

Pietro Bonfante

SCRITTI
GIURIDICI
VARII

Volume I

Famiglia e successione

Ristampa corretta a cura di
Giuliano Crifò e Alessandro Mancinelli

Presentazione di
Giuliano Crifò



Copyright © MMVII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 a/b
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-0865-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2007

Indice sommario

<i>Presentazione</i> di Giuliano Crifò	9
---	---

PIETRO BONFANTE
Scritti giuridici varii
Volume I

<i>Prefazione</i>	17
I. La <i>gens</i> e la <i>familia</i>	23
II. Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive	39
III. Il <i>ius vendendi</i> del <i>paterfamilias</i> e la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino	79
IV. La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrimonio nel diritto romano e nel diritto civile	87
V. L'origine dell' <i>hereditas</i> e dei <i>legata</i> nel diritto successorio romano. A proposito della regola <i>Nemo pro parte testatus</i> <i>pro parte intestatus decedere potest</i>	113
VI. Il concetto dogmatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno	157
VII. Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova	187

VIII. La <i>successio in universum ius</i> e l' <i>universitas</i>	239
IX. La formazione scolastica della dottrina dell' <i>universitas</i>	289
X. Il testamento nel diritto comparato. Germi veri e false analogie	303
XI. Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco	315
XII. La διαθήκη ellenica e la <i>donatio mortis causa</i>	383
XIII. Il rapporto dell'eredità con i <i>legata</i> e la teoria del prelegato nel diritto romano e nel diritto civile	395
XIV. Il prelegato e la successione	407
XV. Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità	429
XVI. Istituzione nella universalità dei beni immobili o mobili [art. 760 c.c. (1865 = art. 588 c.c. 1942)]	463
XVII. La dottrina dell'erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari	483
XVIII. Riforma del diritto ereditario	497
XIX. Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile	517
<i>Indice dei nomi</i>	599
<i>Indice delle fonti</i>	605

I. La *gens* e la *familia*¹

Ne' concetti comuni sull'antica organizzazione gentilizia e familiare regna, per quel che mi sembra, molto del vago e dell'equivoco, e questo fatto turba l'intelligenza e la concezione vera del passaggio dall'organizzazione gentilizia alla *civitas*. Tutti gli scrittori, o romanisti, come il Mommsen e il Lange, o studiosi di orizzonte più vasto, come il Maine e il Fustel de Coulanges, e tutti quanti gli altri, che in qualunque modo trattano o sfiorano la questione, distinguono caratteristicamente l'organizzazione così detta gentilizia o patriarcale, basata sul vincolo di parentela, di sangue, dall'organizzazione politica. E in generale (salvo il Jhering che devia in tutt'altra direzione) essi pongono che la città primitiva non sarebbe che un comune gentilizio o patriarcale, mentre l'organizzazione politica, lo Stato, sorge e s'impone molto più tardi.

Ora noi ammettiamo facilmente con gli scrittori che nello Stato qualche cosa di diverso dalle precedenti aggregazioni vi sia. Ciò che non riconosciamo punto — e per verità siamo in una condizione pericolosa, trovandoci a esser soli a non riconoscerlo — è la netta separazione che gli scrittori soglion fare tra l'organizzazione gentilizia e l'organizzazione politica, l'idea che questa diversità debba consistere in una natura e in un concetto assolutamente nuovo. A nostro avviso, questa idea si genera solo dalla mancanza di una [¹|₂] esatta concezione dell'organizzazione così detta gentilizia o patriarcale. Codesti gruppi successivi della società primitiva, la famiglia, la gente, la tribù e

¹ Da *BIDR*, 1 (1888), pp. 236–250, con alcuni sviluppi desunti dalle “*Res Mancipi*” e “*nec Mancipi*”, 2 voll., Roma, 1888–89, p. 280 segg. [= P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (“Res Mancipi” e “res nec Mancipi”)*, in *Scritti giuridici varii*, 2, Torino, 1918, p. 1 e segg.].

