



## La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: “persona giuridica e rappresentanza” e “società e articolazione dell’iter di formazione della volontà”. Una ipotesi (mendeleeviana)[1]

**GIOVANNI LOBRANO**  
Università di Sassari

**SOMMARIO:** 0. Premessa. Una riflessione romanistica su una questione “gegenwärtig”. –

1. La questione della “persona giuridica” e della “rappresentanza”: i termini. – 2. Stato insoddisfacente della dottrina (anche) romanistica: continuità ed evoluzione dell’istituto “persona giuridica” e dell’istituto “rappresentanza” dal Diritto romano al Diritto contemporaneo. – 3. Un’altra prospettiva: due soluzioni opposte, medievale-moderna (binomio ‘persona giuridica e rappresentanza’) e romana (binomio ‘società e articolazione dell’iter di formazione della volontà’), per la soluzione del problema della concezione e del regime unitari dell’agire volontario di una pluralità di uomini. – 4. Binomio ‘persona giuridica e rappresentanza’. – 4.a. Sorgere contestuale nel secolo XIII e relazione simbiotica delle categorie di “persona giuridica” e di “rappresentanza”. – 4.b. La persona giuridica astratta si concepisce in forza della rappresentanza / sostituzione della volontà. – 4.c. La rappresentanza / sostituzione della volontà si concepisce in funzione della persona giuridica astratta. – 4.d. Sviluppi gius-pubblicistici medievali-moderni e gius-privatistici contemporanei. – 5. Binomio ‘società e articolazione dell’iter di formazione della volontà’. – 5.a. Societas: comunità concreta. – 5.b. Articolazione e complementarità di contenuti e di titolari dell’iter di formazione della volontà. – 5.c. Schema potestativo e origine familiare. – 5.d. Elaborazione societaria. – 5.e. Sviluppi societari. – 6. Contrapposizione tra orientamenti ‘politici’: la logica feudale dell’obbligo ad avere un ‘capo’, realizzata (per mezzo del *pactum subiectionis*) nella persona giuridica rappresentata, contro la logica repubblicana del potere popolare, realizzata nel contratto di società. – 7. Contrapposizione tra ‘visioni del mondo’: conflitto contro collaborazione, come condizione “naturale” umana. – Bibliografia utilizzata.

### 0. – Premessa. Una riflessione romanistica su una questione “gegenwärtig”

In quanto giuristi, dobbiamo interessarci di questioni del presente (Koschaker, 1952) (che possiamo comprendere soltanto se le esaminiamo considerando egualmente entrambe le posizioni di studio del diritto: pubblico e privato).

Da qualche tempo (Lobrano, 2003), con il collega Pietro Onida (Onida, 2003-2011) e, quindi, con la collaborazione – di rilevanza istituzionale – del collega Laurent Hecketsweiler della Université de Montpellier (Accordo di cooperazione interuniversitario, 2010)[2], abbiamo avviato, nella linea della comune ‘scuola’ (Catalano, 1974; 1983/1990), una riflessione/ricerca, sviluppata in parallelo e con frequenti scambi di opinioni, sulla questione della criticità degli istituti gius-positivi di persona giuridica e rappresentanza e sulla possibilità di individuare e definire istituti gius-romanistici alternativi.

Tale riflessione/ricerca è – oramai – più che una ‘ipotesi di lavoro’, anche se, per la maturazione della ‘tesi’ (nella sequenza di necessari, reciproci rinvii tra costruzione sistematica e ri-costruzioni puntuali), sono ancora in corso verifiche dei suoi numerosi elementi. Nella presente esposizione schematica, parliamo – dunque – di una ‘ipotesi’ (mendeleeviana).

### 1. – La questione della “persona giuridica” e della “rappresentanza”: i termini

Nel 1934, Ernst Rabel, fondatore e primo direttore del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht di Hamburg, aveva definito la “rappresentanza” un “juridisches Wunder”. Nel 1974, Hasso Hofmann, nella “Einleitung” a una tra le più note monografie sulla rappresentanza, *Repräsentation: Studien zur Wort und Begriffsgeschichte bis ins 19. Jahrhundert*, scrive che nella dottrina giuridica tedesca contemporanea «steht die Bedeutsamkeit dieser Kategorie außer Frage».

Nel 1969, il processual-civilista Salvatore Satta (famoso anche per una fortunatissima opera letteraria: *Il giorno del giudizio*, 1977 [postuma]) aveva definito la "personalità giuridica": ««immenso fenomeno» e «stupenda creazione umana». Nel 2005, il costituzionalista Gianni Ferrara scrive che la "persona giuridica" è «la *password* di accesso alla dimensione del giuridico».

La scienza gius-privatistica ha all'ordine del giorno' il tema della "crisi della persona giuridica" e cerca – in alternativa – di recuperare la "corporazione" (Corrêa de Oliveira, 1979; Nathalie Baruchel, 2004; Serra, 2005).

La scienza costituzionale è arrivata alla conclusione che la "rappresentanza" politica è una parola vuota, una categoria senza consistenza, uno pseudo-concetto e cerca – in alternativa – di recuperare la "partecipazione" (Lobrano, 2006).

In mancanza di alternativa, il risultato è il "blocage théorique": «La philosophie politique récente n'est pas restée prisonnière de cette approche 'représentative' de la démocratie. [...] L'idée émerge, tant dans les transformations qui affectent la réalité de nos sociétés que dans la pensée politique de la démocratie, d'un nécessaire renforcement des formes de participation des citoyens à l'exercice du pouvoir. Mais le terme reste souvent vague. De plus, même là où l'analyse se fait plus fine, l'exigence que ce terme dénote reste plus de l'ordre de la boîte noire que d'une opération théoriquement construite. Ce défaut de construction théorique explique ce que nous identifions comme un blocage.» (Lenoble et Maesschalk, 2009)[3].

Come cercheremo di spiegare, i fenomeni della ascesa e della crisi di 'persona giuridica e di rappresentanza' – nonostante la prassi scientifica delle trattazioni separate – sono aspetti di una questione giuridica unica, la quale investe tanto il diritto privato quanto il diritto pubblico e può/deve essere utilmente affrontata con gli strumenti del Diritto romano.

## **2. – Stato insoddisfacente della dottrina (anche) romanistica: continuità ed evoluzione dell'istituto "persona giuridica" e dell'istituto "rappresentanza" dal Diritto romano al Diritto contemporaneo**

La prima osservazione è una constatazione. Lo stato odierno della dottrina romanistica non consente di affrontare la questione della ascesa e della crisi di persona giuridica e di rappresentanza perché essa stessa ne è all'interno.

Presso tale dottrina, infatti, sono tuttora correnti le affermazioni della sostanziale omogeneità/continuità romanistica: sia dell'istituto moderno della persona giuridica (in continuità con l'istituto romano della *societas*, in quanto quest'ultima è in grado di relazionarsi unitariamente ad altri uomini singoli o a collettività di uomini); sia dell'istituto moderno della rappresentanza (in continuità con l'istituto romano di relazione negoziale attraverso uno o più agenti).

Come i germi estranei presenti nella chirurgia pre-pasteuriana, nei manuali di 'istituzioni di diritto romano' è, di regola, presente una sezione dedicata alle "persone giuridiche", dove è trattata 'tale' *societas*, e nella letteratura romanistica è comune la interpretazione delle cosiddette *actiones adiecticiae qualitatis* attraverso la categoria della "rappresentanza diretta".

Dobbiamo, inoltre, parlare di affermazioni (al plurale) e non di affermazione (al singolare) da parte della dottrina romanistica odierna a proposito degli istituti della persona giuridica e della rappresentanza, perché essa non soltanto distingue i due istituti ma anche li separa, cioè li tratta indipendentemente l'uno dall'altro in quanto li considera indipendenti l'uno dall'altro. Tale 'separazione' costituisce essa pure una insoddisfacente caratteristica dello stato della dottrina (vedi § seguente).

