

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

7

2016



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Paolo Ridola - Giuseppe Santoro Passarelli - Enrico del Prato Luisa Avitabile - Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo Andrea Di Porto - Antonio Fiorella - Laura Moscati - Cesare Pinelli - Leopoldo Tullio

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Giovanni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Peter Häberle (Bayreuth) - Erik Jayme (Heidelberg) - Natalino Irti (Roma) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gilberto Lozzi (Roma) - Alessandro Pace (Roma) - Mattia Persiani (Roma) - Fabrizio Ramacci (Roma) - Jerome H. Reichman (Durhan) - Pietro Rescigno (Roma) - Stefano Rodotà (Roma) - Alberto Romano (Roma) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 GUIDO ALPA
Presentazione
- 15 ROSARIO NICOLÒ
Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile

SAGGI

- 41 FRANCESCO SANTORO PASSARELLI
Quid ius?
- 45 ENRICO DEL PRATO
L'oggetto della scienza giuridica: rileggere Francesco Santoro Passarelli
- 51 GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI
Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti
- 95 GIOVANNI MARINI
L'Italian style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato
- 159 MARIA CRISTINA CERVALE
Proprietà e impresa nelle pagine del codice civile

INCONTRI DI STUDIO

- Interventi al Seminario della Facoltà di Giurisprudenza
su *Pubblico e privato nell'esperienza giuridica*, 28 ottobre 2016
- 183 GUIDO ALPA
Pubblico e privato nell'esperienza giuridica
- 201 LUISA AVITABILE
Note su diritto privato e diritto pubblico, a partire da alcune riflessioni di G. Radbruch

- 215 MARIO CARVALE
La lettura italiana della teoria dei diritti riflessi
- 251 VINCENZO CERULLI IRELLI
Diritto pubblico e diritto privato nella pubblica amministrazione (profili generali e costituzionali)
- 277 MARCO D'ALBERTI
L'accaparramento delle terre: tra diritto pubblico e privato
- 287 ENRICO DEL PRATO
Pubblico e privato: spigolature di un civilista
- 297 ANTONIO FIORELLA
Pubblico e privato nell'esperienza 'penale', in particolare nella disciplina delle organizzazioni pluripersonali
- 313 ANGELO LALLI
Pubblico e privato: le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri
- 331 ALFREDO MOLITERNI
Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.
- 349 LAURA MOSCATI
La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana
- 369 UGO PETRONIO
Senilia: privato e pubblico nella storia giuridica
- 403 CESARE PINELLI
Pubblico e privato di fronte al potere della finanza globale
- 415 FRANCO VALLOCCHIA
Qualche riflessione su publicum-privatum in diritto romano

RECENSIONI

- 431 ROSCOE POUND, *Interpretations of Legal History*, MacMillan, New York NY, 1923; Cambridge University Press, Cambridge, 2013, XVII-171 pp. (Nicola Giovanni Cezzi)
- 449 GIUSEPPE TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pacini, Pisa, 2015, 482 pp. (Cesare Pinelli)

La traduttrice del saggio di Markesinis comparso sul numero del 2015 è Carlotta Guglielmina Orsetta Frattari.

INCONTRI DI STUDIO

Interventi al Seminario della Facoltà di Giurisprudenza su

Pubblico e privato nell'esperienza giuridica

28 ottobre 2016

Qualche riflessione su *publicum-privatum* in diritto romano¹

Franco Vallocchia

SOMMARIO: 1. *Publicum-privatum*: distinzione o separazione? – 2. Alla base di pubblico-privato. A) Il concetto di atto(-fonte). B) I concetti di struttura(-organizzazione) e funzione(-utilità). – 3. Le ragioni (di Ulpiano) circa il superamento del concetto di atto(-fonte). – 4. Funzione(-utilità) e riflessi sulle *res*. A) Funzione(-utilità) e appartenenza. B) Tutela della funzione(-utilità). – 5. Le tendenze alla ‘separazione’ o al ‘superamento’ della partizione pubblico-privato.

1. *Publicum-privatum*: *partizione o separazione?*

Quella del rapporto tra pubblico e privato è una storia fatta di partizione e di differenze, ma anche di costanti intrecci e di comuni basi; è una storia in cui si riflette una certa varietà di prospettive e di esiti, dovuta ad una – trattandosi di diritto romano – ‘naturale’ nonché considerevole stratificazione nel tempo. Questo rapporto, di