tutti i simili possibili, che natura hanno? Che vincolo lega le persone in quei gruppi? Si dice da tutti: la società patriarcale è una società familiare; il vincolo costitutivo è un vincolo di origine comune, di parentela, reale o fittizia. Ma, potendo essere fittizia, e spesso interamente fittizia, la relazione di origine comune, di parentela, sia essa definita (*familia*), o indefinita e immemorabile (*gens, tribus*, ecc.), cioè sia familiare o nazionale, non è mai condizione essenziale, ma presunzione; né io veggio differenza tra questa presunzione e quella per la quale i cittadini di uno Stato si reputano tutti connazionali. Ora, quando manchi il rapporto reale di parentela, che cosa è che tiene insieme i membri di questa società? E perché si tengono insieme? Occorre spendere più parole per mostrare che quel vincolo che tiene insieme i membri sarà il vincolo necessario, costitutivo? E non serve invocare la parentela agnatzia, non serve chiamare sociale o corporativo il vincolo stesso o il gruppo; convien sapere che cosa significhi la parentela agnatzia, che non è certo semplicemente una parentela paterna, ma che occorre forzatamente definire dal punto di vista della soggezione a una potestà, e per che scopo vi sia; o, in altra forma, perché nasca la corporazione e che natura abbia il vincolo corporativo. L'effetto gravissimo di queste proposizioni indeterminate e generiche, che fanno le viste di sciogliere una questione così importante, è di stornare la mente perfino dal proporsela, di fare sì che non pongasi attenzione a tutto un complesso di circostanze, di elementi e di fatti, che potrebbero servire a risolverla, o se ne diano spiegazioni accidentali e false. Solamente il Fustel de Coulanges e dietro lui l'Hearn² cercarono, quasi inconsapevolmente, per un [2]₃ proprio preconetto, di rappresentare l'organizzazione gentilizia, riguardando la famiglia, la gente, la tribù, la città primitiva come tante società religiose, tante comunanze di culto e di *sacra*. Il concetto è certamente fallace, giacché non si può riporre lo scopo essenziale di siffatte agglomerazioni nel regno dei morti. Ma il suo germe e la sua giustificazione è appunto in questo: che ogni società politica dell'evo antico è anche per uno dei suoi aspetti e dei suoi scopi (che in una società politica possono essere varii e multiformi)

² V. ora anche N. HOZUMI, *Ancestor Worship and Iapanese Law* [1912], Tokyo, 1913 [tr. it. a cura di G. Castelli, Milano, 1923 (a cura di E. Albertario e P. de Francisci); trad. it. della 3^a ed. a cura di S. Nogami, Roma, 1941; 4^a ed. rev. by Sh. Hozumi, Tokyo, 1938].

società religiosa. Il culto è, più o meno profondamente, secondo il genio e le condizioni dei popoli, funzione della società politica, come sono organi politici gli organi suoi. Debbo quindi riconoscere in questo concetto, se non altro, un tentativo di spiegare queste organizzazioni, di concretare in qualche oggetto lo scopo di questi gruppi sociali.

Base della società patriarcale, per dire di questa che è la forma più normale o un grado più civile, non può essere il vincolo di sangue, perché l'origine comune è spesso fittizia e leggendaria, e talora compiutamente fittizia; quindi una relazione siffatta è meramente presunzione e titolo naturale per la partecipazione ai diritti o ai doveri del gruppo. Ma l'origine comune o nascita nel gruppo si presume pure tra i cittadini di uno Stato, ed è pure nello Stato il titolo naturale e fondamentale della partecipazione alla comunanza civile. Solamente, il sentimento della comune origine è certamente più vivace via via che si scende negli organismi più ristretti, finché nei gruppi estremi la relazione istessa è nota e definita. D'altra parte, base della società moderna o civile non è il vincolo territoriale, ma la partecipazione a comuni obblighi e comuni diritti e la soggezione a una comune sovranità; la convivenza nello stesso territorio potrà esser solo un'occasione o condizione storica per l'ammissione in una comunanza politica. Ma come occasione o condizione storica l'ammissione di stranieri viventi nel territorio di una comunanza come membri di quella comunanza [³|₄] è caso perfino più frequente nelle società primitive; allo straniero si concedeva la parentela come ora si concede la nazionalità. Poiché un territorio non manca agli organismi primordiali, e fin nei gradi più bassi dell'umanità si nega a torto. Solamente, il concetto di territorio e d'impero sul territorio è, per converso, più spiccato nelle società civili, perché disgiunto dalla proprietà e perché a un tempo stesso lo Stato nell'ultimo sviluppo è persona distinta dalla somma dei singoli.

