

*Prof. dr Giovanni Lobrano*

Professore ordinario di Diritto romano.  
Dottore HC della Pontificia Universidad Católica del Perú  
Università di Sassari, Italia

## **DUE ESSENZIALI E PRIORITARI «PROBLEMI GENERALI DEL DIRITTO ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO»**

*L'oggetto della indagine è la contrapposizione fra due concezioni della organizzazione pubblica, una partecipativa ed una rappresentativa. Secondo l'autore, entrambe sono, in definitiva, basate sul diritto romano; il quale è oggetto, nel tempo, di due opposte interpretazioni. La interpretazione 'partecipativa' raggiunge il proprio vertice nella riflessione scientifica settecentesca, producendo la prima Costituzione repubblicana francese (1793) e il Code Napoléon (1804). Il prevalere, a conclusione della Rivoluzione, della componente economica e politica, che si autodefinirà "élite", postula, invece, una interpretazione rappresentativa del diritto romano. Tale nuova e opposta interpretazione è imposta dai "Pandettisti" tedeschi dell'Ottocento, producendo il Bürgerliches Gesetzbuch (1896-1900) allineato con il costituzionalismo dominante. L'autore conclude che, per potere usare il diritto romano come fonte di soluzioni per i problemi giuridici attuali, dobbiamo liberarci dalla egemonia della dottrina pandettistica e riscoprire la dottrina romanistica pre-ottocentesca.*

**Parole chiave:** Diritto romano; Teoria costituzionale; Rappresentanza; Democrazia diretta; Sovranità popolare.

### **INDICE-SOMMARIO**

**I. Contro la “storicizzazione” (ma anche contro la “attualizzazione”) del diritto romano: suo studio per risolvere problemi presenti e generali del diritto;**

1. “*Legge delle discipline giuridiche*”, secondo Paul Koschaker (1947), e “*problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*”, secondo Giuseppe Grosso (1948);

---

Giovanni Lobrano, [lobrano@uniss.it](mailto:lobrano@uniss.it).

2. *Studio costante del diritto romano (in particolare lungo i secoli XVII-XIX) per risolvere due essenziali e prioritari “problemi generali del diritto”: natura e volizione unitarie delle collettività, a iniziare dalla collettività Popolo;*

**II. Definizione e proposizione della alternativa tra “diritto romano” (antico) democratico e “diritto inglese” (medievale-moderno) aristocratico;**

1. *Popolo “consociatio” e quindi “partecipante”, di espressa ascendenza romana, secondo Althusius (1603-14), e Popolo “persona artificialis” e quindi “rappresentato”, di oggettiva ascendenza inglese, secondo Hobbes (1651-68);*

2. *Popolo “incapace” e quindi “rappresentato”, secondo l’aristocratico Montesquieu (1748), espressamente filo-inglese, e Popolo “società” e quindi “partecipante”, secondo il democratico Rousseau (1762), espressamente filo-romano;*

**III. Cancellazione della ‘alternativa’: omologazione del “diritto romano” (antico) al diritto medievale e moderno (“inglese”);**

1. *Uniformità “elitaria”: Popolo “persona ficta” e “incapace” nel “diritto romano odierno” di Savigny (1840-48), precedente oggettivo del “diritto inglese”;*

2. *Conseguenze denunciate: “dimenticanze” della scienza giuridica novecentesca e “blocco” del suo sviluppo;*

**IV. Prospettiva attuale necessaria e possibile: recupero della memoria da parte della scienza giuridica e sblocco del suo sviluppo.**

## **I. CONTRO LA “STORICIZZAZIONE” (MA ANCHE CONTRO LA “ATTUALIZZAZIONE”) DEL DIRITTO ROMANO: SUO STUDIO PER RISOLVERE PROBLEMI PRESENTI E GENERALI DEL DIRITTO**

1. *“Legge delle discipline giuridiche”, secondo Paul Koschaker (1947), e “problemi generali del diritto attraverso il diritto romano”, secondo Giuseppe Grosso (1948)*

Nel Novecento (a conclusione di un dibattito svoltosi durante la prima metà di quel secolo, in particolare tra romanisti italiani) si è affermata ed è divenuta (come vedremo: disastrosamente) dominante la tesi che il diritto romano, per essere studiato correttamente, deve essere studiato esclusivamente nel suo contesto storico: senza riferimenti al presente.

Chi ha studiato tale dibattito lo ha descritto come tra sostenitori della “attualizzazione” e sostenitori della “storicizzazione” del diritto romano e ha concluso che la sua “attualizzazione” (ossia la ricerca della sua continuità con le istituzioni giuridiche presenti) appare universalmente «irrealistica già

negli anni 60» a favore della sua «integrale storicizzazione», la quale «mette a nudo senza infingimenti la distanza tra il presente e il passato».<sup>1</sup>

Nella prima metà del Novecento, *contro* la tesi della “storicizzazione” del diritto romano, si erano espressi – oggettivamente ma nettamente nonché in modo sincronico e convergente – due importanti romanisti europei: il tedesco Paul Koschaker e l’italiano Giuseppe Grosso, la cui tesi complessivamente, però, neppure è riducibile alla formula della “attualizzazione”.

