

V. «CONSORTIUM» E «NECESSITAS»

1. «Se [noi giusromanisti] avessimo la facoltà di uscir fuori dal rigido abito mentale cucitoci addosso dall'odierna logica giuridica e dal secolare processo evolutivo che l'ha prodotto, e di osservare l'antichissimo istituto del *consortium* alla luce irradiata dalla *fides* su tutto il contesto della cultura arcaica, forse lo vedremmo deporre gran parte di quei problemi di cui, dall'interno della nostra armatura, siamo abituati a vederlo circonfuso. In un sistema così radicalmente 'altro' dal nostro da non conoscere ancora la separazione tra sfera del diritto e sfera della religione, e da sottoporre in larga misura la regolamentazione dei rapporti intersoggettivi ad un valore più carismatico-sacrale che giuridico, come quello della *fides*, non doveva probabilmente apparire abnorme che i *fratres* si rimettessero, circa la sorte del patrimonio comune, alla valutazione e all'iniziativa discrezionale di quello più dotato tra loro di prestigio e di virtù personali capaci di meritargli l'incondizionato affidamento degli altri, e lasciasero perciò che quest'uno, non solo alienasse singoli beni, estromettendoli così dal patrimonio comune, ma addirittura estromettesse loro stessi, suoi *fratres*, dallo stesso patrimonio, attribuendo tutto per testamento ad un erede da lui designato: sia che quest'ultimo potere gli venisse riconosciuto in cambio di contropartite date o assicurate agli altri consorti, sia che egli lo esercitasse sulla semplice base di una propria incontrastata supremazia personale».

Le parole sopra trascritte sono la chiave di lettura di un elegante saggio di Giuseppina Aricò Anselmo dal titolo «*Societas inseparabilis*» o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno (in *AUPA*. 46 [2000] 77 ss. = *On. Talamanca* 1 [2001] 149 ss.). Forse Thomas Hobbes, quello del *Leviatano* (1651), avrebbe avuto parecchio da ridire, se fosse stato in grado di leggerlo. Io invece no. L'abito mentale della logica giuridica non mi opprime come se fosse la Vergine di Norimberga. Riesco a rendermi conto della possibilità (o addirittura della probabilità) che l'antichissimo mondo romano, specie quello precittadino, fosse tenuto insieme più da pulsioni indefinite di *fides* (di fiducia, di reciproco affidamento) che da vincoli stringenti di *ius* (di un ordinamento sociale strettamente blindato). Credo anzi di averlo già largamente ammesso in altri luoghi (tra cui, per tutti, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, 1990).

Solo è che io non so trattenermi dal formulare le seguenti domande. Tra i precittadini e i protocittadini romani mancavano proprio del tutto quelli che i Vangeli chiamano gli uomini di poca fede? Avvenuta la morte *ab intestato* del *pater familias*, tutto filava sempre liscio tra i suoi immediati discendenti? Nessuna contesa, o almeno nessuna incertezza, circa la individuazione del «più degno» (che tutti escludono fosse necessariamente il primogenito) e circa la sottomissione degli altri a lui? Nessun tentativo da parte di qualcuno tra loro di disporre esclusivamente a modo proprio, egoisticamente e magari di sorpresa, delle cose comuni? Nessuna reazione, mai, da parte del consorte estromesso, quando l'estromissione ne fosse decisa dal capo «sulla semplice base di una propria incontrastata supremazia personale»? Nessuna tendenza, mai, da parte di lui (o magari di chi volesse spontaneamente uscirsene) ad allungare minacciosamente le mani per ottenere una sostanziosa «contropartita» dagli altri consorti e per essi dal «leader» (dire «Führer» saprebbe poco di *fides* e di democrazia)?