¹ Con queste poche annotazioni, cui ho mantenuto l'impostazione schematica e il ridotto apparato di fonti e di dottrina, non ho certo la pretesa di esaminare analiticamente tutte le questioni relative allo sviluppo storico dei concetti di pubblico e di privato; mia intenzione è contribuire, seppur minimamente, al dibattito sul tema, il cui ravvivarsi è in questi ultimi tempi evidente, soprattutto tra i giuristi di diritto positivo. Sull'argomento non posso comunque esimermi dall'indicare qualche testo di base: U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, in *SDHI*, 4 (1938), 68 ss.; G. GROSSO, *Riflessioni in tema di "ius publicum"*, in *Studi in onore di Siro Solazzi nel 50° anniversario del suo insegnamento universitario*, Napoli, 1948, 461 ss.; H. ANKUM, *La noción de "ius publicum" en derecho romano*, in *AHDE*, 52 (1983), 523 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum - ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 37, 1983, 447 ss.; M. KASER, *Ius publicum und ius privatum*, in *ZSS*, 103 (1986), 1 ss.; E. GABBA, *Tendenze all'unificazione normativa nel diritto pubblico tardo-repubblicano*, in *AA.VV., La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova, 1987, 169 ss.; G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, 1989; P.G. STEIN, *Ulpian and the distinction between ius publicum and ius privatum*, in *AA.VV., Collatio Iuris Romani. Etudes dédiées à H. Ankum*, 2, Amsterdam, 1995, 499 ss.; G. NOCERA, *Ius publicum e ius privatum secondo l'esegesi di Max Kaser*, in *SDHI*, 68 (2002), 1 ss.; G. FALCONE, *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di ius publicum*, in L. LABRUNA (dir. di), *Tradizione romanistica e costituzione*, 2, Napoli, 2006, 1167 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Private Rechte an Res communes?*, in E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIERE-LACROIX (ed.), *Mélanges en l'honneur de M. Humbert*, Paris, 2012, 773 ss.; G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013.

chiarissima origine romana, si basa sulla peculiarità delle parole che traducono i concetti in cui si articola: pubblico e privato, come è stato argutamente osservato, «in veste di aggettivi stanno quasi a sé, staccati da ogni necessario riferimento a sostantivi di sorta, derivando la loro autonomia da una comune matrice storica»².

Ferma restando l'autonomia dei due concetti, va pur compresa la loro relazione con il concetto di 'ius', da intendersi, però, secondo un significato diverso, almeno in parte, rispetto a quello maturato nel tempo e che vuole il diritto imperniato su una base esclusiva, costituita dalla 'norma'³.

Orbene, su tre fondamentali caratteri poggia la storia di tale rapporto: gli atti(-fonti), come base comune di pubblico e privato, pur connotata attraverso peculiarità distintive; la struttura(-organizzazione), come base esclusiva del pubblico; la funzione(-utilità), come base del privato. Ma – si vedrà – la funzione(-utilità) non è carattere esclusivo del privato.

Quella tra pubblico e privato appare, dunque, nel diritto romano, come una 'partizione'. C'è da chiedersi, però, se essa sia da considerarsi sotto il profilo della 'distinzione' o della 'separazione'. E la questione non è di poco conto.

2. *Alla base di pubblico-privato*

A) *Il concetto di atto(-fonte)*

La caratterizzazione più risalente che si rinviene nelle fonti, circa la partizione pubblico-privato, è basata sul concetto di 'atto'.

² G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, cit., 7.

³ Mi preme ricordare la definizione di 'ius' data dal giurista Celso nella prima parte del II secolo e condivisa, circa cento anni dopo, da Ulpiano nel primo libro delle sue Istituzioni: *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* (Ulpiano libro 1 *institutionum* in D. 1. 1. 1 pr.); è appena il caso di far notare che già in Cic., *de rep.* 1. 14. 21 v'era un chiaro riferimento allo *ius* come 'ars'. Appare evidente la differenza con l'odierno concetto di diritto. Sulla definizione di Celso e sul concetto di *ius* come 'sistema', si vedano: F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53 (1987), 7 ss.; ID., *I principi generali dell'ordinamento dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della carta costituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1, Milano, 1998, 435 ss.; ID., *Che cos'è la costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in *BIDR*, 105 (2011), 325 ss.; P. CATALANO, *Diritto*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, 4, Napoli, 2011, 442 ss.

La testimonianza più chiara è costituita da un passo di Cicerone, tratto dall'opera sulla Partizione oratoria:

*Atque haec communia sunt naturae atque legis, sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio*⁴.

Il concetto di 'atto' è comune al privato ed al pubblico. Differenze, però, vi sono tra i caratteri degli 'atti' che costituiscono il pubblico ed i caratteri degli atti che costituiscono il privato: legge (come comando del popolo), senatoconsulto (come deliberazione del senato) e trattato (come portato della *pax deorum* sul piano umano) attengono al pubblico; testamento, patto consensuale e stipulazione (unilaterale) attengono al privato⁵.

Ora, la prima osservazione da fare è che la comune base definitoria della partizione pubblico-privato rende ancor più evidente l'unicità del sistema 'ius', cui concettualmente si relazionano pubblico e privato.

Poi, per ciò che concerne il pubblico, occorre osservare che si tratta di atti-statuizioni e di atti-pattizi, e per ciò che concerne il privato di atti esclusivamente negoziali, unilaterali o pattizi, formali e non; e ciò rende evidente che il concetto di atto non qualifica solo la fase produttiva del diritto. Mi sembra chiaro che gli atti del pubblico

⁴ Cic., *Part. or.* 130. L'opera fu iniziata da Cicerone nel 54 e ultimata nel 47 a.C.