*

Dovendo esprimere semplicemente la nostra opinione e ridurre a un principio le diverse aggregazioni della società primitiva a partire dalla famiglia, a noi pare che non se ne presenti naturalmente che un solo: *il principio dell'agglomerazione politica per tutti gli scopi indefiniti, ne-*

cessari o contingenti, di una società politica. Sono adunque veri *organismi politici* nel senso largo e ideale della parola. A noi pare evidente che tutti gli elementi costitutivi di queste molteplici aggregazioni corrispondono pienamente agli elementi costitutivi dell'idea di Stato; che nello Stato v'è qualche cosa di più, che pone una condizione di fatti e di relazioni nuove, ma non tale un elemento che ne alteri l'essenza e distrugga quella natura generale e comune. Caratteri o elementi comuni (una analisi particolareggiata può facilmente dimostrarlo) sono: un vincolo sociale esprimente la compartecipazione ai vantaggi e agli obblighi di una comunanza civile, basato sulla *soggezione a una comune sovranità* e derivante dal riconoscimento del potere sovrano; una presunzione di origine comune ossia di nascita nel gruppo, la quale origine è titolo, ma non condizione necessaria e nemmeno condizione sufficiente, senza quel riconoscimento, almeno formale, del gruppo; norme regolatrici dei rapporti in ciascun gruppo; autonomia; autarchia; organizzazione e sovranità ereditaria o elettiva (non è vero che in questi gruppi non si abbia riguardo alla capacità o vi sia ^[4]_[5] sconosciuta l'elezione); funzioni d'ordine e di difesa; relazioni esterne; morale crudele anche verso quelli che si dicono figli e niuna affettuosa tutela dei deboli; coscienza di necessità e intenzione di perpetuità. Né manca, ripeto, pur nel grado più ristretto dell'agglomerazione, una sede comune, che è proprietà sociale del gruppo, ma eziandio territorio inviolabile di fronte al gruppo superiore e limite alla sua sfera d'azione.

Si noti ancora che taluni anche de' nomi che si dicono di parentela — *pater, frater* — sono denominazioni di rapporti politici: il sovrano, il membro del gruppo.

Infine, questi gruppi partecipano della più singolare qualità dello Stato, la varietà e mobilità nella costituzione e nell'estensione e soprattutto l'elasticità negli scopi e nelle funzioni — tal carattere a cagion del quale s'ebbero dello Stato mille definizioni nella scienza, mille forme nella storia.

*

Si rimprovera al Niebuhr di avere, seguendo Dionisio, fatto una confusione della organizzazione gentilizia con la organizzazione poli-

tica, riguardando le *gentes* come una divisione politica della *civitas*; la quale opinione, si dice, produsse una quantità di induzioni errate nella critica storica tedesca.

Ma il Niebuhr non fu tratto precipuamente nella sua opinione da quel magro appiglio di un passo di Dionisio, bensì dal fatto che a lui la gente originaria non si presenta con i caratteri di un istituto privato, di sangue, ma che in fondo a quelle agglomerazioni, spesso così evidentemente fittizie, egli vede un rapporto e un concetto politico; onde per questo rispetto l'errore fondamentale del Niebuhr è più interessante, più fecondo di pensiero che non le verità dette dai più recisi avversari della sua idea, le quali non fanno avanzare d'un passo il problema. A ragione pertanto gli autori moderni in Germania, pure quelli (e sono, anche nella Germania, i più) che non accettano l'idea del Niebuhr, non [5] se ne sono mai staccati interamente, ma nella *gens* hanno sempre riconosciuto, o in un modo o nell'altro, un carattere politico. In Italia poi E. De Ruggiero, in una monografia su *La "gens" avanti alla formazione del comune di Roma*³, proseguendo l'idea del Mommsen, pone in chiarissima luce, in base alle notizie che s'hanno delle *gentes*, la natura vera della *gens* primitiva come un comune sovrano anteriore al comune di Roma. E noi certamente non discordiamo da lui, se non in quanto riteniamo necessario di accentuare che la sua struttura istessa non è punto diversa da quella della *civitas* e di concepire anche la famiglia antica come un organismo politico — un tale organismo politico, nel quale il nucleo personale è costituito di persone supposte discendere da un unico capostipite noto, vivente o estinto, e quindi il vincolo presunto di sangue, di origine comune, ha carattere piuttosto familiare, di parentela definita, laddove nella *gens*, essendo immemorabile e leggendario codesto capostipite, il vincolo presunto comincia ad avere carattere nazionale, di parentela indefinita.

