

BULLETTINO  
DELL'ISTITUTO DI  
DIRITTO ROMANO

“VITTORIO SCIALOJA,”

DIREZIONE

MASSIMO BRUTTI - LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI  
PIERANGELO CATALANO - OLIVIERO DILIBERTO  
ANDREA DI PORTO - SANDRO SCHIPANI

\*

QUARTA SERIE - Vol. VIII  
Dell'intera collezione Vol. CXII

2018

**BULLETTINO**  
**DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO**  
**«VITTORIO SCIALOJA»**

La DIREZIONE ha sede presso la Sezione 'Istituto di Diritto Romano', Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza-Università di Roma, Piazzale Aldo Moro n. 5, 00185 Roma. L'AMMINISTRAZIONE è presso la Casa Editrice *L'ERMA di BRETSCHNEIDER*, Via Marianna Dionigi, 57 - 00193 Roma - tel. 06-6874127 - [lerma@lerma.it](mailto:lerma@lerma.it).

Le pubblicazioni e i contributi debbono essere inviati alla sede della Direzione o ai seguenti indirizzi di posta elettronica: [luigi.capogrossicolognesi@uniroma1.it](mailto:luigi.capogrossicolognesi@uniroma1.it); [bidr@uniroma1.it](mailto:bidr@uniroma1.it)

#### COMITATO DI DIREZIONE

Antonello Calore - Riccardo Cardilli - Maria Floriana Corsi  
Giovanni Finazzi - Roberto Fiori - Orazio Licandro - Franco Vallocchia

#### COMITATO DI REDAZIONE

Elena Tassi - Giovanni Turelli - Massimiliano Vinci

#### REDAZIONE

Antonio Angelosanto - Gaia Di Trolio - Domenico Dursi - Iolanda Ruggiero

BIDR viene pubblicato annualmente. La pubblicazione di articoli e contributi scientifici proposti alla Rivista osserva i criteri di massima per la valutazione della ricerca scientifica adottati dalle Autorità universitarie italiane. Tali saggi saranno pertanto sottoposti all'approvazione di due esperti scelti dalla Direzione all'interno di un gruppo di studiosi predeterminato, il cui elenco è a disposizione degli interessati, rispettando l'anonimato dell'autore e dei lettori.

BULLETTINO  
DELL'ISTITUTO DI  
DIRITTO ROMANO

“VITTORIO SCIALOJA,,

DIREZIONE

MASSIMO BRUTTI - LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI  
PIERANGELO CATALANO - OLIVIERO DILIBERTO  
ANDREA DI PORTO - SANDRO SCHIPANI

✱

QUARTA SERIE - Vol. VIII  
Dell'intera collezione Vol. CXII

2018

«L'ERMA» di BRETSCHNEIDER

ISSN 0391-1810  
ISBN (Brossura) 978-88-913-1751-3  
ISBN (PDF) 978-88-913-1753-7

© Copyright «L'ERMA» di BRETSCHNEIDER®. Roma 2018  
Via Marianna Dionigi, 57 - 00193 Roma - Sito Internet: [www.lerma.it](http://www.lerma.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie, nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

## INDICE

### I MAESTRI DEL BULLETTINO

P. GROSSI, Riccardo Orestano: la storia del diritto nell'unità della conoscenza giuridica	1
G. ALPA, Riccardo Orestano e la storicità del pensiero giuridico	5
C. LANZA, Punti di vista su Orestano	11
P. MARI, Interessi linguistici di Orestano	33
L. PEPPE, Per Riccardo Orestano, a trent'anni dalla scomparsa	37
M. CAMPOLUNGI, Di Orestano e di Raggi, tanti anni dopo	45
A. DI PORTO, Edoardo Volterra. 'La vita come dovere, lo studio come passione'	53
A. CALORE, Luigi Raggi: crisi e innovazione negli studi di diritto romano	61
L. MOSCATI, Al di là del Mediterraneo. Comparazione, modelli europei e diritti orientali nell'Istituto di Diritto romano della Sapienza	81

### ARTICOLI

U. LAFFI, Quando il convenuto non può rifiutare di essere giudicato nella comunità di appartenenza. A proposito di <i>lex Irnitana</i> <LXIX>, 10-15	109
B. CORTESE, <i>Genus in obligationem deductum</i> : spunti problematici nella giurisprudenza romana	121
S. PILLONI, <i>Actio aquae pluviae arcendae</i> ed obbligo di <i>patientiam praestare</i> in presenza di un <i>agger naturalis</i> . Su Paul. 49 <i>ad ed.</i> , D. 39, 3, 35-6	147
A. GRILLONE, La gestione privata dei <i>balnea</i> al tramonto dell'era repubblicana e nei primi secoli dell'impero	175
E. DOVERE, Gestione politico-funzionale del tempo cristiano: la codificazione teodosiana	201
E. TASSI SCANDONE, <i>Verberatio parentis</i> e <i>sacer esto</i> . Nuovi elementi di riflessione	227
I. CORDA, Influssi sabini nelle <i>leges regiae</i> . Considerazioni preliminari	245
F. G. CAVALLERO, Osservazioni sui <i>vota</i> dei magistrati	257
U. BARTOCCI, «Dio mi scampi da Giustiniano e dal digesto». Un severo giudizio di Giacomo Leopardi	275
A. LALLI, Per un approccio giuridico ai 'beni comuni'. Questioni di metodo, ambito del tema e spunti ricostruttivi	297