⁵ È noto che col termine 'tabulae' si usava indicare le tavolette cerate dove erano redatte le volontà testamentarie; esemplarmente, cfr. la rubrica di D. 43. 5: *De tabulis exhibendis*. Circa il 'pactum conventum', v. *Thesaurus linguae Latinae*, 4, s.v. *Conventus*, 843 s.; tra i giuristi che utilizzano 'pactum conventum', Alfeno Varo appare il più antico (v. Alfeno *l. 3 digestorum a Paulo epitomatorum* in D. 23. 4. 19). Sulla natura consensuale del *pactum conventum*, v. Ulpiano *l. 4 ad edictum* in D. 2. 14. 1. 3: *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*. Per ciò che concerne la 'stipulatio', sono noti i suoi caratteri formali, tali che ancora Labeone, in età augustea, non la considerava un *contractus* ma più generalmente un *actum*: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", ... quaedam "contrabantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis ... quid agatur, ut in stipulatione ...: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem* (Ulpiano *l. 11 ad ed.* in D. 50. 16. 19). La comprensione della *stipulatio* tra le *obligationes verbis contractae* è attestata nelle Istituzioni gaiane (Gai. 3. 92 ss.) che, come è noto, vennero composte intorno alla metà del II secolo.

sono funzionali alla struttura (ed alla organizzazione) della *res publica*⁶, alla quale partecipano il popolo (tramite la legge), il senato (tramite il senatoconsulto)⁷ ed i sacerdoti(-feziali, tramite il trattato)⁸. Gli atti del privato, invece, sono da porre in relazione con l'assetto che i singoli (privati) danno ai loro interessi, unilateralmente o bilateralmente, secondo forme definite oppure no. Quel che emerge non è ciò che produce in astratto l'atto del(lo *ius*) *privatum*, come esemplarmente la legge, ma ciò che lo produce in concreto. In questo senso, allora, può anche essere utilizzato il concetto di 'fonte'.

Un'ultima osservazione è necessaria. Dal testo di Cicerone emerge decisamente la dimensione sovranazionale; e ciò vale tanto per il pubblico, attraverso il trattato, quanto per il privato, attraverso il patto consensuale, che richiama, appunto, lo *ius gentium*⁹.

⁶ *Res publica* e *populus* nella celeberrima definizione di Cicerone (*de rep.* 1. 25. 39) sono l'una il portato dell'altro: *est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. Peraltro, lo stesso Cicerone relaziona il concetto di (diritto) pubblico con quello di struttura della *civitas* (o della *res publica*); cfr., esemplarmente, Cic., *pro Mur.* 24 (*summa dignitas est in eis qui militari laude antecelant; omnia enim quae sunt in imperio et in statu civitatis ab his defendi et firmari putantur*) e Cic., *de leg.* 2. 30 (*iam illa non longam orationem desiderant, quam ob rem existimem publica quoque iura, quae sunt propria civitatis atque imperi, tum monumenta rerum gestarum et vetustatis exempla oratori nota esse debere; nam ut in rerum privatarum causis atque iudiciis depromenda saepe oratio est ex iure civili et idcirco, ut ante diximus, oratori iuris scientia necessaria est, sic in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus omnis haec et antiquitatis memoria et publici iuris auctoritas et regendae rei publicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, qui versantur in re publica, subiecta esse debet*).

⁷ Sulla legge e sui rapporti con senatoconsulti ed altre fonti, si veda l'insuperato studio di F. SERRAO, *Legge (Diritto romano)*, in *ED*, 23, 1973, ripubblicato in *Id.*, *Classi partiti e leggi nella repubblica romana*, Pisa, 1974. Mi permetto di richiamare altresì F. VALLOCCHIA, *Legge (Concetti e sistema)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, 7, 2014, 876 ss.

⁸ Tra i più recenti studi sullo *ius fetiale*, sui sacerdoti feziali e sul loro centrale ruolo, quanto meno in età repubblicana, in materia di trattati con altri popoli (*foedus, foedera*), si vedano: G. TURELLI, «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei Feziali nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2011 (circa il quale v. anche la mia recensione in *Iura*, 61 (2013), 409 ss.); L. DAL RI, *Ius fetiale. As origen do direito internacional no universalismo romano*, Ijuí, 2011; N. RAMPAZZO, *Iustitia e bellum. Prospettive storiografiche sulla guerra nella repubblica romana*, Napoli, 2012. Vedasi anche il datato, ma insuperato studio di P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, 1, Torino, 1965.

⁹ Circa il *pactum conventum* e lo *ius gentium*, v. Ulpiano *l.* 4 *ad ed.* in *D.* 2. 14. 7 *pr.*-1: *iuris gentium conventiones ... transeunt in proprium nomen contractus*.

