

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI PERUGIA

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

2017

DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES



*Annuario giuridico della — Law Yearbook of the
Università degli Studi di Perugia*

International Annual Review in collaboration with
Tecnológico de Monterrey (Campus de Ciudad de México) &
Escuela Libre de Derecho (México)

Editor in Chief Antonio Palazzo - Università di Perugia

Co-Editor in Chief Mario I. Álvarez Ledesma - Tecnológico de Monterrey

Scientific Board

Guido Alpa, *Sapienza Università di Roma*; Franco Anelli, *Università Cattolica del Sacro Cuore*; Rainer Arnold, *Universität Regensburg*; Mario Ascheri, *Università Roma Tre*; Antonio Bartolini, *Università di Perugia*; Maurizio Borghi, *Bournemouth University*; Mauro Bove, *Università di Perugia*; Francesco D. Busnelli, *Scuola Superiore S. Anna Pisa*; Hedley Christ, *University of Brighton*; Marco Comporti, *Università di Siena*; Enrico del Prato, *Sapienza Università di Roma*; Juan Luis González Alcántara Carrancá, *Universidad Nacional Autónoma de México*; Nicolò Lipari, *Sapienza Università di Roma*; Francesco P. Luiso, *Università di Pisa*; Agustín Luna Serrano, *Académie des Privatistes Européens*; Maurizio Lupoi, *Università di Genova*; Giovanni Marini, *Università di Perugia*; Salvatore Mazzamuto, *Università Roma Tre*; Carlo Mazzù, *Università di Messina*; Lorenzo Mezzasoma, *Università di Perugia*; Manuel A. Munive Páez, *Escuela Libre de Derecho México*; Andrea Orestano, *Università di Perugia*; Massimo Paradiso, *Università di Catania*; Calogero Pizzolo, *Universidad de Buenos Aires*; Vito Rizzo, *Università di Perugia*; Umberto Santarelli, *Università di Pisa*; Andrea Sassi, *Università di Perugia*; Francesco Scaglione, *Università di Perugia*; Stefania Stefanelli, *Università di Perugia*; † Peter Stein, *University of Cambridge*; Ferdinando Treggiari, *Università di Perugia*; Andrea Trisciuglio, *Università di Torino*; Marco Ventura, *Università di Siena, Centro per le Scienze Religiose (T-BK-ISR)*; David Zammit, *University of Malta*; Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre, Università degli Studi Internazionali di Roma*.

Editorial Board of Europe

Managing Editors: Valentina Colcelli (valentina.colcelli@cnr.it); Andrea Sassi (andrea.sassi@unipg.it); Stefania Stefanelli (stefania.stefanelli@unipg.it). Members: Silvio Pietro Cerri; Roberto Cippitani; Giuseppe Palazzolo.

Editorial Board of Latin America

Managing Editor: Manuel A. Munive Páez (mmunive@eld.edu.mx). Members: José Castillo Nájera; Carlos Ortega.

Peer Review and Open Access Journal

ISSN 1722-1110

2017

Registration at the Tribunale di Perugia on 24 July 2003, no. 33

Responsabile: Antonio Palazzo

Website: www.rivistadirittoeprocesso.eu

INDEX

Articles

- 5-12 CARLO LORENZI
Licet eos exheredare, quod et occidere licebat
- 13-24 ANDREA TRISCIUOGGIO
Concetto di status nel pensiero giuridico
- 25-52 CALOGERO PIZZOLO
Status de ciudadano y libre circulación de personas
- 53-68 JEHANNE SOSSON, GEOFFREY WILLEMS
*Donor Assisted Reproduction and Surrogacy in Belgium:
Equal Access to Parenthood and Policy Coherence*
- 69-100 ANNUNZIATA RAPILLO
Status di concepito e diritto a non nascere se non sano
- 101-112 PAULA PORETTI
Vulnerable Person
- 113-136 STEFANIA STEFANELI
Status di paziente e disciplina del fine vita
- 137-146 FRANCISCO MOLINA DEL POZO, ROXANA BALAUR
El estatus de investigador en la Union Europea
- 147-164 REYES MARZAL RAGA
*La influencia del derecho europeo en la libre prestación
de los servicios profesionales de abogado*

165-238 SILVIO PIETRO CERRI
Adeguamento del contratto e status di contraente debole