*

La concezione manchevole della *gens* e dell'organizzazione gentilizia vizia altresì, com'è naturale, il concetto dell'evoluzione interna

³ Napoli, 1872.

nel passaggio da questa alla *civitas*. Se la struttura della famiglia primitiva non richiama la debita attenzione, non sfugge però che le sue funzioni rispondono in gran parte a quelle che saranno via via le funzioni essenziali o complementari dello Stato. Ma gli autori intendono vagamente che queste funzioni siano mal devolute alla famiglia per una imperfezione della società primitiva, e con il sorgere dello Stato questo le assuma, anzi quasi le riconquisti, come quelle che sono veramente funzioni sue proprie, e rilasci alla famiglia le funzioni proprie della famiglia, quelle che essa è veramente atta a compiere. Il processo, per cui la *civitas* assorbe le funzioni dei gruppi anteriori e viene [6|7] a costituire lo Stato, si è chiamato un processo di selezione. Aggregazione o agglomerazione non esprime, si dice, se non il momento, tutto esterno, dell'unione delle genti; ma la *civitas*, non contenta di regolare i rapporti tra le *gentes* e le relazioni esterne delle *gentes*, penetra a grado a grado nell'organismo gentilizio e lo disfà, operando una selezione della vita pubblica, politica, civile dalla vita privata, domestica, patriarcale. Ora certamente le funzioni, che la *civitas* a mano a mano usurpa sui corpi minori, divengono funzioni della *civitas*, del *populus*, funzioni pubbliche. Non c'è che ridire; ma è una verità inconcludente, e non è certo quella a cui si mira. Il pensiero intimo che ispira queste concezioni è che gli uffizi assunti dalla *civitas* fossero, anche in seno alle agglomerazioni gentilizie, uffizi pubblici per natura loro, e che perciò gradatamente, lentamente la *civitas* li chiami a sé, lasciando che le comunanze gentilizie continuino a esser campo della vita patriarcale. Ma che cosa si vuole che fossero dapprima codeste comunanze? Organismi politici e patriarcali insieme? Qualche cosa di simile è stato pure detto da sommi scrittori, come il Jhering, per dare a intendere in qualche modo come questi organismi, e specialmente la famiglia primitiva, abbiano funzioni politiche; cioè che la famiglia antica, la famiglia patriarcale, la *gens* sono qualche cosa di intermedio tra la famiglia e lo Stato; che quanto più perfetto è l'organismo dello Stato, tanto meno perfetto è l'organismo della famiglia; ovvero che la famiglia primitiva è quasi uno Stato, che lo Stato primitivo è quasi una grande famiglia. Ma questo tipo campato in aria tra la famiglia e lo Stato, questa perfezione della famiglia primitiva, che svanisce con il progresso, e simili frasi sono pur sempre di quelle proposizioni vaghe che non danno un concetto. Un organismo non può avere che un prin-

cipio fondamentale, a cui tutte le funzioni accessorie si subordinano e che la sua struttura rivela. Tanto varrebbe dire che lo Stato moderno è quasi una nazione, o che la nazione è quasi uno Stato; oppure dire che una nazione [7|8] organizzata a Stato è qualcosa di intermedio tra la nazione e lo Stato; che quanto più perfetto è l'organismo dello Stato, tanto meno perfetto è l'organismo della nazione. Si può osservare invece che quando quel processo, che alcuno ha inteso nominare di selezione, è compiuto, tali organismi patriarcali o sono interamente disfatti o assumono tutt'altro carattere, e mutano anche radicalmente la loro struttura, come la società familiare odierna (poiché rispetto alla *familia* romana non fu mai compiuto), che non si può dire più o meno perfetta dell'antica famiglia, ma è appunto tutt'altra cosa, è una forma e un concetto sociale affatto distinto. Ora questo fatto conferma che l'organizzazione patriarcale, in qualunque grado, in qualunque forma, non era che organizzazione politica, e pertanto quel processo, per cui la *civitas* si pone come Stato, può dirsi una selezione graduale delle funzioni politiche degli organismi politici inferiori, a patto che s'intenda che questa selezione porta in conseguenza un esaurimento graduale dei medesimi, cioè non li riduce a quel che si assume che dovrebbero essere, ma li annichila o li trasforma.