Nel 1947, Koschaker, nel trattato *Europa und das römische Recht*, pubblicato a München e Berlin, enuncia la “legge delle discipline giuridiche”, secondo la quale esse “sono orientate al presente” («le discipline giuridiche hanno le loro leggi, e una di tali leggi è che esse sono tutte più o meno orientate al presente».)<sup>2</sup> In altri termini: se il diritto romano vuole essere studiato in modo *giuridico* e se i romanisti vogliono essere dei *giuristi*, oggetto del loro studio deve essere il presente, non il passato.

Nel 1948, Grosso, tiene a Torino un corso di lezioni, pubblicato con la casa editrice Giappichelli, il quale è e resta – *nei fatti* – applicazione *esemplare* della “legge” enunciata da Koschaker. L’illuminante titolo del corso di Grosso è «*Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*», da cui ho tratto il titolo per questo intervento.

**2. Studio costante del diritto romano (in particolare lungo i secoli XVI-I-XIX) per risolvere due essenziali e prioritari “problemi generali del diritto”: natura e volizione unitarie delle collettività, a iniziare dalla collettività Popolo**

Se esaminiamo (nelle sue grandi linee) lo studio del diritto romano durante i secoli precedenti il Novecento (in particolare durante i secoli Seicento, Settecento e Ottocento)<sup>3</sup> vediamo che tale studio non è affatto “storicizzato” ma neppure è “attualizzato”; esso, invece, è condotto, precisamente e costantemente: *secondo la legge* enunciata da Paul Koschaker e *con il metodo* proposto e sperimentato da Giuseppe Grosso.

I “problemi generali del diritto”, sia pubblico sia privato, precisamente e costantemente affrontati attraverso il diritto romano sono, in particolare, due; tra loro strettamente connessi e la cui soluzione è preliminare alla soluzione di tutti gli altri problemi giuridici e la condiziona. Tali due essenziali e prioritari “problemi generali del diritto” sono:

**α. la concezione della natura *unitaria* della collettività (in particolare del Popolo) e**

<sup>1</sup> Vedi, per questa tesi, M. Brutti, “Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano” in *RISG – Rivista italiana per le scienze giuridiche* 6/2015, 55–126.

<sup>2</sup> «die juristische Disziplinen haben ihre eigenen Gesetze, und eines dieser Gesetze ist, daß sie alle mehr oder weniger auf die Gegenwart orientiert sind».

<sup>3</sup> Iniziamo l’“esame” dal Seicento perché è a partire da questo secolo che possiamo scrivere di confronto tra due “modelli” di Diritto: romano e inglese. Vedi, *infra*, § II.1.

**β.** il regime della volizione *unitaria* della collettività (in particolare del Popolo).

Lo studio del diritto romano, così condotto, e le dottrine, così prodotte, incidono sempre – in maniera diretta e determinante – sugli assetti del diritto via via vigente.

Nella continuità di tale studio avviene però – con il passaggio dal Settecento all’Ottocento – una cesura netta. La cesura riguarda *non* la opzione metodologica dello studio del diritto romano (la quale resta quella dei due essenziali e prioritari “problemi generali del diritto”) *ma* i suoi risultati dottrinali (che sono, invece, *letteralmente* ribaltati).<sup>4</sup>

## II. DEFINIZIONE E PROPOSIZIONE DELLA ALTERNATIVA TRA “DIRITTO ROMANO” (ANTICO) DEMOCRATICO E “DIRITTO INGLESE” (MEDIEVALE-MODERNO) ARISTOCRATICO

1. *Popolo “consociatio” e quindi “partecipante”, di espressa ascendenza romana, secondo Althusius (1603-14), e Popolo “persona artificialis” e quindi “rappresentato”, di oggettiva ascendenza inglese, secondo Hobbes (1651-68)*

Il Seicento è il secolo in cui le scoperte geografiche (la ormai metabolizzata scoperta della America) e astronomiche (la critica del geo-centrismo) conducono a una nuova visione del mondo e a interrogarsi profondamente sul ruolo dell’uomo.

Nel ‘campo’ del diritto, sono prodotte due dottrine tra loro alternative (e che tuttora tengono *tutto* tale ‘campo’) centrate precisamente sui due *essenziali e prioritari* “problemi generali”, che abbiamo indicato.

Il romanista tedesco Johannes Althusius scrive tra il 1603 (1a ed.) e il 1614 (3a ed.) la *Politica methodice digesta*, nella quale sono descritti:

**α)** la natura unitaria del Popolo come “società” (la parola usata da Althusius è *consociatio*) e

**β)** il suo regime volitivo unitario in termini di partecipazione dei suoi membri (*soci* o *consoci*).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Vedi, *infra*, §§ II.1 e 2 e III.1.

<sup>5</sup> C. Malandrino, “Introduzione: la *Politica methodice digesta* di Johannes Althusius” in Johannes Althusius U.J.D., *La politica. Elaborata organicamente con metodo, e illustrata con esempi sacri e profani [1614]*, tr. it. a cura dello stesso Malandrino, Torino 2009, 37: «centrali nel sistema politico althusiano appaiono – oltre alle più conosciute dottrine della sovranità popolare e della resistenza antitirannica – le peculiari visioni della comunità strutturata federativamente, della *partecipazione* “popolare”». Osserva Malandrino (*ibid.*, 84; cfr. 193) che nell’opera althusiana «La sovranità viene così attribuita alla *respublica* stessa, non alla persona del *summus magistratus*» così che, nella dedica della 3a ed. della *Politica* agli “illustri ordini della Frisia Occidentale”, Althusius scrive: «Per dimostrare questo principio potrei addurre anche il lodevole esempio offerto da voi e dalle altre province confederate. Infatti, quando avete intrapreso la guerra contro il poten-

Il filosofo inglese Thomas Hobbes scrive tra il 1651 (ed. latina) e il 1668 (ed. inglese) il *Leviathan*, nel quale sono descritti:

α) la natura unitaria del Popolo come “*homo [o persona] artificialis*” (“artificial man”)<sup>6</sup> e

β) il suo regime volitivo unitario in termini di sua sostituzione da parte di “rappresentanti”.<sup>7</sup>

Con le alternative dottrine di Althusius e di Hobbes, sui due essenziali e prioritari “problemi generali del diritto”, siamo in presenza della prima, matura alternativa di modelli giuridici: antico romano e medievale-moderno inglese; i quali, quindi, si dividono il ‘campo’ del diritto.