239-248 VINCENZO PASQUINO
Smart contracts: caratteristiche, vantaggi e problematiche

Editorial

249-262 *Antonio Palazzo e il positivismo degli interessi nel XXI Secolo*
[ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, STEFANIA STEFANELLI]

Overviews

263-301 *Gestazione per altri e ruolo delle azioni di stato* (nota a Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272) [ANDREA SASSI]

302-324 *El estatus de artista* [CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO, COVADONGA TORRES ASSIEGO]

325-337 *Famiglia come istituzione e posizione dei figli nel diritto italiano dopo la recente riforma* [JACOPO ALCINI]

ANDREA TRISCIUOGGIO (*)

CONCETTO DI *STATUS* NEL PENSIERO GIURIDICO

ABSTRACT: The paper examines the history of the concept of personal status in the Roman medieval and modern ages. The community vision of *status*, which was abandoned in the French Revolution returns in the modern age within the European civil law doctrine, with reference to new groups emerging in the social and economic field: this is an ideological operation, which aims to the protection of the ‘weak subject’, but the term ‘*status*’ has lost its traditional implications.

SOMMARIO: 1. *Status* in Roma antica. - 1.1. *Status* nella lingua dei Romani. - 1.2. La nozione comunitaria dello *status* personale presso i Romani. - 2. *Status* in età medievale. - 3. *Status* e capacità giuridica: la teoria dei tre *status* (sec. XVI-XVIII). - 4. Rivoluzione francese. - 5. La teoria di Henry Sumner Maine (*Ancient Law* - 1861). - 6. *Status* e Stato. - 7. Permanenze di teorie comunitarie a fronte delle teorie individualiste-egualitarie nella dottrina civilistica più recente.

1. — *Status in Roma antica.*

1.1. — *Status nella lingua dei Romani.*

L’etimologia della parola *status* (da *stare*) richiama particolarmente una condizione stabile nella quale si trova una persona presa in considerazione non come individuo ma come membro appartenente ad un gruppo. Si ritiene che il termine abbia conservato nella lingua latina le caratteristiche di una voce verbale sostantivata, indicando propriamente una situazione effettiva e permanente di un uomo relazionato ad un gruppo, e non un concetto astratto⁽¹⁾.

Nelle lingue moderne è usuale stabilire una corrispondenza per l’appunto

(*) Università degli Studi di Torino

(1) M. RICCIARDI, *Status. Genealogia di un concetto giuridico*, Milano, 2008, p. 57 s.

con i termini “condizione” “posizione”, “situazione” (personale). Nel linguaggio giuridico romano si usa anche il termine ‘*condicio*’ ma esso, a differenza di *status*, indica una situazione personale non stabile, transitoria, com’è quella del servo che può essere manomesso (*condicio servilis*)⁽²⁾. In Seneca (*De Benef.* 3.18.2) tuttavia ‘*status*’ è riferito al servo, e lo stesso, quando viene manomesso in un testamento sotto condizione sospensiva, viene qualificato con l’espressione, dalla etimologia incerta, ‘*statuliber*’⁽³⁾.

Occorre inoltre evidenziare che la condizione evocata da *status* non è solo quella giuridica della persona, rinvenibile per esempio con chiarezza nella rubrica del titolo 1.5 del Digesto (*De statu hominum*) o in un noto testo di Ermogeniano ancora accolto nel Digesto *sub eodem titulo* (D.1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu...dicemus*); *status* richiama altresì una condizione sociale (*status dignitatis = dignitas*)⁽⁴⁾ definita da leggi e da regole consuetudinarie, come è quella dell’uomo di buona reputazione (D.50.13.5.1: *Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus*).

‘*Status*’ tuttavia nella lingua latina non è solamente riferito alla persona. In ambito retorico il termine è anche posto in collegamento con ‘*causa*’ (*status causae*) e in questo caso indica, in base alla teoria degli *status* risalente al retore greco Ermagora di Temno (v. *Rhetorica ad Herennium*), il nucleo di una questione in ordine alla quale si contrappongono due affermazioni della accusa e della difesa; sarà compito del giudice scegliere tra di esse la più fondata e decidere. Così, nella teoria richiamata, si distingue uno *status* congetturale (il fatto è compiuto - il fatto non è compiuto; *an sit*), uno *status* definitorio (l’imputato ha commesso il crimine A - l’imputato ha commesso il crimine B; *quid sit*); uno *status* qualitativo (è presente una causa di giustificazione - non è presente una causa di giustificazione; *qualis sit*). Nelle opere di retorica, inoltre, agli *status* razionali appena descritti si contrappongono gli *status*

⁽²⁾ G. MELILLO, *Personae e status in Roma antica*, Napoli, 2006, p. 16 ss.

