscienza che essi formassero una collettività politica.

Famoso, al riguardo, il passo del *de republica* di Cicerone (1.25.39): '*Est igitur ... res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communiione sociatus*'.

Questa definizione segna però già un notevole grado di elaborazione politica e giuridica e fissa un concetto che è legato ad una particolare situazione storica, onde non si può dire che sia sempre da approvare l'utilizzazione che da molti moderni ne è stata fatta, generalizzandone la portata.

E infatti, come dice bene G. NOCERA (*Il pensiero pubblicistico romano*, in «Studi P. De Francisci», Milano, 1956, II, p. 565) «non è forse senza interesse ricordare che così il termine come il concetto di '*populus*', cui i romani danno significato e valore di stato, non hanno avuto sempre il medesimo rilievo e la identica collocazione nella storiografia del diritto pubblico romano».

Riportiamo qui un'acuta analisi di questo studioso, perché non si potrebbe meglio sintetizzare lo svolgimento di questo concetto nell'esperienza romana:

«L'idea del collettivo, del gruppo, insita nella parola latina '*populus*' acquista addirittura – egli dice – le proprietà dell'ago magnetico per la nostra rotta storiografica se è messa a contatto con termini di riscontro del lessico indoeuropeo, per esempio con l'umbro '*Tota*', vocabolo con cui le Tavole eugubine (ma anche gli irlandesi, germani e balti) indicano la *totalità*, il complesso, la comunità. Il confronto diventa ancora più istruttivo e, sotto l'aspetto pubblicistico, più significativo, se consideriamo che, nello stesso accostamento di *Tota* e di *Poplo*, il primo denota la popolazione totale, il secondo la popolazione politica, comprensiva quindi degli uomini forniti di diritti (e obblighi) civili e militari».

«Tornando al latino *populus*, la storia glottologica e filologica ci conserva le tappe della sua graduale espansione giuridica, attraverso il superamento, lento ma sicuro, della fase pregiudiziale dell'aggruppamento per sequela o per discendenza agnaticia reale o fittizia. Se richiamiamo queste indicazioni semantiche, la ragione è che lo stato arcaico ha per lungo tempo custodito il carattere della concretezza associativa. Spostando e concentrando sull'elemento soggettivo la nostra attenzione, l'equazione stato-popolo ci appare più illuminata dagli sviluppi politici e costituzionali della storia di Roma».

«Appunto perché lo stato è inteso come *populus*, appunto perché il *populus* è sentito come concreta comunità, come gruppo legato da vincoli di parità e di affinità e contiguità, si spiega la riluttanza ad ogni estensione automatica della nozione di stato. Nelle condizioni in cui il popolo-stato si è costituito, è facile rendersi conto del senso comunitario o, per così dire, corporazionistico, che informa il primitivo aggruppamento politico».

«Seguendo questo filone genetico, riesce agevole intendere tutte le deviazioni o piuttosto gli adattamenti successivi del concetto di *populus*. Con lo svolgimento degli eventi interni ed esterni che tra i secoli II e I a.C., impressero un notevole moto di accelerazione alla politica interna ed esterna

di Roma, la espressione *populus Romanus* assurge al significato di pretesa dei ceti di governo di identificarsi con lo stato, cioè con il *populus integer, universus, totus, omnis*. Quando si arriva a queste rivendicazioni politiche, a nessun giurista può sfuggire che si è di fronte a una svolta del pensiero costituzionale. Il concetto di *populus*, di stato, si avvia verso l'astrazione, verso lo spostamento del suo asse costituzionale dall'elemento diretto e personale all'elemento rappresentativo e funzionale. Processo, questo, che troverà nelle guerre mediterranee e nelle correlative guerre civili e rivoluzioni economiche e sociali del secolo II e I a.C. il terreno favorevole di sviluppo, sino a che con la caduta della repubblica e con l'avvento dell'impero, dopo le guerre civili del I secolo d.C., dopo la tremenda crisi del II-III secolo e dopo le profonde trasformazioni sociali dei secoli IV e V d.C., quel processo non troverà il suo epilogo nella definitiva scomparsa del *populus* come stato e nella apparizione, mai più svanita, dello stato come entità astratta, distinta, sovrapposta e contrapposta al *populus*».

Parallelamente si svolge il concetto di '*res pubblica*'. Dice a tale riguardo il Nocera (*op. cit.*, p. 567): «Come il pensiero costituzionale ha il suo centro nel concetto di *populus*, così il pensiero amministrativo ha il suo fulcro nella idea di *res pubblica*. Gli studi filologici hanno accertato che si tratta di un'endiadi che racchiude, ai capi estremi della sua storia, rispettivamente un massimo di concretezza e un massimo di astrazione. Dalle singole *res* del *populus*, graduate secondo la loro importanza contingente, si sarebbe passati alla loro chiusa rappresentazione collettivistica e infine alla concezione aperta della cosa pubblica come criterio discriminante tra ciò che è del *populus* e ciò che non è del *populus*. Gli studi tecnico-giuridici hanno poi da parte propria determinato i limiti, le modalità, le categorie del *populus*, pervenendo a una sorta di personificazione amministrativa di *populus*. Non è possibile dissociare la *res pubblica* e in genere *publicus* dalle vicende costituzionali di *populus*. Tutto quello che abbiamo detto a proposito di queste ultime va tenuto in conto per intendere il limite tra finzione e realtà nella qualificazione e gestione delle cose pubbliche. Sino a che il vincolo politico si è identificato con l'effettiva coscienza comunitaria, le cose che sono della collettività perché servono alla collettività sono state trattate con la concreta sensazione della loro appartenenza a tutti e della loro accessibilità a tutti, senza alcuna delimitazione amministrativa. Ma non appena il *populus* ebbe di buon ora intrapreso il cammino della sua metamorfosi in una *fictio iuris*, non appena le affermazioni della proprietà individuale ebbero sommerso perfino il ricordo della proprietà collettiva, beni e mezzi e servizi pubblici significano beni e mezzi e servizi dello stato in astratto, sotto l'etichetta della indisponibilità e della riserva di destinazione e sotto la tutela di una regolamentazione specifica che è come l'ava del nostro diritto amministrativo».

Assai interessanti sulla genesi del significato di '*res pubblica*' e sul suo svolgimento sono anche le osservazioni del De Martino il quale scrive (*Costituzione*, cit., I, p. 428): «Il concetto ha in origine un valore puramente materiale e non è un caso che esso si trovi nell'editto dei censori: *res pubblica* è il patrimonio comune del popolo romano. Cicerone è inconsapevolmente molto vicino al vero quando afferma *est res pubblica ... res populi*. Nel diritto arcaico non si incontrano concetti astratti, la stessa idea di potere si identifica con immagini e simboli materiali. Per di più la classe politica, che domina la repubblica è formata da proprietari fondiari, i quali tendono in modo del tutto realistico a concepire lo Stato come l'organizzazione giuridica della proprietà e danno il massimo risalto al patrimonio collettivo, in specie formato dall'*ager publicus*, di cui spetta lo sfruttamento alla nobiltà. Quest'origine prosaica si è poi idealizzata col tempo e *res pubblica* è passata a designare lo Stato». Dopo di che, con riferimento alla costituzione del IV e III secolo a.C. il De Martino così conclude (p. 429): «Quel che sembra lecito dire ... dopo la raggiunta parità dei diritti politici, è che in essa predomina un forte senso del collettivo: il centro dello Stato è il *populus*, il *populus* tratta con gli dei e gli stranieri, esso è investito del potere pubblico e del patrimonio e al suo interesse sono subordinati gli interessi dei singoli. Questi sono liberi in quanto cittadini romani, cioè membri di una comunità che per essere la *civitas Romana* è libera per eccellenza; fuori di essa, i singoli non possono godere veramente né di libertà né di alcuna dignità umana».

14. Nessun dubbio quindi, come dicevamo, che il *populus Romanus* fosse considerato sin da età remota – e con tutte le variazioni che abbiamo cercato di illustrare attraverso le parole del Nocera e del De Martino – come un vero e proprio centro di riferimento delle situazioni pubblicistiche.

Questo punto sarà colto con grande lucidità dagli scrittori antichi, allorché diranno: ‘*quod rex promittit videtur respublica polliceri*’ (Serv., *ad Aen.* 2.161) e ‘*imperator foedus percussit videtur populus Romanus percussisse*’ (Sen., *contr.* 9.2.15)*.

Nessun dubbio, altresì, che sin da un’età remota il *populus Romanus* apparisse come centro di riferimento di situazioni patrimoniali.

Ma – ed eccoci al punto – questo riferimento è fatto su un piano pubblicistico o privatistico? Ovvero, per esprimerci con altre parole, la circostanza che fossero riferibili al *populus Romanus* (o alla *res publica*) una serie di situazioni aventi ad oggetto beni materiali e rapporti patrimoniali ha fatto sì che il *populus Romanus* fosse considerato come un titolare di diritti privati, alla stregua di un qualsiasi altro centro di riferimento operante nell’ambito dell’ordinamento romano?

15. Ora qui va subito rilevato che il *populus Romanus* non appare menzionato nelle opere dei giuriconsulti classici dove questi trattano le questioni che noi siamo soliti ricollegare alla personalità giuridica in senso privatistico: accanto ad altri enti collettivi (*civitates, municipia, collegia*), di cui si discute se potessero compiere determinati atti giuridici di diritto privato oppure se fossero capaci di stare in giudizio contro i singoli, non trova posto la più importante collettività dei cittadini.

E tuttavia comunemente si afferma dalla dottrina moderna ch’esso era considerato nei suoi rapporti patrimoniali come «persona», anzi persino come il modello sulla base del quale si sarebbe estesa la personalità giuridica agli altri enti collettivi.

Se non ci stupisce il trovare tali affermazioni nella dottrina più antica, poiché esse non sono che la trasposizione al diritto romano delle impostazioni moderne secondo cui il riconoscimento della personalità giuridica sarebbe determinato dalla natura stessa dello Stato, più strano è vedere come questa concezione sia tuttora dominante. Così ad esempio V. ARANGIO-RUIZ, nelle sue *Istituzioni*, pur rilevando che «la qualifica di ente sovrano è per i romani così assorbente, da non potersi concepire che il popolo entri in rapporti di diritto privato in condizione di parità con persone fisiche», afferma contemporaneamente: «*Populus Romanus* è la denominazione tecnica dello Stato considerato come persona». Ancor più decisa è l’affermazione di P. VOCI (*Istituzioni*³, 1954, p. 123): «Lo Stato è senza dubbio dai Romani concepito come corporazione e la sua capacità privatistica è piena».

Abbiamo già detto che i Romani già in età remota ammettevano l’esistenza di una sfera d’interessi patrimoniali spettanti direttamente al *populus* come ente collettivo: così ad esempio si ammetteva ch’esso fosse titolare dell’*ager publicus*, che potesse ricevere per testamento. Ma le singole facoltà indubbiamente riconosciute al *populus* ed indispensabili ad assicurarne il funzionamento e la vita giuridica (finalità espresse da Cicerone con le parole ‘*iuris consensu et utilitatis communione*’) non implicano affatto la personificazione del *populus* sotto il profilo patrimoniale. Lo studio dei rapporti patrimoniali tra lo Stato repubblicano ed i privati mostra infatti che essi non si identificano mai con i rapporti che allo stesso scopo intercorrono tra i cittadini; le attività in cui il *populus* è parte, le facoltà di cui è titolare erano sottratte alla sfera del diritto privato per essere portate in quella del diritto pubblico (cfr. specialmente ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 7-56).

16. Leggiamo anzitutto, per giungere alla dimostrazione di quanto ora affermato, un passo delle Istituzioni di Gaio che, per essere anche riportate nel Digesto (1.8.1.pr.), mostra il perdurare del pensiero classico attraverso i secoli e che probabilmente ci riporta l’eco di una concezione assai remota:

2.11: Quae (res) publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur.

*) Si è qui provveduto ad eliminare alcuni refusi nella citazione delle fonti (*nota del curatore*).

Naturalmente, per chi considera il *populus* come una persona, questa enunciazione appare «alquanto bizzarra» (così ad esempio BIONDI, *Istituzioni*, cit., p.137 nt. 103).

Il paragrafo gaiano indica da un lato che qui l'*universitas* pur essendo concepita come ente collettivo, non è personalizzata; dall'altro, che in genere la nozione di proprietà privata non può essere applicata al popolo, i cui beni si considerano *nullius* (sulla genuinità del passo cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 13, con bibliografia).

E infatti il diritto del *populus* sugli *agri publici*, che costituivano la parte più importante del suo patrimonio, ha un carattere pubblicistico che si riflette in primo luogo sui modi in cui i privati potevano ottenerne la proprietà o il godimento.

La piena proprietà privata (*dominium ex iure Quiritium* che nei rapporti tra i singoli conseguiva esclusivamente alla *mancipatio*), sugli *agri publici*, si acquistava in virtù di una legge con cui venivano istituiti appositi magistrati straordinari incaricati di assegnare determinate parti del territorio ai singoli:

Lex Agraria Baebia (a. 111 a.C.) 3: de eo agro loco ex lege plebeive scito IIIvir sortito ceivi Romano dedit adsignavit ...

La *datio adsignatio* operata dai *tresviri agris dandis adsignandis* dà luogo all'unica forma di acquisto della proprietà privata sugli *agri publici* fin da età molto antica (nella tradizione, una prima assegnazione sarebbe stata compiuta da Romolo: cfr. oltre).

Un'altra forma di godimento dell'*ager publicus* si otteneva mediante la vendita attuata dai questori:

Sic. Flacc., *cond. agr.* 136.14 - 137.4 (L.): ut vero Romani onmium gentium potiti sunt, agros ex hoste captos ... per quaestores populi Romani vendiderunt ... ut tamen populi Romani essent ... nam sunt populi Romani quorum vectigal ad aerarium pertinent.

Nonostante l'atto sia designato come vendita, il *populus* conservava la titolarità delle terre trasferite, ed il compratore pagava un'imposta (*vectigal*) all'erario.

Allo stesso modo conservavano la qualifica di '*publici*' gli *agri occupatorii*, terre incolte delle quali era concessa l'occupazione, contro il pagamento di un decimo dei frutti ricavati da semina o di un quinto di quelli degli alberi. I cittadini occupanti acquistavano così il possesso del suolo ed il diritto di trasferirlo sia per atto tra vivi che per testamento; ma non ne era ammesso l'acquisto di proprietà per usucapione, e lo Stato poteva in qualunque momento revocare il possesso:

Fest., *verb. sign.*, sv. '*possessiones*' (L. p. 277): Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, possidebat.

Agenn. Urb., *contr. agr.* 82.30-32. (L.): negant (iuris periti) illud solum quod populi Romani coepit esse, ullo modo usu capi a quoquam mortalium posse.

Alla lettura delle fonti, il commercio delle *res publicae in patrimonio populi* si presenta quindi con caratteristiche proprie, che non rientrano negli schemi del diritto privato: «la loro qualifica [è] desunta unicamente da una determinazione di scopo basata sull'ordine giuridico pubblico» (Vassalli).

17. Natura pubblicistica avevano poi i crediti e i debiti patrimoniali del popolo. Tale carattere evidente nei crediti derivanti da pena, che potevano essere costituiti da multe da pagarsi all'erario (*populo damnas esto*), o da beni confiscati ai condannati. Lo stesso carattere, pur se meno evidente, avevano i debiti o i crediti derivanti da contratto, anche quando venivano applicate forme contrattuali analoghe a quelle in uso tra i privati, poiché queste assumevano caratteristiche particolari qualora fosse parte il popolo.

I contratti principali conclusi in nome del popolo erano quelli relativi al sistema finanziario. Lo sfruttamento dei suoi beni, miniere, saline, pascoli, coltivazioni agricole, era concesso in appalto ai privati per un tempo determinato, contro il pagamento di una certa somma di denaro. Allo stesso modo la riscossione delle imposte era affidata per un certo periodo ad intermediari, il cui nome '*pu-*

blicani' ricorda la natura pubblicistica del rapporto contrattuale (confronta Gaio, D. 50.16.16: 'Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, 'publicanum' appellamus. nam 'publica' appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit').

Tali negozi prendevano il nome di *venditiones* o *locationes* (questo secondo termine si trova usato anche ad indicare l'appalto di lavoro pubblici: *ultra tributa*) ed erano realizzati dai censori, che a tal fine indicavano nel foro un'asta pubblica e stipulavano poi il contratto con chi avesse offerto il prezzo più alto o le migliori condizioni:

Liv., *urb. cond.* 39.44: (Censores) M. Porcius et L. Valerius ... vectigalia summis pretiis, ultra tributa infimis locaverunt ...

Prima di procedere all'incanto, i magistrati annunciavano pubblicamente le clausole del negozio, che i concorrenti si impegnavano in anticipo ad accettare, e che venivano riprodotte nella *lex locationis* stipulata tra il magistrato in nome del popolo ed il privato assegnatario. Nelle condizioni in tal modo dettate, appare più chiara la natura di questi contratti, o l'impossibilità di riportarli agli schemi privatistici: esse infatti introducevano nel negozio vere e proprie deroghe ai principii accolti dal diritto privato. Così, ad esempio, in virtù di una norma abitualmente inserita nella *lex locationis*, i debiti per le imposte dovute al *populus* si intendevano trasferiti al *publicanus*, che aveva il diritto di impadronirsi dei beni del debitore a garanzia del suo credito:

Gai., *inst.* 4.28: lege censoria data est pignoris capio publicania vectigalium publicorum populi Romani adversus eos qui aliqua lege vectigalia debent.

Come si deduce dal passo, la *lex censoria* (questo termine, derivante dal nome della magistratura competente, si trova spesso preferito a quello, tecnicamente più esatto, di '*lex locationis*') attribuisce al pubblicano dei diritti nei confronti dei terzi. Si ha qui la possibilità di un trasferimento diretto del credito senza il consenso del debitore, sconosciuta al diritto privato, che non ammetteva la trasmissibilità di un rapporto obbligatorio da persona a persona. Se anche ben presto furono trovati mezzi tendenti a realizzare la necessità pratica di trasferire certi rapporti di credito o debito, tuttavia questo principio non venne mai superato in linea teorica. E' facile rilevare quanto da esso si staccasse la clausola della *lex locationis*, con cui si attribuiva al pubblicano la *pignoris capio* nei confronti del debitore del popolo.

18. Particolarmente diffusa tra i romanisti è la questione se il *populus* avesse la *testamenti factio* passiva, se cioè potesse essere istituito erede o legatario. Per l'età più antica, il problema si centra sulla leggenda del testamento di Acca Larentia: secondo una tradizione già radicata nel II secolo a.C., questa donna, vissuta forse nel periodo della dominazione etrusca in Roma, avrebbe legato al *populus Romanus* le proprie ricchezze:

Aul. Gell., *noct. Att.* 7.7.6: (Acca Larentia) testamento ... populum Romanum bonis suis heredem fecit.

Macr. *sat.* 1.10.17: cum decederet populum Romanum nuncupavit heredem.

La leggenda confortava l'opinione che il popolo potesse ereditare alla pari di un privato. Tuttavia Scialoja, affermando che ciò fosse incompatibile con la natura della successione testamentaria romana, negò ogni valore al dato rappresentato dal testamento di Acca Larentia, che avrebbe fatto riferimento a principii propri del mondo etrusco, inapplicabili per diritto romano. In realtà, qualunque significato voglia darsi al mito, esso certo non avrebbe potuto formarsi se il *populus* fosse stato, nella concezione romana, assolutamente incapace. Con questa considerazione si accordano anche altre fonti relative all'ultima età repubblicana, dalle quali risulta chiaramente la possibilità di ricevere per testamento riconosciuta al popolo romano. Al riguardo sono decisive le considerazioni di E. VOLTERRA (*Sulla capacità del «populus Romanus» di essere istituito erede*, in «Studi Saresi», XVI, 1938,

cui rimandiamo anche per i testi e per l'ampia bibliografia sull'argomento).

Diverso è il problema se tale riconoscimento implicasse una vera e propria *testamenti factio*: non solo questo concetto, ma anche quello di istituzione di erede erano elaborati per la successione tra i privati e non sono quindi adeguati ad esprimere il diritto di successione del popolo: la somiglianza dei rapporti si esaurisce nell'esservi, in ambedue i casi, una volontà testamentaria da cui deriva l'acquisto di un complesso di beni (su ciò cfr. ampiamente B. BIONDI, *Corso di diritto romano, Successione testamentaria*, Milano, 1936, p. 91 ss., e *Successione testamentaria e donazione*², Milano, 1955, p. 123 ss.).

A conferma dell'impossibilità di ricondurre questa materia interamente alla disciplina privatistica delle successioni si veda:

Aul. Gell, *noct. Att.* 1.12.18: Virgo Vestalis neque heres cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt.

Dopo aver dichiarato che nessuno può succedere alla Vestale morta senza testamento, il passo afferma che i suoi beni spettano al popolo: ciò conferma che questo poteva acquistare beni ereditari; e nello stesso tempo esclude ch'esso fosse legato alle forme create per la successione dei singoli.

19. Infine e soprattutto, la particolare natura dei rapporti giuridici tra popolo e privati si scorge nel fatto che a questi mancava, nei confronti di quello, la tutela giurisdizionale. Il privato che si riteneva leso non aveva alcun mezzo per convenire in giudizio il *populus Romanus* davanti alla magistratura ordinaria: competente a risolvere le contestazioni di tal genere era quel magistrato che, in nome del popolo, aveva dato vita al rapporto controverso. La giurisdizione amministrativa, nella Roma repubblicana, si presenta come parte integrante delle attribuzioni che i vari magistrati avevano nei confronti del patrimonio pubblico, e le cause relative venivano da questi risolte mediante *cognitio*: la sentenza aveva quindi il carattere di una decisione del popolo in causa propria.

In certi casi i Romani cercarono di limitare questo principio, attribuendo ai singoli le obbligazioni spettanti alla comunità, in modo che la causa potesse svolgersi tra due parti, nelle forme della procedura ordinaria. Ciò poteva avvenire nelle controversie relative all'imposizione fiscale, poiché qui – come abbiamo visto – il popolo cedeva il suo credito a privati cittadini (*publicani*), i quali dovevano naturalmente sottostare a tutte le norme del diritto e della procedura in uso *inter privatos*.

Ma queste disposizioni, praticamente importanti in quanto tendevano a riportare le contestazioni riguardanti l'erario sotto la procedura civile, erano solo espedienti che non toccavano la questione di fondo. Quando era possibile, si trasferivano ai singoli le obbligazioni sorte in nome del *populus Romanus*, sicché formalmente questo non poteva considerarsi parte nel rapporto; ma se tale delega, sempre volontaria da parte dello Stato, non aveva luogo, conservava valore il principio che, nelle controversie tra il popolo ed i privati, la decisione spettava alla *cognitio* del magistrato competente.

Tale forma processuale aveva luogo nelle controversie in materia di *ager publicus*:

Liv., *urb. cond.* 39.44 (anno 183 a.C.): (censores) quae in loca publica inaedificata immolitate privati habebant, intra dies triginta demoliti sunt.

Liv., *urb. cond.* 40.51: (censores) complura sacella publica, quae fuerant occupata a privatis, publica sacraeque ut essent, ... curarunt.

«CIL.» VI. 919 (anno 47 a.C.): censores loca a pilis et columnis, quae a privatis possidebantur, causa cognita ex forma in publicum restituerunt.

Così i passi di Livio come l'iscrizione si riferiscono ad usurpazioni compiute da privati col prendere possesso di terre pubbliche, o con il costruirvi edifici: i censori attuarono le rivendicazioni in nome del popolo, secondo una libera valutazione (*causa cognita*) che prescindeva dallo svolgimento di una regolare procedura.

Un'eccezione appare stabilita dalla

Lex Agraria Baebia (anno 111 a.C.) 35: *Quei ager locus ... publicus populi Romani in terra Italia erit, sei quid do eo agro loco ambigetur, consulis praetoris censoris queiquomque tum erit de ea re iurisdictio, iudici iudicis recuperatorum datio esto ...*

'*Dare iudicium*', '*dare iudicem*', '*recuperatores*', erano espressioni tecniche per designare l'atto con cui nella procedura ordinaria il magistrato, conclusa la prima fase del processo, rinviava le parti ad un giudice privato che, dopo l'accertamento dei fatti, doveva emettere la sentenza. Poiché la disposizione si riferisce a controversie in materia di *agri publici* ('*quid de eo agro loco ambigetur*'), essa sembra stabilire un'eccezione al principio della *cognitio* magistratuale. E' tuttavia verosimile l'ipotesi del Mommsen, secondo il quale il rinvio al giudice privato disposto dalla legge avrebbe avuto luogo quando la controversia fosse sollevata dal cittadino cui il popolo aveva ceduto il suo diritto sull'*ager publicus*. Ciò è anche confermato, per analogia, dal successivo *cap.* 37 della legge, dove si dispone il rinvio ai recuperatori per le cause derivanti da crediti dei publicani ('*quoi publicano ex hac lege pecunia debetur ... ei quid publicanus eius rei causa sibi deberi darive oportere dicat, de ea re consul prove consule praetor prove praetore, quo in ius adierint ... recuperatores dato*').

20. Concludendo questa rapida rassegna possiamo già renderci conto che il problema della concezione romana del *populus* è assai più complesso di quanto non suole apparire dalle frasi sommarie che si leggono in larga parte dei moderni manuali, quando si pone il *populus* come «soggetto» di diritto privato.

Ciò cui i Romani son pervenuti (e questo ben presto) è stato il concepire il *populus* come una collettività sovrana, dominante nei confronti dei singoli, ed operante in una sfera giuridica fuori del diritto privato; esso non è mai considerato come un soggetto alla pari degli individui. Dalla caratteristica della sovranità del popolo deriva che ad esso può spettare ogni diritto di cui sono capaci i singoli, sicché il popolo può essere parte, insieme al privato, di rapporti giuridici, ma ciò non implica né per i Romani né per noi l'assorbimento nel concetto di «persona», intesa come centro di riferimento di diritti e di obblighi nella sfera del diritto privato e subordinata alla stregua degli altri soggetti di diritto all'ordinamento giuridico. Ciò avverrà solo (pur con talune attenuazioni) quando sorgerà la figura del *fiscus*, di cui diremo in seguito, in cui l'attività patrimoniale dello Stato viene ad avere «un fulcro distinto di subbiettività» e per il quale lo Stato e il cittadino si troveranno l'uno di fronte all'altro come due persone private.

Finché questo non avviene e cioè almeno per tutta l'età repubblicana e i primordi dell'Impero, «la completa identificazione che i Romani fanno, fra sovranità e Stato, per modo di esaurire la nozione di Stato nella nozione di sovranità, ha loro impedito di ammettere che lo Stato romano possa entrare in rapporti di diritto privato coi cittadini su piede di perfetta eguaglianza» (E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 160).

Questo modo di considerare la reale portata della figura del *populus Romanus*, in gran parte anticipata da ancor oggi pregevoli ricerche di studiosi nostri (C. LONGO, *Carattere giuridico dell'amministrazione finanziaria romana*, in «Archivio Giuridico», LXVII, 1891, F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco*, in «Studi senesi», XXV, 1908, e FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 22 ss.), ha avuto piena conferma dalla minuziosa e acuta rassegna generale dell'ELIACHEVITICH, di cui riportiamo le conclusioni (*op. cit.*, p. 31 s.): «il quadro dei rapporti patrimoniali del *populus Romanus* spiega chiaramente perché i giuristi classici non menzionano mai il *populus Romanus* quando abordano le questioni che, per noi, riguardano la personalità giuridica. Nello stato di cose che noi troviamo nella Roma repubblicana l'idea stessa della personalità giuridica dello Stato non poteva nascere. La base reale di questa idea è l'apparizione nel commercio giuridico, accanto alle persone fisiche, di altre formazioni sociali; per mezzo della personalità giuridica, queste formazioni sono messe su un piede di eguaglianza con le persone fisiche, divengono le stesse soggetti di diritti. Ora, il *populus Romanus*

non è stato mai posto al medesimo livello delle *privatae personae*. Essi erano, se così si può dire, 'incommensurabili'. Il *populus Romanus* dominava sempre i *singuli*. Esso aveva creato per sé una sfera giuridica separata inaccessibile alle *privatae personae*. I suoi diritti avevano un altro carattere dei diritti privati, gli istituti di cui si serviva erano fondati su altri principii. Il *populus Romanus* era al di fuori del diritto privato. Non si può parlare di lui come di una persona giuridica di diritto privato).

21. Se abbiamo tanto insistito sulla esatta individuazione della posizione giuridica del *populus Romanus* e sulla caratterizzazione della correlativa concezione romana è perché larga parte della dottrina moderna suole invece ancora presentare la figura del '*populus Romanus*' come il «prototipo» della persona giuridica (di diritto privato).

La realtà è diversa: il '*populus Romanus*', fino a quando questa entità storico-costituzionale avrà rilievo giuridico, è considerata figura a sé stante, non assimilata né assimilabile ad altre. Solo quando si avrà la figura del '*fiscus*' questo assumerà (e entro certi limiti) caratteri e funzione di «soggetto» di diritti privati, alla stregua di altri centri di riferimento operanti all'interno dell'ordinamento. Pertanto non si possono trasportare questi caratteri del '*fiscus*' al *populus Romanus* e concepire quest'ultimo in funzione di quei caratteri, che non gli sono propri.

Lo sforzo di una parte della dottrina per mettere all'origine di tutte le persone giuridiche il *populus Romanus* è determinato dal proposito di arrivare all'esistenza, già nel diritto romano, di una concezione unitaria della persona giuridica.

E' troppo presto, qui, per dire se, come, quando e in che misura il diritto romano sia arrivato a tale costruzione.

Ma si può sin da ora affermare che a questa tesi non giovano certo le testimonianze relative al *populus Romanus*. Queste, semmai, documentano che neppure rispetto allo stesso *populus Romanus* siamo in presenza di una «concezione unitaria» valevole per tutto il corso dello svolgimento storico di Roma. All'opposto l'esperienza romana presenta anche in questo campo la documentazione di un succedersi di soluzioni diverse, talvolta faticosamente e indirettamente raggiunte, spesso frammentarie e parziali, secondo i problemi da risolvere e i momenti storici, nessuna delle quali suscettibile di essere generalizzata e tale da essere elevata a prototipo o modello.

IV. Le *civitates*

22. Lasciando da parte ogni problema relativo agli altri ordinamenti sovrani diversi da quello romano, passiamo ora a considerare il problema della «personalità» delle varie comunità locali esistenti e operanti nell'ambito dell'organizzazione romana, man mano incorporate o create *ex novo* dopo l'espansione del dominio territoriale di Roma.

Riuniamo queste diverse comunità sotto il nome generico di '*civitates*' (che è quello che prevarrà nelle fonti più tarde), avvertendo che in realtà bisognerebbe distinguere, specialmente risalendo nel tempo e a seconda del rapporto in cui si trovavano nei confronti di Roma, fra '*municipia*', '*coloniae*', '*civitates*' e per ciascuna di queste categorie operare ulteriori distinzioni e classificazioni. Bisognerebbe altresì considerare che per un certo numero di comunità privilegiate l'incorporazione nel sistema romano non le privò interamente della sovranità in senso moderno, sicché almeno per tutta l'età repubblicana (ma dal punto di vista formale l'affermazione può valere fino agli Antonini, cioè al II secolo d.C.) per taluni aspetti si può persino parlare dell'esistenza di rapporti «internazionali» fra esse e Roma (così G.I. LUZZATTO, *Rassegna epigrafica greco-romana [IV]*, in «Iura», VIII, 1957, p. 316 nt. 1).

Ai fini della nostra ricerca, ciò che qui interessa sono però i modi in cui sono stati considerati e risolti i problemi della capacità giuridica di queste comunità. Sotto questo profilo – e specialmente per quanto riguarda i rapporti di diritto privato – le fonti non sembrano fare distinzioni fra i diversi tipi di comunità e pertanto l'unificazione sotto il termine generale di '*civitates*' è meno arbitrario di quanto

potrebbe sembrare a prima vista.

23. La prevalente dottrina romanistica afferma che la personalità giuridica delle *civitates* fosse modellata in analogia a quella del *populus Romanus*. Abbiamo già visto nel capitolo precedente come la posizione del *populus Romanus* non sia inquadrabile nello schema della personalità giuridica in senso moderno, in quanto il rilievo prevalente è attribuito sempre agli aspetti pubblicistici della sua struttura e dei suoi rapporti, i quali anche quando si svolgono nella sfera privatistica sono attratti e assorbiti dalla regolamentazione pubblicistica.

La falsa impostazione moderna (creazione della capacità delle *civitates* ad immagine di quella del *populus Romanus*), oltre che dalle ragioni d'ordine generale già esposte nel capitolo precedente, sembra talvolta determinata dalla suggestione di un passo famoso:

D. 3.4.1.1 (Gai. 3 *ed. prov.*): quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est *ad exemplum rei publicae* habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem *tamquam in re publica*, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Torneremo su questo tormentatissimo testo, quando ci occuperemo dei *collegia*.

Ma per intanto è da osservare subito che il riferimento alla *res publica* non va inteso nel senso di 'res publica Romana' (cioè lo Stato, il *populus Romanus*), ma proprio di organizzazione municipale. Gli attributi che il testo enumera – *arca communis*, *actor*, *syndicus* – non lasciano dubbi che ci si riferisse al *municipium* (cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 3 nt. 10, con bibliografia). Pertanto esso può servire solo a sostenere (eventualmente) che l'organizzazione cittadina e i relativi concetti su di essa elaborati possono esser serviti di modello per l'elaborazione dottrinarica dei *collegia*, non certo a dimostrare che la capacità dei *municipia* fosse stata essa stessa modellata su quella del *populus Romanus*.

Sgombrato il terreno di questo possibile equivoco testuale, passiamo ad esaminare un altro testo che è stato sempre considerato fondamentale per la ricostruzione del pensiero romano sull'argomento:

D. 50.16.16 (Gai. 3 *ed. prov.*): Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus. nam 'publica' appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.

Dal passo si suole dedurre che le *civitates*, considerate come enti collettivi a base personale, fossero soggetti di diritto privato alla pari dei privati cittadini. Il frammento è probabilmente stato abbreviato dai compilatori giustiniane per inserirlo nel Digesto, libro 50, titolo 16 'de verborum significatione', che raccoglie una serie di definizioni; non possiamo quindi valutare appieno il passaggio dalla spiegazione delle parole 'publicanus ... publica' a quella del termine 'civitas'. Tuttavia, se vogliamo fermarci alla lettera del testo senza caricarlo d'interpretazioni preconcepite, esso dice semplicemente che la *civitas* si ha in luogo dei privati cittadini: non vi è dunque espresso il concetto di un insieme di persone organizzate, meno ancora quello di ente collettivo.

Il problema va quindi esaminato un po' più da vicino. Naturalmente non possiamo qui entrare nei particolari dello svolgimento della capacità giuridica delle *civitates*. Riassumiamo quindi alcune considerazioni dell'Eliachevitch che ci sembrano assai penetranti, rinviando alla sua ampia trattazione per la dimostrazione.

L'Eliachevitch comincia con l'affermare (*op. cit.*, p. 104) che «i municipi non sono sortiti dal seno del *populus Romanus*. L'autonomia municipale non fu il prodotto dello sviluppo organico della città romana. I primi elementi del sistema municipale erano i resti dell'autonomia delle città straniere che i Romani non hanno potuto assorbire interamente. Più Roma dovette trattare con riguardo le città straniere incorporate, e più larga fu l'autonomia che essa lasciò loro ... L'autonomia municipale non era dunque una parte dei poteri del *populus Romanus* trasferita ad organismi nati nel suo seno. Al contrario, era una parte dell'antica sovranità delle *civitates* che Roma aveva loro lasciata. E'

comprensibile quindi che i Romani almeno da principio vedessero nei municipi un corpo estraneo, che s'era introdotto nella vita romana. I giureconsulti considerarono per lungo tempo l'autonomia municipale come un'istituzione contraria al principio dell'unità dello Stato e alla sovranità del *populus Romanus*. Questo spiega la tendenza ad interpretare l'autonomia nella maniera più stretta possibile e ad opporre i *municipia* al *populus Romanus* sovrano». Così Labeone afferma che la sottrazione di beni municipali costituisce soltanto *furtum* mentre quella dei beni pubblici (cioè quelli del *populus Romanus*) era *peculatus*. Questa netta distinzione sarà riaffermata nell'età dei Severi, cioè alla fine del II secolo d.C., da Ulpiano e conservata nel Digesto giustiniano: '*Bona civitatis abusive 'publica' dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*' (D. 50.16.15).

«Stando così le cose – prosegue l'Eliachevitch (p. 106) – non era questione di mettere i municipi in una situazione giuridica che non era confacente che al solo *populus Romanus* sovrano. Non restava che una sola via: sottometterli alle regole giuridiche create per i rapporti delle *singulae personae*. Il pensiero giuridico romano s'è impegnato in questa via. Esso ha adottato come filo conduttore il principio secondo il quale i municipi debbono essere trattati allo stesso modo dei privati, vale a dire sottomessi alle regole del diritto privato. Certo, si trovano anche dei casi in cui certe forme prese in prestito alla pratica dello Stato erano applicate ai municipi. Queste sono in parte sopravvivenze storiche, in parte conseguenza della particolarità dei rapporti. Ma non sono che eccezioni alla regola generale che resta sempre l'applicazione delle norme e delle forme del diritto privato».

«Il compito che incombeva così al genio giuridico romano consisteva nell'applicazione alle collettività delle forme che, fin'allora, non erano applicate che agli individui ... *Come sempre, i Romani procedettero non per la via della soluzione teorica del problema più o meno teorico, ma passo a passo, trattando questioni concrete, poste dalla vita, l'una dopo l'altra*».

Nella ricostruzione del processo di formazione di questa capacità, l'Eliachevitch attribuisce – e a nostro avviso assai giustamente – una posizione di gran rilievo ai problemi della legittimazione processuale, attiva e passiva, dei municipi. Ricollegandosi a uno studio di P. RAMADIER (*La représentation judiciaire des cités d'après l'édit du préteur*, in «Etudes P.F. Girard», Paris, 1913, I, p. 259 ss.), egli suppone che i due editti contenuti nell'albo pretorio '*quibus municipum nomine agere liceat*' e '*quod adversus municipes agatur*' costituiscano il principale punto di partenza della progressiva elaborazione giurisprudenziale. La loro data è remota (forse addirittura di poco posteriore alla guerra sociale conclusasi nell'88 a.C.). Ed è significativo che il problema giuridico delle *civitates* sia studiato dai giuristi classici in relazione al commento di questi editti. Esse sono sottomesse alla stessa giurisdizione dei privati, esperiscono le stesse azioni.

Vediamo così affermarsi e svilupparsi una sempre più piena partecipazione delle *civitates* al commercio giuridico dei privati: hanno gli stessi diritti reali, compiono i medesimi atti, stabiliscono i medesimi rapporti obbligatori, e finalmente acquistano una sempre più piena capacità di succedere, forse dapprima *ab intestato* dai loro liberti, poi per legato (*Ulp. Reg. 24.26: 'Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest: idque a divo Nerva introductum est, postea a senatu auctore Hadriano diligentium constitutum est'*), e per fedecommissio particolare e universale. Infine potranno essere istituite eredi, prima dai propri liberti, poi da chiunque, come riconoscerà una costituzione dell'imperatore Leone del 469 d.C., C.I. 6.24.12: '*Hereditatis vel legati seu fideicommissi aut donationis titulo domus aut anno-nae civiles aut quaelibet aedificia vel mancipia ad ius inclitae urbis vel alterius cuiuslibet civitatis pervenire possunt*' (per maggiori particolari sullo sviluppo di tale capacità a succedere si veda ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 154-163, con ampia bibliografia; cfr. anche BIONDI, *Successioni*, cit., p. 124 ss.).

Caratteristica è però la ragione per la quale ancora nello cosiddette *Regulae Ulpiani* si affermava l'impossibilità (per lo *ius civile*) di ammettere un'istituzione di erede a favore dei *municipia* o dei *municipes*:

Ulp. Reg. 22.4: Incerta persona heres institui non potest ... quoniam certum consilium debet esse testantis. 5. Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant.

24. Il testo delle *Regulae* ora riportato mostra con tutta evidenza che il processo di formazione della piena capacità giuridica era in definitiva tutt'altro che facile. Anche se in questo caso potevano giocare ragioni di opportunità politica, cioè evitare la formazione di nuclei economicamente potenti che potessero contrapporsi allo Stato (così FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, p. 210: cfr. BIONDI, *Successioni*, cit., p. 125 nt. 1), rimane pur sempre che la *ragione giuridica* è ricercata dai giuristi nel fatto che lo *ius civile* non ammetteva la validità di disposizioni testamentarie a favore di *persona incerta*, cioè quella che *'per incertam opinionem animo suo testator subicit'* (Gai., *inst.* 2.238).

E che al tempo in cui si è formato il materiale (Gaio, Ulpiano, Modestino), da cui sono state tratte nel IV secolo le cosiddette *Regulae Ulpiani*, questa giustificazione fosse ritenuta valida per escludere la capacità dello città, ci permette di cogliere e constatare come il processo di «personificazione» fosse allora tutt'altro che compiuto.

Ma un'altra circostanza va sottolineata, e cioè che nel testo si parla di *'municipia'* e *'municipes'*, con una soluzione negativa che riguarda entrambi. Il che significa non solo che la cosiddetta «personificazione» ancora non era avvenuta, ma pure che il modo di rappresentarsi l'entità di cui si discorreva era ancora oscillante fra concezioni diverse, per le quali il centro di riferimento poteva apparire costituito tanto dal *municipium*, quanto dai *municipes*.

E in realtà l'idea «corporativa» – che finisce per prevalere nella compilazione giustiniana e che, per aver fornito una base alle nozioni sviluppatesi nel diritto intermedio, è stata soprattutto presa in considerazione dalla dottrina moderna – non è la sola alla quale la giurisprudenza romana abbia fatto ricorso per risolvere concettualmente il problema dei rapporti giuridici in cui fossero parti le *civitates*.

Accanto ad essa si trovano infatti nelle fonti altre concezioni che consentono ugualmente di riferire una sfera d'interessi patrimoniali alla *civitas*, pur senza considerarla come ente astratto, composto dall'universalità dei cittadini.

25. Così ad esempio il più antico pensiero in argomento non giungeva a concepire i diritti e gli obblighi del gruppo come propri di un'entità distinta dai singoli suoi componenti, ma ammetteva che appartenessero *pro parte* a ciascuno dei membri.

Di questa originaria costruzione della *civitas* come condominio rimangono, sia pur in forma sfumata ed imprecisa, alcune tracce nelle fonti. Nelle leggi coloniche e municipali (statuti dati da Roma all'atto di costituzione della *civitas*, in cui veniva stabilito e determinato l'ordinamento della comunità) si trovano espressioni indicative in questo senso: ad esempio *'res'* o *'pecunia communis municipum eius municipi'*; *'dare municipibus'*; *'municipum municipi Malacitani nomine petetur'*; *'colonis coloniae municipum eius municipi locari'*; *'colonis coloniae Genetivae Juliae dare'*. Le colonie, il municipio non sono qui presupposti come entità astratta, ma sono l'insieme dei singoli cittadini in concreto: sono i *municipes*, i coloni, che possiedono, concludono contratti, agiscono nel commercio giuridico. Allo stesso modo i due editti con cui il pretore ammise le *civitates* a stare in giudizio (*'quibus municipum nomine agere liceat'* e *'quod adversus municipes agatur'*) facevano ancora riferimento ai cittadini e non al municipio come ente.

All'elemento che si può trarre da questa terminologia corrisponde una distinzione che troviamo negli scritti degli agrimensori tra terreni in proprietà della colonia, e terreni destinati all'utilità comune dei cittadini.

Front., *controv. agr.* 54.17-19 (L.): Sunt autem loca publica haec quae inscribuntur ut silvae et pascua publica Augustinorum. haec videntur nominibus data ... est alia inscriptio quae diversa significatione videtur esse, in quo loco inscribitur silva et pascua, aut fundus Septicianus, coloniae Augustae Concordiae. haec inscriptio videtur ad personam coloniae ipsius pertinere ...

La situazione dei terreni della prima categoria – come ha dimostrato il Mitteis – rispecchia la teoria originaria di una proprietà comune che si ritrova anche nel regime dell'*ager compascuus*, territorio sul quale tutta la comunità aveva il diritto di pascolo:

Fest., sv. '*compascuus ager*' (L. p. 35): *ager relictus ad pascendum communiter vicinis*.

Cic., *top.* 3.12: *si compascuus ager est, ius est compascere*.

Da tutti questi elementi si può quindi ricostruire un'idea originaria ed elementare secondo la quale la *civitas* non era ancora concepita come un'entità autonoma distinta dai suoi membri ed avente propri diritti ed obblighi patrimoniali. A questa concezione, che potremmo dire collettivistica, sembra appunto ricollegarsi la giustificazione delle *Regulae*, allorché si dice che '*neque cernere universi neque pro herede gerere possunt*'.

26. Un'altra teoria si riallaccia ad un diverso significato del termine '*civitas*', inteso come il luogo dove risiedono i *cives*: il territorio della comunità, i cui confini materiali coincidevano attualmente con quelli di un aggregato urbano e delle immediate vicinanze:

Aul. Gell., *noct. Att.* 18.7.5: '*civitatem*' dici ... pro loco et oppido ...

Su questo elemento si innesta una concezione che potremmo definire «territoriale», secondo la quale a centro di riferimento di diritti viene assunto il luogo stesso della *civitas*, inteso nella materiale estensione determinata dai suoi confini, distinto ed indipendente dagli abitanti. Tale pensiero è presupposto in

D. 7.4.21 (Mod. 3 *diff.*): *Si usus fructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usum fructum*.

Il problema che si poneva a Modestino era quello dell'ammissibilità dell'usufrutto costituito per mezzo di legato a favore della città, senza fissare un termine di scadenza. La costituzione di un tale diritto dava luogo a dubbi, poiché in questo caso l'usufrutto poteva diventare perpetuo, in contrasto con il principio della temporaneità caratteristico dell'istituto.

Possiamo prescindere dalle discussioni dei giuristi sull'argomento, e dalle possibili soluzioni del problema. A noi interessa constatare che volendo prospettarsi l'ipotesi dell'estinzione dell'usufrutto, Modestino richiama la possibilità di un fine della *civitas* stessa; e a questo scopo ricorda che le città cessano di esistere qualora su esse venga passato l'aratro. Tale atto simbolico corrispondeva – con effetto opposto – all'aratura del *pomerium* che, nell'antico rito sacrale di fondazione delle città, serviva a fissarne i confini (sui riti di fondazione si veda oltre). Modestino quindi, richiamando l'*exaratio* come ipotesi di fine della città, cui conseguirebbe l'estinzione dell'usufrutto legato ad essa, parte da una concezione che prescinde completamente dall'elemento personale come base dell'ente collettivo '*civitas*'. Se il giurista avesse considerato il problema sotto questo profilo, avrebbe più facilmente ammessa l'estinzione della città per il venir meno di tutti i membri del gruppo: ciò era comunemente riconosciuto per altri enti collettivi, né doveva essere infrequente proprio nell'epoca sua, tormentata da continui e gravi episodi di guerre intorno ai confini. Invece, mettendo in rilievo l'elemento territoriale della *civitas*, Modestino ci consente di individuare una concezione secondo la quale i rapporti giuridici riferibili alla comunità dei cittadini non facevano capo ad un ente collettivo e personalizzato, bensì alla città intesa nella materiale estensione dei suoi confini.

Tale concezione, di cui non potremmo trascurare l'importanza anche se fosse isolata e prospettata per il solo caso concreto quale appare nel frammento del Digesto ora commentato, trova forse un importante dato di conferma in un altro passo dell'opera di Frontino già richiamata:

Front., *controv. agr.* 17.1-3 (L.): *quae ad ipsam urbem pertinent, sive quod intra pomerium eius urbis erit ...*

L'agrimensore espone qui la situazione giuridica di quei territori dei quali altrove, nell'altro passo sopra riportato, dice '*videtur ad personam coloniae ipsius pertinere*' (*supra*, § 25 [p. 39]). Ambedue le espres-

sioni sono usate ad indicare l'appartenenza alla città, in opposizione alla proprietà comune dei coloni ammessa per altri terreni: è già stato rilevato che, nella seconda di esse, il termine *persona* non può riferirsi ad una spiegazione teorica basata sulla personalità giuridica della colonia. Noi possiamo ora aggiungere che, nella prima espressione (*'ad ipsam urbem pertinent ... quod intra pomerium ...'*), si trova lo stesso elemento materiale costituito dalle mura della città preso in considerazione da Modestino; ciò permette di affermare che la speculazione giuridica romana individuasse nel territorio della *civitas* un centro di riferimento dei rapporti patrimoniali del gruppo.

27. Accanto alle due costruzioni cui abbiamo accennato nei paragrafi precedenti, venne formandosi una terza concezione nella quale il regime giuridico delle *civitates* tende ad avvicinarsi sempre più a quello moderno di corporazione.

Man mano che il pretore, il senato ed il principe vennero ad inserire sempre più profondamente le *civitates* nel commercio giuridico privato e quindi a riconoscere la loro subordinazione alle regole del diritto privato alla pari dei singoli, la giurisprudenza classica venne ponendo, almeno rispetto ad alcuni rapporti, la nozione di un ente distinto dai suoi membri, unitariamente inteso e considerato come centro di riferimento in se stesso, indipendentemente dalle persone che lo componevano. Se e in quale misura ciò costituisca vera e propria «personalità giuridica» (in senso moderno) non è qui il luogo di discutere. Certo che quando Marciano nelle sue Istituzioni (D. 18.6.1) affermava *'universitatis sunt, non singulorum quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum'* e lui stesso o i compilatori giustinianeî aggiungono *'ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur'*, non v'è dubbio che siamo in presenza di una concezione nuova e diversa dalle altre fin qui considerate (anzi polemica rispetto alla concezione collettivistica).

E' appunto da questa posizione di pensiero che nasce la famosissima formulazione di Ulpiano (10 *ed.*) che si legge in D. 3.4.7.1:

Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.

Si discute se questo testo si riferisse originariamente ai *collegia* o alle *civitates*. L'Albertario ha sostenuto che si riferisse alle seconde (sicché Ulpiano avrebbe scritto *'si quid civitati debetur civibus non debetur: nec quod debet civitas cives debent'*). Anche ammesso che ciò sia, la sostanza – ai fini della nostra dimostrazione – non cambia e per il diritto giustiniano il passo ulpiano acquista un valore generale (sul testo cfr. E. ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in *Studi di diritto romano*, I, p. 109 ss., ed ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 297 nt. 122), tanto che diverrà il perno di ogni successiva elaborazione in argomento, dalla glossa ai nostri giorni.

Infine nella compilazione giustiniana si troverà un testo (D. 46.1.22), in cui si dice che il *'municipium'* tien luogo di «persona»: *'personae vice fungitur'*. Ma di esso ci occuperemo in seguito.

28. Con questa sommaria rassegna in tema di *civitates* non abbiamo certo la pretesa di avere trattato esaurientemente questa vasta o complessa materia.

Ma riteniamo di avere dato quanto necessario per sottolineare che neppure in materia di *civitates* si ha unità di concezioni e di soluzioni. Per questo, pur avendo utilizzato e apprezzato al massimo grado l'indagine dell'Eliachevitch non sapremmo sottoscrivere ad una delle sue principali affermazioni e cioè che nelle varie concrete manifestazioni del pensiero giuridico romano la *connessione* di una visione unitaria del problema *non era mai rotta* e che tutte le diverse soluzioni *erano alla fin fine uscite da un principio generale* (*op. cit.*, p. 106).

In realtà mi sembra che si dovrebbe affermare proprio il contrario e cioè che quella che nell'esperienza giuridica romana manca è una visione unitaria e un principio generale.

E questo non solo per il fatto che la giurisprudenza romana e gli imperatori procedono empiricamente, unicamente preoccupati – come ben dice l'Eliachevitch – di risolvere le questioni con-

crete, poste dalla vita, l'una dopo l'altra, ma pure perché in queste soluzioni, per quanto «empiristiche», si seguono principii diversi o quanto meno perché da esse emergono concezioni che non sono affatto unificabili in un unico principio generale. Ciò che è unico è il problema pratico intorno al quale ruotano le varie soluzioni, ma ciò non significa che debba perciò esservi anche un unico principio risolutivo.

Nella stessa compilazione giustiniana, nella quale – come abbiam detto – prevarrà l'idea di un'unità astratta, rimangono le testimonianze delle altre concezioni: quella «territoriale» attraverso il passo di Modestino in D. 7.4.21 e quella «collettivistica» in numerosi frammenti, come ad esempio in D. 41.2.1.22 di Paolo, dove si dice che i *'municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt'*, oppure nei passi in cui si parla ancora dei beni municipali come di *'res communes omnium'* (Gaio D. 3.4.1.1, Marciano D. 1.8.6.1: sul complesso problema del rapporto fra questa espressione e le *res communes omnium*, nonché su tutti gli intricatissimi problemi della classificazione delle *res* nei vari momenti storici si veda la bella indagine di G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1940).

E le testimonianze della concezione «collettivistica» sono tanto importanti e vive che i glossatori, pur di solito così sensibili a cogliere l'orientamento prevalente della compilazione giustiniana, finiranno col dare la prevalenza ad esse, sicché diranno *'universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt'* (gl. *'non debetur'*, ad l. 7,1 D. 3.4): cfr. FERRARA, *Teoria*, cit., p. 72 ss., dove però forse a torto si riporta questa interpretazione all'influenza delle concezioni germaniche.

Le loro incertezze derivano dalla pluralità di concezioni che si intrecciano nelle fonti romane e che solo le moderne interpretazioni unificatrici hanno a torto preteso di cancellare o pretermettere. In effetti, nella realtà dell'esperienza giuridica romana, il problema delle *civitates* quali centro di riferimento di diritto e di obblighi, oltre a distinguersi dal problema del *populus Romanus*, conobbe una molteplicità di soluzioni diverse, non solo in una successione temporale, ma anche in uno stesso momento storico.

Questo punto merita di esser tenuto presente, perché se riusciremo a sottrarci alla suggestione, creata dalle interpretazioni moderne, delle *soluzioni unitarie*, delle *soluzioni «monistiche»*, del *principio generale* unico, ci sarà più facile intendere come anche in materia di cosiddette «fondazioni» il problema pratico fu risolto attraverso soluzioni molteplici, non riconducibili ad unità.

V. I collegia

29. Tra gli enti che potremmo modernamente qualificare a struttura corporativa, il mondo romano conobbe – accanto al *populus Romanus* e alle *civitates* – anche una serie assai numerosa di figure minori chiamate per lo più *'collegia'*, *'sodalitates'*, *'sodalicia'*, *'societates'*, in età più recente anche *'corpora'* e *'universitates'*.

Sulla terminologia, specialmente ricca e varia nelle fonti epigrafiche, si vedano J.P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les romains*, Louvain, 1895-1900, IV, p. 236-242, U. COLI, *Collegia e sodalitates*, Bologna, 1913, e con ampio sviluppo SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., I, p. 59 ss., 147 ss., 175 ss., 217 ss., e con altre indicazioni bibliografiche F.M. DE ROBERTIS, *Il diritto associativo romano dai collegi della repubblica alle corporazioni del Basso Impero*, Bari, 1938, p. 14-23. Sui *collegia* si vedano inoltre, fra i più recenti contributi, BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 157 ss., P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938, p. 199-304, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 95 ss., K. OLIVECRONA, *Corporations as universitas*, in *Three Essays in roman Law*, Copenhagen, 1949, p. 511, F. DE VISSCHER, *La notion du «corpus» et le régime des associations privées à Rome*, in «Scritti C. Ferrini», Milano, 1949, IV, p. 43 ss., H. KRELLER, *Zwei Gaiustellen zur Geschichte der juristischen Person*, in «Atti Verona», 1953, I, p. 3 ss., K. OLIVECRONA, *Corpus and collegium in D.3.4.1*, in «Lura», V, 1954, p. 181 ss., e U. VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, in «L'Europa e il diritto romano. Studi P. Koschaker», Milano, 1954, II, p. 467 ss.

Assai arduo il problema della loro classificazione, poiché ve ne sono a carattere pubblico e a carattere privato e molti vennero mutando nel tempo fisionomia e funzione.

Un esame, anche sommario, ci porterebbe troppo lontano: ci limitiamo quindi ad enumerare collegi sacerdotali pubblici, collegi sacerdotali privati cui veniva affidato l'esercizio di un culto pubblico, associazioni religiose private per onorare una particolare divinità; associazioni conviviali al fine di costituire circoli di svago per i soci, associazioni funerarie allo scopo di assicurare agli aderenti sepoltura e riti, associazioni professionali fra gli esercenti uno stesso mestiere, associazioni politiche, associazioni di impiegati pubblici, associazioni di veterani, etc., sino ad arrivare ai collegi professionali incaricati di pubblici servizi, alle corporazioni ufficiali del Basso Impero, alle organizzazioni coattive di classi sociali, come gli ordini dei decurioni delle amministrazioni cittadine.

L'esistenza di molte di queste forme associative è attestata per epoche remotissime. Alcune sodalità religiose, come quelle dei Luperchi e degli Arvali, sembrano addirittura anteriori alla fondazione di Roma (cfr. COLI, *Collegia*, cit. p. 71 ss., e DE ROBERTIS, *Il diritto associativo*, cit., p. 24). E l'organizzazione di collegi artigiani (*collegia opificum*) è fatta risalire dalla tradizione all'età regia (per più ampie notizie e discussione dei dati cfr. COLI, *Collegia*, cit., p. 49 ss., e DE ROBERTIS, *Il diritto associativo*, cit., p. 27 ss.). Moltissime altre risalgono con certezza al III, al II, al I secolo a.C.