La dottrina di Althusius è, infatti, in esplicita continuità con la dottrina romana del popolo come “società” – per definizione ‘sovrana’ – quale espressa in particolare da Cicerone (*rep.* 1,39)<sup>8-9</sup> e tale continuità si mani-

tissimo re di Spagna, non avete ritenuto che i diritti di sovranità gli appartenessero in modo così inseparabile da non sussistere al di fuori di lui; ma piuttosto, privando del loro uso ed esercizio colui che ne abusava, e riprendendovi ciò che era vostro, avete dichiarato che questi spettano alla molteplicità consociata, e al popolo delle singole province.»

<sup>6</sup> *Lev.*, 1651, in part. “The Introduction” : «that great LEVIATHAN called a COMMONWEALTH, or STATE (in Latin, CIVITAS), which is but an artificial man, though of greater stature and strength than the natural, for whose protection and defence it was intended»; [quel grande LEVIATHAN chiamato COMMONWEALTH, o STATO (in latino, CIVITAS), che non è che un uomo artificiale, sebbene di statura e forza maggiore del naturale, alla cui protezione e difesa era destinato)].

<sup>7</sup> *Lev.*, 1651, in part. cap. XVI “Of Persons, Authors, And Things Personated”: «A Multitude of men, are made One Person, when they are by one man, or one Person, Represented; so that it be done with the consent of every one of that Multitude in particular. For it is the Unity of the Representer, not the Unity of the Represented, that maketh the Person One. And it is the Representer that beareth the Person, and but one Person: And Unity, cannot otherwise be understood in Multitude.» [Una moltitudine di uomini, sono costituiti una Persona, quando sono da un uomo, o da una Persona, Rappresentati; in modo che sia fatto con il consenso di ciascuno di quella moltitudine in particolare. Perché è l’Unità del Rappresentante, non l’Unità del Rappresentato, che fa della Persona una. Ed è il Rappresentante che porta la Persona, e una sola Persona: E l’Unità, non si può altrimenti intendere in Moltitudine.]

<sup>8</sup> C. Malandrino, 83 «Sotto il profilo teorico, in generale Althusius parla di *respublica* insieme a *populus* traendo la sua definizione dal *De republica* di Cicerone (I, 24, i.e. I, 39)». Così già P. J. Winters, *Die ‘Politik’ des Althusius und ihre seitgenossischen Quellen*, Freiburg 1963, 179.

<sup>9</sup> La complessa istituzione societaria romana (che, come ricorda Gai. *inst.* 3.148-154, va dall’istituto di *ius civile*, del *consortium* automatico tra eredi, all’istituto di *ius gentium*, della *societas* consensuale) è costantemente caratterizzata dall’elemento – assolutamente straordinario – della ‘acefalia’: la connaturata assenza del o di un ‘capo’. Tale ‘assenza’ differenzia drasticamente la *societas* romana dalla ‘Gefolgschaft’ germanica, la quale invece postula la esistenza del ‘capo’ (L. Canfora, *La Germania di Tacito da Engels al nazismo*, Napoli, Liguori 1979, in part. il cap. “La Germania di Tacito nella tradizione etnografica: Norden”, 34–4; R. Fiori, “Sodales, ‘Gefolgschaften’ e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)” in *Societas – Ius. Mumusculadi allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999; G. Lobrano, “Società. Parte giuridica. Concetti e principi” in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica* XI, Napoli 2017).

fešta straordinariamente nella coincidenza (attualissima: penso al dibattito fatto e, soprattutto, a quello da fare sul federalismo)<sup>10</sup> tra il *sistema* di *con-sociationes* althusiano (che va dalla famiglia all’Impero, ponendo al centro la Città) e il *sistema* di *societates* ciceroniano (che va dalla coppia coniugale al genere umano, ponendo sempre al centro la Città [off. 1.53; cfr. 1.154]).

La dottrina di Hobbes fornisce, invece, oggettivamente, il quadro teorico mancante alla specifica prassi parlamentare inglese, introdotta tre secoli e mezzo prima (tra il 1294 e il 1295) con il cosiddetto “Model Parliament”. In tale Parlamento (rompendo la precedente e diffusa prassi dei Parlamenti, a iniziare da quello spagnolo del 1188, le Cortes de León) i mandatarî dei Comuni inglesi sono investiti (in forza di un decreto del re Edoardo I) **non più** del comando dei loro mandanti a trasmetterne la volontà su un ‘ordine del giorno’ predefinito **ma** del “pieno potere” (“full power” o “*plena potestas*”) dei loro mandanti per decidere *in loro luogo* su qualsiasi argomento sia posto nell’ambito dei lavori parlamentari.<sup>11</sup>

2. *Popolo “incapace” e quindi “rappresentato”, secondo l’aristocratico Montesquieu (1748), espressamente filo-inglese, o invece Popolo “società” e quindi “partecipante”, secondo il democratico Rousseau (1762), espressamente filo-romano*

Il Settecento è il secolo della transizione dall’“Ancien Régime” monarchico al nuovo regime costituzionale, attraverso la “Grande Rivoluzione”.