Ulteriore insoddisfacente caratteristica (sebbene oramai in regressione) della dottrina è la ulteriore separazione (anche in questa materia) tra la posizione di studio del diritto privato e la posizione di studio del diritto pubblico (cui si connette lo studio non-giuridico del diritto pubblico romano, come evidenziato dallo stato dei manuali [e non soltanto] di "storia del diritto romano").

Tutte queste 'caratteristiche' non sono evidentemente specifiche della dottrina romanistica, anzi la allineano (ovvero sono manifestazioni del suo allineamento) all'*id quod plerumque docuitur* da parte della generale scienza giuridica contemporanea, di matrice cosiddetta 'occidentale' ma che (per ragioni e storiche e dogmatiche) sarebbe più esatto dire 'borghese' (vedi, *infra*, § 4d).

Fa eccezione la tesi formulata da Pierangelo Catalano in *Populus Romanus Quirites* (1974) e ripresa in *Diritto e persone* (1993/1990). Contro lo stato della dottrina, in particolare contro le tesi di Theodor Mommsen (1886 e 1893), secondo cui: «*Populus* ist der Staat» perché «das

römische Staatsrecht [...] vie alles Recht den Staat voraussetzt» e i magistrati ne sono i "Repräsentanten" o "Vertreter", Catalano sostiene che il *populus*: non è uno "Stato" perché non è una "persona giuridica" e non si esprime mediante "rappresentanza".

Nel 'discorso' di Catalano, alla affermazione negativa corrisponde, di positivo, la affermazione – assolutamente fondamentale – che il popolo romano è una "unione" "concreta" di *cives*, gli *universi cives* di Gaio e Giustiniano (Gai. 1.3 e Iust. *inst.* 1.2.4: *populi appellatione universi cives significantur*).

La 'eccezione' di Catalano è, però, depotenziata se non vanificata dalla sua riconduzione (Caravale, 1996) nell'alveo della contrapposizione tra "unità" – intesa, questo è il 'punto', come "astrazione" – e "collettività". E' precisamente nella riproposizione assolutamente costante di tale contrapposizione che, infatti, si esprime (pure nelle oscillazioni quantitative/temporali interne) la dottrina (non solo) gius-romanistica contemporanea dominante (Albertario, 1933; De Visscher, 1949; Orestano, 1959; cfr. [nella linea di Orestano] Leo Peppe [2010] il quale, coerentemente, traduce la "*singularis persona*" di Ulp. *D.* 4.2.9.1 [*sive singularis sit persona [...] vel populus vel curia vel collegium vel corpus*] con la "persona fisica")<sup>[4]</sup>. Al fondo delle caratteristiche della dottrina dominante (almeno) da Savigny in poi (vedi, *infra*, § 4d) non è il riconoscere nel *populus*, nella *curia*, nel *collegium* o nel *corpus* (di cui parla Ulpiano *D.* 4.2.9.1; cfr. *Id.* *D.* 3.4.7) la unità che supera e fa sintesi nuova della 'semplice' pluralità di uomini (anzi tale 'superamento', cui ci richiama espressamente Cicerone [*rep.* 1.39], è frequentemente testimoniato nel *Digesto* [in particolare in nel titolo 3.4 *Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*]) ma è il postulare, addirittura implicitamente, che – pertanto – il *populus*, la *curia*, il *collegium* o il *corpus* debbano essere "persone giuridiche" ovvero astrazioni. E' questo il 'postulato' che noi consideriamo lucida forzatura in Friedrich Carl von Savigny [vedi ancora, *infra*, § 4d] e ripetizione non critica nei giuristi (anche) romanisti successivi. Ci appare, infatti, una sorta di *a priori* indimostrato e indimostrabile (seppure politicamente e ideologicamente comprensibile [vedi, *infra*, §§ 6 s.]) il 'giudizio' secondo cui la "concretezza" e la "unità" siano inconciliabili ovvero la "concretezza" degli *universi cives* escluda la "unità" della loro organizzazione in *societas*.

Noi riteniamo, invece, che la negazione, in "*Populus Romanus Quirites*", della natura di persona giuridica del *populus Romanus* e, quindi, la negazione del suo operare mediante rappresentanza non significano negare che il *populus* sia in grado di entrare *unitariamente* in relazione con altri uomini singoli o con collettività di uomini ma significano negare che ciò avvenga per mezzo delle categorie e degli istituti di persona giuridica (astratta) e di rappresentanza (della volontà), in quanto queste categorie/istituti *non* sono presenti nello *ius publicum* e anzi, più generalmente, nella logica (anche) giuridica romana.

Così precisata, la tesi di Catalano appare lungi dall'essere metabolizzata dalla dottrina romanistica, come dimostra il ricorso tutt'ora frequente alla categoria di "Stato" a proposito del popolo romano (Valditara, 2008) e la assenza totale di una riflessione omologa dal punto di vista del diritto privato.

### **3. – Un'altra prospettiva: due soluzioni opposte, medievale-moderna (binomio 'persona giuridica e rappresentanza') e romana (binomio 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà'), per la soluzione del problema della concezione e del regime unitari dell'agire volontario di una pluralità di uomini**

La seconda osservazione è precisamente la prima formulazione della 'ipo-tesi' (annunciata in "Premessa") della presenza, presso il Diritto romano, di una risposta alla questione attuale delle ascesa e crisi di "persona giuridica" e "rappresentanza" e della obbligazione corrispondente, da parte della scienza giuridica romanistica, a individuare e a rendere disponibile tale risposta.

Crediamo, infatti, non soltanto che nella esperienza giuridica romana mai si sia fatto ricorso agli istituti medievali-moderni di "persona giuridica" e di "rappresentanza" ma anche che – in luogo di essi – siano stati prodotti e utilizzati istituti totalmente altri (e attuali). Questi istituti sono la *societas* e il corrispondente *modus operandi*, il quale *modus* definiamo di 'articolazione dell'iter di formazione-manifestazione della volontà'.

Le categorie/istituti "persona giuridica" e "rappresentanza" costituiscono un 'binomio' il quale è (ovverossia: è stato e resta) *soltanto una* soluzione storica-dogmatica del problema di base e complesso del diritto che è la concezione e il regime (cioè la "struttura" e la "dinamica") *unitari* dell'agire volontario di una *pluralità* di uomini: la soluzione storica-dogmatica *altra* è (è stata e resta) l'antitetico 'binomio' istituzionale che definiamo "società e articolazione dell'iter di

formazione della volontà”.

La parzialmente nota soluzione medievale-moderna (gius-canonistica ma anche e soprattutto feudale/parlamentare) del 'binomio' 'persona giuridica e rappresentanza' è divenuta in epoca contemporanea assolutamente dominante ma oggi è entrata in crisi.

La sostanzialmente ignota soluzione antica (gius-romanistica) del 'binomio' 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà', cioè di scomposizione/ricomposizione dell'atto giuridico, è stata suo tempo altrettanto dominante (sul ruolo della *societas*: Cicerone, *rep.* 1.39; cfr. 1.49; 6.13; 1.41 e 5.1; *off.* 1.50-60; in part. § 53), è stata in epoca contemporanea 'programmaticamente' stravolta (Friedrich Carl von Savigny [vedi, *infra*, § 4d]; Theodor Mommsen [vedi § precedente]) ma oggi è risorgente almeno nei 'fatti' (Lobrano, 2007).

Tra le due soluzioni vi sono contaminazioni (tutte, ovviamente, medievali-moderne) le quali consistono sia nella utilizzazione procustiana della soluzione antica/societaria per la costruzione della soluzione medievale-moderna (in particolare della persona giuridica: la "corporazione") sia, quindi, a livello di conoscenza, nella sovrapposizione di questa ultima soluzione (per intero, compreso il proprio *modus operandi*: la rappresentanza) sulla soluzione antica.

