

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



I BENI COMUNI TRA CATEGORIE ROMANISTICHE E DIBATTITI VECCHI E NUOVI

Alvise Schiavon

Abstract

[Common goods between Roman categories and old and new debates] The article, after having reconstructed some lines of the international and Italian debate on commons and their legal discipline, examines in the light of the Roman sources the attempt to indicate in the Roman categories of goods removed from individual ownership possible models for the regulation of commons. Finally, two examples taken from medieval and modern history will be taken in consideration, which show how recourse to Roman categories of goods to model the discipline of current phenomena is an operation to be carried out with caution.

Key Words:

Commons; *res communes omnium*; *res in usu publico*; sea; seashores

Vol. 11 (2023)





I beni comuni tra categorie romanistiche e dibattiti vecchi e nuovi

Alvise Schiavon *

1. Commons e beni comuni: analisi economica del diritto e proposte legislative

Negli ultimi anni il dibattito sulle caratteristiche economiche e sulla (auspicabile) disciplina giuridica dei *common goods*, nato negli Stati Uniti in particolare tra i cultori dell'analisi economica del diritto, è penetrato in Europa e specialmente in Italia, articolandosi sia in riflessioni dottrinali che in vere e proprie iniziative legislative.

Per *common-pool resources* o *common goods*¹, si intendono – dal punto di vista economico – quelle risorse il cui utilizzo è non esclusivo² ma potenzialmente rivale³: l'esclusione di qualcuno dal godimento di quella risorsa è impossibile o estremamente costosa; ma lo sfruttamento individualistico del bene da parte di un agente economico può pregiudicare la possibilità di un concorrente sfruttamento da parte degli altri, perché vi è la possibilità

*Alvise Schiavon è docente di materie romanistiche presso l'Università di Bologna.

Indirizzo mail: alvise.schiavon@unibo.it

¹ Alcuni dei principali contributi che hanno definito la dottrina dei *commons* sono stati raccolti in M. HELLER, *Commons and Anticommons*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009. In lingua italiana un buon viatico per orientarsi nei dibattiti può essere L. COCCOLI, *Omnia sunt communia. Il dibattito internazionale su commons e beni comuni*, GoWare, Firenze, 2019. Ho provato a sviluppare alcune riflessioni sui rapporti tra analisi economica e storia giuridica romana – con particolare riferimento al regime dei beni pubblici – in un contributo dal titolo *Analisi economica del diritto romano dei beni pubblici: l'esempio di fiumi e strade* in corso di pubblicazione negli atti del convegno *A New Role for Roman Taxonomies in the Future of Goods?* (Padova, 19 maggio 2022).

² L'espresso riconoscimento di tale elemento della teoria dei *public goods* si fa tradizionalmente risalire al pensiero di R.A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, McGraw-Hill, New York, 1959.

³ Su questo profilo – con particolare riferimento alle vie di comunicazione, che saranno oggetto privilegiato di questo contributo – si veda J.R. NASH, *Economic Efficiency Versus Public Choice: the Case of Property Rights in Road Traffic Management*, in *Boston College Law Review*, 49, 2008, pp. 673 ss., spec. p. 674.

che questi si impossessino di una parte del bene stesso, congestionandolo⁴. Questo pone evidentemente il problema di regolare l'utilizzo di queste risorse attraverso dispositivi giuridici in grado di sanzionare un uso egoistico del bene (cosiddetto *free riding*) che impedisca o riduca la disponibilità del bene per il resto della comunità⁵. Gli economisti e i cultori della cosiddetta *law and economics* tendono oggi a ravvisare il più efficiente modello istituzionale di gestione del *free riding* in una forma di *common property* che garantisca a ciascun membro un diritto di accesso selettivo al bene – subordinato cioè al rispetto della destinazione all'uso comune – e al contempo riconosca a ciascuno il potere selettivo di inibire quelle forme di accesso al bene incompatibili con la fruizione dello stesso da parte degli altri membri della comunità⁶.

Tra le iniziative legislative volte a introdurre una regolamentazione dei beni comuni nell'ordinamento italiano, la più importante – per l'impatto che avrebbe avuto sulla legislazione italiana, per la eco che ha avuto anche tra i non specialisti⁷ e l'autorevolezza scientifica dei proponenti – è senz'altro la proposta di legge delega di riforma del Codice

⁴ In assenza di una disciplina che regoli l'accesso alla risorsa si verificherebbe, in altre parole, quella 'tragedy of the commons' descritta dal punto di vista etologico da G. HARDIN, *The Tragedy of The Commons*, in *Science*, 162, 1968, pp. 1243 ss. La tesi come noto verrà ripresa e precisata nelle sue conseguenze sul piano giuridico da Harold Demsetz, in un seminale articolo in tema di gestione dei beni pubblici che può essere considerato il punto di partenza del successivo dibattito relativo ai *commons* (H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in *The American Economic Review*, 57(2), 1967, pp. 347 ss.): secondo questa visione, in assenza di un sistema di diritti individuali di proprietà che regolino l'accesso ad un bene si produrrebbe una situazione di sfruttamento del bene che condurrebbe infine alla consumazione dello stesso. Questa impostazione 'proprietaria' ha pesantemente influenzato tutte le ricerche successive, tanto da far affermare che «Hardin's paper has created something like a tragedy in itself», così T. EGGERSTON, *Open Access vs Common Property*, in T.L. ANDERSON-F.S. MCCHESENEY (eds.), *Property Rights: Cooperation, Competition And The Law*, Princeton University Press, Cambridge-Princeton, 2003, pp. 73 ss. spec. p. 75.

⁵ Si veda in generale S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of the Law*, Harvard University Press, Harvard, 2021, pp. 109 ss.

⁶ Mentre nel regime di *open access* «no individual has the right to stop someone else from using the object», il termine proprietà collettiva «designates resources that are owned or controlled by a finite number of people who manage the resource together» (così si legge in H. DAGAN-M. HELLER, *The Liberal Commons*, in *The Yale Law Journal*, 110(4), 2001, pp. 549 ss., spec. pp. 556 s.) e si riferirebbe a «complex structures [...] that regulates exclusion and internal governance» (T. EGGERSTON, *Open Access vs Common Property*, cit. p. 76). In particolare «a simple and customary method of allocating use of common property is a rule that grants equal access to all members of the group» (D. LUECK-T.J. MICELI, *Property Law*, in A.M. POLINSKY-S. SHAVELL (eds.), *Handbook of Law and Economics*, I, Elsevier, Amsterdam, 2007, pp. 183 ss., spec. p. 195).