Tale transizione è mossa dalla espressa dialettica tra democratici e aristocratici, che è anche la dialettica tra sostenitori del Diritto romano e sostenitori del Diritto inglese (definitosi anche teoricamente – come abbiamo visto – durante il secolo precedente).<sup>12</sup>

Il sostenitore del diritto romano è il democratico Jean-Jacques Rousseau, Cittadino di Ginevra, il quale si contrappone espressamente al sostenitore del diritto inglese, l’aristocratico Montesquieu, Barone di Brède.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Vedi, ad es., T. Hüglin, *Sozietales Föderalismus: die politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlin 1991.

<sup>11</sup> Questa interpretazione di Hobbes mi appare assolutamente evidente anche se non la ho rinvenuta formulata da altri. La osservazione più simile mi appare essere quella di Dieter Hüning sul rapporto di Hobbes con la tradizione di Common Law (osservazione formulata nel “Chapter 9 - Hobbes on the Right to Punish from Part II: - Of Commonwealth” in Patricia Springborg, Ed., *The Cambridge Companion to Hobbes’s Leviathan*. Cambridge 2007 [on-line] su cui vedi E. Sergio, “Nuovi studi sul “Leviathan” di Thomas Hobbes” in *Rivista di Storia della Filosofia* 63-2/2008, 283).

<sup>12</sup> Tra la fine de sec. XIII e la metà del sec. XVII (vedi, *supra*, § II.1).

<sup>13</sup> Sulla dialettica Montesquieu-Rousseau: P. Dubouché, *De Montesquieu le moderne à Rousseau l’ancien. La démocratie et la république en question*, Paris 2015; cfr. Id., *Brève philosophie de la constitution. De Cicéron à René Girard. Analyse et psychanalyse des systèmes constitutionnels*, Paris 2019, in particolare i capitoli 2 e 3.

Montesquieu (*Esprit des lois*, 1748, cap. 11.6 “Della costituzione d’Inghilterra”) afferma:

α) a proposito della natura unitaria del Popolo, la sua “incapacità a prendere decisioni che necessitano di esecuzione” e

β) a proposito del suo regime volitivo unitario, la conseguente necessità che siano i “rappresentanti – da lui scelti – a decidere per lui”.<sup>14</sup>

Nonostante le critiche rivolte da Montesquieu a Hobbes,<sup>15</sup> è evidente la appartenenza del discorso operativo proposto da Montesquieu al quadro teorico predisposto da Hobbes.

Rousseau (*Du contrat social*, 1762, cap. 1.6 “Del patto sociale”) sintetizza entrambi gli essenziali e prioritari “problemi generali del diritto” in un unico “problema fondamentale” e ne dà una unica soluzione:

«“Trovare una forma di associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e la proprietà di ogni associato, e per la quale ciascuno, unendosi a tutti, non obbedisce che a se stesso e rimane libero come prima”. Questo è il problema fondamentale cui il *contratto sociale* fornisce la soluzione [...] gli associati prendono collettivamente il nome di Popolo e sono chiamati Cittadini in quanto *partecipanti* all’ autorità sovrana». <sup>16</sup>

È (come già in Althusius)<sup>17</sup> la soluzione indicata da Cicerone come propria del Popolo romano (*rep.* 1.39), il quale è definito dallo stesso Rousseau (già nel *Discorso sull’origine e i fondamenti della disuguaglianza tra gli uomini*, 1755) «modello di tutti i popoli liberi» e, poi, nel *CS* (cap. 4.4 “Dei Comizi Romani”) «veramente sovrano di diritto e di fatto».

La contrapposizione scientifica si traduce, durante la Rivoluzione, nello scontro politico e normativo, tra due Costituzioni, che sono altrettanti archetipi: la Costituzione del 1791 (montesquieuiana/inglese della “sovranità

---

<sup>14</sup> «Le grand avantage des représentants, c’est qu’ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n’y est point du tout propre; ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie. [...] Il y avait un grand vice dans la plupart des anciennes républiques: c’est que le peuple avait droit d’y prendre des résolutions actives, et qui demandent quelque exécution, chose dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée.»

<sup>15</sup> V. Goldschmidt, “Présentation” in Montesquieu, *De l’esprit des lois*, ed. Garnier-Flammarion, Paris 1979, 30: «polémique contre Hobbes».

<sup>16</sup> «“Trouver une forme d’association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s’unissant à tous, n’obéisse pourtant qu’à lui-même, et reste aussi libre qu’auparavant.” Tel est le problème fondamental dont le Contrat social donne la solution. [...] À l’égard des associés, ils prennent collectivement le nom de peuple, et s’appellent en particulier citoyens, comme participant à l’autorité souveraine.»