Ciò pone un problema preliminare, poiché i giuristi dell'età classica affermano che la struttura giuridica dei *collegia* fu regolata sulla base di quella dei *municipia*, ad esempio per quanto riguarda i beni e gli organi comuni. Ma le prime disposizioni pretorie tendenti ad inserire le *civitates* nei rapporti giuridici privati che sopra abbiamo visto si possono riportare all'ultimo secolo della repubblica, mentre, per quanto ora si è detto, noi sappiamo essere molto più antica l'apparizione in Roma di quei collegi che, nell'età imperiale, figurano in qualità di enti collettivi equiparati ai municipi.

Per giungere ad una soluzione che concili lo sviluppo storico con quelle affermazioni testuali, bisogna distinguere il problema relativo alla libertà di riunione da quello della capacità giuridica delle associazioni (su ciò specialmente BETTI, *Diritto romano*, cit., I, p. 155 ss.).

30. Per quel che riguarda la prima questione, è certo che già le XII Tavole ammettevano la formazione di aggruppamenti a scopo di culto, che potevano darsi una regolamentazione autonoma (*pactio* o *lex collegii*) purché non in contrasto con le norme della legislazione cittadina:

D. 47.22.4 (Gai. 4 l. XII tab.: Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt ... his autem potestatem facit lex (XII tab.) pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

La disposizione aveva lo scopo di garantire lo Stato che la *lex collegii* non vincolasse gli associati a norme di condotta in contrasto con gli interessi della comunità. Essa permette di dedurre la piena libertà di associazione di cui godevano i cittadini romani, sia anteriormente alla *lex XII tabularum*, sia in seguito, poiché l'unico limite da essa posto era puramente negativo e si riferiva non alla libertà di associarsi ma al contenuto degli statuti, che dovevano essere conformi alle leggi. Dalla disposizione appare inoltre che lo Stato si disinteressava completamente, salvo questa restrizione, del regime giuridico delle associazioni e della possibilità di rapporti privati facenti capo ad esse.

La legislazione successiva, ispirandosi a ragioni politiche, andò sempre più limitando la libertà di associazione: conosciamo diverse disposizioni con cui prima il senato, poi Cesare ed Augusto provvidero a sciogliere autoritativamente molti collegi, la cui attività sembrava implicare un pericolo per l'ordine pubblico (cfr. Svet., *Iul.* 42 e *Aug.* 32). Infine lo stesso Augusto, con una legge che riduceva a pochissime le associazioni esistenti, sottopose al consenso del senato o del principe la costituzione di nuovi collegi (sulle molteplici questioni intorno alla cosiddetta *Lex Iulia de collegiis* cfr. DE ROBERTIS, *Il diritto associativo*, cit., p. 169 ss.). Ma anche con quest'ultima norma la questione della libertà di associazione resta separata da quella del riconoscimento di personalità giuridica. L'autorizzazione statutale a costituire un *collegium* non implicava infatti – contrariamente a quanto è stato sostenuto da una parte della dottrina – il riconoscimento dell'autonomia patrimoniale del gruppo, ma consisteva solo in un controllo basato su ragioni d'ordine pubblico ed attribuiva esclusivamente la facoltà di riunirsi (cfr. «CIL.» VI.2.4416: '*quibus senatus C.C.C. permisit e lege Iulia*', spiegato dal Mommsen come '*senatus c[oire] c[onvo]...care] c[ogi] permisit*' e forse più opportunamente da A. BERGER

(C.C.C., *A contribution to the latin terminology concerning collegia*, in «Epigraphica», IX, 1947, p. 44 ss.) come ‘*senatus c[ollegium] c[onvenire] c[onvenire] permisit*’ o simili, in quanto l’espressione ‘*convocare cogi*’ era propria dei comizi e si ritiene che non si sarebbe potuta applicare ad assemblee private di collegi).

31. Il secondo problema sembra invece sia stato impostato e risolto solo nel corso dell’età classica. Non s’intende con questo che prima d’allora non esistesse una sfera di interessi patrimoniali riferibili al gruppo dei *sodales*, ma dalle fonti non emergono elementi per affermare che quei gruppi fossero già stati assunti dall’ordinamento giuridico come centri autonomi di riferimento di diritti e di obblighi.

Così, ad esempio, i testi gromatici che parlano di beni di collegi sacerdotali pubblici (Sic. Flacc., *cond. agr.* 162.28-29 (L.): ‘*collegia sacerdotum itemque virgines habent agros et territoria quaedam etiam determinata*’; Hyg., *cond. agr.* 117.5-6 (L.): ‘*Virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditu sunt locatim*’) sono tutti dell’età imperiale. Inoltre proprio questi testi gromatici ed altre fonti lasciano intendere, anche per la stessa età imperiale, che i beni di questi collegi erano probabilmente pubblici, cioè spettanti al *populus Romanus* (così ad esempio un gromatico molto tardo, Agenn. Urb., *controv. agr.* 56.19-21 [L.], parlando degli abusivi occupatori, dice che questi non si arrestavano neppure davanti ai boschi sacri, ‘*quorum solum indubitate populi Romani est*’). E per l’età repubblicana sappiamo, ancorché da una fonte molto posteriore, che nell’anno 93 a.C. (Oros., *hist.* 5.18.27), essendo ‘*penitus exhaustum aerarium*’, fu effettuata la vendita dei ‘*loca publica quae in circuitu Capitolii pontificibus auguribus decemviris et flaminibus in possessionem tradita erant*’.

A parte la situazione delle *res sacrae*, cui accenneremo in seguito, da queste ed altre testimonianze si è dedotto (e nonostante qualche opinione discorde, ci sembra giustamente) che rispetto ai *collegia sacerdotum populi Romani* (pontefici, auguri, vestali, feziali, etc.), il problema di una capacità patrimoniale autonoma da quella del *populus Romanus* non si sia mai posta (cfr., seguendo Dirksen e Mommsen, quanto dice in questo senso l’ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 206 ss.: i loro beni erano beni dello Stato, separati di fatto dal patrimonio pubblico, per una destinazione speciale. Decisiva al riguardo sembra la circostanza che i loro schiavi erano sempre *servi publici* (si vedano le iscrizioni citate da ELIACHEVITCH, p. 207, nt. 26).

Questi argomenti non possono valere per gli altri collegi religiosi incaricati di un culto pubblico (*sacra publica pro populo*): tuttavia neppure per essi abbiamo testimonianze riferibili all’età repubblicana da cui risulti una vera e propria capacità del *collegium* come tale, che provvedeva alle proprie necessità mediante contributi raccolti volta a volta fra i *sodales* (per le numerose e ardue questioni che presentano queste figure, si veda, con riferimenti bibliografici, ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 208-218).

Passando alle associazioni private, pullulanti nell’età repubblicana, dalle religiose alle professionali alle politiche, assai dubbio è che ad esse fosse già riconosciuta una vera e propria capacità giuridica, cioè fossero assunte dall’ordinamento giuridico come centri autonomi di riferimento di diritti e di obblighi. Il loro funzionamento si fondava soprattutto sulla contribuzione mensile (*stips menstrua*), sistema attestato da epigrafi, testi letterari, fonti giuridiche e consistente in una quota fissa o *pro cuiusque copia* (cfr. ad esempio l’iscrizione, dell’84 a.C., in «Ephemeris epigraphica» VIII, 1899, n. 473, p. 122 = «CIL.» I.2, 683). Il che oltre tutto rendeva assai semplice l’amministrazione e praticamente non poneva questioni giuridiche. Il problema del locale dell’assemblea (*schola*) era risolto con l’ospitalità da parte di qualche tempio (cfr. Fest., *verb. sign.*, sv. ‘*scribas*’ [L. p. 446]: ad un *collegium scribarum*, che ricomprendeva anche i *poetae*, era permesso di ‘*in Aventino aedis Minervae ... consistere ac dona ponere*’) o con concessioni *praecario* (cfr. anche «CIL.» X, 5904)*.

Una conferma che il sistema associativo non consentisse ancora per l’età repubblicana e all’inizio dell’età imperiale una proprietà del *collegium* come tale, la si può trarre dal fatto che quando si vollero in quest’età realizzare dei sepolcri collettivi (*monumenta* e *columbaria*), si costituirono delle vere e proprie *societates* secondo gli schemi privatistici. Molte sono le iscrizioni che parlano di *socii mo-*

*) Si è qui provveduto ad eliminare alcuni refusi nella citazione delle fonti (*nota del curatore*).

numenti, costruito con i loro conferimenti (ad esempio «CIL.» VI, 11034: «XXXVI sociorum, qui in eo monumento contulerunt pecunia uti aedificarentur»). Ogni socio aveva la sua quota-parte, uguale o no, secondo i conferimenti, e ne disponeva a piacimento (almeno fino a che non fosse avvenuto il primo seppellimento). Queste forme di società scompaiono nel corso del I secolo d.C., soppiantate dai *collegia funeraticia* (su tutto ciò con ampia bibliografia e testi cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 243-250).

32. Bastano questi pochi cenni per fare intendere come le fonti non consentono di affermare che la cosiddetta «personalità giuridica» fosse riconosciuta *ab antiquo* ai vari *collegia*. L'ammissione di un centro autonomo di diritti o di obblighi è posteriore all'età repubblicana e pertanto è anche posteriore al riconoscimento della capacità dei *municipia* o delle *civitates*.

A tale riguardo non è certo senza peso il fatto che testi della giurisprudenza classica spesso contengano delle generalizzazioni per le quali principii e norme elaborate per i *municipia* vengono estesi ai *collegia*. Le stesse iscrizioni riguardanti questi ultimi sembrano talvolta ricalcare espressioni tratte da una terminologia propria alle *civitates* (cfr. ad esempio «CIL.» XIV, 2299: «... incomparabili fide rempublicam gerenti corporis»: su questo e altri testi cfr. SCHNORR VON CARLSFELD, *Geschichte*, cit., I, p. 388 s.).

Lo stato delle fonti non consente di ricostruire un quadro più o meno preciso dello sviluppo della capacità dei collegi durante l'età classica (cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 274), tanto più che alcune generalizzazioni e unificazioni terminologiche sono di evidente mano dei compilatori giustinianeî (cfr. ALBERTARIO, *Corpus e universitas*, cit., p. 99 ss.).

Il punto di partenza di questo sviluppo è assai probabilmente da vedere nella concessione pretoria della capacità di stare in giudizio, attivamente e passivamente.

La rubrica del titolo IV del libro III del Digesto giustiniano è modellata su una corrispondente rubrica dell'editto perpetuo del pretore urbano. Essa suona «*quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*». Il Lenel l'ha accolta nella sua ricostruzione dell'Editto, § 34. O. GRADENWITZ, *Conjecturen*, in «Grünhuts Zeitschrift Privat- und Öffentliches Recht der Gegenwart», XVIII, 1890, p. 338 nt. 1, ha ritenuto non genuine le parole «*vel contra eam*», tendendo ad affermare l'esistenza di un doppio editto, come per i *municipes*, e in *Nochmals über das Statut der Elfenbeinarbeiter*, in «ZSS», XXV, 1892, p. 138 ss., ha così proposto l'approssimativa ricostruzione della rubrica del primo: «*quibus permissum est corpus habere ... eorum nomine agatur*». Si veda però O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 100 nt. 5. A sua volta l'ALBERTARIO, *Corpus e universitas*, cit., p. 111 nt. 2, afferma che nella rubrica del Digesto le parole «*cuiuscumque universitatis*» sarebbero giustiniane, senza per altro prospettare una sua ricostruzione.

L'argomento difficilmente può avere una soluzione che non sia ampiamente congetturale. Tuttavia propendiamo anche noi per un editto unico. I due editti per i *municipes* si spiegano con una graduale formazione della capacità di stare in giudizio, prima attivamente poi passivamente. Ma quando questa capacità era già riconosciuta e si trattava semplicemente di estendere lo stesso principio ai *collegia*, il pretore poté benissimo averlo fatto con un editto unico che contemplasse tanto la legittimazione attiva quanto la passiva. Circa poi le parole usate, è probabile che abbia ragione l'Albertario, perché l'impiego della parola «*universitas*» male si concilia con l'epoca in cui sarebbe stato introdotto l'editto e invece corrisponde assai bene alla terminologia giustiniana che ricomprende sotto il concetto di «*universitates*» sia i *municipia* che i *collegia*. È difficile però dire quale termine sia stato originariamente impiegato. Per altre questioni riguardanti la rappresentanza dei *collegia* etc., cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 270-273.

Per questa via i giuristi e la pratica si trovano indotti ad estendere ai *collegia* una serie di principii che si erano venuti formando in ordine ai *municipia*. Un po' per volta, nel corso dei primi secoli dell'impero, noi vediamo i *collegia* acquistare e vendere beni, ricevere donazioni, acquistare diritti reali, concludere contratti, assumere obbligazioni.

Non è possibile seguire qui le diverse manifestazioni di questa crescente espansione della capacità dei *collegia* (per maggiori particolari, sui singoli punti, si veda per tutti ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 273 ss.). Il processo di formazione è però ancora più stentato e lento di quello delle *civitates* (BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 167). Solo al tempo di Marco Aurelio (Paul. D. 34.5.20) fu riconosciuta loro la capacità di ricevere legati, o di compiere la manumissione dei propri schiavi, con le relative conseguenze in ordine al patronato e ai diritti creditorî connessi. Infatti per questa via i *collegia*, in qualità di patroni, acquistarono il di-

ritto all'eredità legittima dei loro liberti (Ulpian. D. 40.3.1 e 2). Infine si pervenne alla possibilità dell'istituzione d'erede, forse già in età classica, stando ad alcuni testi che trattano di un'eredità gravata da fedecommesso lasciata a collegi (Ulpian. D. 36.1.1.15 e D. 36.1.6.4). Una costituzione di Diocleziano dell'anno 290, di difficile interpretazione, sembra subordinare questa possibilità ad uno speciale *privilegium* (C.I. 6.24.8, su cui cfr. BIONDI, *Successione*, cit., p. 127 nt. 1, ed ELIACHEVITCH, *op. cit.* p. 283 e nt. 62). Comunque ogni restrizione appare rimossa da Giustiniano, che con formula amplissima attribuisce la capacità di ricevere a qualunque collegio, purché non *illicitum* (C.I. 6.48.1.10, su cui si veda il § 33).

33. Come abbiamo già accennato, la legislazione augustea in materia di collegi probabilmente si limitò a sottomettere e ad autorizzazione la costituzione di nuove associazioni. Questa disciplina non impedì però che continuassero ad aver vita o si formassero associazioni indipendentemente dall'autorizzazione, la quale talvolta poteva seguire in un secondo momento, a sanzionare uno stato di fatto già esistente (ad esempio «CIL.» III, 7060: cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 257 nt. 69). Ciò porta la giurisprudenza romana a distinguere fra *collegia licita* e *collegia illicita* e a limitare ai primi una serie di soluzioni. Da ciò molti autori moderni sono stati indotti a ritenere che l'autorizzazione comportasse anche quello che in termini moderni si suole chiamare «riconoscimento della personalità giuridica». E perciò si è stati indotti ad affermare che la «capacità giuridica» delle associazioni riconosciute sarebbe stata prevista già dalla *Lex Iulia* (cfr. gli autori citati da ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 266 nt. 111).

Senza entrare in merito alla distinzione fra *collegia licita* e *illicita* e alle numerose questioni che essa pone (sulle quali cfr. per tutti ampiamente DE ROBERTIS, *Il diritto associativo*, cit., p. 305 ss., ed ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 255 ss., con diverso apprezzamento, il primo tendente ad interpretare restrittivamente la distinzione, nel senso che i *collegia non licita* sarebbero stati tutti *illicita* e come tali proibiti e non tollerati, il secondo tendente ad ammettere fra i *collegia licita* e i *collegia illicita* una terza categoria di collegi, che pur non avendo l'autorizzazione statale non sarebbero stati *illicita* in quanto non contrari all'ordine pubblico e pertanto tollerati, come lo erano stati tutti i *collegia* sotto la repubblica), sta di fatto che nulla comprova che la «personalità giuridica» fosse stata espressamente attribuita dalla *Lex Iulia*.

Indubbiamente vi è una connessione fra il nuovo regime delle autorizzazioni e l'ammissione di una capacità giuridica per i collegi cui *coire permissum est*. Ma questa capacità, anziché essere prevista da un atto legislativo, sembra essere piuttosto il risultato al quale perviene l'elaborazione dottrinarina della giurisprudenza romana classica al seguito di una serie di elementi convergenti che, muovendo dall'autorizzazione, si sono venuti concretando nel corso del I e del II secolo dell'Impero.

Fondamentale, al riguardo, la valutazione di un passo di Gaio, in D. 3.4.1.pr.-1, che abbiamo già visto in parte a proposito delle *civitates* o che costituisce il punto cruciale delle discussioni in argomento:

Gai. 3 *ed. prov.*: Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus, et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur ... Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

L'esegesi di questo passo è stata sempre assai tormentata, anzitutto per alcune evidenti scorrettezze formali: al posto dell'iniziale '*societas*' ci si attenderebbe almeno un accusativo '*societatem*'. Ma anche questa semplice correzione lascia aperte numerose altre questioni (cfr. i vari tentativi di emendamenti ricordati dal DE VISSCHER, *La notion du corpus*, cit., p. 44 ss.).

Inoltre vi sono molti punti del testo sospetti d'interpolazione ad opera dei compilatori giustiniani (anzitutto il '*nel syndicus*', denunciato dall'Albertario e da altri, le frasi '*ad exemplum rei publicae*' e '*tamquam in re publica*' secondo il Siber: né mancano ipotesi ancora più radicali che attribuirebbero larga parte del frammento alla mano dei giustiniani: il Beseler, ad esempio, pensa che l'originale gaiano cominciasse semplicemente: '*Corpus (non) passim omnibus habere conceditur*' e da questa ricostruzione non si discosta

molto, anche se con significato del tutto diverso, quella suggerita dal De Visscher.

Non possiamo entrare in maggiori particolari su queste indagini critiche ed interpolazionistiche. Tuttavia va notato che la dottrina è tuttora divisa fra due interpretazioni opposte: una prima, che risale ai Basilici e alla Glossa, e che è stata anche di recente autorevolmente sostenuta, per cui *'corpus'*, come in molti altri testi, sarebbe in Gaio sinonimo di *'collegium'*, sicché *'corpus habere'* vi significherebbe semplicemente il costituire un'associazione; una seconda che fa capo al Savigny e che è ancor oggi seguita da molti, non meno autorevoli, per cui *'corpus'* qui significherebbe «capacità giuridica» (per la prima si sono pronunciati specialmente Jörs, Perozzi, Kunkel, Schnorr von Carolsfeld, Eliachevitch; per la seconda Mommsen, Gierke, Gradenwitz, Waltzing, Mitteis, Betti, Duff: cfr. le citazioni in DE VISSCHER, *La notion du «corpus»*, cit., p.44).

Certo, questa seconda interpretazione è molto allettante, perché permetterebbe di attribuire senz'altro già alla dottrina romana classica una chiara visione ed enunciazione del concetto di capacità giuridica e di «personalità corporativa»: *'corpus'* avrebbe un significato tecnico, parallelo al termine usato in senso tecnico per designare la personalità degli individui singoli (BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 158).

Assai ingegnosa la soluzione proposta dal De Visscher nello scritto più volte citato (p. 50), per il quale *'corpus'*, nell'impiego che Gaio avrebbe fatto di questa parola, sarebbe il patrimonio del *collegium*: essa starebbe a indicare i beni comuni, in quanto sottomessi a un regime giuridico che li riconduce ad un'unità, «sicché *corpus habere* non significherebbe nient'altro che il privilegio accordato agli associati di applicare o di opporre ai terzi questo statuto unitario dei beni comuni».

A noi sembra però che le interpretazioni che si discostano da quella tradizionale urtino contro una circostanza difficilmente superabile e cioè che le frasi che si leggono in D. 3.4.1 – *'corpus habere conceditur'*, *'permissum aut corpus habere'*, *'corpus senatus consultis atque constitutionibus confirmatum'* etc. – sembrano evocare un concetto non diverso da quello che in altri testi epigrafici e giuridici è espresso con le frasi *'ut corpus quod ... confirmetur'* («CIL.» III, 7060), *'quibus senatus c(ollegium) c(oire) c(onvenire) permisit'* («CIL.» VI, 4416), *'quib(us coire co)nvener collegiumq(ue) habere liceat'* («CIL.» XIV, 2112), *'omni(bus) corporib(us) Lugduni licite coeuntibus'* («CIL.» XIII, 1921; cfr. XIII, 1974), *'omnibus collegiis, quibus ius coeundi est'* (Ulp. D. 40.3.1), *'collegiis vel corporibus, quibus ius coeundi lege permissum est'* (Call. D. 50.6.6.12), *'corpori cui licet coire'* (Paul. D. 34.5.20), *'collegium habere'*, *'collegium'* e *'corpus coire'*, *'collegium celebrare'* (Marcian. D. 47.22.1 e D. 47.22.3.1), *'firmare collegium'* (Aurel. Vict., *Caes.* 13.5).

Ancor più: l'unico risultato certo che si può trarre da questa molteplicità di espressioni ci sembra di ordine negativo: e cioè che ancora alla fine del II secolo e al principio del III non si era fissata una terminologia del tutto uniforme e «tecnica», ancorché si fosse andata delineando una certa costanza di espressioni (cfr. ad esempio Ulpiano 11 *ed.* in D. 4.2.9.1: *'sive singularis sit persona, quae metum intulerit, vel populus vel curia, vel collegium vel corpus ...'*).

Per tutto questo non ci sembra possibile assumere uno qualsiasi di questi termini per elevarlo a indice del concetto di «capacità giuridica» o di «personalità corporativa».

In realtà, l'ammissione di un centro autonomo di riferimento di diritti e di obblighi, piuttosto che dall'impiego di una parola determinata, pare risultare – e questo ci sembra indiscutibile – da quella che potremmo chiamare la disciplina complessiva della materia, per così come essa era stata normativamente regolata da leggi, senatoconsulti e costituzioni imperiali ed elaborata dalla giurisprudenza del II secolo.

Questa disciplina complessiva troverà la sua espressione concettuale e la sua puntualizzazione terminologica solo attraverso il termine *'universitas'*, di cui ci occuperemo nel capitolo seguente. Ma fino a quando questo termine non si diffonderà tanto da assumere significato tecnico, la pluralità di espressioni è per noi documento di un processo di concettualizzazione ancora in via di formazione anche se molto avanzato.

Non vi è infatti ragione di dubitare che all'età di Gaio e ancor più all'età di Paolo e di Ulpiano, quelli che Gaio chiama *'collegia certa'* (e forse questa espressione avrebbe meritato di essere opportunamente valorizzata dalla dottrina moderna), cioè i collegi cui è riconosciuto lo *ius coeundi*, sono in

molti rapporti fondamentali considerati come centro di riferimento di diritti e di obblighi: si pensi, oltre che alla rappresentanza in giudizio alla *potestas promittendi* loro attribuita da Marco Aurelio (Ulp. D. 40.3.1), soprattutto alla possibilità di ricevere per legato, con l'importantissima distinzione che si legge in un passo di Paolo, già più volte ricordato:

D. 34.5.20 (Paul. 12 *ad Plant.*): Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur: cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legatur: hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.

La contrapposizione fra le due situazioni giuridiche non potrebbe essere più netta.

Il *collegium* che ha lo *ius coeundi* consente ormai una *demonstratio certa* (cfr. Gai., *inst.* 2.238), in contrapposito alla situazione del *collegium* cui manchi lo *ius coeundi*, per il quale il legato sarà valido solo intendendolo come una disposizione a favore dei singoli membri che sono nel *collegium* (al momento della morte del testatore?), sempre che le parole di Paolo non debbano addirittura essere interpretate nel senso che la validità fosse in tal caso subordinata alla loro designazione nominativa (cfr. ad esempio «CIL.» VI, 9405).

Non ci sembra da escludere che il frammento di Paolo, fin qui mai sospettato, abbia ricevuto qualche aggiunta dai compilatori giustiniane. Nella seconda parte di esso (dopo '*non valebit*') sembra quasi di scorgere l'eco di una strana costituzione di Giustiniano, probabilmente del 528-529, da questi ricordata due volte nelle sue Istituzioni (2.20.27 e 3.9.pr.) e che doveva trovarsi nel Codice, ma che a noi è nota solo attraverso sunti contenuti nel *Nomocanone* di Teodoro Balsamone e nel *Tipucito*. Le moderne edizioni del codice giustiniano hanno con questi sunti greci tentato di ricomporre approssimativamente l'andamento del testo primitivo, creando con essi la costituzione unica oggi posta sotto il titolo '*de incertis personis*' in C.I. 6.48. Riportiamo dalla traduzione in latino dell'edizione Krüger la parte tratta dal *Nomocanone*, che interessa il nostro argomento:

§ 10. Si quis sacro senatui vel curiae civitatis, vel officio, quod magnis potestatibus vel iis quae in provinciis sunt ministerium praebet, vel medicorum professorumve vel advocatorum corpori vel militibus vel eiusdem artis opificibus vel clericis *vel uno verbo si cuiuscumque non illicito corpori quid reliquerit, valet relictum*. et si quidem simpliciter collegii vel legionis mentionem fecerit, *omnes, qui mortis tempore in eo numero sunt, petunt et secundum personarum numerum id dividunt*, nisi testator unumquemque certum aliquid capere iusserit: neve quis secundum veterem constitutionem curet, certae administrationis persona fuerit nec ne.

Ancora più oscuro e succinto è il sunto del *Tipucito* (cfr. in *Basilicorum libri* 44.18.29) nel quale non si fa menzione della divisione del lascito fra i membri e di cui le ultime parole, nella traduzione latina dell'edizione Heimbach, suonano: '*et quod fiat, si simpliciter corporis vel numeri militaris mentionem fecerit vel non fecerit*'.

Per quanto sia difficile trarre un significato preciso e rigoroso da tutto questo, sembra che il regime introdotto da Giustiniano sia molto simile a quello che si legge in D. 34.5.20 (se non addirittura più ampio qualora si dovesse intendere che la divisione fra i membri dovesse ora avvenire in ogni caso). L'insieme di queste disposizioni pongono una serie di problemi assai interessanti, ma che qui non possono essere ulteriormente approfonditi.

La considerazione del *collegium*, come un centro autonomo di diritti e di obblighi, è poi ampiamente raggiunta laddove si perviene ad ammettere il permanere di esso nonostante il mutare delle persone:

D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 *ed.*): In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes immutati sint.

La solita generalizzazione '*vel aliis universitatibus*' è probabilmente anche qui giustiniana, ma il pensiero espresso da Ulpiano non era del tutto nuovo. Già sin dall'età augustea il giurista Alfeno Varo nei suoi *libri digestorum* aveva affrontato il problema della sostituzione dei componenti di un organo giudicante e lo aveva risolto con la rassegna di una serie di casi in cui, nonostante la sostituzione di persone o cose ('*parte commutatae*'), l'insieme si reputava esser sempre lo stesso ('*eadem res esse existimaretur*');

D. 5.1.76 (Alf. 6 *dig.*): Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quaerebatur, singulorum iudicum muta-

tio (*eandem rem* gloss.?) an aliud. iudicium fecisset. Respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere: neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, soci et in multis ceteris rebus.

E qui Alfeno esaminava vari esempi:

- la legione (*nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent*);
- il popolo (*et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum anni fuissent, cum ex illis nemo nunc viveret*);
- la nave (*itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nibilo minus eandem navem esse existimari*).

A controbattere che potesse trattarsi volta a volta di una *res* nuova e diversa, egli paragona questi diversi casi con ciò che avviene nel corpo umano: *quod si quis putaret partibus commutatio aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari*.

Abbiamo voluto riportare il lungo frammento di Alfeno, oltre che per il suo notevole interesse, anche perché da esso risulta quanto fosse ancora lontano dal pensiero di un giurista dell'età augustea l'idea di utilizzare sul piano «corporativo» il principio della identità nel mutare degli elementi. A prima vista potrebbe sembrare che questa idea si affacci attraverso gli esempi della *legio* e del *populus*; ma subito dopo, gli esempi della nave e del corpo umano mostrano chiaramente come il punto di vista da cui il giurista si colloca è puramente materiale. Ciò ci sembra confermato dall'insistenza con cui Alfeno parla sempre di *res*.

Con questo era però aperta anche la via ad una trasposizione di queste concezioni sul piano ideale e il principio enunciato da Ulpiano in tema di decurioni ci mostrerà il passaggio già avvenuto. L'*ordo decurionum* vi appare come un'entità stabile indipendentemente dal mutare dei membri. Non vorremmo forzare l'interpretazione del passo ulpiano rispetto a quello di Alfeno; ma mentre nel passo di Alfeno la *res* rimane sempre la stessa perché ci sono sempre nuovi elementi che prendono il posto di quelli che scompaiono, nel passo di Ulpiano il *'nihil refert'* sembra sottolineare l'indipendenza dell'*ordo* dai suoi membri.

Questa indipendenza ha immediata applicazione e conferma nel seguito del passo ulpiano, per come si legge nel Digesto e che può anche essere tutto di fattura compilatoria (in questo senso specialmente ALBERTARIO, *Corpus e universitas*, cit., p. 109 s., ma cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 297 nt. 122; cfr. anche KRELLER, *Zwei Gaiustellen*, cit., p. 16):

D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 *ed.*): Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recesserit et stet nomen universitatis.

L'ammettere o meno che queste parole siano di Ulpiano può soltanto spostare nel tempo il momento in cui si realizza ulteriormente l'idea dell'indipendenza dell'ente considerato in se stesso, rispetto ai membri che lo compongono: ma è uno sviluppo che non fa altro che rendere esplicito ciò che a nostro avviso era già nel *'nihil refert'* della frase precedente. Comunque l'idea che l'ente sussista (*'stet nomen universitatis'*) anche se i suoi membri sono ridotti ad uno, è cosa che mostra con tutta evidenza quanto si fosse ormai lontani dal piano materiale su cui aveva impostato la sua discussione ed esemplificazione Alfeno, piano rispetto al quale la concezione espressa nel testo ulpiano sarebbe stata del tutto priva di senso: un solo soldato non può certo stare al posto della *legio*, né una nave, ridotta ad una sola tavola, può più dirsi sotto nessun aspetto una nave.

Tuttavia – e questo è un punto che ci sembra vada attentamente valutato – nel momento (quale che sia) in cui con D. 3.4.7.2 si perviene al massimo dell'astrazione raggiunta in argomento dal diritto romano, la frase che abbiamo or ora esaminata (*'cum ius omnium unum recesserit et stet nomen universitatis'*) mostra ancora come questa astrazione fosse in definitiva ancora incompleta rispetto a quella cui perverrà il diritto moderno. In tale frase, infatti, si parla ancora di uno *'ius omnium'*, cioè di una posizione giuridica degli associati, unificata dall'*universitas* ma che pur coincide e si identifica con

essa; mentre nelle concezioni moderne la persona giuridica corporativa viene concepita come soggetto di diritto unitario e distinto, non solo rispetto ai terzi, ma anche rispetto agli stessi associati.

Questa diversità rivela, pur sul piano dell'astrazione, una maggior concretezza della concezione romana. Non vogliamo con questo dire che per ciò essa sia migliore o peggiore di quella moderna; ma solo che vi è una differenza che va qui sottolineata. Di essa infatti bisogna rendersi conto, se si vuole cogliere il *proprium* dell'esperienza romana in questo complesso argomento.

34. Con quanto abbiamo detto alla fine del paragrafo precedente siamo venuti a toccare un problema che ai fini della nostra indagine riveste la massima importanza. Abbiamo constatato cioè che pur al culmine dell'astrazione cui è pervenuto il diritto romano in tema di «persone giuridiche» a base corporativa, in esso non si è superato interamente il confine fra realtà e astrazione.

L'elemento personale continua ad avervi un notevole rilievo, ancora nello stesso diritto giustiniano. Naturalmente non nel senso affermato dai Glossatori, secondo quanto si legge nella Glossa accursiana (gl. 'non debetur' ad D. 3.4.7: '*universitas nihil aliud est, nisi singuli homines qui ibi sunt*') o nella definizione di Azzone ('*universitas est plurium corporum collectio inter se distantibus, uno nomine specialiter eis deputatum*')*. Che almeno nel diritto giustiniano la considerazione unitaria dell'associazione avesse fatto di essa un centro autonomo di riferimento di diritti e di obblighi è cosa ormai chiara e che non vogliamo certo discutere. Tuttavia questa unità è pur sempre unità di uomini. Per quanto essa venga astrattamente considerata, si tratta pur sempre – se così possiamo esprimerci – di «astrazione di uomini»: essa appare come un insieme di uomini astrattamente considerato, non come l'astratto di un'entità immateriale (come ad esempio quando si vuole attribuire a '*corpus*' il significato di «capacità giuridica»).

Torneremo su questo punto quando nel capitolo seguente parleremo di *corpus* e di *universitas*.

Ma per intanto ci preme qui sottolineare che appunto per tutto ciò nella stessa codificazione giustiniana non sono affatto scomparsi ricordi ed elementi dell'antica base personalistica delle associazioni.

In questi residui è la testimonianza migliore del lungo travaglio attraverso il quale si è venuta formando la progressiva autonomia dei *collegia*: travaglio che lascia nei documenti, nelle elaborazioni giurisprudenziali, nella legislazione, le tracce di notevoli oscillazioni di concetti e di soluzioni, oscillazioni non risolte neppure dai tentativi di unificazione concettuale e normativa di tutte le *universitates*.

35. Sgombrato il terreno dall'erroneo presupposto che la «personalità giuridica» dei *collegia* risalisse alla *lex Iulia*, è proprio questa molteplicità di concetti e di soluzioni che a noi interessa mettere in rilievo.

36. Si potrebbero a questo proposito richiamare anzitutto quelle tracce di «proprietà collettiva» (in senso analogo al «Gesamteigentum» di cui parlano i germanisti), che indubbiamente si ritrovano anche nella tradizione romana e italica (cfr. sul problema, fra gli scritti più antichi, J. BARON, *Die gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht*, Marburg-Leipzig, 1864, e fra recenti M. KASER, *Die Typen der röm. Bodenrecht in der späteren Republik*, in «ZSS.», LXII, 1942, p. 1 ss., ed E. SERENI, *Comunità rurali nell'Italia antica*, Roma, 1955, specialmente intorno a quelle della Liguria, nonché su quest'ultimo la recensione di E. VOLTERRA in «Jura», VII, 1956, p. 239 ss.) e che alcuni vorrebbero anche riscontrare nell'organizzazione dei rapporti interni di alcuni *collegia*.

Così ad esempio l'ELIACHEVITCH (*op. cit.*, p. 301) richiama un'iscrizione relativa al collegio dei *cultores Jovis Heliopolitani* di Pozzuoli («CIL.» X, 1579) da cui risulta che i membri di esso possedevano un campo di sette iugeri con una cisterna e delle baracche, il cui diritto di uso apparteneva a ciascun membro che non avesse commesso infrazioni allo statuto ('*legem et conventionem*') del *corpus*:

hic ager iug(erum) VII cum cisterna et tabernis suis eorum possessorum iuris est, qui in cultu corporis

*) Azo, *Summa Aurea*, II, Lyon, 1596, in D. 3.4.1, p. 149 (*nota del curatore*)

Heliopolitanorum sunt eruntve atque ita is accessus iusq(ue) esto per ianas itineraque eius agri, qui nihil adversus legem et conventionem eius corporis facere perseveraverint.

La linea di divisione, però, fra questo tipo di rapporto e quelli a carattere condominiale è così sottile che in mancanza di più ampie documentazioni può convenire mantenersi in proposito assai cauti, senza però potere escludere interamente che nella struttura di taluni collegi fosse presente anche la «proprietà collettiva» nel senso sopra specificato.

37. Assai più numerose e sicure sono invece le testimonianze che comunque ci riportano a una struttura di rapporti a carattere «condominiale», secondo la quale i diritti e gli obblighi del gruppo erano diritti ed obblighi parziali dei singoli membri e il patrimonio comune si intendeva appartenere ad essi *pro parte*.

Una tale costruzione si imponeva come necessaria nell'età più antica, che non conosceva alcun mezzo per consentire al gruppo d'essere parte in un processo. Finché il pretore non realizza la possibilità di una rappresentanza processuale, concedendo azione a favore o contro un *actor* designato dalla stessa collettività a stare in giudizio in suo nome, la soluzione prospettata era l'unica che permettesse ai soci di compiere in nome proprio gli atti processuali necessari ad ottenere la tutela giurisdizionale per gli interessi della comunità.

Questa concezione – che è stata particolarmente messa in luce specialmente dalle indagini di L. MITTEIS (*Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 341 ss.) e da R. SALEILLES (*De la personnalité juridique*, Paris, 1910, p. 25 ss.) e i cui residui permangono nell'età classica e nello stesso diritto giustiniano – merita di essere attentamente considerata, perché troppo spesso si è portati ad assumere le fonti che parlano delle persone degli associati e quelle che parlano dei *collegia* come fungibili fra loro (cfr. in questo senso ad esempio WALTZING, *Étude historique*, IV, p. 707, ed ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 287, il quale scrive che le espressioni che si trovano nelle iscrizioni ad ogni passo – *'sodales'*, *'cultores'*, *'fratres'*, etc. – non dovevano in alcun modo opporre i membri dei collegio al collegio, ma al contrario «designavano il collegio»).

In realtà a noi sembra che dietro queste due serie di fonti (anche se spesso non sia facile tracciare tra esse una netta linea di demarcazione) vi siano due concezioni distinte: quella «condominiale» e quella più propriamente «corporativa».

Alla concezione «condominiale» si può attribuire, in primo luogo, la lunga serie di iscrizioni che ancora in età classica riferiscono la titolarità dei diritti non al *collegium*, ma all'insieme dei *sodales*: così nella sopracitata iscrizione di Pozzuoli ci si riferisce a coloro *'qui in cultu corporis ... erunt eruntve'*; in «CIL.» X, 444, a *'ii, qui in collegia ... hodie essent quique postea subissent'*; in «CIL.» II, 2102, ai *'collegas succedentes deincepsque successores'*, etc. Ancora in un'iscrizione del IV secolo (cfr. E. CUQ, *Une fondation en faveur des collèges municipaux de Preneste*, in «Nouvelle Revue Historique», XXVIII, 1904, p. 265 ss.) si legge: *'in fundum ... et hortos comparatos ... omnes collegiati inducti sunt'*^{*}. In molte iscrizioni che menzionano lasciti appaiono come destinatari non i *collegia* come tali, ma i loro membri («CIL.» VI, 839: *'... sodalibus suis ... donum posuit'*; «CIL.» V, 6970: *'... test(amento) leg(unt) medicis Taur(inis) cultor(ibus) Asclepi et Epygiae'*; «CIL.» VI, 33885: *'... ius scholae ... elaboraris dedit'*; «CIL.» V, 3135 *'... legavit dendrophoris'*; etc.).

Questa concezione «condominiale» è poi attestata anche in materia di *collegia* dal frequente uso di espressioni quali *'res communes'*, *'ratio communis'*, *'arca communis'*, *'pecunia communis'*. Questa terminologia è fatta propria anche da giuristi come Gaio (in D. 3.4.1) e attraverso di questi conservata nella stessa codificazione giustiniana.

E che in definitiva il patrimonio del *collegium* fosse considerato di spettanza degli associati è dimostrato ancora alla fine del II secolo d.C. da due passi di Marciano che saranno fatti propri anche dai compilatori del Digesto giustiniano. Essi sono assai importanti anche sotto un altro aspetto

^{*}) *Statua a collegiis Praenestinis propter largitionem erecta*: DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae*, cit., 8376 = «Ephemeris Epigraphica», IX, 1913, n. 776, p. 444 s. (*nota del curatore*).

e cioè come testimonianza che per quanto riguarda la condizione del patrimonio non si faceva distinzione fra *collegia licita* e *illicita*.

Infatti nei passi citati la soluzione è la stessa, sia nel caso di recesso da un *collegium licitum* sia nel caso di scioglimento di un *collegium illicitum*.

D. 47.22.1.2 (Marcian. 3 *inst.*): Non licet autem amplius quam unum collegium licitum habere... et si quis in duobus fuerit, rescriptum est eligere eum oportere, in quo magis esse velit, accepturum ex eo collegio, a quo recedit, id quod ei competet ex ratione quae communis fuit.

D. 47.22.3.pr. (Marcian. 2 *ind. publ.*): Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consulta dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.

Si legga anche l'iscrizione relativa allo scioglimento di un collegio funeratizio, pubblicata in:

«CIL.» III, 924 («FIRA.», III, n. 41, p. 114 ll. 4 e 10): magister collegi ... eis, qui praesentes fuerunt, rationem reddedisse, et si quit eorum habuerat, reddidisset ...

L'amministratore del collegio, annunciando che l'associazione aveva cessato di funzionare ed era quindi praticamente inesistente, dice di aver reso i conti agli ultimi iscritti e ripartito tra loro i beni rimanenti, restituendo quanto spettava a ciascuno.

Tutti questi elementi, in netto contrasto con una concezione corporativa, si accordano ad indicare una originaria costruzione del *collegium* come condominio dei soci.

38. Prima di passare a considerare le testimonianze della soluzione «corporativa», vogliamo far cenno di un'altra concezione che sembra affiorare dalle fonti e che si accosta a quella che, parlando delle *civitates*, abbiamo chiamato «territoriale». Essa risulta da alcune iscrizioni, che contengono disposizioni circa il regime di beni patrimoniali del collegio: la proprietà di essi appare attribuita, anziché all'insieme dei suoi membri, al tempio della divinità il cui culto costituiva lo scopo dell'associazione.

Il primo elemento che ricorda tale concezione, anch'essa indubbiamente molto antica, rimane nella terminologia dell'età classica, che richiama l'esistenza di questi *collegia templorum* (D. 32.38.6). Si trattava di raggruppamenti di persone che portavano ciascuna una quota allo scopo di compiere qualche sacrificio in occasione di pubbliche festività, cenando poi coi resti delle vittime immolate. Le quote (*stipes*) venivano deposte nel tempio ed acquistavano così un carattere sacro che le sottraeva alla disposizione dei singoli contribuenti, destinandole definitivamente alla divinità cui era intitolato il tempio stesso. (cfr. COLI, *Collegia*, cit., p. 123).

Nelle fonti abbiamo traccia di tale attribuzione alla divinità delle quote sociali: ad esempio un'iscrizione dell'ultimo secolo della repubblica («CIL.» X, 3781) parla di '*locum privatum de stirpe Dianae emendum*'. Nello statuto della colonia Julia Genetiva del I secolo a.C. si afferma che i beni pecuniari portati *stipis nomine* ad un tempio dovranno in questo essere consumati:

Lex Coloniae Gen. (a. 44 a.C.), 72: quotcunque pecuniae stipis nomine in aedis sacras datum inlatum erit, ... ne quis facito neve curato neve intercedito, quo minus in ea aede consumatur, ad quam aedem ea pecunia stipis nomine data conlata erit ...

La norma implica una destinazione sacrale definitiva, trascendente la disposizione dei singoli e lo scopo sociale del contribuente.

Nello stesso senso si intenda il passo di Paolo Diacono (*exc. Festi*, sv. '*inpensam*') che identifica la '*stips*' con '*aes sacrum*', e cioè denaro destinato agli dei.

Ci è giunta inoltre un'iscrizione che documenta la donazione di un cittadino romano al collegio dedito al culto di Silvano, in esecuzione di un voto fatto al dio. Un primo dato da rilevare nel testo indica la connessione del collegio con la divinità adorata in un certo luogo, e consiste nel fatto che il gruppo festeggiava la *dedicatio Silvani* (e cioè giorno in cui gli era stato consacrato un terreno

adorno di una statua) come giorno di fondazione del collegio:

«CIL.» X, 444 («FIRA.», III, n. 42, p. 116 ll. 13 ss.): V kalendas Iulias dedicatione Silvani ... sacrum in re praesenti fieret, convenirentque ii qui in collegio essent ad epulandum ...

Anche più importante è la circostanza che i beni non risultano donati al collegio come ente: ma una parte di essi, consistente in fondi produttivi, dai quali doveva essere tratto il reddito per il periodico sacrificio, appare attribuito ai partecipanti al culto:

ll. 5 ss.: iis, qui in collegio Silvani hodie essent quique postea subissent fundum ... cum suis villis finibusque attribuit.

Di un'altra parte, e cioè dell'area più limitata e determinata da cippi di confine che era stata consacrata al dio insieme alla statua, si dice che *'Silvano cedet'*, dove è da vedere una destinazione perpetua ed esclusiva alla divinità.

L'insieme degli elementi raccolti in queste iscrizioni, dove il riferimento dei diritti del gruppo al territorio consacrato al dio si intreccia con la primitiva concezione del patrimonio sociale come appartenente *pro parte* ai membri della comunità, permette di scorgere un momento molto interessante nello sviluppo delle concezioni romane sulla soggettività del collegio. Il patrimonio dell'associazione presenta qui caratteristiche più simili a quelle dell'odierna fondazione che non a quelle delle corporazioni. Mentre infatti di queste ultime manca l'organizzazione in ente collettivo, troviamo invece l'elemento tipico della prima, e cioè un patrimonio vincolato ad uno scopo determinato. Questa soluzione era in pratica resa possibile dalla struttura della cerimonia religiosa di consacrazione, cui il diritto romano riconosceva l'effetto giuridico di sottrarre la cosa consacrata al commercio umano per destinarla stabilmente al culto (su ciò si veda oltre); essa non implicava tuttavia l'autonomia del patrimonio né la sua personificazione, che appunto erano rese inutili dal riferimento dei beni alla divinità. Dal punto di vista giuridico tale riferimento era puramente negativo, in quanto i beni così attribuiti al culto si consideravano *nullius in bonis*, senza alcun titolare; ma nell'evoluzione storica il costume della *collatio stipis* fornì forse uno spunto per giungere alla concezione unitaria del patrimonio dei *sodales* come soggetto di diritto. Infatti tutti sapevano che le quote versate nella cassa del tempio non appartenevano ai singoli associati, ma dovevano essere da questi adoperate ai fini del culto. Nello stesso tempo i beni, di cui la *lex collegii* determinava la destinazione al sacrificio ed al banchetto dei membri, non dovette mai confondersi con gli altri beni sacri del tempio: così che forse poté introdursi in pratica il concetto di una cassa autonoma, sottratta alla disposizione dei singoli che l'avevano formata con i loro contributi.

39. Accanto alla concezione «condominiale» vi è, come abbiamo detto, quella «corporativa». Le fonti l'attestano ampiamente e anzi sembrano diventare più frequenti man mano che si viene avanti nell'età classica. Una serie di iscrizioni parla di donazioni o lasciti che avevano per destinatario il *collegium*: così ad esempio in «CIL.» VI, 10234 (*donum dedit collegio ... locum*), in «CIL.» V, 2176 (*collegio hortos donavit*), in ORELLI, 4412 (*reliquit collegio suo dendrophorum*) etc. Altre iscrizioni parlano di *'arca corporis'* (ad esempio «CIL.» VI, 33885 *'... quod superesset in arca corporis, curatores dividerent aequis portionibus'*), di *'ius collegii'* (cfr. ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 276, nt. 25), di *'collegio mancipare'* («CIL.» V, 4489) e di altre situazioni giuridiche, nelle quali a punto di riferimento è assunto il *collegium*.

Vi sono poi i testi giuridici che – come abbiamo visto – parlano di facoltà varie attribuite direttamente ai *collegia* (torniamo a ricordare, per tutti, Ulp. D. 40.3.1: *'Divus Marcus ... collegiis ... manumittendi potestatem dedit'*) e nei quali questo modo di esprimersi sembra diventare sempre più abituale sino a culminare in quella dottrina del *corpus* come unità astratta, che anche se non si può considerare un vera e propria creazione giustiniana, indubbiamente rappresenta l'orientamento prevalente della grande codificazione del VI secolo.

L'espressione più netta di questa concezione l'avremo infatti in un testo che nella sua drastica

formulazione generalizzatrice si può quasi certamente ritenere interpolato. E' un testo che tratta del divieto di sottoporre a tortura (*torquere*) gli schiavi per trarne prove a carico dei loro padroni. Il problema era se trattandosi di schiavi di una collettività valesse lo stesso principio per le accuse a carico di uno dei membri della collettività stessa.

Il punto è assai importante, perché mostra con grande evidenza l'urto fra la concezione «condominiale» (che porterebbe alla soluzione negativa) e la concezione «corporativa» (che porterebbe alla soluzione positiva). Il fatto stesso che il problema si ponesse mostra quanto viva fosse l'idea che lo schiavo fosse una *'res communis'*. Ragioni di evidente opportunità, forse più ancora che dottrinarie, fecero propendere Marco Aurelio per la soluzione positiva nel caso dei *municipes* (cfr. Marcian. D. 1.8.6.1 = *Inst. Inst.* 2.1.6); e da qui si pervenne ad estendere lo stesso principio a tutte le collettività:

D. 48.18.1.7 (Ulp. 8 *off. proc.*): *Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissimo rescriptum est, quia non si illorum servus, sed rei publicae idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.*

L'applicazione di questo criterio a tutti i *corpora* e la giustificazione finale sono stati ritenuti interpolati dall'ALBERTARIO (*Corpus e universitas*, cit., p. 102 s.), e si tratta di ipotesi, ripetiamo, assai probabile. Ma anche se così non fosse, il contrasto con la concezione condominiale resterebbe, anzi diverrebbe ancora più grave perché riporterebbe la formulazione di D. 44.18.1.7 ad un'epoca in cui erano molto frequenti le attestazioni di quest'altra concezione.

40. Ritorneremo su questi punti nel capitolo successivo.

Intanto però vogliamo qui sottolineare che negli stessi testi accolti nella Codificazione giustiniana si continuano a trovare soluzioni di diversa ispirazione: così ad esempio – abbiamo visto – da una parte vi sono testi che parlano di *'ius omnium'* (D. 3.4.7.2) e dall'altro testi che parlano di *'servus corporis'* (D. 48.18.1.7). E tale divergenza avrebbe un valore ancor più significativo, se – come sembra – gli uni e gli altri si debbano ritenere di fattura compilatoria.

Il vero è che la concezione «condominiale» non scompare neppure nel VI secolo: ne abbiamo una testimonianza estremamente chiara e precisa in una *Regola monastica della Gallia meridionale* dell'anno 558 circa (*Regula Sancti Ferreoli Ucetiensis*, cap. 36, in J.P. MIGNE, *Patrologia Latina*, LXVI, c. 972), nella quale a proposito della manumissione degli schiavi al servizio del monastero, si esige il consenso di tutti i monaci della comunità. Torneremo su questo punto. Ma per intanto riportiamo la parte del testo che qui interessa, per l'esplicita motivazione che vi è contenuta:

quia non potest multorum servus unius ad ingenuitatem remissione transire, nec libertus fieri, quem omnes unanimiter non absolvunt, cum manifestum sit, illum tot dominos habere quot monachos.

E se rivolgiamo lo sguardo a tutt'altra direzione, cioè all'Egitto greco-romano, un recente studio di uno dei migliori romanisti-papirologi (R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Associations in Greco-Roman Egypt*, in «RIDA», V, 1950 – «Mélanges F. De Visscher», IV –, p. 509 ss.) è valso a mettere in evidenza come in esso, per tutta la storia di quel periodo, resti sempre dubbio se la proprietà dei beni spettasse alle associazioni o ai loro singoli membri.

41. Al tema dei *collegia* è strettamente unito quello delle *societates publicanorum* o *vectigalium publicorum* per l'esazione delle imposte e altri appalti e le *societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum* etc. per lo sfruttamento minerario. Le loro figure hanno dato non poco da fare ai giuristi moderni per il loro inquadramento nelle varie concezioni della persona giuridica. Entrare nelle varie questioni ci porterebbe troppo lontano dal nostro tema e pertanto, mentre rileviamo che i giuristi romani, almeno dal II secolo d.C. mettevano queste *societates* sullo stesso piano dei *collegia* (cfr. specialmente Gaio in D.

3.4.1.pr.) e che la loro capacità giuridica venne modellata in genere su di essi: rinviamo per maggiori notizie alla vasta e importante letteratura in argomento (oltre la classica opera di F. KNIEP, *Societas publicanorum*, Jena, 1896, cfr. da ultimo ELIACHEVITCH, *op. cit.*, p. 305-326 e J.A. ARIAS BONNET, *Societas publicanorum*, in «AHDE.», XIX, 1948-49, p. 218 ss., anche per la bibliografia precedente).

42. Riassumendo e concludendo sui *collegia*, dobbiamo anche in ordine ad essi rilevare una lunga e complessa formazione, in cui si intrecciano elementi molteplici e il cui processo corre per secoli: processo che nello stesso diritto giustiniano non può dirsi giunto ad una soluzione del tutto univoca e compiuta.

La romanistica moderna, da quando si è posta criticamente il problema, oscilla su questo punto fra due costruzioni diverse ed opposte:

— da un lato vi sono di quelli che ritengono che il diritto giustiniano non avesse ancora superato in definitiva la concezione collettivistica e «condominiale» (così specialmente SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., *passim*, e ancora di recente ad esempio VON LÜBTOW, *Bemerkungen zum Problem der juristischen Person*, cit., p. 469 ss., per il quale la teoria della «corporazione» sarebbe stata ignota al diritto romano);

— dall'altro vi sono di quelli che all'opposto sostengono che almeno nel diritto giustiniano sarebbe stata raggiunta la piena configurazione della concezione «corporativa»: e sono i più, comprendendo in essi anche coloro che tendono a separare più o meno nettamente il diritto classico dal diritto giustiniano, sostenendo che il primo avrebbe seguito la concezione collettivista e il secondo la concezione corporativa (specialmente Albertario).

Fra queste due opposte interpretazioni da tempo se ne è venuta insinuando una terza, di cui possono considerarsi antesignani specialmente C. SALKOWSKI (*Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig, 1863), il KNIEP (nel citato studio su *Societas publicanorum*) e il MITTEIS (nel più volte ricordato *Römisches Privatrecht*, p. 345 ss.); interpretazione che è stata ripresa e posta al centro della sua recente e ampia indagine dall'ELIACHEVITCH (*op. cit.*, *passim* e specialmente p. 293), secondo la quale, anche se i *collegia* sarebbero sempre più venuti acquistando carattere di soggetti autonomi di diritto nei loro rapporti esterni, per quelli interni avrebbero mantenuto carattere condominiale.

Ora a noi sembra che ciascuna di queste tre interpretazioni colga qualche aspetto della realtà storica presentataci dalle fonti, ma tutte e tre peccano di un eccessivo dommatismo, le prime due elevando a criterio unico l'uno o l'altro degli aspetti fondamentali che le fonti rivelano (con la conseguente svalutazione delle testimonianze contrarie o attribuendo valore innovativo a tutte quelle che non rientrano nello schema supposto), la terza volendo conciliarli entrambi in una costruzione unitaria, ancorché bifronte (e per far ciò, spesso chiudendo gli occhi davanti a interpolazioni evidentissime o passando sopra con eccessiva disinvoltura alle testimonianze irriducibili a questo schema).

Indubbiamente, però, quest'ultima interpretazione è la più vicina ai dati concreti delle fonti, nel senso che coglie quella che potremmo dire la «ambiguità», dal punto di vista dommatico, di molte testimonianze rifuse e *compresenti* nella stessa Codificazione giustiniana.

Però in definitiva anch'essa ci sembra non meno inaccettabile delle altre e come quelle impedisce di assumere al loro giusto valore storico e dommatico la pluralità di elementi di cui si concreta lo svolgimento storico dei *collegia* e di cui si sostanzia la loro disciplina attraverso la Codificazione giustiniana, nella quale solo in parte sono risolti in un'effettiva unità di concezioni.

Pertanto dalle tre interpretazioni prevalentemente «dommatiche» si dovrebbe a nostro avviso passare ad una quarta interpretazione, ancor più decisamente storica di quanto si propongono di esserlo le precedenti, la quale accetti come una realtà non «addomesticabile» il fatto che nella Codificazione giustiniana vi siano ancora su questo argomento elementi inconciliati e inconciliabili fra loro, facenti capo a concezioni diverse.

Naturalmente l'adozione di questo punto di vista porta anche a conseguenze sul piano della critica testuale, perché di molte delle interpolazioni che sono state asserite al fine di livellare le testimonianze delle fonti non ci sarebbe più bisogno, mentre quelle indiscutibili acquistano spesso un

diverso valore.

Ciò vale soprattutto in ordine all'impiego dei termini 'corpus' e 'universitas' nelle fonti classiche e giustinianee e al significato che queste espressioni avrebbero avuto nei diversi momenti storici.

Ma tale argomento oltrepassa il problema dei *collegia*, riguardando l'insieme delle figure a tipo corporativo; ad esso dedicheremo perciò il capitolo successivo.

VI. «Corpus» e «universitas»

43. Abbiamo visto nei capitoli precedenti numerosi testi nei quali vengono impiegate le espressioni 'corpus' e 'universitas'. Molti appartengono alla compilazione giustiniana ed è su di essi che si era basata la dottrina più antica, fino al Savigny ed oltre, per dimostrare che già *ab antiquo* o comunque dalla *Lex Iulia* dell'età augustea, il diritto romano avesse conosciuto ed espresso attraverso quelle parole il concetto di «persona giuridica», intesa in un senso moderno di ente distinto dalle persone che lo compongono.

Anche se poi man mano si venne ammettendo che questo concetto non poteva farsi risalire ad età troppo remote e che anzi esso si sarebbe venuto formando per sviluppi graduali e differenziati, secondo le varie figure di «corporazioni», la dottrina del secolo scorso non aveva in genere dubitato che i termini 'corpus' e 'universitas' fossero da interpretare come corrispondenti a quel concetto tutte le volte che ricorrevano nelle fonti.