⁷ Grazie in particolare alla campagna referendaria per l'abrogazione della disciplina che permetteva agli enti pubblici locali di devolvere a soggetti privati la gestione del servizio idrico (in particolare abrogazione dell'articolo 150 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, come modificato dall'art. 2 comma 13 del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4). Il referendum del 12-13 giugno 2011 ha visto la vittoria del fronte favorevole all'abrogazione di tale disposizione e, a fronte del tentativo del governo di riproporre una disciplina sostanzialmente analoga a quella oggetto dell'abrogazione referendaria, è intervenuta la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, per contrasto con il risultato del referendum del giugno 2011, in quanto la disposizione impugnata violerebbe «il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.». Su tutta la vicenda e sulle implicazioni giuridiche e politiche di quella campagna di opinione si veda la ricostruzione di U. MATTEI-A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Futura, Roma, 2014.

Civile presentata nel 2007 dalla Commissione ministeriale presieduta da Stefano Rodotà⁸, mai approvata dal Parlamento italiano, a cui hanno fatto seguito numerose altre proposte di legge più o meno esplicitamente ispirate ad essa.⁹ Si propugnava l'introduzione di una nuova categoria di beni nella sistematica codicistica – quella appunto dei 'beni comuni' – la cui disciplina era sinteticamente descritta nei seguenti termini (il *corsivo* è mio):

Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico anche a beneficio delle generazioni future. *Titolari* di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o soggetti privati. In ogni caso deve essere garantita la loro *fruizione collettiva*, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche, i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati *fuori commercio*; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici.
Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni

⁸ Stefano Rodotà fu assieme a Ugo Mattei tra i principali e più autorevoli sostenitori della necessità di introdurre nell'ordinamento italiano la categoria giuridica dei beni comuni. Rodotà, che sin dagli anni '70 si era impegnato in una revisione critica della nozione e nella disciplina della proprietà così come emersa dalle rivoluzioni borghesi del XIX secolo - riflessioni poi confluite in S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata*, Il mulino, Bologna, 1981 – ha visto proprio nella categoria dei beni comuni un grimaldello per superare quella concezione individualistica alla base della concezione proprietaria assunta anche nel Codice civile italiano del 1942 – come testimoniato dall'aggiornamento del precedente lavoro in S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il mulino, Bologna, 2013.

⁹ La proposta di legge delega presentata il 14 giugno 2007 dalla Commissione Rodotà, assieme ad un'articolata Relazione di accompagnamento, non venne mai discussa anche a causa della caduta l'anno successivo del Governo che aveva istituito la commissione stessa. Nelle legislature successive, però, analoghe proposte di legge delega vennero ripresentate dai diversi soggetti legittimati all'iniziativa legislativa in base al dettato dell'art. 71 della Costituzione, e in particolare: la proposta di legge delega AS 1838 (presentata dal Consiglio della Regione Piemonte); le proposte AS 2031 e AS 398 (di iniziativa parlamentare); il cosiddetto 'Disegno legge delega Commissione Rodotà beni comuni, sociali e sovrani' (di iniziativa popolare, che ha raggiunto il quorum di firme previsto dal co. 2 del succitato art. 70 Cost.). Infine, il 4 aprile 2019, è stato presentato su iniziativa parlamentare un vero e proprio progetto di legge (A.C. 1744) contenente un articolato concernente 'Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente', il cui esame in Commissione Giustizia è iniziato il 16 giugno 2021 ma è stato ancora una volta interrotto da uno scioglimento delle Camere anticipato rispetto ai termini naturali. Sulla proposta Rodotà e sullo sfondo teorico e normativo che l'ha preparata si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo U. MATTEI-E. REVIGLIO-S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici: dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile* (Roma, 22 aprile 2008), Accademia dei Lincei, Roma, 2010.

comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti.

I profili fondamentali della disciplina codicistica collegata alla categoria dei beni comuni sarebbero dunque stati: la scissione tra titolarità e fruizione del bene, la collocazione degli stessi fuori dalla possibilità di scambi tra privati e – aspetto particolarmente rilevante per il tema del presente contributo – una tutela complessa demandata, da un lato, all'iniziativa diffusa dei cittadini e, dall'altro, a quella esclusiva dello Stato per quanto riguarda le pretese al risarcimento dei danni.

La prospettiva di introduzione nel nostro ordinamento della categoria dei beni comuni, peraltro, non si è limitata a proposte di riforma legislativa¹⁰, ma ha coinvolto pure i formanti giurisprudenziale e dottrinale.

Sotto il primo profilo rilevano naturalmente le sette sentenze della Cassazione in materia di valli da pesca¹¹, nella cui (unica) motivazione le Sezioni Unite hanno ribadito la loro natura pubblica e demaniale, facendo leva proprio sulla nozione di bene comune, inteso come bene funzionalmente diretto al soddisfacimento di interessi collettivi a prescindere dalla natura del soggetto titolare del relativo diritto domenicale: scrive la Corte che «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, 'comune' vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini»¹².

¹⁰ Oltre alle sopramenzionate proposte di riforma del Codice civile, la categoria fa capolino qui e lì anche nella legislazione vigente: una più puntuale ricognizione delle 'tracce' della categoria dei beni comuni nella legislazione vigente – sia nazionale che regionale – che in atti regolamentari di diversa natura in G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, ETS, Pisa, 2017, pp. 27 ss. e in A. M. GAMBINO-A. GENOVESE-B. SIRGIOVANNI, *Beni comuni*, in *Nuovo diritto civile*, 1 (3), 2016, pp. 301 ss.

¹¹ Cass. SS.UU. 14 febbraio 2011, n. 3665; Cass. SS.UU. 16 febbraio 2011, n. 3811; Cass. SS.UU. 16 febbraio 2011, n. 3812; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3936; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3937; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3938; Cass. SS.UU. 18 febbraio 2011, n. 3939). Per un primo inquadramento la nota di E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro It.*, 2012, I, pp. 564 ss. Occorre anche rammentare la successiva sentenza della Corte EDU di Strasburgo (CEDU, sez. II, Valle Pierimpiè Azienda agricola Spa c. Italia, 23 settembre 2014), che ha parzialmente ridefinito i termini della decisione delle Sezioni Unite alla luce dell'art. 1 Protocollo 1 Cedu, senza però metterne in discussione l'impianto generale (così almeno secondo A. DI PORTO, *I 'beni comuni' in cerca di identità e tutela*, in G. CONTE-A. FUSARO-A. SOMMA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, pp. 163 ss., spec. 167 s.)