È appena il caso di rilevare che la caratterizzazione della partizione pubblico-privato basata sul concetto di atto(-fonte) è riscontrabile in altri autori, tra i quali segnalo particolarmente Papiniano, al quale appartiene la celebre massima secondo cui *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*¹⁰. Da notare che la prospettiva da cui procede il giurista severiano è quella della indisponibilità (dell'atto-fonte) del diritto pubblico da parte dell'atto(-fonte) del diritto privato. Occorre comunque osservare, a tal proposito, che Papiniano richiama esplicitamente la valenza dell'atto(-fonte) del diritto privato, ma non è altrettanto esplicito quanto alla base del diritto pubblico, alla cui identificazione con il concetto di atto(-fonte) si può però risalire attraverso il tenore del testo. E questa è la lettura tradizionale del passo di Papiniano.

B) *I concetti di struttura(-organizzazione) e funzione(-utilità).*

In quegli stessi anni, il tema della partizione pubblico-privato e delle sue basi fu affrontato con chiarezza da Ulpiano nel primo libro delle sue Istituzioni, ove è esplicita la relazione col concetto di 'ius':

*(Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum.) Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privata. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*¹¹.

Orbene, la partizione teorizzata da Ulpiano è basata sui concetti di struttura(-organizzazione) e di funzione(-utilità), mentre il tradi-

¹⁰ Papiniano *l. 2 quaestionum* in D. 2. 14. 38. V. anche Papiniano *l. 9 responsorum* in D. 38. 1. 42, per ciò che concerne specificamente la disciplina dei fedecommissi, posta in relazione con il diritto pubblico e, direi, le sue fonti: "*Cerdonem servum meum manumitti volo ita, ut operas heredi promittat*". *Non cogitur manumissus promittere: sed etsi promiserit, in eum actio non dabitur: nam iuri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit*. Mi sembra evidente la tendenza a separare i concetti di pubblico e privato, insita nella enunciazione di Papiniano.

¹¹ Ulpiano *l. 1 inst.* in D. 1. 1. 1. 2. Il pensiero di Ulpiano ricorre, in parte, anche nel primo titolo del primo libro delle Istituzioni giustiniane: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. dicendum est igitur de iure privato, quod tripertitum est; collectum est enim ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus* (I. 1. 1. 4). Nelle Istituzioni gaiane, invece, non v'è traccia del tema della partizione *ius publicum-ius privatum*.

zionale concetto di atto(-fonte), pur presente, assume un valore diverso rispetto alle precedenti teorizzazioni.

Il diritto pubblico, dunque, si basa sulla struttura(-organizzazione) tripartita della cosa romana¹², secondo la distinzione in ciò che è sacro, sacerdoti e magistrati¹³; mentre il diritto privato si basa sulla funzione(-utilità) verso i singoli. C'è subito da osservare che prevale l'aspetto personale, nella sua concretezza: gli individui, i sacerdoti, i magistrati¹⁴.

Ed il concetto di atto(-fonte)? Esso emerge espressamente soltanto nel privato, attraverso la tripartizione esposta da Ulpiano, per la quale il diritto privato è composto dai precetti naturali, delle genti e civili, cioè dai precetti del diritto naturale, del diritto delle genti, del diritto civile. L'atto(-fonte) non rileva più dalla prospettiva applicativa del singolo privato, come si è riscontrato nell'opera sulla Partizione oratoria di Cicerone e, in certa misura, anche nelle Questioni di Papiniano, ma da quella precettiva di livello superiore. Resta evidente, invece, la sensibilità per la dimensione sovranazionale e finanche universale, alla luce dei richiami allo *ius gentium* ed allo *ius naturale*¹⁵.

¹² Sul tema generale dei concetti unificanti nel diritto romano, ed in particolare sull'espressione *res Romana*, vedasi l'insuperato volume di R. ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, 1, Torino, 1968.

¹³ Circa il ruolo dei sacerdoti nella *res publica*, cfr. Cic., *de leg. 2*. 30: *Quod sequitur vero, non solum ad religionem pertinet sed etiam ad civitatis statum, ut sine iis, qui sacris publice praesint, religioni privatae satis facere non possint. Continet enim rem publicam, consilio et auctoritate optimatum semper populum indigere, discriptioque sacerdotum nullam iustae religionis genus praetermittit.*

¹⁴ Non mi convince la traduzione del brano di Ulpiano in D. 1. 1. 1. 2, effettuata in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, 1, Milano, 2005, 77: «il diritto pubblico consiste ... nei sacerdoti, nelle magistrature». Il testo latino, infatti, riporta la parola 'sacerdotibus', da 'sacerdos' che significa 'sacerdote', non sacerdozio (che invece è reso con 'sacerdotium'). Coerentemente, mi sento di tradurre la parola 'magistratibus' con 'magistrati' e non 'magistrature', pur potendo essa essere tradotta, in astratto, secondo entrambi i sensi.