E' solo con la critica interpolazionistica, dalla fine del secolo scorso, che cominciarono ad affacciarsi i primi dubbi, inizialmente rivolti verso alcune generalizzazioni giustinianee, compiute soprattutto mediante l'impiego del termine 'universitas'. Cominciò GRADENWITZ (*Conjecturen*, cit., p. 337 ss., e *Über das Statut der Elfenbeinarbeiter*, cit., p. 144) a trovare sospetta l'espressione nella rubrica di D. 3.4, seguito dal Lenel nella seconda edizione della sua ricostruzione dell'Editto perpetuo (1907). Successivamente H. KRÜGER (*rec. J. BINDER, Das Problem des juristisch. Persönlichkeit*, Leipzig, 1907, in «ZSS.», XXIX, 1908, p. 518 ss.) arrivò ad analoghe conclusioni per la parola 'universitas' nelle rubriche di D. 38.3 e D. 40.3, nonché in una serie di frammenti (ad esempio D. 3.4.7.2: '*in decurionibus vel aliis universitatibus*').

Muovendo da questi rilievi e da alcune osservazioni del MITTEIS (*Römisches Privatrecht*, cit. p. 342 ss.) e di altri, l'ALBERTARIO in una serie di studi iniziati nel 1919 e poi riassunti nel più volte ricordato *Corpus e universitas nella designazione delle persone giuridiche* (cit., p. 99-120) sottopose ad una sistematica revisione la maggior parte dei testi giuridici in cui ricorrono questi termini, venendo a rinnovare tutta la problematica della ricostruzione storica intorno alla dottrina delle «persone giuridiche».

44. La tesi dell'Albertario è che nell'età classica il termine 'corpus' non sarebbe mai stato usato «a indicare una persona fittizia, cioè un soggetto giuridico diverso e indipendente dai membri che lo compongono». 'Corpus' esprimerebbe soltanto la collettività dei membri, sia nelle fonti letterarie, sia nelle fonti giuridiche. Invece nell'età tarda si assisterebbe ad un profondo mutamento, per cui non indicherebbe più la collettività delle persone che compongono un dato ente, «ma l'unità dell'ente stesso: non ha più un riferimento *materiale, concreto*, ma *ideale, astratto*; non è l'espressione di una collettività reale, ma di un'unità *figurativamente rappresentata*».

Altrettanto l'Albertario sostiene rispetto al termine 'universitas', che nella latinità classica indicherebbe la collettività dei *cives*, la collettività dei *municipes*, non la *civitas*, non il *municipium* come soggetto giuridico a sé stante, indipendente dai *cives*, dai *municipes*. Esso non si riferisce all'istituto della corporazione in genere, ma indica i suoi membri. Ha un significato reale, concreto: non ideale, astratto. Esso sta, nei testi classici, per '*universi cives*', per '*universi municipes*', per '*universi socii*' ed esige sempre un concreto riferimento a una collettività di *cives*, di *municipes*, di *socii*.

Invece «nel diritto postclassico-giustiniano» – continua l'Albertario – «da configurazione giuridi-

ca di questi aggregati si altera; ed è proprio la speculazione romano-ellenica che concepisce *civitates*, *municipia*, *collegia*, *corpora* come *soggetti giuridici* a sé stanti: *persone giuridiche* diverse dalle persone fisiche che le costituiscono». ‘*Corpus*’ e ‘*universitas*’ mutano in tal periodo valore: non hanno più significazione *collettiva*, ma *unitaria*: «indicano la *persona fittizia*, inconfondibile con la *collettività* dei membri che stanno, per così dire, alla sua base».

Sulla scorta di questi principii, l’Albertario ha quindi proceduto, come dicevamo, ad un riesame sistematico delle fonti, cercando di separare i testi in cui sarebbe conservata la concezione classica, per come da lui delineata, e quelli in cui, pur sotto un’instestazione classica, si manifesterebbe ad opera dei compilatori giustinianeî la nuova concezione e il nuovo impiego dei termini ‘*corpus*’ e ‘*universitas*’. Sarebbero quindi interpolati tutti quei passi del Digesto in cui queste parole indicano una nozione unitaria ed astratta dell’aggregato.

L’impiego classico di ‘*corpus*’ si avrebbe ad esempio in D. 1.2.2.25 e 26, in D. 50.16.195.2 e 3 (che però non riguardano l’argomento), in Ulp. D. 4.2.9.1 (*‘et ideo sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus vel curia, vel collegium vel corpus, huic edicta locus erit’*); quello di ‘*universitas*’ in Gai., *inst.* 2.11 = D. 1.8.1.pr. (*‘quae publicae sunt nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur’*), in Marcian. D. 1.8.2.pr. (*‘quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum ...’*) e D. 1.8.6.1 (*‘Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum, ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur. sed universitatis at ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt’*).

Tutti gli altri testi in cui ricorre la parola ‘*corpus*’ (al singolare o al plurale) sarebbero interpolati, in primo luogo il passo di Gaio di cui ci siamo già occupati (riportiamo in corsivo le parole che l’Albertario ritiene introdotte dai compilatori):

D. 3.4.1.1 (Gai. 3 *ed. prov.*): Quibus autem permissum est *corpus* habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes ...

D. 12.2.34.1 (Ulp. 26 *ed.*): Defensor municipum vel cuiusve corporis ius iurandum deferre potest ...

D. 37.1.3.4 (Ulp. 39 *ed.*): A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio adgnosci potest.

D. 48.18.1.7 (Ulp. 8 *off. procons.*): Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit illorum (singulorum) servus sed rei publicae. *idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.*

D. 2.4.10.4 (Ulp. 5 *ed.*): Qui manumittitur a *corpore aliquo vel collegio vel civitate* singulos in ius vocabit ...

Si vedano inoltre D. 50.16.6[5].12, D. 36.1.1.15, D. 47.22.3.1, D. 3.4.10.4 etc., nei quali si generalizzano principii e norme particolari a ogni categoria di *corpora*.

Altrettanto l’Albertario afferma in ordine ai numerosi testi in cui il termine ‘*universitas*’ sarebbe impiegato nel nuovo significato (anche qui sono in corsivo le parole che l’Albertario afferma introdotte dai compilatori):

D. 2.4.10.4 (Ulp. 5 *ed.*): Qui manumittitur a *corpore aliquo vel collegio vel civitate* singulos in ius vocabit: nam non est illorum libertus, sed rei publicae honorem habere debet et si adversus rem publicam *vel universitatem* velit experiri veniam edicti petere debet ...

D. 3.4.2 (Ulp. 8 *ed.*): Si *municipes vel aliqua universitas* ad agendum det (dant) actorem, non erit dicendum quasi a *pluribus* (singulis) datum sic haberi: hic enim pro re publica *vel universitate* intervenit non pro singulis.

D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 *ed.*): In decurionibus *vel aliis universitatibus* nihil refert, utrum omnem idem maneat an pars maneat vel omnes immutati sint. *sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.*

Insieme ad altri passi minori, dichiarati ugualmente interpolati, l’Albertario richiama poi a sostegno

della sua tesi intorno al nuovo impiego dei termini ‘*corpus*’ e ‘*universitas*’ una costituzione di Zenone (C.I. 1.23.7.2, a. 477) in cui si parla di ‘*civitas vel provincia vel quaedam universitas hominum*’, e una di Giustiniano (C.I. 2.58.2.5, a. 531) in cui ricorre la frase ‘*alia universitate*’.

Inoltre sempre nello stesso ordine di idee egli ritiene che si debbano probabilmente correggere una serie di testi dove si menziona il ‘*municipium*’ e che in origine dovevano parlare dei ‘*municipes*’ (D. 32.5.pr., D. 35.1.97, D. 36.4.12) cioè testi in cui si sarebbe passati dal collettivo concreto alla nozione astratta.

45. Questa tesi dell’Albertario, presentata in modo assai brillante e suasivo, ebbe grande eco ed incontrò larghi e autorevolissimi consensi (così Lenel, Perozzi, Bonfante, Arangio-Ruiz nei luoghi citati dallo stesso ALBERTARIO, *Corpus e universitas*, cit., p. 99 in nota, e tanti altri: cfr. ad esempio G.I. LUZZATTO, *Epigrafia giuridica greca e romana*, III, in «SDHI.», XVII, 1951[*Suppl.*], p. 299).

Diremo fra breve dei suoi pregi e dei suoi limiti.

Ma per intanto dobbiamo notare come essa sia valsa anzitutto a richiamare l’attenzione degli studiosi sulla necessità di una più penetrante analisi storica.

Non ci è possibile seguire qui i termini di questo lungo dibattito, né le contrastanti opinioni cui esso ha dato luogo. Accenneremo soltanto che i vari interventi hanno finito per prendere direzioni anche molto lontane dalle intenzioni e dalle soluzioni dell’Albertario. Così ad esempio mentre P.W. DUFF (*Personality in Roman Private Law*, Cambridge, 1938), pur compiendo un ampio riesame dei testi, ha riaffermato la genuinità di gran parte dei testi dichiarati interpolati dall’Albertario, l’ELIACHEVITCH, nell’opera del 1942 più volte citata, si è dimostrato altrettanto conservatore, ma ha finito per negare valore di ente distaccato dalle persone all’*universitas*: «nessun essere superiore mistico avrebbe rimpiazzato la pluralità vivente dei suoi membri» (*op. cit.*, p. 13, 292, 297 nt. 122). Altrettanto aveva fatto SCHNORR VON CAROLSFELD, nella sua *Geschichte der juristischen Person*, il cui primo volume è dedicato a *Universitas, corpus e collegium* nel diritto romano classico. Anche ammettendo l’interpolazione di vari testi, egli si è mantenuto in genere molto conservativo, ma ha negato valore tecnico di personalità corporativa all’espressione *corpus* (in ciò sostanzialmente seguito dall’Eliachevitch); quanto al termine ‘*universitas*’ egli ha finito invece per andare più oltre dell’Albertario, sostenendo che persino la sua menzione in Gai., *inst.* 2.11, sarebbe un’interpolazione del V secolo (p. 91 s. e 101 s.). Da parte sua il DE VISSCHER, nello scritto più volte citato, ha combattuto l’interpolazionismo dell’Albertario, ma ha mutato – come abbiamo visto nel capitolo precedente – il valore da attribuirsi al termine ‘*corpus*’ in D. 3.4.1.pr. (‘*corpus*’ caratterizzerebbe il *regime unitario* di cui beneficiavano i beni a disposizione d’una collettività e ‘*corpus habere*’ avrebbe significato il privilegio che autorizzava ad amministrare e a gestire il patrimonio comune come un’unità indivisibile: cfr. *Les fondations privées en droit romain classique* in «RIDA.», 3^a s., II, 1955, p. 203 e nt. 18) e ha sostenuto, in senso diametralmente opposto a quanto affermato dall’Albertario, che l’impiego di questo termine in senso «collettivo» sarebbe stato interamente estraneo al linguaggio dei giuristi classici. Solo alla fine dell’età classica, per effetto dell’uso popolare della parola ‘*corpus*’ attestato dalle epigrafi, tale termine sarebbe venuto acquistando significato «collettivo» (Call. D. 50.6.6.6, D. 50.6.12.13, D. 27.1.17.2) e sarebbe divenuto infine corrente in questo significato durante l’età postclassica: «è a questo momento che si sarebbe introdotto il termine *universitas*, come per raccogliere l’eredità di quel significato unitario di cui il termine *corpus* tendeva a spogliarsi».

Gli esempi si potrebbero moltiplicare (cfr. ad esempio OLIVECRONA, *Corporations as universitas*, cit., A. PHILIPSBORN, *Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain*, in «RIDA.», VI, 1951, e *Der Begriff der juristischen Person im römischen Recht*, in «ZSS.», LXXI, 1954, H.-R. HAGEMANN, *Die Stellung der Piae causae nach justinianischem Rechte*, Basel, 1953, VON LÜBTOW, *Bemerkungen*, cit., etc.), ma in tutti si troverebbe più o meno lo stesso modo di procedere: si ricerca o si presuppone un determinato significato di queste parole (elevando quello e quello solo a pietra di paragone della supposta concezione classica), si eliminano come interpolati i testi contrari e si passa infine a ricostruire una linea evolutiva che dalla concezione classica porterebbe a quella giustiniana.

46. A nostro avviso, la critica testuale dell'Albertario ha ancora moltissimi elementi di validità. Con la fine sensibilità che contraddistingue i suoi studi, egli ha saputo cogliere nella congerie delle fonti un numero notevolissimo di interpolazioni certe ed indiscutibili.

Assai meno perspicua invece ci sembra la sua interpretazione del valore di queste interpolazioni. Ed infatti, tutto preso dal suo solito intento di contrapporre a luci contrastanti diritto classico e giustiniano, egli vede in ogni interpolazione il segno di un mutamento sostanziale fra due concezioni «necessariamente» opposte: da qui la sua ricostruzione di una pretesa linea evolutiva dal diritto classico al diritto giustiniano.

Questa impostazione dell'Albertario ha influenzato un po' tutti coloro che si sono occupati dell'argomento dopo di lui, sia in contrasto con la sua tesi (e da ciò l'assurda negazione di interpolazioni fra le più evidenti e sicure), sia a conferma, sviluppo o modificazione di essa.

Per nostro conto riteniamo che l'intero problema vada considerato sotto un nuovo e diverso angolo visuale e precisamente scindendo l'aspetto *interpolazionistico* del problema da quello *terminologico* o *concettuale*.

Nell'aver confuso, o, il che vale lo stesso, nell'aver voluto risolvere l'uno in funzione dell'altro, sta infatti a nostro avviso il punto debole della ricostruzione dell'Albertario e di tutti coloro che affermativamente o negativamente lo hanno seguito nel suo modo di procedere.

In realtà si tratta di due problemi distinti. Infatti ci troviamo in presenza di due termini ('*corpus*' e '*universitas*') che hanno impiego tanto in età classica quanto in età giustiniana: quindi non si può dire che un testo è interpolato solo perché contiene uno di quei termini, né che, trovandosi in un testo interpolato, essi abbiano necessariamente un significato diverso da quello classico.

47. Prescindiamo quindi per il momento dal problema terminologico e concettuale e prendiamo in esame la serie dei testi che l'Albertario ha dichiarato interpolati. Se noi guardiamo senza preconcetti questi testi e le interpolazioni che in essi sono state denunciate, non è difficile accorgersi che la massima parte di esse ha una funzione ben precisa e risponde ad un disegno ben chiaro: quello di estendere – volta a volta – il valore di un testo che si riferiva ad una determinata figura anche a figure diverse.

Nella maggior parte dei casi si tratta infatti di testi che riguardavano *municipia* o *municipes* e allora i compilatori aggiungono accanto a questi termini espressioni estensive, onnicomprensive, generalizzatrici: '*si municipes vel aliqua universitas*', '*rem publicam vel universitatem*', '*a municipibus et societatibus et decuriis et corporibus*', '*defensor municipum vel cuius vis corporis*', etc.

In altri casi sono frasi e testi che riguardano *collegia* e altri sodalizi che vengono generalizzati: così la vecchia rubrica edittale che riguardava soltanto i collegi e che i compilatori utilizzano per formarne la rubrica di D. 3.4 viene ad assumere valore generale con l'impiego della parola '*universitas*' riferita anche ai *municipia*, di cui si tratta ampiamente appunto nell'interno del titolo '*iuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*'; così testi che riguardavano solo i decurioni vengono estesi a ogni altra *universitas* (D. 3.4.7.2: '*in decurionibus vel aliis universitatibus*'), testi che riguardavano alcune categorie di *collegia* sono estesi a '*quodcumque tale corpus*' e via dicendo.

E' la stessa tendenza generalizzatrice che nell'età postclassica aveva portato l'imperatore Zenone nell'anno 477 a elencare una serie di figure, concludendone la lista con un termine d'insieme (C.I. 1.23.7.2: '*... sed si quando corpus aut schola vel officium vel curia vel civitas vel provincia vel quaedam universitas hominum ...*'), e lo stesso Giustiniano a contrapporre la persona singola a una serie di enti collettivi, terminando con la solita generalizzazione (C.I. 2.58.2.5: '*sive pro una persona quis litem movere voluerit, sive pro aliquo corpore vel vico vel alia universitate*'), oppure nella già esaminata costituzione reintegrata in C.I. 6.48.1.10 a stabilire il regime successorio di una serie di figure specificamente indicate, per finire anche qui con la più ampia generalizzazione: '*... vel uno verbo si cuiuscumque non illicito corpori quid reliquerit*'.

Questa tendenza viene ulteriormente accentuandosi nei compilatori del Digesto. Si può dire di più: per il modo costante con cui costoro cercano di attuarla in ogni punto, è evidente che essa risponde ormai ad un loro deliberato e preciso criterio costruttivo.

E invero il rifiuto che da molti si è creduto di potere opporre per ragioni sostanziali alle interpolazioni rilevate dall'Albertario e il modo stesso in cui questi ha ritenuto di dover interpretare le proprie effettive scoperte, non hanno permesso – né da una parte né dall'altra – di apprezzare finora nel suo giusto significato e valore il grande sforzo dommatico che i compilatori giustinianeî hanno compiuto in questa materia.

Di fronte ad un materiale classico che si riferiva a situazioni e fattispecie diverse, essi hanno cercato di generalizzare la portata normativa dei singoli passi e di comporre con essi una visione il più possibile unitaria delle diverse figure di aggregati a base personale. Laddove i classici erano al massimo arrivati a scorgere analogie (tipico al riguardo il passo di Gaio in D. 3.4.1.1: '*... ad exemplum rei publicae ... tamquam in re publica ...*'), essi cercano di ricondurre tutte le diverse figure ad una disciplina il più possibile comune e uniforme.

Questa costruzione, che in definitiva può permettere di parlare delle diverse figure di aggregati di persone come di una *categoria unitaria*, appare quindi attraverso la critica interpolazionistica come una conquista tipicamente giustiniana: è questo forse il merito maggiore che si deve riconoscere in argomento ai Compilatori, avendo essi saputo dalle multiformi ed eterogenee fattispecie delle fonti trarre gli elementi per la formazione di una serie di principii comuni ad ogni figura e per una loro esposizione coordinata (ancorché spezzettata, per ragioni inerenti al piano generale della compilazione, in più titoli, sicché lo stesso argomento viene trattato prima sotto l'aspetto *procedurale* cui è dedicato il titolo del D. 3.4, poi sotto l'aspetto *penale* nel titolo D. 47.22, '*de collegiis et corporibus*', e infine sotto l'aspetto amministrativo nei titoli D. 27.1, '*de excusationibus*', e D. 50.6, '*de iure immunitatis*': cfr. COLI, *Collegia*, cit., p. 17. E' poi appena il caso di avvertire che per la natura stessa della compilazione, anche fuori di questi titoli, si trovano molti passi che riguardano direttamente o indirettamente l'argomento).

E' questa la reale, la effettiva *novità* della Codificazione giustiniana rispetto alle trattazioni classiche (ciò vale anche nel caso che si voglia accedere all'ipotesi del KRELLER, *Zwei Gaiustellen zur Geschichte der juristischen Person*, cit., p. 3 ss., che la catena di testi formante il titolo D. 3.4 sia di elaborazione pregiustiniana). Ed è questa *novità*, cioè la considerazione *unitaria* delle diverse figure di aggregati a base personale, che ha permesso ai medioevali l'elaborazione in categoria unitaria di quelle che essi chiameranno le '*universitates personarum*'.

48. Accanto al problema interpolazionistico – che come abbiamo visto nel paragrafo precedente si risolve nella considerazione *unitaria* delle diverse figure di aggregati a base personale – vi è il problema *terminologico* e *concettuale*. E qui non ci sentiamo di seguire ulteriormente l'Albertario nella parte costruttiva della sua critica.

Egli afferma infatti che in tutti i testi interpolati le parole '*corpus*' e '*universitas*' avrebbero un significato nuovo e diverso da quello che esse avevano nell'uso classico (cioè come «collettività» di soggetti, intesi nella loro materiale esistenza) e correlativamente che sarebbero interpolati tutti i testi in cui '*corpus*' e '*universitas*' sono impiegati in senso astratto, a rappresentare figuratamente l'aggregato.

Questa tesi, per quanto brillantemente sostenuta, non persuade. Essa parte dal presupposto che si possa in questo argomento tracciare una netta linea di demarcazione fra un'asserita concezione classica – uniformemente seguita in ogni caso – e un'asserita concezione postclassica e giustiniana, altrettanto uniformemente seguita in ogni caso.

In effetti questa netta divisione non c'è, perché né i classici *in ogni caso* seguono la concezione «collettiva», né i postclassici e i giustinianeî seguono *in ogni caso* la concezione «corporativa».

Il termine '*corpus*' viene impiegato nelle fonti romane classiche – giuridiche ed extragiuridiche – in significati molteplici. Così ad esempio, oltreché per indicare una determinata sostanza materiale, anche per indicare *aggregati* di cose o di persone, considerati nella loro unione materiale: '*corpus patrimon-*

nii è l'insieme delle attività patrimoniali (D. 4.2.20, D. 22.6.9.5), *'corpus servorum'* è l'insieme dei servi di un determinato *dominus* (D. 50.16.195.3), *corpus aedium 'unus ... est cohaerentibus lapidibus'* (*Inst. inst.* 2.19). Gli esempi si potrebbero moltiplicare.

Le fonti letterarie, oltre che di *'corpus'* nel senso indicato dall'Albertario, parlano anche – come è stato osservato dal DE VISSCHER (*La notion du corpus*, cit., p. 47 nt. 1) – di *'corpus populi'* (Liv., *urb. cond.* 1.8.1) e di *'corpus senatus'* (Luc., *bell. civ.* 7.293), proprio in quel senso unitario che si vorrebbe sconosciuto ai classici. Lo stesso dicasi di quel *'corpus plebis'*, in Liv., *urb. cond.* 4.9.9, citato dall'Albertario a favore della propria tesi, ma che sembra testimoniare proprio il contrario.

Assai importante al riguardo è Liv., *urb. cond.* 1.8.1, che seppur non può certo servire come testimonianza per l'età romana cui lo storico si riferiva, è validissimo documento delle concezioni del tempo in cui egli scriveva:

Rebus divinis rite perpetratis vocataque ad concilium multitudine, quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat, iura (Romulus) dedit.

In realtà, attraverso questa ed altre testimonianze, è possibile dimostrare che già in età classica si era pervenuti, per astrazione, al concetto di *'corpus'* come unità ideale ed astratta.

La testimonianza liviana, anche per la convergenza dell'esempio e per l'argomentazione giuridica, trova piena conferma in un importantissimo e famoso passo di Seneca, di cui l'Albertario ha creduto troppo facilmente di potersi sbarazzare passandolo totalmente sotto silenzio:

Sen., *epist.* 102.6: id est quod praedicere velim? quaedam continua esse corpora, ut hominem; quaedam esse composita, ut navem, domum, omnia denique, quorum diversae partes iunctura in unum coactae sunt; quaedam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. Illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure aut officio cohaerent, natura diducti et singuli sunt.

Il filosofo distingue i *corpora* in *continua* (come l'uomo), *composita* (come la nave) e *ex distantibus* (come l'*exercitus*, il *populus*, il senato). E di quest'ultima categoria dice che *'membra separata sunt'* se considerati in relazione alla loro specifica natura, sono però *cohaerentes* se considerati in relazione alla loro funzione giuridica (*'iure aut officio'*). V'è qui, nettamente, la contrapposizione tra l'aspetto sociologico e l'aspetto più strettamente giuridico d'un medesimo fenomeno: per cui, ciò che sotto il primo profilo appare nella concreta individualità dei suoi singoli componenti, sotto il secondo profilo viene assunto come unificato dalla comune funzione, sicché l'individualità dei singoli componenti scompare, sostituita da una rappresentazione concettuale unitaria (sul testo di Seneca cfr. SCHNORR VON CAROLSFELD, *op. cit.*, p. 177 e 188, G. LA FORTUNA, *Appunti sui termini «corpus» e «universitas»*, Roma, 1937, p. 5 ss., e OLIVECRONA, *Corporations*, cit.).

Per un analogo impiego del termine *'membrum'* cfr. ad esempio Svet., *Aug.*, 48: *'membra partesque imperii'*; Paneg., 12.[2].36.4: *'rei publicae membra'*; Amm., *r. gest.* 25.9.5 e 27.3.7: *'membra civitatis'*.

La distinzione di Seneca viene ripresa da Pomponio in un passo famoso (D. 41.3.30):

Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex.

Questo passo è stato preso in considerazione soprattutto in relazione ai problemi della divisibilità o composizione delle *res*, ossia rispetto alle diverse distinzioni in base a cui vengono classificate le *res* (si veda, per tutti, B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1957, p. 178 ss.); cfr. inoltre, sui presupposti filosofici della tricotomia, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, Roma 1926, p. 103-104, e SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., specialmente p. 147, 177 ss., 203 s., nonché PHILIPSBORN, *Der Begriff der juristischen Person*, cit., p. 44 ss. Il giurista distingue tre generi di *corpora*, al

fine di determinare rispetto a quale di essi si ponga il problema dell'eventuale interruzione dell'usucapione a seguito di riunione di *corpora* diversi. Da rilevare che, a proposito dei *corpora ex distantibus*, è lezione pressoché indiscussa quella che sopprime il 'non' davanti a 'soluta'. A differenza di Seneca, Pomponio non ricollega la genesi della tripartizione ad un procedimento di concettualizzazione fondato sul rilievo dato all'unità di funzione svolta (*iure aut officio*). Resta comunque l'impiego del concetto di 'corpus' nel significato di entità unitariamente rappresentativa di una pluralità di elementi costitutivi ed è ciò che, per il nostro problema, interessa sottolineare.

Ancora più persuasive sono le testimonianze che si possono trarre dalle fonti epigrafiche, in cui il termine 'corpus', almeno dalla fine del I secolo d.C., è di uso sempre più frequente, non solo accompagnato da un determinativo al plurale che indica gli elementi che lo compongono (*corpus fabricum, pistorum, piscatorum*, etc.), ma pure in senso astratto: così ve ne sono che parlano di 'patronum omnium corporum' (in H. DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae*, n. 5271 e 7025), di 'omnia corpora Lugduni licite coeuntia' («CIL.» XIII, 1921), di 'constitutiones corporis munimenta' («CIL.» VI, 29814 e 29815: cfr. Th. MOMMSEN, *Constitutiones corporis munimenta*, in «ZSS.», XII, 1891, p. 146 ss., con foto), di 'corpus quod appellatur neon' («CIL.» III, 7060), di 'conventio corporis' («CIL.» X, 1579), di 'ordo corporis piscatorum' (J.C. ORELLI, *Inscriptiones Latinae Selectae*, 4115) etc.

Fra i testi giuridici si può poi ricordare Ulpiano in D. 4.2.9.1 (*et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus huic edicto locus erit*). L'Albertario non solo ne ha riconosciuto la genuinità, ma addirittura ha cercato di convertirlo in una testimonianza a suo favore, sostenendo che qui «collegium, corpus, etc., sono rappresentati come collettività di persone»: il che è quanto meno dubbio, se non addirittura gratuito.

Quando infatti si deve ammettere, per l'esistenza di testi inoppugnabili, che il linguaggio letterario (ma con riferimento anche a materia viva dell'esperienza giuridica) e le fonti epigrafiche (che di quella materia viva sono le più sicure testimonianze) adoperano correntemente il termine 'corpus' non solo in senso collettivo, ma anche talvolta in senso astratto, non si comprende per quale ragione i giuristi coevi (e siamo al II secolo, anzi alla fine di esso) non avrebbero potuto impiegare anche loro questo stesso termine talvolta in senso astratto. Solo la forza di un apriorismo preconconcetto può indurre a negarlo.

Ma più ancora delle testimonianze classiche intorno all'uso di 'corpus' in senso astratto, sono importanti e gravi, contro la tesi dell'Albertario, le testimonianze *postclassiche* e *giustiniane* intorno all'uso di 'corpus' in senso *collettivo*, cioè proprio in quel senso che l'Albertario avrebbe voluto esclusivo dei classici e contrapposto al «nuovo» significato. Qui le fonti sono copiose, dalle letterarie alle epigrafiche e alle legislative. Basta scorrere gli indici delle raccolte di iscrizioni (ORELLI, *op. cit.*, III, p. 170 ss., DESSAU, *op. cit.*, III.2, p. 710 ss.) per rendersi immediatamente conto che non vi è sotto questo aspetto nessuna differenza fra quelle del I e II secolo d.C. e quelle del III-IV secolo in avanti. L'espressione 'corpus' tende a prendere sempre più il posto di 'collegium' o anzi sembra divenire tecnica per le associazioni di mestiere, volontarie e coattive (cfr. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., p. 175), ma dal punto di vista sostanziale il concetto presupposto dall'impiego del termine non muta. Così pure nelle costituzioni *postclassiche* contenute nel Codice Teodosiano e nel Codice Giustiniano si hanno vari riferimenti a 'corpora', seguiti dalla determinazione dei loro componenti ('*corpus navicularium*' etc.: cfr. i testi elencati da SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., p. 154 ss.). Vi è persino una costituzione di Valentiniano e Valente del 364, riportata in CTh. 14.2.1, che parla di '*corpora hominum*':

Ea privilegia, quibus pro reverentia urbis aeternae varia corpora hominum vel priscarum legum cautio vel antecedentium principum fovit humanitas ... confirmata esse ... vel restituta ...

Per quanto riguarda l'età giustiniana è poi da notare che il termine 'corpus' (si veda C. LONGO, *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustino*, in «BIDR.», X, 1897-98), riferito al nostro argomento, è di rarissimo impiego nelle costituzioni dello stesso Giustino (gli unici riferimenti sicuri sono in *const. Summa*, § 4 e in C.I. 2.58.2.5); tuttavia le numerose costituzioni del Codice Teodosiano e quelle posteriori accolte nel Codice Giustiniano dai redattori di questo, quando contengono riferimenti a 'corpora' seguiti dall'indicazione dei loro appartenenti non hanno avuto su questo punto alcuna modi-

fica; e se in esso non si ritrova la costituzione del 364 di Valentiniano e Valente, or ora citata, che parlava di *'corpora hominum'*, vi saranno ricevute una costituzione di Arcadio ed Onorio dell'anno 397 (C.I. 3.23.1) in cui insieme al termine *'corpus'* si usava come sinonimo il termine *'societas'* e una costituzione di Zenone dell'anno 477 (C.I. 1.23.7.2) che parlava di *'corpus vel schola vel officium vel curia vel civitas vel provincia vel quaedam universitas hominum'*.

Sarebbe veramente difficile non vedere in questi testi il permanere di una concezione «collettiva» delle entità evocate da questi vari termini.

49. Quanto abbiamo rilevato nel paragrafo precedente mostra come sia difficile separare con un taglio netto – secondo quanto avrebbe voluto l'Albertario – una concezione «classica» da una concezione «postclassica» del tutto diversa ed opposta.

Anche negli stessi testi sicuramente interpolati, il più delle volte l'uso del termine *'corpus'* è anodino: vale a dire che dietro di esso si può indifferentemente prosupporre sia la concezione «collettiva» e realistica, sia quella «corporativa» ed astratta.

L'unico passo assai probabilmente interpolato in cui si ha in maniera netta e chiara l'espressione tipica di una concezione «corporativa» è il più volte richiamato D. 48.18.1.7 di Ulpiano:

Servum municipum posse in caput civium torqueri saepissime rescriptum est, quia non sit *illorum* servum sed rei publicae. *idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurimum servus videtur, sed corporis.*

Ma per avventura anche se qui le parole in corsivo sono interpolate, la sostanza della soluzione (di cui neppure l'Albertario dubitava) è certamente classica e dietro di essa bisogna supporre come elemento necessario – altrimenti non si sarebbe potuti giungere a quella soluzione – almeno un inizio di concezione «corporativa» e «astratta».

Cosicché, anche essendo giustinianee le parole, queste non avrebbero fatto altro che rendere esplicito quanto già nelle affermazioni degli imperatori classici e di Ulpiano.

Naturalmente, con i nostri rilievi, non intendiamo negare che una delle caratteristiche dell'età postclassica e giustiniana sia appunto costituita dal diffondersi della concezione «corporativa». Il nostro proposito, come più volte già accennato, è soltanto di mettere in evidenza come ancora nello stesso diritto giustiniano non manchino testimonianze precise di una certa oscillazione fra le due concezioni: la «collettiva» e la «astratta».

50. Quanto abbiamo detto in tema di *'corpus'* può essere ripetuto, in linea di massima, per il termine *'universitas'*.

Anche rispetto a quest'ultimo si è sostenuto, dapprima con riferimento alla materia ereditaria (Bonfante), poi anche in tema di «persone giuridiche» (H. Krüger, Albertario, Schnorr von Carolsfeld) che l'impiego di questo termine per indicare non l'insieme materiale degli elementi componenti (*'universitas'* = *'universi'*), ma una loro rappresentazione concettuale astratta, assumendola unitariamente come oggetto o soggetto di diritti, sarebbe postclassico e giustiniano.

Lasciamo qui da parte la questione delle varie *'universitates rerum'* e soprattutto quella spinosissima dell'*hereditas* come *'universitas'*, intorno alla quale si è svolta una lunga e non sopita polemica (si veda da ultimo B. BIONDI, *La dottrina giuridica della «universitas» nelle fonti romane*, in «Jus», 1955, e *Universitas e successio*, in «Studi P. De Francisci», IV, Milano, 1956, p. 19 ss., con ampi riferimenti testuali e bibliografici). Per quanto riguarda il nostro tema è invece da osservare che non c'è dubbio che il termine *'universitas'* ricorra con qualche frequenza in testi sicuramente interpolati. Così ad esempio in:

D. 3.4.2 (Ulp. 8 *ed.*): Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica vel universitate intervenit, non pro singulis.

D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 *ed.*): In decurionibus vel aliis universitatibus ...

Ma in questi ed altri testi consimili l'interpolazione ha il consueto valore estensivo, di cui abbiamo già parlato a proposito delle analoghe generalizzazioni compiute col termine 'corpus'.

Inoltre, così come per il termine 'corpus', la presenza dell'espressione 'universitas' in testi interpolati non vale a testimoniare che essa abbia un significato nuovo rispetto all'impiego che la parola stessa aveva in testi sicuramente classici (Marciano in D. 1.8.6.1 = *Inst.* 2.1.6) oppure di cui, anche se sono stati sospettati, è assai difficile ammettere l'interpolazione (Gai., *inst.* 2.19).

Assai significativi sono gli sforzi che l'Albertario fa per piegare il citato passo di Marciano alla sua tesi:

D. 1.8.6.1 (Marcian. 3 *inst.*): *universitatis* sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed *universitatis*. et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt.

L'ALBERTARIO (*Corpus e universitas*, cit., p. 103), mancando elementi per attaccare la genuinità del testo, vorrebbe attribuire in questo caso alla parola 'universitas' il valore di 'universi cives' (cioè, nonostante l'impiego del termine astratto, questo starebbe ad indicare, nel testo di Marciano, soltanto la collettività intesa in senso concreto). Ma così facendo non si accorge che diverrebbero privi di senso sia la soluzione marcianea, sia i rescritti dei 'divi fratres' (Marco Aurelio e Lucio Vero), che presuppongono necessariamente – l'una e gli altri – il superamento della concezione strettamente «collettivista» (si veda quanto si è già osservato più sopra, a p. 41).

Per converso non mancano esempi dell'età postclassica in cui si continua ad usare il termine 'universitas' accompagnandolo col determinativo al plurale oppure quando ci si vuole riferire a questa in generale, con la specificazione che trattasi pur sempre di 'universitas hominum' (come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, a proposito della costituzione dell'imperatore Zenone dell'anno 477 in C.I. 1.23.72). Persino in un testo interpolato, com'è con ogni probabilità D. 3.4.7.2, mentre si parla dell' 'universitas' che 'ad unum redit', si parla anche di uno 'ius omnium', indicando così, in maniera chiara, che l'orientamento verso l'astrazione non era interamente compiuto.

Anche qui, naturalmente, con questi nostri rilievi, non intendiamo negare che il concepire i vari aggregati come un' 'universitas' trovi nell'età postclassica e nella codificazione giustiniana un'applicazione sempre più vasta e frequente. Troppi sono gli indizi di questo progressivo affermarsi della considerazione «astratta» delle varie entità, per poter sostenere il contrario.

'Corpus' e 'universitas' diventano veramente espressioni dominanti ('universitas' ancor più di 'corpus').

Non per questo si può però affermare che le tracce delle più antiche concezioni siano interamente scomparse, né che la considerazione unitaria e astratta abbia portato a ritenere questi *corpora* e queste *universitates* come entità del tutto distaccate e sovrapposte agli elementi che le compongono.

In proposito abbiamo già riportato le parole dell'ELIACHEVITCH (*op. cit.*, p. 292), secondo il quale «nessun essere superiore mistico rimpiazza la pluralità vivente dei membri». A conclusioni non dissimili è giunto, con riferimento alle *universitates* di cose, il BIONDI (*La dottrina giuridica della «universitas»*, cit., p. 262-263): «Il concetto giuridico di complesso, ossia la concezione unitaria dell'aggregato, non importa affatto creazione di una nuova entità, che si aggiunga o si sovrapponga alle singole cose componenti. All'infuori dell'eredità, non si costituiscono sul complesso diritti diversi di quelli che si possono costituire sulle singole cose componenti ... Si tratta sempre non di bene diverso, ma semplicemente di diversa considerazione della medesima entità, ossia come somma oppure come complesso unitario».

51. Questa diffusione della concezione «corporativa» ed «astratta» è stata da diversi autori messa in relazione con l'influenza delle dottrine patristiche (si vedano ALBERTARIO, *Corpus e universitas*, cit., p. 100 s., M. ROBERTI, *Il Corpus mysticum di S. Paolo nella storia della persona giuridica*, in «Studi E. Besta»,

Milano, 1939, IV, p. 37 ss., e A. EHRHARDT, *Das Corpus Christi und die Korporationem im Spät-römischen Recht*, in «ZSS.», LXX, 1953, p. 299, e LXXI, 1954, p. 29 ss.).

La dottrina cristiana dell'unione e della solidarietà di tutti i fedeli (*ecclesia*) gerarchicamente ordinati attorno al Cristo, dottrina che riprende motivi ebraici o greci, trova un particolare approfondimento in san Paolo. L'insieme dei fedeli, uniti dal comune amore di Dio e dalla reciproca carità, è concepito da san Paolo non come finzione o come mera manifestazione di una certa condizione morale, bensì come organismo concretamente esistente ed operante, in cui l'intima unione dei fedeli non manifesta solamente un fenomeno associativo, ma viene assunta in un'unitaria concezione della Chiesa come relazione dei fedeli con Dio (cfr. specialmente ROBERTI, *op. cit.*).

Questo concepire una situazione associativa come entità organica concretamente inserita nell'ambito delle azioni umane, ha esercitato indubbiamente una certa influenza sul diritto postclassico. Lo possiamo rilevare da numerose testimonianze a partire dall'editto di Costantino (313 d.C.), che attribuiva al *corpus* (σωμα) dei cristiani non solo il luogo delle loro adunanze, ma gli stessi beni acquistati, a vario titolo, dal *corpus* come tale e non dai singoli fedeli. Come ci ricorda Lattanzio, il testo dell'editto precisava che tali beni erano infatti *'ad ius corporis eorum id est ecclesiarum, non hominum pertinentia'* (*de morte persecutorum* 48).

Ma se l'influenza della dottrina del *corpus mysticum* sulla concezione di entità ideali rappresentative di concrete situazioni associative o patrimoniali è in teoria possibile, assai meno evidente e notevole appare invece attraverso le testimonianze rimasteci e proprio rispetto al concetto di *'corpus'*. Il Codice giustiniano non solo non conosce l'uso dell'espressione *'corpus mysticum'*, ma utilizza assai raramente, specialmente nelle costituzioni dello stesso Giustiniano, persino la voce *'corpus'* (o l'equivalente greco σωμα) e per lo più nel senso di aggregato materiale o di situazione associativa, ma non come entità unitaria trascendente la pluralità dei propri componenti (cfr. R. MAYR, M. SAN NICOLÒ, *Vocabularium codicis Iustiniani*, voci *'corpus'* e σωμα, nonché il citato *Vocabolario* di Carlo Longo).

Non può perciò non lasciare perplessi, proprio perché priva di adeguata documentazione nelle fonti giuridiche, l'ipotesi che attribuisce all'influenza del concetto di *'corpus mysticum'* la trasformazione del concetto di *'corpus'* da aggregato a entità unitaria ed ideale.

Per quanto riguarda poi la diffusione del termine *'universitas'* in senso astratto, si è voluto vedere in ciò una delle tante manifestazioni della tendenza bizantineggiante verso l'astrazione.

Ma a parte le numerose testimonianze sul sicuro impiego, almeno nelle fonti letterarie dell'età classica, del termine *'universitas'* in senso astratto e sulla sua presenza in numerosi testi giuridici che forse non sono tutti interpolati, sta di fatto – quanto meno – che l'elaborazione postclassica della dottrina dell'*universitas* non può essere considerata solo una creazione bizantineggiante. Ed infatti, secondo quanto è stato di recente opportunamente sottolineato dal Volterra, «allo stato delle fonti risulta come proprio all'epoca del rifiorire delle scuole di Berito e Costantinopoli la teoria dell'*universitas* era già stata svolta ed applicata in Occidente» e precisamente in quelle scuole della Gallia meridionale da cui provengono i frammenti della parafrasi delle Istituzioni di Gaio scoperti verso la fine del secolo, scorso ad Autun (cosiddetti *Fragmenta Augustodunensia*, che si possono vedere in «Fontes Iuris Romani Antejustiniani», II, p. 207 ss.), nei quali l'ignoto maestro occidentale esponeva la dottrina della successione universale e nei quali vi era già tutta la teoria dell'*universitas* (si veda E. VOLTERRA, *Appunti sulle scuole postclassiche occidentali*, in «Annali di storia del diritto», I, 1957, p. 58 s.).

52. Forse, per quanto riguarda il nostro argomento, le spiegazioni che finora si è cercato di dare alla diffusione postclassica e giustiniana delle nozioni di *'corpus'* e di *'universitas'* e alla tendenza di quest'età a considerare sotto un profilo «corporativo» o «astratto» le varie entità che con questi termini venivano evocate sono tutte troppo dottrinarie e direi quasi «letterarie». Concezioni filosofiche, influenze patristiche, bizantinismo o comunque elaborazioni speculative sono spiegazioni possibili ed in qualche misura potranno pure avere contribuito marginalmente a determinare un certo mutamento nei punti di vista. Ma la radice del fenomeno è forse molto più vasta e profonda e soprat-

tutto più direttamente e specificamente connessa con il fenomeno stesso.

Nel corso dell'età classica e ancor più nel passaggio all'età postclassica la funzione e la posizione dei vari enti cui si applicano quei termini si trasforma.

Ciò avviene sia per le *civitates*, sia per i *collegia*.

53. L'azione livellatrice della posizione delle varie *civitates*, iniziata dai Severi e più ampiamente perseguita da Diocleziano e da Costantino, la progressiva mortificazione delle autonomie municipali e delle competenze dei magistrati cittadini, l'attribuzione dell'amministrazione finanziaria a particolari funzionari di nomina imperiale, la sovrapposizione di gerarchie ecclesiastiche agli organi cittadini, il peso dell'enorme apparato burocratico del basso impero, le tremende condizioni economiche e le convulse vicende politiche e militari di quei secoli incidono profondamente sulla struttura e la concezione stessa della *civitas*.

Per un quadro delle condizioni delle *civitates* nell'età postclassica, con i dati relativi, si vedano J. GOTHOFREDUS, *Paratitla ad C.Th.* 12.1, F.C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medioevo* (trad. it.), I (cap. 2), p. 27 ss., D. SERRIGNY, *Droit public et administratif Romain, ou institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'empire Romain du IV^e au VI^e siècle (de Constantin à Justinien)*, Paris, 1862, I, p. 178 ss., G. PADELLETTI (P. COGLIOLO), *Storia del diritto romano*², Firenze, 1886, p. 617 ss. e note, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, p. 894 ss., B. KÜBLER, sv. 'Decurio' in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», IV, Stuttgart, 1901, c. 2319 ss., J. DECLAREUIL, *Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales au temps de l'Empire romain*, in «NRH.», XXVI, 1902, XXVIII, 1904, XXXI 1907, XXXII, 1908 e XXXIV, 1910, G. MENGOZZI, *La città italiana nell'alto medio evo* (1914), Firenze, 1931², p. 31 ss.; F.F. ABBOTT, A.C. JOHNSON, *Municipal administration in the Roman Empire*, Princeton, 1926, p. 197 ss.; J. DECLAREUIL, *Curies municipales et clergé au Bas-Empire*, in «RHD.», XIV, 1935, p. 26 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Milano, 1936, III, p. 148 ss.; A. PIGANIOL, *L'Empire chrétien*, Paris, 1947, *passim*; J. GAUDEMET, *Constantin et les curies municipales*, in «Jura», II, 1951.

In tali condizioni, infatti, la posizione delle *civitates* sembra quasi passare in secondo piano rispetto a quella delle *curiae* (senati municipali), su cui gravavano praticamente tutti gli oneri fiscali e su cui si polarizza pressoché interamente l'attenzione dei legislatori dell'età postclassica (il solo titolo 'de decurionibus' del Codice Teodosiano – 12.1 – comprende ben 192 costituzioni sull'argomento). Dall'iniziale carattere onorifico, l'appartenenza all'ordine dei decurioni si veniva sempre più trasformando in un gravissimo peso, di carattere ereditario e coattivo, cui si cercava sottrarsi in ogni modo, persino con la spontanea riduzione in condizione di colono o di schiavo. Da qui tutta una pesante legislazione per riportare alla condizione primitiva chi aveva osato disertarla e per reprimere con pene severissime i molti che lo tentavano e coloro che li aiutavano in tale proposito. L'esenzione dagli oneri curiali finì per costituire uno dei privilegi più ambiti, mentre l'iscrizione a una curia poteva apparire, nella estimazione comune, anziché una dignità, addirittura come una sanzione, tanto che alcuni imperatori in più casi debbono intervenire a che essa non venisse disposta dai giudici *loco supplicii* (C.Th. 12.1.105, a. 384 = C.I. 10.32.38; cfr. C.Th. 12.1.6, a. 365).

I *curiae obnoxii* «non potevano cedere nemmeno a titolo oneroso le loro proprietà senza il permesso del governatore: sul loro patrimonio la curia aveva un diritto di successione *ab intestato* e, se testavano, dovevano lasciare alla curia un quarto dei loro beni» (cfr. su tutto ciò e per più ampie notizie, DE FRANCISCI, *Storia*, III, cit., p. 155). La situazione sembra ancora peggiorata nell'età di Giustiniano, se questi riprenderà l'antica idea che l'iscrizione alla curia potesse ritenersi una vera o propria misura penale, da irrogarsi agli ecclesiastici ripetutamente colti a giocare a dadi, agli ebrei, agli eretici, ai pregiudicati (C.I. 1.4.34.10, a. 534, e *Nov.* 45 *praef.*, a. 537).

In presenza di questo quadro dalle tinte sempre più fosche e più tristi, continuare a considerare le *civitates* come collettività di *cives* compartecipi della *res publica* sarebbe stato fuor d'ogni realtà e a ciò probabilmente si deve l'indirizzo postclassico di assumerle piuttosto come centri di riferimento, astrattamente considerati, di situazioni giuridiche prettamente amministrative dalle quali esula ogni idea di una comunità cittadina d'antico stampo.

Quelle poche norme che nella codificazione giustiniana riguardano direttamente le *civitates* sono in massima parte contenute nel Digesto e appartengono alla tradizione classica: più che norme sembrano quasi notizie storiche.

54. Per quanto concerne i *collegia* la trasformazione è ancora più netta. A cominciare dall'età di Alessandro Severo le associazioni infatti vengono sempre più perdendo il loro carattere privato per divenire organismi di struttura pubblicistica al servizio e sotto il controllo dello Stato, spesso addirittura create espressamente da questo (*Script. Hist. Aug., vit. Sever. Alex.* 33.2: '*corpora omnium constituit vinariorum, lupiniorum, caligiariorum et omnino omnium artium, atque ex sese defensores dedit et iussit ad quos iudices pertinerent*'). Ed un passo di un giurista della tarda età classica quale Callistrato (tra la fine del II e il principio del III secolo, appunto l'epoca dei Severi) parla già delle corporazioni di mestiere come di *corpora* '*instituta ... ut necessariam operam publicis utilitatibus exhiberent*' (D. 50.6.6.12).

Il fenomeno è ben noto ed esiste in proposito una letteratura imponente.

Si vedano soprattutto B. MATTHIAS, *Zur Geschichte und Organisation der römischen Zwangsverbände*, in «Festschrift H. von Buchka», Rostock, 1891; WALTZING, *Étude historique sur les Corporations*, cit., II, A. VISCONTI, *Il collegium pistorum nelle fonti giuridiche romane e medioevali*, in «RIL.», 2^a s., LXIV, 1931, e *Sul collegium pistorum e sulla politica annonaria del basso impero*, ivi, LXVIII, 1935; G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'ero antico e nell'alto medioevo*, Bari, 1934; P.S. LEICHT, *Corporazioni professionali in Italia dal secolo V all'XI* (Roma, 1936, ora in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano 1943); V. BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane*, Milano, 1937 (ivi, p. XIII-XXIII, ampia bibliografia); J. GAUDEMET, *Constantin et le recrutement des corporations*, in «Atti Congresso Verona», Milano, 1951, III, p. 19 ss.; F.M. DE ROBERTIS, in vari studi e specialmente da ultimo in *Il fenomeno associativo nel mondo romano*, cit. Cfr. inoltre per una visione d'insieme DE FRANCISCI, *Storia*, III, cit., p. 160 ss.

Sulla necessità di tener sempre conto, nei problemi della storia della personalità giuridica, di questa trasformazione, ha opportunamente insistito E. VOLTERRA, in «SDHL.», IV, 1938, p. 267.

Fatto si è che agli inizi dell'età postclassica tutte o gran parte delle corporazioni appaiono obbligatorie (una iscrizione che probabilmente riporta un rescritto di Costantino parla di '*collegia necessaria*': cfr. «Bullettino della Commissione Archeologica del Governatorato di Roma», XLVII, 1939, p. 85 s. e ivi l'articolo di R. AMBROSINO, *Riferimenti all'ordinamento associativo romano [a proposito di alcune iscrizioni inedite sui Fabri]*). Esse vengono trasformandosi in organi chiusi, rigidamente controllati. Coloro che si trovano a farne parte non possono sottrarsi ad esso e i loro figli restano del pari legati, di generazione in generazione. «Per impedire le evasioni ognuno venne vincolato al proprio mestiere come un condannato alla catena, con i beni e i figli» (DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo*, cit., p. 162).

Per certe corporazioni si arrivò persino alla marcatura a fuoco degli appartenenti (ad esempio nei *fabri-censes*, cioè gli operai delle pubbliche fabbriche d'armi: Imp. Arcadio ed Onorio, a. 398, C.Th. 10.22.4 = C.I. 11.10.3; cfr. C.Th. 9.40.2 = C.I. 9.47.17), in modo da consentire il riconoscimento dei fuggitivi: '*ut hoc modo saltem possint latitantes agnosci*'. Infatti, schiacciati sotto il peso dei servizi o delle imposte, moltissimi abbandonavano i collegi, cercando rifugio nelle campagne o in luoghi selvaggi, confondendosi fra schiavi e coloni o addirittura cercavano di passare fra i barbari (si vedano i testi in DE ROBERTIS, *Il fenomeno associativo*, cit., p. 162 s.).

Tralasciando qui il problema delle cause di questa trasformazione (su cui si veda per tutti DE ROBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 165 ss.), sta di fatto che la concezione tipicamente romana del *collegium* fondato sulla libera determinazione individuale è almeno dal IV secolo interamente travolta. Per sopperire alla mancanza di membri, lo Stato ripetutamente ordinò l'apertura delle corporazioni a chi volesse farne parte, ma il più delle volte si rendeva necessario provvedere con reclutamenti forzati ('*ex inssione*'). «Si sceglievano in genere persone atte a sostenere gli oneri del servizio, e all'uopo pare esistessero finanche speciali uffici di reclutamento. Si trattava generalmente di individui estranei ai quadri professionali: *vacui, otiosi, privati, extranei*; ma qualche volta si arriva persino a trasferire i corporati da uno ad altro collegio e ad aggregarvi gli stranieri e i condannati» (si veda con i testi relativi, DE ROBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 181 s.).

Un aspetto caratteristico del superamento delle antiche concezioni si ha nella fusione, disposta d'autorità, fra collegi affini allo scopo di semplificare i servizi: così Costantino nel 315 riunì *centonarii, fabri* o *dendrofori* (C.Th. 14.8.1) e Arcadio ed Onorio nel 419 fecero altrettanto con i *suarii* e *pecuarii* (C.Th. 14.4.10).

E' problema discusso se e in quale misura l'ordinamento corporativo statualizzato del basso impero avesse lasciato sussistere accanto ai collegi ufficiali anche associazioni private di antico stampo (si vedano in senso negativo ad esempio WALTZING, *Étude historique*, II, cit., p. 51 ss., e BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane*, cit., p. 168 ss.; ma si vedano in senso contrario VISCONTI e LEICHT negli scritti citati e DE ROBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 209 ss.).

Così pure la critica storica più recente tende a una revisione dell'opinione tradizionale in ordine alla durezza della condizione dei corporati nell'età postclassica, almeno nel senso di riconoscere una serie di mutamenti che si sarebbero venuti verificando dalla metà del V secolo e che avrebbero in parte alleggerito le gravissime condizioni del IV secolo e della prima metà del V, portando ad un allentamento del regime vincolistico: cfr. in questo senso, da ultimo, le interessanti indicazioni e osservazioni del DE ROBERTIS (*op. ult. cit.*, p. 230 s.), il quale mette altresì in evidenza che il Codice giustiniano presenta un sistema di controlli molto più attenuato rispetto al Codice Teodosiano. Però, anche se tutto ciò può esser vero, rimane pur sempre che sotto il profilo della *struttura giuridica* il carattere delle corporazioni postclassiche è – nello stesso diritto giustiniano – contrassegnato da due elementi nuovi ed estremamente indicativi: l'assoggettamento patrimoniale e l'assoggettamento personale.

Dapprima ogni corporato era tenuto a contribuire alle spese dei servizi imposti in proporzione delle proprie rendite: da qui una serie di obbligazioni gravanti sui beni individuali, fino a che questi vennero considerati vincolati definitivamente al servizio, *obnoxia functioni*, pur continuando a far parte del patrimonio privato del singolo (cfr. ampiamente BANDINI, *op. cit.*, p. 159 ss., DE ROBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 168 ss.). L'alienazione dei *praedia obnoxia* trasmetteva al nuovo proprietario i *munera* ad essi inerenti; per alcune corporazioni venne poi addirittura vietata.

Al vincolo patrimoniale ben presto si aggiunse quello personale. Dal IV secolo si delinea e precisa sempre più il carattere obbligatorio del servizio, cui non ci si potrà sottrarre neppure abbandonando i beni. I corporati diventano essi stessi *'perpetuo obnoxii functioni'* (così ad esempio per i *navicularii* d'Oriente in una costituzione di Valente dell'anno 371 in C.Th. 13.5.14).

A indicare questo rapporto si parlerà di *'munera'*, di *'functio'*, di *'onus'*, di *'condicio'*, di *'necessitas'*, di *'obnoxietas'*: una terminologia che in certi casi, come rileva bene il DE ROBERTIS (*op. cit.*, p. 164 s., con richiami testuali, e p. 174 s.; si veda anche BANDINI, *op. cit.*, p. 154 ss.: cfr. p. 115), sembra richiamarsi più ad un rapporto di dipendenza servile che alla condizione di uomini liberi.

Così ad esempio in una costituzione di Arcadio ed Onorio dell'anno 400 si parlerà di chi *'curiae vel collegio vel burgis vel ceterisque corporibus ... servierit'* (C.Th. 12.19.2 = C.I. 11.66.6) e in una di Onorio dell'anno 415, ordinandosi l'iscrizione obbligatoria di coloro che esercitavano attività libera (*'vacantes'*) alle corporazioni delle singole città, si impiegherà addirittura il termine *'subiugari'*:

C.Th. 12.6.1: *Vacantes quoque et nulla veterum dispositione ullius corporis societate coniunctos curiae atque collegiis singularium urbium volumus subiugari.*

E in realtà, dal concetto che i corporati fossero *'functioni obnoxii'* si arriva addirittura, in parecchi testi, a considerarli *'consortio obnoxii'* (così già Costanzo II in una costituzione dell'anno 355 in C.Th. 14.3.2) o *'corporibus obnoxii'*, *'corporibus obligati'* (così ad esempio Arcadio ed Onorio in due costituzioni rispettivamente degli anni 397 e 399, in C.I. 3.23.1 e in C.Th. 6.30.17), cioè assoggettati al *corpus* (cfr. *Nov. Valent.* 36.8, a. 452: *'obnoxias ... corpori personas'*).

Gli esempi si potrebbero moltiplicare, ma già questi sono sufficienti a fare intendere che siamo in presenza di una visione nuova della corporazione: essa infatti appare ormai concepita – almeno in questi testi – non più come la «collettività» degli associati, ma come qualcosa che li sovrasta.

A ciò dovette contribuire non poco l'attività esercitata dallo Stato nei confronti di tali corporazioni, che si concretava non solo in un rigoroso controllo, ma pure in atti diretti di amministrazione

(cfr. DE ROBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 199 ss.).

In sé e per sé esse hanno sempre veste e struttura di organismi corporativi, nei quali la base personale continua ad essere rilevante (ragion per cui, ad esempio, si mantiene in vita l'assemblea generale degli associati con competenza a regolare una serie di rapporti interni: cfr. DE ROBERTIS, *op. ult. cit.*, p. 189 ss.). Tuttavia, se sotto questo profilo i *corpora* dell'età postclassica appaiono ancora come «astrazione di uomini» (cfr. quanto abbiamo detto *supra*, p. 50), da un insieme di elementi appare altresì, attraverso la legislazione postclassica, che l'ordinamento statutale ormai li considera, assai sovente, come centri di riferimento di situazioni organizzative essenzialmente pubblicistiche o quanto meno d'interesse pubblico, e li prende in considerazione in quanto tali, non come associazioni di persone (su '*corpus*' come «organizzazione» si vedano anche gli accenni di SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., p. 155 s.).