¹² Su questa decisione, in generale, G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., pp. 29 ss. Si segnalano poi numerosi interventi di Andrea Di Porto sul tema, tra i quali – oltre a quello citato nella nota precedente – spicca per l'ampiezza di prospettiva adottata *Destinazione all'uso pubblico e beni comuni nella giurisprudenza ordinaria dell'Italia unita. Da 'Villa Borghese' (1887) alle 'Valli da pesca veneziane'*, in *La Magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 124 ss. (poi confluito assieme ad altri importanti contributi in *Res in usu pubblico e beni comuni il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 45 ss.)

Tali interventi legislativi e giurisprudenziali sono stati naturalmente accompagnati da una riflessione dottrinale sul tema, e dal delinearsi di una schiera di studiosi impegnati a ripensare le categorie tradizionali del diritto civile allo scopo di inserire nella sistematica codicistica la categoria dei 'beni comuni'¹³: tra gli autori che maggiormente si sono impegnati in questo lavoro di rimediazione – oltre naturalmente al già citato Stefano Rodotà – spiccano Ugo Mattei¹⁴ e Maria Rosaria Marella¹⁵, autori in quel torno di anni di importanti contributi in materia che hanno suscitato un vivace dibattito¹⁶.

2. Modelli romani e dibattiti contemporanei

In questo contesto, alcuni studiosi si sono rivolti alla storia giuridica, e in particolare al diritto romano, alla ricerca di modelli di riferimento per la definizione della neonata categoria dei beni comuni e della sua disciplina. Di contro all'opinione tralatizia – ma ancora autorevolmente sostenuta anche dalla stessa Corte di cassazione, come testimonia il caustico inciso del passaggio riportato sopra, dove 'la prospettiva del *dominium* romanistico' è bollata come 'datata' – che vede l'esperienza giuridica romana assolutamente dominata dal modello 'individualistico'¹⁷ del *dominium* e dunque incapace di

¹³ Non si deve però dimenticare come questo filone spiccatamente dottrinale e tecnico giuridico (che ha coinvolto naturalmente, oltre alla civilistica, gli studiosi di diritto pubblico, amministrativo e costituzionale) sia fiorito all'interno di un più ampio orizzonte filosofico e ideologico: un primo passo per la comprensione di tale sfondo può desumersi dalla lettura di M. HARDT-A. NEGRI, *Comune. Oltre il pubblico e il privato*, Rizzoli, Milano, 2010, secondo cui in buona sostanza l'adesione alla prospettiva del 'comune' porterebbe al superamento della logica giuridica (si veda il dialogo con l'impostazione parzialmente differente di G. Teubner in S. CHIGNOLA [a cura di], *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Ombre Corte, Verona, 2012); si muove esplicitamente sulla soglia tra diritto e fatto la riflessione di Giorgio Agamben nel capitolo conclusivo della serie *homo sacer (L'uso dei corpi)*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, recensito positivamente proprio da Negri in *Il manifesto*, 19 novembre 2014), che indica nell'*usus facti* della vita monacale dei frati il paradigma che garantisce l'uso comune di un bene al di fuori di ogni logica di titolarità. Sulle ascendenze della riflessione agambeniana sul 'comune' da quella di Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57, 6, 2002, pp. 1431 ss. (trad. it. *Il valore delle cose*, Quodlibet, Macerata, 2015 con un saggio introduttivo proprio di Giorgio Agamben) si legga tra gli altri M. FRUNZIO, *Riflessioni sul valore delle cose*, in *Rivista di diritto romano*, 16-17, 2016-2017, 1 ss.

¹⁴ U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011. A questa prima riflessione è susseguita una serie di ulteriori contributi che hanno via via sviluppato il tema, fino al recente F. CAPRA-U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler, Oakland, 2015 laddove la questione dei beni comuni si inserisce in una visione complessiva del fenomeno giuridico e delle sue funzioni (spec. 131 ss. e 149 ss.).

¹⁵ Curatrice, tra l'altro, del volume M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona 2012.

¹⁶ Tra i critici più puntuali della categoria dei 'beni comuni' e dell'utilità della sua introduzione nell'ordinamento italiano si segnala E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013; nota l'ambiguità della nozione di bene comune, che rischia di rendere il dibattito poco fruttuoso, E. DICCIOTTI, *I beni comuni nell'attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un'apologia e una critica*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2013, pp. 347 ss.

¹⁷ Il dibattito sulla natura 'individualistica' del diritto romano rimanda in prima battuta al celebre saggio di F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario Comparato di Studi Legislativi*, XVI, 1941, 1 ss. (poi in ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, Editori riuniti, Roma, 1979, 270 ss., dove si legge anche una preziosa *Presentazione* dove l'autore contestualizza quel lavoro).

elaborare forme di proprietà comune o collettiva diverse dalla proprietà pubblica, statale ma pur sempre 'individualisticamente' intesa come titolarità dello stato-persona, già le magistrali ricerche di Riccardo Orestano hanno dimostrato che la nozione di persona giuridica era sostanzialmente estranea alla concezione romana, che aveva piuttosto una visione concreta della collettività e del *populus* come insieme di *cives*¹⁸.

Andrea Di Porto ha pensato di individuare nella categoria romana delle *res in usu publico* (e nel suo modello di tutela e gestione) un possibile prototipo della ricercata nozione di bene comune¹⁹, mentre altri autori hanno indicato nelle *res communes omnium* il possibile modello cui rifarsi per la costruzione dello statuto di disciplina dei 'beni comuni'²⁰.

Il ricorso alla storia giuridica, e in particolare al diritto romano, come strumento di interpretazione o addirittura come parametro di innovazione del diritto vigente pone diversi e profondi problemi metodologici²¹. La ricerca di linee di continuità tra l'esperienza giuridica romana e quella contemporanea²², nella convinzione di poter trovare nel passato la soluzione a problemi del presente, può condurre a errori di impostazione dovuti a 'procedimenti di auto-proiezione'²³ o alla necessità di legittimare attraverso il ricorso a un passato sacralizzato scelte di politica legislativa non suffragate da argomenti sufficientemente cogenti.

Scopo delle pagine che seguono è quello di verificare, alla luce di una considerazione necessariamente cursoria delle fonti romane, se le categorie romanistiche di beni sottratti all'appropriazione individuale (e in particolare *res communes omnium* e *res in usu publico*), possano rappresentare effettivamente un modello per la configurazione *de iure condendo* della categoria dei 'beni comuni'.