### RICORDI

A. DI PORTO, Salvatore Tondo. Un 'vero romanista'	311
---	-----



PAOLO GROSSI

**RICCARDO ORESTANO:  
LA STORIA DEL DIRITTO NELL'UNITÀ  
DELLA CONOSCENZA GIURIDICA**

1. Non ho avuto la fortuna di ascoltare le lezioni di Riccardo Orestano nei diversi Atenei dove si è svolta la sua attività didattica, né mi posso qualificare discepolo di lui nel senso più stretto di questo termine; però, sono oggi lieto di ripetere qui quanto ho già espresso in altre pubbliche occasioni: il suo magistero mi ha profondamente segnato. Sia come storico del diritto, sia come giudice costituzionale in questi ultimi nove anni, il mio pensiero è andato spesso al suo messaggio metodologico quale prezioso salvataggio culturale. E vengo subito a precisare meglio e a far chiarezza.

Dimensione essenziale di tutta la vita di Orestano e, quindi, caratterizzante l'intero suo itinerario è stata la totale dedizione alla ricerca scientifica; e se taluno mi obiettasse che dimentico il ruolo decisivo da lui assegnato alla dimensione didattica, mi sentirei di replicare prontamente che per lui riflessione scientifica e comunicazione didattica venivano a fondersi simbioticamente. A sostegno di una simile asserzione adduco un solo probantissimo esempio. La *Introduzione allo studio storico del diritto romano*<sup>1</sup>, il libro in cui si assomma il messaggio culturale di Orestano, quasi un campione della sua impostazione metodologica, altro non è se non una didattica che si fonde con la ricerca, una ricerca che si fa didattica, che si verifica e si incarna in essa, una didattica che è ancora ricerca.

Questo segnala una vocazione innata all'insegnamento, ma anche – di conseguenza – la pretesa a considerare la lezione qualcosa di ben diverso da una mera esposizione; e ciò spiega l'indiscutibile successo di Orestano come maestro, maestro di parecchi discepoli che l'hanno seguito, e nella ricerca, e nella docenza universitaria.

<sup>1</sup> Trascrivo qui l'intitolazione così com'è nelle prime edizioni Giappichelli, quando ancora era mantenuto l'aggettivo 'storico' in connessione a 'studio del diritto romano'. Sinceramente mi appare come un impoverimento la ablazione di quell'aggettivo nell'edizione definitiva de 'Il Mulino'.

2. Le considerazioni or ora fatte ci consentono di discendere pianamente a un carattere che investe, insieme, la sua pagina e la sua lezione. Il Nostro, in ogni manifestazione, non è mai neutrale, non è mai il contemplatore distaccato del suo oggetto scientifico/didattico; anzi, v'è sempre unità inscindibile fra scrittore e scrittura, fra comunicante e comunicazione. In ciò è portatore di una visione sanguigna, profondamente mediterranea, dell'uomo di scienza e del docente.

Nato a Palermo da famiglia palermitana, allievo del siciliano Riccobono, ha dato sempre libero sfogo alla sua sicilianità, riconoscendo in essa una peculiarissima impronta caratteriale. E non ha mai nascosto che la sua era nulla più che una interpretazione dell'universo giuridico, né certa, né neutrale, però poggiante su personalissime scelte fondamentali dello scienziato. È per questo che ha parlato molto di sé e della sua vita privata, in una guisa che un austero lettore boreale avrebbe facilmente considerato impudica. La sua biografia, invece, è un tutt'uno con l'itinerario di ricerca, né si tratta di narcisismo, ma piuttosto dell'esigenza di personalizzare il proprio messaggio per renderlo perfettamente identitario.

3. Questo come impressivo atteggiamento di fondo.

Passando alle sue scelte di giurista (uso, di proposito, questa qualificazione che può sembrare generica, ma che, attribuita a lui, non lo è affatto), ve n'è una che fonda e segna tutta l'opera dello scienziato e del docente: storia del diritto e scienza del diritto colte all'interno di una inscindibile unità. C'è in Orestano un decisivo recupero unitario e un altrettanto decisivo rifiuto di sezionamenti separativi ritenuti lesivi di una unità da salvaguardare ad ogni costo.

Sì, ad ogni costo, perché è l'elementare conseguenza di quella unità della conoscenza giuridica, nella quale egli crede come principio basilare. Che cos'è la sua celebrata *Introduzione*, che si è più sopra segnalata come il suo libro/cardine? Risponde l'Autore che «è un abbozzo ... di quella che vorrebbe essere una introduzione allo studio storico del diritto, in qualche modo corrispondente ai problemi della scienza giuridica del nostro tempo». Frase in cui è vivo un sentimento di unità percepito come suprema dignità metodologica.