<sup>17</sup> Scrive P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 59: «il pensiero del Rousseau si collega a [o addirittura (*ibidem*, nt. 1) «dipende da»] quello dell’Althusius» mentre «Il Rousseau si oppone, anche qui, al Montesquieu».

nazionale” [art. 1] e della “rappresentanza” [art. 2])<sup>18</sup> e la Costituzione del 1793 (rousseauiana/romana della “sovranità popolare” e della partecipazione [art. 2]),<sup>19</sup> voluta dai Giacobini. La sconfitta di questi è anche la sconfitta del modello giuridico romano (nonostante la importante meteora napoleonica,<sup>20</sup> con il suo Codice civile francese del 1804).<sup>21</sup>

### III. CANCELLAZIONE DELLA ‘ALTERNATIVA’: OMOLOGAZIONE DEL “DIRITTO ROMANO” (ANTICO) AL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO (“INGLESE”)

1. *Uniformità “elitaria”: Popolo “persona ficta” e “incapace” nel “diritto romano odierno” di Savigny (1840-48) precedente oggettivo del “diritto inglese”*

<sup>18</sup> Article 1. - La Souveraineté [...] appartient à la Nation [...] Article 2. - La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. - La Constitution française est représentative.

<sup>19</sup> Article 2. - Le peuple français est distribué, pour l'exercice de sa souveraineté, en Assemblées primaires de canton.

E' la «unica Costituzione francese [...] in cui la formazione della legge dipendeva in definitiva dalla sua adozione da parte delle assemblee primarie comprendenti la totalità dei cittadini» (R Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931, 215 “Conclusion”).

<sup>20</sup> La definizione di Napoleone come continuatore di Robespierre («Robespierre à cheval») si trova nei *Miserabili* di Victor Hugo, il quale però la riprende da Mme de Staël (J. M. Hovasse, “Victor Hugo et Mme de Staël” in <http://groupugo.div.jussieu.fr/Groupugo/doc/14-09-27hovasse.pdf> [i2013-2014?], 14 ., riporta la seguente citazione di Victor Hugo a proposito di Napoleone: «Il a établi l'égalité partout. Mme de Staël l'a admirablement qualifié en l'appelant Robespierre à cheval. En effet Napoléon a fait la démocratie. On lui doit l'égalité et la Révolution. Il a appris au monde qu'un roi n'était rien ; il a mis la chose en action.»)

<sup>21</sup> Il quale, precisamente sui due essenziali e prioritari “problemi generali del diritto”, è alternativo al Codice civile tedesco del 1900, di cui Windscheid (vedi, *infra*, § III.1) è il principale artefice.

Nel *Code Napoléon*, la materia dell'operare in società è trattata nella sezione II del capo III, “Des Engagements des Associés entre eux et à l'égard des Tiers”, del titolo III.IX, “Du Contrat de Société”. Nel *BGB*, tutta la materia delle società è posta sotto il titolo “Juristische Personen”: Titolo 2 del Libro 1 “Allgemeiner Teil”, Abschnitt 1 “Personen” (il Titolo 1 è “Natürliche Personen”). Lo stesso faranno, ad esempio, nel 1942, gli autori del *Codice Civile* italiano: Libro Primo. Delle persone e della famiglia; Titolo I. Delle persone fisiche; Titolo II. Delle persone giuridiche; Capo II. Delle associazioni e fondazioni. In Francia, il tema della “persona giuridica”, non trattato nel *Code Napoléon*, sarà affrontato legislativamente soltanto con la “loi spéciale” del 1° luglio 1901.

La medesima contrapposizione troviamo nel Diritto commerciale. Il *Code de Commerce* francese del 1807 (redatto proprio per allineare la disciplina delle società per azioni ai principi ispiratori del *Code Napoléon*) afferma «Il principio della “sovranità” dell'assemblea [dei soci]: in questa è riposta la fonte di ogni potere di direzione dell'impresa; gli amministratori altro non sono se non “mandatari temporanei, revocabili, soci o non soci, salariati o gratuiti” (art. 31); ad essi, come a qualsiasi mandatario, l'assemblea degli azionisti può imporre direttive e ordini»; tale «democrazia azionaria» sarà soppiantato dalla ‘Aktiengesetz’ tedesca del 1937, in esplicita applicazione dell'opposto “Führprinzip”. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna il Mulino 2001, 4<sup>a</sup> ed., 159 e ss.; G. Lobrano, (2017).

L'Ottocento è il secolo della Restaurazione e, con essa, della riscoperta e della rivalutazione del ruolo della aristocrazia ossia del ruolo dei ‘pochi migliori’; riscoperta e rivalutazione che si traducono (in particolare con gli italiani Gaetano Mosca [giurista] e Vilfredo Pareto [economista]) nella teoria della “élite”.<sup>22</sup>

La Restaurazione nel Diritto significa innanzi tutto: preferenza per il diritto privato rispetto al diritto pubblico e uniformità di soluzioni giuridiche in luogo della dialettica tra di esse. In questo secolo, infatti, il diritto ha un unico grande artefice, quasi un demiurgo. È un romanista: Friedrich Carl von Savigny, autore del *System des heutigen römischen Rechts*, opera in otto libri, pubblicata a Berlino tra il 1840 e il 1849, che tratta essenzialmente il diritto *privato* romano.

La grande novità è, però, un'altra. Il diritto romano insegnato da Savigny non è *più* quello noto nei secoli precedenti e professato – in particolare – da Althusius e Rousseau.

Anche Savigny pone al centro della propria trattazione del diritto romano i due essenziali e prioritari “problemi generali”:

α) della concezione della natura unitaria della collettività (e, quindi, *anche* del Popolo) e

β) del suo regime volitivo unitario.