Le contaminazioni rendono difficile la conoscenza della soluzione antica e la comprensione della specificità della stessa soluzione medievale-moderna. Tali contaminazioni non scalfiscono, però, la essenziale alterità delle due soluzioni, la quale è espressione specifica di una alterità generale tra due culture e due logiche, e si manifesta non soltanto sul piano tecnico degli istituti giuridici, in cui quelle soluzioni si sostanziano, ma anche sul piano 'politico' della titolarità e della gestione del potere collettivo, cui quegli istituti tendono, e sul piano ideologico della 'visione del mondo', ovverossia della concezione della natura degli uomini e delle loro relazioni, da cui quegli istituti sono sottesi.

Possiamo così schematizzare la diversificazione della nostra riflessione/ricerca rispetto allo stato della dottrina:

- affermazione della discontinuità, in questa materia, tra esperienza giuridica medievale-moderna ed esperienza antica giuridica, in luogo della affermazione della continuità;
- considerazione complessiva delle categorie/istituti di persona giuridica e rappresentanza, in luogo delle loro considerazioni separate/indipendenti,;
- considerazione complessiva della relazione tra persona giuridica e *societas* e della relazione tra la rappresentanza e il *modus operandi* della *societas*, in luogo delle loro considerazioni separate/indipendenti;
- individuazione della unità collettiva concreta della *societas*, in luogo della sua riconduzione alla unità astratta della persona giuridica;
- individuazione di uno specifico *modus operandi* societario (articolazione dell'iter di formazione della volontà), in luogo della sua riconduzione alla sostituzione della volontà della rappresentanza;
- individuazione del nesso tra soluzioni giuridiche e orientamenti politici e giustificazioni ideologiche, in luogo del disinteresse per questo nesso;
- (- considerazione complessiva [anche] di questa materia da entrambe le posizioni di studio [di *ius publicum* e di *ius privatum*], in luogo delle sue considerazioni separate/indipendenti).

#### **4. – Binomio 'persona giuridica e rappresentanza'**

##### **4.a. – Sorgere contestuale e relazione simbiotica delle categorie di "persona giuridica" e di "rappresentanza"**

La nostra ipotesi, per affermare la discontinuità, ovverossia la disomogeneità sostanziale, il salto logico tra la soluzione antica e la soluzione medievale-moderna nonché – quindi – per ricostruirne le due diverse (cioè alternative, contrapposte) fisionomie, parte dalla osservazione-interpretazione di due 'dati' storici-dogmatici (in sé incontrovertibili ma sotto-valutati o non adeguatamente valutati) concernenti i due istituti in cui la soluzione medievale-moderna si sostanzia e che ci appaiono non consentire le 'separazioni' dalle quali l'approccio scientifico contemporaneo è, invece, caratterizzato (vedi § precedente).

Il primo 'dato' storico-dogmatico è la novità del sorgere, durante il secolo XIII (ad opera, come si dice correntemente, di giuristi di Diritto canonico nonché, ricordiamo, in contesto feudale, delle categorie di persona giuridica e di rappresentanza. Il canonista cui si attribuisce la formula della persona *ficta vel/et repraesentata* è Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV, †

1254) seppure con 'precedenti' nella convocazione del Concilio Laterano del 1215 ad opera di Innocenzo III e del Capitolo generale dei Domenicani a Bologna nel 1220 (Barker, 1913).

Le categorie di persona giuridica (*ficta*) e rappresentata sorgono, dunque, più che contestualmente, come parti di un vero e proprio *unicum*, il quale si definisce concettualmente come 'bi-nomio' nella progressiva messa a fuoco / distinzione tra le due inter-dipendenti 'qualità' della nuova "persona".

Da tale dato (ben noto: Thomas, 2005) discendono due conseguenze, tenute - di regola - in assai scarsa considerazione: α) che le due categorie di *persona ficta* e di rappresentanza, in quanto elementi costitutivi, di una costruzione unica, hanno senso soltanto nella reciproca relazione di complementarità; β) che, prima del secolo XIII, alla questione della considerazione e del regime unitari dell'agire di una pluralità di uomini doveva darsi - e si dava - una soluzione altra.

Ad esempio (tra gli innumerevoli) di tale non-considerazione, ricordiamo - proprio perché pregevole - la voce "Rappresentanza (diritto intermedio)" della *EdD* (Cappellini, 1987) ove non soltanto non ci si sofferma al proposito ma neppure si osserva che i primi usi della locuzione *personam repraesentare* (ad opera di Bartolo di Sassoferrato e - del di lui allievo - Baldo degli Ubaldi) compaiono soltanto *dopo* la innovazione sinibaldiana della *persona ficta vel/et repraesentata*.

La, invece, adeguata considerazione-interpretazione di tali 'conseguenze' deve condurci: α) ad affermare la relazione più che stretta, simbiotica tra le categorie e gli istituti "persona giuridica" e "rappresentanza" e, quindi, a ri-costruire: sia il corposo (anzi, come suole dirsi, 'pregnante') significato della espressione e la essenza della 'cosa' "persona giuridica", rispettivamente rivelato e consentita dal suo essere "rappresentata"; sia il corposo/'pregnante' significato della parola e la essenza della 'cosa' "rappresentanza", discendenti dal suo rapporto genetico di funzionalità con la persona giuridica; β) ad affermare il carattere innovativo della comparsa della *persona ficta vel/et repraesentata* e, quindi, a ri-costruire la diversa soluzione precedente.

#### **4.b. - Binomio 'persona giuridica e rappresentanza' La persona giuridica astratta si concepisce in forza della rappresentanza / sostituzione della volontà**

L'elemento primo e determinante del significato/essenza della "persona giuridica" è, dunque, la sua ipostatizzazione come ente *astratto*: non soltanto 'altro' rispetto ai singoli uomini integranti la collettività umana (di cui esprime la unità in maniera affatto specifica [Ferrara, 1915]) ma anche e soprattutto "sostitutivo" della stessa collettività unitariamente intesa, la quale - pertanto - giuridicamente 'scompare' (vedi, *supra*, § 2; cfr. Zatti, 1975).

In questa ipòstasi *astratta* risiedono la novità assoluta e la differenza sostanziale rispetto alla esperienza giuridica romana. La parola '*persona*' (in riferimento sia ad un uomo sia ad una collettività di uomini, in quanto svolgenti attività rilevanti per il diritto) non è certamente estranea alla esperienza gius-romanistica, da cui anzi notoriamente proviene [in proposito, recentemente: Corbino - Humbert - Negri, 2010]. Con la *persona ficta (vel/et repraesentata)* di Sinibaldo siamo, però, di fronte ad un vero e proprio salto logico nell'uso della categoria e, quindi, dell'istituto '*persona*': da 'ruolo' giuridico di uomini o di collettività umane a 'ente' e 'soggetto' che, in riferimento alle collettività, diviene '*astratto*'. Possiamo, forse, riconoscere tale 'salto logico' nel salto semantico dall'"avere persona" ricorrente nello *ius publicum* e nello *ius privatum* romani (*Cod. Just.* 3.6 rubr.; 5.34.11; *Nov. Theod.* 17.1.2) all'"essere persona" del diritto pubblico e privato medievale-moderno e soprattutto contemporaneo (vedi anche, *infra*, § 4d).

La novità assoluta medievale-moderna della alterità/ipostasi della astratta *persona ficta* (e poi *artificialis/künstlich*: vedi ancora, *infra*, § 4d) rispetto agli uomini (soltanto ora, simmetricamente: "persone fisiche" [vedi, *supra*, § 2]) si manifesta ed è riconoscibile proprio nella necessità/possibilità di una "rappresentanza della volontà": in quanto "sostitutiva" (vedi § seguente) della volontà della *persona ficta* e non integrativa/complementare della volontà della collettività di uomini che dalla *persona ficta* è stata corrispondentemente 'sostituita'.