¹⁸ R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1968, 297 s. Riflessioni del tutto in linea con quelle espresse in P. CATALANO, *Populus romanus Quirites*, Giappichelli, Torino, 1974.

¹⁹ Così, almeno implicitamente, A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013.

²⁰ Tra questi in particolare B. BISCOTTI, *Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni* e P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni* entrambi in L. GAROFALO (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, Jovene, Napoli, 2016) pp. 1 ss. e 85 ss. Su questo genere di tentativi si leggano le convincenti riserve di G. SANTUCCI, *'Beni comuni': Note minime di ordine metodologico*, in *Koinonia*, 44(2), 2020, pp. 1395 ss. nonché M. FIORENTINI, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 111, 2017, pp. 75 ss. e ancora più esplicitamente in *Res communes omnium e commons. Contro un equivoco*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 113, 2019, pp. 153 ss. (oggi entrambi in ID., *Natura e diritto nell'esperienza romana*, Edizioni Grifo, Lecce, pp. 1 ss. e 41 ss.).

²¹ Sottolineati anche – con lo sguardo prevalentemente rivolto all'esperienza medievale e moderna, ma con osservazioni senz'altro valide anche per la storia giuridica romana – da R. FERRANTE, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in *Ragion pratica*, 41, 2013, 319 ss.)

²² Per una discussione critica dei diversi problemi posti alla storia giuridica dai contrapposti paradigmi della 'continuità' e della 'discontinuità' si può fare riferimento a G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Il Mulino, Bologna, 2010.

²³ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il mulino, Bologna, 1989, pp. 402 ss. Monito già espresso dal Maestro, con specifico riferimento allo studio delle forme collettive di appartenenza, in R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano*, cit., pp. 185 ss.

3. Le classificazioni romane delle *res*

Nelle fonti romane troviamo diverse classificazioni delle cose, che restituiscono un quadro frastagliato e non riconducibile ad unità, ma che riflette non solo lo sviluppo plurisecolare dell'esperienza giuridica romana, ma anche le diverse prospettive da cui i giuristi riguardarono la questione della classificazione delle tipologie di beni.

Nel manuale istituzionale di Gaio innanzitutto – la fonte più antica che attesti un tentativo di sistemazione della materia²⁴ – ritroviamo, in apertura del libro secondo dedicato al diritto concernente le *res* (*modo videamus de rebus*) una serie di bipartizioni che, nella prospettiva essenzialmente didattica dell'autore, dovrebbero esaurire la materia²⁵. In particolare, dopo aver distinto tra *res quae in nostro patrimonio sunt* e quelle che *extra nostrum patrimonium habentur* (par. 1) e tra cose di diritto divino e di diritto umano (par. 2), nel paragrafo 10 procede a bipartire le *res quae humani iuris sunt*:

Gai 2.10. *Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. 11. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae sunt, quae singulorum hominum sunt.*

Il giurista di età antoniniana distingue dunque - nel reame delle cose non funzionalizzate a scopi *lato sensu* sacrali o religiosi – tra *res publicae* e *res privatae*: le prime sono considerate *nullius in bonis*, ovvero non considerate nel patrimonio di alcuno perché destinate a soddisfare gli interessi dell'intera collettività²⁶, mentre le seconde sono riguardate come parte del patrimonio dei singoli individui.

Il quadro concettuale è più complesso se ci spostiamo a considerare un'altra celeberrima classificazione, tramandataci nella compilazione giustiniana e tratta dai

²⁴ In generale sulla sistematica gaiana *per divisiones* rimangono fondamentali R. MARTINI, *Le summae divisiones in Gaio*, in *Atti del seminario romanistico gardesano*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 89 ss.; G.G. ARCHI, *La 'summa divisio rerum' in Gaio e in Giustiniano*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 3, 1937, pp. 5 ss.; F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in F. BONA-F. GALLO-F. GORIA-L. LANTELLA-M. SARGENTI-N. SCAPINI-P.L. ZANNINI (a cura di), *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1975, pp. 328 ss.; C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, in ID., *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Lateran University Press, Roma, 1980, pp. 241 ss. Ho provato a rivalutare criticamente questo passaggio gaiano in A. SCHIAVON, *Interdicta 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu publico*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 40 ss.

²⁵ Sulle *divisiones* con cui Gaio organizza la materia delle classificazioni delle cose rimane fondamentale C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, Grafica meridionale, Villa San Giovanni, 1981, mentre di recente vi è tornato G. FALCONE, *Studi sui commentarii 'istituzionali' di Gaio I. Formazione e natura del testo*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2022, pp. 84 ss.

²⁶ Sull'interpretazione del sintagma *nullius in bonis* nel testo grava naturalmente il problema paleografico della lacuna che il palinsesto gaiano presenta a cavallo dei paragrafi 9 e 10 del libro II (su cui si sofferma diffusamente C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose*, cit., pagg. 49 ss.) e al confronto tra il testo del palinsesto veronese e la testimonianza gaiana contenuta in D.1.8.1 pr. (Gai. 2 *inst.*). Le ipotesi ricostruttive sono molteplici (ne discuto in A. SCHIAVON, *Interdicta 'de locis publicis'*, cit., pp. 33 ss.), ma mi preme qui ricordare come Bonfante ritenesse che i Romani si riferissero col sintagma *res nullius in bonis* a quelle cose «hanno una destinazione a cui non è lecito sottrarle» e dunque «appartengono in certo modo alla sfera giuridica» (P. BONFANTE, *La iusta causa*, in ID., *Scritti giuridici vari*, II, Utet, Torino, 1926, pag. 488 nota 1.

compilatori dal manuale istituzionale del giurista Marciano, collocabile dunque temporalmente agli albori del III secolo, mezzo secolo circa dopo la probabile redazione delle Istituzioni di Gaio²⁷:

D.1.8.2.pr. (Marc. 3 *inst.*) *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Nella classificazione delle cose operata da questo giurista scompare la categoria gaiana delle *res publicae*, rimpiazzata da quelle di *res universitatis* e di *res communes omnium* (*iure naturalis*). Come ho cercato di dimostrare più ampiamente altrove, questo slittamento di prospettiva affonda le radici in due diverse tendenze, che nell'opera di Marciano trovarono sanzione e sfogo concettuale²⁸.