¹⁵ È noto il pensiero di Ulpiano circa le differenze tra diritto naturale e diritto delle genti, esposto nel primo libro delle sue Istituzioni ed inserito da Giustiniano nel primo titolo del primo libro del Digesto: *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit (l. 1 inst. in D. 1. 1. 1. 3). Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit (l. 1 inst. in D. 1. 1. 1. 4).*

Per ciò che concerne il pubblico, però, esso non è caratterizzato solo dalla struttura(-organizzazione). Innanzitutto, si può certamente asserire che Ulpiano mostra consapevolezza del fatto che l'atto(-fonte) ha comunque un ruolo nella caratterizzazione del diritto pubblico; è sufficiente qui richiamare quanto lo stesso Ulpiano scrive, in un'altra opera, circa la relazione tra i concetti di 'iniuria(-danno)' e di 'esecuzione del diritto (pubblico)', ove mi sembra chiaro che l'atto(-fonte) è alla base del principio per cui l'uso legittimo del diritto pubblico non può produrre danno: *is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam* (l. 57 ad ed. in D. 47. 10. 13. 1). Tuttavia, per ciò che concerne i caratteri definitivi del pubblico, il concetto di fonte rimane sullo sfondo; non è fatto emergere chiaramente dal giurista severiano che, per teorizzare la base del (diritto) pubblico, ad esso 'preferisce' il concetto di struttura(-organizzazione). Di contro, sempre con riferimento al diritto pubblico, un altro concetto che emerge espressamente è quello di funzione(-utilità); Ulpiano, infatti, dopo averlo utilizzato come base definitoria del (diritto) privato, lo accosta esplicitamente al pubblico. E così la prospettiva è spostata verso le *res*, da intendersi secondo un'amplissima accezione (di cose corporali e incorporali)¹⁶, come attesta l'uso del neutro al plurale: *utilia (publice-privatim)*.

Insomma, Ulpiano sembra superare la comune base definitoria della partizione pubblico-privato che tradizionalmente poggiava sul concetto di atto(-fonte), per adottare basi definitorie tra loro differenti. In altri termini, la teorizzazione di Ulpiano sembra minacciare l'unità del sistema '*ius*'¹⁷. C'è da chiedersi quali siano state le ragioni che avrebbero portato il giurista severiano a queste (nuove) conclusioni.

¹⁶ È appena il caso di ricordare quel che Gaio aveva scritto nel secondo libro delle Istituzioni a proposito delle *res corporales* e *incorporales*: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, uelut fundus, homo, uestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum* (Gai. 2. 12-14).

¹⁷ Lo stesso Ulpiano, tuttavia, dimostra di avere dello '*ius*' una concezione unitaria, accogliendo la 'elegante' definizione datane dal giurista Celso circa cento anni prima, riportata *supra*, in nota (Ulpiano l. 1 *inst.* in D. 1. 1. 1 pr.).

3. *Le ragioni (di Ulpiano) circa il superamento del concetto di atto (-fonte)*

Per avanzare ipotesi sulle ragioni che avrebbero portato Ulpiano a superare l'impostazione tradizionale, è necessario procedere da tre considerazioni.

a) La varietà nel concetto di atto(-fonte)

È noto che il concetto di 'atto' come 'fonte' produttiva del diritto è frutto di un lungo percorso. Dal concetto di 'parte' del diritto, rilevabile nelle fonti del I secolo a.C., si passa gradualmente a quello di 'fonte', ormai maturo alla metà del II secolo d.C.¹⁸. Nella *Rhetorica ad Herennium*, opera retorica anonima composta nei primi decenni del I secolo a.C. (tradizionalmente collocata intorno all'anno 70), appare il diritto costituito di 'parti' che non partecipano solo del suo momento produttivo, ma altresì dei momenti interpretativo ed applicativo:

constat (ius) igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto (Rhet. 2. 19).

Nelle Istituzioni di Gaio il processo appare maturato nella direzione sopra esposta; le 'parti' del diritto sono ormai le sue 'fonti':

constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium (Gai. 1. 2).

Ad una concezione generale di *partes iuris*, in cui rientravano anche i patti tra privati, oltre che caratteri quali natura ed *aequum et bonum*, si è sostituita gradualmente una concezione specifica, nella quale trovano spazio solo gli atti idonei a produrre diritto. Insomma, da una elencazione di '*figurae*' del diritto si è passati ad una prevalente classificazione di atti-fonti di produzione del diritto, nel senso prescrittivo. E ciò è evidente anche nella generale classificazione di Ulpiano, riportata *supra*, nel testo, ove si usa la parola *praeceptum*.

b) La varietà nella tipologia di atti(-fonti).

Nei testi è rilevabile una linea costante, per cui gli atti(-fonti) sono distinguibili sulla base del loro essere scritti o non. Si veda quel che aveva sostenuto Cicerone, a tal proposito, nel passo sopra ripor-

¹⁸ Sul tema, mi permetto di rinviare a F. VALLOCCHIA, *Appunti su bonum et aequum e conventio-consensus tra ius e societas*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di scienze giuridiche e tradizione romana*, 11 (2013).

tato, tratto dall'opera sulla Partizione oratoria. Si veda altresì quanto affermò il giurista Pomponio nel suo *Enchiridion*:

Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit... (D. 1. 2. 2. 12).