⁽³⁾ G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano, 1940, p. 6 ss.; M. BRETONE, v. ‘*Statuliber*’, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 380.

⁽⁴⁾ L. PEPPE, *Note sulla dignitas*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, CVI, Milano, 2012, p. 228 ss.

legali, nei quale si dibatte non su di un fatto ma su di un testo scritto con l'intenzione di fornirne una interpretazione (v. Quint., *Inst. Or.* 3.6.86 ss.)⁽⁵⁾.

Nella celebre definizione ulpiana di *ius publicum* (D.1.1.1.2: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*), il termine richiama invece la struttura organizzativa della comunità romana, ed è opportuno ricordare che il derivato italiano “Stato”, nell’accezione di ente pubblico astratto, sarà usato solamente a partire dal XV secolo, e specialmente da Machiavelli⁽⁶⁾.

1.2. – *La nozione comunitaria dello status personale presso i Romani.*

La visione comunitaria dei Romani, per la quale la persona viene in considerazione nel mondo del diritto non come individuo singolo ma come appartenente ad un gruppo, emerge con chiarezza nel pensiero giurisprudenziale classico, non però in rapporto al momento in cui si acquista uno *status* – normalmente con la nascita (es. *status* di libero, di cittadino), eccezionalmente per atto negoziale (es. *status* di libero per manumissione), per concessione pubblica (es. *status* di cittadino), per sentenza costitutiva (es. *status* di libero sul presupposto di una manumissione fedecommissaria non eseguita), o, a certi fini, per finzione giuridica –, ma in rapporto al momento in cui lo si perde e se ne acquista un altro. La lettura offerta da Gaio nelle sue *Institutiones* di tale fenomeno pone l’accento, infatti, non su di una vicenda individuale ma su di una vicenda di un gruppo che perde una sua “testa”. La *permutatio prioris status* di una persona è innanzitutto una *capitis deminutio* di un gruppo (Gai., *Inst.* 1.159). La perdita dunque della libertà sofferta da una persona è vista come una diminuzione numerica del gruppo dei liberi (e dei cittadini), la perdita della cittadinanza si considera come una riduzione

⁽⁵⁾ G. CRIFÒ, *Lezioni di storia del diritto romano*, 3ª ed., Bologna, 2000, p. 210 s.; R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (Gli ‘status causae’)*, in *Studi Senesi*, CXVI, Siena, 2004, p. 30 ss.; F. PROCCHI, ‘*Medium quiddam tenere*’. Tra retorica e diritto: considerazioni a margine di *Plin. Ep.* 4.9, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, p. 237 ss.

⁽⁶⁾ R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 187, nt. 5; A. SICARI, *Realtà antiche e categorie moderne. Osservazioni metodologiche*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli, 2006, p. 1680 ss.

del corpo dei cittadini romani, l'emancipazione di un figlio (con l'ingresso nello *status* di *sui iuris*) o la dazione in adozione dello stesso è intesa come riduzione del corpo familiare agnatizio di origine⁽⁷⁾. È significativo a tal proposito che “*civitas*” indichi ad un tempo la condizione giuridica (lo *status*) del cittadino ed anche l'insieme dei cittadini (il gruppo).

L'appartenenza ad un gruppo nella visione dei Romani implica non solamente il riconoscimento di diritti o di privilegi ma anche di doveri. Lo *status* di cittadino per esempio nei rapporti di diritto privato consente di concludere efficacemente certi negozi traslativi della proprietà preclusi agli stranieri (*mancipatio, in iure cessio*), oppure di acquistare la proprietà per usucapione. Nel campo del diritto pubblico solo il *civis* può invocare le garanzie costituzionali a tutela della incolumità personale minacciata dal magistrato (v. specialmente Cic., *In Verr.* 2.5.162)⁽⁸⁾; al cittadino è riservata poi la partecipazione diretta agli appalti pubblici⁽⁹⁾. Tuttavia, alla cittadinanza sono legati precisi doveri, come l'obbligo del servizio militare in età repubblicana, oppure gli obblighi di natura tributaria (prima del II secolo a.C., e soprattutto dopo l'estensione della cittadinanza a quasi tutti i sudditi dell'impero con l'editto di Caracalla del 212 d.C.). Non si ravvede dunque nel concetto romano di *status* quella visione diffusa nei nostri tempi nella quale si tende ad enfatizzare i diritti legati ad una certa posizione giuridica (per lo più di un soggetto ritenuto debole) e si tende per contro ad oscurare i relativi doveri.