Dunque, Orestano giurista tra i giuristi (come, all'inizio, mi pareva opportuno qualificarlo), alfiere – questo sì – di una 'verità' della quale troppo spesso il cultore di un diritto positivo sciaguratamente si dimentica, e che consiste nel pilastro fondante della conoscenza giuridica: la storicità del diritto, il diritto come dimensione della storia o, come affermano alcuni filosofi, come storia vivente.

Se così è, il ruolo dello storico del diritto in seno alla comunità dei giuristi non può che grandeggiare perché prezioso per tutto il complesso comunitario; e consiste nel fungere da coscienza critica per il privatista e il pubblicista

nel suo salvante richiamo a quella storicità di cui, nei paesi di 'civil law', come è opportuno ripetere e sottolineare, troppo spesso si è da parte loro dimentichi. È un ruolo che non è frutto di artificio o di valutazioni unilaterali da chi è professionalmente uno storico; è, piuttosto, il benefico risultato di una rinnovata – e culturalmente più aperta – visione del diritto, che, da noi in Italia, ha cominciato a farsi strada dalla metà del secolo scorso. Secolo di rinnovamento, ma anche di recuperi rispetto al riduzionismo statalistico e legalistico moderno.

Osserviamo Orestano in azione. Ne è un esempio nitido l'ultima raccolta di scritti sparsi pubblicata nel 1981: *Diritto incontri e scontri*. Trascrivo qui i titoli dei saggi che mi sembrano più significativi: 'Il diritto romano nella scienza del diritto'; 'Metodologia e diritto'; 'Sociologia e studio storico del diritto'; 'Alle prese con il linguaggio dei giuristi'; 'Storiografia e coscienza storica del diritto'; 'Concetto di ordinamento giuridico e storia del diritto'; 'Appello, giudice, norma'; 'Il metabolismo dei giuristi'; 'Della esperienza giuridica vista da un giurista'. Intitolazioni significative dimostranti, con quell'intrecciarsi armonico di storia e teoria, la continua attuazione del progetto culturale cui ci si riferiva più sopra.

4. Orestano, portando avanti il suo progetto, perveniva a realizzare un duplice salvataggio, e di ciò era pienamente convinto. Recuperava la storia del diritto dai seppellimenti nella polvere del passato e la scienza del privatista/pubblicista/processualista dalle miserie della mera esegesi e del mero tecnicismo. Nello stesso tempo, innalzava il suo magistero a uno scanno dominante tutta la *iurisprudencia* e ben al di là dello spazio conchiuso della storia del diritto.

Aggiungendo, però, questa singolare ma veridica postilla. Il successo di Orestano con i suoi confratelli romanisti e medievisti è stato scarso, mentre rilevante ed efficacissimo è stato il dialogo intessuto con i cultori di un diritto positivo. In questo egli riproduceva la vicenda intellettuale del suo grande mentore filosofico, Giuseppe Capograssi, abbastanza appartato tra i suoi confratelli filosofi ma bussola orientativa per tutta la comunità dei giuristi. Forse, a casa sua in via Leonardo Pisano, il Nostro non ospitava il salotto culturale rappresentato a Roma dalla residenza capograssiana di viale Mazzini (dove i giuristi si abbeveravano con una frequenza costante alla fonte viva di uno straordinario socratico maestro), ma la sua influenza su di essi non è stata minore. Erano parimente attratti dalla naturale osmosi fra storia e teoria e, quindi, dalla implicita condanna per una storia a-teoretica posta al centro del messaggio orestaniano.

Rafforziamo con un esempio queste considerazioni, puntando lo sguardo su quello che è forse il più riuscito tentativo di dialogo fra lui e l'intera scienza giuridica, il saggio 'Diritti soggettivi e diritti senza soggetto', campione di una ricerca storica che si innesta in una forte nervatura teoretica.

Egli lo pubblica nella Rivista *Ius* allora diretta dal suo amico Enrico Allorio, ma si trattava – in realtà – di un capitolo del suo ‘corso’ romanistico in tema di fondazioni (indiscutibile esempio anche della fusione – cui si accennava più sopra - tra ricerca scientifica e strumento didattico).

Aprondo questo felice Incontro, mi sono volutamente soffermato sul mio Orestano, intendendo con questo aggettivo possessivo segnalare il complesso di messaggi a cui io sono stato particolarmente sensibile e che hanno inciso a fondo sul mio itinerario intellettuale. Mi preme, tuttavia, fornire una precisazione: io ho parlato di messaggi, sia per lo storico del diritto, sia per il giudice costituzionale, e debbo – in proposito – una dilucidazione. Nella mia singolare vicenda, di uno storico del diritto prestato per nove anni alla Corte costituzionale, mi ha sostenuto non poco il messaggio convintamente riproposto da Orestano sulla storicità del diritto, che io potevo constatare vivacemente presente anche nel sostrato valoriale della Repubblica dove la Corte affonda il suo sguardo vigile e che pretende dal giudice costituzionale quella capacità di percezione del movimento/mutamento (anche se lentissimo, com'è quello dei valori) che è la virtù primaria dello storico.

Anche per ciò sono lieto di chiudere il mio intervento sottolineando con voce sonora il mio debito di gratitudine verso Riccardo Orestano.