*

Ciascun gruppo primitivo ha norme, consuetudini sue, regolatrici de' rapporti tra i suoi membri e, fino a un certo punto, anche delle relazioni esterne, quando la regola e la tutela di queste non sia peranco assunta pienamente dal gruppo superiore. E queste norme hanno una natura uniforme: non si può rigettare nel campo della morale e del costume la regola della famiglia, costituendone un concetto diverso dal diritto.

Il *fas*, il *mos*, il *ius* rappresentano bensì tre gradi nello sviluppo di un concetto, ma non significano tre concetti, tre ordini di fatti compiutamente distinti: religiosi, morali, giuridici. Anche qui la differenza non deve diventare opposizione. Il *fas*, il *mos*, il *ius* sono norme regolatrici de' rapporti in seno a organismi, che sono organismi politici: io [8|9] le direi pertanto tutte regole giuridiche in lato senso. E per vero,

chi le consideri attentamente, rivelano una natura generale e comune, che non ha niente che fare con la natura de' principii o de' precetti morali o religiosi. Tutte quante hanno una stessa determinatezza oggettiva nel contenuto, uno scopo istesso, la conservazione dell'ordine e della pace nel gruppo, un sentimento di necessità per la conservazione della comunanza, una forza obbligatoria e una sanzione efficace; infine regolano non fatti interni, ma fatti esterni, che potrebbero essere e saranno via via in seguito tutti quanti oggetto della sanzione del *ius civile*. Soltanto la posteriore invasione del *ius civile* restringerà la portata del *mos* o del *fas* e ne trasporterà finalmente il concetto ai fatti puramente morali o religiosi; e tuttavia sin nella vita più tarda di Roma il *mos* è un concetto assai diverso dalla morale nel vero senso; l'indebolimento dell'antico *mos* ha nel pensiero dei Romani un significato assai più profondo che non esprimiamo noi dicendolo indebolimento della morale, rilassatezza nei costumi, e il nome di *mores* riman sempre a designare la fonte e la manifestazione più arcaica e spontanea della norma giuridica anche nello Stato. In conseguenza si può ben parlare di una selezione operata dalla *civitas*, ma non in questo senso che la *civitas* assuma gli elementi e i fatti per natura loro giuridici (o che forse il diritto romano più evoluto si sarebbe corrotto, assumendo gli elementi residui, che sarebbero stati elementi non giuridici?), ma, anche qui, nel senso di una selezione graduale di rapporti regolati per lo innanzi dai gruppi minori; la quale selezione dovrà esaurire il *mos* ed esaurire il *fas*, convertendo queste norme in norme della *civitas*, in *ius civile* o anche rigettandole nel dominio della coscienza e della morale nel vero senso, che è tutt'altra cosa. È conceder troppo all'antico diritto di Roma supporre che esso abbia effettuato una netta separazione tra la morale e il diritto: la *civitas* non fece che separare le sue norme, il *ius civile*, dalle norme dei gruppi minori. [⁹]₁₀

*

Il Jhering ha reso familiare agli studiosi un modo di dissimulare la sorprendente costituzione della famiglia romana e la energia terribile della *patria potestas*, insistendo sul contrasto tra la famiglia romana giuridicamente considerata e la famiglia quale esisteva nel fatto. La

costruzione giuridica, si dice, attribuisce alla famiglia romana una rigidità ben maggiore di quella che esistesse realmente nel costume. Come è noto, gli scrittori si fermano volentieri su questa speciale caratteristica della famiglia romana, come la si nomina: e l'osservazione è divenuta, si può dire, un luogo comune. I Romani, con singolare saviezza, avrebbero abbandonato molto alla morale, al costume, alla tenerezza familiare: laonde non si può conoscere la famiglia romana, se si studia solamente qual è nel diritto e non qual è nella vita. Io credo che in questo contrasto si sia falsato l'aspetto di un fenomeno di ben diversa natura. Cominciamo dall'osservare che se il contrasto — supposto che contrasto nel senso vero vi sia — fosse tra concetti giuridici e consuetudini sociali, tra diritto e morale, logicamente non se ne potrebbe indurre se non questa conseguenza: che il diritto non risponde a quelle relazioni e a quelle condizioni sociali, e, di conseguenza in conseguenza, che quel diritto, lungi dall'essere una cosa mirabile in quel momento, è disadatto e cattivo; né io intendo come mai la venerazione del diritto romano, la supposizione che esso nella sostanza — poiché con ciò non sarebbero tocchi i pregi formali — sia perfetto in tutte le sue parti e la paura di dar di cozzo in una conseguenza contraria a quella presunzione debba far piantar in asso la logica e generare la singolarissima idea che le relazioni sociali, come sono disciplinate dalla morale, debbano contrastare alla natura de' rapporti giuridici! Che se i Romani si vantano della potestà patria, come di una cosa tutta loro, non accade spesso negli uomini e ne' popoli di vantarsi appunto de' difetti, come di qualità più ^[10]_[11] caratteristiche? Che il marito onorasse e amasse di affetto tenerissimo la sposa, o il padre i figliuoli, che di quel terribile potere usasse sempre bene — tutto ciò è bello, è grande per la società romana; tanto più bello in quanto che il diritto gli lascia libera la mano: ma questo non può significare niente di buono per il diritto; meglio ancora, non ci ha niente che vedere. Marito affettuoso e padre tenerissimo, giuridicamente egli è rispetto alla moglie e rispetto ai figli, signore e giudice e re.