⁽⁷⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14^a ed., Napoli, 1998, p. 45; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 55; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in S. MASUELLI, L. ZANDRINO (a cura di), *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista*, Napoli, 2014, p. 18.

⁽⁸⁾ G. MANCINI, *Integrazione ed esclusione nell'esperienza giuridica romana. Dalle politiche di integrazione dello straniero alla generalizzazione della condizione di “straniero in patria”*: le norme su capacità matrimoniale e filiazione come strumenti della frammentazione degli *status* in età tardoantica, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I, Napoli, 2014, p. 351; A.M. MANDAS, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli Atti degli Apostoli (21.27 - 28.31)*, Napoli, 2017, p. 22 ss., in riferimento al processo contro Paolo di Tarso.

⁽⁹⁾ A. TRISCIUOGGIO, «*Sarta tecta, ulrotributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, 1998, p. 186 ss.

Si ritiene poi in recenti studi filosofici (Esposito)⁽¹⁰⁾ che fu il diritto romano che, per primo, con l'attribuzione di *status* ad alcuni uomini, creò disuguaglianze ignote allo stato di natura. Si sarebbe con tale diritto prodotto una frattura tra la natura e l'istituzione, volendo usare il linguaggio filosofico greco (Platone, Aristotele), una frattura tra la *zōé* e il *bíos*, cioè tra l'individuo in carne ed ossa e il portatore di situazioni giuridiche soggettive. La teoria dei diritti umani che pone al centro l'uomo in quanto tale, con la sua dignità, vorrebbe ricomporre tale frattura.

1.3. – *La stabilità degli status personali.*

Gli *status* personali, che nel più tardo pensiero romanistico concorrono a costituire la capacità giuridica⁽¹¹⁾, sono lo *status libertatis*, lo *status civitatis*, lo *status familiae*, cioè, valutando la tripartizione in termini positivi, la condizione di uomo libero, di cittadino romano, di *sui iuris* (cioè di soggetto che non ha ascendenti legittimi di sesso maschile all'interno della propria famiglia). Solo l'espressione *status libertatis* tra quelle sopra ricordate, tuttavia, trova riscontri nelle fonti romane⁽¹²⁾. Tali condizioni giuridiche personali, una volta acquistate, solo eccezionalmente possono essere perdute e cambiate con altre: ciò avviene per esempio nel caso della prigionia di guerra che determina la perdita della libertà e della cittadinanza, oppure nel caso dell'*adrogatio* che determina per un *pater familias* la perdita dello *status* di *sui iuris*. I Romani dunque manifestano piuttosto chiaramente una tendenza conservativa nei confronti degli *status*, come si desume per esempio dalla regola per cui non è permesso apporre una condizione risolutiva agli atti negoziali attributivi di un nuovo *status* (es. manumissione del servo, *adrogatio*,

⁽¹⁰⁾ V. L. GAROFALO, *Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz*, in F. REINOSO BARBERO (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 102.

⁽¹¹⁾ V. *infra*, § 3.

⁽¹²⁾ R. ORESTANO, v. '*Status libertatis, civitatis, familiae*', in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 383; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 52.

emancipatio)⁽¹³⁾. In ordine poi alla incertezza che può derivare da processi (*praeiudicia*) riguardanti gli *status* personali – ivi inclusi quelli delle donne⁽¹⁴⁾ – i Romani non mancano di punire le iniziative temerarie: in tali casi infatti l'attore è a sua volta convenibile in giudizio con l'*actio iniuriarum* da colui che, subendo un'infondata contestazione circa il proprio *status* (di persona libera), è considerato diffamato⁽¹⁵⁾; inoltre il beneficiario *ex testamento* che ha posto in discussione lo *status* dell'ereditando viene colpito dall'indegnità e perde il lascito a favore del fisco (D.34.9.9.2).