In primo luogo, il superamento della centralità della nozione di *res publica* asseconda la tendenza al progressivo svuotamento di significato del riferimento al *populus romanus* a fronte del movimento di universalizzazione delle strutture imperiali che sarebbe sfociato nella promulgazione della *constitutio antoniniana*, la quale, stando alle autorevoli parole di Mario Talamanca, «ha contribuito ad unificare formalmente le diverse strutture dell'impero», rendendo irrimediabilmente obsoleto lo «schema espositivo romano-centrico della giurisprudenza anteriore»²⁹ anche con riferimento alla classificazione dei beni di rilevanza pubblicistica³⁰. Un'analogia spinta a superare il paradigma romano-centrico nella ricostruzione degli istituti potrebbe essere alla base della enucleazione della categoria delle *res publicae iuris gentium* la quale – pur non comparando in alcuna delle *rerum divisiones* pervenuteci nelle fonti – appare usata con una certa ricorrenza nella giurisprudenza anteriore ad Ulpiano proprio ad indicare alcuni dei beni che sarebbero poi confluiti nella categoria marcianea delle *res communes omnium*³¹: questa circostanza potrebbe spingere a ritenere, con Gabrio Lombardi, che la loro emersione sarebbe «frutto di quel medesimo atteggiamento che ha messo accanto alla categoria delle *res publicae* la categoria

²⁷ Sull'opera istituzionale di Marciano e sul passo relativo alla classificazione delle cose da ultimo D. DURSI, *Aelius Marcianus Institutionum Libri I – V*, L'erma di Bretschneider, Roma, 2019, in particolare pp. 153 ss.

²⁸ A. SCHIAVON, *Interdicta 'de locis publicis'*, cit., pp. 112 ss.

²⁹ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardo-classici*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec d.C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze 2-4 maggio 1974*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 95 ss. spec. pp. 208 ss. In senso analogo C. LEPELLEY, *Le nivellement juridique du monde romain à partir du III siècle et la marginalisation des droits locaux*, in *Mélanges de l'École française de Rome (moyen âge)*, 113(2), 2001, pp. 839 ss.

³⁰ M. SARGENTI, *Le 'res' nel diritto del tardo Impero*, in *Labeo*, 40, 1994, pp. 309 ss.

³¹ Mi riferisco in particolare a D.1.8.5 (Gai. 2 *rerum cott.*) pr. *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuiuslibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt*; D.43.8.4 (Scaev. 5 *resp.*) *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur*; D.18.1.51 (Paul. 21 *ad ed.*) *Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

delle *res communes omnium*», ovvero che «è la visione d'insieme che lentamente sale dalla ristretta considerazione del *civis romanus* alla più vasta considerazione dell'uomo»³².

Se questa ricostruzione è convincente, non stupirà allora che la medesima prospettiva di Marciano venga fatta propria dai redattori delle *Institutiones* giustiniane, che proprio dall'opera istituzionale di questo giurista sembrano aver attinto al momento di redigere i primi paragrafi del titolo I «De rerum divisione» del Libro II:

Inst. II.pr-1 *Superiore libro de iure personarum exposuimus: modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. 1. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

Il quadro concettuale emergente da questi passi è però non lineare, a causa del tentativo dei giustiniane di inserire la classificazione marciana all'interno della sistematica gaiana³³: i beni sottratti all'appropriazione privata sono così suddivisi in *res communes omnium iure naturali*, *res universitatis* (come nella trattazione marciana), cui si aggiungono però le *res publicae*, presenti nella classificazione gaiana ma che erano scomparse in quella marciana.

4. *Usus publicus*

La seconda tendenza sistematica che emerge da una rilettura storica della classificazione marciana delle *res* – e in particolare dalla previsione delle *res communes omnium* – è, a mio avviso, quella a generalizzare il profilo dell'*usus publicus* o *communis* quale criterio fondamentale di pubblicità dei beni.

Per approcciarci al profilo dell'*usus* quale determinante nella classificazione e nella definizione della disciplina di taluni beni pubblici, occorre considerare un'altra classificazione delle cose, estratta dall'*incipit* del libro 67 del commentario di Ulpiano all'Editto relativo alla materia interdittale³⁴ e collocato dai compilatori in apertura del titolo 43.1 «De interdictis sive extra ordinariis actionibus, quae pro his competunt».

D.43.1.1.pr. (Ulp. 67 ad ed.) *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. Et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. Divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. De rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. Quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. Quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. Publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. Quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actaque.*

³² G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Giuffrè, Milano, 1946, pp. 52 e 160.

³³ Sugli ascendenti della classificazione delle cose delle Istituzioni di Giustiniano rimane fondamentale la lettura di C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in ID., *Opere*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Hoepli, Milano, 1929, pp. 307 ss., spec. pp. 554.

³⁴ O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, I, Tauchnitz, Leipzig, 1889, col. 800 (Ulp. Pal. 1459).

Questo passaggio appare particolarmente significativo perché in esso viene proposta una classificazione delle cose parametrata sugli oggetti dei diversi tipi di interdetti³⁵: in particolare, gli *interdicta* posti a tutela delle cose di diritto umano vengono suddivisi tra quanti si riferiscono a cose *quae sunt alicuius* e quanti invece a cose *quae sunt nullius*. I primi, poi, vengono ulteriormente distinti tra i rimedi interdittali pertinenti ai beni dei singoli e quelli – *de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis* – pertinenti invece alle *res publicae*. La categoria di beni oggetto della tutela interdittale *de locis publicis* deve però essere ulteriormente precisata alla luce di un altro frammento tratto dal medesimo libro del commentario ulpiano all'Editto³⁶:

D.43.8.2 (Ulp. 67 *ad ed.*) 4. *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. Igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt.* 5. *Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

Ulpiano, nel definire il referente oggettivo della tutela approntata con l'interdetto *ne quid in loco publico fiat* – quello tra gli interdetti *de locis publicis* con il campo applicativo più vasto – limita la sua applicazione alle *res in usu publico*, contrapposte alle *res in patrimonio fisci*.

Emerge così dalla riflessione ulpiana l'esistenza di una categoria di beni pubblici caratterizzata dall'applicabilità di un complesso di rimedi interdittali volti a tutelarne la destinazione all'utilizzo da parte del pubblico, ovvero l'*usus publicus*. Si tratta dunque di beni il cui rapporto di 'appartenenza' alla comunità – adombrato pure da Ulpiano in 43.1.1.pr., nel momento in cui inquadra gli interdetti *de locis publicis* tra quelli posti a tutela di una classe di beni *quae sunt alicuius* – non può essere inquadrato come proprietà (come invece nel caso delle *res in patrimonio fisci*)³⁷, ma piuttosto come l'oggettiva funzionalizzazione della loro disciplina al soddisfacimento degli interessi della comunità³⁸.