Ma si osserva che i limiti morali e sociali di questo potere sono limiti efficaci: quando non siano più tali allora il diritto li assumerà. Ora qui sta il punto. Questi limiti o piuttosto queste regole nell'esercizio della potestà patria non derivano da un sentimento morale indefinito, come l'affetto di padre, di marito, il sentimento del sangue, da una co-

scienza sociale pure indefinita; ossia non sono regole morali, ma sono invece norme determinate, concrete e imperative, derivanti da consuetudini inveterate, da ripetizioni costanti di operazioni, di giudicati simili; sono *mores maiorum*, cioè, nella natura e nella sostanza, norme giuridiche *in lato senso*. Con l'affetto naturale han tanto relazione che, mentre limitano da un lato la potestà patria, in quanto ne stabiliscono e ne regolano l'esercizio, dall'altra parte, se ne sia il caso, possono imporre, a strazio della tenerezza paterna, l'esercizio più rigoroso ed estremo della stessa potestà; han tanto relazione con la morale che esse comandano talvolta l'esposizione degli infanti deboli o deformati e ad ogni modo lasciano libero al padre l'allevamento de' proprii figli. Che se coteste regole non vengono imposte dalla *civitas*, cioè non fanno parte del *ius civile*, questa è pur sempre una conseguenza e una riprova del carattere politico della famiglia. Lo Stato, non che rispetti la morale, rispetta il diritto della famiglia; lo Stato in questo corpo autonomo non penetrò mai compiutamente, salvo per le funzioni più essenziali all'esistenza sua, la milizia e la partecipazione alla sovranità politica, nella sua sfera. [¹¹|₁₂]

*

Ma ridotta la questione in questi termini il contrasto sparisce. Non è già che la *civitas* voglia illimitata la potestà patria, ma soltanto che la potestà patria non ha limiti da lei, non ha limiti dal *ius civile*, perché la famiglia romana, come ogni organismo politico, ha in sé la sua legge e i limiti ai suoi poteri; né quella né questi possono venirle imposti dal di fuori. Il *ius civile* esprime bensì le relazioni familiari, i poteri del *paterfamilias*, ma sotto un aspetto puramente negativo ed esterno. Per chiarire le cose con un rapporto concreto vivamente caratteristico, la legge civile pone tra i poteri del *paterfamilias* il *ius vitae et necis*; ora il *ius vitae et necis* non è una facoltà di ammazzare per mancamenti all'ordine morale della famiglia; ma esso può solamente essere concepito come conseguenza di una facoltà giurisdizionale (di un potere politico insomma), che spetta al *paterfamilias*, ed ha norme, casi, tribunale, forme. Tutto questo sfugge alla legge della *civitas*, è legge della *familia*. Il *ius civile* si ferma a quella rappresentazione meramente e-

strinseca — diritto di vita e di morte — come il limite che incontra all'azione sua. Laonde non è a meravigliare se la famiglia romana, in sé considerata, cioè nel suo aspetto reale, si presenti tutta diversa da quella che sarebbe in conseguenza del *ius civile*; quell'aspetto reale corrisponde a un concetto positivo della famiglia, mentre le conseguenze del *ius civile* mancano, perché il *ius civile* non dà nessun concetto positivo.