Nel tardo impero romano la tendenziale stabilità degli *status* si estende a categorie socio-economiche dotate di rilevanza giuridica. Una scelta che si spiega col fatto che certi mestieri (per esempio i battellieri riuniti in corporazione) o certe dignità (per esempio quella dei *decuriones*, i senatori delle città disseminate nell'impero) erano imprescindibili per assicurare servizi pubblici essenziali (trasporto pubblico, riscossione delle imposte). Le disposizioni imperiali a partire dal IV secolo d.C. intendono impedire le fughe dalla propria categoria di appartenenza ed affermare l'ereditarietà delle stesse, sicché i figli dei *decuriones* non potranno che appartenere a quell'ordine, reso responsabile della riscossione delle imposte. L'appartenenza a tali tipi di gruppi socio-economici implica invero nell'età tardoimperiale la soggezioni ad obblighi piuttosto che il godimento di diritti o di privilegi⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a ed., Palermo, 2000, p. 175.

⁽¹⁴⁾ N. DONADIO, *Donne e quaestiones di status nel mondo romano: ancora sul 'processo di Giusta'*, in A. MAFFI, L. GAGLIARDI (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, Sankt Augustin, 2011, p. 128 s.

⁽¹⁵⁾ L. ATZERI, *L'infamia nei rescritti di Diocleziano*, in W. BRANDES, L.M. HOFFMANN, K. MAKSIMOVIĆ (herausg.), *Fontes Minores*, XII, Frankfurt am Main, 2014, p. 18 ss.

⁽¹⁶⁾ G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5^a ed., Torino, 1965, p. 430 s.; P. VEYNE, *Clientèle et corruption au service de l'État: la vénalité des offices dans le Bas-Empire romain*, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, XXXVI.3, 1981, p. 341 s.; G. MANCINI, *Integrazione ed esclusione nell'esperienza giuridica romana. Dalle politiche di integrazione dello straniero alla generalizzazione della condizione di "straniero in patria": le norme su capacità matrimoniale e filiazione come strumenti della frammentazione degli status in età tardoantica*, cit., p. 384.

2. — *Status in età medievale.*

Nel lessico dell'età medioevale *stato* indica il ceto, il rango sociale⁽¹⁷⁾, rivelando un significato socio-giuridico, fondato sull'appartenenza ad un gruppo, del tutto simile concettualmente a quello dell'esperienza romana più risalente. La persona dunque non è considerata come un singolo attore nel teatro del diritto, ma come membro di una classe di persone (per lo più accomunate secondo un criterio socio-economico o anche religioso) la quale è regolata da un proprio statuto e alla quale si appartiene in modo per lo più involontario e stabile⁽¹⁸⁾. In effetti il concetto giuridico di *status* personale tenuto in conto da San Tommaso nella *Summa Theologiae* (II.II, q.183 a. 1) è ancora quello romano, dal momento che Egli pone l'accento su di una condizione permanente, di libero o di servo, che determina obblighi piuttosto che diritti; e nel testo citato San Tommaso sottolinea la diversità dello *status* giuridico rispetto alla condizione economica (di ricco o di povero) o alla condizione sociale (di *dignus* o di *plebeius*) che possono cambiare e dunque non possono dirsi '*status*'⁽¹⁹⁾.

È possibile tuttavia nel diritto feudale cambiare in modo stabile la propria complessiva situazione giuridica personale anche per contratto, come avviene nel caso dell'*homagium*, convenzione in grado di costituire la condizione di vassallo per sé e per i propri figli, con i collegati obblighi di *fidelitas* nei confronti del signore, riconoscendosi a quest'ultimo una sorta di diritto reale sulla persona del vassallo, quasi un possesso del suo *status*⁽²⁰⁾.

L'accezione poi di organizzazione (pubblica), già emersa con riguardo

⁽¹⁷⁾ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 4^a ed., Bari, 2009, p. 16.

⁽¹⁸⁾ L. LENTI, v. '*Status*', in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 30 s.; G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, 2013, p. 6 ss.; G. ALPA, v. *Status*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R.CIPPITANI (coord.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 650.

⁽¹⁹⁾ M. RICCIARDI, *Status. Genealogia di un concetto giuridico*, cit., p. 58 ss.