#### **4.c. - La rappresentanza / sostituzione della volontà si concepisce in funzione della persona giuridica astratta**

Specularmente, l'elemento primo e determinante del significato/identità della "rappresentanza" (e che - secondo la nostra ipò-tesi - sopravvive a- e si mantiene in tutte le -

successive – specificazioni interne di questa, fondamentalmente: la “rappresentanza istituzionale” [od “organica”, ivi quella “politica”] e la “rappresentanza volontaria”) ci appare la monoliticità del processo decisionale, connesso alla sua funzione: necessariamente “sostitutiva” della *persona ficta*. L’*iter* di formazione della volontà è (e non può che essere) la formazione/manifestazione della volontà esclusiva della ‘persona fisica rappresentante della persona giuridica’. In altri termini, la ‘rappresentanza’, anche quando si rende autonoma dalla *persona ficta*, per porre in relazione tra loro ‘persone fisiche’, conserva la impronta genetica della monoliticità dell’*iter* di formazione della volontà (cioè dell’atto giuridico’) in capo alla ‘persona fisica rappresentante’; ragione per cui la dottrina – correntemente e giustamente – insegna a proposito anche della cosiddetta “rappresentanza volontaria” trattarsi non di “cooperazione” tra due volontà ma di “sostituzione” della volontà del titolare del diritto con la volontà del rappresentante (D’Amico, 1991).

La impronta genetica della monoliticità/sostituzione della volontà nella rappresentanza (e la ‘conservazione’ di tale impronta, nonostante le sopravvenute diversificazioni interne della rappresentanza) si manifesta conclusivamente (in un – soltanto apparentemente paradossale – gioco di specchi) nella – eventuale – fase processuale del contenzioso: quando il terzo agisce comunque e sempre nei confronti di un solo convenuto: il rappresentato. E’ stato, infatti e ancora giustamente, osservato che l’elemento conclusivo della “rappresentanza” è la eliminazione della responsabilità del rappresentante per i contratti da lui compiuti in nome del rappresentato, ciò che si trova soltanto a partire dallo *ius commune* (Wacke, 1997).

#### 4.d. – Sviluppi medievali-moderni e contemporanei

Il secondo ‘dato’ (noto, almeno in forma oggettiva) è la applicazione e lo sviluppo immediati di tale ‘unicum’ concettuale e istituzionale nei primi Parlamenti d’Inghilterra (ove i Domenicani si insediano, ad Oxford, già nel 1221) aperti alla partecipazione dei “Comuni”, cioè delle Città (Clarke Maude, 1936): il Parlamento ‘ribelle’ convocato nel 1265 da Simone de Montfort e, quindi, il “Parlamento modello” convocato nel 1295 dal re Edoardo I. Nella redazione del ‘Bill’ di convocazione, viene inserita la clausola della «plenam et sufficientem potestatem pro se et communitate» da parte dei rappresentanti dei Comuni. Da questa clausola (giunta praticamente invariata sino a noi [vedi, ad es., l’art. 67 della Costituzione italiana «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.»] ma inconcepibile senza il supporto della nuova dottrina della *persona ficta vel/et repraesentata* e, infatti, non concepita nel secolo precedente della storia parlamentare, in particolare in Spagna e Francia) di-pende (attraverso un lungo percorso ugualmente noto) anche la lucidissima e *quodam modo* definitiva teorizzazione, da parte dell’inglese Thomas Hobbes, dello Stato (il gigante “Leviathan” [1651]) *persona artificialis* e (pertanto) *repraesentata* (Lobrano, 1994-96; cfr., *infra*, § 6).

Anche il secondo ‘dato’ è tanto noto quanto, di regola, tenuto in assai scarsa considerazione. Presso la già citata monografia sulla categorie di rappresentanza, redatta da Hasso Hofmann, ove pure si dedica grande attenzione al diritto pubblico, questo ‘dato’ è ‘ignorato’ (cfr. Zanon, 1991). Eppure, è proprio nella linea di sviluppo inglese/parlamentare che il nuovo meccanismo della persona giuridica e della rappresentanza trova il terreno più fertile e l’ambiente più adatto per crescere e, realmente, cresce, come appunto dimostra il passaggio/crescita dalla categoria di *persona ficta* di Sinibaldo alla categoria di *persona artificialis* di Hobbes, il quale anticipa Savigny di due secoli.

In effetti, nel campo del diritto privato, lo sviluppo della categoria di persona giuridica appare decisamente più tardo e nel solco di quello già effettuato nell’ambito gius-pubblicistico/parlamentare anglosassone. Occorre attendere, nel secolo XIX, il contributo di Friedrich Carl von Savigny (e del suo collega-discepolo Georg Arnold Heise, cui pare si debba il neologismo “iuristische Person” [Gliozzi, 1996]). E’, però, a Savigny (1840) che si attribuisce il passaggio, nella concezione della persona giuridica, dalla (sola) finzione scientifica (che non viene rinnegata) alla creazione legislativa: “soggetto artificialmente creato dalla legge” (Galvano, 2010; cfr. Flume, 1977; Schmidt, 1987; Bircocchi, 1995).

Effetto della costruzione savignyana è la ‘intitolazione’ nel *BGB* (01/01/1900) delle società come “Juristische Personen” (Buch 1. Allgemeiner Teil; Abschnitt 1. Personen; Titel 1. Natürliche Personen; Titel 2. Juristische Personen; Untertitel 1. Vereine; Untertitel 2. Stiftungen; così il nostro Codice Civile del 1942: Libro Primo. Delle persone e della famiglia; Titolo I. Delle persone fisiche; Titolo II. Delle persone giuridiche; Capo II. Delle associazioni e fondazioni; cfr., invece, il Code Napoléon del 1804: il quale tratta la materia “Des Engagements des Associés à l’égard des

Tiers" come sezione II del capo III "Des Engagements des Associés entre eux et à l'égard des Tiers" del titolo IX "Du Contrat de Société").

La adeguata considerazione-interpretazione del secondo dei due 'dati' ci rafforza, inoltre, nel sostenere che i connessi significati/essenze di persona giuridica e rappresentanza possono/devono essere ri-costruiti utilizzando adeguatamente entrambe le posizioni di studio dalle quali sono stati costruiti e sviluppati: del diritto pubblico e del diritto privato.

## 5. – Binomio 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà'

### 5.a. – *Societas*: comunità concreta

La logica giuridica romana non poteva che essere e realmente si rivela (completamente) diversa dalla invenzione/innovazione feudale/canonistica/parlamentare del secolo XIII.

Nella esperienza romana è fondamentale (vedi, *supra*, § 3) la categoria giuridica di società. Questa: abbraccia una fenomenologia assai importante nonché corrispondentemente ampia e, al contempo, è (ciò nonostante) tecnicamente nettissima.

La *societas* è un 'contratto consensuale' (il ché non esclude la ipotesi della 'fattispecie' *societas re contracta*) il cui elemento costitutivo specifico (assolutamente unico nel *genus* contrattuale e di straordinario valore ideologico e 'politico' oltre che tecnico [vedi, *infra*, §§ 6 s.]) è la *utilitatis communio* degli associandi come 'causa' (Onida, 2006; cfr., in gen., Grosso 1960) e, quindi, la loro costituzione in *communitas*.

Noi ci interessiamo delle *societates* in quanto vogliano/possano porsi (e si pongano realmente) in relazione, *come tali cioè come unità*, con altri singoli uomini o collettività di uomini: le *societates* di appalti pubblici e i *collegia* professionali ma anche i *collegia* comunità locali (le *civitates*, promosse con una *lex publica*) e lo stesso *populus Romanus* (quest'ultimo: sia secondo la celebre definizione ciceroniana [*rep.* 1.39 <Albanese, 1983; Hecksweiler, 2009; cfr. Nicolet, 1985; Crifò, 1961; 1985>] sia in forza della indiscussa natura societaria [*collegia*] dei *populi* delle *res publicae* municipali [Daremberg, Saglio et Pottier, 1904]). Tutte queste *societates* si riconducono ad un numero circoscritto di 'tipi' societari (ancora Gai. *D.* 3.4.1; cfr. Asconio, in *Cornel.* 59.11) ma sono, dal punto di vista della importanza sia qualitativa sia quantitativa, le manifestazioni/*species* più significative del fenomeno/*genus* societario.. Ciò risulta sia da evidenze storiche (anche epigrafiche: Mastino, 2012) sia da testimonianze letterarie come quella dell'osservatore greco Polibio, il quale (*Storie*, 6.17 [in part.: § 3]) individua addirittura la specificità / punto di forza della 'costituzione' romana nella partecipazione di tutti i cittadini alla attività pubblica mediante la creazione di società di appalto (cfr. Liv. 23.49.1).