GUIDO ALPA

**RICCARDO ORESTANO  
E LA STORICITÀ DEL PENSIERO GIURIDICO**

Vorrei aprire il mio intervento con una frase che mi ha particolarmente colpito leggendo uno dei libri in cui Orestano ha raccolto alcuni dei suoi saggi più preziosi, ‘Edificazione del giuridico’<sup>1</sup> (intitolato ‘Il metabolismo del giurista’. Con queste poche icastiche parole raccolte nel titolo del saggio, Orestano indica la funzione del giurista e il metodo che deve utilizzare per elaborare le sue categorie e applicarle alla realtà. Dice Orestano: «con metabolismo intendo mettere in evidenza il continuo processo di trasformazione, di assimilazione e di sintesi attraverso il quale si alimenta l’attività dei giuristi. E con tale termine mi riferisco agli operatori giuridici in senso stretto (in senso generico lo sono e lo siamo tutti, già in quanto “uomini fra uomini” impegnati ad agire su ed entro il “giuridico” e a svolgere quell’attività di riflessione e di rielaborazione intorno al “giuridico” cui fu dato il nome di *scientia iuris*). Persino queste due parole evocano a catena grossi problemi, da quando coloro che svolgono l’attività così denominata hanno cominciato a prendere coscienza – secoli o millenni? – del proprio operare e a riflettervi sopra, almeno nella nostra tradizione».

Ecco, come avviene questo metabolismo? In un saggio su ‘Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale’<sup>2</sup> il Maestro ci spiega, partendo da un problema di carattere pratico, come reagisce e come interagiscono la storia, la logica e le ideologie e insieme il prodotto finale che è il precipitato del pensiero del giurista.

Il saggio fu scritto – come ricordava poco fa anche il Presidente Paolo Grossi – nel 1960 e poi fu riprodotto insieme con altri due saggi che sono collegati strettamente a quello sul diritto soggettivo: l’azione – anche perché azione e diritto soggettivo sono connessi nel senso che l’azione è il rimedio per far valere il diritto – e persone giuridiche, nel senso che il diritto ‘soggettivo’ è attribuito ad un soggetto, e questo soggetto può essere una persona fisica oppure, attraverso una *fiction*, ad una persona giuridica.

<sup>1</sup> Bologna 1989.

<sup>2</sup> In *Jus* 11 (1960) 150 ss. (= *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna 1978, 177 ss.)

Orestano parte da un problema di carattere pratico: l'eredità giacente. L'eredità giacente è un complesso di beni che ha perso il suo titolare, che è il *de cuius*, ed attende uno o più titolari, che sono gli eredi. L' A. non ne tratta da studioso delle fonti del diritto romano. La ricerca di diritto romano è conteuta in altre pagine, collocate nel libro sull'edificazione del giuridico (con il titolo '*hereditas nondum adita*'). Qui il percorso dei giuristi romani è ricostruito in modo molto puntuale e preciso. Già i giuristi romani si erano posti il problema di chi fosse il titolare del patrimonio nel periodo interinale tra l'apertura della successione e la sua accettazione. E a chi dovessero essere imputati in questo frangente i diritti sul patrimonio. Di qui dunque il problema dell'esistenza di diritti senza soggetto.

A prima vista, osserva Orestano, la questione può apparire una contraddizione in termini perché normalmente il diritto è associato al suo titolare: in tanto esiste in quanto vi sia un 'portatore' di esso a cui il diritto possa essere riferito. Eppure, attraverso un'analisi molto attenta sulla nascita del rapporto tra diritto e soggetto e quindi sul ruolo del soggetto e sulla creazione del diritto soggettivo come concetto in senso moderno, Orestano attraversa tutto il travaglio della pandettistica che aveva, su questo problema dell'eredità giacente e, più in generale, sul problema del diritto soggettivo, aperto un dottissimo dibattito.

Devo dire che in questo saggio mi hanno colpito due omissioni.

La prima omissione è che, parlando dell'eredità giacente, Orestano non cita gli studi che aveva fatto in precedenza sulle fonti del diritto romano. La mia impressione è che Orestano volesse in questo saggio spiegare come il diritto romano era stato trasfigurato dalla scienza pandettistica, come era stato trasmesso dalla metà dell'Ottocento fino ai giorni nostri e come si dovessero interpretare i termini, i concetti, i dogmi che la tradizione via via ci aveva consegnato. Una cosa era scavare nelle fonti del diritto romano, altra cosa era capire come il diritto romano era stato percepito nell'Ottocento e ripensato nel momento attuale.

La seconda omissione è di carattere storico, e riguarda l'epoca medievale-rinascimentale, perché secondo una comune opinione la formula del diritto soggettivo nasce soprattutto a opera dei teologi, prima che dei giuristi, in particolare ad opera di Guglielmo di Ockham<sup>3</sup>.

Orestano non parla in questo saggio di questa problematica.