⁽²⁰⁾ E. CONTE, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma, 1996, spec. pp. 196 ss., 210 ss.; Id., *Diritto comune*, Bologna, 2009, p. 152.

alla definizione ulpiana di *ius publicum*⁽²¹⁾, si ritrova diffusamente nelle fonti medievali⁽²²⁾.

3. — Status e capacità giuridica: la teoria dei tre status (sec. XVI-XVIII).

La rappresentazione della capacità giuridica a Roma come la compresenza nel soggetto dei tre *status* di uomo libero, cittadino romano e *sui iuris* non ha fondamento nelle fonti romane, ma è frutto di un'elaborazione successiva (nei secoli XVI-XVIII) degli interpreti⁽²³⁾, perfezionatasi con il Savigny. 'Status' dunque non rinvia nel discorso giuridico romano a qualcosa di assimilabile alla nostra capacità giuridica, riconosciuta al soggetto del diritto considerato *uti singulus*, ma richiama solamente una posizione soggettiva (con diritti e doveri) rispetto ad un gruppo, in particolare quello dei cittadini romani, o quello familiare, posto che il gruppo degli uomini liberi, se disgiunto da quello dei cittadini, non riflette una specifica rilevanza giuridica⁽²⁴⁾. Il concetto di capacità giuridica, per altro, è stato elaborato – si ritiene non pacificamente – da Thibaut solamente agli inizi dell'Ottocento⁽²⁵⁾.

4. — Rivoluzione francese.

I rivoluzionari francesi, con la *Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen* (1789), seguendo concezioni giusnaturalistiche nelle quali si contrap-

(21) V. *supra*, § 1.1.

(22) G. POST, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton (New Jersey), 1964, spec. p. 335 ss.

(23) A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3^a ed., Torino, 1975, p. 136.

(24) E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 80; R. ORESTANO, v. 'Status libertatis, civitatis, familiae', p. 383 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 76 s.; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *civilistica.com* II.4 (2013), p. 3, e in *Rass. dir. civ.*, 1997, IV, p. 810 ss.

(25) G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, p. 63 s.; P. STANZIONE, *Il soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2017, p. 23, nt. 44.

pone uno *status naturalis* allo stato artificiale (*status civilis*) creato dall'arbitrio dell'uomo⁽²⁶⁾, pongono al centro del sistema giuridico l'individuo (cittadino) libero ed eguale agli altri individui, in sostituzione della persona-membro di una classe sociale intermedia denominata all'epoca *stato* (nobiltà, clero, terzo stato o popolo). La persona a partire da questo momento si considera nel mondo del diritto, *uti singulus* e non artificialmente *uti socius*⁽²⁷⁾. Occorre tuttavia ricordare che una più diffusa attuazione di un sistema egualitario, opposto ad un sistema retto sul criterio degli *status* familiari e sociali, si riscontra solamente nell'età contemporanea⁽²⁸⁾.

5. — *La teoria di Henry Sumner Maine (Ancient Law - 1861).*

Tale passaggio epocale è rilevato con acume da Henry Sumner Maine (1822-1888), poliedrico autore scozzese, comparatista-internazionalista-antropologo ma soprattutto romanista⁽²⁹⁾. Egli concepisce la fortunata formula: “dallo *status* al contratto”, utile per illustrare il passaggio dall'età romana e medioevale all'età moderna ma non esente da critiche⁽³⁰⁾. In particolare Maine osserva che relazioni di tipo contrattuale nei suoi tempi hanno sostituito le relazioni di carattere potestativo un tempo stabilmente costituite all'interno della famiglia a seconda dell'afferenza delle persone ad un certo *status*: non c'è più il *servus* privo di libertà e assoggettato ad un *dominus*, ma al suo posto è comparso l'inserviente che può concludere, da libero, contratti con il padrone; il figlio allo stesso modo si obbliga contrattualmente nei

⁽²⁶⁾ A. CORASANITI, v. ‘*Stato delle persone*’, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 955.

⁽²⁷⁾ L. LENTI, v. ‘*Status*’, p. 31; R. AGO, V. VIDOTTO, *Storia moderna*, Bari, 2006, pp. 71, 220; C. LANZA, *Concezioni giuridiche in forma storica*, Napoli, 2012, p. 63 ss.; G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, cit., p. 12 ss.; P. STANZIONE, *Il soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, cit., p. 28 ss.