Nell'affrontare questo esame, dobbiamo dunque prendere le distanze dall'altro *topos* dottrinario della "ir-rilevanza esterna della *societas*": in sé esatto ma che rischia di essere sopravvalutato o – peggio – valutato in maniera distorta (Onida, 2011). Il richiamo specifico per il contratto di *societas* alla capacità del contratto in generale di generare obbligazioni soltanto tra i contraenti (Pap. *D.* 17.2.82 *Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt*) ha senso *a contrario*: in quanto è corrispondentemente specifico della "causa" contrattuale societaria la costruzione di una *communio* (quanto meno *utilitatis*) e, quindi, la creazione di una *communitas*. Tale *communitas* ha (non può non avere) precisamente una naturale, intrinseca, essenziale vocazione ad entrare (essa, la 'nuova' *communitas*, non i suoi membri costituenti *uti singuli*) in relazione con il mondo, ovvero sia a 'jouer un rôle' o 'des rôles' giuridicamente rilevanti (ciò che i giuristi romani chiamano *persona*, *personae* [vedi, *supra*, § 4b]).

Cosa occorre, per la realizzazione di questa vocazione, ce lo dicono abbastanza pianamente Gaio e Giustiniano (Gai. *D.* 3.4.1.1): «*ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat*». Premesso che del consistente e importante frammento (*D.* 3.4.1.pr.-4) zoppica (soltanto) il primo periodo, con un impossibile "*societas* [...] *habere*", notato che Gaio e Giustiniano addirittura ribadiscono il concetto: *ad exemplum rei publicae, tamquam in re publica*, e rimarcato il ricorrere (come in Papiniano *loc. ult. cit*) dell'elemento 'reale' costituito dall'impiego dell'*arca communis* quale elemento che fa la differenza, la conclusione è che si tratta – per i soci – di dotarsi della struttura dinamica corrispondente ai complessivi concezione e regime unitari.

Tale struttura è sinteticamente indicata/interpretata dai giuristi romani con il ricorso alla

categoria di *corpus* (vedi ancora Gaio/Giustiniano *ult. cit.*). La *societas*, costituita da una pluralità di uomini-*res* (Catalano, 1990) è – dunque e, direi, ovviamente – essa stessa una *res*: una *res corporalis*. I soci acquisiscono/hanno (prima liberamente quindi previo permesso/concessione [Coli, 1913, e ancora Catalano, 1990]) un *corpus* (*ex distantibus*, ancora ovviamente [Mehr, 2008; cfr. D’Alessandro, 1989]). Questa affermazione può apparire ‘piana’ ma si scontra con- e deve avere ragione della diffusa e consolidata abitudine dottrina a non concepire la ‘unità’ se non attraverso la astrazione (la “persona giuridica”), ragione per cui la “unità” (‘necessariamente’ astratta) viene (quindi) contrapposta alla concreta o fisica “collettività” (vedi, *supra*, § 2).

Lascio, ora, aperto il quesito – non gravissimo – su *an* e *modo* di una nostra ‘denominazione’ della *societas/corpus* concreto. Mi limito qui alla osservazione puramente negativa che, scartate necessariamente espressioni compromesse come ‘ente’ o ‘soggetto’, la *societas* dotata di *corpus* neppure può essere definita soddisfacentemente “centro di imputazione” (Orestano, 1968). Tale ultima categoria, infatti, vale anche per la *hereditas iacens* (la quale [Flor. D. 46.1.22] *personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*; cfr. Ulp. D. 41.1.34) ma, a differenza della *hereditas*, la *societas/corpus* è formata esclusivamente da uomini ‘capaci di intendere e volere’ ed è essa stessa ‘capace di intendere e volere’.

Resta da comprendere come.

## **5.b. – Articolazione e complementarità di contenuti e di titolari dell’*iter* di formazione della volontà**

Per comprendere ‘positivamente’ il *modus operandi* di una *societas* dotata di *corpus*, **dobbiamo ora** riprendere l’istituto menzionato nella prima formulazione della nostra ipotesi (vedi, *supra*, § 3) e che – crediamo – costituisce un nucleo, forse il nucleo della specificità della tecnica giuridica romana: la articolazione dell’*iter* di formazione-manifestazione della volontà in due fasi ovverossia (per usare una categoria moderna) la scomposizione e la ricomposizione dell’atto giuridico’ in due atti diversi (per tipologie e di contenuti e di titolari) e – al contempo – complementari.

Questa scomposizione-ricomposizione è una conquista tecnica e logica dei giuristi romani (Lobrano, 1994-96) comparabile, con vantaggio, alla scoperta – nel campo della scienza fisica – della scomponibilità dell’“in-scomponibile”. Essa è assente nella esperienza greca; ciò che è osservato già da Cicerone (*Pro Flacco* 7.16, «*Graecorum totae res publicae sedentis contionibus temeritate administrantur*») e che vanifica i tentativi odierni di attualizzazione di quella esperienza (Hansen, 2003 e 2004). Essa, inoltre, pur presente nella esperienza contemporanea, non ne è realmente metabolizzata, come dimostrano il dominio della concezione ‘formale’ della legge e il problema dell’eccesso di legislazione.

Il primo dei due atti è degli stessi membri della collettività (i *soci* ovvero il *populus collegii* ovvero il *populus tout court* [Darembert, Saglio et Pottier, 1904]). Se, infatti, la loro unità *non* è (ovverossia non è ‘concepita’ come) una astratta “persona giuridica” *ma* è (ed è intesa come) un concreto *corpus* (*ex distantibus* [vedi § precedente]) composto di uomini reciprocamente obbligatisi, *tale* ‘unità’ può ben esprimere ed esprime realmente la propria volontà (per la definizione e il perseguimento della *communio utilitatis*) senza bisogno di un rappresentante / persona fisica, che la “sostituisca” in questa bisogna. Dobbiamo, anzi, precisare che tale rappresentanza/sostituzione neppure è auspicata (vedi, *infra*, §§ 6 s.).

E’ oggettivamente noto che la società “concreta” è posta in grado di esprimere in maniera efficiente la propria volontà unitaria attraverso la combinazione: della titolarità per quote del condominio (Paul. D. 50.16.25.1; cfr. Gai. D. 217.2.68 pr.) e del principio maggioritario (Scaev. D. 50.1.19; Ulp. D. 50.17.160.pr.-1; cfr. D. Paul. 41.2.1.22).

Per la comprensione di questo primo ‘emi-atto’ è, però, prodromica la comprensione del ‘fatto’ che, quando la collettività si esprime unitariamente, a ciascun suo membro è chiesto di esprimersi come parte di un tutto/unità. Ovverossia, data la specifica causa societaria [vedi ancora § precedente] bisogna ricordare/comprendere come, in questa forma di manifestazione della volontà, ciascun socio **non** esprime la propria volontà *uti singulus* (la quale volontà sarebbe diretta a definire la propria *utilitas singularis*) **ma** con-corre (direi *universitate nomine* [D. 3.4]) alla espressione della unica volontà societaria (diretta alla definizione della societaria *utilitas communis*).

La *societas* è, quindi, in grado di rapportarsi in maniera efficace con altri attori giuridici singoli o collettivi (sia nell’ambito del diritto sostanziale sia nell’ambito del diritto processuale) per mezzo di un secondo ‘emi-atto’, connesso al primo e affidato ad un proprio ‘agente’ (il

*magister* ovvero il *magistratus*: Ulp. 2.14.14 *magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat*).