³⁵ Significativo parallelo in Paolo D.43.1.2.1 (Paul. 63 *ad ed.*) *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est 'ne quid in loco sacro fiat' vel 'quod factum est restituatur' et 'de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando'. Hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. Publicae utilitatis causa competit interdictum 'ut via publica uti liceat' et 'flumine publico' et 'ne quid fiat in via publica' [...].* Cfr. la collocazione palinogenetica in O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., col. 1080 (Paul. Pal. 745).

³⁶ O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, cit., col. 806 (Ulp. Pal. 1492).

³⁷ Sulla natura privata del *dominium* del *princeps* sul *fiscus* – almeno a partire dall'età diocleziana – rimane fondamentale la lettura di T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II, Hirzel, Leipzig, 1887, pp. 957 ss.; in senso conforme anche F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco*, in *Studi senesi*, 25, 1908 = in ID., *Studi giuridici*, III.1, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 39 ss. e, da ultimo, E. LO CASCIO, *Fiscus principis nostri* ('SC. de Cn. Pisone patre', ll. 54-55): ancora sulla configurazione giuridica del fisco imperiale, in ID., *Il 'princeps' e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Edipuglia, Bari, 2000, pp. 163 ss.

³⁸ È nota la tesi Filippo Vassalli, secondo cui la pubblicità dei beni nell'esperienza giuridica romana sarebbe dipesa sempre meno da profili soggettivi di appartenenza (legati dunque alla natura dell'ente a cui tali beni erano imputabili) e sempre più invece da «un contenuto obiettivo, dato da note di scopo e di regime, più che dalla subiettiva referenza» - così F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le*

È interessante però fin da subito notare come questo complesso di interdetti, frutto peraltro di una stratificazione storica iniziata in epoca assai remota, tuteli una vasta gamma di interessi, sia strettamente individuali che esplicitamente ‘pubblicistici’ collettivi: così, ad esempio, l’interdetto *de loco publico fruendo* poteva essere richiesto da chi avesse una concessione della pubblica autorità ad utilizzare in un certo un luogo pubblico, tutelando così un interesse strettamente soggettivo basato su un titolo analogo a quello proprietario³⁹; altri interdetti invece – e in particolare il *ne quid in loco publico fiat* e il *ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit* – tutelavano l’interesse al mantenimento dello *status quo* dei luoghi pubblici contro modifiche strutturali che potessero sottrarre i *commoda* che il privato potesse legittimamente godere dal suo rapporto peculiare col bene, non in forza di un particolare titolo giuridico legittimante lo sfruttamento del bene ma in virtù del semplice *ius civitatis*⁴⁰; ancora, due coppie di interdetti erano posti a tutela delle condizioni fisiche di utilizzabilità del bene, volti cioè a sanzionare quelle modifiche alla conformazione fisica di *viae* e *flumina* in modo da comprometterne la destinazione al all’uso pubblico (*ne quid in via publica fiat, quo deterius ea fiat* e *ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*)⁴¹. Insomma, ogni tentativo di ravvisare in tale complesso di rimedi una coerente visione di politica del diritto si scontra con la constatazione che si tratta del prodotto di una stratificazione storica - che iniziò con tutta probabilità in epoca antichissima⁴² – in cui ogni massa risponde a una logica differente, strettamente connessa al contesto in cui essa fu elaborata ed inserita nell’Editto⁴³.

res publicae e le res fiscales in diritto romano, in *Studi Senesi*, 25, 1908, pp. 232 ss. = in ID., *Studi giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 3 ss., p. 4. Riflessioni largamente sovrapponibili peraltro già in R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, I-II, in *Revue historique de droit français et étranger*, 12-13, 1888-1889, pp. 497 ss. e 457 ss. = in volume (da cui cito) Larose Forcel, Paris, 1889, pp. 37 ss.

³⁹ I frammenti relativi a questo interdetto sono raccolti nel titolo 43.9 *De loco publico fruendo*. Su questo rimedio si veda P. SANTINI, *Quo minus e lege locationis frui liceat. Contributo allo studio dell’interdictum de loco publico fruendo*, Jovene, Napoli, 2012.

⁴⁰ Il testo dell’interdetto è riportato in D.43.8.2pr. cui segue (fino al paragrafo 19) il relativo commentario ulpiano. Il rimedio è stato di recente oggetto dell’analisi di N. DE MARCO, *I loci pubblici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell’usus, gli strumenti di tutela*, Jovene, Napoli, 2004.

⁴¹ Il contenuto dell’ordine interdittale è contenuto rispettivamente in D.43.8.2.20 e 35 (titolo 43.8 *De viis. Ne quid in via publica fiat, quo deterius ea fiat*) e in D.43.12.1.pr. (tit. 43.12 *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*). Su queste due coppie di rimedi tra gli altri J.M. ALBURQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público*, Dykinson, Madrid, 2002 rispettivamente a pp. 107 ss. e 199 ss.

⁴² La tesi che vede negli interdetti relativi ai *loci publici* i più antichi tra i rimedi di tipo interdittale si fa risalire alla ricostruzione di R. JHERING, *Geist des römischen Rechts aus den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*³, I, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1873, p. 211 = trad. francese di O. DE MEULENAERE, *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, I, Marescq, Paris, 1883, p. 213, ed è stata importata in Italia da C. FADDA, *L’azione popolare. Studio di diritto romano ed attuale I. Parte storica*, Utet, Torino, 1894 (= Roma 1972), p. 326

⁴³ Appaiono dunque a mio avviso non accettabili nella loro radicalità le contrapposte tesi di Gennaro Melillo e Andrea Di Porto, che tendono a ricostruire una complessiva evoluzione del sistema di protezione interdittale dei beni pubblici rispettivamente nel senso di una ‘privatizzazione’ e di una ‘pubblicizzazione’ della tutela: cfr. G. MELILLO, *Interdicta’ e ‘operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia’*, in *Labeo*, 12, 1966, pp. 178 ss. e A. DI PORTO, *La tutela della ‘salubritas’ tra editto e giurisprudenza I. Il ruolo di Labeone*, Giuffrè, Milano, 1990.