Tutti ricordano che nel Trecento era sorta una grande polemica tra francescani e domenicani da un lato e il Papa Giovanni XXII dall'altro, che

<sup>3</sup> M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHDFE* 24-25 (1946-1947) 201-227; ID., *Les origines de la notion de droit subjectif*, in *Arch. Phil. Droit* (1953-1954) 163-187; ID., *La formazione del pensiero giuridico moderno* (tr. it. R. D'ETTORE - F. D'AGOSTINO, Milano 1985), 195-206; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, in *RISG* 84 (1947) 186 ss.; ID., *s.v. Diritto soggettivo*, in *ED* 12, Milano 1964, 669 ss.

aveva richiamato, attraverso l'uso del diritto romano, la connessione tra il diritto e la persona, e quindi contestava che questi ordini mendicanti potessero detenere ingenti patrimoni, che sarebbero spettati alla Chiesa più che non agli ordini; i francescani e i domenicani, avendo fatto voto di povertà, non avrebbero potuto essere titolari di diritti soggettivi, cioè di beni in proprietà. Guglielmo di Ockham avrebbe perciò inventato la nozione di diritto soggettivo, sostenendo che il diritto soggettivo poteva anche non essere collegato con il singolo soggetto-individuo, ma poteva essere collegato con una comunità. Quindi, un conto era la proprietà della comunità, altro conto era la proprietà del singolo individuo.

Sul tema si sono raccolti studi importanti, tra i quali vorrei ricordare quello di Giovanni Tarello del 1964, intitolato 'Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham'.

Orestano muove dal pensiero filosofico-giuridico moderno, dall'individualismo soggettivo proprio dei giusnaturalisti e via via scende attraverso Leibniz e Wolff, al razionalismo, e poi a Savigny e soprattutto a Windscheid.

Nelle Pandette Windscheid dà una definizione molto discussa, per la verità, di diritto soggettivo.

Windscheid sostiene che il diritto è «una potestà o signoria della volontà impartita dall'ordine giuridico».

Questa frase icastica è rimasta scolpita nella pietra e quindi ripetuta da allora non solo dagli storici ma soprattutto dai giuspositivisti e quindi dagli studiosi del diritto romano e del diritto civile.

Però alla sua epoca – Orestano ne discute in modo molto approfondito – non aveva convinto tutti (v. il riassunto del dibattito nella puntigliosa replica di Windscheid, sempre nelle Pandette, a proposito delle tesi di Bierling, Thon, Kohler e di molti altri suoi contemporanei).

Windscheid era un convinto assertore che potessero sussistere diritti senza soggetto, ma siccome bisognava superare questa contraddizione logica – un diritto non può sussistere senza il suo titolare – qualche giurista aveva proposto di rivedere la definizione di diritto soggettivo che lui elaborata. In particolare, Jhering che collegava piuttosto il diritto all'interesse<sup>4</sup>. Però la teoria di Windscheid finì per prevalere.

Orestano ne discute ampiamente soprattutto parlando dei condizionamenti storici e ideologici della dogmatica giuridica. Credo che sia questo il più alto insegnamento che ci ha dato: non recepire la dogmatica come se fosse una scienza astratta, un'architettura di carattere matematico, ma piuttosto come la elaborazione di idee e di concetti che hanno una loro storia, variano con il tempo, acquistano i colori e il contenuto delle epoche che attraversano, e devono quindi essere collocati nel contesto nel quale sono utilizzati.

<sup>4</sup> *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, 1865.

Il diritto soggettivo quindi è strettamente collegato con la teoria dell'individuo inteso come soggetto di diritti, non *persona sui iuris*, non come *subiectum*. Orestano sottolinea la distinzione anche sotto il profilo linguistico. *Subiectum* nel diritto romano significava infatti 'assoggettato', mentre il diritto soggettivo, sia che esprima la titolarità e l'esercizio di un potere, oppure la titolarità e l'esercizio di un interesse, è una situazione giuridica soggettiva attiva. Con il Seicento e il Settecento, e quindi con il pensiero giusnaturalistico moderno, il soggetto diventa il titolare di libertà e quindi *sui iuris*. Diventa libero di governare la propria persona e di amministrare i propri beni.

La teoria dell'individuo quale soggetto nel sistema dei diritti soggettivi, dice Orestano, è conseguente alla piena autonomia del diritto privato e i concetti che la compongono devono essere sviluppati senza eccessive difficoltà e in maniera sufficientemente armonica, tanto più che le varie formulazioni vengono tenute solitamente in termini molto generali.

A questo punto si apre un secondo problema.

Si tratta del rapporto tra diritto soggettivo e diritto oggettivo. Ideologicamente parlando, nel sistema giusliberistico quale viene prima dei due? Viene prima il diritto soggettivo e poi il diritto oggettivo. Lo Stato deve rispettare i diritti degli individui: è la tesi di Grozio, di Domat, e degli individualisti. Mentre, a cominciare da Fichte, solo il diritto oggettivo, e quindi solo lo Stato, può assegnare i diritti e difendere i diritti. E quindi il diritto oggettivo viene prima del diritto soggettivo.

La Scuola storica cerca di saldare il diritto soggettivo con il diritto oggettivo.

Puchta risolve il problema soggettivando il diritto oggettivo e al vertice della sua costruzione pone il diritto della personalità, considerato come fondamento su cui poggiano tutti gli altri diritti, l'unico che non suppone nessun altro diritto ma è condizione di sé stesso.