La diversità di tipi dei due atti risiede nella natura di *iussum* riservata al primo mentre il secondo consiste in una *administratio* (o *gubernaculum* [cfr. Moschetti, 1966]). La diversità di titolari dei due atti risiede nella natura – dunque – signorile del titolare dello *iussum* e nella natura – dunque – servile o comunque subalterna-esecutiva del titolare della *administratio*.

### 5.c. – Schema potestativo e origine familiare

Il complessivo meccanismo appare riconducibile ad un quadro di riferimento potestativo e familiare.

Sia il rapporto tra i soci sia il (diverso!) rapporto dell'insieme dei soci con i loro *magistri/magistratus* sono entrambi definibili per mezzo della *potestas* (cfr. Paul. D. 50.16.215) anche se la nettezza del secondo di tali rapporti sembra smussarsi nel tempo.

Il rapporto tra i *soci* è inter-potestativo, cioè contrattuale tra *potestates* omologhe ma – si badi – produce una *potestas* unitaria/unica (si pensi alla *potestas populi*).

Il rapporto tra l'insieme dei soci (il *populus collegii*) e suoi *magistri* (ovvero tra *populus* e suoi *magistratus*) è intra-potestativo cioè non-contrattuale in quanto all'interno di una stessa *potestas*, quella – appunto – dei soci-*populus*, di cui i *magistri/magistratus* sono *in potestate* (vedi Locrano, 1994-96).

Inoltre, mentre appare certo che i termini del binomio medievale-moderno 'persona giuridica e rappresentanza' nascono insieme come parti complementari di una costruzione unica, appare doversi, invece, pensare che il binomio 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà' sia l'esito particolarmente raffinato di un (lungo?) percorso, il cui inizio può ravvisarsi in due archetipi distinti per quanto entrambi di ambito familiare.

La *familia* è concepita come la base di una organizzazione societaria tendenzialmente universale e di cui la repubblica è il baricentro (Cic. *off.* 1.54; cfr. Paul. D. 25.2.1; Triph. D. 42.1.52; Gord. *CJ.* 9.32.4 pr. [a.242]).

La origine della *societas consensu contracta* viene individuata nel *consortium* familiare (Gai. 3.154, 154a, 154b; vedi Onida, 2007). Tale origine è discussa in dottrina. Credo però che possa/debba essere tenuto presente, a questo proposito, che, se è vera la tesi secondo cui la *sodalitas* arcaica è una unione prodotta non dal rapporto dei *sodales* tra loro ma di ciascun *sodalis* con il *princeps* (Fiori, 1999), si può/deve pensare che, in età arcaica, sono presenti due tipi di unioni di uomini profondamente diverse tra loro: quella in cui la figura del capo è essenziale (*sodalitas*) e quella in cui la figura del capo è assente (*consortium*). In tale caso, sarebbe evidente che tra i due tipi prevale quello consortile/familiare, il quale poi troviamo riprodotto (con innovazioni [vedi, *infra*, §§ 5d s.]) nella *societas*.

La origine della articolazione dell'iter di formazione della volontà appare ravvisabile, invece, nella attività negoziale del *filius* o *servus* a seguito di *iussum* del *pater* o *dominus* ovvero di *praepositio* (vedi, ancora nel sec. IX d.C., Sch. 7 a *Bas.* 23.3.24 = D. 22.1.24.2 [Solazzi, 1955; Quadrato, 1987; cfr., circa il condominio del *servus*, Di Porto, 1984; Cerami P. - Di Porto A. - Petrucci A., Torino 2004]).

La articolazione di diritto sostanziale dell'iter decisionale romano è complessivamente confermata dal meccanismo processuale delle azioni cosiddette "con trasposizione di soggetti".

### 5.d. – Elaborazione societaria

Rispetto alla archetipale esperienza familiare tutto il binomio 'società e articolazione dell'iter di formazione della volontà' appare segnato, nelle sue parti e complessivamente, da una elaborazione propriamente societaria: sia nel formarsi sia nell'operare. Tale elaborazione in parte resta connessa alla specificità della *societas* rispetto all'archetipo familiare e in parte incide sulla stessa *familia*.

Dal punto di vista del costituirsi, assistiamo transizione dall'automatismo consortile chiuso, conseguente al venir meno del *pater*, al volontarismo societario aperto, che si esprime nel contratto.

Più complessa è la transizione cui assistiamo dal punto di vista dell'operare. Dalla separazione tra la disponibilità consortile di tutto da parte di ciascuno (in assenza di "quote"/"partes": Salkowski, 1863) salvo lo *ius prohibendi* di ciascun altro, e la articolazione dell'iter di formazione della volontà *pater-filius* e *dominus-servus* (vedi § precedente), si transita alla complessiva articolazione dell'iter di formazione della volontà, nel quale troviamo non

soltanto lo *iussum* a maggioranza del popolo dei soci e la sua esecuzione amministrativa da parte dei *magistri/magistratus*, ma anche la ulteriore, perfezionante qualificazione/specificazione di "generale" apposta a tale "iussum". In particolare, troviamo questa ulteriore specificazione a proposito della *lex publica* (Ateio Capitone in Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, 10.20 *generale iussum populi*; vedi anche *XII tab.* 9.1 *privilegia ne inroganto* [Cic. *leg.* 3.4.11; 3.19.44; cfr. *Sest.* 30.65; *dom.* 17.43; *rep.* 2.36.61]; Ulp. *D.* 1.3.8 ["generaliter"]; Pap. *D.* 1.3.1 ["*commune/is*"]; Fest. Pomp. *De sign. verb.* v. "*rogatio*" [226 M.]). Tale ulteriore specificazione corrisponde: non soltanto alla esigenza di 'efficacia' nelle relazioni esterne della collettività (o con altre collettività o con uomini singoli) ma anche (e, forse, prima di tutto) ad una esigenza di 'efficienza' (anti-corrruzione) nelle relazioni interne della collettività, la quale dovrà/potrà produrre tutti e soltanto gli "*iussa generalia*". In altri termini, la collettività ovverossia i suoi membri dovranno/potranno trattare tutto e soltanto "*quod omnes tangit*" secondo il generale 'principio' (giuntoci attraverso la costituzione giustiniana del 531, C. 5.59.5.2 in materia di *tutela*) «*quod omnes similiter tangit ab omnibus comprobetur*».

## 5.e. – Sviluppi societari

Mi limito, anche qui, ad un cenno soltanto 'per memoria'.

Questa 'soluzione' 'societaria e con articolazione dell'*iter* di formazione della volontà' ha nel proprio patrimonio genetico due decisivi sviluppi.

Un primo sviluppo è la esigenza di inserire, nello snodo della 'articolazione dell'*iter* di formazione della volontà' un istituto (una magistratura) *ad hoc*, la cui funzione è la conservazione dei termini corretti di quella stessa articolazione (*tribuni plebis, syndici, defensores*).

Un altro sviluppo è la possibilità, una volta effettuata la fondamentale scomposizione dell'atto giuridico' in due diversi segmenti, di aumentare il numero dei segmenti secondo la necessità; ciò che consente la applicazione della soluzione societaria a collettività di dimensioni sempre più vaste e, potenzialmente, universali. La applicazione più evidente di questa possibilità è nelle Diete provinciali romane, cui concorrono i magistrati delle Città della Provincia, per le decisioni concernenti il governo della stessa (Mommsen, 1885).

## 6. – Contrapposizione tra orientamenti 'politici': la logica feudale dell'obbligo ad avere un 'capo', realizzata (per mezzo del *pactum subiectionis*) nella 'persona giuridica rappresentata', contro la logica repubblicana del potere popolare, realizzata nel contratto di società

Una volta positivamente comprese le specificità delle due diverse soluzioni giuridiche (medievale-moderna e romana) resta da comprenderne il 'senso'; ciò che è possibile soltanto se se ne comprendono le rispettive strumentalità a diversi orientamenti politici.