In sintesi, si è ipotizzato che la nozione di *usus publicus* si sia storicamente delineata a partire dalla predisposizione di un apparato di rimedi di natura interdittale a tutela di talune *res – viae e flumina – che sarebbe stato inquadrato dalla giurisprudenza come proprium dogmatico di una sotto-categoria di *res publicae*, le *res in usu populi*, opposte alle *res in patrimonio fisci*, appunto in quanto – a differenza di queste ultime – destinatarie di tali rimedi pretori idonei a garantirne il pubblico uso⁴⁴. Come scrive limpidamente Biondi «l'uso pubblico incomincia a prendere consistenza giuridica quando le *leges*, e poi soprattutto il pretore, accordarono tutela giuridica contro ogni turbativa degli stessi singoli. Oltre l'esercizio di qualche mezzo giuridico generalissimo, come l'*actio iniuriarum*, ed i provvedimenti amministrativi della pubblica autorità, abbiamo tutta una lunga e minuziosa serie di interdetti '*publicae utilitatis causa*' (fr. 2.1 D.43.1) [...] Questi interdetti mirano ad assicurare al singolo l'uso della *res publica* conformemente alla sua destinazione contro ogni invasione e menomazione [...] In tal modo l'uso del singolo sulla cosa pubblica viene attratto nell'orbita del diritto»⁴⁵.*

5. *Usus communis*

Rilevava però già Vittorio Scialoja, su un piano generale, che le fonti romane ci testimoniano di uso spesso oscillante dei sintagmi *usus communis* e *usus publicus*, per cui «*publicus* e *communis* possono in molti casi usarsi promiscuamente» nelle fonti, e che «questo fenomeno lessicale deve renderci cauti nell'interpretazione dei testi e indurci a non porre troppo rigorosamente a base dei nostri ragionamenti le parole usate nei testi»⁴⁶. Questa circostanza può essere confermata da una serie di testi in cui l'espressione *usus publicus* o *communis* concorre alla definizione tanto delle *res communes omnium*, quanto delle *res in usu publico* e delle *res publicae iuris gentium*: in tutti questi casi essa serve a segnare la differenza tra queste categorie di beni rispetto ai beni pubblici caratterizzati dalla patrimonialità e così concepiti come proprietà dell'organizzazione pubblica.

D.39.2.24 (Ulp. 81 *ad ed.*) *pr. Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat.*

D.43.8.3.1 (Celsus 39 *dig.*) *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

D. 41.1.14 (Ner. 5 *membr.*) *pr. Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt*⁴⁷.

⁴⁴ Una tale ricostruzione è autorevolmente sostenuta ad esempio in G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 89 ss.

⁴⁵ B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Vita e pensiero, Milano, 1938, p. 563.

⁴⁶ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Anonima romana, Roma, 1933, p. 130.

⁴⁷ Su questa fonte è di recente tornato S. CASTAGNETTI, *Le membranae di Nerazio Prisco. Saggi introduttivi testo traduzione e commento*, Jovene, Napoli, 2021, pp. 228 ss.

Tale uso promiscuo non appare frutto di imprecisione da parte dei giuristi, né segnale di un uso a-tecnico della nozione di *usus publicus/communis*, ma piuttosto il portato di un progressivo allargamento della nozione di *usus publicus* – e dell'apparato interdittale che ne rappresenta il proprio di disciplina – a beni originariamente non compresi nel campo applicativo degli interdetti *de rebus publicis*. Una serie di testi proverebbe infatti che la giurisprudenza romana dell'età del Principato tendeva ad applicare i singoli interdetti originariamente previsti a tutela dei beni che Ulpiano definisce *in usu publico* anche a beni originariamente non ricompresi nell'ambito applicativo dei singoli interdetti, in quanto non riconducibili ad un'appartenenza del *populus romanus* e dunque non facilmente collocabili nella categoria delle *res publicae (in usu populi)*⁴⁸. Tra questi, spiccano tre testi di Ulpiano, in cui è riportato però anche il pensiero di Labeone:

D.43.8.2.8 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.*

D.43.12.1.17 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: 'ne quid in mari inve litore' 'quo portus, statio iterve navigio deterius fiat'.*

D.43.8.2.29 (Ulp. 68 *ad ed.*) *Idem ait, si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re de re ea interdicto uti.*

Fu forse alla luce di questa tendenza nella giurisprudenza immediatamente precedente che Marciano, giurista impregnato della filosofia universalistica della Stoà, ma soprattutto alto funzionario imperiale negli anni in cui *constitutio antoniniana* concedeva la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell'impero, trasse le file di questa evoluzione coniando la categoria delle *res communes omnium*, caratterizzate dalla loro destinazione all'uso da parte di tutti gli abitanti del mondo, ovvero tutti i cittadini dell'impero universale di Roma.

6. *Litora maris*: uso 'ideologico' della categoria delle *res communes omnium*

Come si può vedere da questa sommaria disamina le fonti giuridiche antiche non rimandano, quanto alle categorizzazioni in tema *lato sensu* pubblici, a un quadro concettuale coerente ed univoco.

In primo luogo, le diverse classificazioni di *res* rinvenibili nelle fonti rispondono a logiche e funzioni diverse, dipendendo dal contesto storico in cui vennero ad emersione nonché alla peculiare sensibilità dei giuristi che vi misero mano: il manuale didattico di Gaio – finalizzato a fornire un quadro sistematico basato sull'applicazione della tecnica della diairesi; l'opera istituzionale di Marciano – giurista imbevuto di filosofia stoica⁴⁹ e

⁴⁸ Ho provato a sostenere questa posizione in A. SCHIAVON, *Interdicta 'de locis publicis'*, cit., pp. 126 ss.

⁴⁹ Sottolinea con enfasi la sensibilità filosofica di Marciano – con particolare riguardo alla enucleazione della categoria delle *res communes omnium* – il filone di studi inaugurato dai lavori di A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, in *Festgabe Dernburg*, Müller, Berlin, 1900 e P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie in Privatrecht*, I, Niemeyer, Halle, 1902, pp. 43 ss. Sull'insufficienza di questa prospettiva per leggere la classificazione marcianea delle cose rinvio a A. SCHIAVON, *Interdicta 'de locis publicis'*, cit., pp. 120 ss.

vicino agli ambienti della cancelleria imperiale⁵⁰; le *Institutiones* imperiali aventi valore di legge; il commentario di Ulpiano alla materia interdittale contenuta nell'Editto del Pretore.