Si consideri, infine, che la stessa distinzione è riportata come fondamentale nelle Istituzioni di Giustiniano¹⁹.

Orbene, entro tale generale distinzione, gli autori evidenziano costantemente la varietà di tipi specifici di atti(-fonti). Già si è vista la *Rhetorica ad Herennium*; si veda adesso Cicerone che, in una delle ultime opere, *Topica*, aveva individuato le parti dello *ius* (civile) in *leges, senatus consulta, res iudicatae, iuris peritorum auctoritas, edicta magistratuum, mos, aequitas*²⁰. Si veda, poi, Gaio, come sopra riportato, che nelle Istituzioni elencava le leggi, i plebisciti, le deliberazioni del senato, le costituzioni imperiali, gli editti dei magistrati, i responsi dei giuristi; e si veda, quindi, l'elenco di Pomponio: legge, interpretazione dei giuristi, *legis actio*, plebiscito, editto magistratuale, deliberazione del senato, costituzione imperiale²¹.

c) La legge come modello degli atti(-fonti).

Tale varietà, nel concetto e nella tipologia di atti(-fonti), risente però della graduale affermazione del modello prioritario della legge, come atto di imperio²², destinato ad assorbire le altre fonti attraverso la progressiva sovrapposizione del potere imperiale per mezzo della costituzione, idonea fonte sia del privato sia del pubblico.

Emblematici, a tal riguardo, sono un testo di Giuliano, tre passi di Gaio e due brani della costituzione *Tanta* di Giustiniano. Il giurista Giuliano aveva assimilato la consuetudine alla legge²³. Gaio, nelle

¹⁹ I. 1. 2. 3: *Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto.*

²⁰ Cic. *Top.* 5. 28: *ius civile ... in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistit.* Quest'opera fu composta da Cicerone nel 44 a.C.

²¹ Pomponio *l. singulari enchiridii*, in D. 1. 2. 2. 12.

²² È qui sufficiente richiamare la definizione di legge fornita da Gaio: *lex est, quod populus iubet atque constituit* (Gai. 1. 3).

²³ Giuliano *l. 84 digestorum* in D. 1. 3. 32. 1: *de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs roma utitur, servari oportet. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos*

Istituzioni, sostenne che senatoconsulto, costituzione imperiale e responsi dei giuristi ‘tengono luogo della legge’²⁴. Nella *constitutio Tanta*, infine, Giustiniano enunciava due principi: il primo, attribuito allo stesso Giuliano, per cui l’editto pretorio perde autonomia di fonte (viva)²⁵; il secondo, per cui la legge possiede il primato sulle altre fonti (o, meglio, sulle fonti ‘superstiti’)²⁶.

In queste condizioni, risaltano abbastanza chiaramente le ragioni della scelta operata da Ulpiano nella elaborazione della tripartizione degli atti(-fonti) del diritto privato, la quale va comunque armonizzata con un altro principio, enunciato dallo stesso Ulpiano nel primo libro delle Istituzioni, secondo cui *quod principi placuit, legis habet vigorem* (D. 1. 4. 1 pr.).

Alla luce di queste considerazioni, ritengo quindi spiegabile il superamento del concetto di atto(-fonte) quale base (unitaria) della definizione della partizione pubblico-privato.

teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

²⁴ Gai. 1. 4: *senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem optinet*. Gai. 1. 5: *constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat*. Gai. 1. 7: *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet*.

²⁵ *Tanta*, 18: *cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniat, ab imperiali sanctione hoc repleatur*.

²⁶ *Tanta*, 18: *Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, Augustum impleretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis Deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere*. Si ricordi che nelle Istituzioni giustinianee è enunciata l’equiparazione della costituzione imperiale alla legge: *quodcumque imperator constituit legem esse constat* (I. 1. 2. 6). Circa il concetto di fonte ‘superstite’, si veda quel che è scritto nelle Istituzioni di Giustiniano a proposito dei responsi dei giuristi, ove spiccano le proiezioni nel passato: *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus institutum erat ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur* (I. 1. 2. 8). Si noti, altresì, che nelle stesse Istituzioni, anche la definizione di legge è proiettata nel passato: *lex est quod populus Romanus ... constituebat* (I. 1. 2. 4).

Tale concetto è posto espressamente tra le caratteristiche strutturali del privato e con un carattere esclusivamente precettivo, per cui gli atti (negoziali) dei privati devono essere adeguati ad un livello(-sistema) ‘superiore’, non solo ‘cittadino’ ma anche e soprattutto sovranazionale. Gli atti(-fonti), insomma, compongono certamente la struttura del privato, ma non sono posti alla base della sua definizione. Tale base, infatti, è ora occupata dal concetto di funzione(-utilità): *privatum quod ad singulorum utilitatem*.