Max Weber aveva osservato (1922) che «Repräsentativ-Körperschaften sind nicht etwa notwendig "demokratisch" [...] Im geraden Gegenteil wird sich zeigen, daß der klassische Boden für den Bestand der parlamentarischen Herrschaft eine Aristokratie oder Plutokratie zu sein pflegte (so in England)» ed aveva aggiunto «Der Repräsentant, in aller Regel gewählt [...], ist an keine Instruktion gebunden, sondern Eigenherr über sein Verhalten. Er ist pflichtmäßig nur an *sachliche* eigene Ueberzeugungen, nicht an die Wahrnehmung von Interessen seiner Deleganten gewiesen»; «der von den Wählern gekorene *Herr* derselben, nicht: ihr 'Diener' ist [...] Diesen Charakter haben insbesondere die modernen parlamentarischen Repräsentationen angenommen» (cfr. Bilancia, 2000).

La strumentalità degli istituti medievali-moderni della persona giuridica e della rappresentanza/sostituzione ad un orientamento 'politico' elitistico/oligarchico è già perfettamente esplicitata da Thomas Hobbes, secondo il quale, la costituzione della persona giuridica (= *artificialis*) e – dunque – rappresentata si ottiene mediante uno specifico contratto: il *pactum unionis*, prodotto dall'innesto' nel contratto (romano) di società (il *pactum societatis*) del contratto di soggezione (il *pactum subiectionis*, ideato in ambiente feudale: pare da Manegold von Lautenbach, *Liber ad Gebhardum*, 1083-1085). Quando, nel secolo XI, troviamo formulata la dottrina del patto di soggezione, hanno già oltre un secolo e mezzo di vita la teoria e la prassi propriamente feudali della necessità organizzativa della soggezione: risale, infatti, all'anno 847 il "Capitolare di Mersen" (o Meerssen, nei Paesi Bassi) testo normativo (considerato il punto di partenza formale dell'ordinamento feudale) con il quale il re franco e Imperatore del Sacro

Romano Impero, Carlo II "il Calvo", fa obbligo agli uomini liberi di individuarsi un capo, scelto tra il re o tra i signori più potenti del territorio e prescrive che tale rapporto non possa essere risolto se non per una giusta causa. Nel X secolo, in ambito anglosassone, una norma omologa equipara l'uomo privo di un signore ad un fuorilegge. Ciò con buona pace della 'scoperta', nel Mediterraneo del VI secolo a.C., della possibilità della democrazia, testimoniata nelle discussioni persiane del 522 a.C. tra Otane, Megabizo e Dario (Erodoto, *Storie*, 3.82 [440-429 circa a.C.]) ma anche della cacciata romana del re Tarquinio il Superbo da parte dei cittadini romani per iniziativa di Bruto e Collatino (509 a.C.). L'innesto del contratto di soggezione nel contratto di società, operato da Hobbes, è la prima 'contaminazione' cui abbiamo accennato in apertura del nostro ragionamento (vedi, *supra*, § 3). Si deve anche notare che, mentre nella logica giuridica la rappresentanza appare funzionale alla personalità giuridica, nella logica politica è la personalità giuridica funzionale alla rappresentanza.

Risulta evidente, nel confronto, la strumentalità degli alternativi istituti romani, della *societas* e della articolazione dell'*iter* di formazione della volontà, ad un orientamento 'politico' democratico («Pilatus [...] – als Römer – gewohnt ist demokratisch zu denken» [Kelsen, 1920]), in quanto per mezzo di tali istituti gli uomini possono unirsi e operare unitariamente senza (bisogno di) alcun impegno alla subordinazione ad un capo, anzi: senza bisogno di un capo. La *societas* è, democraticamente anzi "repubblicanamente" adespota.

## **7. – Contrapposizione tra 'visioni del mondo': conflitto contro collaborazione, come condizione "naturale" umana**

Ciascun orientamento politico e la sua traduzione giuridica si fondano su una ideologia / visione del mondo.

La soluzione medievale-moderna (feudale-plutocratica) della persona giuridica e della rappresentanza si giustifica a partire da una idea essenzialmente conflittuale della natura umana. Il trasferimento della unità della collettività nel *simulacrum/idolum* della persona giuridica e del compito di provvedere agli adempimenti unitari nel rappresentante di quest'ultima, vuole conciliare i vantaggi della organizzazione unitaria del gruppo (essenzialmente: la "moderazione" del conflitto interindividuale) con la prosecuzione da parte di ciascun suo membro nella realizzazione della – postulata – propensione naturale alla individuazione ed al perseguimento esclusivi della propria utilità individuale. Il prezzo pagato è la subordinazione ad un 'capo'; Fedro (circa 20 a.C. - circa 50 d.C.) avrebbe detto: il prezzo di *questa* libertà ("dei moderni") è l'assoggettamento alla catena.

La soluzione antica della società e della articolazione dell'*iter* decisionale si spiega a partire da una idea essenzialmente cooperativa della natura umana. Con il contratto di società, ciascun contraente e tutti i contraenti si impegnano a perseguire la propria utilità individuale non direttamente ma attraverso la individuazione e il perseguimento prevî della utilità comune (vedi ancora Cic. *rep.* 1.49). Non mi soffermo qui sulla vertiginosa valenza ideologica di tale "causa" negoziale (creazione volontaria della "comunione" e della "comunità" [per un approccio: Garancini, 1993]) e mi limito ad osservare che il premio della connessa catarsi è, come dice Rousseau, la conservazione della libertà naturale (nonché – per noi contemporanei, incredibilmente – anche una maggiore utilità individuale [Robert Putnam, 1993]).

### **– Bibliografia utilizzata**

- ALBANESE B., "Persona giuridica. A) Diritto romano" in *EdD*, XXXIII, 1983.  
ALBERTARIO E., "*Corpus e universitas* nella designazione della persona giuridica" in *ID.*, *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933.  
BARKER E.B., *The Dominican order and convocation. A study in the growth of representation in the Church during the thirteenth century*, Oxford 1913.  
BARUCHEL Nathalie, *La personnalité morale en droit privé*, Paris 2004, Première partie "La crise de la notion de personnalité morale".  
BETTI E., "Teoria generale del negozio giuridico" in *Tratt. Vassalli*, XV.2, Torino 1960.  
BILANCIA F., *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova 2000.  
BIROCCHI I., "Persona giuridica nel diritto medievale e moderno" in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, 1995.  
CAPPELLINI P., "Rappresentanza. Diritto intermedio" in *EdD*, XXXVIII, 1987.

CARAVALE M., "Popolo. Antichità e Medioevo" in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, VI, 1996.

CATALANO P., "Alle radici del problema delle persone giuridiche" in *Rassegna di diritto civile*, 1983, 4 (poi ripubblicato in CATALANO P., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990).

CATALANO P., *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974.

CERAMI P. - DI PORTO A. - PETRUCCI A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2a ed., Torino 2004.

CLARKE MAUDE Violet., *Medieval representation and consent: a study of early parliaments in England and Ireland, with special reference to the Modus tenendi parliamentum*, London - New York - Toronto 1936.

COLI U., *Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*, Bologna 1913.

CORBINO A., HUMBERT M., NEGRI G., a cura di, *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010.

CORRÊA DE OLIVEIRA J.L., *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo 1979.

CORRÊA DE OLIVEIRA J.L., *Conceito de pessoa jurídica*, Curitiba 1962.

CRIFÒ G., *L'esclusione dalla città: altri studi sull'exilium romano*, Perugia 1985.

CRIFÒ G., *Ricerche sull'exilium nel periodo repubblicano*, Milano 1961.

D'ALESSANDRO F., *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova 1989.

D'AMICO P., "Rappresentanza. I) Diritto civile" in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXV, 1991.

DAREMBERG CH., SAGLIO EDM. ET POTTIER EDM., *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, III.2, 1904, "Lex collegii".

DE VISSCHER F., "La notion de *corpus* et le régime des associations privées à Rome" in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, IV, Milano 1949;

DI PORTO A., *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano 1984.

FERRARA F., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino 1915.

FERRARA G., "Il diritto come storia" in *Diritto pubblico*, 2005, fasc. 1.

FIORI R., "Sodales 'Gefolgeschafte' e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)" in *Societas - Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999.