Ciò che rispetto all'ordinamento statutale sembra soprattutto ora contare sono i *munera* (si vedano al riguardo gli ampi brani di due giuristi di età assai tarda, Ermogeniano in D. 50.4.1 e Arcadio Carisio in D. 50.4.18 – cfr. BANDINI, *op. cit.*, p. 136 –, e questo spiega i numerosi testi in cui si parla dei singoli corporati come '*functioni obnoxii*'. Da qui, come abbiamo visto, con un'ulteriore ipòstasi, si finisce col parlare di '*corpori obnoxii*': cioè l'elemento organizzativo per l'espletamento del *munus* viene considerato esso stesso come centro di riferimento delle posizioni dei singoli corporati *functioni obnoxii*.

Sulla rilevanza giuridica dell'organizzazione nella problematica degli ordinamenti giuridici, si vedano le importanti pagine di M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, I, p. 12 ss. e, sui rapporti fra *munera* e personalità giuridica, p. 14 ss. Assai finemente egli scrive: «... quella del *munus* è una posizione giuridica elementare, e forse proprio per questo essa è sfuggita all'attenzione dei giuristi: essa consiste nell'addossare ad un soggetto, per disposto dell'ordinamento, la cura di un interesse altrui, cioè o di altro soggetto determinato o dei soggetti componenti l'ordinamento. L'attività che il soggetto svolge in quanto *munus* è, giuridicamente, una funzione: è vincolata ad un fine; il *munus* è perciò fonte di doveri e di obblighi; ma essendo svolto autoritativamente nell'interesse altrui, dà luogo comunque ad un beneficio per tutti i consociati, i quali trovano in esso una difesa di interessi generali... Il *munus* è creazione dell'ordinamento, in senso veramente assoluto: la separazione, nelle sequenze dell'attività materiale unitaria di una persona fisica, di ciò che è attività propria della persona stessa e di ciò che è attività del *munus*, è frutto di una tipica astrazione creativa (ipòstasi) del mondo giuridico. In quanto creazione dell'ordinamento, il *munus* può ricevere configurazioni diverse. E' ovvio che ogni ordinamento ha i suoi *munera*. Qui c'interessa solo l'ordinamento generale dello Stato nel quale esistono due tipi di *munera*, detti rispettivamente pubblici e privati...».

E a p. 129 s.: «Nella sua elementarità la persona giuridica deriva da un'ipòstasi, nella quale si attribuisce ad un *munus* una prima soggettività giuridica. L'attività che svolge la persona fisica come *munus* non viene più imputata ad altra persona fisica o ad una collettività di persone fisiche, ma ad un soggetto differente, creato dall'ordinamento; rispetto ad esso la persona fisica diviene uno strumento per la prestazione di quelle capacità di diritto e di fatto che formano la soggettività e che non possono essere se non della persona fisica. In tal modo il *munus* come posizione giuridica soggettiva, scompare. Quella che era attività del *munus* diviene attività della persona giuridica».

In altre parole, la legislazione postclassica trova nella realtà sociale e giuridica del proprio tempo gli antichi *corpora* a base personale e li mantiene press'a poco nella loro struttura formale originaria, ma li inserisce nell'apparato amministrativo pubblico, come elementi organizzativi dei diversi *munera*.

Ciò spiega come per un aspetto questi appaiano pur sempre enti collettivi, «astrazione di uomini», e per un altro aspetto come puri centri di riferimento di situazioni organizzative, suscettibili di essere considerati, in se stessi, come enti astratti, staccati dai loro componenti, anzi ad essi contrapponibili, dotati – ancora oggi – di una loro propria e indipendente «soggettività giuridica».

Appunto in tal senso costituzioni postclassiche parlano ad esempio di '*consortium corporis*' (Valentiniano e Valente, a. 365, C.Th. 13.5.11), di '*ius et proprietates corporis*' (Valentiniano e Valente, a. 365, C.Th. 13.6.2), di '*societas corporis*' (Honor. e Theod., a. 415, C.Th. 12.1.179.1) etc.

E' quindi nella nuova funzione e nella nuova posizione che le corporazioni hanno nell'ordinamento giuridico postclassico che va vista – se non c'inganniamo – la ragione fondamentale per cui i legi-

slatori del basso impero e i compilatori giustiniani possono spesso prescindere dal primo aspetto, quello personale, per concentrare tutta la loro attenzione sul secondo, quello organizzativo, e assumerle come oggetti di enunciazioni o norme, nelle quali l'elemento personale resta spesso nascosto dalla loro considerazione in astratto.

55. Il più frequente uso, nelle fonti postclassiche o giustiniane, delle espressioni 'corpus' e 'universitas' in senso astratto, senza più «riferimento concreto» a quella che l'Albertario chiama la «collettività reale», ci sembra pertanto che vada collegato soprattutto alla trasformazione della posizione delle *civitates* e delle corporazioni rispetto all'ordinamento postclassico.

Se variazione terminologica c'è stata, questa dipende, secondo noi, più che da ragioni estrinseche (filosofiche, religiose, dottrinarie), da ragioni – diciamo così – intrinseche, cioè inerenti alla diversa condizione giuridica connessa a una diversa situazione storica, di queste varie entità nel quadro del mutato ordinamento giuridico dell'età postclassica.

E' per questi mutamenti che le varie entità finiscono per apparire tutte come elementi organizzativi del grande apparato amministrativo postclassico, rese assimilabili in una categoria unitaria dal comune carattere pubblicistico e dalla comune funzione nel quadro di quell'ordinamento: *civitates* e *collegia*, *municipia* e *corpora* divengono tutti, ora, riconducibili sotto l'unico denominatore di 'universitates'.

Da qui tutte quelle generalizzazioni di cui abbiamo già parlato noi nel § 47 (cfr. p. 59 s.) e che portano alla formazione della categoria unitaria delle diverse figure di aggregati di persone.

Questa, come abbiamo detto finora, è la vera novità della codificazione giustiniana. Ma pure, essendo ora più chiare le ragioni che hanno permesso l'unificazione e il modo con cui questa si è realizzata, si comprende come e perché questa unificazione, condotta sulla base della comune funzione e posizione delle diverse entità rispetto all'ordinamento statale, lasciasse sussistere per altri aspetti una pluralità di concezioni e soluzioni non solo non ridotte ad unità, ma neppure conciliabili fra loro.

Se tutto questo non è stato fin'ora giustamente valutato dalla letteratura romanistica lo si deve in gran parte alle prevalenti e perduranti interpretazioni dommatiche del *Corpus Iuris*, per effetto delle quali le testimonianze inconciliabili con quella che volta a volta appariva la più «vera» concezione venivano neutralizzate, accantonate, eliminate. Ma il fatto stesso che anche la più provveduta e avvertita romanistica (qual'è indubbiamente quella dal secolo scorso ad oggi) abbia potuto su questi problemi affacciare e sostenere tante interpretazioni diverse e opposte, è per noi la miglior prova della già accennata «ambiguità» delle fonti giustiniane e della «compresenza», in esse, di testimonianze di concezioni eterogenee e non conciliabili.

In realtà «il lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione» (BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 159) che porta all'idea di una personalità corporativa non solo non può ritenersi compiuto nell'età classica, ma neppure nello stesso diritto giustiniano.

La compilazione del VI secolo rappresenta un deciso passo avanti nella formazione di questa idea in conseguenza della *considerazione unitaria* delle diverse figure, ma si tratta di una «unificazione» che non risolve il pluralismo di concezioni di varia epoca e di varia natura che nel corso di questo processo di molti secoli si erano venute accumulando ed intrecciando.

Rendersi coscienti di questo non significa sminuire i risultati conseguiti dalla giurisprudenza classica e dalla dottrina giustiniana, ma anzi cogliere in pieno il valore dei loro sforzi e comprendere come in quest'ardua materia il gioco delle concettualizzazioni, anziché adagiarsi in uno schema unico, abbia man mano tentato vie diverse per sempre meglio adeguarsi alla realtà delle situazioni da rappresentare e regolare.

Al posto di una soluzione monocolora, di più o meno remota origine, l'esperienza giuridica romana, se studiata e approfondita senza preconcetti, mostra una multiforme varietà di ideazioni o di soluzioni che documentano la sua ricchezza e la sua complessità.

VII. Sulle situazioni a base «patrimoniale» in generale

56. Nei capitoli precedenti abbiamo esaminato le principali situazioni in cui l'esperienza giuridica romana era pervenuta a riconoscere come centro di riferimento di diritti e di obblighi una collettività di persone, considerandola come un tutto unitario, in vario modo e grado astrattizzato.

Passiamo ora ad esaminare un'altra serie di situazioni, in cui, più che l'elemento personale, aveva rilievo quello che con prima e larga approssimazione possiamo chiamare l'elemento patrimoniale.

Già nelle premesse (p. 16 ss.) abbiamo accennato a tali situazioni. Ma adesso dobbiamo vedere l'argomento un po' più da vicino.

E innanzi tutto dobbiamo cominciare col precisare che cosa intendiamo per «situazioni in cui aveva rilievo l'elemento patrimoniale».

Infatti, sotto un certo profilo, può dirsi che l'elemento patrimoniale abbia rilievo rispetto ad ogni tipo di «persona giuridica», tanto che spesso, a cominciare dal SAVIGNY (*Sistema*, cit., II, p. 241), è nella capacità giuridica patrimoniale che si è fatta consistere «l'essenza stessa della persona giuridica», e col Brinz e i suoi seguaci si è arrivati persino a concepire ogni persona giuridica (anche quelle che tradizionalmente sono considerate a base personale) nient'altro che come «un patrimonio pertinente *ad uno scopo*» («Zweckvermögen»).

Per un'ampia esposizione della teoria del Brinz e dei suoi seguaci (specialmente il Demelius e il Bekker e fra noi il Bonelli) cfr. FERRARA, *Teoria*, cit., p. 153-177, con i vari riferimenti bibliografici e con importanti rilievi critici.

Ma anche lasciando da parte queste costruzioni estreme (nelle quali gioca la tendenza tutta moderna, già da noi più volte sottolineata, di ricercare un concetto unitario valido a subsumere ogni possibile figura di persona giuridica), sta di fatto che, come abbiamo potuto vedere in ordine al '*populus*', alle '*civitates*', ai '*collegia*' e in definitiva in tutte quelle entità che il diritto giustiniano raggruppa sotto il comune denominatore di '*universitates*', anche in queste situazioni l'elemento patrimoniale è sempre in qualche misura presente. Anzi talune figure possono dirsi sorte per ragioni essenzialmente economico-patrimoniali, come ad esempio le *societates publicanorum* e simili; altre potevano svolgere la loro attività solo in quanto disponessero di un patrimonio, come ad esempio i *collega funeraticia*; altre ancora divennero soprattutto centri di organizzazione patrimoniale, come per lungo tempo le corporazioni professionali del basso impero.

Nondimeno in tutte queste figure, seppure l'elemento patrimoniale poteva avervi un'importanza notevolissima (e da un punto di vista sostanziale, in alcuni casi, addirittura preminente), ciò che in esse per i Romani veniva in primo piano – giuridicamente – era pur sempre l'elemento personale. Ma se la *soluzione giuridica* era infatti rivolta per lo più a regolare un problema organizzativo di uomini, era organizzazione giuridica di uomini, cui poteva connettersi e cui poteva conseguire anche la soluzione di problemi economico-patrimoniali. Ma tali problemi non erano, o per lo meno non venivano considerati, dal punto di vista formale come l'elemento strutturalmente rilevante dell'organizzazione: il centro di riferimento, come abbiamo visto, era pur sempre o una collettività concreta o al massimo un'astrazione di uomini. Anche quando si arriverà a parlare semplicemente di '*corpus*' e di '*universitas*', il substrato da cui queste entità derivano sarà formato dagli uomini che vi stanno dietro, il *corpus hominum*, la *societas hominum*, l'*universitas hominum*, non già il patrimonio in se stesso considerato.

In altre situazioni, invece, l'elemento patrimoniale viene ad assumere un rilievo maggiore, tanto da presentarsi come l'aspetto principale da risolvere e regolare, sia dal punto di vista sostanziale, sia talvolta anche da quello formale, tanto che il problema organizzativo investe direttamente il patrimonio e la sua condizione giuridica.

57. Vedremo fra breve quali erano in concreto queste situazioni e quali profonde differenze vi fossero tra loro, sia sotto il profilo delle diversissime ragioni d'essere di tali situazioni, sia sotto quello

delle diversissime soluzioni che di esso venivano date.

Per intanto, onde meglio prepararci alla loro individuazione e trattazione, può non essere inopportuno richiamare brevemente il modo come volta a volta sono state considerate dalla dottrina romanistica.

Poiché in età moderna la maggior parte di queste situazioni trova la sua soluzione (almeno nei paesi di tradizione romanistica) attraverso lo schema «*persona giuridica-fondazione*», la dottrina romanistica del secolo scorso ha cercato dapprima di inquadrare quante più possibile di queste diverse situazioni e soluzioni sotto la categoria unitaria dello «fondazioni», considerandole come «persone giuridiche invisibili» (SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, p. 26) e qualificandole anche, in contrapposto alle «*universitates personarum*», con la denominazione di «*universitates rerum*».

Questa denominazione è assai equivoca e pericolosa per più ragioni:

1. perché la divisione fra le due categorie postula – con un'esigenza tutta moderna – un'unità concettuale fra di esse che era ignota all'esperienza romana la quale come sforzo massimo era arrivata a unificare solo le cosiddette «*universitates personarum*»;
2. perché anche rispetto alle sole «*universitates rerum*», quest'espressione tende a rappresentare come categoria unitaria figure diverse che, almeno nell'esperienza romana, non erano né assimilate né assimilabili fra loro;
3. perché l'espressione «*universitates rerum*», ignota in qualsiasi impiego alle fonti romane, per un verso è assai simile a quella classica di «*universitas bonorum*» (Triph., D. 29.1.18.pr.) o analoghe che indicano complessi di beni senza assumere mai significato di entità astratte a sé stanti (si veda BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 704 nt. 4), e per un altro verso è stata addirittura anche usata – a cominciare dai commentatori medioevali – per indicare (muovendo da un suggerimento, forse interpolato, di D. 7.1.70.3) quei complessi di cose omogenee come il gregge, che i Romani chiamavano «*corpora ex distantibus*», cioè «de agglomerazioni di cose non materialmente insieme, ma che nondimeno si possono considerare come un oggetto unico, perché, dal punto di vista economico-sociale, hanno essenza distinta nella loro totalità» (BONFANTE, *Istituzioni*, cit. p. 233); concetto che sempre gli interpreti medioevali (muovendo da taluni spunti delle fonti romane) hanno poi allargato sino a ricomprendervi complessi patrimoniali eterogenei, quali l'*hereditas*, la dote, il peculio e che essi finiscono per chiamare «*universitates iuris*» (su tutto ciò si veda con bibliografia BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 137 ss.). Il problema di queste «*universitates*» qui non interessa direttamente; tuttavia non si può non sottolineare le notevoli confusioni che da questa teoria sono derivate e che hanno portato (e portano, anche in diritto moderno) a scambi concettuali estremamente dannosi: esempi tipici le discussioni sulla pretesa personalità giuridica dell'azienda commerciale o il diffondersi dell'idea che la cosiddetta «autonomia patrimoniale» nelle società di persone dia luogo ad un fenomeno di «soggettività giuridica» nel patrimonio stesso, e via dicendo.

Naturalmente, poi, volta a volta, secondo il modo in cui si precisava il concetto di «fondazione», varie di queste situazioni o restavano fuori o venivano collocate a fatica entro lo schema, che in realtà, come abbiamo già detto, era una creazione moderna, inidonea a subsumere la multiforme varietà delle differenti situazioni romane, irriducibili – come vedremo – ad unità.

Da qui una serie interminabile di discussioni se talune figure dovessero configurarsi più o meno come «fondazioni» o addirittura se potessero annoverarsi fra le «persone giuridiche».

Di poi, man mano che lo studio romanistico veniva meglio puntualizzando la necessaria distinzione fra concetti moderni e concetti romani, si finì per riconoscere che il concetto moderno di fondazione era inapplicabile al diritto romano. In questa revisione critica perciò ci si spinse così avanti che si finì per negare più o meno completamente che il diritto romano avesse conosciuto – a parte il concetto – anche il fenomeno (cfr. *supra*, p. 24).

Da qualche tempo però, a seguito soprattutto di un magistrale studio di Gabriel LE BRAS su *Les fondations privées du Haute Empire* (in «Studi S. Riccobono», III, Palermo, 1936, p. 23-67), l'intero argomento ha cominciato a ricevere una nuova e più feconda impostazione. Piuttosto che porsi in astratto il problema della personalità giuridica delle «fondazioni», il Le Bras ha infatti messo in luce ed esaminato in concreto, attraverso fonti giuridiche e letterarie, ma specialmente epigrafiche, una serie di situazioni in cui capitali e beni o le loro rendite venivano destinati perpetuamente ad un culto funerario o ad opere sociali.

Questo punto di vista si è mostrato assai utile, perché ha permesso di accertare, senza troppe preoccupazioni dommatiche, che molte delle situazioni per le quali in età moderna si ricorre allo schema «fondazione» trovavano già una loro – anche se in forma diversa – soluzione nel mondo romano.

Accanto agli studi del Le Bras si venivano intanto ponendo quelli di F.E. BRUCK, prima sulle fondazioni greche (*Totenteil und Seelgerät im griechischen Recht*, München, 1926), poi sulle fondazioni romane (*Foundations for the Deceased in Roman Law*, in «Scritti beatificazione C. Ferrini», Milano, 1949, IV, p. 1 ss., ripubblicato in tedesco, con ampliamenti, nel suo volume *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, Heidelberg, 1954, p. 46-100). L'argomento veniva ripreso anche negli scritti del Duff, dello Schnorr von Carolsfeld, dell'Eliachevitch più volte citati, nonché in J. IMBERT, *Les hôpitaux en droit canonique*, Paris, 1947, in A. PHILIPSBORN, *Les établissements charitables et les théories de la personnalité juridique dans le droit romain*, in «RIDA.», VI, 1951, e *Der Begriff der juristischen Person im röm. Recht*, in «ZSS.», LXXI, 1954, e in H.-R. HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischen Rechte*, Basel, 1953.

Per iniziativa del DE VISSCHER poi il tema delle «fondazioni» fu posto a base di due congressi della *Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité* tenuti a Nancy nel 1954 e a Bruxelles nel 1955, dando luogo ad una notevole fioritura di studi, fra i quali ricordiamo E. BRUCK, *Les facteurs moteurs de l'origine et du développement des fondations grecques et romaines*, DE VISSCHER, *Les fondations privées en droit romain classique*, cit., J. GAUDEMET, *Les fondations en Occident au Bas Empire*, tutti in «RIDA.», 3^a s., II, 1955, R. FEENSTRA, *Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nos jours*, H.R. HAGEMANN, *Die rechtliche Stellung der christlichen Wohltätigkeitsanstalten in der östlichen Reichshälfte*, C. PREAUX, *Sur les «fondations» dans l'Égypte gréco-romaine*, tutti in «RIDA.», 3^a s., III, 1956, nonché R. ORESTANO, *Beni dei monaci e monasteri nella legislazione giustiniana*, in «Studi P. De Francisci», III, Milano, 1956, e R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations, à propos de quelques études récentes*, in «T.», XXIV, 1956, ove può vedersi altra bibliografia.

Qui non è possibile esaminare particolarmente il contenuto dei singoli scritti e le posizioni dei vari autori (pei principali si veda la interessante e acuta analisi del FEENSTRA, ne *L'histoire des fondations*, cit.). A molti di essi ci richiameremo però man mano, nei luoghi opportuni.

La dottrina romanistica moderna si è venuta così orientando verso la ricerca delle varie situazioni in cui si aveva «la destinazione di una massa di beni a dei fini in via di principio perpetui» (è questa la formula posta come ipotesi di lavoro a base del Congresso della *Société d'Histoire des Droits de l'Antiquité* a Nancy nel 1954, secondo il programma redatto dal De Visscher: «*Le theme ... est ... les fondations dans les différents droits de l'antiquité. Pour 'fondation' nous entendons toute affectation d'une masse de biens à des fins en principe perpétuelles*»). Con maggiori precisazioni, cfr. lo stesso DE VISSCHER, nell'articolo *Les fondations privées en droit romain classique*, cit., p. 198).

La fecondità di questo punto di vista è notevole, perché – come vedremo meglio in seguito – ha permesso di ricondurre entro l'esame del problema delle «fondazioni» romane una serie di figure che miravano precisamente allo stesso fine cui mirano le moderne fondazioni e che si realizzavano senza dar luogo a situazioni riconducibili allo schema «persona giuridica» (si vedano specialmente le ricerche di Le Bras, Bruck, De Visscher citate e per i problemi d'impostazione l'importante studio del FEENSTRA, *Le concept de fondation*, cit., in particolare p. 249 ss.).

Tuttavia – e ciò va attentamente considerato – un siffatto punto di vista rischia di introdurre nel nostro argomento delle nuove (anche se diverse) limitazioni.

E invero, assumendo come ipotesi di lavoro che fenomeni analoghi alle moderne «fondazioni» si avessero solo quando vi era la destinazione di beni ad uno scopo perpetuo (o, come altri dicono, la destinazione perpetua ad uno scopo) si perdono di vista o addirittura si escludono altre situazioni che per altri aspetti vanno anch'esse riportate nell'ambito della stessa problematica, senza di che se ne avrebbe una visione pur sempre parziale e soprattutto non si comprenderebbero i modi in cui tale problematica è venuta evolvendo nello stesso diritto giustiniano e da questo nell'ulteriore esperienza della tradizione romanistica.

58. In realtà l'esperienza giuridica romana ci presenta una gamma di situazioni diversissime per finalità e struttura, che pur non avendo alcun elemento che sia comune a tutte si trovano per qualche aspetto ad essere fra loro congiunte o congiungibili. Esse non possono certo venire considerate *spe-*

cies diverse di uno stesso *genus*, ma in qualche modo «fanno gruppo». L'elemento che le lega può, spesso, esser peculiare soltanto ad alcune, che sono alla lor volta legate ad altre per differenti motivi, ora d'ordine giuridico ora d'ordine funzionale; e molte volte sono soltanto ragioni d'ordine storico, che determinano accostamenti e nessi, di cui bisogna pur tener conto per il retto intendimento di ciascuna di queste figure.

E' però assai difficile, se non pure impossibile, formulare un rigoroso concetto giuridico che possa riunirle ed esprimerle tutte, mentre è certo che fra molte di esse si sono avuti rapporti e influenze e che tutte hanno in qualche modo concorso a determinare, nella tradizione romanistica post-giustiniana, la moderna figura della «fondazione».

Così ad esempio, il concetto di «destinazione di un patrimonio ad un fine permanente» lascia fuori la figura della cosiddetta «eredità giacente», che come vedremo non solo è stata una delle più avanzate soluzioni dell'esperienza romana nella via di considerare un complesso patrimoniale come centro indipendente di riferimento di diritti o di obblighi, ma pure è stata nell'esperienza giustiniana e in quella posteriore il punto di partenza di una serie di elaborazioni dottrinarie che – a torto o a ragione – sono servite a dar vita al moderno concetto di «persona giuridica».

Così del pari il nuovo orientamento in materia di «fondazioni» romane, puntando essenzialmente sulle «fondazioni private», tralascia una serie di figure che per un verso o per l'altro sono intimamente legate alla storia delle fondazioni e della personalità giuridica, come le cosiddette «istituzioni alimentari imperiali», primo passo verso quei fini di pubblica assistenza che prenderanno tanto sviluppo, anche se in forme giuridiche diverse, nell'età romano-cristiana, oppure come il «fisco», che rappresentava, nell'esperienza romana, una delle più compiute costruzioni di un'attività organizzativa imperniata su una serie di elementi di puro carattere patrimoniale. Gli esempi si potrebbero moltiplicare.

In realtà a noi sembra che un'esperienza così varia e complessa quale fu quella romana in questo campo non possa essere artificiosamente sezionata e studiata parzialmente.

La ricerca va quindi orientata in tutte le direzioni possibili, senza adottare concetti che pongano limitazioni e preclusioni.

Queste direzioni ci appaiono essenzialmente due:

— da un lato, guardare in via principale alla funzione sociale e al fine cui si mirava nelle varie situazioni, prescindendo dall'esistenza o meno di un centro indipendente di riferimento di diritti e di obblighi. E qui il criterio può essere appunto quello della «destinazione permanente di beni ad uno scopo», quale che fosse il modo in cui ciò veniva realizzato;

— da un altro lato, guardare in via principale alle strutture giuridiche delle varie situazioni, prescindendo dalla funzione e dal fine per cui si determinavano. E qui il criterio può essere appunto quello del «centro indipendente di riferimento di diritti e di obblighi», quale che fosse la ragione per cui esso prendeva vita.

Solo svolgendo la ricerca in questa doppia direzione potremo veramente renderci conto della varietà e complessità delle diverse situazioni, nonché delle molteplici soluzioni cui questi problemi d'ordine patrimoniale hanno dato luogo e il modo in cui esse si intrecciano.

Naturalmente, per far ciò, dobbiamo deliberatamente rinunciare sia al proposito di «scoprire» un preteso concetto che unisse queste diverse situazioni e soluzioni, sia alla costruzione di un nostro concetto unitario che possa servire a cementare figure eterogenee non riducibili ad unità.

Questa rinuncia però, se non ci inganniamo, sarà ampiamente compensata dalla possibilità di seguire più da vicino la realtà concreta delle diverse situazioni e di cogliere con maggiore aderenza il *proprium* delle diverse soluzioni nel quadro generale del problema che stiamo studiando.

VIII. L' eredità giacente

59. Fra le varie situazioni «patrimoniali» di cui abbiamo parlato nel capitolo precedente, la prima che riteniamo di dover prendere in considerazione è la cosiddetta «eredità giacente».

Questa costruzione è infatti assai importante nel quadro della storia della «personalità giuridica» e della sua problematica, perché, come accennammo, ha costituito – a torto o a ragione – una specie di modello ideale a cui si sono volute via via rapportare una serie di altre figure. Ancor più: è soprattutto dalla problematica della «eredità giacente» che è venuto fuori il termine ‘*persona*’ riferito a situazioni del genere, favorendo, insieme alla diffusione del termine stesso, anche la formazione del concetto di «persona giuridica».

Cominciarono gli stessi giuristi romani, o quanto meno i compilatori giustiniane, a parlare in un passo famosissimo di casi in cui l’*‘hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas’* (D. 46.1.22). E i testi medioevali, sempre con riferimento all’*hereditas*, unificarono altre figure. Così ad esempio nelle Glosse di *Brachylogus* (2.11.1, ed. Bosking, p. 212), note di probabile origine francese ad una remota compilazione medievale condotta sullo schema delle Istituzioni giustiniane, si afferma: *‘venerabiles domus vel ... quia vice personae in acquisitionibus tenent, sicut de hereditate dictum est’*.

Torneremo su questi passi, per coglierne più compiutamente la portata, ma già la loro semplice lettura rende evidente il valore centrale che la figura dell’eredità giacente ha nel nostro argomento.

Quanto all’influenza che essa ha esercitato nella dottrina della persona giuridica, basta riferirsi a quanto scriveva uno dei maggiori romanisti dell’età moderna, il Bonfante. Nel suo *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, Roma, 1930, p. 203, egli iniziava così la trattazione dell’argomento: «E’ forse l’eredità giacente il primo storico esempio in cui compare nel diritto romano il substrato della persona giuridica più tipica, nella quale è assente anche l’idea di una personalità collettiva, la cosiddetta fondazione».

Della vasta letteratura ricordiamo SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, § 102, p. 359 ss., R. VON JHERING, *Die Lehre von der hereditas iacens*, in *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1844, WINDSCHEID, *Pandette*, cit., III, § 531, tr. it., p. 109 ss. (con la principale letteratura pandettistica), B. DUSI, *L’eredità giacente nel diritto romano e moderno*, Torino, 1891, A. PERNICE, *Labes. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, III, Halle, 1892, § 358, S. DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell’eredità giacente*, in «Studi V. Scialoja», II, Milano, 1905, R. SALEILLES, *Le principe de la continuation de la personne du défunt par l’héritier en droit romain*, in «Festschrift O. Gierke», Weimar, 1911, FERRARA, *Teoria*, cit., § 98, p. 681 ss. con varia bibliografia, G. SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell’eredità giacente*, in «AUPA.», VIII, 1922, BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 203 ss., con altra bibliografia, SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte*, cit., p. 52 ss., DUFF, *Personality*, cit., p. 162 ss., e SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 291 ss.; fra le più recenti trattazioni civilistiche si vedano U. RADAELLI, *L’eredità giacente*, Milano, 1948, e V.M. TRIMARCHI, *L’eredità giacente*, Messina, 1950.

60. Vediamo anzitutto di che si tratta. Siamo infatti in presenza di un istituto particolare, che nasce dalla struttura della successione ereditaria romana.

Secondo lo *ius civile* si distinguevano tre categorie di successibili: *sui et necessarii*, *necessarii* ed *extranei*. Le prime due categorie erano costituite rispettivamente dai soggetti alla *patria potestas* o alla *manus* del *de cuius* (e ciò sia in caso di successione testamentaria, sia *ab intestato*), oppure dai suoi schiavi liberati e istituiti eredi per testamento: gli uni e gli altri divenivano eredi o acquistavano l’eredità al momento stesso della vocazione, indipendentemente dalla loro volontà, *‘sive velint sive nolint’* (Gai., *inst.* 2.157), ragion per cui eran detti tutti *‘heredes necessarii’*.

Coloro, invece, che non erano soggetti alla potestà del testatore al tempo della sua morte e perciò si dicevano *‘extranei’*, acquistavano l’eredità solo a seguito di un atto di accettazione (*aditio*), diretto a tal fine: *‘extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda’* (Gai., *inst.* 2.162). Pertanto quando l’eredità era devoluta per testamento ad *extranei* sorgeva il problema della condizione del patrimonio tra la morte dell’ereditando e l’accettazione dell’eredità, che in questo intervallo di tempo si trovava *sine domino*.

Nella terminologia usata dall’editto pretorio nel regolamentare alcuni aspetti di tale situazione (D. 37.3.1: *‘ne bona iacent’*; D. 38.9.1.pr.: *‘ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent’*) e da analoghe dizioni dei giuristi classici i glossatori medioevali trassero l’espressione *‘hereditas iacens’* per indicare il patrimonio ereditario devoluto ad eredi *extranei* fino a che questi avessero compiuta l’*aditio*.

Ci sia consentito rilevare a tale proposito una strana ma significativa inesattezza del BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 203. Di solito in simili questioni terminologiche egli fu di un'estrema e spesso chiarificatrice precisione, ma nel nostro caso non esitò a scrivere: «*Il termine eredità giacente ormai tecnico per designare l'istituto, è classico, e significa, com'è chiaro, lo stato d'inerzia dell'eredità, che il chiamato non si fa innanzi a raccogliere*». E arrivato a questo punto citava Ulp. D. 43.24.13.5 (*'hereditas iacebat'*) e Ulp. D. 36.4.5.20 (*'si hereditas iacuerit'*). Ma è evidente la differenza: una cosa è dire, come facevano i Romani, che l'eredità giace (cioè rilevare una particolare condizione in cui essa può venirsi a trovare) e un'altra è parlare, come faranno i medioevali e i moderni, di *eredità giacente* (cioè «entificare» l'eredità che si trovi in quella condizione). Dietro questa sottile sfumatura – e per ciò appunto va sottolineata – vi è tutto lo svolgimento storico dell'istituto. L'imprecisione del Bonfante è un tipico esempio di proiezione della concezione moderna, che determina nella stessa interpretazione dei dati testuali una specie di «slittamento concettuale», assai pericoloso.

61. La documentazione relativa a questo istituto si trova quasi interamente, per il diritto romano, nel Digesto giustiniano. Le varie testimonianze però sono tutt'altro che omogenee, anzi spesso nettamente contrastanti fra loro. Ciò ha costituito nei secoli una vera croce per gli interpreti, che perseguendo uno studio dommatico del *Corpus Iuris* hanno invano tentato di arrivare a una spiegazione e a una «conciliazione» delle tante opposte opinioni: da qui un numero assai grande di tesi possibili, ciascuna delle quali poteva invocare a proprio sostegno l'autorità di qualche testo famoso, sicché, come scriveva un nostro giurista del XVIII secolo, T.M. RICHER (*Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, Lodi, 1827, lib. II, tit. 23, § 453, VII, p. 109), *'summa ... huiusce quaestionis in arbitrio iureconsultorum posita est'*.

A questo stato di cose non si sottrasse neppure la pandettistica del secolo XIX, che cercò di costruire teorie su teorie per dare fisionomia unitaria ai dati discordanti delle fonti e per inquadrare la figura dell'eredità giacente nella visione sistematica da essa perseguita.

Solo una visione storica poteva però risolvere i vari contrasti delle fonti: e a ciò, dopo le prime geniali intuizioni dello Jhering e del Pernice, si arrivò soprattutto per merito di un acutissimo studio del Di Marzo, che riprendendo alcune osservazioni di C. FERRINI (*Manuale di Pandette*³, Milano, 1917, p. 96 nt. 1) aprì la via ad una rinnovata interpretazione critica dei testi e mostrò il carattere giustiniano di talune affermazioni. Ancora più a fondo questa via venne percorsa dallo Scaduto, che ha con molta finezza dipanato l'aggrovigliata matassa di una pluralità di concezioni che si intrecciano nel diritto classico e che in parte si conservano, non risolte in unità, anche nello stesso diritto della Codificazione giustiniana, nonostante un certo livellamento operato dai compilatori.

62. La concezione più antica dell'*hereditas nondum adita* considerava i beni ereditari come *res nullius*. Il principio è esplicitamente enunciato ancora da molti giuristi classici:

D. 1.8.1.pr., Gai. 2 *inst.* (cfr. *inst.* 2.9): *res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.*

D. 43.24.13.5 (Ulp. 71 *ed.*): *... hereditas iacebat ... Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit ...*

D. 28.5.65 (Iav. 7 *epist.*): *servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, quamvis ... nullius sit ...*

D. 47.19.6 (Paul. 1 *ad Nerat.*): *rei hereditariae, quae sine domino est ...*

Ma tale concezione, se applicata rigorosamente, poteva avere conseguenze di estrema gravità. Così ad esempio essa portava, sulla base del principio *'res nullius cedit occupanti'*, ad ammettere l'occupazione come modo di acquisto delle cose ereditarie. Per tutelare il patrimonio del defunto, un temperamento del principio fu introdotto con l'istituto dell'*usucapio pro herede* (sul quale si veda specialmente BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 222 ss.), mediante il quale si ammise che il cittadino entrato in possesso dell'eredità o di parti di essa non ne diventasse immediatamente titolare, ma che a suo favore cominciasse semplicemente a decorrere i normali termini per l'usucapione. L'istituto ebbe un lungo svolgimento (cfr. P. COLLINET, *Les variations de l'usucapio pro herede avant Hadrien*, in «Studi S. Ric-

cobono», IV, Palermo, 1936) e solo nell'età di Adriano fu reso inoperante con un senatoconsulto, che concedeva all'erede la *hereditatis petitio* della cosa usucapita '*atque si usucapta non esset*' (Gai., *inst.* 2.57): la disposizione tuttavia, pur paralizzandone gli effetti, non toccava formalmente il principio fondamentale cui risaliva l'*usucapio pro herede*, secondo il quale i beni ereditari si consideravano *nullius*.

Un'altra conseguenza di questa concezione era l'impossibilità di riconoscere un furto nella sottrazione di cose facenti parte dell'eredità giacente:

D. 47.19.6 (Paul. 1 *ad Nerat.*): *res hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiensis.*

Ma già almeno con Marco Aurelio, per ovviare alla palese iniquità di una simile conseguenza, si era venuta costruendo un'apposita figura criminosa (si veda specialmente S. SOLAZZI, *Sul crimen expilatae hereditatis*, in «RIL.», LXIX, 1936) per punire tale sottrazione con pena pubblica, nelle forme processuali della *cognitio extra ordinem*:

D. 47.19.2.1 (Ulp. 9 *off. procons.*): *Apparet autem expilatae hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessae sunt. nam in hunc casum furti actionem non competere palam est.*

La sopravvivenza alla compilazione giustiniana del *crimen expilatae hereditatis* conferma quindi che su questo punto la concezione più antica non venne mai meno: considerandosi il patrimonio ereditario come *sine domino*, non si giunse mai ad accordare all'erede l'*actio furti* contro chi se ne fosse appropriato.

63. E' chiaro che una tale situazione comportava un gran numero di problemi d'ordine pratico e giuridico.

Fra le prime a dover essere risolte furono indubbiamente le situazioni che si potevano determinare per un fatto naturale, indipendentemente dall'attività giuridica di un qualche soggetto.

Tipici al riguardo sono gli incrementi del gregge o i parti della schiava. La questione era trattata dai giuristi romani soprattutto con riferimento all'*hereditatis petitio* (sulla quale si veda con bibliografia da ultimo BIONDI, *Istituzioni*, cit., p. 633 ss.), ma le soluzioni hanno portata generale ed in alcune è anche espressamente prevista l'ipotesi dell'*hereditas nondum adita*:

D. 5.3.25.20 (Ulp. 15 *ed.*): *Augent hereditatem gregum et pecorum partus.*

D. 5.3.26 (Paul. 20 *ed.*): *Quod si oves natae sunt, deinde ex his aliae, hae quoque quasi augmentum restitui debent.*

D. 5.3.27 (Ulp. 15 *ed.*): *Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem.*

D. 5.3.20.3 (Ulp. 15 *ed.*): *Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. sed et partus ancillarum sine dubio augent hereditatem.*

Lo stesso principio venne esteso alle rendite e ai frutti d'altra natura (cfr. ad esempio Ulp. D. 5.3.27.1 e D. 5.3.29), sicché in termini generali si può ripetere con Ulpiano (39 *Sab.* in D. 50.16.178.1): '*Hereditas nomen iuris est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem vel maxime fructibus augetur*'.

La valutazione di questi testi è strettamente connessa al problema più generale se i classici avessero già considerato oppur no l'eredità come un' '*universitas*' (sul dibattuto argomento si veda da ultimo BIONDI, *Universitas e successio*, cit., p. 19 ss., con vasta letteratura). Comunque è fuor di dubbio che nei passi riportati essa è assunta come un'unità organica, che può subire aumenti e diminuzioni in forza di eventi naturali e della sua esistenza di fatto (così, assai bene SCADUTO, *op. cit.*, p. 14).

Più dubbio può essere, se così facendo, i giuristi vedessero in questi casi l'*hereditas* come un centro ideale cui riferire l'acquisto o la perdita di diritti (nel senso che fosse *essa* ad acquistare).

Di certo, vi è già un principio di astrazione nel fatto medesimo di parlare dell'*hereditas* come di un tutto unitario. Ma il problema sembra risolto non tanto attraverso la creazione concettuale di un centro d'imputazione di acquisti e di perdite, quanto piuttosto in un modo naturalistico, addirittura materiale: l'*hereditas* appare qui considerata alla stregua di una *res* (ancorché incorporale: cfr. Gai., *inst.* 2.14) e come tale suscettibile di incremento e diminuzione (*et augmentum recipit et deminutionem*).

E forse non a caso Ulpiano dice che l'eredità '*accessionem in se recipit*' (D. 50.16.178.1) e parla di *fructus* che '*hereditatem accesserint*' (D. 5.3.20.3), impiegando espressioni che sono tipiche del mondo concettuale costruito intorno ai rapporti reali (accessione di cosa a cosa).

64. Diversa si presentava la situazione quando si trattava di regolare i problemi che presupponevano l'attività giuridica di un soggetto capace o, se questa era svolta da uno schiavo, l'esistenza attuale di un suo *dominus*. Si veda ad esempio:

D. 45.3.16 (Paul. 4 *reg.*): Servus hereditarius futuro heredi, nominatim dari stipulatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit.

D. 2.14.27.10 (Paul. 3 *ed.*): Servus heredi post adituro nominatim pacisci non potest, quia nondum is dominus sit ...

D. 45.3.26 (Paul. 1 *man.*): Usus fructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur.

D. 41.1.61.1 (Herm. 6 *iur. epit.*): Usufructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur.

In questi e in tanti altri casi la mancanza di una persona fisica giuridicamente idonea a costituire centro di riferimento di diritti e obblighi sembrava opporre un ostacolo insormontabile.

Tuttavia esigenze pratiche si imponevano in molti casi con la forza ineluttabile della vita, la quale non può essere paralizzata o costretta dagli schemi rigidi di un gioco di principi, che, se era utile sotto tanti riguardi, portava pure sotto altri a conseguenze gravi e pericolose come erano quelle di far considerare *sine domino* l'eredità *nondum adita*.

Da qui tutto un lavoro plurisecolare della prassi e la scienza che cercano quando possono e come possono di aggirare le difficoltà per arrivare alle soluzioni che volta a volta appaiono le più eque.

Le vie tentate per uscire da queste strettoie furono molteplici. Durante almeno sei secoli, quanti ne corrono dalla primissima giurisprudenza classica a Giustiniano, prendono così vita una serie di concezioni diverse, la cui mira è però unica: rendere possibile lo stabilirsi di rapporti e situazioni giuridiche durante il periodo intercorrente fra la morte del *de cuius* e l'accettazione dell'erede.

65. Un primo tentativo, forse il più radicale, tende ad individuare il titolare dell'eredità *nondum adita* nella persona dell'erede.

Questa soluzione eliminava il problema della condizione del patrimonio durante la giacenza in quanto, operando con la finzione della retroattività, permetteva di riportare gli effetti dell'adizione al momento della morte del *de cuius*. E' questa la concezione che ha trionfato nel nostro diritto positivo, rispetto al quale – ammesso il principio che l'accettazione retroagisce al tempo della delazione – non si può parlare di eredità giacente in senso proprio (almeno secondo la maggior parte degli autori e nonostante gli art. 528 s. del Codice Civile).

Tale concezione appare introdotta da C. Cassio Longino (I secolo d.C.), che per mezzo di essa riuscì a risolvere il problema relativo alla validità delle stipulazioni compiute dal servo del defunto anteriormente all'adizione da parte dell'erede.

E' noto che in diritto romano lo schiavo poteva validamente impegnarsi con *stipulatio*, in quanto ripeteva dal *dominus* la capacità (*Iust. inst.* 3.17.pr.: '*Servus ex persona domini ius stipulandi habet*').

La dottrina romana dell'età repubblicana quindi, ammettendo che prima dell'adizione il servo ereditario fosse *sine domino* alla pari di tutte le cose comprese nel patrimonio, doveva concludere per l'invalidità delle stipulazioni compiute in questo periodo. Tuttavia, ricorrendo appunto alla finzione di considerare che l'accettazione retroagisse al momento della morte dell'ereditando, Cassio fece salva la validità delle stipulazioni fatte dal servo a favore dell'erede futuro, anche prima che questi avesse adito l'eredità. Gaio, ricordando tale teoria, riferisce anche quella opposta, sostenuta da Proculo in base alla considerazione che, nella realtà dei fatti, l'erede il quale non ha accettato non è ancora tale al momento in cui avviene la stipulazione:

D. 45.3.28.4 (Gai. 3 *verb. obl.*): Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto suo cessisse: quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri.

L'opinione di Cassio è quindi seguita da Gaio, che aggiunge come prova la considerazione che il periodo del lutto decorre dal giorno della morte e non da quello dell'adizione.

Essa fu accettata anche da altri giuristi:

D. 50.17.193 (Cels. 38 *dig.*): Omnia fore iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.

In questo passo la teoria della retroattività dell'adizione appare generalizzata a coprire quasi tutti i rapporti giuridici riferibili all'eredità nel periodo della giacenza. Nello stesso senso si veda:

D. 29.2.54 (Flor. 8 *inst.*): Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur.

Particolarmente interessante è la lettura di un altro frammento:

D. 46.2.24 (Pomp. 5 *ex Plaut.*): si stipulatus Titio fuero novandi animo sub conditione quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio extiterit, novatio fiet: hic enim morte promissoria non extinguatur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.

La questione proposta era quella di una stipulazione novatoria condizionale: Tizio assume il debito di Sempronio nei confronti di Caio, nelle forme contrattuali di una *stipulatio* sotto condizione; questa si verifica dopo la morte di Tizio, ma prima che l'erede abbia compiuto l'adizione. In conseguenza, nel momento in cui, verificatasi la condizione, dovrebbe effettuarsi la novazione, manca un titolare cui riferirla. Pomponio risolve il problema affermando che la morte del soggetto passivo della *stipulatio* non estingue l'obbligazione, che passa all'erede. Ora, poiché la novazione condizionale seguiva soltanto al verificarsi della condizione e i suoi effetti decorrevano da questo momento e non da quello della stipulazione, il responso implica che Pomponio ammettesse la retroattività dell'adizione al momento della morte.

E' interessante notare che, subordinatamente a questa teoria, e forse per spiegarla, il giurista introduce il concetto che l'eredità stessa sostituisce la persona dell'erede futuro. Si trattava probabilmente di una semplice immagine usata per rendere con maggior evidenza il pensiero che doveva giustificare l'affermazione precedente: in tanto all'adizione si può attribuire efficacia retroattiva (salvando così la novazione condizionale sorta durante la giacenza), in quanto si ammetta che durante l'intervallo il patrimonio sia in attesa di un titolare; per esprimere efficacemente il concetto di tale attesa, Pomponio affermava che l'eredità stessa rappresenta la *persona* del futuro erede.

Il testo di Pomponio ha sempre dato un grande fastidio a tutti coloro che hanno tentato una costruzio-

ne unitaria delle diverse fonti giustiniane in tema di eredità giacente, tanto che nelle edizioni medioevali del Digesto in uso nella Scuola di Bologna (cioè i manoscritti della cosiddetta *Vulgata* o *littera bononiensis*, in contrapposizione alla *littera pisana* o *florentina*, manoscritto del VI-VII secolo conservato prima a Pisa e poi a Firenze) non si è esitato ad introdurre un emendamento per allinearlo con i passi in cui si dice che l'eredità tien luogo della persona del defunto. Ancora SAVIGNY (*Sistema*, cit., II, p. 361 nt. e) scriveva: «Ma la contraddizione in che sta questo frammento, secondo la lezione fiorentina, da noi qui riprodotta, con i testi riferiti di sopra, è così palese e insolubile, che è senz'altro da preferirsi la *Vulgata*, che rimuove la contraddizione: *transit ad heredem ILLIUS, CUIUS PERSONAM*».

Ma l'assoluta infondatezza di questo emendamento può esser agevolmente stabilita confrontando il corrispondente testo dei Basilici (26.4.24), che mette fuori discussione l'esattezza della lezione della *littera florentina*.

Se il riferimento alla '*persona*' – come ora vedremo – ebbe fortuna, invece la teoria sostenuta da Pomponio sulle tracce di Cassio sembra essere stata presto abbandonata dall'ulteriore giurisprudenza classica. Il tentativo concettuale di riportare il patrimonio sotto la titolarità dell'erede, immaginando che la sua accettazione retroagisse al momento della morte, permetteva di risolvere utilmente molti dei problemi pratici derivanti dalla costituzione di nuovi rapporti giuridici durante la giacenza, problemi che restavano invece insolubili per chi tenesse fermo con tutte le sue implicazioni il principio realistico e tradizionale secondo il quale le *res hereditariae* sono *nullius in bonis*. Tuttavia in altri frammenti relativi agli stessi argomenti troviamo discussioni e conclusioni disparate, che è vano cercare di unificare ricorrendo ad arbitrarie ricostruzioni testuali: esse indicano che il pensiero di Cassio, pur seguito da alcuni giureconsulti, fu avversato da altri.

La ragione di ciò si deve probabilmente vedere nella difficoltà di determinare con sicurezza la persona dell'erede futuro, potendo verificarsi il caso di una catena di non accettanti: la prolungata incertezza su chi sarebbe diventato erede fece forse sentire con particolare evidenza la difficoltà di costruire compiutamente tale teoria.

Dai testi commentati emerge comunque l'esistenza di una nozione che, accanto alla più antica, si forma nella giurisprudenza romana per ammettere una continuità nel patrimonio ereditario, pur senza ricorrere alla personificazione dell'eredità giacente.

66. Un'altra concezione è quella che, impiegando la stessa immagine usata da Pomponio, ma spostandone l'applicazione dall'erede al *de cuius*, afferma che l'eredità giacente tien luogo della persona del defunto.

Questa soluzione fu forse introdotta da Giuliano, il grande giurista dell'età adrianea, anche se saranno poi altri a darne la formulazione compiuta e definitiva. Il tema è sempre quello della *stipulatio* del *servus hereditarius*, intorno al quale si erano già svolte nel I secolo d.C. le dispute di Proculo e di Cassio. Il problema della capacità dello schiavo senza *dominus* attuale viene aggirato da Giuliano con l'artificio di aver riguardo alla persona del *dominus* defunto piuttosto che a quella dell'erede. Ancora però non si parla dell'*hereditas*:

D. 41.1.33.2 (Ulp. 4 *disp.*): Quotiens servus hereditarius stipulatur ... ex persona defuncti vires assumit, ut Iuliano placet ...

Invece la piena formulazione della teoria che l'*hereditas* possa tener luogo della persona del defunto si trova già discussa in Gaio (D. 31.55.1: cfr. *infra*, § 68) e accolta da Fiorentino, autori di poco posteriori a Giuliano, e appare determinante in un buon numero di testi di età dei Severi, cioè dalla tarda età classica. Si veda, in generale:

D. 41.1.34 (Ulp. 4 *cons.*): Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civili comprobatur est.

Tra i molti passi che applicano la dottrina a casi particolari, leggiamo:

D. 30.116.3 (Flor. 11 *inst.*): Servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur.

Poiché la capacità del servo di essere istituito erede si desumeva da quella del *dominus* (cfr. D. 28.5.31.pr.: analogamente – come si è visto – si riteneva che il *dominus* comunicasse allo schiavo la capacità di impegnarsi mediante *stipulatio*) sorge il problema se il legato fatto anteriormente all'adizione a favore del servo ereditario fosse valido oppure no. La risposta di Fiorentino afferma che il legato può essere attribuito allo schiavo, perché l'eredità funge in vece del defunto che l'ha lasciata.

Questo frammento, insieme ad altri dello stesso tenore, costituisce il punto di partenza per la teoria formulata dal Di Marzo nello scritto citato, secondo la quale la giurisprudenza romana avrebbe riconosciuto portata generale alla finzione che l'eredità tenesse luogo del defunto cui potevano così riferirsi i rapporti giuridici costituiti anteriormente all'accettazione da parte dell'erede.

La ricostruzione del Di Marzo – pur con tutti i meriti che abbiamo già detto – appare forse troppo rigida ed esclusivista. In realtà la sopravvivenza, nello stesso *Corpus Iuris*, delle altre concezioni sopra esposte impedisce di considerare il principio '*hereditas personae defuncti vice sustinet*' come avente valore generale nel diritto classico. Questa massima esprime solo *una* delle concezioni cui la giurisprudenza romana aveva dato vita per regolare i rapporti facenti capo all'*hereditas nondum adita*.

Ciò che invece il Di Marzo ha visto assai bene è che questa concezione, pur facendo sempre riferimento ad una persona concreta, implica già un certo grado di astrazione e prepara l'ultima concezione che nelle fonti appare contrapposta a quelle già viste: l'eredità giacente come unità astratta, *domina* di se stessa.

67. La concezione che risolve il problema dell'eredità giacente considerandola quale '*domina*' è anch'essa attestata da numerosi frammenti.

Di fronte alla concezione più antica che considerava *sine domino* le *res hereditariae* rappresenta un completo rovesciamento di posizioni: fino a che non interviene l'*aditio*, l'eredità viene assunta essa stessa come centro di riferimento dei diritti e degli obblighi che possono stabilirsi e che occorre regolare '*antequam aliquis heres existat*'.

Questa costruzione comincia già a manifestarsi, in un rescritto imperiale della fine del III secolo e in un passo di un giurista che scrive nella prima metà del IV secolo (e la coincidenza forse non è casuale). Ancora però non siamo alla diretta qualificazione dell'*hereditas* come *domina*:

C.I. 4.34.9 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Menophilo et ceteris*): Cum hereditas personam dominae sustineat, ab hereditario servo, priusquam patri vestro successeritis res commendatas secundum bonam fidem ab eius qui susceperat successoribus apud rectorem provinciae petere potestis (a. 293).

D. 41.1.61 (Her. 6 *ivr. epit.*): Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur adeoque hereditati quoque (ut domino) per servum hereditarium adquiritur.

In forma quasi analoga la stessa costruzione si trova in un passo classico in tema di *interrogatio in iure*, dove essa è però una probabile aggiunta compilatoria:

D. 11.1.15 (Pomp. 18 *Sab.*): Si ante aditam hereditatem servum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas.

Ma vi è poi una lunga serie di testi – tutti assai probabilmente interpolati – in cui la concezione dell'eredità *domina* finisce per essere affermata in maniera diretta:

D. 28.5.31.1 (Gai. 17 *ed. prov.*): Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere.

D. 9.2.13.2 (Ulp. 18 *ed.*): Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit huius servi et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse: dominus ergo hereditas habebitur quare adita hereditate heres poterit experiri.

D. 43.24.13.5 (Ulp. 71 *ed.*): Quaesitum est, si cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum ait, an postea domino ad aliquem devoluto interdicto locus sit: ut puta hereditas iacebat, postea adiit hereditatem Titius, an ei interdictum competat? ... accedit his quod hereditas dominae locum optinet, et recte dicitur heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive ante, quam successerit, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum.

D. 47.4.1.1 (Ulp. 38 *ed.*): ... hereditati ... hoc est dominae ...

Rimandando per l'interpretazione e la critica di questi passi ai citati studi del Di Marzo e dello Scaduto, facciamo notare che le sospettate interpolazioni (cioè le parti che abbiamo riportato spaziate) spesso sono rese evidenti dalla sovrapposizione di una concezione all'altra.

Un testo in cui non ricorre l'espressione *domina*, ma che nondimeno mostra chiarissima la mano dei compilatori e la deliberata volontà di sostituire la nuova concezione alle oscillazioni della giurisprudenza classica è D. 31.55.1:

Gai 12 *ad leg. Iul. et Pap.*: Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate(?) videndum est, utrum heredis an defuncti persona an neutrius spectari debeat, et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest: reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur venit.

L'interpolazione (parte spaziata) non solo è fra le più evidenti e sicure (Wlassak, Pringsheim, Bonfante, Scaduto), ma pure è estremamente chiarificatrice di una tendenza giustiniana a risolvere il problema dell'eredità giacente fuori dei vecchi schemi. Gai prospettava ancora le tre possibilità principali in cui si dibatteva la dottrina classica: soluzione negativa in quanto *res nullius* e quindi non suscettibile di acquistare, soluzione con riferimento alla persona del defunto, soluzione con riferimento alla persona dell'erede. I commissari giustiniani tagliano corto a tutte queste incertezze (*varietates*) e mentre da un lato riconoscono realisticamente che non vi è un proprietario dell'eredità (*nullus est dominus*), dall'altra imputano il legato direttamente all'eredità in se stessa considerata (*sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati*). In altre parole: l'eredità è assunta *direttamente* come centro di riferimento giuridico dell'acquisto.

La stessa soluzione, cioè un'imputazione diretta all'eredità, si trova espressa in vari altri testi, tutti assai probabilmente interpolati: si vedano ad esempio Ulp. D. 47.10.1.6 (*adquiri hereditati actiones*), Iul. D. 46.1.11 (*nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent*), Mod. D. 45.3.35 (*et hereditati recto stipulatur*), Paul. D. 46.4.11.2 (*per hoc hereditas ipsa liberetur*), Iul. D. 36.2.16 (*usumfructum ad hereditatem pertinere*), sui quali ci è impossibile soffermarci.

68. Accanto a questa serie di testi che parlano dell'eredità come *domina* o che comunque riferiscono direttamente ad essa diritti ed obblighi, ve ne sono alcuni altri in cui essa è assimilata ad una persona anzi, di solito (si vedano ad esempio ancora SCADUTO, *op. cit.*, p. 5, e BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 204), gli uni e gli altri vengono accomunati, come espressione di un unico pensiero.

In realtà, ci troviamo in presenza di una soluzione solo in apparenza simile all'altra. Entrambe hanno uguale grado di astrattezza, cioè entrambe considerano l'eredità, in se stessa, come centro di riferimento di diritti e di obblighi. Ma mentre la prima assume a centro l'eredità, in un modo che potremmo dire immediato, senza ulteriori schermi o sovrastrutture concettuali (l'eredità è *essa stessa* centro di riferimento di diritti e di obblighi), la seconda introduce un elemento nuovo e diverso, che

apre la via alla «antropomorfizzazione» dell'*hereditas giacente* (l'eredità è centro di riferimento di diritti e di obblighi *in quanto* tien luogo di una persona).

E diciamo espressamente «apre la via», perché in questi testi non si afferma ancora che l'*hereditas* «è» persona, ma soltanto che essa '*personae vice fungitur*'. Il rilievo è tanto più necessario in quanto spesso si afferma che i Romani hanno qualificato «persona» l'eredità giacente (cfr. ad esempio BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 204: «in alcune leggi l'eredità è detta *domina* ..., in altre è detta schiettamente *persona*»): ma trattasi anche qui di uno «slittamento concettuale», che se è molto indicativo dello spirito con cui talvolta si suole guardare le fonti romane (cioè il processo di antropomorfizzazione, suggerito da esse, si compie nella mente di chi le legge e viene riproiettato sui testi), è nondimeno di grave ostacolo ad un'esatta individuazione storica.

E' poi da notare che all'origine di questa espressione, più che il disegno di dar vita deliberatamente ad un processo di antropomorfizzazione, vi è con ogni probabilità una circostanza che potremmo qualificare del tutto occasionale, anche se tale da determinare poi un certo impegno costruttivo.