Però, le soluzioni che Savigny ne propone non sono *più* quelle che vengono dalla tradizione romanistica; esse sono, invece, quelle proprie alla elaborazione giuridica inglese e/o pro-inglese.

Secondo Savigny, infatti, già nel diritto romano la collettività è concepita unitariamente come una “persona giuridica” (“juristische Person”), la quale (precisamente come i minori e gli interdetti) è “incapace” (“handlungsunfähig”) e (come essi) deve essere sostituita nella volizione unitaria da un “rappresentante” (“Stellvertreter”).<sup>23</sup> È *esattamente* la dottrina di Hobbes (Popolo = persona artificiale)<sup>24</sup> con le integrazioni di Montesquieu (Popolo = incapace)<sup>25</sup> e, pertanto, conclusivamente: rappresentato. Con *questo* diritto romano, le nuove “élites” possono stare sicure: spodestarle non è più giuridicamente possibile.

Alla fine del secolo, il trattato del grande Theodor Mommsen, sul *Römisches Staatsrecht*, si limiterà a ripetere sui nostri due essenziali e prioritari “problemi generali del diritto” la dottrina di Savigny.<sup>26</sup> A Vittorio Emanuele

<sup>22</sup> G. Sola, “Elites, teoria delle” in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1993.

<sup>23</sup> *System*, III, Berlin 1840, §. 112. “II. Freye Handlungen. - Hindernisse. B. Vernunftlofe. C. Interdicirte. D. Juriftische Perfonen”; §. 113. “II. Freye Handlungen. - Erweiterung durch Stellvertretung”.

<sup>24</sup> Vedi, *supra*, §. II.1.

<sup>25</sup> Vedi, *supra*, § II.2.

<sup>26</sup> In particolare nell'*Abriss des römischen Staatsrecht*, Leipzig 1893. In proposito, vedi P. Onida, “Agire per altri» o «agire per mezzo di altri”, *Appunti romanistici sulla «rappresentanza»*, I. *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Napoli 2018, 91.

Orlando (il più importante costituzionalista e amministrativista italiano tra la fine dell’Ottocento e la prima metà del Novecento) si attribuisce la penetrante definizione di Savigny come l’“antirousseau” per eccellenza.<sup>27</sup>

Inoltre, a giuristi quali Paul Laband<sup>28</sup> e Bernhard Windscheid<sup>29</sup> (che possiamo considerare discepoli di Savigny) si deve la dottrina (integrativa di quella di Savigny e oggi più che dominante: monopolistica) della procura come “pieno potere” (“Vollmacht”),<sup>30</sup> la quale dottrina ripropone *esattamente* il regime volitivo *feudale* del “full power” ossia della “*plena potestas*”, già attribuito/a (in pieno medioevo)<sup>31</sup> ai delegati dei Comuni nel ‘Model Parliament’ di Londra. Windscheid, in particolare, è stato uno dei più rilevanti autori del Codice civile tedesco (il *BGB - Bürgerliches Gesetzbuch* del 1 gennaio 1900), che precisamente sui due nostri essenziali e prioritari “problemi generali dei diritti” spodesta il Codice civile francese di Napoleone.<sup>32</sup>

## 2. *Conseguenza denunciata: “dimenticanza” storicista della scienza giuridica novecentesca e “blocco” del suo sviluppo*

---

<sup>27</sup> G. Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1980, 93.

<sup>28</sup> “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsbuch” in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 10/1866, 183.

<sup>29</sup> *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Libro II, tomo 2 Düsseldorf 1862, § 482, nt. 8, p. 391.

Per un esame dei contributi di Laband e Windscheid e dei loro nessi con l’opera di Savigny, vedi P. P. Onida, 82; G. C. Seazzu, *Iussum e mandatum. Alle origini delle actiones adiecticiae qualitatis. I. Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Cagliari 2018, 60–84.

<sup>30</sup> M. Campobasso, “Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell’unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale e organica” in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010, 452. Individua il “punto più avanzato” del “processo evolutivo comune alle varie forme di rappresentanza” nella «progressiva affermazione dell’autonomia del potere di rappresentanza dal contenuto di potere gestorio che lega il rappresentante al rappresentato. Uno sviluppo di cui si possono rintracciare le lontane origini fin dal XIX secolo, nell’insegnamento del LABAND secondo cui la procura è negozio autonomo dal mandato [P. LABAND, “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch” in *ZHR - Zeitschrift für Handelsrecht* 10/1866, 183.]».

In realtà – come stiamo osservando – la nozione di procura = pieno potere ha origini ben più risalenti del secolo XIX.

<sup>31</sup> Vedi, *supra*, § II.1.

<sup>32</sup> L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Milano 2010, 184: «Windscheid, chiamato a partecipare ai lavori di compilazione del *BGB*, esercitò [...] un condizionamento talmente determinante, da indurre Otto Bähr a definire il primo progetto del codice come un piccolo Windscheid.»; F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al «Lehrbuch des Pandektenrechts» di B. Windscheid*, Milano 2016, 373, scrive di «“scansione logico-storiografica Windscheid-BGB” e [del]la considerazione di tale binomio a “garanzia di perfezione scientifico-normativa” addirittura a livello di propaganda».

Vedi, *supra*, nt. 21.