⁽²⁸⁾ M. PANI, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Bari, 2010, p. 110 s.

⁽²⁹⁾ P. STEIN, *Legal evolution: the story of an idea*, Cambridge, 1980, p. 86 ss.

⁽³⁰⁾ V., per esempio, S. PEROZZI, *Gli studi di H. Sumner Maine e la filosofia del diritto*, in U. BRASIELLO (a cura di), *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 721.

confronti del padre, la donna non è più assoggettata alla tutela di soggetti diversi dal marito e ha acquistato anch'essa autonomia negoziale; insomma le relazioni ora derivano dal libero accordo degli individui anche quando intercorrano legami parentali⁽³¹⁾.

6. — Status e Stato.

Il concetto di *status*, rielaborato, ha poi un certo successo anche nelle dottrine pubblicistiche dell'Ottocento. Nella teoria di Jellinek sui diritti pubblici soggettivi, ripresa poi da Santi Romano, sono individuati quattro *status* che connotano il rapporto tra l'individuo e lo Stato: lo *status subiectionis*, *libertatis*, *civitatis*, *activae civitatis*; una pluralità di posizioni che prefiguravano doveri ma anche diritti (di cittadinanza e politici) riconosciuti dallo Stato al cittadino⁽³²⁾.

7. — Permanenze di teorie comunitarie a fronte delle teorie individualiste-egualitarie nella dottrina civilistica più recente.

Si può dire che la visione individualista ed egualitaria dello *status* (*personae*) non è prevalsa definitivamente rispetto alla più antica visione comunitaria dello *status* di origine romana e, anzi, si rileva attualmente una crisi del soggetto unico universale⁽³³⁾ e si discorre apertamente di ritorno agli *status*⁽³⁴⁾ dando tuttavia al termine significati nuovi. Da un lato antichi *status* sono

⁽³¹⁾ H.S. MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, P. Smith, Gloucester (Mass.), 1970, spec. pp. 163-165, 302 s., 356 s.; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, cit., p. 19 s.; P. STANZIONE, *Il soggetto, II, Capacità, legittimazione, status*, cit., p. 48 s.

⁽³²⁾ A. CORASANITI, v. 'Stato delle persone', cit., p. 963; G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, cit., pp. 32 ss., 79 ss.

⁽³³⁾ U. VINCENTI, 'Persona' e diritto: trasformazioni della categoria giuridica fondamentale, in G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano, 2007, p. 193 ss.

⁽³⁴⁾ G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., p. 205 ss.

configurati, dal punto di vista legislativo, su basi diverse: per esempio si tende ad individuare lo *status familiae* non tanto sulla base dei tradizionali legami coniugali e di sangue, quanto piuttosto sulla base di un rapporto affettivo, anche costituitosi *extra ordinem*, com'è il caso delle unioni omosessuali⁽³⁵⁾. D'altro lato le comunità di riferimento non sono più solamente familiari e politiche, oppure economico-sociali, come in età romana e medioevale, ma sono anche insiemi di soggetti che versano in una medesima condizione di svantaggio e dunque è opportuno che siano protetti – eventualmente con appositi statuti di gruppi, con leggi speciali⁽³⁶⁾ – per la realizzazione di una effettiva, non solo formale, eguaglianza⁽³⁷⁾; ricorrente è, a tal proposito, l'esempio dei consumatori⁽³⁸⁾. In questa nuova accezione di *status* non si riscontrano tuttavia i tradizionali elementi della stabilità e dell'afferenza necessitata (non volontaria) al gruppo ed il termine inoltre rischia di cadere nella vaghezza e nella irrilevanza giuridica⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ F.D. BUSNELLI, *Nascere per contratto?*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, p. 42 ss.

⁽³⁶⁾ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999, p. 40 ss.

⁽³⁷⁾ C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1140 ss.

⁽³⁸⁾ Per il BGB v. P. RESCIGNO, *Status e capacità*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, p. 16 s.; C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, cit., 1148 ss.

⁽³⁹⁾ B. CARBONI, *Status e soggettività giuridica*, Milano, 1998, pp. 9 ss., 47 ss., 117 ss.; P. STANZIONE, *Il soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, cit., p. 52 ss.