*

Entro la famiglia i poteri del *paterfamilias* assumono il loro vero carattere. La famiglia è un organismo sociale di natura politica essenzialmente distinto dalla società familiare odierna; ora in qualunque organismo sociale i poteri onde il capo è investito si presentano bensì all'esterno come [¹²₁₃] diritti personali, suoi, ma nella ragione e nelle origini loro non possono concepirsi se non come funzioni sociali; poiché la concezione di un organismo sociale mosso dall'interesse esclusivo del suo capo è idealmente un assurdo. La stessa proprietà incentrata nel *paterfamilias* non può concepirsi se non come una funzione sociale della famiglia. Né l'attribuire questo carattere alla proprietà contraddice al concetto nostro che la famiglia romana si debba definire come un organismo politico: poiché un organismo politico, oltre ai suoi scopi essenziali, può avere una serie di scopi contingenti. Di ciò è argomento troppo evidente la teoria e la storia dello Stato, per non dire che talune dottrine moderne — naturalmente qui non si giudica della loro pratica opportunità — vogliono appunto riporre la proprietà dei beni d'interesse collettivo nello Stato. Del resto allorché nell'età primitiva, come si può dimostrare, la proprietà del gruppo familiare era distinta dalla proprietà dei singoli, quella costituiva semplicemente, per così dire, il demanio del gruppo, e le vestigia dell'ordinamento primitivo della proprietà fondiaria romana, a mio avviso, conferiscono ad essa il carattere di una sovranità territoriale.

Simili paragoni, ne conveniamo, sono veri paradossi, poiché tra la complessità dell'organismo statale e la semplicità della famiglia romana c'è un abisso: ma potranno sembrare assurdi solamente a coloro che riguardano l'esteriorità e la forma, non l'intima e vera natura dei

fenomeni e delle cose. Nessuno certamente che riguardi alle sole disposizioni esteriori sarebbe indotto a classificare nello stesso ordine la balena e l'elefante, nella stessa famiglia il fiore di malva e il gigantesco baobab. Eppure gli è appunto l'introduzione delle classificazioni naturali e metodiche che conduce a questo risultato. Ciò non avveniva certamente con le vecchie classificazioni artificiali (o sistematiche, secondo il linguaggio degli antichi naturalisti), quelle che classificavano, ad esempio, le piante, in alberi, arboscelli, sottoarboscelli ed erbe! [¹³|₁₄]

*

Anche l'istituto della *capitis deminutio* e il parallelismo innegabile dell'uscita dalla *civitas* (*magna capitis deminutio*) con l'uscita dalla famiglia (*minima capitis deminutio*) non si comprendono se non quando si accetta la nostra nozione della famiglia. Pur troppo le teorie artificiali svolte su questo vessato argomento per la suggestione di qualche testo di epoca tarda (i Romani stessi non erano più in chiaro delle origini vere dell'istituto) e per l'uso non felice dell'esegesi critica ci vietano di insistere per la nostra tesi sulla *capitis deminutio*, senza aver sottoposto prima l'istituto a un riesame completo che distrugga le vane ombre. Certo è ben grave che gli scrittori seguaci delle più varie teorie, come il Savigny, come l'Eisele, siano indotti, contro le precise attestazioni delle fonti, a negare la *capitis deminutio* dell'adottato, dell'emancipato, dei figli dell'arrogato, che costituiscono nel nostro concetto un'applicazione pienamente logica e naturale della *capitis deminutio*.

*

Alla famiglia si collega intimamente la successione.

Ed egualmente la ragione intima della massima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, ecc., deve essere cercata non nelle astratte sfere della metafisica hegeliana, ma in questo ordinamento fondamentale del diritto quiritario.

L'origine e la ragion vera di un principio così travagliato a noi paiono derivare chiaramente dal concetto politico della famiglia. La successione originaria è più che altro una successione nella sovranità; quindi sorge naturalmente l'incompatibilità delle due successioni (*naturalis pugna*), perché l'investito del potere sovrano non può essere designato in due forme diverse, e sorge la prevalenza della testamentaria, perché la testamentaria in origine vi fu e poi si suppose esservi, solo mancando successori naturali. [¹⁴|₁₅]

[OSSERVAZIONE (1915). – Questo inciso finale (*perché la testamentaria in origine vi fu*, ecc.) rappresenta un'opinione da me oltrepassata in seguito, già sin dal 1890, data del mio primo studio sull'eredità. La successione romana primitiva è sempre testamentaria, ma il successore sceglie l'erede (come del resto accade in epoca storica) tra più *filiifamilias*, in quanto la designazione per testamento nel diritto romano ha la funzione stessa della primogenitura in altri diritti].