Orestano si occupa anche dell'uso delle categorie civilistiche da parte dei pubblicisti e quindi anche della nascita del diritto pubblico soggettivo e segue nel tempo il modo nel quale il diritto soggettivo comincia a essere eroso fino alla costruzione della figura dell'interesse legittimo. Non fa mai una correlazione – sottolineata in modo ripetuto da Stefano Rodotà ne 'Il terribile diritto'<sup>5</sup> – tra diritto soggettivo e diritto di proprietà ma è sostanziale all'idea di diritto soggettivo quella del rapporto della persona con le cose oltre che, nel diritto di credito, del rapporto tra persona e persona.

Esamina poi il normativismo, che è una derivazione esatta dell'idea che è il diritto oggettivo a prevalere sul diritto soggettivo, e il problema del rapporto tra diritto soggettivo e l'azione, problema che svilupperà poi nella voce 'Azione' raccolta nel volume più volte citato.

<sup>5</sup> Ult. ed., Bologna 2013.

Si chiede se nella realtà concreta oggi esistano diritti senza soggetto. E fa alcuni esempi: le entità prive di personalità giuridica, come il condominio, le associazioni non riconosciute, per le quali la finzione della persona giuridica non vale. Oggi queste figure si sono moltiplicate, come accade, ad esempio, per i fondi comuni immobiliari, perché, salvo una sentenza isolata del Tribunale di Milano<sup>6</sup> essi sono considerati patrimoni che non hanno una loro soggettività<sup>7</sup>.

Ma che cosa è rimasto nei manuali dell'insegnamento di Orestano? Ecco, qui ci sono alcune sorprese e alcune eccezioni. L'eccezione è il manuale di Pietro Rescigno che, provvisto di una grande apertura storica, descrive la storia del diritto soggettivo, le sue implicazioni, la sua complessità. Le sorprese si rinvergono nei manuali più diffusi, che ripetono la formula di Windscheid. Il Torrente - Schlesinger dice che la definizione tradizionale del diritto soggettivo è il potere di agire (*agere licere*), per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale protetto dall'ordinamento giuridico. E qui, per la verità, «interesse individuale protetto dall'ordinamento giuridico» è una definizione di Jhering, non è la definizione data da Windscheid. Si fa quindi una crasi tra le due definizioni un tempo ritenute in conflitto tra loro.

Il manuale di Trabucchi allude ai diritti soggettivi (*facultates agendi*) per indicare i poteri attribuiti ai soggetti di agire per il soddisfacimento dei propri interessi; poteri riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico, cioè dal diritto oggettivo. È chiaro che il diritto oggettivo giuspositivistico ormai domina tutti i diritti e quindi ovviamente attribuisce e limita i diritti soggettivi.

Anche il manuale di Galgano, che ha pure una grande sensibilità storica, precisa: «il diritto soggettivo è tradizionalmente definito come un interesse protetto dal diritto oggettivo». Quindi, come si vede, la formula di Windscheid è completamente abbandonata a favore di quella difesa da Jhering.

Tra tutte le definizioni che ho elencato, quella che a me sembra la più bella indovinata è quella che aveva dato Betti nel suo libro sul 'Diritto romano'<sup>8</sup>: «il diritto soggettivo privato si può definire potere giuridico individualizzato che al privato deriva dal diritto obiettivo in ordine alla protezione di un suo interesse in confronto di altri privati, cui è imposto, correlativamente, un vincolo munito di sanzione». Betti in qualche modo fa una crasi tra Windscheid e Jhering, ma fa riferimento anche all'azione e quindi alla tutela della pretesa.

Che cosa accade negli altri ordinamenti? Non ho il tempo di illustrarlo in modo approfondito.

<sup>6</sup> N. 7232/2016 (R.G. 19175/2012, pubblicata il 10 giugno 2016).

<sup>7</sup> V., Cass. n. 16605 del 2010.

<sup>8</sup> Padova 1935.

E tuttavia è interessante notare che in Francia il diritto soggettivo è stato studiato soprattutto tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento per sottolineare come il diritto soggettivo dovesse essere inteso in senso moderno e antidogmatico, ossia come un potere ma limitato nell'interesse della società.

In 'common law' il diritto soggettivo è sconosciuto perché non serve. Non serve in quell'ordinamento costruire il sistema di diritto oggettivo e di diritto soggettivo, perché è un sistema antidogmatico, in cui valgono le pretese, che si azionano dinanzi al giudice. Tanto è vero che anche quando si parla di 'trust' non si fa riferimento a un soggetto titolare del patrimonio, ma si parla soltanto del soggetto al quale viene affidata la gestione del patrimonio (il 'trustee') e dei beneficiari che godono degli effetti di questa amministrazione.

Concludo.

Nelle voci enciclopediche scritte in tempi più recenti – mi riferisco in particolare al Novissimo Digesto, al Digesto IV, all'Enciclopedia del diritto, all'Enciclopedia Treccani – troviamo che l'insegnamento di Orestano è stato raccolto in un duplice senso: da un lato, come dice Orestano, bisogna dei concetti studiare soprattutto la logica, l'ideologia e il modo nel quale si sono storicamente sviluppati. E allora, per esempio, nella voce del Novissimo Digesto redatta da Vittorio Frosini c'è tutta un'analisi anche filosofica delle diverse teorie che si sono alternate nel corso del Seicento e del Settecento e così pure nell'Enciclopedia del diritto la voce affidata a Widar Cesarini Sforza. La voce della Treccani per la verità credo che sia la meno utile perché è un po' *extra ordinem*: scritta da Carlo Maiorca, allievo di Mario Allara, è molto astratta e molto concettosa, poco fruibile anche dall'operatore pratico.