I due testi in cui l'espressione ricorre sono:

D. 46.1.22 (Flor. 8 *inst.*): Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.

D. 41.315.pr. (Paul. 15 *ad Plaut.*): ... nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est ...

Che si tratti di testi interpolati è ormai pacifico; ma pure chiaro il modo in cui le frasi spaziate sono venute fuori, sia che le si voglia ritenere il risultato di una manipolazione dei compilatori (Di Marzo), sia che le si voglia considerare interamente create da questi (Scaduto).

Anche rispetto a D. 46.1.22 il testo della *Vulgata* aveva creduto di poter risolvere il contrasto con gli altri passi, modificandone il dettato e cioè inserendo '*defuncti*' dopo '*personae*'. Però il corrispondente passo dei Basilici (26.1.22) concorda anche qui con la *littera florentina*.

Nell'un caso e nell'altro le frasi incriminate sono state modellate su analoghe frasi di giuristi classici, che come abbiamo visto, parlavano a tutto spiano di '*persona*', riferendosi ora all'erede, ora al defunto, e dicevano '*hereditas personam heredis sustinet*', '*hereditas personae vicem heredis sustinet*', '*hereditas personam defuncti sustinet*', '*hereditas personae vicem sustinet defuncti*' o addirittura '*hereditas personae defuncti vice fungitur*'.

Il parallelo vale specialmente per il passo di Fiorentino. Infatti il Digesto ci ha conservato un altro passo dello stesso giurista, tratto sempre dai suoi *libri institutionum* (11), in D. 30.116.3, che dice:

Servo hereditario recte legatur, licet ea adita non sit, quia hereditas personae defuncti, qui eam rem reliquit, vice fungitur.

Ora è evidente che nella medesima opera non potevano darsi due spiegazioni diverse della stessa questione. E sempre che si voglia ammettere col Ferrini e col Di Marzo che la sostanza della soluzione di D. 46.1.22 sia genuina (di diverso avviso è lo Scaduto – *op. cit.*, p. 36 ss. –, ma con argomenti che destano qualche perplessità), la ricostruzione del dettato originario di tale frammento sarebbe assai semplice:

Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur.

Più complessa è la situazione rispetto a D. 41.315.pr., dove la frase da noi riportata si trova al centro di un ampio frammento molto rimaneggiato. Anche in esso il Di Marzo suppone che i compilatori abbiano soppresso la parola '*defuncti*' dopo '*personae*', mentre lo Scaduto pensa che la frase sia stata interamente creata dai compilatori.

Naturalmente il dire '*hereditas personae defuncti vice fungitur*' o '*personam heredis vicem sustinet*' è cosa ben diversa dall'affermare che essa '*personae vice fungitur*'. L'abolizione del riferimento ad una persona concreta è evidentemente determinata dall'orientamento dei compilatori di superare le antiche *variantes* e di assumere l'*hereditas* in se stessa come centro di riferimento, analogamente a quanto essi fanno quando la qualificano '*domina*' o quando imputano direttamente ad essa situazioni e rapporti.

Ma in tal modo viene spostato tutto il valore delle antiche giustificazioni. Dire che l' *'hereditas personae vice fungitur'* pone il problema su un piano diverso: e ciò non solo rispetto alle antiche formule che facevano perno sulla persona dell'erede o del defunto, ma anche rispetto alla formula giustiniana dell'eredità *'domina'*. La stessa parola *'persona'*, impiegata in senso astratto, viene ad assumere un significato nuovo. Nella costruzione giuridica dell'*hereditas* s'insinua così un'immagine concettuale (*'persona'*) che dapprima sarà affermata in senso traslato (*'vice fungitur'*) e che poi man mano sarà intesa in senso sempre più effettivo.

Che i commissari giustiniani di tutto questo si siano resi pieno conto è cosa di cui forse si può dubitare. A ciò induce anche la circostanza che l'impiego di questa particolarissima costruzione, nata attraverso il meccanismo che abbiamo cercato d'illustrare, è estremamente raro, perché – ripetiamo – essa vien fuori soltanto due volte in tutto il *Corpus Iuris*.

Eppure la forza «espansiva» di questa immagine doveva essere notevole, se appena formulata essa spinge l'ignoto compilatore ad applicarla, a titolo esemplificativo, ad una serie di casi eterogenei, che tuttavia con l'eredità giacente vengono ora ad avere un tratto comune e cioè essere anch'essi dei centri di riferimento diversi dalla persona fisica. Ed infatti egli non si limita a scrivere *'quia hereditas personae vice fungitur'*, ma subito soggiunge *'sicuti municipium et decuria et societas'*. In altre parole: nel momento stesso in cui vien fuori l'immagine della *'persona'* si gettano anche le basi per la costruzione di una categoria unitaria di queste varie figure.

Con ciò il futuro «destino» della «persona giuridica» è tracciato.

69. Ancorché in modo sommario, siamo venuti dipanando e delineando le diverse maniere con cui l'esperienza giuridica romana ha cercato di risolvere i problemi posti dall'eredità *nondum adita*.

Indubbiamente vi è una certa gradualità di soluzioni e di costruzioni, al vertice delle quali viene a porsi l'*hereditas domina*.

Ma pure si errerebbe pensando che volta a volta una costruzione escluda le altre.

Ciò che anche in questo campo caratterizza l'esperienza romana è la *pluralità* delle concezioni.

E questo non solo nel corso dell'età classica, dove abbiamo visto coesistere – per ricordare solo le principali – la concezione dell'eredità *res nullius* insieme a quelle dell'eredità che tien luogo della persona dell'erede, o della persona del defunto, ma pure nello stesso diritto giustiniano.

Infatti – come abbiamo già sottolineato in precedenza (cfr. § 62) e come abbiamo potuto notare durante la trattazione – le testimonianze di queste varie eccezioni si ritrovano tutte «attuali», inconciliate e inconciliabili, nella Codificazione del VI secolo.

Certo, i compilatori giustiniani hanno avuto modo, più volte, di mettere in rilievo la loro particolare tendenza e la loro particolare preferenza per la concezione, forse da loro creata (anche se su tardi spunti, al margine fra l'età classica e la postclassica: si veda la costituzione di Diocleziano e il passo di Ermogeniano riportati nel § 68) dell'*hereditas* come *'domina'* o, in termini più generali, dell'*hereditas* come diretto centro d'imputazione di diritti e di obblighi. Ciò è comprovato dalle loro numerose interpolazioni, spesso anche malamente sovrapposte alle costruzioni classiche, e soprattutto da quella introdotta in D. 31.55.1, in cui, a troncamento delle *multae varietates*, dichiararono che *'sine ullo impedimento'* il legato si acquistava direttamente all'eredità (*'adquiratur legatum hereditati'*).

Detto questo, bisogna però anche riconoscere che questa circostanza non fu attuata sistematicamente. In moltissimi frammenti sopravvivono le antiche concezioni, e non solo come residui cui si giustappongono le nuove, ma come attuali ed operanti, specialmente quella per cui l'eredità giacente *'personae defuncti vice fungitur'*.

Si talvolta cercato di spiegare queste contraddizioni e oscillazioni con un'impossibilità in cui si sarebbero trovati i compilatori di modificare in modo coerente tutti i testi, al che sarebbe occorsa «molta più cura di quella che la Commissione nominata abbia potuto usare» (così ad esempio SCADUTO, *op. cit.*, p. 68). Ciò può, in qualche misura, esser vero.

Ma mi sembra che vi sia anche qualcosa di più: e cioè che non sempre la Commissione ebbe

idee chiare ed uniformi sull'orientamento da seguire in questa aggroviatissima materia. Anzi, per meglio dire, non tutti i commissari la pensavano allo stesso modo di chi volle troncane nel modo che abbiamo visto le *'multae varietates'* in D. 31.55.1 e di chi interpolò il concetto dell'*'hereditas 'domina'* o di chi disse che essa *'personae vice fungitur'*.

La prova di questa divergenza di opinioni l'abbiamo nelle Istituzioni giustiniane in cui la concezione dell'eredità *domina* non compare mai, mentre per ben due volte vien fuori una delle concezioni classiche e precisamente quella che l'eredità non ancora accettata tenesse luogo della persona del defunto:

Iust. inst. 2.14.2: ... nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.

Iust. inst. 3.17.pr.: Servus ex persona domini ius stipulandi habet sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

Se di fronte a qualche passo del Digesto che contiene ancora traccia delle vecchie concezioni si può pensare ad una svista dei compilatori o ad una loro dimenticanza, questo non lo si può supporre rispetto alle Istituzioni. I passi ora citati dimostrano che, in realtà, ancora nell'età giustiniana sull'eredità giacente non si è formata una salda unità di dottrina.

70. La scienza giuridica moderna ha sovente preso in esame il problema se l'eredità giacente possa essere considerata «veramente» una «persona giuridica». Il che, ovviamente, è avvenuto volta a volta in base al concetto che si aveva di «persona giuridica». In tal senso si è trattato per lo più di discussioni assai sterili, almeno al fine di una migliore conoscenza storica dell'istituto nel diritto romano.

Lasceremo quindi da parte – sotto il profilo romanistico – un esame delle diverse interpretazioni e teorie, anche se queste sono state elaborate in riferimento ai testi romani o se da questi hanno cercato di trarre argomenti e conferme. Può essere invece utile soffermarci su alcune questioni di fondo che ci sembrano emergere da queste discussioni e che meritano di esser qui sottolineate.

Ed infatti il problema dell'eredità giacente ha rappresentato nella scienza del secolo scorso un vero campo di battaglia fra opposte teorie e ha determinato impostazioni e revisioni che trascendono di gran lunga l'importanza specifica dell'istituto, in se stesso considerato.

Queste discussioni hanno per noi – ancor oggi – un grande valore, perché mostrano in concreto come non solo il problema dell'eredità giacente, ma tutti quelli delle «persone giuridiche» siano funzionalmente connessi a problemi di portata generalissima, dalla impostazione dei quali in definitiva discende anche la loro soluzione. Ancor più il renderci conto di questo permetterà di comprendere come certe difficoltà, che tuttora si frappongono non solo alla costruzione della teoria delle persone giuridiche nel presente, ma pure all'indagine storica, dipendono dall'impostazione che si è data nel secolo scorso a taluni «problemi chiave» di quello che fu detto il «sistema del diritto privato», per come questo venne ad esser concepito e costruito dalla pandettistica tedesca.

71. A parte la voce discorde del Savigny, che negava doversi vedere nell'eredità giacente una persona giuridica (*Sistema*, II, cit., § 102, p. 359 ss.), la maggior parte della dottrina tedesca della prima metà dell'Ottocento l'aveva considerata come esempio tipico della personificazione di un patrimonio (cioè di quelle che si dicevano *'universitates rerum bonorum'*: si veda per tutti G.F. PUCHTA, *Kursus der Institutionen*, Leipzig, 1841-1847, § 190 e 191; cfr. anche gli altri autori citati da FERRARA, *Teoria*, cit., p. 682 nt. 2).

In effetti, però, non appena si volle meglio accertare la validità di questo inquadramento alla stregua dei concetti che si venivano elaborando ed approfondendo intorno al problema del «soggetto del diritto», da più parti cominciò a notarsi che dietro la *finzione* della personalità del patrimo-

nio non c'era altra realtà che quella di un *patrimonio senza soggetto*.

Al riguardo sarebbe da osservare che, accogliendosi la teoria della finzione, questo non avrebbe dovuto costituire un ostacolo, perché in tanto appunto può occorrere parlare di «finzione del soggetto» (*persona ficta*), in quanto propriamente manca nella realtà quello che si è soliti chiamare un «soggetto». Altrimenti, se esso ci fosse, non sarebbe necessario ricorrere alla finzione.

Per cercare di uscire da questo viluppo nel 1853 il Windscheid formulò una sua celebre teoria, con la quale il tema dell'eredità giacente venne inquadrato nell'ambito di un più vasto ed arduo problema, che tanto finì per agitare la pandettistica del secolo scorso: quello dell'ammissibilità di *diritti senza soggetto*.

72. La questione merita di essere esaminata, per le sue molteplici implicazioni e per il suo valore paradigmatico. Essa infatti mostra in maniera assai evidente come giochi – in una concatenazione di conseguenze – la concezione del diritto (inteso questo termine nel senso più generico) dalla quale si muova.

Il problema dei *diritti senza soggetto* nasce direttamente dalla teorica dei *diritti soggettivi* per come questi erano stati concepiti e costruiti dalla dottrina giuridica specialmente tedesca, fra il XVIII e il XIX secolo.

Si è già visto nell'*Introduzione allo studio storico del diritto romano* (seconda edizione, p. 79-105) come giusnaturalismo e razionalismo avessero portato sempre più a concepire il «diritto» (inteso essenzialmente come diritto privato), in funzione dell'individuo, anzi a considerarlo come l'insieme dei «diritti» a lui spettanti.

E' inutile tornare a ricordare la genesi ideologica e le connessioni storico-politiche di questa concezione. Fatto si è che muovendo da essa, allorché si volle costruire in ordine razionale quello che verrà detto il «sistema giuridico», concepito secondo uno schema analogo a quello del giudizio logico (affermazione degli attributi e dei predicati riferibili alla cosa di cui si parla, il «soggetto»), al centro di esso venne posto l'individuo, assunto come il *soggetto del diritto* e identificato con esso: precisamente il «soggetto» delle cui qualità, dei cui attributi, delle cui attività giuridiche, si discorreva.

In tal modo tutte le possibili situazioni giuridiche vennero a risolversi in altrettanti «attributi» e «predicati» del «soggetto», cioè in *diritti soggettivi* e il «sistema del diritto» venne ad identificarsi con il «*sistema dei diritti soggettivi*».

Si andò operando così tutto un nuovo ripensamento del complesso dei principii e degli istituti in termini di diritti soggettivi: al centro, signore e domino, il «soggetto» (*alias* l'individuo, concepito come persona libera e cosciente), rafforzato anche ideologicamente dalla sua posizione *logica* nella struttura del «sistema» intorno a lui costruito; i problemi della capacità risolti in altrettanti «attributi» necessari della *sostanza* del «soggetto»; e infine il *diritto soggettivo* inteso come *potere della volontà del soggetto*.

E' questa la formulazione più corrente, preparata attraverso un lungo cammino dai vari indirizzi del giusnaturalismo e dal razionalismo (v. ampiamente G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911, I, *passim*, e M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, *passim* e specialmente *cap.* XVIII, «Essor et déclin du volontarisme juridique»). Di solito essa viene attribuita al Savigny, ma in realtà, almeno in questi precisi termini, non si ritrova nel sua *Sistema*. Egli infatti nel § 4 (I, cit., p. 36) parla di un potere che spetta a ciascuna persona: una sfera nella quale la volontà di questa regna, e regna col nostro consenso. Siffatto potere noi lo chiamiamo «diritto» di questa persona, nel significato di facoltà: molti lo chiamano diritto in senso soggettivo (§ 4, p. 36), Ritorna poi più volte su questi concetti: § 9 (p. 49): «... il diritto privato (è) l'insieme dei rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita, dandole un particolare carattere»; § 53 (337): «La essenza del rapporto giuridico (va) definita come una sfera del dominio indipendente della volontà individuale»; § 60 (II, cit., p. 1): «Ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita in ciascun uomo. Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere col concetto dell'uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formula seguente: ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo è capace di diritto» (dove poi la teoria della finzione per quanto riguarda le persone giuridiche).

Essa diverrà corrente soprattutto con L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, Bologna, 1875-1879, § 21, e con il WINDSCHEID, *Pandette*, cit., § 37.

Sulle altre formulazioni e in genere sulle varie dottrine del «diritto soggettivo» si vedano da ultimo C.

MAIORCA, *Problemi di indirizzo e di metodo nell'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*, in «SUC.», XXVI, 1938, p. 204 ss., D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in «Foro italiano», LXIV.2, 1939, c. 1 ss., G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, specialmente p. 7 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, *passim*, U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, *passim*, M. FERRANTE, *Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni*, Milano, 1947, *passim*, W. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, in «RISG.», 3^a s., I, 1947 (ora in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956), L. BAGOLINI, *Introduzione alla traduzione italiana di L. DUGUIT, Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato* (trad. it.), Firenze, 1950, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1952, *passim*, VILLEY, *Leçons*, cit., *passim*, e C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1957, I, p. 252 ss., attraverso i quali è possibile risalire alla principale letteratura sull'argomento.

Una tale formulazione permetteva di riportare al «soggetto» un numero grandissimo di situazioni, ma lasciava aperta una serie di problemi fondamentali: anzitutto quello dei rapporti tra diritto obiettivo e diritto soggettivo, ma pure quello dei rapporti fra diritto soggettivo e azione, quello dei diritti degli incapaci di intendere e di volere, quello della possibilità di diritti senza soggetto.

A ben guardar tutti questi vari problemi (ed altri che qui non possono essere neppure accennati) sono aspetti particolari del primo, sicché la loro soluzione è funzionalmente condizionata dal modo in cui esso viene concepito e risolto (e viceversa: vale a dire che, risolvendo in un dato modo qualsivoglia di questi aspetti particolari, si postula implicitamente una determinata soluzione del problema base e per connessione anche degli altri). Di ciò non sempre ha avuto sufficiente coscienza la dottrina, di guisa che i vari aspetti sono stati spesso discussi come se fossero indipendenti e risolvibili in maniera autonoma: un errore che ha moltiplicato all'infinito tesi e diatribe, creando grovigli inestricabili nei quali si è dibattuta e in parte si dibatte tuttora la scienza giuridica sviluppatasi dalla pandettistica.

La questione dei *diritti senza soggetto* è tipica. Essa può dirsi nata proprio dalla problematica dell'eredità giacente, ma – ovviamente – ha un portata generale e riguarda *in apicibus* non solo tutto il problema del diritto soggettivo, ma pure la concezione che si abbia del diritto, nei significati più ampi del termine.

Tale questione – che ricorda molto da vicino l'analoga questione, talvolta dibattuta in sede grammaticale e logica, se possano esistere predicati senza soggetto: cfr. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, 1927, sv. 'prédicat' – cominciò infatti a porsi allorché si volle approfondire la questione della «personalità giuridica» dell'eredità giacente.

Ed infatti, fino a che si restò più o meno fermi ad una finzione dell'eredità giacente come «persona», a titolare dei diritti soggettivi veniva assunta l'eredità stessa, che così trovava in sé medesima il proprio «soggetto» e la giustificazione dei diritti ad esso riferibili. Ma questa concezione, avversata già dal Savigny (molto probabilmente perché, come egli dichiara su un punto secondario, la finzione dell'eredità giacente non avrebbe avuto «*per oggetto che meri rapporti di diritto e non per conseguenza quei rapporti che presuppongono una coscienza e un atto umano, quale ... il possesso*»: *Sistema*, cit., § 102, II, p. 369), venne sottoposta sempre più al vaglio d'una critica serrata. Così sulla scia del Savigny si notò ad esempio che nell'eredità giacente mancava uno degli elementi essenziali perché si potesse avere un «soggetto di diritto», e cioè la *potestà di volere*. Altri credette di potere osservare che se l'eredità giacente fosse stata una vera e propria persona giuridica, essa sarebbe dovuta succedere al *de cuius* e una nuova successione si sarebbe poi dovuta operare dall'eredità all'erede al momento dell'*aditio*.

Il mito dell'*eredità-persona* (cioè come «finzione») andava così lentamente tramontando, ma il problema restava, anzi era reso più grave dal rigorismo con cui si cercava di perfezionare il sistema dei diritti soggettivi.

Infatti non poteva esser negato che nell'eredità giacente si avessero molteplici situazioni in tutto analoghe a quelle che la pandettistica aveva risolto e inquadrato in termini di diritti soggettivi. Da qui un dilemma: o disconoscere l'esistenza di quelle situazioni, il che era impossibile, o ammettere l'esistenza di *diritti soggettivi, senza soggetto*.

73. Artefice principale di questa seconda soluzione fu, come abbiamo detto, Bernhard Windscheid, che affermò decisamente e strenuamente la possibilità di concepire *diritti senza soggetto* (a cominciare

dallo scritto, *Die ruhende Erbschaft und die vermögensrechtliche Persönlichkeit*, del 1853, poi in altri studi e da ultimo in *Pandette*, cit., § 49).

La tesi del grande pandettista, pur accolta favorevolmente da alcuni, suscitò tuttavia l'opposizione dei più: una tale ammissione parve assolutamente inconciliabile con la nozione stessa di diritto soggettivo. Il soggetto – si disse – è il necessario punto di appoggio del diritto soggettivo e l'essenziale punto di collegamento dei rapporti giuridici, i quali non possono restare sospesi nel vuoto.

Non è qui possibile seguire le varie fasi della polemica contro il Windscheid e anche contro il Brinz, che pur sviluppando la propria tesi in modo autonomo, era stato stimolato dalle idee del Windscheid a parlare in generale, in luogo di persone giuridiche, di *patrimoni senza soggetto*, quali venivano ad essere i suoi già ricordati «patrimoni allo scopo» (cfr. *supra*, p. 71).

Per la bibliografia sulla questione dei *diritti senza soggetto* si vedano WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 49 nt. 3, p. 145, C. FADDA e P.E. BENZA, *Note a Windscheid*, IV, p. 235, FERRARA, *Teoria*, cit., p. 152 ss., G. SEGRÈ, *Scritti giuridici*, Cortona, 1930, I, p. 109 s.; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 4 nt. 7: in argomento cfr. anche i cenni di vari autori, ad esempio G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*³, Roma 1936, p. 270 s., F. MESSINEO, *Manuale di dir. civile e commerciale*⁸, Milano, 1935, I, § 8.8, p. 134, e BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 35 nt. 77.

Certo che i sostenitori dell'esistenza di *diritti senza soggetto* o dei *patrimoni senza soggetto* – pur avvertendo assai acutamente la realtà del fenomeno, e questo va ascritto a loro grandissimo merito – non brillarono per i loro argomenti, almeno alla luce delle concezioni del diritto soggettivo da cui muovevano.

Così ad esempio il Windscheid, per sostenere la propria teoria si richiamò all'esempio dei bambini e dei pazzi e a quello delle successioni. Rispetto al primo, egli osservava che se diritti soggettivi possono competere a chi è incapace di volere, possono anche sussistere senza che vi sia un soggetto; rispetto al secondo, egli notava che i diritti passano nell'erede senza mutamenti, e che pertanto se al diritto non è essenziale un *determinato* soggetto, se ne poteva dedurre che anche in generale non è essenziale *alcun* soggetto. Ancor meno persuasiva la giustificazione del Köppen, che parlava del diritto soggettivo come di una signoria ideale e di una «forza» non fisica ma giuridica, che può sussistere anche quando il soggetto venga meno, come *concetto obbiettivo*. Quanto al Brinz, la sua affermazione che i diritti non possono essere senza soggetto, ma i patrimoni sì, impersonalmente considerati, lascia non risolta – anzi piena di accresciute contraddizioni – la questione del «soggetto» (per le critiche a queste ed altre spiegazioni, rivolte loro in base agli stessi presupposti concettuali da cui esso partivano, si veda ampiamente FERRARA, *Teoria*, cit., p. 158 ss.).

74. E qui, per uscire dal dilemma (e dal vicolo cieco in cui erano cacciati i sostenitori dei diritti senza soggetto) si inserisce il vigoroso tentativo dello Jhering di dare una nuova e diversa impostazione a tutto il problema.

Il geniale giurista infatti, pur tenendo fermo che non potessero in alcun caso aversi *diritti senza soggetto*, distingue nel *diritto soggettivo* (da lui concepito come «interesse giuridicamente protetto») un lato ed un effetto *attivo*, il *rapporto di potestà*, e un lato ed un effetto *passivo*, cioè lo stato di *vincolo* o di *limitazione* giuridica in cui si verrebbe a trovare l'*oggetto* del diritto, persona o cosa: ma mentre il primo non potrebbe aversi senza soggetto attuale, l'effetto passivo potrebbe sussistere anche quando questo soggetto provvisoriamente sia mancante. In tal caso si avrebbe uno stato di destinazione dell'oggetto del diritto per il suo futuro soggetto. Così un patrimonio potrebbe essere senza soggetto, in quanto aspetta di averlo, persistendo per un certo tempo in tale stato: un *patrimonio in aspettazione*.

Con questa costruzione, sviluppata nell'articolo *Passive Wirkungen der Rechte* (in «Jahrbücher für die Dogmatik», X, 1873) e che tanto seguito doveva avere nella dottrina moderna, lo Jhering pensò di aver risolto anche il problema dell'eredità giacente, concependola come un patrimonio che *fu* di una persona e che *sarà* di una persona e che nell'intervallo è tenuto fermo finché quest'aspettazione si compia. «La certezza del soggetto futuro spiega perché il patrimonio non si disgreghi e sgretoli nei suoi elementi, ma come complesso unitario sia mantenuto dal diritto obbiettivo finché il nuovo soggetto non avvenga» (così, aderendo pienamente allo Jhering, il FERRARA, *Teoria*, cit., p. 684; cfr. anche gli autori ivi citati, cui si potrebbero aggiungere molti altri, ad esempio R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1934, II, § 128, e MESSINEO, *Manuale*, cit., § 8.8).

Per quanto ingegnosa, la teoria dello Jhering non è però altro (almeno sotto questo aspetto) che un esasperato artificio per conciliare l'inconciliabile: il diritto soggettivo e l'esistenza di situazioni che non fanno capo ad un soggetto attuale. Né la distinzione proposta, per quanto seducente, vale a mascherare la realtà e cioè che effetti in tutto e per tutto uguali a quelli attribuiti al diritto soggettivo si possono avere anche senza che vi sia un «soggetto» cui possano essere «attualmente» riferiti. Quindi o si ricasca nella teoria della finzione, dicendo che in tal caso il patrimonio «tien luogo» di soggetto e personificandolo, tanto che si arriva a parlare di «patrimonio che aspetta» (il che in definitiva era quello che con altre parole faceva la vecchia dottrina) oppure si deve riconoscere col Windscheid che vi possono essere *diritti senza soggetto*.

75. E' stato affermato da molti che l'ammissibilità di diritti senza soggetto è cosa che urta contro la logica.

Ciò è giusto, ma il valore di tale affermazione va ricondotto entro i suoi limiti reali, spogliandola d'ogni implicazione ontologica, come quando si crede di chiarire il problema dichiarando che «senza soggetto il diritto non può esistere, come una forza senza un corpo» (FERRARA, *Teoria*, cit., p. 160).

Invece si può convenire col Meurer e col Ferrara, allorché ritengono che «qualunque sia la concezione da cui si parta pel diritto soggettivo, l'esistenza di un soggetto è una necessità concettuale, una categoria *a priori* ... O si definisca il diritto soggettivo con la vecchia dottrina dominante una *facoltà di volere e di agire*, ed è indispensabile pensare ad un soggetto volente ed agente, o si consideri con Jhering il diritto come un *interesse garantito*, e si deve ammettere un titolare dell'interesse, o si dica con Dernburg che il diritto è una *partecipazione ai beni della vita*, e ci vuole sempre un ente che possa parteciparvi, o si dichiari con Leonhard che il diritto è *un'influenza garantita dall'ordine giuridico sul comportamento degli altri uomini*, e bisogna che vi sia qualcuno a cui il far valere quest'interesse compete, o si consideri con Bierling il diritto come *una pretesa sgorgante dalla norma giuridica*, e ci vuole un pretendente ed un appropiantesi della norma; qualunque sia la definizione, poiché questa deve sempre mettere in luce una certa attribuzione di potere, di godimento, di tutela bisogna necessariamente che vi sia un destinatario, un investito di questo bene giuridico» (FERRARA, *Teoria*, cit., p.160 s., con le indicazioni bibliografiche).

Ancora di recente, nel più volte citato *Manuale* del MESSINEO (§ 8.8) si ribadisce che «essendo il soggetto uno dei coefficienti logici del diritto soggettivo, questo non è concepibile, se non si presuppone quello».

Il perché di tutto ciò ormai è chiaro: assunto il *diritto soggettivo* come un «predicato» necessario del «soggetto», esso non può esistere – per esigenza del procedimento logico seguito – senza il soggetto stesso. Le parole usate dal Ferrara («deve», «bisogna») e da tanti altri, sono rivelatrici appunto di questa esigenza logica, direi addirittura grammaticale, che non consente di scindere il predicato dal soggetto.

Vi è quindi un effettivo ostacolo, che non si supera né attraverso il tentativo dello Jhering né attraverso altri posteriori, ancor meno felici: il loro insuccesso dimostra solo una cosa e cioè che la costruzione del *diritto soggettivo*, almeno senza il correttivo delle «persone fittizie», non è idonea a subsumere tutti i fenomeni che ad essa si dovrebbero poter riportare.

Cfr. da ultimo J.P. GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto* (trad. it.), Padova, 1950, p. 97: «Non esistono diritti senza soggetto; ove esso manchi, si sopperisce mediante 'finzioni', ed in questa categoria rientrano, bisogna pur dirlo, anche le 'persone giuridiche'».

76. La lunga diatriba potrebbe quindi apparire senza vie d'uscita: in realtà essa è uno degli esempi più tipici delle insufficienze e delle incongruenze cui porta l'impostazione tradizionale della cosiddetta teoria dei diritti soggettivi. Infatti l'ostacolo ad ammettere diritti senza soggetto, ostacolo effettivo sul piano logico e come tale non superabile, non ha in sé nulla di assoluto, ma dipende *esclusivamente* dalla concettualizzazione di una serie di situazioni in termini di *diritto soggettivo*, dal modo in cui questo è stato definito e

dalla posizione che ad esso è stata fatta nella costruzione del «sistema dei diritti soggettivi».

Se quindi si vuole superare l'ostacolo, questo non va negato o aggirato, ma riesaminato proprio nella sua origine e nei suoi antecedenti, che non sono logici, ma storici.

Alla radice vi è infatti quella che potremmo chiamare la «grande illusione» della pandettistica, vale a dire di poter trasportare dal piano filosofico-giusnaturalistico al piano giuridico-positivo l'idea dell'*individuo* - «soggetto di diritto», con tutti i suoi attributi e i suoi predicati.

Come si è infatti accennato, la prima elaborazione di quello che diverrà il sistema dei diritti soggettivi risale ai filosofi del diritto naturale e rappresenta l'enunciazione di un'utopia ideologico-politica che volutamente mirava a porre se stessa e i propri postulati al di fuori e al di sopra del diritto positivo e storico, di quello che nell'antitesi verrà poi detto il diritto obbiettivo.

Siamo in presenza, indubbiamente, di una delle battaglie più impegnative e vaste combattute dal pensiero umano per l'affrancazione dell'individuo e l'affermazione di quelli che inizialmente si dissero i suoi «diritti innati» (*iura innata o connata*; per alcune linee della storia di questo concetto si veda, con testi e letteratura, F. FILOMUSI-GUELFI, in «Enciclopedia giuridica»⁷, Napoli, 1917, p. 187 nt. 2) e in primo luogo della sua libertà, fondamento e condizione di ogni altro suo diritto.

Battaglia sotto tanti aspetti nobilissima e di certo storicamente feconda, ma pure battaglia – non bisogna dimenticarlo – combattuta *contro* gli ordinamenti positivi del tempo e per ciò stesso *contro* l'idea che questi diritti innati potessero dipendere dall'ordinamento positivo, da qualsiasi ordinamento positivo. «Il diritto (positivo) e lo Stato non esistono se non in virtù della libertà individuale e solo per servire ad essa» (parole con cui lo F.J. STAHL, *Storia della filosofia del diritto* [trad. it.], Torino 1853, p. 273, concludeva l'esposizione delle tesi fondamentali del giusnaturalismo): cfr. SOLARI, *L'idea individuale*, cit., p. 56: «I diritti civili non sono conferiti all'uomo dalla legge, ma la legge è fondata sui diritti innati dell'uomo».

Da ciò una vera o propria degradazione del diritto obbiettivo, che addirittura veniva «ignorato» nella costruzione del sistema dei diritti naturali, oppure veniva ricondotto anch'esso con la finzione del «contratto sociale» negli schemi volontaristici del diritto privato, e al quale in ogni caso veniva attribuito come massimo lo scopo e la funzione di tutelare la serie degli attributi innati della persona umana, fra cui, in primissimo luogo, quella «potestà di volere» (*qualitas moralis competens facultas, ius*) nella quale si farà consistere l'essenza stessa del diritto soggettivo: la volontà individuale come *fonte di diritto*, addirittura, per molti, indipendente da ogni coercibilità.

La costruzione così concepita aveva una propria intima coerenza. Prescindendo volutamente dall'ordinamento positivo, la teoria dell'individuo quale «soggetto» del sistema dei diritti soggettivi e quella conseguente della piena autonomia del diritto privato potevano infatti esser sviluppate – in sede filosofica – senza difficoltà e in maniera sufficientemente armonica, tanto più che esse venivano solitamente tenute molto sulle generali.

La loro validità era però strettamente legata sia alle pretese ideologiche, cioè all'ammissione di un «soggetto» che potesse affermare se stesso come portatore di attributi originari e autonomi, rispondenti alle esigenze della personalità, sia alla struttura logica del sistema, vale a dire che esso ruotasse intorno all'individuo e si risolvesse nelle sue qualità e nei suoi predicati indipendentemente dal diritto obbiettivo, cui al massimo, nella sua funzione protettrice, poteva attribuire carattere di conseguenza, non certo di presupposto del diritto soggettivo.

Il quadro cambia completamente quando dalla sede *filosofica* si venne a passare a quella *giuridica*, cioè quando questi concetti furono posti a base di vere e proprie costruzioni giuridiche, non più da parte di filosofi, ma di giuristi: e non più per la costruzione di un sistema che dovesse rispecchiare il diritto positivo, non più per una visione a grandi linee, ma per un'elaborazione che nelle sue formule di sintesi fosse pur idonea a rendere conto di ogni situazione, analiticamente considerata e sviluppata, sino alle ultime conseguenze.

I giuristi infatti, legati al concreto dell'esperienza giuridica, non potevano ignorare o degradare, come avevano fatto i filosofi, il diritto obbiettivo. L'esistenza di un ordinamento positivo, comunque costituito o concepito, era un dato della realtà che i giuristi non potevano prendersi la libertà di pretermettere o ridurre a rango di conseguenza rispetto al sistema dei diritti soggettivi. La norma è

pur sempre, per il giurista, l'elemento primo con cui egli deve far quadrare le proprie costruzioni, né gli sono consentite le «disinvolture» dei filosofi, a pena di uscir fuori dall'esperienza giuridica.

Qualunque costruzione infatti è possibile al giurista, ma essa non può mai prescindere dall'esistenza del dato «storico» della norma, senza di che la sua fatica, seppure apprezzabile sotto altri aspetti, non lo sarebbe di certo sotto quello della scienza giuridica. La concettualizzazione del giurista deve infatti prendere a base, rendendone conto, tutti gli elementi dell'esperienza giuridica, non isolarne artificialmente alcuni a esclusione o danno di altri. E così come non si può ammettere una scienza giuridica che restringa il suo oggetto *soltanto* alle norme, non può all'inverso concepirsi una scienza giuridica che non tenga conto *anche* del fenomeno normativo.

A ciò si aggiunga che il trasporto della concezione soggettivistica dal piano filosofico a quello giuridico fu iniziato intorno alla metà del XVIII secolo ad opera dei giuristi seguaci del Wolff e avvenne con una certa lentezza, tanto che la sua piena realizzazione si ebbe solo intorno alla fine del XVIII secolo e nei primi decenni del XIX.

Il che significa due cose: la prima, che il punto di partenza della costruzione giuridica trasse origine da uno dei più rigidi ed astratti sistemi filosofici individualisti espressi dal giusnaturalismo illuministico; e la seconda, che il trasporto della dottrina dei diritti soggettivi dal piano filosofico al piano giuridico venne a compiersi in un momento storico e in un'atmosfera culturale già notevolmente cambiati rispetto al momento e all'atmosfera in cui aveva avuto inizio, quando ormai l'individualismo alla Locke o alla Wolff volgeva già al suo tramonto.

Se la scuola del diritto naturale aveva rappresentato la tendenza a rompere il nesso tra individuo e Stato, ad affermare l'individuo e il suo diritto come l'unica realtà (SOLARI, *L'idea individuale*, cit., p. 235), criticismo kantiano, idealismo, reazione, romanticismo e storicismo venivano portando ad una progressiva rivalutazione dell'elemento «gruppo», «società», «nazione», «Stato», cioè ad affermare un ordine oggettivo più o meno incumbente sull'individuo.

Con Kant, il diritto naturale continuerà ad essere il solo diritto, ma la sua «vera» efficacia e attuazione universale appariranno condizionate all'esistenza dello Stato, cioè alla sua trasformazione in diritto positivo e perentorio nello Stato civile; con Fichte, verrà ad essere eliminata ogni nozione di diritti individuali assoluti indipendenti dal reciproco riconoscimento («fuori della convivenza comune può concepirsi una *libertà*, non un *diritto*»), onde non si dà uno stato naturale del diritto, e non si danno diritti originari dell'uomo; con Schelling e con Hegel lo Stato verrà proclamato come la più perfetta creazione dello spirito, unione dell'ideale e del reale, della libertà e della necessità; con i filosofi della Restaurazione, ad esempio il Müller, l'esistenza dell'individuo sarà concepita come subordinata all'esistenza dell'organismo statale; con la dottrina organica del Gönner, lo Stato sarà considerato come una necessità etica o razionale in cui si realizza il fine umano in generale; con la Scuola storica infine il problema giuridico non si porrà più nel rapporto di coesistenza tra libertà individuali, ma nel rapporto tra le libertà dell'individuo e la necessità di un ordinamento oggettivo, sottratto all'azione della volontà individuale, capace d'originare e giustificare norme direttive dell'operare.

Su tutto ciò si vedano specialmente le ampie e fondamentali indagini di G. SOLARI, *L'idea individuale*, cit., *passim*, e *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, *passim*, nonché i vari saggi particolari su Kant, Fichte ed Hegel, ora raccolti nei suoi *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino, 1949. Per altra bibliografia cfr. la nostra ricordata *Introduzione allo studio storico del diritto romano*.

77. E' appunto sotto queste esigenze e dietro queste nuove ispirazioni che i giuristi tedeschi tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo, appartenessero alla Scuola filosofica o alla Scuola storica, andarono costruendo i loro sistemi. Da qui una tendenza comune, anche se variamente realizzata, in molti addirittura un proposito deliberato: operare una vera e propria «saldatura» fra il *diritto soggettivo* e il *diritto oggettivo*, cioè fra i due poli entro i quali veniva a svolgersi o dibattersi il loro pensiero di giuristi e di uomini più o meno aperti alla rinnovata problematica del loro tempo, se non pure artefici essi stessi, come il Savigny, di tale rinnovamento.

Questa tendenza alla «saldatura» si rivela in vari modi: non solo infatti si fece precedere alla trattazione del diritto in senso soggettivo un richiamo o un'esposizione del diritto in senso oggettivo-

vo, ma si cercò anche di introdurre l'elemento del diritto oggettivo nella nozione stessa di diritto soggettivo. Così non vi sarà definizione giuridica del diritto soggettivo – fra le tante formulate nel corso del XIX secolo e ancora nel nostro – che non conterrà un qualche enunciato mirante a porla in relazione col diritto oggettivo.

La Scuola storica, almeno con il suo principale esponente, il Savigny (e in parte anche col Puchta), aveva cercato in realtà di superare questa impostazione, ponendo come concetto centrale del «sistema» il *rapporto giuridico* in luogo del *diritto soggettivo*. Non sono mancate critiche al fatto che questi autori lasciassero poi nel vago la distinzione fra rapporto giuridico e diritto soggettivo, tanto più che il rapporto giuridico era da loro considerato un *complesso di diritti soggettivi* (cfr. con bibliografia F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*³, Firenze, 1940, p. 2 ss).

Come che sia, meritano però di essere sottolineate la novità e il profondissimo significato «polemico» di questa impostazione rispetto a quelle allora correnti.

Porre a centro del «sistema» il concetto di *rapporto giuridico* inteso come «una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto» voleva dire riportare tutto il problema del diritto e degli stessi diritti soggettivi su un piano di oggettività sociale e quindi storica. L'idea di ordine, non quella di libertà, appare nella Scuola storica come elemento costitutivo del diritto, onde il diritto oggettivo, formazione collettiva della coscienza popolare, diviene il presupposto logico e temporale del diritto soggettivo.

Di conseguenza il Savigny, come già Fichte, negherà l'esistenza di *diritti innati* dell'uomo (*Sistema*, cit., § 53) e negherà altresì che la volontà individuale possa esser *fonte di diritto* (*Sistema*, cit., I, § 6 e 22), neppure nell'ambito dei negozi giuridici e anche dei soli contratti. Essa è per lui unicamente *fonte di rapporti giuridici*: non per nulla egli denuncia come motivo di errore, in proposito (§ 6, nt. b), l'ambiguità dell'espressione «*autonomia*» (evidentemente allorché è riferita all'individuo o alle parti: la cosiddetta autonomia privata).

Al riguardo è stato acutamente rilevato che però in definitiva il Savigny, definendo l'essenza del rapporto giuridico come «una sfera di dominio indipendente della volontà individuale» (e possiamo aggiungere, affermando con preta formula giusnaturalistica che «ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita in ciascun uomo»), non si distaccava in maniera sensibile dalla concezione individualista del diritto privato sostenuta dai razionalisti (G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, p. 261; cfr. anche p. 293 e 299).

In ciò e nel posto attribuito alla volontà nella teoria del negozio giuridico si è visto giustamente un contrasto con le esigenze teoretiche e pratiche della sua dottrina storica (SOLARI, *loc. ult. cit.*) e si è anche parlato di una deviazione logica del suo sistema (A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, Torino, 1934, p. 89 s.). Cfr. anche A. LEVI, *Teoria generale del diritto*², Padova, 1953, p. 330 s.

La spiegazione di queste oscillazioni, piuttosto che in un conflitto fra un preteso spirito individualistico del diritto romano e lo storicismo romantico (SOLARI, *L'idea individuale*, cit., p. 201), è da ricercarsi nel peso della tradizione filosofica volontaristica che aveva raggiunto il suo culmine nella speculazione del secolo XVIII e sulla quale si era venuto costruendo il «sistema» del diritto privato. Come dice assai bene il PASSERIN D'ENTREVES, *op. cit.*, p. 93 «il dogma della volontà, che attraverso la grande autorità del Savigny entrava a far parte integrante della dogmatica del diritto privato, non è forse che un residuo del razionalismo e dell'individualismo della dottrina giuridica anteriore, e di una concezione dell'autonomia del diritto privato, che la logica stessa della nuova concezione storicistica del diritto e il superamento del razionalismo e dell'individualismo giuridico dovevano tosto o tardi battere in breccia».

Possiamo quindi dire che con la sua impostazione il Savigny avvertì la difficoltà di seguire le vie usuali e con la sua dottrina storica pose i presupposti del loro superamento; per il fatto stesso che egli sia stato ritenuto dai più come uno dei corifei della teoria dei diritti soggettivi (cfr. ancora BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 2 e nt. 1) mostra quanto la realizzazione del suo pensiero fossa resa ardua e ambigua dai legami con la tradizione.

Mentre infatti sotto il profilo delle enunciazioni teoretiche egli e il Puchta possono considerarsi all'avanguardia del loro tempo e precursori di sviluppi forse neppure oggi ancora interamente compiuti, i «sistemi» da essi creati e la loro elaborazione del diritto privato appaiono «come la continuazione o il perfezionamento della civilistica tedesca del secolo XVIII, assai più che l'applicazione dei nuovi principi proclamati» (tale è il giudizio del SOLARI, *Storicismo*, cit., p. 299, al termine di un'assai approfondita e penetrante analisi).

Il fatto però che neppure la Scuola storica riuscisse sul piano sistematico a trasformare sostanzialmente gli schemi ricevuti in eredità dal razionalismo e che anch'essa tentasse di conciliare, non senza oscillazioni, l'ordine oggettivo con la *potestà di volere del soggetto* prova quanto fosse forte l'influenza della tradizione filosofica razionalistica sulla scienza giuridica di quel tempo.

Ma – ed eccoci al punto che abbiamo chiamato la «grande illusione» – così facendo non ci si accorgeva che in luogo dell'armonia e coerenza interna della costruzione *filosofica*, imperniata sul soggetto e i suoi diritti soggettivi, si introduceva in quello che doveva divenire il «sistema» giuridico un'insanabile intima contraddizione.

Ed infatti la costruzione filosofica del diritto soggettivo quale «predicato» del soggetto o si accetta integralmente (e allora si deve portare alle ultime conseguenze, come tendevano appunto a fare i filosofi) oppure si deve rifiutare, non meno integralmente. Ma quel che certo è che essa non consente mezze misure, conciliazioni, «ibridazioni», compromessi con la considerazione del diritto oggettivamente inteso.

Le due posizioni sono irriducibili: o i diritti soggettivi si considerano posti al di sopra e indipendenti dal diritto oggettivo e come tali assoluti, universali, veri e propri attributi dell'essenza sostanziale del «soggetto di diritto» (cioè il punto di vista dei filosofi giusnaturalisti) oppure la considerazione del diritto oggettivo come un *prins* rispetto al diritto soggettivo vanifica e distrugge il significato stesso di questa categoria logica e rende impossibile costruire con essa un «sistema giuridico» coerente, che da un lato assuma come «soggetto» l'individuo e dall'altro faccia dipendere il valore dei suoi «predicati» dal diritto oggettivo: essi diventano necessariamente – ad analizzarli bene – altrettanti «predicati» del diritto oggettivo.

La storia della scienza giuridica di derivazione pandettistica dal secolo scorso ai nostri giorni si presenta così come una lunga, lenta o tormentosa «riscoperta» del diritto oggettivo.

78. Man mano che dietro le screpolature dell'edificio dei diritti soggettivi riappariva l'insopprimibile presenza della norma e dell'ordinamento giuridico, l'accento, il punto focale si spostavano verso la considerazione oggettiva.

Questa vasta opera di conversione impegna la scienza giuridica tedesca per tutto il secolo XIX ed oltre. Durante questo tempo, sempre nuovi elementi vengono a stimolare il rovesciamento delle concezioni.

Sul piano *storico* dopo il passaggio dalla coscienza della nazione tedesca a quella dello Stato nazionale tedesco, il secolo XIX vedrà l'affermarsi del prussianesimo, la formazione dell'Impero germanico e la struttura autoritaria dello Stato bismarckiano. Sul piano *ideologico* da un lato le teorie statualiste, dall'altro quelle socialiste tenderanno entrambe, ancorché da un opposto punto di vista, a respingere le tesi individualiste, esaltando lo Stato etico e la collettività al posto del singolo. Sul piano *filosofico*, il positivismo trionfante non meno che lo storicismo giuridico porteranno sempre più a vedere nella società e in processi collettivi di formazione l'origine e il fondamento del diritto. Sul piano *economico e sociale* tutta una serie di rivolgimenti e di trasformazioni di portata vastissima imporranno a ripetizione problemi nuovi, che richiedono l'elaborazione di nuovi schemi di soluzione e di nuove coordinate concettuali.

Di tutte queste sollecitazioni diverse e convergenti la scienza giuridica – sotto l'apparenza di una speculazione meramente astratta e talvolta addirittura «mascherata dal fitto velo dell'erudizione filologica o del tecnicismo giuridico» (PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio*, cit., p. 8) – finisce per essere non solo uno specchio fedele, ma pure, a sua volta, una determinante e una regolatrice, in senso positivo e negativo, con un flusso circolare di azioni e di reazioni.

Sotto questo profilo le continue variazioni di formulazioni o di enunciati, che ad una considerazione superficiale possono apparire soltanto come un sottile gioco di affinamento concettuale fine a se stesso (e perciò anche, sovente sterile) o al massimo come manifestazione di un inutile progresso tecnico nell'analisi dell'esperienza giuridica, sono qualcosa di molto più impegnato e concreto.

Esse seguono dappresso, e spesso – ora in senso innovatore, ora reazionario – polemicamente, la realtà viva dei fatti e delle ideologie del secolo, nel loro svolgersi, nel loro avvicinarsi, nel loro urtarsi. Realtà viva di cui esse stesse sono elementi costitutivi, e non ultimi, attraverso un perenne gioco di contrasti, le cui premesse, per lo più inesprese, si potrebbero dire metagiuridiche, se non fossero anch'esse parte viva dell'esperienza giuridica e del suo vario determinarsi e atteggiarsi.

E se tutto questo vale per la pandettistica tedesca, lo stesso può dirsi rispetto alle varie scienze giuridiche nazionali, compresa l'italiana, che dalla seconda metà del XIX secolo subiranno largamente

la sua influenza, ma pure compiranno in gran parte analoghi sforzi rispetto alle proprie situazioni contingenti.

In ordine a queste singole scienze giuridiche nazionali l'accertamento dei nessi con le situazioni storiche dei diversi paesi è ancora più complicato ed arduo. Già il fatto stesso della «reazione della pandettistica» da parte dei singoli paesi è fenomeno in cui entrano varie connessioni: le condizioni delle singole scienze giuridiche (onde ad esempio in quella francese, per essere allora assai più progredita dell'italiana, il processo sarà meno rapido e in definitiva, nel suo insieme, meno vasto e profondo); la grande influenza, in ogni campo, della cultura tedesca dell'800, sia per la sua eccellenza, ma pure in conseguenza del peso dell'Imperialismo germanico; la convinzione che la pandettistica fosse la più verace interprete del diritto romano; e in non piccola misura anche il permanere del diffuso presupposto razionalista che i concetti elaborati nella costruzione del «sistema» avessero valore universale ed assoluto.

Tutto ciò fece sì che le singole scienze nazionali, mentre da un lato cominciarono anch'esse a portare nell'elaborazione degli schemi pandettistici il riflesso delle proprie situazioni storiche particolari, oltre che di quelle generali (si vedano in proposito, per quanto riguarda la situazione italiana, alcune fondamentali e chiarificatrici osservazioni di A. PEKELIS, 'Azione', in «NDI», IV Torino, 1937, che andrebbero ulteriormente approfondite e allargate), dall'altro non videro come quegli schemi fossero nati e si fossero venuti sviluppando in funzione di condizioni, di momenti e di problemi che, almeno in buona parte, erano peculiari della scienza tedesca e del suo svolgimento. Non si dimentichi, in primo luogo, il fatto che nella Germania del XIX secolo erano mancati, almeno per l'insieme del paese, una codificazione e una legislazione uniforme, come invece in Francia, in Italia o altrove; sicché mentre ad esempio la dottrina francese poteva dire con E. LERMINIER che la scienza comincia dopo che la legislazione ha scritto i suoi testi (*Philosophie du droit*, Bruxelles, 1832, p. 369), la scienza tedesca doveva cercare attraverso la posizione di principii generali e la loro costruzione in sistema quei punti fermi, quelle certezze – e talvolta quelle difese – che altrimenti sarebbero mancate.

Così non è del tutto fuori di luogo il rimprovero che A. HERNANDEZ-GIL (*Metodologia del derecho*, Madrid, 1945, p. 151) muove garbatamente alla nostra scienza giuridica: «In Italia ha avuto una certa preponderanza una dogmatica aprioristica. I postulati, i dogmi concettuali frequentemente non venivano derivati *a posteriori* per via induttiva, dal proprio diritto positivo, ma su questo si proiettavano dogmi già formati intorno a diritti positivi diversi: il diritto romano e il diritto tedesco. Con ciò si cadde in un apriorismo pericoloso; si elevarono a concetti di validità universale elementi in definitiva estranei al proprio ordinamento: questo era versato in stampi non formati con la sua stessa argilla». Il modo di procedere della nostra scienza giuridica dagli ultimi decenni del secolo scorso fin quasi ai nostri giorni non potrebbe essere più esattamente individuato. Per debito di obiettività si dovrebbe però aggiungere che lo stesso rimprovero potrebbe essere rivolto anche ad altre scienze giuridiche nazionali, nella misura in cui esse hanno recepito il pandettismo tedesco.

Formule famose si vennero così trasformando.

Il *diritto soggettivo* che con il Thibaut era ancora definito una *possibilità morale*, con l'Arndts era già considerato come *una potestà della volontà che il diritto obbiettivo accorda ad una persona*. Di lì a poco diverrà nella celebre definizione dello Jhering un *interesse giuridicamente protetto* (da lui stesso poi trasformata in quella di *autotutela di un interesse*) e con una trasposizione di termini altamente significativa, nella formulazione del Thon, un *mezzo (procurato dall'ordinamento giuridico) di protezione dell'interesse*, o nella formula compromissoria di Vittorio Scialoja la *facoltà di ottenere le forze dello Stato a sostegno dalla propria pretesione*, e di Jellinek un *interesse tutelato dalla legge mediante il riconoscimento della volontà individuale*, sino ad apparire in quella del Betti il *potere giuridico individualizzato che al privato deriva dal diritto obbiettivo in ordine alla protezione di un suo interesse in confronto di altri privati, cui è imposto, correlativamente, un vincolo munito di sanzione*.

Analoghi mutamenti – funzionalmente connessi – si avranno per le nozioni di *rapporto giuridico* e di *negozio giuridico*: si vedano per tutti R. TREVES, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, e specialmente PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico*, cit., *passim*.

Significativo, per la profondità dei mutamenti, il confronto fra due posizioni, oramai entrambe classiche; mentre il Windscheid definiva il negozio giuridico come l'attuazione della forza giuridica competente nel campo giuridico alla volontà privata, onde la persona comanda e il diritto obbiettivo fa proprio il suo comando, per il Betti sarà semplicemente uno strumento che il diritto mette a disposizione dei privati per dar vita o sviluppo a rapporti giuridici fra loro.

Non meno significativo, per la rapida trasformazione di questi concetti, ma anche per le incertezze attraverso cui si realizza, l'atteggiamento del WINDSCHEID (*Pandette*, cit., § 37 nt. 3, I, p. 105 s.), che pur mantenendo ferma nel testo delle sue *Pandette* la definizione di diritto soggettivo data nella prima edizione (1862), da una delle successive edizioni precisò in nota, a seguito delle osservazioni del Thon, «che la volontà imperante nel diritto soggettivo è soltanto la volontà dell'ordinamento, non la volontà del titolare». Da ciò un'ambiguità di posizioni, che per l'alta autorità e l'influenza del Windscheid ha finito per riflettersi su larghe correnti della scienza giuridica tedesca ed europea, determinando oscillazioni e compromessi fra due formulazioni antitetiche.

79. Non è qui possibile seguire le varie evoluzioni della dottrina dei diritti soggettivi.

Basterà ricordare che per molti il *diritto soggettivo* sarà una facoltà o un potere accordato, conferito o messo a disposizione dal diritto oggettivo, oppure un riflesso del diritto oggettivo, oppure un ambito giuridico assegnato dal diritto oggettivo, oppure una relazione del soggetto verso la norma o con lo Stato, oppure una facoltà di rendere efficace l'imperativo attribuito, uno stato o una condizione riconosciuta dal diritto oggettivo, un interesse trasformato dall'ordinamento giuridico in un potere, una sintesi di interesse e volontà, una liceità di agire, il rovescio dell'azione, il rovescio dell'obbligo, e via dicendo, in un'incessante «combinazione» e rinnovazione di formule (rinnovazioni, per altro, molte volte soltanto verbali o che si limitano a esplicitare ciò che era già contenuto in formulazioni precedenti), che però nel loro insieme tendono a mettere sempre più in evidenza la dipendenza, la derivazione del diritto soggettivo dal diritto oggettivo, inteso come *prius* storico, logico e «genetico» del diritto soggettivo.

Ovviamente, non potevano mancare resistenze. Così un Bethmann-Hollweg rimprovererà, ancora nella seconda metà dell'800, al Thibaut di aver posto la legge a principio dell'ordine giuridico, anziché la personalità che ne sarebbe il presupposto (cfr. SOLARI, *Storicismo*, cit., p. 36); un Dernburg, nelle sue *Pandette* (1884) sosterrà che i diritti in senso soggettivo sarebbero esistiti storicamente a lungo, prima della formazione di un ordinamento statale cosciente di se stesso, sicché sarebbe concezione antistorica e inesatta ritenere che i diritti in senso soggettivo non siano che emanazione del diritto in senso oggettivo, perché l'ordine giuridico garantirebbe e plasmerebbe i diritti in senso soggettivo, ma non ne sarebbe il creatore; e ancora nel primo decennio di questo secolo un nostro giurista, Giuseppe CIMBALI, opponendosi dichiaratamente all'indirizzo positivista e sociologico (che era fatto apposta per comprimere e soffocare l'individualità, degradata sino ad essere considerata come strumento inconsapevole dell'ingranaggio dell'organismo della società), assegnava alla scienza del diritto costituzionale la funzione di studiare la tutela dei *diritti individuali* nei rapporti politici: «suo presupposto sono e devono essere, quindi, i diritti individuali. Il resto non è e non deve esser altro che ricerca dei mezzi tecnici rivolti ad organizzare e far funzionare quella tutela», onde lo stesso Stato gli appariva soltanto quale «il mezzo tecnico, per eccellenza, per la tutela dei diritti individuali» (*Una dottrina italiana del Contratto sociale*, in «Studi F. Ciccaglione», Catania, 1909, I, p. 73); mentre in epoca ancor più recente, con Francesco INVREA, si tornerà a definire il diritto soggettivo, come già nel XVIII secolo, «una forza o potestà etica» (*Diritti e potestà*, in «Rivista di Diritto Commerciale», I, 1932, p. 130, e *La parte generale del diritto*, Padova, 1935, p. 25).

Le stesse resistenze si avranno in larghe correnti della dottrina francese, con le quali si è continuato a dire che il diritto è l'autonomia della persona (Charles Beudant), ad affermare che il diritto oggettivo non è altro che la somma dei diritti soggettivi (Josserand), e a parlare di una «forza creatrice» della volontà individuale (Planiol, Gounot): cfr. VILLEY, *Leçons*, cit., p. 328 ss.