Thomas More, quello dell'*Utopia* (1516), queste domande a differenza di

Thomas Hobbes, non se le sarebbe poste, sempre che fosse stato in grado di leggere il saggio di cui sto parlando. Ma Tommaso, per coincidenza fatale, è anche il nome di un apostolo di Gesù Cristo che è stato ed è l'ossessione della mia vita (ed al quale ho dedicato in esplicito, alcuni anni fa, anche alcune pagine che ebbi tutto il tempo e il modo di «scrivere in breve»: *Il dito sulla piaga*, in *Labeo* 44 [1998] 241 ss., oggi in *APDR*. [2004] 271 ss.). Chi sa, probabilmente è a lui, a Tommaso apostolo, che debbo l'ispirazione dei dubbi sopra formulati.

Ad ogni modo, è a me, esclusivamente a me, che riservo il tentativo di collaborare con una collega tanto stimata quanto cara, offrendole qualche stimolo a rendere più convincenti i risultati di una molto acuta ricerca.

2. Perché la ricerca sulla divisibilità dell'antichissimo «*consortium fratrum suorum*» è stata impostata e portata avanti, almeno sino ad un certo traguardo, in modo altamente persuasivo, oltre che con completezza di rinvii (informativi o critici) alla ricca letteratura sul tema (letteratura ben nota e che qui tralascio di riciclare, rimettendomi al mio *DPR*.¹² [2001, suppl. 2002] n. 37.2-4, pp. 518-523).

Tutti ricordiamo, anche se una rilettura non farà male, quanto ci è stato rivelato nel 1933 dal Gaio antinoese (3.154 *a* e *b*) relativamente ad un molto vago ed imprecisabile «*olim*»: *a*¹) *mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur «ercto non cito» ...; a*²) *alii quoque, qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi certa legis actione; b*) *in hac autem societate ... illud proprium erat ... quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum acquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat qui mancipio accipiebat*. Ora l'Arco A. ben dice che non è affatto sicuro essere stato il «*consortium fratrum*» chiamato *ab initio* «*ercto non cito*» (cioè, traduce Gaio, «*dominio non diviso*»), ben ricorda che l'azione di divisione dell'eredità «*proficiscitur e lege XII tabularum*» (cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.2.1 pr.), ben sostiene che Gai 4.17 *a* non può essere addotto come indizio del contrario, ma arbitrariamente conclude, almeno a mio avviso, che «la storia della divisione ereditaria comincia dalle XII tavole e non prima».

A me, infatti, non sembra ammissibile identificare *in toto* la divisione ereditaria con la divisione «giudiziale» dell'eredità, trascurando la possibilità della divisione negoziale e del ricorso ad altre vie giudiziarie per ottenere, nei limiti della reazione degli altri consorti, il «*quid*» desiderato come oggetto di proprietà esclusiva. Di questa, dirò così, «*ignoratio elenchi*» può essere stato vittima Gellio (1.9.12), in un passo (che qui deliberatamente tralascio di discutere) nel quale si accenna solo di sfuggita al «*consortium ercto non cito*», ma non dobbiamo essere vittime noi. Né tanto meno mi sembra il caso di farci suggestionare da sottili considerazioni circa il sorgere tardo del concetto matematico di «quota» e quindi dall'assurdo che prima di allora non si sia potuto escogitare il concetto «tecnico» di divisione del consorzio, o di che altro.

Sono considerazioni, quelle di questo tipo, che a mio modo di vedere contano piuttosto poco e sulle quali pertanto, pur dopo averle esaminate con molta attenzione, in questa sede sorvolo. Le tralascio non già perché mi sembrano espressione del «rigido abito mentale cucitoci addosso dall'odierna logica giuridica», ma solo perché sono quasi tutte espresse a titolo di contorno rispetto alla tesi principale cui sono subordinate.