*

La fallace antitesi fondamentale tra la società primitiva e la società civile pone un problema inesistente e quindi di impossibile soluzione: ricercare il momento in cui la differenza essenziale tra l'una e l'altra spunta e la ragione per cui si afferma. Gli scrittori hanno creduto di ritrovare questo momento nel territorio, e il Maine dedica lunghi capitoli allo studio del territorio e della sua influenza nella evoluzione dei popoli. Se non che l'influenza del territorio o per meglio dire della sede stabile, per grave che sia sotto ogni aspetto, non porta una rivoluzione essenziale nel regime politico, e molto meno genera un'alterazione fondamentale nel vincolo che lega gli uomini in società. Dire che nella vita cittadina al vincolo della discendenza tende a sostituirsi il vincolo territoriale, come suona il linguaggio comune, ci sembra di nuovo una di quelle frasi vaghe ed equivoche fatte per confondere i problemi, poiché né un territorio proprio manca alle tribù originarie, né la coabitazione in uno stesso territorio può mai aver rappresentato un vincolo sociale: essa può rappresentare soltanto in molte società, anzi forse nella maggior parte delle società politiche, quando s'intenda

la coabitazione durata per un certo periodo, uno dei modi di acquisto del vincolo politico, e può mettersi a riscontro l'*usus* della famiglia romana con il *ius soli* degli Stati moderni.

Ciò che v'ha di proprio nello Stato, ciò che costituisce la sua forza e la sua maestà, non è già che lo Stato debbasi [¹⁵]₁₆] concepire come la prima agglomerazione politica — prima dello Stato erano forse gli uomini θεοί o θηρία? — ma che esso è, quando compare, non solamente l'organismo politico supremo, ma, almeno nell'ultima evoluzione sua, l'unico organismo politico. Lo Stato si pone come l'unità politica assoluta, cioè non concepisce come termine alla sua azione i gruppi o, per così esprimermi, le sfere subordinate, ma, penetrando e trapassando quelle sfere, tende costantemente a porre in tutti i rapporti di diritto di fronte a sé, al di sotto di sé, immediatamente, l'individuo. Di qui derivano importanti conseguenze: in primo luogo, che lo Stato mira a disgregare, consumare, esaurire i gruppi subordinati, ad alterarne la fisionomia e la natura, o riducendoli a meri organi politico-amministrativi, che rilevano da lui, e, nonché limite e oggetto, sono strumento all'azione sua, o tollerandoli come semplici corporazioni di diritto privato, le quali (mancando a grado a grado ogni scopo) svaniscono o cambiano natura e divengono istituti familiari nel vero senso; in secondo luogo, che nella fase statale compare per la prima volta spiccata la distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato; distinzione però nel contenuto suo ondeggiante e indefinita, com'è vago e indefinito il concetto dello Stato. In Roma, come generalmente nella razza ellenica, lo Stato vero si consolida in una delle prime forme dell'agglomerazione politica, al di sopra delle *gentes*, nell'organismo della *civitas*; ma fu merito singolare dei Romani di averlo costituito sin dai primordi con più viva coscienza ed energia. Presso noi moderni sorse più tardi, in gradi ulteriori dell'agglomerazione; la storia poi presentò più volte e presenta ancora oggidi fantasmi di grandi Stati, che non sono veri Stati, perché non v'ha cittadini, ma lente stratificazioni di organismi politici successivi (Stati patriarcali, Stati feudali)⁴. [¹⁶]₁₇]

⁴ Per un maggiore svolgimento di questo concetto vedi il mio *Diritto romano*, Firenze, 1900, § 3, p. 10 e segg. [= rist. corretta in *Opere complete di Pietro Bonfante*, IX, a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1976].

Come poi si origina ciascuno dei gruppi è altro problema. L'opinione dominante ritiene che, come tutti hanno la natura della famiglia, così derivino tutti da una espansione della famiglia naturale.

Io riterrei però che le agglomerazioni superiori, nelle quali il vincolo di origine comune comincia ad aver carattere immemorabile e leggendario, non siano nella sostanza che la tribù primitiva o frazionamenti di quella.

Ciò che ha falsato il vero è, per mio avviso, pur sempre l'influenza dell'intuizione naturalistica dei popoli stessi, la quale però si compiace di rappresentare come discendenti da una sola famiglia anche le agglomerazioni più vaste e meramente nazionali e infine l'intera umanità. [¹⁷ |₁₈]