E dunque in conclusione qual è la definizione finale che dà Orestano a proposito del diritto soggettivo?

Il diritto soggettivo è un concetto indefinibile, perché ogni definizione è parziale e sommaria. In altri termini, il diritto soggettivo si risolve nella sua storia.

CARLO LANZA

## PUNTI DI VISTA SU ORESTANO

Dirò di due specifiche vicende. Orestano è certamente molto altro, ma io tratto di un mio Orestano. Del resto, chiedere a un allievo di parlare del maestro espone a questo rischio. Veramente espone a un rischio ben maggiore, l'indugiare su ricordi personali: ma non accadrà.

Due vicende, dicevo. Nella prima, accanto a Orestano, Pietro de Francisci e l'*auctoritas*. Nella seconda, Orestano e la dottrina romaniana dell'ordinamento giuridico.

Aprò, però, soffermandomi su uno scarno diario, rapidi appunti di cose notevoli, vergato da Orestano in stile annalistico: un 'Orestano par lui-même'<sup>1</sup>.

### 1. *Diario*

**1926**

Orestano annota che il padre, Francesco, organizza a Roma il IV Congresso internazionale di Educazione morale<sup>2</sup>. In esso si discute della «Possibilità di un codice morale universale a base dell'educazione». Riccardo,

<sup>1</sup> Devo alla cortesia di Gioconda Orestano, figlia del professore, l'accesso al documento. Da esso trascrivo testualmente (di qui le evidenti difformità, ad es. nell'uso delle maiuscole); i punti di sospensione segnalano le omissioni operate da me all'interno delle frasi (in un solo caso, che indicherò in nota, i tre punti sono di Orestano).

<sup>2</sup> M.P. BUMBACA, *Lo spirito e le idee. L'organizzazione della cooperazione intellettuale nella Società delle Nazioni*, Tesi di Dottorato, La Sapienza, 2009-2010, 142 nt. 71: «...l'organizzazione del Congresso è tutta in mani italiane: sotto l'alto patronato delle alte cariche istituzionali, figurano come presidente del comitato d'onore, Vittorio Scialoja e presidente del Comitato esecutivo, Francesco Orestano; due sono i temi perno: "La possibilità di un codice morale universale" e "La personalità: mezzi per il suo sviluppo nella famiglia, nella scuola, nella società"; relatori del primo tema sono lo stesso Orestano insieme a Abdùllah Yusuf Ali (India); mentre per il secondo tema: Felix Adler (U.S.A.) e Gustave Belot (Francia)». Voglio ricordare che il Governo deliberò «di concedere un contributo di L. 80,000 per le spese inerenti alla convocazione in Roma» del Congresso (Relazione e Regio Decreto 9 agosto 1926, n. 1446, in *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, 28 agosto 1926, 3832 s.).

diciassettenne, lo aiuta «un poco» (a tredici anni aveva accompagnato il padre al III Congresso, tenutosi nel 1922 a Ginevra).

Chissà se fu colpito dalla polemica che accompagnò l'evento, con il duro attacco di 'Civiltà Cattolica'<sup>3</sup>. Il periodico accusa il Congresso di essere «un'impresa di propaganda del laicismo nell'educazione», biasimando che «è indifferente, per i promotori e organizzatori del congresso, se gli educatori siano atei o no, se siano cristiani o pagani, nella stessa maniera che è per essi indifferente che i congressisti siano bianchi o neri, inglesi o indiani, o giapponesi». Ammonisce: «I cattolici non devono recare al congresso la loro cooperazione»<sup>4</sup>.

Francesco Orestano, filosofo poi molto maltrattato, al tempo mostrava posizioni moderne e cosmopolite (ne ricordo, per inciso, la poderosa monografia del 1903 su Nietzsche)<sup>5</sup>.

Torno al diario.

## 1928

«Miei professori privati negli anni del liceo: Adolfo Cinquini, per il latino e il greco<sup>6</sup>; D'Asdia per la matematica e fisica; Luigi Pasquini, per le scienze. Per le altre materie, studio sotto la guida di mio padre»

<sup>3</sup> *Educazione laica a congresso*, in *La Civiltà Cattolica* 3 (1926) 481 ss. (quasi identico l'articolo *Educazione laica a congresso*, sulla terza pagina dell'*Osservatore Romano* del 19 settembre 1926).