E oggi, nella notevole ripresa di tendenze giusnaturalistiche di varia ispirazione e contenuto, che si è avuta un po' ovunque dopo l'ultimo conflitto mondiale, non sarebbe difficile trovare l'espressione di pensieri analoghi, oltre che presso diversi filosofi del diritto, anche presso qualche giurista, tanto più che dichiarazioni intenzionali e carte costituzionali di questo dopoguerra hanno rinverdito – almeno in parte – formule tradizionali del più puro individualismo giuridico (cfr. ad esempio l'inizio dell'art. 2 della nostra Costituzione).

Di contro all'ampia schiera di coloro che hanno cercato una contemperazione del diritto oggettivo o del diritto soggettivo come concetti distinti, ancorché correlati, vi sono poi numerosi autori che hanno tentato di superare il dualismo, risolvendo entrambi in un concetto comune e unitario.

Così ad esempio per il Gierke diritto oggettivo e soggettivo saranno due lati di un solo concetto, per il Bierling due diversi modi di pensare uno stesso contenuto giuridico, per il Samlò due sottospecie di un medesimo concetto, per il Coviello un unico concetto guardato sotto diversi aspetti, per il Del Vecchio due momenti che si riuniscono nella realtà e fanno una cosa sola, per il Trabucchi due aspetti di una sola sostanza, per il Du Pasquier il fenomeno giuridico considerato sotto angoli diversi senza alcuna differenza di natura; e così via.

La posizione ora accennata non porta tuttavia ancora alla negazione del diritto soggettivo, perché attraverso le varie formulazioni si fa sempre salva la legittimità di affermarne l'esistenza concettuale accanto al diritto oggettivo.

A tal riguardo osserva giustamente il CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 207 s. che sarebbe molto più logico dire – come già adombrava il BETTI, *Diritto romano*, I, cit., p. 61 («il diritto soggettivo non sta fuori del diritto oggettivo, ne deriva ed è legato ad esso da un nesso immediato di identità») – che si tratta di concetti identici.

80. Ma il pensiero giuridico moderno in alcune sue notevoli correnti si è spinto ancora più in là. E così dopo il rovesciamento del rapporto fra diritto soggettivo e oggettivo, dopo i tentativi di contemperazione dei due concetti, dopo gli sforzi per risolverli in un concetto unitario, si è avuta la radicale soppressione del problema stesso: la negazione dell'esistenza del diritto soggettivo.

Questo ultimo assalto alla vecchia tradizione giusnaturalistica è opera soprattutto della scienza del nostro secolo e fu mosso da più parti e per ragioni diverse, ora astrattamente teoriche, ora ideologiche, ora tecniche, ma tutte convergenti verso l'eliminazione del concetto, cui si negava una corrispondente realtà nella fenomenologia giuridica o una legittimità scientifica.

A questa battaglia è legato particolarmente il nome di un grande costituzionalista francese, Léon Duguit, che dai primi anni di questo secolo, raccogliendo le fila di un indirizzo di pensiero che ha il suo antesignano in Comte e muovendo specialmente contro la allora recente costruzione del «sistema dei diritti soggettivi pubblici» dello Jellinek, pervenne ad una completa condanna del concetto di diritto soggettivo, considerandolo una «chimera», una «ipostasi dell'anima umana», senza basi scientifiche e giustificabile soltanto in funzione dei presupposti metafisici e ideologici che sono in essa implicati (sul pensiero di Duguit si veda, con indicazioni bibliografiche, FERRARA, *Teoria*, cit., p. 258 ss., e specialmente R. RAVÀ, in *Appendice a CICALA, Rapporto*, cit., p. 132 ss., e BAGOLINI, *Il metodo di Léon Duguit*, introduzione a DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit.).

Nonostante le aspre opposizioni sollevate dalle tesi del Duguit, la critica corrosiva del diritto soggettivo continuò: in Francia, in Germania, in Italia e altrove. Così il Binder nel 1912 affermerà che il diritto soggettivo non è altro che la conseguenza e il rovescio dell'azione, il Behrend nel 1922 dirà che il diritto soggettivo non è nient'altro che diritto oggettivo, il Koschembahr-Lyskoswky nel 1928 denuncerà la fragilità dell'idea di diritto soggettivo, il Lundstedt nel 1933 negherà la realtà dei diritti soggettivi, nel 1933 il Maiorca affermerà «l'esistenza di una sola realtà giuridica, il diritto, che è poi il diritto oggettivo», nel 1935 il Larenz sosterrà che la situazione giuridica non è un potere della volontà soggettiva, ma un modo di concretarsi del diritto oggettivo. E la rassegna potrebbe continuare (su tutto ciò si vedano, con bibliografia, specialmente G. RICHARD, *La sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, in «Revue philosophique», LXXIII, 1912, p. 225 ss., A. FALCHI, *I fini dello Stato e la funzione del potere*, Sassari, 1914, p. 5 ss., C. MAIORCA, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, in «Il Circolo giuridico», IV, 1933, p. 33, e *L'oggetto dei diritti*, Milano, 1939, p. 165 ss., W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo* (1941), in *Idee e problemi*, cit., p. 119 ss., G. D'EUDEMIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nell'ordinamento corporativo*, Milano, 1942, p. 3 s., e F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, rist. 1950, p. 135 s.

Per quanto riguarda più particolarmente la lotta contro il diritto soggettivo nella scienza tedesca sotto l'influsso dell'ideologia nazional-socialista si vedano C. LAVAGNA, *La dottrina nazional-socialista del Diritto e dello Stato*, Milano, 1938, M. DJUVARA, *Le nouvel essai de philosophie politique et juridique en Allemagne*, in «Revue de drept public», Bucarest, 1939, e F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940.

81. Alla schiera dei negatori si possono in definitiva riportare anche tutti coloro che hanno cercato di risolvere la concezione dualistica diritto soggettivo-diritto oggettivo in una relazione fra norma e soggetto, vuoi considerando il diritto soggettivo come subbiettivazione della tutela normativa, vuoi come subbiettivazione della stessa norma.

Le prime manifestazioni di queste posizioni (messe assai bene in evidenza da NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 54 ss.) sono già in alcune formulazioni della stessa pandettistica. Così ad esempio in WINDSCHEID si parla di precetti che il diritto oggettivo *mette a disposizione* di colui a favore del quale esso li ha emanati (*Pandette*, I, cit., § 37, p. 107), in A. THON si dice che la tutela delle norme *diventa* un diritto del soggetto tutelato (*Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto* [trad. it.], Padova, 1939, p. 133 e 219), nello JHERING si designa sotto certi aspetti il diritto soggettivo «come un frammento della volontà generale divenuto concreto e vivente nella persona singola» (*Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1921-1924, IV, p. 329).

Tali spunti della dottrina ottocentesca dovevano avere più ampi sviluppi nel pensiero del nostro secolo. Ricordiamo anzitutto – da noi – F.B. CICALA, che in uno studio su *Rapporto giuridico, diritto subbiettivo e pretesa* (Torino, 1909) costruisce il rapporto giuridico come relazione ideale tra la persona e il diritto obbiettivo (con più ampi sviluppi, poi nel volume *Il rapporto giuridico*, Firenze, 1935² e 1940³), anticipando in molti punti la concezione kelseniana (cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*², Firenze, 1946, p. 92 nt. 64, R. TREVES, *Il diritto come relazione*, Torino, 1934, p. 66 s., e lo stesso CICALA, *Rapporto*, cit., p. 59 nt. 4 nella terza edizione). Afferma il Cicala che «Il diritto subbiettivo non è altro che lo stesso diritto obbiettivo, in quanto acquista vita e realtà concreta in un singolo soggetto, in quanto cioè diviene come norma subbiettiva».

Queste posizioni sono state portate alle estreme conseguenze dal Kelsen, che se può sembrare uno dei più profondi elaboratori del diritto soggettivo (tale ad esempio lo dichiara PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 43 nt. 1), in realtà è fra i giuristi contemporanei uno di quelli che si è proposto di inferirgli i colpi più gravi.

In più punti della sua vasta produzione, e riassuntivamente nella *Dottrina pura*, Hans Kelsen ha infatti prospettato la completa risoluzione del diritto soggettivo in diritto oggettivo, senza residui, addirittura comprendendo in tale risoluzione anche il concetto stesso di «soggetto di diritto». I diritti soggettivi non sarebbero altro che norme giuridiche individualizzate e il soggetto di diritto «l'espressione unitaria personificata di un complesso di norme».

Si vedano particolarmente, nella *La dottrina pura del diritto* (tr. it.), Torino, 1952, p. 54 ss.) il capitolo IV e specialmente il § 18 ss. su «l'origine giusnaturalistica del dualismo fra diritto oggettivo e soggettivo», il § 21 su «il significato ideologico dei concetti di diritto soggettivo e di soggetto di diritto», il § 24 su «la riduzione del diritto soggettivo a diritto oggettivo», il § 25 su «la dissoluzione del concetto di persona».

Muovendo dal concetto di obbligo giuridico, inteso come «norma giuridica nel suo rapporto col comportamento concreto di un determinato individuo da essa stabilito», cioè come «norma giuridica individualizzata», egli cerca di superare completamente il dualismo di diritto soggettivo e oggettivo. «Il diritto soggettivo – dice il Kelsen – non è diverso da quello oggettivo; è il diritto oggettivo stesso soltanto in quanto si rivolge contro un soggetto concreto (obbligo) oppure si mette a disposizione di questo (autorizzazione) in forza della conseguenza da esso stabilita». In tal modo – è sempre il Kelsen che parla – «la dottrina pura del diritto, col dissolvere il così detto diritto soggettivo in tutte le sue forme di manifestazione: autorizzazione, obbligo, soggetto del diritto, come entità diversa dal diritto oggettivo, e col concepire soltanto come forma speciale o rappresentazione personificata del diritto oggettivo, supera quella posizione soggettivistica verso il diritto al cui servizio sta il concetto di diritto in senso soggettivo».

Sul pensiero di Kelsen la bibliografia è assai vasta. Ci limitiamo a richiamare, per un orientamento generale, T.A. CASTIGLIA, *Stato e diritto in Hans Kelsen*, Torino, 1934, R. TREVES, *Il diritto come relazione*, cit., *l'Introduzione* alla traduzione della *Dottrina pura*, cit., e *Intorno alla concezione del diritto in Hans Kelsen*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», 1952, V. GIORGIANNI, *Neopositivismo e scienza del diritto*, Roma 1956, p. 161 ss., VILLEY, *Leçons*, cit., p. 337 ss., e specialmente lo stupendo saggio di G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1952, IV, p. 767 ss., e V, p. 311 ss.

La tesi che porta a risolvere il diritto soggettivo in una soggettivazione o individualizzazione del diritto oggettivo – tesi che costituisce, com'è facile intendere, un completo spostamento dei termini tradizionali del problema – ha avuto notevole seguito, anche nella nostra dottrina, e più o meno tra-

sformata e variamente espressa si ritrova alla base di molte impostazioni moderne, anche se sovente combinata con altre considerazioni, che in parte attenuano, in parte modificano l'asprezza (ma talvolta anche il rigore logico) della costruzione kelseniana e della scuola normativa.

82. Così un po' per volta il pensiero giuridico derivato dalla pandettistica è venuto ripercorrendo la strada inversa ai giusnaturalisti. Mentre per questi il diritto oggettivo – la norma – aveva finito per apparire l'obbiettivazione del diritto soggettivo, ora nel rovesciamento di posizioni concettuali i diritti soggettivi verranno considerati come la *soggettivazione* del diritto oggettivo. Il procedimento logico è però il medesimo.

Una tipica conseguenza di questo rovesciamento di posizioni la si può constatare in ordine allo stesso concetto di «soggetto di diritto». Mentre infatti questo per lungo tempo fu considerato il *prius* logico del diritto soggettivo (se ed in quanto si è soggetto di diritto si è titolare di diritti soggettivi), nel pensiero giuridico contemporaneo esso tende a risolversi in un conseguenza del diritto soggettivo (se ed in quanto si è titolare di diritti soggettivi si è soggetto di diritto).

Ma anche in questa nuova e capovolta maniera di impostare i problemi rimane sempre un certo dualismo di concetti, una qualche contrapposizione fra elementi distinti. Dice ad esempio il Kelsen che «in quanto autorizzazione, il diritto soggettivo non sta di fronte al diritto oggettivo come qualcosa di indipendente da questo, dal momento che sarà diritto soggettivo soltanto perché e in quanto sarà sottoposto alla norma di diritto oggettivo». Ma già nell'affermare questo, torna ad implicarsi, sul piano dei concetti evocati, il germe di una distinzione.

E quando poi si dice che persona fisica e persona giuridica non sono altro che l'espressione unitaria personificata di un complesso di norme che regolano direttamente il comportamento di una pluralità di uomini non si fa che spostare, invertendoli, i termini tradizionali del problema. Infatti secondo l'acuta osservazione del GOLDSCHMIDT (*Problemi generali*, cit. p. 24: cfr. anche GIORGIANNI, *Neopositivismo*, cit. p. 240 ss.), per compensare la «normalizzazione della persona» si finisce coll'effettuare la «personificazione della norma». Il «soggetto» diventa la norma e l'individuo diventa l'oggetto, sicché in definitiva quel dualismo che si era creduto cacciare dalla finestra rientra in pieno dalla porta.

A tutto ciò probabilmente non è estranea l'influenza che la stessa teoria tradizionale del *soggetto di diritto* e dei *diritti soggettivi* ha esercitato sul modo di considerare quelle «entità» (concettuali o reali, a seconda l'idea che se ne abbia), cui diamo il nome di «società», di «collettività», di «Stato», di «ordinamento giuridico» etc. e che sono state variamente entificate, ipostatizzate, ontologizzate, personificate. Naturalmente questa non è una novità, perché la entificazione di questi collettivi o astratti è di assai risalente antichità.

Ma come è stato molto acutamente rilevato dal Bagolini (nell'*Introduzione* a DUGUIT, , *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., p. 12 s.) il potere attraverso il quale si esercita la sovranità statale è, dalla dottrina pubblicistica ottocentesca, concepito *a priori* come un potere di comando, alla stessa maniera del diritto soggettivo, vale a dire «come volontà prevalente attribuibile ad una società personificata». Altrettanto acutamente e in termini ancor più generali il VILLEY (nelle *Leçons* più volte citate, p. 327 ss.) ha messo in evidenza come il *volontarismo* della tradizione giusnaturalistica sia rimasto l'anima delle costituzioni moderne (almeno di quelle che hanno seguito i modelli francesi) e continui a dominare le elaborazioni del diritto pubblico (la legge espressione della volontà popolare, il «comando del popolo» etc.).

Questi spunti potrebbero fornire motivo ad ancor più ampie considerazioni e indagini. Ed infatti tutto il superamento della concezione individualistica può dirsi avvenuto sotto il segno di uno «spostamento» dei termini strutturali di quella concezione dall'uomo alla società, dal singolo alla collettività, dall'individuo allo Stato, all'ordinamento giuridico, alla norma.

Il diritto, che ancora per Savigny esisteva a causa della libertà morale dell'individuo, diviene per Jhering condizione di esistenza della società assicurata dallo Stato. Alla volontà individuale si sostituisce la volontà obbiettiva. La «forza creatrice» del singolo si trasforma in forza creatrice della legge. All'autonomia privata si sovrappone l'autonomia dell'ordinamento. Al concetto di rapporto giuridico come rapporto fra «soggetti di diritto» subentra il rapporto del singolo con la norma. L'uomo da «causa» del diritto diviene «effetto».

La corrosione della teoria dei diritti soggettivi e la loro risoluzione in diritto obbiettivo, la progressiva eliminazione del dogma della volontà, la dissoluzione del concetto di persona, avvengono così attraverso

so una graduale trasformazione e un trasferimento di quelli che erano «attributi» del singolo in uguali o analoghi «attributi» di queste «entità» che tendono a prenderne il posto. «*Non più la comunità per l'individuo, ma l'individuo per la comunità*» (cfr., con bibliografia, NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit. p. I nt. 1): e se questa formula rappresenta soprattutto l'avvenuto capovolgimento *ideologico*, essa lascia intravedere il modo in cui questo è stato realizzato anche *tecnicamente*, sostituendo nel «sistema» – naturalmente via via con i necessari adattamenti – un nuovo e assorbente «soggetto di diritto», il «soggetto» per eccellenza, che volta a volta sarà la società, la collettività, lo Stato, l'ordinamento, la norma, mentre gli uomini, gli individui, i tradizionali «soggetti di diritto» diventeranno gli «oggetti» della predicazione di questo nuovo «soggetto», «oggetti» di una qualificazione che ha in esso la sua fonte e il suo fondamento. Ma lo schema logico, la struttura interna del «sistema», il suo criterio costitutivo rimangono sostanzialmente invariati e l'antica contrapposizione permane, soltanto che i suoi termini sono spostati o addirittura rovesciati.

83. In realtà nessuna delle teorie che si sono proposte la contemperazione o la unificazione del diritto soggettivo e del diritto oggettivo o la risoluzione dell'uno nell'altro sembra esser riuscita nel suo intento. E non lo poteva.

Come ha rilevato assai lucidamente Widar CESARINI SFORZA «il concetto della volontà che liberamente mette in moto l'ordinamento statale per raggiungere certi suoi scopi privati appare inconciliabile con il fatto che la volontà dello Stato è sovrana nello stabilire quali diritti sono degni della sua tutela» (*Il diritto dei privati*, in «RISG.», IV, 1929, p. 49 s.: cfr. anche *Diritto soggettivo*, cit., p. 201 e 205). E muovendo da queste considerazioni il PASSERIN D'ENTREVES (*Negozio*, cit., p. 55 ss., cfr. anche p. 8 e 97). ha chiaramente avvertito che la costruzione «obbiettivistica» e quella «subbiettivistica» del negozio giuridico (ma lo stesso può dirsi del diritto soggettivo) non sono semplicemente due «punti di vista» del medesimo fenomeno, a seconda che ad esso si guardi dall'angolo visuale della norma obbiettiva o della volontà dei soggetti, ma due sistemi compiuti in se stessi e reciprocamente esclusivi, in cui si esprimono diverse e contrastanti concezioni dell'individuo e più in generale del diritto privato: ancor più, potremmo dire, di tutto il diritto nel suo insieme.

E in ragione di ciò, possiamo ancora aggiungere, non hanno senso le affermazioni, così frequenti in dottrina, che mirano a denunciare gli «errori» commessi ora da questi ora da quello nel concepire il diritto soggettivo o il diritto oggettivo in un modo piuttosto che in un altro, soprattutto poi quando queste accuse vengono rivolte a punti particolari, che sono conseguenze di impostazioni di fondo, espresse o implicite.

84. Per nostro conto – e tanto più in questa sede – non è questione di discutere e giudicare quale fra queste due concezioni, fra questi due orientamenti fondamentali, fra queste due visioni della vita sia migliore o preferibile.

A noi basta qui aver rilevato come l'intima contraddizione su cui si è elevato ad opera della pandettistica e dei suoi epigoni il «sistema giuridico» continui a perpetuarsi senza apparenti vie d'uscita.

Una circostanza tuttavia non può non colpire chi segua i vari svolgimenti della teoria dei diritti soggettivi e delle sue stesse negazioni, e cioè il modo in cui solitamente si discorre di questi argomenti.

Tutto quello che si dice intorno al diritto soggettivo sembra presupporre che esso sia un'entità da cogliere e da descrivere così come può essere descritta una «cosa». E in quel continuo volerlo *definire* sembra permanere l'antica suggestione di marca aristotelica che ad ogni sostantivo si possa associare una «definizione» che riveli la natura o essenza di ciò che è designato con quella parola, una «definizione» che colga conoscitivamente ciò che contraddistingue la sua sostanza ontologica e con ciò stesso il suo eterno carattere identico (cfr. J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine* [tr. it.], Torino, 1949, p. 134, e R. VON MISES, *Manuale di critica scientifica e filosofica* [tr. it.], Milano, 1950, p. 26 e 40 s.).

Questo atteggiamento di pensiero, tipico della scienza giuridica medievale e rimasto retaggio pesantissimo della scienza europea continentale, si manifesta in più campi: in tema di diritti soggettivi si presenta addirittura con un'evidenza estrema ed è già stato rilevato da diversi (cfr. ad esempio CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 205, e A. BERTINI, *Norma e situazione nella semantica giuridica*, Milano, 1958, p. 84 ss.).

Ma il punto merita di essere ulteriormente approfondito, perché è forse attraverso di esso che si può intravedere la spiegazione delle difficoltà in cui fatalmente si incappa allorché ci si propone di descrivere e definire – in termini di definizione reale – che «cosa» sia il diritto soggettivo.

Non solo, infatti, i singoli diritti soggettivi vengono considerati sovente come entità reali, ma pure al concetto di diritto soggettivo, nel suo insieme, si finisce con l'attribuire un'esistenza reale, nel senso che dietro il concetto vi sia una realtà, un *quid* di esistente nel concreto della fenomenologia giuridica, indipendentemente da ogni definizione, un *quid* da rivelare, da scoprire.

All'origine di tutto questo vi è anzitutto l'attività categorizzante della struttura grammaticale del nostro linguaggio (la quale però è a sua volta il prodotto e il riflesso delle categorie logiche tradizionali, in primo luogo della categoria della sostanza, onde lo schema della proposizione è quello della relazione di un sostantivo-soggetto con i suoi predicati: cfr. F. ORESTANO, *Nuove vedute logiche*, ora in *Opera omnia*, I, Catania, 1956, p. 478 s. e 486; si vedano anche A.J. AYER, *Langage, Vérité et Logique* [tr. fr.], Parigi, 1956, p. 51-55, e dal punto di vista grammaticale, riassuntivamente, P. GUIRAUD, *La grammaire*, Paris, 1958, p. 45 ss.).

Ad essa si aggiunge, e vi è strettamente collegata, la pressoché incontrastata signoria che continua ad avere nella scienza giuridica europea continentale la *logica classificatoria*, che dopo avere dominato per lunghissimo tempo su tutte le scienze, ha mantenuto una delle sue roccaforti nella scienza del diritto.

Sulla base di questa logica, che ha il momento culminante nella categoria della sostanza e che induce «il generale dal particolare mediante la progressiva eliminazione delle differenze e la sintesi delle sole note comuni e costanti, sotto il controllo del principio di identità» si è venuta costruendo la scienza giuridica (F. ORESTANO, *Filosofia del diritto*, Milano, 1941, p. 7 ss.; cfr. anche il penetrante cenno di S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 399 nt. 6), ancora nel secolo scorso e nel nostro.

«Quando la reazione romantica sostituì all'individuo il 'gruppo', la 'società', la 'nazione', lo 'Stato' e concepì il diritto come 'ordine sociale', 'sistema di comandi' etc., neanche allora la costruzione logica cambiò metro. Al concetto generale di 'soggetti di diritto' si surrogò il concetto generale di 'fatti o rapporti di diritto' e il *prins* anziché il singolo individuo o una somma di singoli individui divenne un concetto da cui si deducevano altri concetti, quali più o meno particolari, quali individuali, di relazioni umane e giuridiche. Ma l'ordine o sistema era sempre costruito con una scala di generalità crescente verso l'alto, decrescente in basso, ottenuta per astrazione e controllata dall'identità» (F. ORESTANO, *Filosofia*, cit., p. 9).

Ciò spiega il continuo sforzo, in cui si è fatto consistere l'attività precipua della «dommatica», di arrivare a concetti sempre più generali e più alti, sino ad una sintesi suprema che li unifichi e puntualizzi in un concetto unitario, da collocarsi al vertice della costruzione (si pensi alla «norma fondamentale» del Kelsen).

Ciò spiega il convincimento del valore universale che sarebbe insito nelle costruzioni della dommatica, ritenute espressioni necessarie dell'essere, aventi un qualche «*fundamentum in re*», anziché semplici schemi di pensiero.

Ciò spiega lo scambio dei concetti con la realtà e il valore ontologico attribuito alla rete di concetti su cui si erge il «sistema», attraverso una logica classificatoria che con i suoi criteri d'analisi riduceva ogni cosa a sostanza e attributi (cfr. M.R. COHEN, *Introduzione alla logica* [tr. it.], Milano, 1948, p. 118).

Ciò spiega l'accanimento col quale si è voluto scoprire «cosa è» il diritto soggettivo, nell'illusione che dietro la parola vi fosse una specie di realtà, individuata la quale tutto si rivelasse e chiarisse. Estremamente caratteristico, al riguardo, il ragionamento del FERRARA (*Teoria*, cit., p. 234) «*Saputo che è il diritto soggettivo, sapremo cos'è il soggetto di diritto e quindi la persona giuridica*». Ma gli esempi si potrebbero moltiplicare all'infinito.

L'unica realtà, al riguardo, è che da un certo momento giuristi e legislatori hanno parlato di *diritto soggettivo*, hanno formulato questo concetto, hanno impiegato questo concetto, hanno operato con questo concetto, hanno discusso intorno a questo concetto, plasmandolo e riplasmandolo, esaltandolo o negandolo. Ma dietro di esso non c'è null'altro di reale, di effettivo, di concreto, se non il modo in cui è stato volta a volta *formulato, impiegato, discusso, esaltato, negato*.

Il problema del diritto soggettivo si risolve così nella sua storia o meglio nella storia del suo concetto, identificandosi interamente in essa, con tutte le sue inerenze, le sue connessioni, i suoi condizionamenti, i suoi voli e le sue cadute.

85. E' inutile avvertire che le parole ora dette non sono e non vogliono essere un'ennesima «definizione» del diritto soggettivo.

Il nostro proposito è un altro. Svuotando da ogni presupposto ontologico il diritto soggettivo e negando ogni valore di definizione reale ai concetti con cui volta a volta si è cercato di esprimerne «essenza» e «contenuto», noi vogliamo semplicemente riportarne il concetto – qualsiasi concetto – alla storia e nella storia.

In quanto concetto, invece, e ben s'intende, come concetto storicamente condizionato e determinato, esso è una realtà, un dato dell'esperienza giuridica o per meglio dire di quelle esperienze giuridiche che lo hanno espresso – o lo hanno accolto – e lo hanno reso operante, nel vario e mutevole atteggiarsi delle sue concezioni e formulazioni: ma lo è precisamente solo nel modo, nella misura e nei limiti in cui esso è stato o è impiegato, senza che questo suo valore storico implichi alcunché di universale e assoluto.

Così è chiaro, ad esempio, che anche volendo disconoscere l'esistenza del diritto soggettivo, o la sua legittimità ideologica o la sua validità scientifica, sarebbe impossibile comprendere e ricostruire la storia dell'esperienza giuridica del secolo scorso e del nostro prescindendo dal considerare la presenza – in essa – del concetto di diritto soggettivo, la posizione volta a volta assegnatagli, la funzione che vi ha svolto e continua svolgerci. Ancor più: il fatto stesso che a questo concetto il pensiero della tradizione pandettistica abbia attribuito e in larga misura continui ad attribuire un valore di assoluto, elevandolo a categoria universale ed imprescindibile di ogni costruzione giuridica, è un dato estremamente caratteristico e significativo del modo di essere di questo pensiero in una delle sue componenti più essenziali. Vi si potrà aderire, o si potrà criticarlo, ma il fatto rimane, incancellabile, né potrà essere negato o ignorato, a pena di costruirsi una rappresentazione monca e falsa di tutto questo periodo.

Altrettanto chiara dovrebbe essere, però, un'altra circostanza: e cioè che non possiamo vedere tutta la storia giuridica, di qualunque esperienza e periodo, in chiave di diritto soggettivo e fare così di questo concetto un assoluto, presente nella struttura di qualsivoglia ordinamento e della scienza giuridica che vi si accompagna.

Già E.I. BEKKER (*System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, I, § 18, p. 49) aveva affermato la relatività del concetto di diritto soggettivo, nel senso dell'esistenza di differenze concettuali a seconda delle caratteristiche intrinseche dei vari ordinamenti positivi e pertanto l'impossibilità di costruire un concetto di diritto soggettivo valido universalmente.

La portata di questa profonda osservazione va però *integrata* e *precisata*.

Integrata, perché nel processo di questa relatività va pure compresa l'attività della scienza giuridica che opera rispetto ai singoli ordinamenti, con le sue concezioni e i suoi modi di costruire i dati dell'ordinamento positivo cui inerisce, ed eventualmente anche l'attività della scienza giuridica che studi storicamente o comparativamente quell'ordinamento e le sue elaborazioni. *Precisata*, perché non solo non si può costruire un concetto generale di diritto soggettivo, ma neppure si può affermare che per ciascun ordinamento vi debba essere un corrispondente concetto di diritto soggettivo.

Dobbiamo infatti guardarci non solo dal proiettare su altri ordinamenti un concetto «prefabbricato» e uniforme di diritto soggettivo, ma anche dal postulare l'*esigenza* che tutti debbano avere un proprio concetto di diritto soggettivo, cioè che ogni ordinamento e ogni scienza abbiano necessariamente fatto ricorso *mutatis mutandis* a un simile modo di considerare le situazioni giuridiche, con i suoi presupposti e le sue conseguenze.

Soprattutto dobbiamo guardarci dal ritenere che per ogni ordinamento sia dato – o sia possibile stabilire – un concetto di diritto soggettivo, il cui impiego analogo in estensione e rigore a quello che dal XVIII secolo ai nostri giorni hanno reso a noi abituale il giusnaturalismo, la pandettistica tedesca e larghe correnti della scienza giuridica moderna, nelle loro costruzioni del «sistema».

Ciò vale anche rispetto al diritto romano. E invero anche se non vogliamo escludere che il concetto di diritto soggettivo sia stato impiegato dal diritto e dalla giurisprudenza romana (e meno ancora che molti dei dati strutturali dell'esperienza giuridica romana si prestino ad essere rappresentati entro i moderni schemi, anche perché questi in gran parte sono stati costruiti proprio muovendo da essi), rimane pur sempre, anzitutto, che questi impieghi non sono così frequenti e vasti

come la pandettistica ha creduto o fatto mostra di credere e come la romanistica in molte sue correnti ha seguito a ritenere e insegnare; in secondo luogo, che la concezione romana del diritto è in ogni tempo una concezione fondamentalmente «obbiettivistica».

Quindi le moderne concezioni del diritto soggettivo – anche se si potesse prescindere dal loro essere espressione di situazioni storiche o ideologiche in massima parte diverse – non possono essere trasportate di peso nel diritto romano e meno ancora il diritto romano può essere rivissuto e ricostruito come un «sistema» di diritti soggettivi, a pena di una distorsione e di un rovesciamento totale di quella che era la concezione romana.

L'arbitrio che si commetteva, operando questo rovesciamento, era in fondo riconosciuto dagli stessi pandettisti, anche se dal loro punto di vista e ai loro fini credevano di poter con disinvoltura superare l'ostacolo: sintomatico ad esempio il modo in cui C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, Bruxelles, 1838, § 78 ss., p. 84, trasforma deliberatamente la tripartizione gajana da un senso oggettivo in un senso soggettivo: «*quamvis autem non dubitamus*» – egli dice – «*in illo Gai 'omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones'* (Inst. 1.8) *obiectivo sensu accipiendum ... tamen nihil impedit, quo minus subiective eodem utimur verbo*».

Un siffatto rovesciamento non solo finirebbe per oscurare e nascondere le strutture caratteristiche dell'esperienza romana nel suo insieme, ma in molti casi impedirebbe addirittura di cogliere e comprendere situazioni in cui si perveniva ad una regolamentazione e a una soluzione, indipendentemente da un impiego del concetto di diritto soggettivo e dello stesso concetto di «soggetto».

E qui può non esser fuor di luogo un'osservazione: e cioè che, ancora nel presente, casi del genere sono tutt'altro che rari, nello stesso nostro ordinamento positivo, nonostante il posto di assoluta preminenza, anzi di esclusività, che legislazione e scienza giuridica tradizionale hanno inteso accordare ad un concetto teoricamente prefissato e rigido di «soggetto di diritto».

Vi sono infatti numerose situazioni (e molte si vengono producendo sotto i nostri stessi occhi: esempio macroscopico, la posizione e le funzioni che la Costituzione italiana del 1948 ha attribuito ai «partiti politici» nel nostro quadro del diritto costituzionale) in cui, senza sia dato ritrovarvi – nel senso tradizionalmente attribuito a queste espressioni – un vero o proprio «soggetto di diritto», né *persona fisica*, né *persona giuridica*, si hanno norme rivolte a contemplarle, a regolarle, a tutelarle, a farne elementi operanti del nostro ordinamento. Si pensi, ad esempio alle «associazioni non riconosciute» o al loro «fondo comune», al «condominio», alla «società» nelle cosiddette società di persone e relativo «patrimonio», ai «fondi previdenziali» nell'ambito contabile dell'impresa, alla «azienda», al «fallimento» e via dicendo, in ordine ai quali tuttavia si determinano, sempre nel senso tradizionale dell'espressione, ora «diritti soggettivi», ora «obblighi», ora forme di tutela, ora legittimazioni processuali attive e passive o comunque forme di regolamentazione, riferite direttamente alle situazioni stesse, assunte in se stesse.

Se dal campo del diritto privato passiamo al diritto pubblico e specialmente all'organizzazione amministrativa è poi evidente che il tradizionale concetto di «soggetto di diritto» (persona giuridica) vale soltanto rispetto ad un certo numero di situazioni, mentre si sono venute moltiplicando figure di vario genere, che senza poter riconoscere in esse quella che si suole chiamare «soggettività piena» nell'ordinamento generale, appaiono «enti» giuridicamente rilevanti e possono in alcuni casi persino avere un proprio patrimonio (si veda su tutto ciò la finissima e realistica indagine che vi dedica GIANNINI, *Lezioni*, cit., specialmente p. 121-149).

La dottrina più recente, per dominare concettualmente tutto ciò, parla di *situazioni giuridiche soggettive*, di *figure giuridiche soggettive*, di *qualificazioni giuridiche soggettive*, etc.

Ma appunto in questo bisogno di superare la terminologia tradizionale (e con ciò stesso i concetti che essa postulava ed esprimeva) è il segno più evidente della non idoneità del concetto di «soggetto di diritto», per come lo si è inteso tradizionalmente, a subsumere la molteplicità di situazioni e soluzioni di cui si concreta via via l'esperienza giuridica.

A voler restare ancorati alla costruzione giusnaturalistica pandettistica si rischia, anche per il nostro presente, a non cogliere tutta l'esperienza: peggio ancora, si rischia, volendo portare quella costruzione ad uno sviluppo logicamente rigoroso dello sue implicazioni, di negare la realtà per far salvo il concetto.

86. Se abbiamo tanto insistito sulla storia della dottrina dei diritti soggettivi, ripercorrendo sommariamente le linee della loro lunga e non del tutto conclusa vicenda concettuale, è perché in essa si trova – a nostro avviso – anche la soluzione di questo dibattuto problema, che il Karlowa paragonò alla quadratura del cerchio.

Infatti adesso ci è chiaro come l'origine e l'impostazione del «sistema», la logica in base a cui fu costruito, la struttura che gli venne data e tutto il modo in cui fu concepita la teoria del soggetto del diritto e dei suoi diritti soggettivi non potevano che portare ad una soluzione negativa di quel problema.

Nell'ambito di tale teoria, il parlare di diritti senza soggetto è un non senso. In quanto predicati di un soggetto, e tanto più di un soggetto «volente», essi sono impossibili.

Ma basta passare da una concezione soggettivistica ad una oggettivistica per accorgersi che le situazioni così acutamente avvertite dal WINDSCHEID non solo possono sussistere, come di fatto «storicamente» sussistono, ma che la loro ammissione e soluzione positiva non presenta difficoltà alcuna.

Assai significativa è un'analoga vicenda concettuale, quella dei «rapporti giuridici» nell'ambito di un solo «soggetto». Anche qui, concependo il *rapporto giuridico* come rapporto fra due soggetti ci troviamo di fronte ad una vera e propria impossibilità logica. Al tempo stesso anche qui, vi sono però varie situazioni, in cui posizioni attive e passive, «diritti» ed «obblighi», si trovano riuniti e compresenti in un unico soggetto, com'è stato messo in luce dal brillante e profondo studio di S. PUGLIATTI, *I rapporti giuridici soggettivi*, ora nel volume *Diritto civile*, cit., p. 394 ss., al quale rimandiamo per ogni maggiore informazione. In esso torna a riproporsi, per il rapporto giuridico, la stessa avventura concettuale che circa un secolo prima il Windscheid aveva vissuto e proposto alla scienza giuridica per il diritto soggettivo.

Ma l'accostamento fra i due studi meriterebbe d'essere approfondito anche sotto un altro aspetto e cioè per constatare quale affinamento si sia avuto nell'elaborazione e impiego dei concetti, affinamento di cui il saggio del Pugliatti fornisce una testimonianza mirabile ed evidente.

Bisogna convincersi infatti che gli ostacoli fin qui incontrati ad ammettere situazioni del genere sono dipesi e possono dipendere esclusivamente dal modo come noi impostiamo i nostri concetti. In altre parole, gli ostacoli sorgono in noi – e per opera nostra – se poniamo i nostri concetti in modo tale che essi subsumano solo aspetti parziali dell'esperienza. Dopo di che, *fissati i concetti in un dato modo*, è opera vana cercare di farvi rientrare a forza – *dopo* – ciò che noi stessi *prima* abbiamo escluso nel costruirli. Con un esempio un po' banale, ma evidente, potremmo dire che è come definire il «triangolo» e poi meravigliarsi che non avendo quattro angoli e quattro lati il suo concetto non sia idoneo a rappresentare anche le figure quadre.

Purtroppo, molti ragionamenti e molte discussioni che si sono fatte intorno ai *diritti senza soggetto* non hanno maggior senso e valore di quelli intorno al triangolo a quattro lati. Il che però non significa affatto che non esistano i quadrati.

87. Possiamo ora tornare all'*hereditas nondum adita*. Essa, continuando nella metafora, è venuta a costituire – per larga parte della dottrina pandettistica – una specie di «quadrato» in un mondo concettuale popolato solo di «triangoli».

Da qui le insormontabili difficoltà cui ci si è trovati di fronte, allorché si son voluti applicare ad essa gli schemi del «soggetto di diritto» e dei diritti soggettivi, intesi come *potestà di volere* e simili.

Se si postula che non c'è diritto senza volontà, se si assume che presupposto del diritto soggettivo sono l'esistenza di un soggetto e la sua capacità di diritti (Messineo), se si afferma che la personalità giuridica non è che la generale capacità di esser soggetto di diritti soggettivi e che essa rappresenta un *prins*, un *quid* elementare che embrionalmente contiene tutte le incarnazioni specifiche della capacità (Forti), se si ritiene che la nozione di patrimonio in senso giuridico esige un soggetto distinto dal patrimonio stesso di cui deve fungere da necessario presupposto logico (Falzea), allora è chiaro e pacifico che l'eredità giacente non potrà mai essere considerata un «soggetto» da mettersi a paro con quelli così concepiti, definiti, richiesti.

88. Ma fu questo il punto di vista romano? Soprattutto furono questi i concetti con cui operavano i Romani, allorché si trovarono a dover regolare in concreto il problema dell'*hereditas nondum adita*?

Queste sono le domande che dobbiamo proporci nell'indagine storica.

E allora la risposta ce la danno le fonti, le fonti che abbiamo già visto, dalle quali appare come una considerazione schiettamente realistica della situazione fra apertura della successione e adizione avesse portato alla necessità di regolare la condizione dell'*hereditas* e un certo numero di altre situazioni connesse.

Tutto questo avvenne – da un certo momento e dopo le oscillazioni che abbiamo a suo tempo visto – nella maniera più semplice e si potrebbe dire spregiudicata, assumendo a oggetto della regolamentazione l'eredità in se stessa, cioè considerando sino ai limiti del possibile l'eredità come punto di unificazione, di coordinamento, di tutela fra le varie situazioni che intorno ad essa e in ragione di essa potevano determinarsi.

Il modo stesso con cui giuristi, imperatori, compilatori parlano di tutto ciò è veramente chiarificatore: è l'*hereditas* in se stessa che viene assunta come centro di riferimento della regolamentazione, avendosi anzi cura di sottolineare, volta a volta, che tale imputazione non si realizzava, propriamente parlando, né rispetto alla persona del defunto, né rispetto alla persona dell'erede, ma unicamente e soltanto nell'eredità medesima, nell'eredità come tale. Persino nel passo che sembra essere più vicino all'idea di una «personificazione» (D. 46.1.22: '*hereditas personae vice fungitur*') si può dire che proprio quello che in esso restava tassativamente escluso era che l'eredità fosse o fosse da considerarsi '*persona*'.

Ma ciò non impedi – occorrendo – di ammettere che potessero rispetto ad essa determinarsi situazioni e rapporti di commercio giuridico, in forza e sotto l'egida dell'ordinamento, senza che vi fosse bisogno di evocare tali concetti o finzioni.

89. Prima di chiudere sull'*hereditas nondum adita* ci sia consentita ancora un'ultima osservazione.

Una delle difficoltà che può a noi offrirsi per la costruzione dell'*hereditas* quale centro obbiettivamente determinato di regolamentazione deriva dal fatto che siamo soliti considerare l'*hereditas* come un'entità del tutto immateriale, come un puro concetto, un semplice *nomen iuris*. Gaio infatti, secondo quanto abbiamo già ricordato (*supra*, p. 78), la classifica fra le *res incorporales*.

Studi recenti sono però venuti mettendo in luce – mi riferisco soprattutto alla vasta, perspicua e persuasiva indagine di B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in «AUPA», XX, 1949, specialmente p. 356 ss., cui rimandiamo per gli antecedenti e per ogni più ampia notizia – come tale classificazione sia probabilmente tardiva, dovuta forse allo stesso Gaio, mentre la concezione più antica, e per tanti aspetti ancora trasparente negli istituti e nell'opera dei giuristi dell'età classica, avrebbe considerato l'*hereditas* come una *entità corporale*, che solo man mano si sarebbe venuta «smaterializzando», nel quadro di un'analoga e più generale trasformazione riscontrabile anche in altri istituti.

Per nostro conto possiamo additare, come possibili residui di questa concezione, i passi più sopra riportati (p. 77 s.: ed altri che sarebbe facile aggiungere) sugli incrementi e diminuzioni di cui l'*hereditas* era in se stessa considerata suscettibile.

Ora se tutto ciò è esatto, e vi è molta probabilità che lo sia, si comprenderebbe ancor più agevolmente come la giurisprudenza classica fosse pervenuta ad elevare l'eredità stessa a centro di riferimento di una sua regolamentazione, appoggiandola a qualcosa di materialmente inteso, anziché, soltanto, di idealmente concepito. L'*hereditas* in quanto entità corporale avrebbe così offerto un più facile spunto alle successive costruzioni.

IX. Le istituzioni alimentari imperiali

90. Una creazione tipica del periodo che corre da Nerva e Traiano sino alla fine del III secolo, è quella delle cosiddette *istituzioni alimentari*. Con tale termine si indicano le operazioni di credito agrario fatte dal-

l'imperatore, con destinazione dei relativi interessi al mantenimento dei fanciulli poveri delle *civitates*.

Il particolare interesse di tali istituzioni, per il nostro tema, è costituito dal fatto ch'esse sono caratterizzate da taluni degli elementi strutturali che diverranno poi tipici nella tradizione delle cosiddette «fondazioni». Alludiamo soprattutto alla natura e specialmente alla perpetuità dello scopo cui è destinato un determinato patrimonio, senza che ciò implicasse la costituzione di un centro indipendente di riferimento di diritti e di obblighi (cfr. *supra*, § 58, p. 73 s.).

La bibliografia in argomento è molto ampia dal punto di vista storico, meno da quello giuridico. Fondamentali in proposito restano sempre gli scritti di G. SEGRÈ, *Sulle istituzioni alimentari imperiali*, in «BIDR.», II, 1888, p. 78 ss.) e *Nuove osservazioni in tema di istituzioni alimentari*, in «Studi A. Albertoni», I, Padova, 1935, p. 347 ss., con richiami alla letteratura precedente. Si vedano inoltre R. PARIBENI, *Optimus princeps. Saggio sulla storia e sui tempi dell'imperatore Traiano*, Messina, 1928, p. 179 ss., M.I. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'Impero romano* (tr. it.), Firenze, 1933, specialmente p. 218, 232, 412, 465, A.M. ASHLEY, *The 'alimenta' of Nerva and his successor*, in «The English Historical Review», XXXVI, 1921, p. 5 ss.; A. GARZETTI, *Nerva*, Roma, 1950, p. 72-73, M. HAMMOND, *A Statue of Traian represented on the 'Anaglyphs Traiani'*, in «Memoirs of the American Academy», XXI, 1953, p. 125 ss., J. SANTA CRUZ TEIJERO, *Las fundaciones alimentarias y una Carta de Plinio el Joven*, in «Estudios clásicos», I.3, 1950-1952, p. 139 ss., R. ANDREOTTI, *I fattori storici della consistenza urbana di Velleja*, in «Studi Veleiati. Atti e memorie del I Congresso di studi storici e archeologici», Piacenza, 1955, p. 75 ss., e T. SORBELLI, *L.A. Muratori e la tavola dei fanciulli e delle fanciulle alimentari di Velleja*, ivi, p. 143 ss.

91. Le prime istituzioni alimentari risalgono all'epoca di Nerva (96-98 d.C.). Siamo in un periodo di grave crisi economica, che investe soprattutto l'agricoltura. Continui sono gli interventi degli imperatori, da Augusto a Traiano, per sorreggere l'agricoltura italiana, e soprattutto per aiutare la piccola proprietà, che si rivelava la più economicamente sana.

Che l'istituzione delle fondazioni alimentari risalga a Nerva appare oggi sicuro, anche se poche sono le testimonianze rimasteci intorno a quest'aspetto dell'attività di quell'imperatore. Attraverso l'*Epitome de Caesaribus*, serie di biografie di imperatori, di autore sconosciuto, composta sotto il regno di Teodosio, sappiamo che Nerva *'puellas puerosque natos parentibus egestosis sumpto publico per Italiae oppida ali inssit'* (12.4). Anche Plinio attribuisce a Nerva il merito dell'istituzione degli *alimenta* ai fanciulli poveri (*ep.*, 1.8 e 7.18; cfr. DESSAU, *Inscriptiones latinae selectae*, 1927). Nelle cosiddette *Regulae Ulpiani* (24.28), si ricorda che *'civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest: idque a divo Nerva introductum postea a senatu auctore. Hadriano diligentium constitutum est'*. E se, com'è probabile, quanto si dice in D. 30.117 (*'Si quid relictum sit civitatibus, omne valet, sive in distributionem relinquatur sive in opus sive in alimenta vel in eruditionem puerorum sive quid aliud'*) è da porsi in relazione agli *alimenta*, avremmo un'ulteriore conferma che l'istituzione in esame risale a Nerva.

Tali interventi imperiali nell'esercizio del credito non erano una novità. E' anzi proprio all'imperatore e al fisco che fa capo, in questo periodo, la più rilevante attività creditizia verso i privati (cfr. *Script. Hist. Aug., vit. Hadr.* 7.5). L'uso era talmente diffuso, che in molte città esistevano appositi uffici, le *mensae fiscales*, per ricevere i pagamenti di interessi dovuti al *fiscus* (cfr. Tac, *ann.*, 6.17; si veda la voce '*Fiscus*', di M.I. ROSTOVZEV, in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, III, Roma, 1922, p. 96 ss.). Dione Cassio (*hist. Rom.* 52.14 s.) invoca addirittura la costituzione di una banca di stato, per prestare denaro ai proprietari fondiari.

La novità dell'intervento di Nerva sta nell'aver destinato gli interessi dei capitali prestati al mantenimento dei fanciulli poveri delle stesse *civitates* cui appartenevano coloro che fruivano del prestito. I proprietari si obbligavano al pagamento di tali interessi, dando in garanzia le proprie terre. Appositi funzionari (i *quaestores alimentorum*, funzionari municipali alle dipendenze di *procuratores* o *praefecti alimentorum*) curavano l'esazione degli interessi e la loro destinazione allo scopo indicato.

Il saggio d'interesse richiesto (assai più basso, per quanto ne sappiamo, della misura legale, ch'era del 12 %) non era tale da costringere il debitore a cercare di liberarsi rapidamente dal prestito per la gravità dell'onere: sicché la lunga durata dell'operazione garantiva un adeguato adempimento della

finalità alimentare.

Si raggiungeva in tal modo lo scopo di fornire capitali all'agricoltura, ed insieme di contribuire al mantenimento dei fanciulli poveri, facilitando così l'opera dei coloni e rendendo possibili più numerose unioni matrimoniali.

I notevoli vantaggi rivelati da tale politica spinsero molti grandi proprietari ad imitare l'attività imperiale. Accanto alle istituzioni alimentari imperiali si moltiplicarono così quelle private. Concedendo crediti e accollandosi spese per l'allevamento dei fanciulli, i grandi proprietari cercavano di sostenere l'attività dei propri coloni e affittuari. Di queste istituzioni alimentari private, su cui ci fornisce ampia testimonianza Plin., *ep.* 7.18, ci restano numerosi documenti costitutivi (si veda ad esempio la fondazione di Ferentinum e quella di Rimini, riportate in P.-F. GIRARD, *Textes de droit romain*, Paris, 1928, p. 842).

Con queste istituzioni alimentari private non vanno però confuse quelle nascenti dai consueti atti di liberalità *inter vivos* o *mortis causa* a favore di fanciulli poveri (come per esempio quelle *in eruditionem puerorum*), poiché in queste ultime manca l'elemento caratterizzatore delle prime, cioè la prestazione di garanzie reali.

92. Sulle istituzioni alimentari imperiali la fonte principale è costituita da due tavole di bronzo, la *tabula di Velleia* (103 d.C.) e la *tabula dei Ligures Baebiani* (101 d.C.). La prima (che si può leggere nel DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae*, 6675), scoperta nel 1747, contiene l'indicazione della somma data in prestito, del numero dei fanciulli da soccorrere, nonché della rendita da assegnare a ciascuno di essi; precisa poi la stima dei fondi concessi in garanzia, la somma di denaro prestato che ciascuno di tali fondi garantisce, e fissa al 5 % la misura degli interessi dovuti. Infine dà analoghe indicazioni circa una precedente istituzione, di minore importanza, a vantaggio della stessa città. La seconda iscrizione (DESSAU, *op. cit.*, 6509) è più concisa della precedente, ma ha contenuto analogo. Si è pensato (Henzen) che mentre la prima tavola riproduceva un atto ufficiale, la seconda fosse solamente un estratto del relativo atto ufficiale, ad uso del funzionario che sovrintendeva all'assistenza alimentare. Nella *tabula Baebiana* la misura dell'interesse è ancora più bassa: il 2,5 %.

Queste due iscrizioni hanno suscitato ardui problemi interpretativi, e su di esse s'è accumulata una notevole letteratura. Da ricordare, soprattutto, le numerose ipotesi che sono state formulate intorno alla natura delle garanzie reali prestate.

93. In questa sede, però, ci occuperemo solamente di quegli aspetti per cui le istituzioni alimentari imperiali anticiperebbero la struttura e la funzione delle «fondazioni» vere e proprie.

E invero il fatto che in esse il capitale fosse stabilmente ancorato ad una destinazione – quella alimentare – subordinata ma pregiudiziale rispetto a quella creditizia, mostra, sul piano delle esigenze che per questa via si cercavano di soddisfare, che siamo molto vicini ad un elemento caratteristico della «fondazione», la destinazione, cioè, di un patrimonio ad uno scopo.

Vari autori vanno molto più in là e vogliono vedere in queste istituzioni la struttura di vere e proprie fondazioni. Ma per sostenere quest'interpretazione bisognerebbe poter dimostrare che il patrimonio non facesse capo ad una persona fisica – l'imperatore – e che invece si avesse la creazione di un centro indipendente di riferimento di diritti e di obblighi.

A tal fine occorre domandarsi chi fosse il titolare dei capitali impiegati nelle operazioni creditizie dell'imperatore, dopo che l'operazione suddetta veniva perfezionata, e quindi dopo che i proprietari avevano posto proprie terre a garanzia dell'adempimento dell'obbligo alimentare verso i fanciulli poveri della città. Ossia, chi fosse il creditore delle *obligationes praediorum*.

L'Henzen e il Mommsen danno una loro ricostruzione della *tabula Baebiana* (ch'è particolarmente lacunosa), in base alla quale risulterebbe che la titolarità dei capitali dati a prestito dall'imperatore per fine alimentare si trasferiva dall'imperatore medesimo alla *civitas*. L'inizio della *tabula*, nella ricostruzione del Mommsen, suonerebbe infatti così: *'Qui infra scripti sunt, ex praecepto optimi maxime principis obligarunt praedia, ut ex empto Ligures Baebiani usuras semestres infra scriptas percipiant et ex indulgentia eius pueri puellaeque alimenta accipiant'*. Si deve però rilevare che la *civitas* obbligava anche terre proprie: in

tal caso, allora, sarebbe stata garante verso se stessa? Inoltre quest'interpretazione presuppone che si escluda la possibilità che l'imperatore ripettesse le somme date a prestito.

A questi interrogativi non si sottrae neppure la tesi del Brinz, secondo il quale la durata pressoché illimitata della finalità alimentare avrebbe fatto sì che tale scopo fosse considerato il vero titolare del capitale impiegato nell'operazione creditizia. E' evidente come in quest'ipotesi si rispecchi la sua nota concezione delle persone giuridiche e delle fondazioni come «patrimonio allo scopo» (cfr. *supra*, p. 71 s.).

94. Ma tali conclusioni, in base alle testimonianze di cui disponiamo, sono da considerarsi legittime?

A nostro avviso no. E per due ordini di motivi.

In primo luogo, perché non è affatto certo che il capitale prestato non fosse ripetibile da parte dell'imperatore. Le testimonianze al riguardo sono estremamente contraddittorie. Se da un lato Plinio mostra di ritenere che i prestiti alimentari degli imperatori fossero stati fatti a tempo indeterminato, più come atti di liberalità che come regolare operazione di credito, e se sappiamo che, in tempi di crisi, gli imperatori solevano rimettere i debiti dei privati (cfr. *Script. Hist. Aug., vita Marc. Ant.* 23.3, e *vita Hadr.* 7.5), dall'altro lato però Capitolino ci narra che '*alimentaria etiam compendia, quae novem annorum ex instituto Traiani debebantur, obdurata verecundia sustulit*' (*Scr. Hist. Aug., vita Pert.* 9.3). Indubbiamente era principio generale che non si dovesse chiedere la restituzione del capitale qualora l'impiego fosse sicuro e gli interessi pagati puntualmente: '*Si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent et maxime si parient usuras*' (D. 22.1.33). Il che non esclude peraltro che, giuridicamente, rimanesse all'imperatore la possibilità di ripetere quanto prestato. La titolarità dei capitali prestati non poteva quindi essere trasferita alla *civitas* e tanto meno ai proprietari che fruivano del prestito (nel qual caso, inoltre, non avrebbe avuto senso parlare di *obligationes praediorum*).

Già per questo solo dovremmo allora concludere che, in quanto l'imperatore restava titolare dei capitali, le istituzioni alimentari non possono considerarsi propriamente come centri indipendenti di riferimento. Una conferma di ciò può vedersi anche nel fatto che l'amministrazione delle somme destinate alla finalità alimentare era nelle mani di funzionari imperiali (i *procuratores alimentorum* indicati) anziché far capo a soggetti che traessero i loro poteri nell'ambito dell'istituzione medesima.

In secondo luogo, anche ammesso che i capitali prestati fossero veramente irripetibili, ciò sarebbe pur sempre avvenuto perché la loro proprietà sarebbe passata alle *civitates* o ai proprietari terzi che avevano fruito del prestito. Anche in questo caso non avremmo quindi avuto un centro indipendente di diritti e di obblighi (perché diritti ed obblighi sarebbero stati allora riferibili alle *civitates* o ai proprietari) e si sarebbe avuto soltanto un onere, qualcosa di paragonabile a un *modus*, il cui adempimento e la cui tutela restavano affidate all'azione amministrativa dei funzionari imperiali incaricati dell'esazione delle *usurae* e della loro erogazione.

Per una ragione o per l'altra si deve quindi escludere che le istituzioni alimentari imperiali costituissero vere e proprie «fondazioni». Al tempo stesso va riconosciuto che del moderno concetto di «fondazione» esse presentavano il tratto più caratteristico, cioè la destinazione permanente di un patrimonio ad uno scopo, senza tuttavia che ciò acquistasse ancora un particolare significato giuridico in ordine alla titolarità del patrimonio stesso.

Appendice

La delimitazione territoriale nel mondo romano. Significato religioso ed effetti giuridici (*)

1. Nel mondo romano ebbe durevole rilevanza un principio, legato a concezioni religiose primitive, che fu riconosciuto anche nella tradizione giuridica per le importanti conseguenze da esso derivanti in diversi settori della vita sociale. Tale principio, pur non essendo mai espressamente formulato nelle nostre fonti, si può così enunciare: la delimitazione – attuata secondo determinati usi rituali – di luoghi cui si annetteva un'importanza religiosa (perché in essi doveva svolgersi il culto, o per essere posti sotto la tutela degli dei) aveva ad effetto la definitiva ed esclusiva destinazione dei luoghi stessi alla divinità cui erano consacrati.

Cercheremo di seguire i diversi aspetti sotto cui si manifestava il fenomeno ora richiamato, studiando la consacrazione di edifici o luoghi destinati al culto degli dei, i riti di fondazione delle città, i sacrifici compiuti per fissare i confini della divisione dei campi.