3. La tesi principale, quella dell'inscindibilità (non dell'inestringibilità) del

«*consortium fratrum suorum*» sino al momento in cui rimanesse vivo anche uno soltanto dei *fratres*, non è basata soltanto sull'argomentazione «*e contrario*» dai testi relativi alla divisione giudiziaria dell'eredità. È basata altresì su un argomento di cui, secondo la Aricò A., «è davvero curioso» che non si sia finora avvertita «la forza stringente»: quello dell'«appartenenza solidale del patrimonio familiare a tutti i consorti». Un regime così bizzarro di coesistenza di proprietà piena da parte dei *fratres* di tutto il patrimonio lasciato dal *de cuius* (di proprietà integrale plurima su tutti gli elementi di quel patrimonio) non poteva non comportare, dato che la divisione per quote non era stata ancora escogitata, il ricorso fiduciario ad un capo unico, ad una surrogazione del *pater* defunto mediante uno solo dei *fratres*, con tutte le conseguenze, almeno quanto agli oggetti animati o inanimati costituenti il patrimonio ereditario, di cui si è riferito in apertura di questo articolo.

Ebbene, non replicherò che sarebbero stati ben sciocchi gli antichi *fratres* se avessero atteso tanto e tanto tempo prima di inventare la divisione ereditaria, né ricorrerò ad altri piuttosto facili argomenti. Nulla di tutto questo. È inutile perder tempo con questo va e vieni di parole.

Sorpresa: io penso che la tesi qui discussa sia, in buona sostanza, plausibile. Plausibile, peraltro, non tanto in virtù della *fides* da cui sarebbero stati permeati gli antichissimi *fratres*, quanto in virtù, anzi in forza di un ben altro elemento cogente: la «*necessitas*». La necessità, o almeno la fortissima opportunità, per le *familiae* precittadine e protocittadine, di far fronte alle esigenze di un'economia rudimentale ancora fortemente legata all'agricoltura estensiva, di rimanere unite il più a lungo possibile o addirittura, in certi casi, di consorziarsi tra loro, affinché la divisione del patrimonio ereditario non le indebolisse tutte, oppure affinché si costituisse tra loro un reddito di patrimonio comune. Panorama che qui non passo a dettagliare per il semplice fatto di averlo già analizzato e tratteggiato nel mio saggio su *La rivoluzione della plebe* (1975), al quale mi permetto di rinviare (cfr. spec. 54 ss., 273 ss., 299 s.).

4. «*Ius ex necessitate*», appunto, è il concetto ricostruttivo che deve applicarsi, secondo me, all'antichissimo consorzio. Alludo cioè a quel tipo di regolamento giuridico del quale parla, in un testo famoso, il giurista Modestino (1 *reg. D.* 1.3.40, cfr. L. Modest. 174): «*Omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit (rell.)*».

Non è questo il luogo adatto per analizzare esegeticamente l'intero frammento (cui ha dedicato un acuto saggio, in buona parte convincente, T. Mayer-Maly, «*Necessitas constituit ius*», in *On. Grosso* 1 [1968] 177 ss.). Mi basta escludere l'estrosa ipotesi di chi ha inteso per «*necessitas constituens*» le costituzioni imperiali (cfr. CI. 1.18.12) e richiamare l'attenzione dei giusromanisti su quanto ho ipotizzato in altra sede (*L'ordinamento*⁵ cit. 102, 124) circa il carattere «istituzionistico» che il «*ius ex necessitate*» sembra adombrare. L'antichissimo consorzio (peraltro risultante da *familiae* e da potestà relative già ben distinte l'una dall'altra alla morte del *pater*) restava, quanto all'appartenenza delle *res*, in stato di indivisione non perché i consorti lo volessero, ma perché essi erano costretti o addirittura indotti a rimanere o a mettersi strettamente insieme tra loro dalla cruda realtà economica, e sinché questa cruda realtà perdurasse. Fenomeno ben noto, del resto, all'antropologia culturale.

Potrei aggiungere all'ovvio parallelo con le tribù primitive di tutti i tempi e luoghi un vago parallelo dell'antichissimo consorzio con la tendenza tutta moderna ed evoluta alla concentrazione (e indivisione) dei capitali di impresa, sia di famiglia che non. Ma il discorso supererebbe le dimensioni di un «truciolo». Basta quindi così.