La uniformità ottocentesca nel cancellare la memoria dell’antico diritto romano democratico, conosciuto fino alla fine del Settecento, sostituendolo con la descrizione di un diritto romano aristocratico/elitario, oggettivamente copia e precedente del diritto medievale-moderno di riconosciuta matrice inglese, ha avuto un successo ‘schiacciante’.

Il risultato è che anche la scienza giuridica del Novecento ha “dimenticato” la scienza romanistica pre-pandettistica, sostenitrice di un diritto romano invece profondamente diverso da quello medievale-moderno e capace, quindi, di revocarlo in discussione.

La scienza giuridica del Novecento è stata, infatti, accusata di importanti “dimenticanze” romanistiche:

- nella materia della specificità del potere tribunitio (da Pierangelo Catalano, “Un concepto olvidado: ‘Poder negativo’”, 1980)<sup>33</sup> e

- nella materia dei Concili provinciali delle Città (da Remo Martini, “Sulla partecipazione popolare ai *Concilia* provinciali nel tardo Impero”, 2001).<sup>34</sup>

La “dimenticanza” è, però, più generale e colpisce, innanzi tutto, proprio la capacità dei giuristi anche positivi di risolvere i due “problemi generali del diritto” che abbiamo individuato come essenziali e prioritari. Nel 2009, due autori belgi, Jacques Lenoble e Marc Maesschalck denunciano il “doppio blocco teorico” («double blocage théorique») della scienza giuridica odierna, dovuto alla irrisolta tensione tra:

α) una “fede religiosa nell’istituto della rappresentanza” («croyance représentative») la quale, però, è in crisi di risultati e di fiducia, e

β) una forte “domanda di partecipazione” («revendications, exigences participatives») la quale, però, non si sa (*più*) come soddisfare perché neppure si sa (*più*) cosa essa sia: “partecipazione termine vago, scatola nera, in difetto di costruzione teorica” («participation terme vague [...] boîte noire [...] en] défaut de construction théorique»).<sup>35</sup>

#### **IV. PROSPETTIVA ATTUALE NECESSARIA E POSSIBILE: RECUPERO DELLA MEMORIA DA PARTE DELLA SCIENZA GIURIDICA E SBLOCCO DEL SUO SVILUPPO**

Dobbiamo *liberarci* dalla tirannide scientifica (*quoad exercitium*) e conseguentemente normativa (*quoad titulum*) della costruzione romanistica e più generalmente giuridica savignyana (anti-democratica) e dei suoi aventi causa.

<sup>33</sup> In *Revista general de legislación y jurisprudencia* 80-3/1980, 231.

<sup>34</sup> In *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana, (XIII Convegno internazionale in Memoria di André Chastagnol)* 13/2001, 709–717.

<sup>35</sup> *L’action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke 2009, in part. “Introduction. Démocratie, droit et gouvernance”.

Immediatamente, tale ‘costruzione’ ha disastro la scienza giuridica, nella sua generalità, riducendola, da terreno di formazione e di decisione delle grandi opzioni ‘politiche’ al rango evanescente di “sovrastuttura”.<sup>36</sup>

Successivamente (nel Novecento e sino ai giorni nostri) tale ‘costruzione’ ha disastro la scienza giuridica specificamente romanistica, riducendola da studio giuridico a studio antiquario (oscillante tra la sua “storicizzazione” ‘dura e pura’ e la sua “attualizzazione” – diciamo – ‘comparativa’, come insieme di ‘precedenti’ più o meno eruditi *ma comunque per definizione irrilevanti* al fine della soluzione dei problemi giuridici del presente).

Dobbiamo intraprendere il percorso a ritroso di questo cammino fallimentare.

Dobbiamo, innanzi tutto, guarire dalla sindrome novecentesca dello studio storico del Diritto romano per recuperare invece l’insegnamento (di Koschaker e Grosso) del suo studio come studio di problemi presenti e generali del diritto, a iniziare da quelli essenziali e prioritari della natura e della volizione *unitarie* della collettività, in particolare della collettività Popolo).

Dobbiamo, quindi, recuperare la memoria della dialettica pre-ottocentesca.

Dobbiamo, infine, riprenderne lo sviluppo *romanistico*, a partire dalle connesse/complementari soluzioni societaria e partecipativa dei due essenziali e prioritari “problemi generali” della natura e della volizione *unitarie* della collettività, in particolare della collettività Popolo.

La direzione (che già si può indicare) di tale *sviluppo* è lo studio:

**α)** della duplice dimensione ovvero del duplice “corpo” (“*corpus*”: vedi Gai, *D.* 3.4.1) della collettività/Popolo (la piccola dimensione/corpo della Repubblica/Città e la grande dimensione/corpo della Repubblica/Impero = federazione/confederazione di Città<sup>37</sup>) e

**β)** della duplice articolazione dell’atto volitivo collettivo (il comando generale/sovrano dei membri della collettività [i soci mandanti] e il comando particolare/esecutivo dei suoi mandatarî; prima all’interno e quindi all’esterno delle Città).

Nello snodo della articolazione dell’atto volitivo si colloca il – non strutturale ma importantissimo – potere tribunizio. Questo, però, è già un ulteriore “problema generale del diritto”.

---

<sup>36</sup> Non è un caso che, soltanto pochi anni dopo la trionfante conclusione dell’insegnamento savigniano, il ‘rivoluzionario’ Marx dequalifichi il diritto a “sovrastuttura” (“Überbau”) (K. Marx, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1859, “Vorwort”).