<sup>4</sup> Leggiamo: «Il congresso è un'impresa di propaganda del laicismo nell'educazione. Niente è più manifesto dalle circolari inviate dai promotori, i quali dicono di proporsi lo scopo di "favorire un'attiva collaborazione tra quanti attendono a opere di educazione morale, senza riguardo a differenza di razza, nazionalità o religione". E dunque è indifferente, per i promotori e organizzatori del congresso, se gli educatori siano atei o no ...» (*Educazione*, cit., 482); «Noi non sappiamo come, a sangue freddo, il prof. Orestano abbia potuto scrivere nella sua lettera apologetica [la lettera del 4 settembre 1926 al *Corriere d'Italia*, quotidiano cattolico]... che quello che egli e i suoi amici promuovono, sia "un movimento etico importantissimo ... niente affatto anticristiano, niente affatto anticattolico", quando tale movimento riguarda come superato, e come inutile il codice morale cristiano, fino a reputare conveniente ... convocare a Roma gli amici, che come da un novello Sinai, diano al mondo un nuovo codice unico che sostituisca Decalogo e Vangelo, e insegni almeno nel XX secolo i principii dell'educazione morale» (*Educazione*, cit., 483). Di qui il boicottaggio (*Educazione*, cit., 485).

<sup>5</sup> Pubblicata a Palermo: *Le idee fondamentali di Federico Nietzsche nel loro progressivo svolgimento: esposizione e critica*.

<sup>6</sup> Su Cinquini, vivacemente, L. DONATI, *Confessioni di un settuagenario. Perché ho tradotto un dialogo di Luciano*, in *La Bibliofilia* 66 (1964) 65: «Aveva un aspetto singolare. Magro, piccolo di statura, con gli occhi grifagni che penetravano dappertutto ed una barbetta a punta che gli dava l'apparenza di un barbogianni. Parlava a scatti e tumultuosamente, sempre in piedi, con un accento milanese che coloriva tutti i paradossi e le stramberie che gli passavano nella testa arruffata di capelli ancor neri. Questi paradossi e queste stramberie, che spesso strappavano fragorose risate nella classe divertita, avevano tutti lo stesso intento, che era quello d'esaltare fino allo spasimo il genio greco e di lodare la cultura classica tedesca».

«giugno luglio – conseguo la licenza liceale presentandomi da privatista al Liceo Tasso di Roma».

Aver studiato privatamente: un tassello importante della personalità, non solo scientifica, di Orestano. Mi ha sempre colpito quanto fosse, per sua fortuna, immune da certe vulgate, o assilli, che ci tormentarono a scuola. Il rapporto individuale coi precettori, diverso da quello nostro con gli insegnanti, lo familiarizzò a una relazione informale, incessantemente e liberamente interrogante, con il sapere. Orestano aveva – più che dote, o vizio – la sofferta esigenza di dover guardare le cose che studiava sempre ‘da un suo versante’. Non era anticonformismo di maniera, snobismo, sussiego, desiderio di sorprendere, calcolo, ostentazione, ma, ripeto, necessità. Era come se non gli riuscisse di afferrare col dovuto scrupolo un tema se non foggilandolo, intagliandolo, a suo modo. Di qui, primo e fondamentale problema storiografico era la costruzione dell’“oggetto”: mentre esso di norma si dà per scontato. Niente a che vedere, comunque, con l’esaltato *cum-prebendere*; piuttosto la coscienza di un ‘to understand’, di un ‘verstehen’<sup>7</sup>.

A ottobre del 1928 si iscrive a Giurisprudenza:

«Comincio a frequentare l’Università, ma contemporaneamente aiuto mio padre nell’amministrazione della Casa Editrice “Optima” e della Tipografia “L’Universale”».

Su ‘Optima’ ricordo la sintesi di Formiggini, nel ‘Dizionario rompitascabile degli Editori Italiani, compilato da uno dei suddetti’: «OPTIMA – Fondata da Francesco Orestano (filosofo di grido) nel 1924, è sorta con programma scientifico e con intenti di alta cultura. Ha pubblicato alcune opere di Ettore Pais, e sta preparando una storia della filosofia sotto la direzione dell’Orestano e con collaborazione di 23 illustri storici e filosofi»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Esemplifico su una base etimologica (al di fuori di più complesse problematiche). Comprendere è dal latino *cum + prehendere* (o *prendere*): ‘Afferrare tutto insieme’. Nel concetto del vocabolo colui che comprende non si trova, metaforicamente, in un punto dello spazio da cui osservare in prospettiva l’oggetto, lo coglie nella sua totalità. ‘Verstehen’: il significato del prefisso *ver-* non è chiaro, ma esso è sicuramente un locativo. La figurazione spaziale indica che apprendo dell’oggetto da una specifica, particolare angolazione; normale, dunque, che non riesca a coglierlo senza ombre e con naturalezza nella sua totalità. Così l’inglese: ‘Understand’: ‘stare sotto’ o ‘stare in mezzo’. Diverso il greco ἐπιστήμη (episteme è la scienza, essa scruta dall’alto, pura oggettività).

<sup>8</sup> A.F. FORMIGGINI, *Dizionario rompitascabile degli Editori Italiani, compilato da uno dei suddetti*<sup>2</sup>, Roma 1928. Della propria casa editrice Formiggini scrive: «La mia casa editrice è piccina, piccina, picciò». Il libro di Formiggini è giusto del 1928: e poiché siamo in argomento d’anniversari, ricordiamo che è esattamente di dieci anni dopo, 1938, il volo dell’editore dalla