Per ciò che concerne il pubblico, invece, alla base della sua definizione v'è ora il concetto di struttura(-organizzazione), la cui efficienza deve essere misurata in virtù di un carattere che non è la fonte, bensì la funzione(-utilità): *sunt enim quaedam publice utilia (quaedam privatim)*.

Pertanto, nella teorizzazione di Ulpiano non v'è più il concetto di atto(-fonte) a garantire l'assetto unitario del sistema ‘*ius*’ nella sua partizione in pubblico e privato. Ciò, però, non significa che tale assetto unitario venga meno, perché la sua tenuta passa ora attraverso il concetto di funzione(-utilità) che il giurista severiano pone espressamente in comune tra pubblico e privato. Del resto, lo stesso Ulpiano premette alla sua teorizzazione della partizione pubblico-privato l'osservazione per cui *ius publicum* e *ius privatum* sono (mi verrebbe da aggiungere: solo) due posizioni di studio del sistema unitario ‘*ius*’.

4. *Funzione(-utilità) e riflessi sulle res*

La funzione(-utilità), come (nuovo) carattere comune, pur distinguente, di pubblico e privato, misura la sua tenuta nell'ambito delle *res*, come si rileva nella teorizzazione di Ulpiano: *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim*.

A) *Funzione(-utilità) e appartenenza*

L'uso pubblico delle cose, nel senso di uso comune, si sovrappone all'appartenenza, che appare relegata all'ambito privato. Emblematico appare il caso delle rive fluviali, il cui uso è pubblico, ma la proprietà è dei singoli privati: *riparum usus publicus est... Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent* (Gaio *l. 2 rerum cottidianorum sive aureorum* in D. 1. 8. 5 pr.).

La funzione(-utilità) del pubblico, quindi, sembra prescindere dal concetto di appartenenza, i cui schemi, infatti, maturano entro il

privato. Si analizzino, a tal proposito, le ben note difficoltà incontrate da Gaio nel tentativo di basare sull'unitario concetto di appartenenza la distinzione tra cose pubbliche e private: *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt* (Gai. 2. 10-11).

A fronte del tentativo di Gaio sta la teorizzazione di Ulpiano circa la funzione dei luoghi pubblici verso gli usi dei privati che, secondo il giurista severiano, non presuppone affatto l'appartenenza: *loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque (et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet)* (l. 68 ad ed. D. 43. 8. 2. 2).

B) Tutela della funzione(-utilità)

La funzione(-utilità) si riflette, quanto alle cose, sul regime della tutela, in cui la partizione pubblico-privato assume connotati molto complessi, difficilmente spiegabili attraverso categorie concettuali positive.

Il potere del singolo cittadino difende anche l'interesse del singolo privato. In tal senso, vedasi l'enunciato di Paolo, contemporaneo di Ulpiano: *qui ita de publico agunt, ut et privatum commodum defendant* (l. 9 ad ed. in D. 3. 3. 45. 1)²⁷.

Il diritto del singolo privato tutela anche l'utilità pubblica. In tal senso, vedasi l'azione di ingiurie, azionabile da chi sia stato ostacolato nell'uso, comune non esclusivo, della cosa pubblica: *si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, que-*

²⁷ Cfr. anche il caso della *lex Quinctia de aquis* del 9 a.C. in FRONTINO, *de aq.* 129. 4-5. Tra le disposizioni della legge v'era la comminazione di una (grave) sanzione pecuniaria, azionabile attraverso legittimazione popolare, e la prescrizione della riduzione in pristino a carico di chi avesse impedito alle acque condotte pubblicamente di pervenire sia ai siti di erogazione pubblica sia a quelli di distribuzione privata: *"quicumque post hanc legem rogatam rivos, specus, fornices, fistulas, tubulos, castella, lacus aquarum publicarum, quae ad urbem ducuntur, sciens dolo malo foraverit, ruperit, foranda rumpendave curaverit peiorave fecerit, quo minus eae aquae earumve quae pars in urbem Romam ire, cadere, fluere, pervenire, duci possit, quove minus in urbe Roma et in eis locis, aedificiis, quae loca, aedificia urbi continentia sunt, erunt, in eis hortis, praediis, locis, quorum hortorum, praediorum, locorum dominis possessoribusve aqua data vel adtributa est vel erit, saliat, distribuatur, dividatur, in castella, lacus immittatur, is populo Romano HS centum milia dare damnas esto. Et quidquid eorum ita fecerit, id omne sarcire, reficere, restituere, aedificare, ponere et celere demolire damnas esto sine dolo malo"*.

madmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est (Ulpiano l. 68 ad ed. in D. 43. 8. 2. 9). Vedasi, altresì, l'interdetto pretorio *de rivis* ed il relativo commento di Ulpiano, il quale attesta l'azionabilità dell'interdetto da parte del singolo privato indipendentemente dalla natura giuridica delle condotte idriche e dal titolo vantabile nei loro confronti: *praetor ait: "rivos specus septa reficere purgare aquae ducendae causa quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi non clam non precario a te duxit, vim fieri veto" ... Interdictum (de rivis) competit etiam ei, qui ius aquae ducendae non habet, ... ad omnes rivos pertinet, sive in publico sive in privato sint constituti* (Ulpiano l. 70 ad ed. in D. 43. 21. 1 pr., 1. 9 eod. tit., 3. 4 eod. tit.).