<sup>37</sup> Per cui rinvio alla citazione di Martini (*supra*, § III.2). Cfr. G. Lobrano, “Per ri-pensare giuridicamente le «città» e, quindi, l’«impero»: I «concili provinciali»” (comunicazione al XXXVII Seminario internazionale di studi storici “Da Roma alla terza Roma - Le Città dell’Impero da Roma a Costantinopoli a Mosca. Fondazione e organizzazione. Capitale e province”, Campidoglio, 21–22 aprile 2017, e, quindi al seminario “Universalità del Diritto romano”, Università di Niš - Facoltà di Giurisprudenza, Niš, 12–14 Ottobre 2017) in *Ius Romanum* 2/2017, 15.

## BIBLOGRAFIA

1. Brutti, Massimo, “Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano” in *RISG - Rivista italiana per le scienze giuridiche* 6/2015;
2. Canfora, Luciano, *La Germania di Tacito da Engels al nazismo*, Napoli 1979;
3. Catalano, Pierangelo, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971;
4. Carré de Malberg, Raymond, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931;
5. Cianferotti, Giulio, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1980;
6. Dubouché, Paul, *De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien. La démocratie et la république en question*, Paris 2015;
7. Dubouché, Paul, *Brève philosophie de la constitution. De Cicéron à René Girard. Analyse et psychanalyse des systèmes constitutionnels*, Paris 2019;
8. Fiori, Roberto, “Sodales, ‘Gefolgschaften’ e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.,)” in *Societas - Ius. Munusculadi allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999;
9. Furfaro, Federica, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al «Lehrbuch des Pandektenrechts» di B. Windscheid*, Milano 2016;
10. Galgano, Francesco, *Lex mercatoria*, Bologna il Mulino 2001;
11. Hüglin, Thomas, *Sozialer Federalismus: die politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlin 1991;
12. Hovasse, Jean-Marc “Victor Hugo et Mme de Staël” in <http://groupugo.div.jussieu.fr/Groupugo/doc/14-09-27hovasse.pdf>;
13. Lobrano, Giovanni, “Società. Parte giuridica. Concetti e principi” in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, vol. XI., Napoli 2017;
14. Lobrano, Giovanni, “Per ri-pensare giuridicamente le «città» e, quindi, l'«impero»: I «concili provinciali»” (comunicazione al XXXVII Seminario internazionale di studi storici “Da Roma alla terza Roma - Le Città dell'Impero da Roma a Costantinopoli a Mosca. Fondazione e organizzazione. Capitale e province”, Campidoglio, 21-22 aprile 2017, e, quindi al seminario “Universalità del Diritto romano”, Università di Niš - Facoltà di Giurisprudenza, Niš, 2017) in *Ius Romanum*, 2/2017;
15. Marx, Karl, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1859;
16. Malandrino, Corrado, “Introduzione: la Politica methodice digesta di Johannes Althusius” in Johannes Althusius U.J.D., *La politica. Elaborata organicamente con metodo, e illustrata con esempi sacri e profani [1614]*, tr. it. a cura dello stesso Malandrino, Torino 2009;
17. Onida, Pietro Paolo, “Agire per altri» o «agire per mezzo di altri». *Appunti romanistici sulla «rappresentanza», I. Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Napoli 2018;
18. Sergio, Emilio, “Nuovi studi sul “Leviathan” di Thomas Hobbes” in *Rivista di Storia della Filosofia* 63-2/2008,

19. Sola, Giorgio, “Elites, teoria delle” in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1993;
20. Seazzu, Gian Carlo, *Iussum e mandatum. Alle origini delle actiones adiecticiae qualitatatis. I. Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Cagliari 2018;
21. Solidoro Maruotti, Laura, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, vol. 2. *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Milano 2010;
22. Winters, Peter Jochen, *Die ‘Politik’ des Althusius und ihre seitgenossischen Quellen*, Freiburg 1963.

*Full Professor Giovanni Lobrano, LL.D.*

Pontifical Catholic University of Perú

University of Sassari, Italia

## **TWO FUNDAMENTAL AND PRINCIPAL „GENERAL ISSUES IN THE CONTEXT OF ROMAN LAW“**

### *Summary*

Subject of the research is a counterpoint between two concepts of the state: „Roman“ or democratic which is based on the idea of direct democracy and pandectistic which rests on the idea of political representation. Author concludes that in order to be able to use Roman model as a source of possible solutions for current constitutional challenges, we must leave behind pandectistic doctrine and rediscover roman doctrine as it was prior to 19th century.

**Parole chiave:** Roman law; Constitutional theory; Direct democracy; People's sovereignty.

*Проф. др Ђовани Лобрано*

Понтификални католички универзитет у Перуу

Универзитет у Сасарију, Италија

## **ДВА СУШТИНСКА И ПРИМАРНА „ОПШТА ПРОБЛЕМА ПРАВА У СВЕТЛУ РИМСКОГ ПРАВА“**

### *Сажетак*

Предмет истраживања је контрапозиција између две концепције државе, „римске“ или „демократске“, базиране на идеји непосредне демократије, и пандектистичке, базиране на идеји политичког представништва. Аутор закључује, да би се римски модел могао користити као

извор решења за актуелне проблеме уставности, морамо да се најпре ослободимо пандектистичке доктрине и поново откријемо романистичку доктрину каква је била пре деветнаестог века.

**Кључне речи:** Римско право; Уставна теорија; Представљање; Непосредна демократија; Народни суверенитет.