FLUME W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I. Band, 1. Teil, *Die Personengesellschaft*, Berlin/ Heidelberg/ New York/ Tokyo 1977;

GALGANO F., *Trattato di diritto civile: le categorie generali, le persone, la proprietà, la famiglia, le successioni, la tutela dei diritti*, 2° ed. Padova 2010.

GALGANO F., *Tutto il rovescio del diritto*, Milano 2007.

GARANCINI G., "Storia del diritto e concetto di comunità" in DELLE FRATTE G., a cura di, *La comunità tra cultura e scienza. I. Il concetto di comunità nelle scienze umane*, Roma 1993.

GLIOZZI E., "Persona giuridica" in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1996;

GROSSO G., "Causa, I, Causa del negozio giuridico. a) diritto romano" in *EdD*, VI, 1960.

HANSEN M. H., *La democrazia ateniese nel IV secolo ac*, Milano 2003.

HANSEN M. H., "Democrazia diretta, antica e moderna" in BOSETTI G., MAFFETTONE S., a cura di, *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma 2004.

HECKETSWEILER L., *La fonction du peuple dans l'Empire romain. Réponses du droit de Justinien*, Paris 2009.

HOFMANN H., *Repräsentation: Studien zur Wort und Begriffsgeschichte bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1974; 4a ed. 2003 (tr. it. di C. Tommasi, a cura di G. Duso, *Rappresentanza - rappresentazione: parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano 2007).

KELSEN H., "Vom Wesen und Wert der Demokratie" in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 47, 1920, 50 ss. (saggio pubblicato anche autonomamente: Tübingen 1920).

KELSEN H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925 (tr. it. di S. Cotta e G. Treves *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1954).

KOSCHAKER P., *Europa und das römische Recht*, 2a ed., München 1953.

LENOBLE J. et MAESSCHALK M., *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke 2009.

LOBRANO G., "'Modello romano' e 'costituzionalismo latino'" in *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2007 N. 2, *Potere negativo e Costituzioni bolivariane*.

LOBRANO G., "Dell'*homo artificialis* - *deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi" in LOIODICE A.- VARI M., a cura di, *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, Roma 2003.

LOBRANO G., "Dottrine della 'inesistenza' della costituzione e 'modello' del diritto pubblico romano" in L. LABRUNA, diretto da, e BACCARI Maria Pia - CASCIONE C., a cura di, *Tradizione romanistica e Costituzione*, tomo primo [Collana: «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana»] Napoli 2006; pubblicato anche in *Diritto @ Storia* N. 5 - 2006.

LOBRANO G., *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1994-1996.

MASTINO A., Comunicazione al Seminario di studi "Societas: Strumento di organizzazione pubblica e privata", Sassari 4-5 maggio 2012, in corso di pubblicazione.

MEHR R., *Societas und universitas. Römischrechtliche Institute im Unternehmensgesellschaftsrecht vor 1800*, Köln, Weimar, Wien 2008.

MOMMSEN Th., *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig 1893.

MOMMSEN Th., *Römische Geschichte*, Berlin, Band 5, 1885, Buch 8, Kapiteln III, VIII, XII.

MOMMSEN Th., *Römisches Staatsrecht*, vol. III, t. I, Berlin 1886.

MOSCHETTI C. M., *Gubernare navem gubernare rem publicam. Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano*, Milano 1966.

NATOLI U., "Rappresentanza (dir. priv.)" in *EdD*, XXXVIII, 1987.

NICOLET C., "Plèbe et tribus: les statuts de Lucius Antonius et le testament d'Auguste" in: *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité* T. 97, N°2. 1985.

ONIDA P.P., "Fraternitas e societas: i termini di un connubio" in *Diritto @ Storia* N. 6 - 2007.

ONIDA P.P., "La causa della societas fra diritto romano e diritto europeo" in *Diritto @ Storia* N. 5 - 2006.

ONIDA P.P., "Specificità della causa del contratto di societas e aspetti essenziali della sua rilevanza esterna" in *Diritto @ Storia* N. 10 - 2011-2012.

ONIDA P.P., "Tensioni non risolte nel nuovo diritto societario: una lettura romanistica" in *Diritto @ Storia* N.3 - 2004 (ora in ONIDA P.P. y VALDÉS LOBÁN E., coordinadores y compiladores, *Seminario en el Caribe Derecho romano y latinidad: identidad e integración latinoamericana y caribeña, La Habana-Cuba, 12 al 14 de febrero de 2004*, Napoli 2011).

ORESTANO R., *Il "problema della persone giuridiche" in diritto romano*, I, Torino 1968.

ORESTANO R., *Il problema delle fondazioni in diritto romano: Appunti dalle lezioni tenute nell'Università di Genova*, I, Torino 1959.

PEPPE L., "Il problema delle persone giuridiche in diritto romano" in *Aa.Vv., Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2010.

PUTNAM R. (with LEONARDI R. and NANETTI Raffaella), *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton 1993 (tr. it. *La tradizione civica nelle Regioni italiane*, Milano 1993).

QUADRATO R., "Rappresentanza. Diritto romano" in *EdD*, XXXVIII, 1987.

RABEL E., "Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom" in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Bologna-Roma 17-27 Aprile MCMXXXIII, I, Pavia 1934.

SALKOWSKI C., *Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen, insbesondere den sogenannten corporativen Societäten und Genossenschaften*, Leipzig 1863.

SATTA S., "Diritto di sciopero" in *Quaderni del diritto e del processo civile*, n.1, 1969.

SAVIGNY F.C. V., *System des heutigen römischen Rechts*, II. Band, Berlin 1840 [§ 86 "Juristische Personen. - Arten"] (tr. it. di Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, II, Torino 1988).

SCHMIDT K., *Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, Aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie*, Göttingen 1987.

SERRA A., "Regressione evolutiva degli istituti giuridici: brevi riflessioni sulla nozione di persona giuridica" in *Diritto @ Storia*, N. 4 - 2005.

SOLAZZI S., "Errore e rappresentanza" in *RISG*, 1911, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1955.

THOMAS Y., "Les artifices de la vérité en droit commun médiéval" in *L'Homme*, 2005/3-4 (n° 175-176).

VALDITARA G., *Lo Stato nell'antica Roma*, Catanzaro 2008.

WACKE A., "Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adietizie" in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997.

WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922) 5a ed. hrsg v. J.Winckelmann - Tübingen 1976- lib.I cap.III §§ 21 s.

ZANON N., *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano 1991.

ZATTI P., *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di "persona" nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova 1975.

---

1 Testo riveduto (ma ancora *in fieri* e senza apparato di riferimenti) della comunicazione presentata al Seminario di studi "Societas. Strumento di organizzazione pubblica e privata" (Sassari, 4-5 maggio 2012).

[2] Protocollo di cooperazione tra la Université de Montpellier, la Università di Sassari e l'ISPROM - Istituto di studi e programmi per il Mediterraneo, sulla base di un progetto di ricerca convenuto a Montpellier il 5 luglio 2010 tra i professori L. Hecketsweiler (Université de Montpellier), Vincente Fortier (CNRS - Université de Montpellier), G. Lozano (Università di Sassari e ISPROM) e altri docenti di Diritto pubblico e di Storia del diritto della Université de Montpellier.

[3] La citazione mi viene da Laurent Hecketsweiler, che ringrazio.

[4] GALGANO, 2010, 183 s., nt. 20, osserva che Riccardo Orestano (1959, 145) «Tiene a mettere in evidenza come ancora nello stesso diritto giustiniano non manchino testimonianze precise di una certa oscillazione tra le due concezioni: la "collettiva" e l'"astratta"» e che «per questo storico "il lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione" che porta all'idea di una personalità corporativa non solo non può ritenersi compiuto nell'età classica, ma neppure nello stesso diritto giustiniano (*ibidem*, p. 166)»; meglio KELSEN, (1925) 1954, 96: «La persona fisica è [...] non già una realtà naturale, ma una costruzione del pensiero giuridico».