I. Consacrazione di edifici

2. Il carattere immutabilmente sacro dei luoghi dove doveva svolgersi il culto costituisce il primo elemento della religione romana, elemento così appariscente da giustificare l'affermazione che il concetto stesso di consacrazione fosse inerente al suolo (così G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, München, 1902, p. 399; J. PAOLI, *Le «ius Papirianum» et la loi Papiria*, in «NRF.», 4^a s., XXIV-XXV, 1947, p. 169). Ed infatti la tradizione ci ha conservato vivo ricordo dello stretto rapporto esistente tra la divinità ed il suolo ad essa dedicato: basti leggere, tra i molti testi che si potrebbero addurre, il discorso che – nelle Storie di Livio – viene attribuito a M. Furio Camillo dopo la vittoria sui Galli. Il dittatore si trovava ora a dover convincere la plebe cittadina, decisa ad abbandonare Roma distrutta ed incendiata per trasferirsi a Veio: come principale e più efficace argomento egli sviluppò una serie di considerazioni, per ricordare il carattere sacro che al suolo della città derivava dall'esistenza dei templi consacrati ai suoi dei in età remota:

Liv., urb. cond. 5.52: urbem auspicato inauguratoque conditam habemus; nullus locus in ea non religionum deorumque est plenus: sacrificiis solemnibus non dies magis stati, quam loca sunt, in quibus fiant.

Non ci interessa qui l'autenticità del discorso riportato da Livio, bensì l'affermazione esplicita nel testo (e tanto più importante in quanto fatta in un'età in cui le antiche concezioni religiose si erano certamente già affievolite in seguito all'affermarsi in Roma della più raffinata corrente culturale ellenica) dell'intimo nesso esistente tra il dio ed il territorio ad esso consacrato.

Presupposto indispensabile per continuare la ricerca è dunque il chiarimento, sotto il profilo terminologico o concettuale, di ciò che debba intendersi per «sacro» e per «consacrazione».

*) Appunti da esercitazioni a cura della Assistente Dott. Franca De Marini Avonzo.

3. Gaio, nella cui trattazione la *summa rerum divisio* è quella tra cose di diritto umano e cose di diritto divino, ci fornisce un punto di partenza definendo queste ultime:

inst. 2.3-9: divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sacrae sunt quas deis superis consecratae sunt; religiosae quae deis Manibus relictas sunt. Sed sacrum quidem hoc solum existimatur quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum ... quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur. Sanctae quoque res velut muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est ...

Nell'ambito delle cose di diritto divino, sono sacre quelle destinate agli dei superi, religiose quelle destinate agli dei inferi; perché una cosa dedicata ai primi divenga effettivamente sacra, si richiede l'intervento della pubblica autorità. Solo la partecipazione del popolo romano e del magistrato danno piena validità alla consacrazione: in mancanza di tale requisito la cosa godrà soltanto di una particolare considerazione (*pro sacro habetur*). Tralasciando per il momento l'esame delle *res religiosae* (termine che nella trattazione gaiana è limitato ad indicare i sepolcri) e delle *res sanctae* (categoria meno precisa delle prime due, che viene accostata alle *res divini iuris* più che essere in esse ricompresa: cfr. Marc. D. 1.8.6.2-8; Ulp. D. 1.8.9.3), mettiamo fin d'ora in rilievo l'indicazione che si può trarre dal § 9: le cose di diritto divino sono *res nullius*, esistono di per sé, senza un titolare cui si possa riferirne la proprietà.

La tripartizione che troviamo in questo passo era antica, come indica il confronto con alcune spiegazioni date, sia pur in maniera meno precisa, da Elio Gallo, giurista vissuto sullo scorcio dell'età repubblicana. Esse sono riportate da

Fest., *verb. sign.*, sv. '*religiosus*' (L. p. 348): Religiosum ... esse Gallus Aelius quod homini ita facere non liceat ut si id faciat, contra deorum voluntatem videatur facere ... Inter sacrum autem, et sanctum et religiosum differentias bellissime refert; sacrum aedificium, consecratum deo; sanctui murum, qui in circa oppidum; religiosum sepulcrum, ubi mortuus sepultus aut humatus sit satis constare ait.

Fest., *verb. sign.*, sv. '*sacer*' (L. p. 424): Gallus Aelius ait sacrum esse, quocumque modo atque instituto civitati consecratum sit, sive aedis, sive ara sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud, quod dis dedicatum atque consecratum sit: quod autem privati suae religionis causa aliquid earum rerum deo dedit, id pontifices romanos non existimare sacrum. At si qua sacra privata suscepta sunt, quae ex instituto pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tamquam sacrificium; ille locus ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse.

Mentre nel primo passo il concetto di religiosità dato da Elio Gallo appare più ampio di quello gaiano, l'esemplificazione relativa alle *res sacrae, sanctae, religiosae* è poi identica; nei due passi inoltre si trovano definizioni di '*sacrum*' perfettamente coincidenti con quella di Gaio.

Si legga ancora

Sen., *ben.* 7.7: Omnia quidem deorum esse, sed non omnia diis dedicata; in his observari sacrilegium, quae religio numini adscripsit ... a sacris profana discerni et non omnia licere ... in angulo, cui fani nomen impositum est.

L'elemento discreto tra il sacro e il profano, ai fini di determinare quando sia compiuto un sacrilegio, è individuato da Seneca nella religiosità del luogo dedicato agli dei (*'fanum'*).

Da queste definizioni – che ci saranno in vario modo utili anche in seguito – risulta con evidenza la relazione esclusiva tra le *res sacrae* e la consacrazione agli dei superi, autorizzata dal popolo romano e compiuta dai sacerdoti.

4. Approfondendo lo studio di questo rapporto, si debbono fare ulteriori precisazioni. I Romani distinguevano tra culto pubblico e culto privato: mentre il primo era quello fatto a spese e sotto il controllo dello Stato, per utilità di tutto il popolo, in luoghi consacrati a tale scopo, il culto privato

aveva luogo per i singoli o per le famiglie o per le genti, e a cura di queste. Anche il culto privato era controllato dallo Stato, perché certi suoi aspetti (ad esempio il diritto funerario: il concetto di religiosità risultante dai testi di Festo e di Gaio sopra richiamati si pone nell'ambito dei *sacra privata*) interessavano la vita sociale; tuttavia la celebrazione ne era affidata al nucleo familiare, mentre lo Stato interveniva direttamente solo nell'amministrazione del culto pubblico (su tutto ciò cfr. ampiamente N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna, 1939, p. 11 ss. e 35 ss.).

A questa distinzione si collega quella tra cose consacrate *instituto civitatis* e cose dedicate dai *privati religionis causa*. Come abbiamo visto, Elio Gallo, richiamandosi all'autorità dei pontefici, spiega tale distinzione in base alla diversa natura dei luoghi dove si svolgeva il culto: che solo nel primo caso potevano ritenersi sacri.

Ciò va messo in relazione con una concezione religiosa secondo la quale, quando la comunità vuole entrare in contatto col mondo divino, deve farlo in luoghi almeno temporaneamente sottratti all'uso comune, e destinati esclusivamente alla divinità, che si supposeva prendere abitazione.

La prima forma di santuario fu precisamente un recinto sacro, che separava il luogo dove il dio poteva manifestarsi dal resto del territorio: tale recinto era delimitato da pietre o altri segni di confine (cfr. TURCHI, *op. cit.*, p. 35).

Particolare rilevanza assumeva la delimitazione del terreno qualora a questo si volesse dare il carattere di *templum*. Tale termine aveva infatti un preciso riferimento tecnico nella dottrina augurale, indicando lo spazio ideale del cielo, entro il quale gli auguri (sacerdoti esperti della divinazione, basata sull'esame del volo degli uccelli), facevano le osservazioni, seguendo una tecnica di remota antichità, nella quale confluivano probabilmente due diverse tradizioni, quella italica preromana e quella etrusca. L'augurio, che secondo l'etimologia oggi accolta da 'augere' = «accrescere» (cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1932, sv. 'augeo') significherebbe ciò che l'augure ha accresciuto, cioè reso prospero col responso favorevole, era sentito dai Romani come manifestazione della volontà divina, ed era quindi richiesto per il regolare compimento di molti atti importanti nella vita cittadina. Così non solo la consacrazione di edifici, ma lo svolgimento delle operazioni di guerra, dei lavori nei campi, le cerimonie di investitura di sacerdoti e magistrati, la fondazione delle città, il tracciato degli accampamenti, dovevano essere preceduti dal segno che gli dei accoglievano l'iniziativa con favore: segno che, colto ed interpretato appunto dagli auguri su richiesta del magistrato, prendeva il nome di 'inauguratio'.

Per esaminare il volo degli uccelli secondo tale dottrina, l'augure, collocandosi in un luogo adatto, e rivolgendo il viso secondo una data orientazione (che poteva essere l'oriente o il mezzogiorno) in modo da determinare le *regiones* del cielo alla destra e alla sinistra, tracciava una linea ideale da est a ovest (*decumanus*) ed una da nord a sud (*cardo*), in croce ad angolo retto con la prima, e fissava mentalmente dette linee con alberi o oggetti che si presentassero alla sua vista. Tirando poi le perpendicolari ai capi delle due linee incrociate, individuava uno spazio in figura quadrilatera (*templum*), entro cui venivano fatte le osservazioni, interpretate poi dall'augure per conoscere la volontà degli dei (per la ricostruzione e l'interpretazione del testo di Varr., *ling. Lat.* 7.2.8, dal quale risultano i descritti elementi, si veda P.G. GOIDANICH, *Del tempio augurale nell'Italia antica*, in «Historia», XII, 1934, p. 251 ss.; in generale sul collegio degli auguri, cfr. TURCHI, *op. cit.*, p. 57 ss.).

Per il caso che a noi qui interessa, l'inaugurazione di edifici da consacrare al culto, la cerimonia si svolgeva secondo la tecnica ora accennata: dopo aver scelto l'orientamento da dare al tempio (sulle due possibili forme di orientazione sacrale, archeologicamente dimostrate, verso l'oriente o verso il mezzogiorno, e sul loro rapporto con le correnti culturali italica ed etrusca cfr. P.G. GOIDANICH, *Rapporti culturali tra Roma e gli Italici. Origine antica della cultura in Roma. L'iscrizione arcaica del Foro Romano e il suo ambiente archeologico. Suo valore giuridico*, in «Atti Accademia d'Italia», «Memorie. Classe di Scienze Morali e Storiche», VII.3.7, Roma, 1943, p. 374 ss.) l'augure individuava le *regiones* alla propria destra e alla sinistra, e chiedeva poi col normale sistema divinatorio un segno dagli dei a favore della costruzione progettata.

Il termine 'templum', relativo alla tecnica con cui gli auguri determinavano lo spazio celeste, passò così ad indicare gli edifici inaugurati con questo sistema.

E' tuttavia importante notare che anche quando si volesse dedicare agli dei un edificio senza farne un *templum* in senso tecnico, preceduto cioè da *inauguratio*, la consacrazione doveva necessariamente accompagnarsi alla delimitazione dell'area. Possiamo prescindere dall'esaminare le varie forme di edifici sacri che vennero via via costruiti, in seguito all'influsso operato in Roma dall'architettura greca ed etrusca, e che, secondo l'importanza e le caratteristiche della costruzione, vennero chiamati 'aedes', 'templa', 'fana', 'delubra', 'sacella'. Basti richiamare che uno dei più antichi termini per indicare il luogo consacrato (poi passato a designare l'edificio costruitovi sopra) è 'fanum'. La definizione che ne dà Terenzio Varrone (111-27 a.C.) mette bene in rilievo l'importanza della delimitazione del territorio per il rituale compimento della consacrazione del luogo destinato al culto:

ling. Lat. 6.7.54: hinc (a fari) fana nominata, quod pontifices in sacrando fati sint finem.

5. Il breve passo di Varrone, sia pur in modo schematico, contiene l'indicazione degli elementi rituali della cerimonia, che doveva essere compiuta dai pontefici, custodi ed interpreti in materia di religione, con la pronuncia di una formula solenne in cui consisteva l'atto di consacrazione.

L'esatta ricostruzione del rito è tuttavia complicata da due circostanze. Da un lato, le fonti conservano su questo argomento una doppia terminologia, parlando di 'dedicatio' e di 'consecratio' senza che si possa giungere ad una appagante differenziazione delle due parole in relazione a diversi momenti della cerimonia. D'altro lato, lo Stato romano, riconoscendo l'importanza sociale dei valori religiosi ed assumendo pertanto tra le proprie funzioni la gestione e il controllo del culto pubblico, intese sottoporre a certe condizioni di validità gli effetti giuridici della cerimonia consacratoria, il cui significato religioso tuttavia era indipendente dalla regolamentazione statale.

Da queste circostanze deriva un'inesatta visione del problema nella dottrina moderna, che ha cercato di ricollegare l'apparente antinomia tra validità religiosa e giuridica della consacrazione alla duplice terminologia sopra indicata. Ma in realtà le fonti permettono di ricostruire lo svolgimento della cerimonia, e di dare una semplice soluzione ai problemi enunciati.

Le maggiori informazioni ci sono fornite da Cicerone, nell'*oratio de domo sua*. Ricordiamo brevemente i fatti.

Nel 58 a.C. il tribuno della plebe P. Clodio Pulcher presentò un progetto di legge con cui si comminava l'*interdictio aquae et igni* a chi uccidesse o avesse ucciso cittadini romani senza regolare processo: la disposizione, rifacendosi a norme anteriori, era diretta contro Cicerone che come console nel 63 aveva eseguito la condanna capitale a carico di Catilina e dei suoi complici, confortato da un decreto del senato ma prescindendo dalle normali garanzie giurisdizionali. Cicerone, comprendendo la minaccia, lascia Roma senza attendere la votazione: la legge fu approvata ed applicata con una seconda *lex de exilio*, contenente appunto la condanna all'*interdictio aquae et igni* e la confisca dei beni. La casa di Cicerone sul Palatino era contigua da un lato al portico di Catulo, dall'altro alla casa dello stesso Clodio.

Questi, incaricato dell'amministrazione dei beni confiscati, procedette alla vendita all'incanto: assegnò direttamente alla sua famiglia una parte della proprietà, e in pratica ottenne anche il rimanente con una vendita fittizia. Riservandosi tutto il territorio adiacente alla propria casa, unì il resto al portico di Catulo, facendone un'unica *ambulatio*: qui collocò una statua e con l'intervento di un cognato, il pontefice L. Pinario Natta, la consacrò alla *dea Libertas*. Dopo 15 mesi d'esilio, i partigiani di Cicerone ottennero l'approvazione di una legge che consentiva il suo ritorno e la restituzione dei beni confiscati. Questa risultava tuttavia impossibile riguardo alla casa sul Palatino, in quanto era intervenuta la *consecratio*.

La questione fu quindi sottoposta al collegio dei pontefici, dinnanzi ai quali fu pronunciata l'*oratio de domo*, tutta volta ad invalidare un atto di consacrazione (sui fatti che occasionarono l'*oratio de domo* cfr. E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, Milano, 1930, II, p. 52 e 71 ss., J. CARCOPINO, *Le secrets de la correspondance de Cicéron*, Paris, 1947, I, p. 312 ss., e P. WUILLEUMIER, nell'introduzione all'*orazione de domo*, in CICERON, *Discours*, XIII.1, Paris [«Les Belles Lettres»], 1952, p. 5 ss.).

Dei diversi argomenti svolti da Cicerone, il collegio accolse quello relativo alla mancanza di una decisione popolare preliminare alla *consecratio*, giudicando che se colui che aveva compiuto la cerimonia non era stato incaricato con voto dei comizi o con plebiscito, si poteva restituire il terreno senza profanazione (Cic., *ad Att.* 4.2.3: '*videri posse sine religione eam partem areae restitui*').

L'orazione contiene indicazioni sufficienti per costruire il rito delle cerimonie consacratrici. Un primo elemento da rilevare è l'affermazione ripetuta della competenza esclusiva ed esoterica del collegio pontificale in materia di religione. A più riprese leggiamo che il *ius pontificium* è e deve essere ignoto ai profani:

Cic., *dom.* 121: *Nihil loquor de pontificio iure nihil de ipsius verbis dedicationis, nihil de religione, caerimoniis; non dissimulo me nescire ea, quae etiam si scirem dissimularem, ne aliis molestus vobis etiam curiosus viderer ...*

Cic., *dom.* 138: *dixi a principio me de scientia vostra, nihil de sacris, nihil de apscognito pontificio iure dicturum, quae sunt adhuc a me de iure dedicandi disputata, non sunt quaesita de occulto aliquo genere litterarum, sed sumpta de medio, ex rebus palam per magistratus actis ad collegium delatis, ex senatus consulto, ex lege. Illa interiora iam vestra sunt, quid dici, quid praeiri, quid tangi, quid teneri ius fuerit ...*

(Sulla competenza pontificale cfr. ancora, Fest., *verb. sign.*, sv. '*sacer*' [L. p. 424], sopra riportato, e Macr., *Sat.* 3.3.1: '*inter decreta pontificum hoc maxime quaeritur, quid sacrum quid profanum, quid sanctum, quid religiosum*').

Ma nonostante queste affermazioni di principio, Cicerone non vuole rinunciare a trarre argomenti a proprio favore dalla dimostrazione che il rituale stabilito per la cerimonia non era stato osservato nella consacrazione della sua proprietà. Accenna quindi al fatto che Pinario Natta vi procedette da solo, mentre era richiesta la partecipazione di tutto il collegio (*dom.* 117: '*non te pudet ... pontificem dicere et non collegium pontificum adfuisse...*'); con ciò concorda il plurale usato da Varr., *ling. Lat.* 6.7.54: '*pontifices in sacrando*'); ricorda che il magistrato appositamente designato ed il pontefice massimo dovevano accostarsi insieme all'edificio, e mentre il primo appoggiava la mano allo stipite della porta, il secondo pronunciava la formula dedicatoria che doveva essere ripetuta dal magistrato (*dom.* 121-124; sulle solennità della cerimonia anche Liv., *urb. cond.* 2.8, e Varr., *ling. Lat.* 6.7.61). Ma la compresenza pontificale era strettamente limitata agli atti rituali ora descritti; l'iniziativa di essi non solo spettava al magistrato (*dom.* 117; cfr. K.G. MARQUARDT, *Le culte chez Les Romains*, (tr. franc.), Paris, 1889, I, p. 321 ss.; G. WISSOWA, '*Dedicatio*', in A. PAULY, G. WISSOWA, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, IV.2, Stuttgart, 1901, c. 2356 ss.), ma era soprattutto subordinata al consenso popolare. La materia infatti era stata regolata da una antica *lex Papiria*, che Cicerone identifica con il '*ius publice dedicandi*' (*dom.* 127 e 136): essa aveva espressamente previsto che solo la collettività poteva decidere o autorizzare la consacrazione agli dei di luoghi, edifici e altari.

Non possiamo qui approfondire l'esame della datazione e del contenuto di questa legge, discussi in relazione alla sua possibile identificazione con il cosiddetto *ius Papirianum* (cfr., con formulazioni diverse, PAOLI, *Le «ius Papirianum»*, cit., p. 157 ss., e S. DI PAOLA, *Dalla «lex Papiria» al «ius papirianum»*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 631 ss.). Le ultime ricerche, e soprattutto lo studio del Di Paola ora citato, hanno reso probabile l'ipotesi che la legge richiamata da Cicerone risalisse alla seconda metà del III secolo a.C., e si occupasse non delle norme sacrali sul rito della *dedicatio*, ma dell'autorizzazione necessaria per procedere ad essa. Ciò sembra chiaramente confermato dai passi dell'*oratio do domo* in cui Cicerone distingue il *ius pontificium*, cui risale in modo esclusivo la regolamentazione dell'aspetto rituale della consacrazione, dal *ius publice dedicandi*, che risulta invece dagli atti dei magistrati, dalla legge, dai senatoconsulti. Si può quindi affermare che esistesse in argomento una duplice competenza: da un lato, ai pontefici era affidata la parte relativa alla religione; dall'altro lo Stato, in considerazione dell'importanza sociale ed economica di tale attività, stabiliva nelle forme del diritto pubblico la validità giuridica della cerimonia, subordinandola al consenso manifestato dal popolo mediante un plebiscito.

Ma erroneamente, come abbiamo accennato, si è cercato di collegare questa distinzione con la ter-

minologia usata nelle fonti. Così MARQUARDT (*op. cit.*, p. 321) afferma che mentre il concetto di ‘*consecratio*’ sarebbe attinente all’aspetto religioso, quello di ‘*dedicatio*’ dovrebbe riferirsi alla regolamentazione giuridica. D’altra parte si è invece sostenuto (WISSOWA, *Religion und Kultus*, cit., p. 330, e PAOLI, *op. cit.*, p. 180) che la ‘*dedicatio*’ non fosse altro se non il rito della consacrazione, con cui si trasferiva al dio la proprietà del bene consacrato, attribuendogli così la qualifica giuridica di *res sacra*. Ma impossibile è fondare su tale terminologia una teoria religiosa e giuridica della consacrazione: ambedue le parole esprimono concetti di natura esclusivamente religiosa, e così si trovano identificati da Elio Gallo (in Fest., *verb. sign.*, sv. ‘*sacer*’ [L. p. 422]) e da Isidoro di Siviglia (*etym.* 6.19.30). Il significato di ‘*consecratio*’ è più ampio, come dimostra il ritrovare la parola anche in istituti – tali la *sacratio capitis*, la *consecratio bonorum* – distinti dalla consacrazione di cose destinate al culto; mentre quello di ‘*dedicatio*’, parola che nella nostra materia indubbiamente ha un valore tecnico indicante il rito della consacrazione, è usato anche a definire la dedica effettuata dai privati *suae religionis causa* che – come si è visto – restava nell’ambito dei *sacra privata*. La distinzione comunque si pone sul piano degli effetti giuridici, che secondo le norme di *ius publicum* seguivano solo alla consacrazione attuata su autorizzazione popolare con l’intervento della magistratura, senza che ad essa corrisponda una terminologia atta a rappresentare i diversi aspetti e momenti del rito.

Le inesatte interpretazioni ora criticate si fondano sulla convinzione, ancora recentemente riaffermata da autorevoli romanisti, che i Romani ammettessero un diritto di proprietà degli dei sulle cose consacrate. In realtà l’opinione ha nelle fonti addentellati apparentemente impressionanti: si legga ad esempio l’affermazione del giureconsulto Trebazio, riportata da

Macr., *Sat.* 3.3.2: *sacrum est ut Trebatius lib. I de religionibus refert, quicquid est quod deorum habetur.*

L’espressione sembra effettivamente alludere ad una concezione che riconosce il dio come titolare del diritto sulla cosa sacra. Ma non sembra che con ciò i Romani abbiano inteso ammettere un vero rapporto di proprietà a favore degli dei. A prescindere da quelle che potevano essere le concezioni religiose antichissime, la rappresentazione che in età storica i Romani si facevano della divinità non consente le illazioni che ne sono state tratte. Le *res sacrae* erano bensì destinate agli dei in modo definitivo ed esclusivo, ma l’affermazione ha un valore puramente negativo, in quanto serve solo ad escluderne recisamente l’appartenenza agli uomini. A tale valore negativo non corrisponde alcun concetto positivo: gli autori che l’hanno cercato sono poi costretti a ridurne la portata, con affermazioni che dimostrano l’assoluta inutilità pratica di simile ricerca (si veda ad esempio P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, Roma, 1926, p. 15, che parla di «pensiero vago, evanescente», di «concetto oscuro»; cfr. anche V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, Roma, 1928, I, p. 141 ss., G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1942, p. 56 ss.; M. LAURIA, *Possessiones*², Napoli, 1957, p. 56. ss.: per una critica esauriente delle teorie che ammettono la proprietà degli dei sulle cose consacrate, si veda B. BIONDI, *La vendita di cose fuori commercio*, in «Studi S. Riccobono», IV, Palermo, 1936, p. 21 ss.).

Tutta questa materia appartiene a quella sfera della religione, che è estranea al diritto: questo se ne interessa solo in via negativa, dichiarando che le *res sacrae* sono *extra commercium*, o *nullius*, e cioè esistenti di per sé al di fuori dell’orbita giuridica; così l’elaborazione giurisprudenziale, nella determinazione dei requisiti delle *res sacrae*, è volta essenzialmente a chiarire le norme perché si abbia una valida consacrazione, cui conseguiva la sottrazione ai rapporti patrimoniali interindividuali.

6. Affermare che il concetto di ‘*res sacra*’ ha per il diritto un valore solo negativo, non esclude però che esso fosse giuridicamente influente, poiché – abbiamo visto – ammettendo la sottrazione della cosa consacrata alla proprietà e agli usi umani i giuristi ne riconoscevano la destinazione religiosa in via definitiva ed esclusiva. Tutta la vicenda della casa di Cicerone, le notizie che egli ci dà nelle citazioni relative, la soluzione stessa della controversia dimostrano che, qualora la *consecratio* fosse compiuta *rite*, la destinazione sacrale era immutabile:

dom. 106: *domum ... in posterum tempus sempiterna religione obligare.*

dom. 128: statuebantur arae quae religionem adferrent ipsi ei loco quo essent consecratae ...

Su questo punto troviamo, esplicite e concordi, fonti risalenti a diverse epoche. Traiano, scrivendo a Plinio, che lo interrogava sulla possibilità di costruire un bagno pubblico su un'area precedentemente occupata da edifici poi crollati – tra i quali avrebbe dovuto trovarsi un tempio – così si esprime:

Plin., *ep.* 10.71: Possumus ... area ista cum domo conlapsa, quam vacare scribis, ad extructionem balinei uti. Illud tamen parum expressisti an aedes in peristylio Claudio facta esset. Nam si facta est, licet conlapsa sit, religio eius occupavit solum.

La sacertà del suolo sul quale fosse stato costruito un edificio destinato al culto sopravvive alla distruzione dell'edificio stesso: uguale affermazione leggiamo in

D. 18.1.73 (Pap. 3 *resp.*): Aede sacra terrae motu diruta locus aedificii non est profanus et ideo venire non potest.

Si veda ancora:

Arn., *adv. gent.* 7.31: ... esse sacrum incipiat et ex usibus eripiat humanis.

L'immutabilità della destinazione sacrale poteva essere revocata solo mediante apposita cerimonia, opposta a quella consacratrice; qualora l'edificio fosse un *templum*, tale cerimonia veniva compiuta con l'intervento degli auguri, e prendeva nome di '*exauguratio*' (cfr. Liv., *urb. cond.* 1.55: '*ut libera a ceteris religionibus area esset ... exaugurare fana sacellaque statuit, quae ... consecrata inaugurataque ... fuerant*'; si vedano anche Cic., *orat.* 42.144, Gell., *noct. Att.* 7.7.4, e Macr., *Sat.* 3.3.4).

Una forma particolare di *exauguratio* si aveva quando la *res sacra* cadesse in potere del nemico:

D. 11.7.36 (Pomp. 26 *ad. Quint. Muc.*: Cum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel sacra esse ... quod si ab hac calamitate fuerint liberata, quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituntur.

Il giurista sembra ammettere che la cosa riacquisti immediatamente carattere sacro, per una sorta di *ius postliminii* (in questo senso si veda BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 17); il confronto con due passi di Livio e di Tacito può forse chiarire la natura della *restitutio* menzionata dal giurista.

Liv., *urb. cond.* 5.50: senatusconsultum facit, fana omnia, quod ea hostis possedisset, restituerentur expiarenturque, expiatioque eorum in libris per duumviros quaereretur ...

Con un senatoconsulto fu decisa la restituzione dei luoghi sacri che erano stati occupati dai Galli invasori: il richiamo ai libri sacri (cfr. Fest., *verb. sign.*, sv. '*rituales*' [L. p. 358]: '*rituales nominantur Etruscorum libri in quibus prescriptum est, quo ritu ... arae, aedes sacrentur*') indicano l'esistenza di un apposito rituale di espiazione. A conferma si legga il resoconto della cerimonia eseguita per la restaurazione del tempio Capitolino, occupato e distrutto nel 69 d.C. durante la guerra civile: in seguito al responso dei sacerdoti, il suolo fu purificato con un sacrificio ed il tempio fu ricostruito nello stesso luogo, e nelle antiche forme, senza bisogno di una nuova consacrazione:

Tac., *hist.* 4.53: haruspices monuere ut reliquiae prioris delubri in paludes aveherentur: templum iisdem vestigiis sisteretur, nolle deos mutari veterem formam ... Lustrata ... area, et super cespitem redditus extis ... Altitudo aedibus adiecta: id solum religio adnuere.

Si può quindi concludere che per restituire al culto gli edifici sacri occupati o distrutti in guerra era necessario procedere ad una semplice cerimonia di espiazione per purificare il suolo, e non ad una riconsacrazione di esso. Ci conferma l'immutabile destinazione del territorio dedicato al culto, che non veniva meno neppure qualora esso fosse profanato dal nemico.

7. La documentazione della compiuta consecratio veniva inclusa in una lapide, da affiggere alla parete dell'edificio sacro, e prendeva nome 'lex templi', o 'lex aedis', o 'lex dedicationis'.

Per la sua natura, la *lex templi* si presenta come atto di sovranità del *dominus* sulla *res*, mediante il quale egli regola la condizione futura di questa, nel momento in cui si spoglia della proprietà. Le stesse caratteristiche si ritrovano anche in altre antiche leggi private ('*lex rei suae dicta*', '*lex adsignationis*'). La dottrina romanistica, indagando sull'origine di esse, discute se uno di questi tipi abbia servito di modello agli altri, oppure se essi siano sorti indipendentemente gli uni dagli altri, in campi separati (si veda per tutti V.A. GEORGESCU, *Essai d'une théorie générale des «Leges privatae»*, Paris, 1932, p. 185 ss., con ampia rassegna delle opinioni più antiche).

Alla *lex templi* bisognava rifarsi per conoscere la situazione giuridica del bene consacrato: essa conteneva infatti la formula dedicatoria, la determinazione dei confini del luogo consacrato e diverse disposizioni relative agli oggetti e al patrimonio destinati al culto. Alcune di queste leggi, a noi giunte in epigrafi, ci consentono di esaminare questi elementi:

a) la formula era quella stessa che veniva pronunciata dal pontefice e ripetuta dal magistrato nel momento della *dedicatio*. Essa comprendeva in origine solo il nome del dio cui era offerta la cosa; in epigrafi più tarde troviamo anche il nome del donatore; la menzione dell'oggetto consacrato (*ara*, *aedes*, etc.) e delle circostanze che avevano dato occasione alla *consecratio* ('*voto suscepto*'); le persone che avevano partecipato alla cerimonia (magistrati, pontefici o altri sacerdoti). Su tutto ciò cfr. i testi epigrafici citati da R. CAGNAT, *Cours d'épigraphie latine*², Paris, 1889, p. 220-224, e da WISSOWA, '*Dedicatio*', cit., c. 2356);

b) l'indicazione dei confini del territorio era essenziale, come effetto della concezione che collegava il dio al luogo consacrato. Essa si trova infatti in tutte le *leges dedicationis* giunte a noi, che determinano con precisione la parte del terreno da dedicare ed i suoi confini (si leggano ad esempio le *leges arae Augusti* scoperte a Narbona, dell'anno 11 d.C., in «FIRA.», III, n. 73, p. 228 ll. b. 8 ss. – '*hanc aram ... his legibus hisque regionibus dabo dedicaboque, quae hic hodie palam dixero, uti infimum solum huiusque arae titularumque est*' –, e la *lex arae* dell'età domiziana (84/96 d.C.) trovata in Roma (*ibid.*, n. 75 p. 230 ll. 1 ss.): '*haec area, intra hanc definitionem cipporum clausa veribus, et ara, quae est inferius ...*').

L'importanza della limitazione territoriale risulta confermata dalla lettura di altri passi dell'epistolario tra Plinio e Traiano. Plinio, proconsole in Bitinia, scrive all'imperatore circa un progetto di costruzioni a Nicomedia, che rendeva necessario lo spostamento di un antico tempio. Egli afferma di aver cercato la *lex templi*, e di aver appreso che essa non esisteva, essendo il rito della *dedicatio* in quella provincia diverso da quello romano:

Plin., *ep.* 10.49-50: eum quaerere num esset aliqua lex dicta templo, cognovi alium hic alium apud nos esse morem dedicationis. Dispice ergo, domine, an putes aedem cui nulla lex dicta est salva religione posse transferri ... (*Traian. ad Plin.*): potes ... sine sollicitudine religionis, si loci positio videtur hoc desiderare, aedem ... transferre in eam quae est accomodatio; nec te moveat quod lex dedicationis nulla reperitur ...

Il problema posto da Plinio ('*an putes aedem cui nulla lex dicta est*') implica che in Roma l'eventuale trasferimento di un edificio sacro su diverso terreno era subordinato alle prescrizioni documentate nella *lex templi* e quindi, qualora l'atto di dedica e la *lex* relativa stabilissero l'inalienabilità del bene consacrato, la determinazione territoriale assumeva un valore definitivo (cfr. la clausola '*in perpetuum*' che ricorre tre volte – ll. a. 6 e 12, b. 32 – nelle *leges arae Augusti* di Narbona sopra citata). In tal senso si deve intendere anche il responso sacerdotale circa la restaurazione del tempio capitolino, che dovette essere ricostruito negli antichi limiti, avendo la *religio* consentito solo un innalzamento di esso;

c) particolarmente interessante è il problema della qualifica giuridica delle cose contenute nell'edificio consacrato, diversa a seconda che si trattasse dell'*instrumentum* (altari, mobili ed utensili indispensa-

bili al sacrificio, che formavano la suppellettile sacra del tempio) o dell'*ornamentum* (beni via via donati al dio, scudi o altre offerte votive).

Tale distinzione si trovava espressa in una risalente norma giuridica, che possiamo identificare con la *lex Papiria*, ricordata anche da Cicerone (su questo punto cfr. PAOLI, *op. cit.*, p. 166 ss.):

Macr., *sat.* 3.11.6: ... in fanis alia vasorum sunt et sacrae suppellectilis, alia ornamentorum. Quae vasorum sunt instar instrumenti instar habent, quibus semper sacrificia conficiuntur ... Ornamenta vero sunt clipei, coronae et cuiuscemodi donaria. Neque enim dedicantur eo tempore quo delubra sacrantur; at vero mensa arulaeque eodem die quo aedes ipsae dedicari solent, unde mensa hoc ritu dedicata in templo arae usum et religionem obtinet pulvinaris.

Dopo aver enumerato i beni rispettivamente appartenenti alle due categorie, il passo enuncia la regola secondo cui le cose del primo gruppo venivano consacrate nello stesso giorno e con lo stesso rito della *dedicatio* dell'edificio in cui si trovavano; mentre la consacrazione ovviamente non poteva estendersi alle altre, che solo in tempi successivi sarebbero state offerte. L'*instrumentum*, quindi, trovandosi sul luogo da consacrare nel momento della pronuncia delle parole rituali da parte del pontefice e del magistrato, diventava sacro con il suolo stesso (*'hoc ritu dedicata'*). Questo principio conferma ancora una volta il rapporto esistente, nella concezione romana, tra la cerimonia consacratrice e la destinazione del territorio consacrato: gli effetti giuridici riconosciuti al rito si estendevano anche alle cose mobili necessarie per il culto.

Diversa la condizione dell'*ornamentum*, poiché, offerto in un momento successivo a quello della consacrazione, esso non poteva ricevere automaticamente la qualifica di *res sacra*. Tuttavia l'autorità poteva prevedere e regolare la sua condizione futura, indicandola nella formula consacratrice. Disposizioni di tal genere si trovano infatti nelle *leges dedicationis*. Nella *lex templi Iovis dicta*, del 58 a.C., scoperta nell'antico villaggio abruzzese di Furfo («FIRA», III, n. 72, p. 226), sono norme precise sui beni donati al tempio che, inservibili per il culto, non acquistano carattere sacro e possono quindi essere venduti, diventando profani all'atto di vendita, e sui beni che – essendo invece utili ai fini religiosi – si considerano come se fossero stati consacrati:

sei quod ad eam donum aedem datum ... uti liceat oeti venum dare. Ubei venum datum erit, id profanum esto (*ll.* 7 s.). ... quod emptum erit ... ea pecunia, quae pecunia ad id templum data erit ... eis rebus eadem lex esto, quasei sei dedicatum sit (*ll.* 12 ss.).

In questa legge la condizione delle cose offerte alla divinità adorata in un dato luogo appare determinata dai fini del culto: esse non erano propriamente sacre, in quanto mancavano i requisiti richiesti per la validità giuridica della consacrazione, e potevano quindi, entro certi limiti, essere vendute o locate senza commettere sacrilegio (*l.* 10: *'sine scelere sine piaculo'*). Il limite della commerciabilità di tali offerte si trovava nella loro destinazione: qualora i beni donati, o i beni acquistati mediante il denaro ricavato dalla vendita di quelli, fossero conservati nel tempio per essere utilizzati ai fini del culto, essi acquistavano la stessa qualifica giuridica delle cose consacrate ed erano quindi incommerciabili (*l.* 14: *'eis rebus eadem lex esto, quasei ei dedicatum sit'*).

8. Dall'insieme delle testimonianze raccolte si può tentare di trarre qualche conclusione. E' chiaro anzitutto che la condizione giuridica dei beni consacrati era costruita solo attraverso il concetto negativo di incommerciabilità; una nozione coerente della proprietà sacra non solo non fu probabilmente mai raggiunta dal diritto romano (così G. LE BRAS, *Les fondations privées du Haut-Empire*, in «Studi S. Riccobono», III, Palermo, 1936, p. 24 nt. 5), ma non sembra nemmeno che il problema si fosse mai proposto alla mente dei giureconsulti. D'altronde abbiamo visto che la consacrazione aveva ad effetto la perpetua destinazione al culto del suolo consacrato; e abbiamo potuto rinvenire tracce considerevoli della concezione religiosa secondo la quale il rapporto tra la divinità ed il luogo in cui era adorata risaliva alla delimitazione territoriale di quest'ultimo: sicché si può dire – pur senza affermare che i Roma-

ni avessero, neppure di questo concetto, una nozione precisa – che la condizione giuridica del tempio e dei suoi beni era risolta attribuendo direttamente all'edificio, esattamente definito nei suoi confini, le cose destinate al dio ed al suo culto.

II. La consacrazione di sepolcri

9. Parallele a quelle svolte sulle *res sacrae* sono le considerazioni suggerite dalle fonti in tema di *res religiosae*: il significato e la rilevanza giuridica di queste nozioni si sviluppano infatti in modo analogo.

Abbiamo già visto (*supra*, p. 109 s.) le fonti che spiegano l'uso della parola '*religiosus*' in relazione alla *religio manium*, e cioè al culto degli dei inferi: si tratta di un concetto riducibile a quelli che in etnologia vengono indicati come «tabu», potenza magica ed occulta, collegata alla presenza del morto e che difende il luogo in cui egli riposa: cosa religiosa per eccellenza sono quindi i sepolcri.

Il regime giuridico dei sepolcri è forse l'argomento dove più profondamente s'intrecciano le concezioni religiose primitive con la regolamentazione statale; esso implica la soluzione dei più vari ed ardui problemi.

Così ad esempio la nozione del '*locus religiosus*' come parte del fondo in cui sia stato deposto il cadavere (Marc., D. 11.7.37: [*locus*] '*in quo defunctus humatus est*'; Marc., D. 11.7.39: '*terra conditum corpus*'), sembra indicare che dei due procedimenti funerari in uso tra i popoli antichi, inumazione e incinerazione, fosse il primo a prevalere nella tradizione romana. Ma in realtà gli scavi archeologici nelle stesse necropoli romane dimostrano essere stata largamente praticata anche l'incinerazione, sicché il problema dell'antichità rispettiva dei due sistemi, e della loro rilevanza nel diritto funerario, è lungi dall'essere risolto. Senza insistere su questo aspetto che interessa solo indirettamente lo storico giurista (in argomento si vedano F. ALTHEIM, *La religion romaine antique* [trad. fr.], Paris, 1955, e J. BAYET, *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, Paris, 1957), si osservi che l'argomento investe praticamente tutte le parti dell'antico diritto: tanto il *ius civile* ed il *ius pontificium* quanto il diritto penale contengono arcaiche prescrizioni in materia di sepolcri; di esse bisogna tener conto per chiarire così la nozione di '*hereditas*' (cfr. B. BIONDI, *L'oggetto dell'antica hereditas*, in «*Jur*», I, 1950, p. 160 ss.) come quella di '*dominium*' (cfr. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 179 ss., e C.W. WESTRUP, *Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative*, in «*RDH*», 4^a s., XII, 1933, p. 223 ss.).

Non possiamo, quindi, pretendere certo di esaminare il problema in tutti i suoi molteplici aspetti, che del resto sono stati studiati ed approfonditi in numerosissimi contributi (indichiamo una sommaria bibliografia, sufficiente per un primo orientamento: C. FERRINI, *De iure sepulcrorum apud Romanos* [1883], in *Opere*, Milano, 1930, IV, p. 1 ss., Th. MOMMSEN, *Zum römischen Grabrecht*, in «*ZSS*», XVI, 1895, p. 203 ss., C. FADDA, *Concetto delle res religiosae*, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. it.), XI, Milano, 1903, *app.* al § 766, p. 832 ss., ed E. ALBERTARIO, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria* [1910], in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, p. 1 ss.; accanto a questi studi più antichi, tuttora fondamentali, si vedano i seguenti recentissimi contributi: R. DÜLL, *Studien zum römischen Sepulkrrecht*, I, in «*Festschrift F. Schulz*», Weimar, 1951, I, p. 191 ss., e II, in «*Atti Congresso Verona*», III, Milano, 1951, p. 159 ss.; F. DE VISSCHER, *Le caractère religieux des tombeaux romains*, in «*RIDA*», I, 1948, p. 199 ss., *Les défenses d'aliéner en droit funéraire romain*, in «*SDHI*», XIII-XIV, 1948, p. 275 ss., *Locus religiosus*, in «*Atti Congresso Verona*», cit., III, p. 179 ss., *Les peines sépulchrales*, in «*Festschrift H. Lewald*», Basel, 1953, p. 175 ss., e *Le conflit entre la succession testamentaire et le régime des tombeaux de famille*, in «*RIDA*», 3^a s., I, 1954, p. 283 ss.).

In questa sede cercheremo solo di mettere in luce come, anche su questo argomento, abbia avuto particolare rilevanza la delimitazione del terreno destinato alla sepoltura: su questo dato concreto, ben noto agli interpreti, è già stata richiamata l'attenzione come elemento utile a chiarire almeno qualche aspetto del regime giuridico del sepolcro.

10. E' opportuno richiamare anzitutto alcuni dati topografici, risultanti da centinaia di epigrafi sepolcrali.

Molto spesso le tombe romane erano costruite lungo le strade, in forma rettangolare. Il MOMMSEN (*op. cit.*, p. 204) asserisce che tale forma doveva risalire ad epoca antichissima, e che essa era certamente in

rapporto con la delimitazione territoriale quadrata in uso presso i Romani. Sarebbe attraente poter accettare senz'altro questa ipotesi, che il Mommsen presenta senza dimostrazione: essa infatti – affermando decisamente che si procedeva a fondare il sepolcro con lo stesso sistema di limitazione territoriale che, come si è visto, la religione romana riteneva essenziale all'individuazione del luogo sacro – costituirebbe un importante elemento per confermare anche riguardo ai sepolcri l'esistenza di un rapporto tra la posizione dei confini e la destinazione del suolo così limitato. Ma in realtà, pur tenendo nella massima considerazione questa intuizione, che al Mommsen fu certo suggerita dalla sua enorme conoscenza del materiale giuridico ed epigrafico, essa non ci esime dall'approfondimento di tutti gli elementi particolari che permetteranno di dimostrarne il fondamento concreto.

L'individuazione del luogo religioso risultava dalla indicazione delle misure dei due lati del sepolcro, abitualmente rettangolare:

Hor., *Sat.* 1.8.12-13:
Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agrum
hic dabat; heredes monumentum ne sequeretur.

In questi versi sono ripetute formule che si ritrovano in centinaia di lapidi: il sepolcro (*'monumentum'*) di cui qui si fa menzione aveva un'estensione di mille piedi sul lato lungo la strada (*in fronte*), di trecento piedi sul lato che entrava nella campagna (*in agrum*) e queste misure erano indicate sulla pietra di confine (*cippus*). Ovviamente, il luogo della sepoltura vera e propria non occupava l'intera estensione qui indicata. Larga parte di esso serviva come ornamento architettonico e per la manutenzione: così ad esempio potevano esservi coltivati fiori da spargere sulla tomba in determinate ricorrenze (cfr. SCIALOJA, *Teoria*, cit., p. 168; F. CUMONT, *Le symbolisme funéraire des Romains*, Paris, 1946, p. 353). Anche altri testi indicano una stretta relazione tra la posizione dei confini e la religiosità della tomba. Si veda anzitutto il seguente passo di Festo, che, nonostante lacunoso, si può con ogni verosimiglianza così ricostruire:

Fest., *verb. sign.*, sv. *'sepulcrum'* (L. p. 456 ss.): sepulcrum est, ut ait Gallus Aeli(us, locus in quo) mortuus sepultus est, quod anti(qui bustum appel)labant; (h)isque cippis aut ali(qua alia re mor)tui causa designatus est, intra (quos fines se)putura est facta.

Inoltre:

«CIL.», V *Suppl.* 633: Stercus intra cippos qui fecerit aut violarit ...;

«CIL.», VI 22518: hic locus cum hortulo suo religioso.

DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae*, n. 8235: Tabernula autem cum suis superioribus nullo modo ab hoc loco sacro et religioso ob tutelam obitorum separari poterit

DESSAU, *op. cit.*, n. 8336: hic locus ita uti maceria («muro di cinta») clusus est ad religionem sepulturae (pertinet)

DESSAU, *op. cit.*, n. 8343, 8344, 8345: huic monumento cedit hortus cum aedificio maceria clusus.

I testi che abbiamo riunito, scegliendone una piccola parte tra i moltissimi che si potrebbero addurre nello stesso senso, indicano chiaramente che l'atto di fondazione di un sepolcro – come quello di consacrazione di un edificio – comprendeva l'indicazione dei suoi confini, necessaria a determinarne l'estensione; e inoltre dimostrano che la religiosità non era limitata al luogo della sepoltura, ma copriva tutta l'area cintata o contrassegnata da cippi.

11. Chiarito che *'locus religiosus'* era tutto il sepolcro, nella sua unità architettonica, è a questo luogo definito che dobbiamo riferire la regola giuridica della extracommercialità delle *res religiosae*:

D. 18.1.22 (Ulp. 28 *Sab.*): ceterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem.

D. 11.7.6.1 (Ulp. 25 *ed.*): Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc vendere et donare. Si cenotaphius fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt.

Paul. sent. 1.21.7: vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt ...

C.I. 9.19.1 (Imp. Gordianus, a. 240): Res religioni destinatas ... tametsi iure venditio non subsistat ...

Il principio non è se non apparentemente contraddetto dalle numerose epigrafi attestanti alienazioni e donazioni del sepolcro o di parti di esso (cfr., per una scelta di tali iscrizioni, V. ARANGIO-RUIZ, *Negotia*, in «FIRA.», cit., III, p. 238 ss.). Il De Visscher ha infatti brillantemente chiarito che l'inalienabilità del sepolcro – in coerenza con il concetto di 'religio' – ha un contenuto relativo: tale nozione non esclude ogni diritto di disposizione sui beni religiosi, ma solo quelli incompatibili con la destinazione funeraria, derivante dalla loro attribuzione agli dei mani (di questo autore si veda in particolare, tra gli studi sopra citati, *Les défenses d'aliéner*, p. 285 s.: nello stesso senso ora anche V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Napoli, 1951, p. 170).

La nozione di inalienabilità quindi, relativamente ai sepolcri, ha un contenuto ristretto, analogo a quello che abbiamo potuto trarre (*supra*, n. 7) dalla *lex templo Iovis dicta* di Furfo circa i beni costituenti l'*ornamentum* del *templum*, che aveva anch'esso una commerciabilità limitata secondo i fini del culto. Risulta quindi anche da questa analogia confermata la possibilità, riconosciuta dalla tradizione giuridica romana, che i privati stabilissero una destinazione perpetua ed esclusiva su determinati beni: e questa si effettuava per la proprietà fondiaria – come abbiamo visto tanto per le *res sacrae* quanto per le *religiosae* – con la limitazione del suolo che, attraverso la concreta posizione di confini, dava la possibilità di determinare materialmente e giuridicamente i limiti della destinazione stessa.

12. Il principio che un luogo potesse, con la sepoltura, ricevere una perpetua destinazione portava a gravi conseguenze sul piano giuridico e sociale. E' infatti evidente, poiché tale principio operava immediatamente con l'inumazione del cadavere che si riteneva essere la fonte della religiosità, che ad esso seguiva la possibilità di sottrarre definitivamente un terreno agli usi del commercio privato. Potere che, eccezionale e pericoloso già qualora fosse esercitato dal proprietario, poteva avere conseguenze ingiuste ed aberranti nel caso di sepoltura abusiva, eseguita cioè da chi non avesse la disponibilità del terreno.

Purtroppo non abbiamo elementi sicuri per conoscere la soluzione di tali problemi nell'età più antica. Forse, essendo le concezioni religiose più vivamente sentite, si sarà cercato di salvare la religiosità del suolo anche a danno delle esigenze di giustizia. Appare comunque molto probabile che la competenza pontificale in materia di sepolcri – che, sia pur limitata, si prolungò fino all'età imperiale – si estendesse a questi problemi, sicché al collegio fosse rimessa in definitiva la soluzione dei casi controversi (MOMMSEN, *op. cit.*, p. 205, suppone la presenza del pontefice all'atto di fondazione del sepolcro: se questa ipotesi si dimostrasse esatta almeno per l'età più antica, potremmo ammettere che la partecipazione sacerdotale, conferendo solennità alla cerimonia attuata in un ambiente ristretto, fosse effettivamente sufficiente ad escludere gli abusi). In questo senso provano infatti testimonianze che, per quanto risalenti all'ultimo secolo della repubblica ed agli inizi dell'impero, rispecchiano con ogni verosimiglianza anche la realtà dell'epoca precedente:

Cic., *leg.* 11.22.55-23.58: tota ... huius iuris compositio pontificalis magnam religionem caerimoniamque declarat ... quum multa in eo loco sepulcra fuissent, exarata sunt: statuit enim collegium locum publicum non potuisse privata religione obligari.

D. 11.7.8.pr. (Ulp. 25 *ed.*): Ossa quae ab alio illata sunt vel corpus an liceat domino loci effodere vel eruere sine decreto pontificum seu iussu principis, quaestionis est: et ait Labeo exspectandum vel permissum pontificale seu iussionem principis.

In Cicerone leggiamo, dopo una prima affermazione generica sull'importanza che le cerimonie della

religione funeraria avevano nel *ius pontificium*, il resoconto di un caso concreto in cui il collegio intervenne facendo asportare diversi sepolcri consacrati su luogo pubblico: la regola, consolidata dai giuristi classici, che si potesse rendere religioso solo il suolo privato (cfr. Gai., *inst.* 2.6: '*religiosum ... facimus mortuum inferentes in locum nostrum*'), non fu quindi stabilita dalla legislazione statutale, ma dall'autorità dei pontefici. Ma, se alla competenza di questi era rimessa la decisione in caso di sepoltura in terreno pubblico, a maggior ragione dobbiamo supporre che ad essi fosse affidata la soluzione dei casi analoghi di sepoltura abusiva su suolo privato.

Il passo di Ulpiano si pone in un'epoca in cui senz'altro era riconosciuta l'illiceità del seppellimento in territorio altrui, ed il conseguente diritto del proprietario a rendere «puro» il suolo asportandone il cadavere e le ossa. Il responso di Labeone però afferma la necessità di un permesso pontificale (il comando imperiale va interpretato ricordando che il principe assumeva anche l'ufficio di pontefice massimo: esso quindi non implica una riduzione della competenza pontificale, ma anzi la riafferma). Tale permesso deve intendersi come *profanatio* del *locus religiosus*; e d'altronde, poiché Trebazio afferma semplicemente esser profano ciò che torna in uso e proprietà degli uomini (cfr. Macr., *sat.* 3.3.2: '*Profanus Trebatius id proprie dici ait, quod ex sacro in hominum usum proprietatemque conversum est*'), si deve ritenere che il permesso pontificale non fosse subordinato a particolari formalità rituali, ma seguisse alla semplice asportazione del cadavere, che determinava la cessazione della *religio*.

Nella successiva età imperiale, il desiderio di tutelare maggiormente le esigenze che venivano poste in gioco dall'indiscriminata possibilità di sottrarre agli usi privati i terreni contenenti sepolcri, si manifesta nell'attenzione che imperatori e giuristi dedicano all'argomento, introducendo alcune distinzioni con cui si giunse a limitare tale possibilità anche da parte del proprietario. Ci fermeremo quindi, per completare l'indagine, su un momento di tale sviluppo, che appare particolarmente interessante in quanto concerne la determinazione del luogo effettivo della sepoltura.

D. 11.7.2.5 (Ulp. 25 *ed.*): Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatus est.

Il testo venne interpretato nel senso che il monumento o la parte del monumento non ancora occupata resta *locus purus* e cioè non soggetto alla *religio* (BONFANTE, *Corso*, II.1, cit., p. 40). Ma tale spiegazione, che limiterebbe il carattere religioso alla parte del monumento materialmente occupata dal cadavere, sembra in contrasto con la concezione sopra chiarita attraverso le fonti, secondo la quale l'intero complesso sepolcrale diventa *res religiosa*. Essa è quindi stata rifiutata dalla maggior parte della dottrina (si veda per tutti DE VISSCHER, *Les défenses d'aliéner*, cit., p. 279, con bibliografia). Senza entrare nei particolari delle molte interpretazioni proposte, nessuna delle quali riesce ad accordare in modo convincente il passo di Celso con la più genuina tradizione religiosa, ci sembra invece si debba accettare, come dato di fatto, la tendenza dell'età classica ad introdurre una distinzione tra il territorio religioso ed il profano, che prescinde dalla destinazione voluta dal fondatore del sepolcro indicandone i limiti, per basarsi invece su un empirico criterio quantitativo.

La prima espressione di tale tendenza è chiara in una costituzione di Traiano, conservata nel cosiddetto *Gnomon dell'Idios Logos* (raccolta di mandati imperiali di diverso età, compilata nella tarda età classica per uso del magistrato preposto all'amministrazione fiscale dell'Egitto. Citiamo il testo nella traduzione di R. RICCOBONO, in «FIRA.», I, cit., n. 99, p. 470 s.):

§ 1: quorum bona fiscus aufert, eorum sepulchra omittebat. divus autem Traianus edoctus reapse in fraudem fisci et creditorum maioris curae sepulchra haberi, monumenta quidem illis concessit, quae autem circa ea facta erant venire iussit et ... solis debitoribus fisci manere concessit sepulchra qualiacumque essent.

Per reprimere l'abuso di certe persone che frodavano il fisco ed i creditori dedicando ai sepolcri un lusso eccessivo, l'imperatore stabilì che il proprietario conservasse il solo monumento in senso stretto, mentre il terreno adiacente doveva essere venduto. Dopo una lacuna, il testo continua con la concessione fatta da Traiano ai debitori del fisco, di conservare l'intero monumento qualunque ne fosse

l'estensione. Quest'ultima parte non avrebbe senso se non fosse stata tuttora vivamente sentita l'idea che il sepolcro era destinato al culto funerario nella sua interezza; essa sembra dimostrare che la vendita del territorio contiguo al monumento, per quanto fosse manifesta l'intenzione fraudolenta dei fondatori, costituiva un'innovazione. Si tratterebbe quindi del primo caso a noi noto in cui si esclude il diritto del proprietario di destinare, oltre certi limiti, il fondo alla *religio manium*.

Una conferma della portata innovatrice della disposizione traiana si può forse trovare in una iscrizione recentemente rinvenuta ad Alessandria d'Egitto ed ora pubblicata da P.M. FRASER e J.K.B.M. NICHOLAS (*The Funerary Garden of Mousa*, in «Journal of Roman Studies», XLVIII, 1958, p. 117 ss.). Essa infatti documenta, per la fine del I secolo d.C., la rescissione della illecita vendita di un ampio monumento sepolcrale, senza distinguere tra la tomba ed i giardini adiacenti.

Tale distinzione è invece esplicitamente posta da Celso (in Ulp., D. 11.7.2.5, già citato) che, affermando la differenza tra il sepolcro in senso stretto e l'intero terreno destinato alla sepoltura, giunge a generalizzare la portata della costituzione di Traiano.

Ma la concezione originaria risulta conservata nella sua purezza da una sentenza attribuita all'età dei Severi:

Sententia Senecionis de sepulchris 8 ss. («FIRA.», III, cit., n. 86, p. 277 ss. ll. 8 ss.): Senecio c(um) c(onsilio) c(olloctus) dixit: Necessariam fuisse inspectionem aedificiorum et loci, de quibus apud me actum est, re ipsa manifestatur. Cum igitur aedificia solo puro posita deprehenderim neque ullo sepulchro superposita vel coniuncta, apparet venditionem eorum iure factam ... Loci vero sive agri, ... cum habeat plurima et dispersis locis sepulchra, ius per venditionem ad emptorem transferri non potuit.

La controversia sorgeva su due punti distinti: la legittimità dell'acquisto di certi edifici adiacenti a un fondo nel quale si trovavano molti sepolcri, e la legittimità dell'acquisto del fondo stesso. Del primo negozio si ritiene la validità in base all'ispezione dei luoghi, ciò che conferma la prevalenza dell'elemento materiale per individuare i limiti tra *locus religiosus* e *purus*. Invalida è invece la vendita del fondo, poiché esso era qua e là occupato da sepolcri. Anche questa parte della sentenza conferma il principio antico, in quanto l'inalienabilità è dichiarata con riferimento all'intero *locus sive ager*, e non alle sole parti effettivamente contenenti sepolcri (per l'analisi del testo cfr. M.E. LUCIFREDI PETERLONGO, *In tema di ius sepulchri*, in «Studi E. Albertario», Milano, II, 1953, p. 31 ss.).