5. *Le tendenze alla 'separazione' o al 'superamento' della partizione pubblico-privato*

Gli sforzi di Ulpiano di ricercare le basi della partizione pubblico-privato in caratteri diversi dagli atti(-fonti) sembrano condurre verso esiti contrapposti.

Da una parte si assiste al tentativo di (parziale) 'superamento' della partizione stessa, almeno con riguardo alle cose, attraverso una nuova categoria giuridica basata sul concetto di funzione(-utilità), laddove pubblico e privato perdono addirittura la loro ragion d'essere. È Marciano, probabilmente allievo di Ulpiano²⁸, ad enucleare tale categoria; si tratta delle *res communes omnium: naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris* (l. 3 inst. in D. 1. 8. 2).

Dall'altra, vi sono tracce nella legislazione imperiale di radicalizzazione della partizione pubblico-privato, sempre con riguardo alle cose, secondo una prospettiva di 'separazione'²⁹. È emblematico, in tal senso, il principio enunciato nella costituzione dell'imperatore

²⁸ A proposito della probabile colleganza tra Ulpiano e Marciano, v. uno degli studi più recenti sull'argomento: D. LIEBS, *Älius Marcian. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, in ZSS, 128 (2011), 39 ss.

²⁹ Peraltro, tendenze alla separazione dei due concetti sono presenti, come ho avuto modo di avvertire *supra*, anche nella teorizzazione di Papiniano (in D. 2. 14. 38) circa la indisponibilità del diritto pubblico da parte dei privati.

Zenone, emanata tra il 474 ed il 491 e raccolta in C. 11. 43. 9: *quod publicum fuerit aliquando, minime sit privatum*.

È comunque il (parziale) superamento della partizione pubblico-privato ad avere un ruolo centrale nel sistema giuridico romano, come (ri)composto da Giustiniano. L'imperatore della Nuova Roma, infatti, recepisce legislativamente la categoria delle *res communes omnium* nel sistema giuridico, ponendola espressamente nella partizione dogmatica delle *res* tracciata nel primo titolo del secondo libro delle sue Istituzioni: (*de rebus*) *quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris* (in I. 2. 1. 1)³⁰.

Appare evidente il decisivo ruolo giocato in questa vicenda dall'universalismo imperiale, tramite il quale è possibile comprendere il tentativo di superamento della partizione pubblico-privato attraverso la categoria giuridica dei 'beni comuni': Ulpiano è il giurista che ricorre al concetto di 'orbis', che possiamo tradurre anche con 'mondo', per indicare l'impero romano³¹; Marciano compone le sue Istituzioni quasi certamente dopo che la costituzione *de civitate* dell'imperatore Antonino Caracalla, nel 212 d.C., ha concesso (con eccezioni) la cittadinanza agli abitanti dell'impero³²; Giustiniano è l'imperatore che abroga il concetto di straniero nell'orbe romano³³.

³⁰ Da notare che tutte le categorie indicate nel brano delle Istituzioni riportato *supra*, nel testo, posseggono un genitivo di riferimento (*omnium ... universitatis ... nullius ... singulorum*) tranne quella delle cose pubbliche (...*publica*).

³¹ Ulpiano *l. 22 ad ed.* in D. 1. 5. 1: *in orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*.

³² Una testimonianza (e probabilmente proprio una parte del testo) della *Constitutio Antoniniana de civitate*, a parte il brano di Ulpiano riportato *supra* in nota, è rinvenibile nel papiro Giessen 40. 1. Tra i più recenti contributi circa la costituzione dell'imperatore Caracalla, cito P. CATALANO, *Cinque premesse 'inattuali' per studi sulla cittadinanza romana*, in *BIDR*, 107 (2013), 3 ss., e A. MASTINO, *Constitutio Antoniniana: la politica della cittadinanza di un imperatore africano*, in *BIDR*, 107 (2013), 37 ss.

³³ Si vedano le costituzioni di Giustiniano degli anni 530 e 531, raccolte in C. 7. 15 (*Communia de manumissionibus*) ed in C. 7. 6 (*De Latina libertate tollenda et per certos modos in civitatem Romanam transfusa*). Si veda, in particolare, quanto disposto dall'imperatore della Nuova Roma in C. 7. 15. 2, in quello che appare una sorta di principio universale cui attenersi sempre: *ut sint omnes cives Romani constituti, ampliandam enim magis civitatem nostram quam minuendam esse censemus*.