Si può quindi concludere che le discordanti soluzioni di Celso e di Traiano fossero determinate dal desiderio di limitare il potere di disposizione del proprietario, che, esercitato nella sua interezza con intenzioni ben diverse da quelle suggerite dalla coscienza religiosa, conduceva a conseguenze aberranti. Ma tale tendenza dell'epoca classica non giunse ad imporsi, poiché non venne meno il carattere religioso riconosciuto alla tomba dai Romani: si pensi che il primo imperatore cristiano, Costantino, poteva ancora qualificare i sepolcri come '*aedificia Manium*' (C.Th. 9.17.4: accogliendo la costituzione in C.I. 9.19.3, Giustiniano sostituì la frase con la parola '*sepulchra*').

III. Fondazione delle città

13. La delimitazione territoriale, compiuta secondo le arcaiche prescrizioni rituali che regolavano la fondazione delle città già nell'età preromana, operava anche sul piano giuridico determinando la possibilità di riferire rapporti di diritto privato al territorio cittadino (si veda *supra*, p. 40 s.).

Un riflesso dell'originario fondo comune che i primitivi abitanti di Roma riconoscevano nei riti di consacrazione e di fondazione si può individuare nel passo sopra riportato, dove Gaio (*inst.* 11.8) tende a riportare le mura della città, considerate *res sanctae*, tra le cose di diritto divino accanto alle *res sacrae* e *religiosae*. Ma la forzatura di tale inquadramento concettuale (si veda in questo senso la diversa giustificazione che accompagna l'accoglimento della partizione gaiana in *Iust. inst.* 2.1.10, e soprattutto in Teoph., *paraphr.* 2.1.10 (ed. C. FERRINI, I, p. 100; da ultimo sull'argomento cfr. E. FANTETTI, *L'inquadramento classico delle res sanctae*, in «Labeo», II, 1956, p. 94 ss.) dimostra non essere ormai più com-

preso il significato dell'antica concezione, secondo la quale la santità di tali luoghi derivava dalla solenne cerimonia necessaria per la rituale determinazione dei confini della città e dei campi.

Restano vivi tuttavia, insieme al ricordo dell'originario pensiero, alcuni concreti aspetti di esso: infatti caratteristica comune ad ogni tradizione religiosa è il fissare nella memoria gli atti necessari ad instaurare un dato rapporto con la divinità; in tal modo, codificando il rito, la mentalità primitiva attribuisce ad esso un valore che si conserva anche quando venga meno la comprensione dei suoi presupposti, sicché l'immutabilità diventa un carattere del sacro (cfr. H.H. ROLOFF, *Ritus*, in «Glotta», XXXIII, 1954, p. 58 ss., e H. FRANKFORT, *La religione dell'antico Egitto* [trad. it.], Torino, 1957).

14. Il cerimoniale relativo alla fondazione delle città è conservato dalle nostre fonti con riferimento alla fondazione di Roma: ma il rito – che, seguendo la tradizione, noi siamo soliti riportare al leggendario solco tracciato da Romolo – fu non solo compiuto poi per secoli e secoli dai Romani nel fondare nuove città, ma si può riportare anche più indietro nel tempo, poiché i risultati raggiunti dagli studi archeologici consentono di affermarne l' analogia con il sistema di costruzione seguito da una delle popolazioni che abitavano l'Italia preromana. Leggiamo quindi le fonti, cercando da un lato di controllare la credibilità storica della fondazione di Roma che esse descrivono, dall'altro di trarne tutti gli elementi per ricostruire il rito compiuto anche in seguito dai Romani stessi nel fondare le loro colonie.

Alcuni versi di Ovidio riproducono con sufficiente esattezza i momenti essenziali della cerimonia:

Fast., 4.819-826:

apta dies legitur, qua moenia signet aratro.
Sacra Palia suberant, inde movetur opus.
fossa fit ad solidum, fruges iaciuntur in ima
et de vicino terra petita solo.
fossa repletur humo plenaque imponitur
ara et novus accenso fungitur igne focus.
inde premens stivam designat moenia sulco:
alba iugum niveo cum bove vacca tulit.

Il primo elemento del rituale, ricordato nei primi versi è chiarito dal confronto con un passo fondamentale di Varrone (*ling. Lat.* 5.32.143), il quale afferma che la fondazione delle città avveniva '*religionis causa die auspiciato*': ciò significa che la cerimonia si iniziava con la presa degli *auspicia*, era cioè necessario l'intervento degli auguri per chiedere un segno degli dei a favore dell'impresa progettata. Questa ebbe inizio nel prossimo giorno, sacro alla dea Pales. Richiamando la festa di questa divinità tutelare dei pastori e del bestiame, celebrata il 21 aprile (cfr. G. ROHDE, '*Pales*', in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit., XVIII.3, 1949, c. 89 ss.) Ovidio ricorda due elementi leggendari: quello del giorno tradizionalmente ritenuto *natalis* di Roma, e il fatto che questa sarebbe stata fondata da pastori. Entrambi, a differenza del primo, relativo agli *auspicia*, sono difficilmente controllabili, e comunque non hanno alcun rilievo ai fini della ricostruzione del rito.

Importanti sono invece i versi seguenti: si fece un fosso profondo fino alla roccia, che fu riempito di biade e terra raccolta dai campi vicini; sopra di esso fu posto un altare e sul nuovo focolare s'accese la fiamma. Per interpretare il passo bisogna richiamare altre testimonianze antiche dalle quali si può desumere essere il fosso descritto da Ovidio un pozzo consacrato agli dei inferi. Secondo la tradizione religiosa, gli spiriti dei defunti, resi simili agli dei, condividono un'esistenza umbratile simile a quella conosciuta in vita, in una regione sotterranea detta Orco, donde era possibile tre volte all'anno un ritorno temporaneo tra i vivi: tale dimora infatti comunicava col mondo attraverso una fessura che sboccava in una fossa coperta da una pietra quadrata, chiamata '*mundus*' (cfr. W. KROLL, '*Mundus*', in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit., XVI.1, 1933, c. 560; le fonti principali sono Fest., *verb. sign.*, sv. '*mundus*' e '*quadrata Roma*' – rispettivamente L. p. 125 ss., 144 e 310 ss. –, Macr., *sat.* 1.16.18, e Serv., *ad Aen.* 3.134).

La descrizione di un pozzo sacro di fattura romana, del V-VI secolo a.C., ritrovato nell'acropoli di Norba, illustra architettonicamente le operazioni rituali descritte da Ovidio: il rapporto tra il monumento ed il testo è stato illustrato da V. BASANOFF, *Il Pomerium Palatinum*, in «Memorie della Reale Accademia dei Lincei», s. 6^a, IX.1, 1939 p. 39 ss.), da cui riproduciamo la descrizione del primo ed il commento al secondo:

Il pozzo è incavato in un incasso cilindrico nella roccia (*fossa fit ad solidum*, del nostro testo: 4.821) sul fondo è uno strato di terra argillosa, battuta, su cui poggia il rivestimento interno ... costruito da blocchi informi sovrapposti, e a contatto di questo rivestimento sono alti sassi, e nello spazio anulare compreso tra la parete della roccia e l'insieme delle pietre è una camicia di terra argillosa rossastra battuta (*fossa repletur humo*, 4.823).

La bocca è costituita da una grande pietra ... quasi quadrata ... disposta eccentricamente rispetto all'asse del pozzo e poggia coll'intermezzo di altri sassi, sopra un grande lastrone orizzontale superiormente al vuoto del pozzo.

Dopo aver riportato questa descrizione del monumento fatta da L. SAVIGNONI e R. MENGARELLI («Notizie degli scavi», 1901, p. 535 ss.), il Basanoff continua osservando che «questa pietra quadrata che forma una bocca e nello stesso tempo un coperchio del puteale ci dà la significazione esatta del testo di Festo dove ci spiega il nome di Roma Quadrata (L. p. 310): *quia saxo munitus est in speciem quadratam*. Il soggetto indeterminato del testo sarebbe dunque *mundus* ... Quando la bocca è chiusa, questa pietra quadrata serve da altare (*plena imponitur ara*)».

Il terzo punto dei Fasti ricorda l'aratura del solco: costruito il *mundus*, Romolo, spingendo l'aratro trainato da un bue e da una vacca bianchi, indicò il luogo su cui dovevano sorgere le mura. E' ancora il confronto con Varrone che ci informa sull'origine del rito:

ling. Lat. 5.32.143: *oppida condebant in Latio Etrusco ritu ut multa, id est iunctis bobus, tauro et vacca interiore, aratro circumagebant sulcum (hoc faciebant religionis causa die auspiciato), ut fossa et muro essent muniti. ... post ea qui fiebat orbis, urbis principium; qui quod erat post murum, postmoerium dictum ... cippi pomeri stant ... circum Romam.*

Anche Liv., *urb. cond.* 1.44, e Fest., sv. '*rituales*' (L. p. 358), ricordano l'origine etrusca della limitazione delle città. Inesatta bisogna invece ritenere la relazione tra il *pomerium* e le mura della città, affermata da questi autori fondandosi su una erronea terminologia: in realtà il pomerio era una linea ideale, solo contrassegnata da cippi (per una discussione delle fonti, cfr. G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, I, 1907, rist. Firenze, 1956, p. 186. Tacito descrive tale linea, ancora visibile nell'età sua, in *ann.* 12.24).

L'origine della singolare istituzione del pomerio cittadino è stata efficacemente descritta dal De Sanctis, in una sintesi che, a distanza di mezzo secolo, è ora ripresa da L. PARETI (*Storia di Roma e del mondo romano*, I, Torino, 1952, p. 123 ss. e 346 ss.: riuniamo qui, con le stesse parole del DE SANCTIS, le conclusioni della sua dimostrazione: cfr. *op. cit.*, p. 118 s., 176 s., 297 ss.). Presso i Greci non v'era altra distinzione tra la città e il suo territorio se non quella di fatto che la città cessava ove avevano termine i caseggiati contigui, né altra linea di separazione se non quella costituita di fatto dalle mura dove la città era murata. Nel Lazio invece era naturale che le città si costruissero sull'esempio di quelle del popolo che primo aveva costruito in Italia città vere e proprie, l'etrusco. Fin dall'età del bronzo, infatti, gli etruschi vivevano in grossi centri fortificati separati nettamente dal territorio circostante: erano questi le così dette *terremare*, ampie stazioni quadrilatera a foggia di trapezio coi lati maggiori paralleli, circondate da una fossa e da un argine. Nell'interno la *terramara* è divisa da due vie che si tagliano ad angolo retto; nel mezzo del lato di levante si apre una fossa, fornita di pozzetti rituali, che doveva ricevere una speciale consacrazione. Ora questa forma di limitazione l'adottarono dagli Etruschi i Latini, e le città stesse (*urbes*) denominarono dal solco (*urvus*), scavato con l'aratro attorno all'area ad esse destinata, che ne costituì il pomerio.

Escluso quindi un rapporto necessario di questo con le mura della città, si può pensare che la linea ideale del pomerio avesse un significato religioso, analogo a quello che la delimitazione territo-

riale assumeva nella consacrazione dei templi. A conferma di tale originaria analogia stanno principalmente due elementi: il primo si rinviene nella corsa dei Luperci, cerimonia purificatoria che questo antichissimo sodalizio religioso (su cui cfr. TURCHI, *op. cit.*, p. 72 e 107 ss.) compiva appunto percorrendo il pomerio in processione. Il secondo elemento è dato dalla comune derivazione dal rituale etrusco delle due cerimonie: se, infatti, l'identificazione dei terramaricoli con gli etruschi concorda con la tradizione antica, secondo la quale la tecnica delimitazione delle città fu introdotta in Roma da questi ultimi, ne risulta confermata anche l'ipotesi con cui abbiamo avvicinato il rito di fondazione a quello di consacrazione, rintracciandone l'origine comune nel concetto di *'templum'*. Che questo sia sorto prima nell'uso pratico della limitazione è reso probabile dalla costruzione delle terramare, ma non esclude che tale nozione avesse acquistato per i Romani un carattere sacro.

Possiamo ora comprendere un passo di Varrone, la cui interpretazione sarà chiarita dall'indagine finora compiuta:

ling. Lat. 7.2.6: *templum tribus modis dicitur: ab natura, ab auspicando, a similitudine: <ab> natura in caelo, ab auspiciis in terra, a similitudine sub terra.*

Il termine *'templum'* può avere tre significati; il primo *'a natura in caelo'* è quello tecnico e ristretto di campo delimitato di osservazione, (si veda *supra*, § 4); il secondo *'ab auspiciis in terra'* può avere numerose applicazioni, indicando ogni luogo esattamente limitato con l'intervento degli auguri (così non solo la città ed i templi, ma gli accampamenti ed i territori divisi nella costituzione di colonie: cfr. Varr., *ling. Lat.* 7.2.8, e Cic. *leg.* 2.8.21: *[augures] 'urbemque et agros et templa liberata effata habent'*); il terzo infine *'a similitudine sub terra'* deve intendersi del *'mundus'*, la cui funzione nella religione funeraria si è sopra vista. La stretta relazione tra il *templum* in terra e quello *sub terra* risulta anche dal fatto che tanto il *mundus* quanto il *pomerium* si trovano indicati come *Roma quadrata*:

Fest., sv. *'quadrata Roma'* (L. p. 310): *quadrata Roma in Palatio ante templum Apollinis dicitur, ubi reposita sunt, quae solent boni ominis gratia in urbe condenda adhiberi, quia saxo munitus est initio in speciem quadratam. Eius loci Ennius meminit cum ait (ann. 157 Vahlen): et quis est erat Romae regnare quadratae.*

Il passo di Festo allude certamente al *mundus* (sull'ubicazione di questo, conosciuta ancora nel III secolo dell'impero, cfr. un'iscrizione del 204, in DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae*, cit., n. 5050.a [= «CIL.» VI. 32327]: *'in Palatio in aede Apollinis ... quod est Romam quadratam'*); ma il frammento di Ennio (239-169 a.C.) ivi citato, per quanto oscuro, non può riferirsi se non a tutta la città palatina. Inoltre, su questa ultima si veda:

Solin., *coll.* 1.17: *Romam condidit Romulus ... dictaque primum est Roma quadrata.*

Risultano quindi sostanzialmente concordi le fonti che precisano sotto altri aspetti la descrizione di Ovidio: prendendo da questa lo spunto, abbiamo potuto individuare gli elementi essenziali del rito (presenza degli auguri, costruzione del *mundus*, delimitazione territoriale con l'aratro) i quali trovano conferme archeologiche e storiche che permettono di affermarne l'origine antichissima.

15. La cerimonia descritta ebbe successivamente ripetute applicazioni, ogniqualvolta i Romani, nella loro costante espansione sulla penisola, fondarono nuove colonie:

Varr., *ling. Lat.* 5.32.143 (*si veda l'inizio del passo supra*, p. 123): *quare et oppida quae prius erant circumducta aratro ab orbe et uruo urb[s]es[t]; ideo coloniae nostrae omnes in litteris antiquis scribuntur urbis, quod item conditae ut Roma, et ideo coloniae et urbes conduntur, quod intra pomerium ponuntur.*

Hig., *lim. const.* p. 176.2-5 (L.): *inlustres Romanorum viri urbes constituerunt, quas aut victoribus populi Romani civibus aut emeritis militibus adsignaverunt et ab agrorum nova dedicatione culturae colonias appellaverunt.*

Gell., *noct. Att.* 16.13.9: maiestatem populi Romani, cuius istae coloniae quasi effigies parvae simulacrae esse quaedam videntur.

La deduzione di colonie, costituite nei luoghi conquistati per scopi militari di sicurezza o per romanizzare i nuovi territori sistemando contemporaneamente l'eccesso di popolazione cittadina, era deliberata dal senato ed approvata con plebiscito. In esso si stabiliva il territorio da assegnare ai coloni, il numero di questi, e si designava la commissione di tre membri (*triumviri coloniae deducendae*) che doveva organizzare la nuova comunità, attribuendole i poteri necessari a tal fine.

I coloni, almeno nell'ipotesi più frequente in cui si trattava di veterani, si recavano sul posto stabilito conservando l'ordinamento legionario, ciò che Tacito spiega con l'opportunità di riunire nella nuova città un gruppo omogeneo di persone concordi (*ann.* 14.27: '*universae legiones deducebantur cum tribunis et centurionibus et sui cuiusque ordinis militibus ut consensu et caritate rem publicam efficerent*'). La fondazione della colonia avveniva, come attestano gli autori citati, seguendo lo stesso cerimoniale di origine etrusca con cui era stata fondata Roma: e così, dopo la presa degli *auspicia*, il solco della città veniva tracciato mediante l'aratro, trainato da un toro e da una vacca bianchi; e all'incrocio delle due vie maggiori si scavava il *mundus*, affinché ogni colonia conservasse qualche rapporto con gli inferi della madrepatria attraverso la loro dimora sotterranea (per una conferma archeologica, cfr. A. PIGANIOU, *Notes d'histoire pompéienne*, in «Revue des Études Latines», VII, 1929, p. 184 ss.: in genere sull'argomento, con ampie considerazioni sull'aspetto costituzionale dell'ordinamento coloniale romano, cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, Napoli, 1954, p. 82 ss.; sulla tecnica di divisione del territorio della colonia, che comprendeva tanto la città, quanto il terreno coltivabile, esterno al pomerio, si veda *infra*, IV, p. 126 ss.).

16. La fondazione secondo tale rituale aveva dunque un significato religioso, onde derivava la santità della città: qualora questa cessasse, la città stessa si riteneva aver fine. E poiché era costante principio nell'antico diritto che l'estinzione di un rapporto avvenisse nelle stesse forme con cui esso era sorto, così si ammetteva anche che le città fondate con l'aratro venissero meno per il compimento di una cerimonia solenne e uguale a quella di fondazione.

L'equiparazione tra la distruzione della città e la morte fisica era generalmente riconosciuta nel mondo antico, e la troviamo, ad esempio, anche in Grecia: ma qui, non conoscendosi le norme della regolare limitazione, gli autori la collegavano a diverse concezioni. Così in un passo delle orazioni di Licurgo (IV secolo a.C.) leggiamo che «morte della città è renderla deserta» (*in Leocr.* 61: si veda il testo greco in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* [trad. it.], VII, Milano, s.d., p. 296 nt. 17, che cita anche un analogo passo di Luciano, *Charon* 23).

Tipica del mondo romano era invece la distruzione della città mediante *exaratio*, uguale nella forma e contraria negli effetti alla cerimonia di tracciamento del solco usato per fondarla:

Sen., *Clem.* 1.26: (il tiranno) aratrum vetustis urbibus inducere potentiam putat.

Hor., *Carm.* 1.16.20: altis urbibus ultimae steterae causae, cur perirent funditus / imprimeretque muris hostile aratrum / exercitus insolens.

Isid., *Etym.* 15.2.4: urbs autem aratro conditur, aratro vertitur.

Da questi testi classici risulta che tale forma di distruzione, certo sorta in un ambiente culturale primitivo, si continuò ad applicare per lunghi secoli. Rileggiamo infine un passo di Modestino, particolarmente importante per vedere il rapporto tra valore religioso ed effetti giuridici della *exaratio* (si veda *supra*, p. 40).

D. 7.4.21 (Mod. 3 *diff.*): Si usus fructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago...

Per quanto riguarda la distruzione di Cartagine ricordata dal giurista, sappiamo da Appiano (*bell. civ.* 1.24) che essendo stata, su proposta di Caio Gracco, dedotta una colonia nel luogo prima occupato dalla città, la linea del pomerio tracciata nel territorio stabilito fu guastata dai lupi nella notte successiva. I sacerdoti interrogati sul significato di tale cattivo augurio dichiararono che esso derivava dal non essersi tenuto conto della *exaratio* operata da Scipione, e in conseguenza di ciò il senato proibì la fondazione della città, richiamando in Italia i coloni ad essa destinati.

Anche altre città furono così distrutte durante le guerre puniche: ad esempio Corinto, Sagunto, Numanzia.

Ma la sopravvivenza dell'antico rituale e dell'efficacia ad esso attribuita dai Romani non si perde nell'epoca successiva a quella cui risalgono i ricordati atti di guerra: molto più tardi, quando Costantino volle procedere alla fondazione di una nuova capitale in Oriente (ed egli stesso avverte – C.Th. 13.5.7 – che ciò avvenne *'iubente deo'*) furono ripresi i riti pagani della consacrazione e dell'inaugurazione del suolo, con la partecipazione di sacerdoti pagani chiamati da Roma (cfr. C. BENJAMIN, *'Constantinus'* in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit., IV.1, 1900, c. 1021, e R. PARIBENI, *Da Diocleziano alla caduta dell'Impero d'Occidente*, Bologna, 1941, p. 110).

IV. Divisione dei campi

17. Alla categoria delle *res sanctae* appartenevano forse, in origine, anche i *limites* dei campi: ad essi infatti si è pensato alludesse

D. 43.6.2 (Herm. 3 *iur. epît.*): In muris itemque portis et aliis sanctis locis aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur.

I confini agricoli sarebbero appunto gli altri luoghi santi cui il giurista afferma competere la protezione interdittale propria delle porte e dei muri cittadini (cfr. GROSSO, *Le cose*, cit., p. 86).

Se tale inquadramento nelle *res sanctae* resta solo probabile, data la genericità del testo, indiscutibile è invece l'importanza religiosa che la tradizione concorde riconosce alla divisione dei campi, sia attribuendone l'origine ad un comando divino, sia ricordando i riti sacrificali che dovevano compiersi per richiamare su essa la tutela degli dei.

I due punti sono connessi, in quanto l'esigenza di proteggere i confini dei campi e quindi la proprietà privata è comune a tutti i popoli agricoltori dell'antichità, e si concreta appunto nel compimento di cerimonie cui è attribuita la virtù magica di richiamare sui termini la sanzione della divinità. Sotto questo aspetto sono molto efficaci le parole con cui Servio (IV secolo d.C.) riporta – sia pur senza fondamento storico – l'origine del diritto stesso all'introduzione della coltura del frumento:

ad. Aen. 4.58: ante inventum frumentum a Cerere passim homines sine lege vagabantur; quae feritas interrupta est invento usu frumentorum, postquam ex agrorum divisione nata sunt iura.

Senza pretendere di fare con completezza un'indagine comparata degli aspetti che l'esigenza di santificare i confini presenta presso i popoli antichi, può essere utile ricordarne un esempio particolarmente significativo, dato dal diritto babilonese.

Tra i documenti rinvenuti negli scavi di Susa in Caldea spiccano i *kudurrù*, cippi di pietra che portano scolpiti su una faccia bassorilievi rappresentanti diverse divinità, e sulle altre l'iscrizione di atti di donazione o concessione fatte dal re a privati. Tali atti designano in modo preciso i limiti della proprietà concessa o donata: il nome delle pietre significa «termine» o «limite», per estensione dall'atto che documentano. Su una di esse si legge «il nome di questa pietra è: indicazione dei limiti per l'eternità» (sull'uso dei *kudurrù*, che fornisce elementi essenziali per la storia della proprietà fondiaria in Caldea, si

veda ampiamente E. CUQ, *Etudes sur le droit babylonien*, Paris, 1929, p. 81 ss., le cui conclusioni riassumiamo: di esse tiene ora conto S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, Milano, 1957, p. 48 ss.).

I *kudurrù* servivano anzitutto come mezzo di prova: infatti terminano sempre con una lunga formula dove si minaccia la collera degli dei contro chi nei giorni futuri disconoscerà il diritto del proprietario. Un seconda funzione era quella di dare pubblicità all'atto. Le pietre erano infisse nel suolo dei campi, e se ne faceva una copia che, deposta nel tempio dove restava sotto la protezione degli dei, poteva essere adoperata come documento in caso di controversia. Ma non era questa la vera ragion d'essere dei *kudurrù*: essi avevano come scopo principale di porre l'acquisizione della proprietà sotto la protezione degli dei. A questa conclusione giunge il CUQ, *op. cit.*, p. 86 s. in base all'esame delle due caratteristiche di tali pietre: i bassorilievi rappresentanti l'emblema di certe divinità e le imprecazioni e anatemi contro chi volesse contestare il diritto dell'acquirente, o spostare, nascondere, distruggere la pietra indicante i limiti della sua proprietà.

Questa sommaria esposizione può essere utile ad illuminare la diffusione dell'esigenza di assicurare con un intervento magico il rispetto della proprietà, ugualmente sentita dai popoli agricoltori dell'antichità in analoghe condizioni di vita sociale. Essa chiarisce come la tradizione romana – volendo spiegare l'origine della limitazione dei campi – l'attribuisse all'intervento degli dei. E poiché due sono le grandi correnti culturali che si incontrano a formare la civiltà romana – l'italica e l'etrusca – ciascuna di esse conservò il ricordo delle diverse divinità cui era agli inizi affidata la tutela dei confini. Dalla tradizione italica deriva il riferimento al re sabino Numa Pompilio, che avrebbe posto le pietre di confine sotto la tutela del dio Termine:

Dion. Hal., *ant. Rom.* 2.74 (trad. RICCOBONO, in «Fontes», I, cit., p. 11): [Numa] iubens unumquemque terminare agrum suum et lapides in finibus ponere, eos Iovi Termino sacravit; si quis vero terminos sustulisset vel transtulisset, deo sacrum esse qui fecisset, sanxit.

Fest., *verb. sign.*, sv. 'Termino' (L. p. 505): Termino sacra faciebant, quod in eius tutela fines agrorum esse putabant. Denique Numa Pompilius statuit, eum qui terminum exarasset et ipsum et boves sacros esse.

(Altre conferme si trovano nella tradizione che riconduce il culto del dio Termine al popolo sabino – Varr., *ling. Lat.* 5.10.74 – e nell'etimo italico del vocabolo 'terminus': cfr. ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*, cit., *sub h.v.*).

Ma la sacertà dei confini, di cui questi testi proverebbero l'origine aria ed italica, ebbe uguale sviluppo anche presso gli Etruschi (si vedano *supra*, p. 123, le osservazioni fatte a proposito del pomerio: tanto quest'ultimo, quanto la divisione dei campi, sono aspetti della limitazione; cfr. inoltre il così detto *liber Vegoiae* [L. p. 350], frammento tradizionalmente attribuito ad un'antichissima indovina etrusca – 'cum autem Iuppiter terram Aetruriae sibi vindicavit, constituit iussitque metiri campos signarique agros' (ll. 18 s.) – e Front., *limit.*, p. 27.13-14 (L.): 'limitum prima origo ... a disciplina etrusca'). Il dualismo riscontrato nei sistemi di orientazione sacrale si ritrova dunque nelle leggende eziologiche relative all'introdursi della limitazione agricola, dimostrando che un comune fondamento magico stava alla base di queste istituzioni nella concezione di tutti i popoli antichi.

In Roma il culto di Termine era rozzo e primitivo, come appare dal fatto che la divinità non si distingueva dalla pietra terminale in cui si supponeva dimorasse: il dio era infatti venerato sotto forma di cippo di confine nell'antico *sacellum* capitolino; e nella festa dei *Terminalia* si sacrificava a tutti i termini dei campi, dai quali, alle origini, non si sapeva astrarre la nozione di una divinità protettrice di tutti i confini (cfr. MARQUARDT, *op. cit.*, I, p. 29 s., P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in «SDHI.», XIX, 1953, p. 59, e DE SANCTIS, *op. cit.*, I, p. 258 s.).

Per quanto riguarda il rito, esso consisteva in sacrifici al dio Termine, e cioè alle pietre di confine in cui era rappresentato, che accompagnavano la divisione del terreno:

Sic. Flacc., *cond. agr.* p. 141.2-12 (L.): apud antiquos... cum enim terminos disponerent, ipsos quidem lapides ... unguento velaminibusque et coronis eos coronabant. in fossis autem in quibus eos posituri

erant, sacrificio facto hostiaque immolata atque incensa facibus ardentibus, in fossa cooperti sanguinem instillabant, eoque tura et fruges iactabant. favos quoque et vinum, aliaque quibus consuetudo est Termini sacrum fieri, in fossis adiciebant ...

Le particolarità del rito qui descritto non hanno in realtà grande rilievo, servendo solo a confermarne il carattere campestre. Piuttosto è da notare che il culto antichissimo di Termine si conservò probabilmente con la stessa rozzezza di forme fino alle soglie dell'età imperiale: questa ipotesi, che suggerisce il ritrovar menzionate le feste Terminali nel calendario delle ferie pubbliche successive alla riforma di Giulio Cesare, trae conferma da un recentissimo studio basato su dati archeologici. In diversi punti del Veneto sono stati ritrovati cippi di confine di età augustea, sul cui lato superiore è regolarmente scavata una pozzetta rotonda: e la funzione di essa è stata individuata nel compimento di sacrifici rituali, in connessione col carattere sacro attribuito alla pietra terminale (cfr. L. ALPAGO NOVELLO, *Resti di centuriazione romana nella Val Belluna*, in «Rendiconti dei Lincei», s. 8ª, XII.5-6, 1957, p. 257).

18. Al sacrificio si accompagnava la limitazione dei campi: ma anche in questa operazione era visibile, alle origini, piuttosto l'aspetto religioso che non quello tecnico.

La dottrina dei limiti infatti, basandosi anch'essa sulla tecnica di individuazione del *templum* augurale, era all'inizio riservata ai sacerdoti:

Hig., *limit. const.* p. 166.10-13 (L.): primum haec ratio mensurae constituta ab Etruscorum aruspicum disciplina; quod illi orbem terrarum in duas partes secundum solis cursum dividerunt ...

(si veda dello stesso Igino p. 170.5 – '*posita auspicaliter groma*' – nonché la già ricordata voce '*rituales*' di Festo [L. p. 358], e *Tabulae Iguvinae*, ed. Devoto, Roma, 1954, p. 140 ss.: cfr. B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, Verona, 1897, p. 45, e U. COLL, *Il diritto pubblico degli Umbri e le Tavole Eugubine*, Milano, 1958).

La secolarizzazione dell'istituto dovette avvenire in età molto antica, poiché la dottrina dei limiti trovò regolamentazione nelle XII Tavole (comunque si vogliano interpretare, infatti, le norme riunite dai moderni editori nella *Tab.* VII.1-6, indiscutibile è il loro riferimento alla regolamentazione dei confini nei rapporti di vicinanza: cfr. «FIRA», I, cit., p. 48, con la bibliografia essenziale). Si giunse così a separare l'aspetto puramente religioso, riservato ai sacerdoti, da quello tecnico dell'operazione, che compivano ormai gli agrimensori raggruppati in collegio professionale.

Tale operazione (indicata come '*agrorum finitio*', '*centuriatio*', '*terminatio*', '*limitatio*'), che in Roma fu certo usata fin dall'età più antica – l'istituzione del pomerio, come si è visto, è un aspetto di essa – si è voluta anche collegare all'origine della proprietà fondiaria individuale, basandosi sulla tradizione che riporta a Romolo l'assegnazione di due iugeri di terreno ad ogni cittadino (Fest., *verb. sign.*, sv. '*heredium*' e '*hortus*' [L. p. 89 e 91], Plin., *nat. hist.* 19.4.19.50, e Varr., *re rust.* 1.10). Nulla sappiamo su ciò di sicuro: l'ipotesi non può respingersi a priori, poiché Liv., *urb. cond.* 5.55, afferma che prima dell'incendio Gallico la città era anche internamente divisa e, trattandosi di un ricordo a fondamento topografico, la leggenda è in questo caso più facilmente attendibile.

È bene tuttavia esser prudenti nel valutare l'estensione primitiva delle assegnazioni territoriali, e soprattutto nel dedurre troppo rigorose conseguenze circa l'origine di istituti giuridici quali la proprietà fondiaria od i suoi limiti.

Passiamo invece, dopo aver chiarito il carattere sacro della limitazione e le prescrizioni religiose che la regolano, a vederne l'applicazione tecnica e gli effetti giuridici, entro i limiti in cui questi erano certamente ad essa legati in età storica.

Per fermarci ad argomenti concreti, documentabili attraverso le fonti, si può affermare anzitutto che alla *mensura agrorum* risaliva la contrapposizione tra *publicus* e *privatus*. Si considerava *ager publicus* tutto il territorio su cui Roma aveva esteso il suo dominio nel corso della graduale espansione nel Lazio: esso, destinato alla pastorizia e all'agricoltura estensiva, poteva essere occupato da chiun-

que ne avesse i mezzi, per stabilirvi i suoi pascoli. Tale forma di occupazione era però soltanto concessa dallo Stato, che poteva revocarla a suo piacimento: la storia della legislazione agraria descrive il succedersi delle norme con cui lo Stato romano, riaffermando il proprio diritto su parti di tale territorio, le distribuiva a determinati cittadini o categorie di cittadini, assegnandole in proprietà privata (si veda *supra*, p. 32).

La tradizione ricorda in modo particolare l'assegnazione del suolo tolto ai Veienti nel 396 a.C., e distribuito in piccoli lotti alle singole famiglie plebee; le distribuzioni si moltiplicarono nell'età successiva insieme all'espansione coloniale in Italia. Nel II secolo a.C., in seguito all'esecuzione delle leggi graccane, la maggior parte del territorio rimasto nella condizione di *ager publicus* fu diviso, specialmente tra i veterani dell'esercito; mentre si convertì in piena proprietà l'occupazione precaria di quello rimanente.

L'*ager* veniva diviso da due linee perpendicolari, che si incrociavano nel punto centrale del territorio, una da Nord a Sud, '*cardo*', l'altra da Est a Ovest, '*decumanus*'. Si tracciavano poi altre linee parallele a queste, in modo da dividere tutto il suolo in quadrati uguali, che formavano le *centuriae*. Tutte le linee parallele, a loro volta indicate come *cardines* e *decumani*, oppure *limites*, dovevano servire come vie pubbliche: ai loro punti d'incontro si ponevano pietre, sulle quali veniva indicato il numero del limite (le fonti per conoscere tale tecnica sono gli scritti degli agrimensori, e principalmente, Frontino, *de limitibus*, Igino, *de limitibus* e *de limitibus constituendis*, e Siculo Flacco, *de condicionibus agrorum*, che risalgono all'età di Domiziano e di Traiano: essi si trovano raccolti, insieme ad altri scritti relativi all'agrimensura romana, nell'edizione di K. LACHMANN, *Gromatici veteres*, Berlin, 1948, più volte citata. Su questi argomenti si veda, oltre al fondamentale studio del BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori*, cit., M. WEBER, *Die römische Agrargeschichte*, Stuttgart, 1891, E. DE RUGGIERO, '*Ager publicus - privatus*', in «Enciclopedia giuridica italiana», I,2, Milano, 1912, p. 592 ss.; E. PAIS, *Storia della colonizzazione di Roma antica*, I, Roma, 1923; L. ZANCAN, *Ager publicus. Ricerche di storia e di diritto romano*, Padova, 1935; A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952; G. BRANCA, '*Ager privatus*' e '*Ager publicus*', in «NNDI», Torino, 1957, p. 411 e 412).

Il rapporto giuridico cui dava luogo l'assegnazione era il *dominium ex iure Quiritium*, proprietà piena, illimitata, trasmissibile, esente da tributi.

Criterio fondamentale, tecnico e giuridico insieme, dell'*ars gromatica*, è che i terreni *divisi et adsignati* venivano riportati in una mappa (*forma agri*), riprodotte la concreta divisione dei campi, e avente fede pubblica:

Sic. Flacc., *cond. agr.* p. 154.12 - 155.2 (L.): agrorum divisorum, qui institutis limitibus divisi sunt, formae variae appellationes accipiunt ... illa tantum fides videatur quae aereis tabulis manifestata est. quod si quis contra dicat, sanctuarium Caesaris respici solet. omnium enim agrorum et divisorum et assignatorum formas ... in sanctuario habet. qualescumque enim formae fuerint, si ambigatur de earum fide, ad sanctuarium principis revertendum erit.

Sulla base di questa forma operavano gli agrimensori chiamati a risolvere le controversie che potevano sorgere tra i privati, o a definire e rettificare i confini dell'*ager publicus*, qualora fosse abusivamente occupato oltre i limiti dell'assegnazione (si vedano Fig., *gener. contr.* 126.1-2 - '*secundum formas disputatur*' - e 131.13, e Sic. Flacc., *cond. agr.* 138.11; cfr. BRUGI, *op. cit.*, p. 106 e 131 ss.).

19. Qui potremmo fermarci: abbiamo infatti dimostrato che la limitazione, attuata secondo le norme augurali, era in stretto rapporto con l'originaria destinazione degli *agri divisi* alla proprietà privata, poiché ad essa bisogna ricondurre l'unica forma possibile di *dominium* sull'*ager publicus*. Tale rapporto esclusivo, però, viene meno nell'età successiva, quando, a cominciare dalla *lex Agraria* del 111 a.C., diverse leggi ammisero la trasformazione in piena proprietà dell'occupazione abusiva di terreni pubblici non limitati.

Vogliamo tuttavia accennare ancora ad un argomento relativamente al quale la rilevanza giuridica della *terminatio* si protrasse fino al termine dell'età imperiale.

La distinzione tra *agri limitati* ed *arcifinii* regola infatti nel diritto classico tutta la materia degli in-

Ennius				
<i>Annales</i> (Vahlen)			<i>de limitibus constituendis</i> (Lachmann)	
157	124	p. 166.10-13	128	
		p. 170.5	128	
		p. 176.2-5	124	
Festus			<i>de generis controversiarum</i> (Lachmann)	
<i>de verborum significatione</i>		p. 126.1-2	129	
sv. 'compascuus ager'	40		Isidorus Hispalensis	
sv. 'beredium'	128		<i>etymologiarum sive originum libri</i>	
sv. 'bortus'	128		6.19.30	113
sv. 'inpensam'	52		15.2.4	125
sv. 'mundus'	122		Lactantius	
sv. 'possesiones'	32		<i>de mortibus persecutorum</i>	
sv. 'quadrata Roma'	122; 124		48	65
sv. 'religiosus'	109		Livius	
sv. 'rituales'	114; 123; 128		<i>ab urbe condita</i>	
sv. 'sacer'	109; 112; 113		1.8.1	61
sv. 'scribas'	44		1.32.9	25; 26
sv. 'sepulchrum'	118		1.44	123
sv. 'Termino'	127		1.55	114
Frontinus			2.8	112
<i>de controversiis agrorum</i> (Lachmann)			4.9.9	61
p. 17.1-3	40		5.50	114
p. 54.17-19	39		5.52	109
<i>de limitibus</i> (Lachmann)			5.55	128
p. 27.13-14	127		9.10.9	25
Gellius			39.44	33; 34
<i>noctes Atticae</i>			40.51	34
1.2	25		<i>Liber Vegoiae</i> (Lachmann)	
1.12.18	34		p. 350.18 s.	127
7.7.4	114		Lucanus	
7.7.6	33		<i>bellum civile</i>	
10.24	25		7.293	61
16.3.9	125		Lucianus Samosatenus	
18.7.5	40		<i>Charon</i>	
Horatius			23	125
<i>carmina</i>			Lycurgus	
1.16.20	125		<i>in Leocratem</i>	
<i>saturae</i>			61	125
1.8.12-13	118			
Hyginus				
<i>de condicionibus agrorum</i> (Lachmann)				
p. 117.5-6	44			

Macrobius		Scriptores Historiae Augustae	
<i>saturnalia</i>		<i>Hadrianus</i>	
1.10.7	33	7.5	105; 107
1.16.8	122	<i>Marcus Aurelius</i>	
3.3.1	112	23.3	107
3.3.2	113; 120	<i>Pertinax</i>	
3.3.4	114	9.3	107
3.11.5	116	<i>Severus Alexander</i>	
Orosius		33.2	67
<i>historiae</i>		Seneca junior	
5.18.27	44	<i>de beneficiis</i>	
Ovidius		7.7	109
<i>fasti</i>		<i>de clementia</i>	
4.819-826	122	1.26	125
4.821	123	<i>epistulae</i>	
4.823	123	102.6	61
Panegyrici		Seneca senior	
(<i>Latini Pacati Drepanii pan. Theodosio Augusto dictus</i>)		<i>controversiae</i>	
12.[2].36.4	61	9.2.15	31
Paulus Diaconus		Servius	
<i>Epitoma Festi</i>		<i>ad Aeneidem</i>	
sv. 'inpensam'	52	2.161	31
Plinius junior		3.134	122
<i>epistulae</i>		4.58	126
1.8	105	Siculus Flaccus	
7.18	105; 106	<i>de condicionibus agrorum</i> (Lachmann)	
10.49-50	115	p. 136.14-137.4	32
10.71	114	p. 138.11	129
Plinius senior		p. 162.28-29	44
<i>naturalis historia</i>		p. 141.2-12	127 s.
19.4.19.50	128	p. 154.12 - 155.2	129
Polybius		Solinus	
<i>historiae</i>		<i>collectanea rerum memorabilium</i>	
3.22	25	1.17	124
<i>Regula Sancti Ferreoli Ucetiensis</i> (MIGNE, P.L. LXVI)			
cap. 36 (c. 972)	54		

Svetonius		VI, 29814	62
<i>Augustus</i>		VI, 29815	62
		VI, 32327	124
32	43	VI, 33885	51; 53
48	61	VI. 2.4416	43
		X, 444	51; 53
<i>Iulius Caesar</i>		X, 1579	50 s.; 62
		X, 3781	52
42	43	X.5904	44
		XIII, 1921	47; 62
Tacitus		XIII, 1974	47
<i>annales</i>		XIV, 2112	47
		XIV, 2299	45
6.17	105		
12.24	123		
14.27	125		
<i>historiae</i>			
4.53	114		
Varro			
<i>de lingua Latina</i>			
5.10.74	127		
5.32.143	122; 123; 124		
6.7.54	111; 112		
6.7.61	112		
7.2.6	124		
7.2.8	110; 124		
<i>de re rustica</i>			
1.10	128		
FONTI EPIGRAFICHE E PAPIROLOGICHE			
«CIL.»			
I.2 683	44		
II, 2102	51		
III, 924	52		
III, 7060	46; 47; 62		
V, 2176	53		
V, 3135	51		
V, 4489	53		
V, 6970	51		
V <i>Suppl.</i> , 633	118		
VI, 839	51		
VI, 919	34		
VI, 4416	47		
VI, 9405	48		
VI, 10234	53		
VI, 11034	45		
VI, 22518	118		
		VI, 29814	62
		VI, 29815	62
		VI, 32327	124
		VI, 33885	51; 53
		VI. 2.4416	43
		X, 444	51; 53
		X, 1579	50 s.; 62
		X, 3781	52
		X.5904	44
		XIII, 1921	47; 62
		XIII, 1974	47
		XIV, 2112	47
		XIV, 2299	45
		<i>Constitutio Antoniniana de Civitate</i> (<i>Pap. Giss.</i> I.40 = FIRA I n. 88, p. 445)	
		5 ss.	27
		DESSAU, <i>Inscriptiones Latinae Selectae</i>	
		1927	105
		5050.a	124
		6509	106
		6675	106
		8235	118
		8336	118
		8343	118
		8344	118
		8345	118
		8376	51 e nt. *
		<i>donatio Collegi Silvani</i> (Fira III n. 42 p. 116)	
		5 ss.	53
		13 ss.	52 s.
		«Ephemeris epigraphica»	
		VIII, 1899, n. 473, p. 122	44
		IX, 1913, n. 776, p. 444 s.	51 e nt. *
		FRASER, NICHOLAS	
		«Journal of Roman Studies», XLVIII, 1958	
		p. 117 ss.	121
		<i>leges Arae Augusti Narbonensis</i> (FIRA III n. 73, p. 228)	
		<i>l. a. 6</i>	115
		<i>l. a. 12</i>	115
		<i>ll. b. 8 ss.</i>	115
		<i>l. b. 32</i>	115
		<i>lex a Vicano Furviensis Templo Iovi dicta</i> (FIRA III n. 72, p. 226)	
		<i>ll. 7 s.</i>	116
		<i>ll. 12 ss.</i>	116

lex Agraria (Baebia)
(FIRA I n. 8, p. 102)

3 32
35 35

lex arae urbanae
(FIRA III n. 75 p. 230)

ll. 1 ss. 115

lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis
(FIRA I n. 21, p. 177)

37 35
72 52

lex templi Iovis dicta («FIRA.», III, n. 72 p. 226)

7 s. 116
12 ss. 116
14 116

libellus de collegio funeraticio tollendo
(FIRA III n. 41, p. 114)

l. 4 52
l. 10 52

ORELLI, *Inscriptiones Latinae Selectae*

4115 62
4412 53

Senatusconsultum de Bacchanalibus
(FIRA I n. 30, p. 240)

l. 7 25

sententia Senecionis de Sepulchris
(FIRA III n. 86, p. 277)

8 ss. 121

INDICE DEGLI AUTORI E DEI NOMI (*)

ABBOTT, F.F. : 66
ALBANESE, B. : 104
ALBERTARIO, E. : 41; 45; 46; 49; 54; 55; 56; 57;
58; 59; 60; 61; 62; 63; 64; 117; 121
ALBERTONI, A. : 105
ALLORIO, E. : 12 e nt. 67
ALPAGO NOVELLO, L. : 128

ALTHEIM, F. : 117
AMBROSINO, R. : 67
ANDREOTTI, R. : 105
ARANGIO-RUIZ, V. : 31; 58; 119
ARIAS BONNET, J.A. : 55
ARNDTS, L. : 86; 94
ASHLEY, A.M. : 105
AYER, A.J. : 100

*) Per maggiore comodità di consultazione, vengono qui altresì riportati, oltre che gli autori citati nella «nota di lettura» di Maria Campolunghi (p. 1-15), anche i curatori, i destinatari di studi in onore o in memoria e gli autori citati senza indicazione di una specifica opera, nonché—quasi trasformando in parte l'*indice degli autori* in una sorta di *indice dei nomi (propri)*—gli studiosi nominati, specie nella «nota di lettura» iniziale, non in relazione a loro scritti bensì in quanto protagonisti di episodi, aneddoti o ricordi relativi a Riccardo Orestano o in ogni caso a questa pubblicazione.

- BACHELARD, G. : 4 nt. 14
BAGOLINI, L. : 87; 96; 98
BALDO DEGLI UBALDI : 18
BANDINI, V. : 67; 68; 69
BARBERO, D. : 87; 88; 92
BARON, J. : 50
BARTOLO DA SASSOFERRATO : 18
BASANOFF, V. : 123
BAYET, J. : 117
BEHREND, F.H. : 96
BEKKER, E.I. : 71; 101
BENJAMIN, C. : 126
BENSA, P.E. : 88
BERGER, A. : 43 s.
BERTINI, A. : 99
BESELER G. VON : 46
BESTA, E. : 64
BETHMANN-HOLLWEG, M.A. : 95
BETTI, E. : 12; 17; 35; 42; 43; 45; 47; 70; 72; 94; 96
BEUDANT, C. : 95
BIERLING, E.R. : 89; 96
BINDER, J. : 56; 96
BIONDI, B. : 28; 32; 34; 38; 39; 46; 61; 63; 64; 72;
77; 113; 117; 130
BONELLI, G. : 71
BONFANTE, P. : 19; 24; 58; 61; 63; 72; 75; 76; 82;
83; 113; 114; 120
BOZZA, F. : 25
BRANCA, G. : 42; 129
BRINZ, A. VON : 71; 88; 106; 107
BRUCK, F.E. : 73
BRUGI, B. : 128; 129; 130
BRUTTI, M. : 5 nt. 22
BUCHKA, H. VON : 67
BURDESE, A. : 129
- CAGNAT, R. : 115
CAMPOLUNGI, M. : 3 nt. 5; 5
CAPOGRASSI, G. : 97
CAPRIOLI, S. : 5 nt. 22
CARCOPINO, J. : 111
CASTIGLIA, T.A. : 97
CAVALLO, B. : 5 e nt. 21 s.; 6 e nt. 25 s.; 7; 9 nt. 45
CESARINI SFORZA, W. : 87; 96; 99
CIACERI, E. : 111
CICALA, F.B. : 92; 96; 97
CICCAGLIONE, F. : 95
CIMBALI, G. : 95
COGLIOLO, P. : 66
COHEN, M.R. : 100
COLI, U. : 42; 43; 52; 60; 128
COLLINET, P. : 76
COMTE, A. : 96
COVIELLO, N. : 96
CRIFÒ, G. : 5 nt. 22
CUMONT, F. : 118
CUQ, E. : 51; 127
- D'EUPEMIA, G. : 96
DE FRANCISCI, P. : 3 nt. 5; 12; 28; 29; 63; 66; 67; 71
DE MARINI AVONZO, F. : 5 e nt. 19; 7; 16 nt. *
DE MARTINO, F. : 26; 28; 30; 31; 125
DE ROBERTIS, F. : 17; 42; 43; 46; 67; 68; 69
DE RUGGIERO, R. : 88; 105; 129
DE SANCTIS, G. : 123; 127
DE VISSCHER, F. : 3 nt. 5; 7; 25; 27; 42; 46; 47; 54;
55; 58; 61; 73; 117; 119; 120
DECLAREUIL, J. : 66
DEL VECCHIO, G. : 88; 96
DEMELIUS, G. : 71
DERNBURG, H. : 89; 95
DESSAU, H. : 62
DEWEY, J. : 99
DI MARZO, S. : 75; 76; 81; 82; 83
DI PAOLA, S. : 112
DIRKSEN, H.E. : 44
DJUVARA, M. : 96
DU PASQUIER, C. : 96
DUFF, P.W. : 42; 47; 58; 73; 75
DUGUIT, L. : 87; 96; 98
DÜLL, R. : 117
DUSI, B. : 75
- EHRHARDT, A. : 65
ELIACHEVITCH, B. : 17; 24; 31; 32; 35; 37; 38; 41;
44; 45; 46; 47; 49; 50; 51; 53; 55; 58; 64
ERNOUT, A. : 110; 127
- FADDA, C. : 39; 88; 117
FALCHI, A. : 96
FALZEA, A. : 87
FANTETTI, E. : 121
FEENSTRA, R. : 17; 73
FERRANTE : 87
FERRARA, F. : 17; 35; 42; 71; 75; 85; 88; 89; 96; 100
FERRARA, G. : 5 nt. 22
FERRINI, C. : 42; 73; 76; 83; 117; 121
FICHTE, J.G. : 91; 92
FIESCHI, S. : 18
FILOMUSI-GUELFI, F. : 90
FORTI, U. : 103
FRANKFORT, H. : 122
FRASER, P.M. : 121
FUSCO, S.-A. : 10 nt. 48
- GARZETTI, A. : 105
GAUDEMET, J. : 66; 67; 73
GEORGESCU, V.A. : 115
GIANNINI, M.S. : 69; 102
GIERKE, O. : 47; 75; 96
GIORGIANNI, V. : 97; 98
GIRARD, P.-F. : 38; 100
GLÜCK, F. : 117; 125
GOIDANICH, P.G. : 110

- GOLDSCHMIDT, J.P. : 89; 98
GÖNNER, N.T. VON : 91
GOTHOFREDUS, J. : 66
GOUNOT, E. : 95
GRADENWITZ, O. : 45; 47; 56
GROSSI, P. : 15 nt. 101
GROSSO, G. : 113; 126
GUARINO, A. : 25
GUIRAUD, P. : 100
- HAGEMANN, H.-R. : 58; 73
HAMMOND, M. : 105
HAURIOU, M. : 18
HEGEL, G.W. : 91
HEIMBACH, G.E. :
HEIMBACH, K.W.E. :
HEISE, G.A. : 18
HENZEN, W. : 106
HERNANDEZ-GIL, A. : 94
- IMBERT, J. : 73
INVREA, F. : 95
- JELLINEK, G. : 94; 96
JHERING, R. VON : 75; 76; 88; 89; 94; 97
JOHNSON, A.C. : 66
JÖRS, P. : 47
JOSSELAND, L. : 95
- KANT, I. : 91
KARLOWA, O. : 66; 103
KASER, M. : 50
KELSEN, H. : 97; 98
KNIEP, F. : 55
KÖPPEN, K.F.A. : 88
KOSCHAKER, P. : 43
KOSCHEMBAHR-LYSKOSWY, J. : 96
KRELLER, H. : 42; 49; 60
KROLL, W. : 122
KRÜGER, H. : 56; 63
KRÜGER, P. : 48
KÜBLER, B. : 66
KUNKEL, W. : 47
- LA FORTUNA, G. : 61
LACHMANN, K. : 129
LALANDE, A. : 87
LANZA, C. : 3 nt. 5
LARENZ, K. : 96
LAURIA, M. : 113
LAVAGNA, C. : 25; 87; 96
LAVALLE, G. : 16 nt. *
LE BRAS, G. : 9 nt. 41; 72; 73; 116
LEICHT, P.S. : 67; 68
LENEL, O. : 45; 56; 58
LEONHARD, R. : 89
LERMINIER, E. : 94
LEVI, A. : 92
- LEWALD, H. : 117
LOCKE, J. : 91
LOMBARDI, G. : 25
LONGO, C. : 35; 62; 65
LOPEZ DE ONATE, F. : 96
LÜBTOW, U. VON : 42; 55; 58
LUCIFREDI PETERLONGO, M.E. : 121
LUNDSTEDT, A.V. : 96
LUZZATTO, G.I. : 36; 58
- MAIORCA, C. : 86 s.; 96
MANTELLO, A. : 3 nt. 5
MARQUARDT, K.G. : 113; 127
MATTHIAS, B. : 67
MAYR, R. : 65
MEILLET, A. : 110; 127
MENGARELLI, R. : 123
MENGOZZI, G. : 66
MESSINEO, F. : 88; 89; 103
MEURER, C. : 89
MISES, R. VON : 99
MITTEIS, L. : 39; 47; 51; 55; 56
MOMMSEN, T. : 43; 44; 47; 62; 106; 117; 118; 119
MONTI, G.M. : 67
MÜHLENBRUCH, C.F. : 102
MÜLLER, A.H. : 91
MURATORI, L.A. : 105
- NATOLI, U. : 87; 88; 97; 98; 99
NICHOLAS, J.K.B.M. : 121
NOCERA, G. : 28; 29; 30; 31
- OLIVECRONA, K. : 42; 58; 61
ORELLI, J.C. : 62
ORESTANO, F. : 100
ORESTANO, R. : 3 e nt. 1 ss.; 4 e nt. 13 ss.; 5 e nt. 18 e 21 ss.; 6 e nt. 25 ss.; 7 e nt. 29 ss.; 8 e nt. 32 ss.; 9 e nt. 41 ss.; 10 e nt. 48 ss.; 11 e nt. 55 ss.; 12 e nt. 64 ss.; 13 e nt. 73 ss.; 14 e nt. 82 ss.; 15 e nt. 93 ss.; 16 nt. *; 29; 73; 86
- PADELLETTI, G. : 66
PAIS, E. : 129
PAOLI, J. : 108; 112; 113; 116
PAOLI, U.E. : 25; 27
PARETI, L. : 123
PARIBENI, R. : 105; 126
PASSERIN D'ENTREVES, A. : 92; 93; 94; 99
PAULY, A. : 66; 112; 122; 126
PEKELIS, A. : 94
PERNICE, A. : 75; 76
PEROZZI, S. : 21; 24; 47; 58; 130
PHILIPSBORN, A. : 58; 61; 73
PIERANDREI, F. : 96
PIGANIOL, A. : 66; 125
PLANIOL, M. : 95
PREAUX, C. : 73
PRINGSHEIM, F. : 82

- PUCHTA, G.F. : 85; 92
PUFENDORF, S. VON : 18
PUGLIATTI, S. : 100; 103; 127
PUGLIESE, G. : 87; 97
- RADAELLI, U. : 75
RAGGI, L. : 3 nt. 1 e 12; 6 nt. 26; 7; 16 nt. *
RAMADIER, P. : 38
RAVÀ, R. : 96
RENARD, G. : 18
RESCIGNO, P. : 5 nt. 22
RICCOBONO, S. : 9 nt. 41; 25; 27; 72; 76 s.; 113; 116;
127; 120
RICHARD, G. : 96
RICHER, T.M. : 76
ROBERTI, M. : 64; 65
ROHDE, G. : 122
ROLOFF, H.H. : 122
ROMANO S. : 18; 24; 25; 97
ROSTOVZEV, M.I. : 105
- SALEILLES, R. : 51; 75
SALKOWSKI, C. : 55
SAMLÖ, F. : 96
SAN NICOLÒ, M. : 65
SANTA CRUZ TEIJERO, J. : 105
SARAGAT, G. : 15 e nt. 99
SATTA, S. : 12 nt. 67; 15 nt. 96
SAVIGNONI, L. : 123
SAVIGNY, F.C. VON : 18; 47; 56; 66; 71; 72; 75; 80;
85; 86; 87; 91; 92
SCADUTO, G. : 75; 76; 77; 82; 83; 84
SCHELLING, F. : 91
SCHNORR VON CAROLSFELD, L. : 17; 42; 45; 47; 55;
58; 61; 62; 63; 69; 73; 75
SCHULZ, F. : 25; 42; 75
SCIALOJA, V. : 33; 75; 94; 113; 117; 118
- SEGRÈ, G. : 88; 105
SERENI, E. : 50
SERRIGNY, D. : 66
SIBER, H. : 46
SOLARI, G. : 86; 90; 91; 92; 95
SOLAZZI, S. : 77; 112
SORBELLI, T. : 105
STAHL, F.J. : 90
- TAUBENSCHLAG, R. : 54
THIBAUT, A.F.J. : 94; 95
THON, A. : 94; 95; 97
TRABUCCHI, A. : 96
TREVES, R. : 94; 97
TRIMARCHI, V.M. : 75
TURCHI, N. : 110; 124
- VASSALLI, F. : 32; 35
VILLEY, M. : 86; 87; 95; 97; 98
VISCONTI, A. : 67; 68
VOCI, P. : 31; 127
VOLTERRA : 33; 50; 65; 67
- WALTZING, J.P. : 42; 47; 51; 67; 68
WEBER, M. : 129
WESTRUP, C.W. : 117
WIEACKER, F. : 87
WINDSCHEID, B. : 21; 75; 86; 87 s.; 88; 89; 94; 95;
97; 103
WISSOWA, G. : 66; 108; 112; 113; 115; 122; 126
WLASSAK, M. : 82
WOLFF, C. : 91
WUILLEUMIER, P. : 111
- ZANCAN, L. : 129
ZUCCOTTI, F. : 4; 5