In secondo luogo, anche restringendo lo sguardo alla categoria di quei beni che, come i beni comuni della proposta Rodotà, sfuggono ad una ricostruzione in chiave patrimoniale e proprietaria perché definiti dalla loro funzionalizzazione al soddisfacimento di interesse collettivi (in particolare *res in usu publico* e *res communes omnium*), bisogna osservare che il complesso degli interdetti posti a tutela dell'*usus publicus* e *communis* di quei beni rappresenta un insieme eterogeneo di rimedi aventi finalità e caratteristiche tecnico-giuridiche differenti.

Infine, uno statuto particolarmente sfuggente appare quello delle *res communes omnium*. Le fonti in effetti forniscono spunti per certi contrastanti relativamente alla loro disciplina tipica – che appare caratterizzata talvolta dalla possibilità di appropriabilità *pro parte*⁵¹, talaltra dalla sottrazione radicale a qualsiasi rapporto di tipo proprietario.

Questo rende a mio avviso molto difficile appellarsi all'esperienza romana *de iure condendo*, al fine cioè di trovarvi la soluzione a dei problemi – come quello della tutela dell'accesso a risorse aventi le caratteristiche di *common goods* – tipici della contemporaneità⁵².

Eppure, di fronte all'esigenza di trovare forme di disciplina innovative per regolare fenomeni nuovi e sfidanti, talvolta si ripropone la tendenza a cercare in un diritto romano 'sacralizzato', percepito ancora (nonostante i profondi rivolgimenti metodologici che ha attraversato la romanistica degli ultimi due secoli) come *ratio scripta* e come modello autoritativo.

La categoria delle *res communes omnium*, del resto, si presta molto facilmente a operazioni di questo genere, trattandosi di una nozione giuridica vaga – dal momento che nelle fonti non è mai esplicitata la sua disciplina, che va invece inferita da un'analisi esegetica che riposa ovviamente su un certo grado di incertezza – e al contempo intrisa di implicazioni filosofiche e politiche.

La storia giuridica medievale e moderna ci fornisce due esempi molto chiari di utilizzo 'politico' delle categorie romane in tema di beni pubblici che confermano – *a contrario* – come si tratti di un ambito in cui occorre muoversi con particolare cautela. Si

⁵⁰ Come emerge tra l'altro dalle ricerche di T. HONORÉ, *Emperors and lawyers*², Oxford University Press, Oxford, 1994, spec. p. 94.

⁵¹ Questo profilo appare ancora alla maggioranza degli studiosi il *proprium* distintivo della disciplina delle *res communes omnium*: così i classici ma risalenti lavori di G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Annali triestini di economia diritto e politica, Trieste, 1941, pp. 205 ss.; G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Giappichelli, Torino, 1941, pp. 29 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, cit., 76 ss.; A. DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi urbinati*, 31, 1962-1963, pp. 239 ss., spec. pp. 287 ss. Accettano questa ricostruzione più di recente tra gli altri C. BALDUS, *Iure gentium adquirere. Una duplex interpretatio in tema di acquisto della proprietà a titolo originario*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 9-10, 1997-1998, pp. 103 ss., 111 ss. e D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit. Ho esposto le ragioni che mi spingono a non aderire in pieno a questa opinione in A. SCHIAVON, *Interdicta 'de locis publicis'*, cit., pp. 120 ss.

⁵² In questa direzione si muove invece M. FALCON, *Res communes omnium e diritto dell'outer space. Contributo al dialogo sulla 'Roman space law'*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 12, 2019 (tema poi ripreso in *Alcune considerazioni intorno alla 'Roman space law'*, in M. FALCON (a cura di), *A New Thinking About 'Res'. Roman Taxonomies in the Future of Goods. Palazzo del Bo - Padova 21 luglio 2021, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, pp. 69 ss.*).

tratta di due brani – elaborati a distanza di tre secoli di distanza, dunque in contesti metodologici completamente differenti – relativi alla condizione giuridica del mare e le sue rive e, più in particolare, delle parti di essi di cui qualcuno si impossessi.

Il primo è tratto dal commentario di Baldo degli Ubaldi, giurista della seconda metà del XIV secolo il quale, glossando un passo delle Istituzioni di Marciano contenuto in D.1.8.6, giustifica il diritto della Repubblica di Venezia di avere la proprietà sulla propria città contro la pretesa imperiale alla spettanza di tutto ciò che venga costruito su suolo pubblico⁵³, affermando che ciò che viene costruito sul mare in virtù del *ius gentium* è di proprietà dell'edificante⁵⁴:

*Circa aedificia quaero numquid sit licitum aedificare in mari sicut in littore? et dico quod sic eadem ratione et ita Veneti faciunt, qui sunt fundati in mari et de iure gentium civitates in mari aedificatae sunt ipsorum qui aedificant [...] Hac ratione Veneti praetendunt libertatem, quia non aedificaverunt in solo alicuius caeterum, qui in solo iurisdictionali alicuius aedificat illius efficit.*⁵⁵

Una linea argomentativa del tutto analoga sarà fatta propria, due secoli più tardi, dal giurista Tommaso Diplovatazio il quale nel suo *Tractatus de Venetae urbis libertate et eiusdem imperii dignitate et privilegiis*⁵⁶ riprenderà esplicitamente l'opinione di Baldo, sostenendo che *de iure gentium civitates in mari edificate sunt ipsorum qui edificaverunt [...] ex hac ratione Veneti pretendunt libertatem, quia non edificaverunt in solo alicuius [...] Ecce ergo quod Baldus in specie tangit istum articulum et concludit quod Veneti sunt liberi*⁵⁷.

Il secondo passo è invece tratto dal celebre trattato *Mare liberum* di Ugo Grozio – composto dal filosofo e giurista olandese in difesa della libertà di utilizzo dei mari (specialmente da parte della Compagnia olandese delle Indie), contro ogni rivendicazione di monopolio di stampo proprietario:⁵⁸

⁵³ Su cui in generale U. PETRONIO, *Civitas Venetiarum est edificata in mari*, in *Studi veneti offerti a Gaetano Cozzzi*, Il cardo, Vicenza, 1992, pp. 171 ss.

⁵⁴ Su questo brano si vedano E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Zanichelli, Bologna, 1919, p. 353; N. CHARBONNEL-M. MORABITO, *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 65, 1987, pp. 23 ss., p. 40; R. PERRUSO, *The Development of the Doctrine of Res Communes in Medieval and Early Modern Europe*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 70 (1-2), 2002, pp. 69 ss. spec. 81. È tornato di recente su questa fonte – inquadrandola nella più generale riflessione di Baldo sul rapporto tra autorità universali e poteri locali – D. FEDELE, *The Medieval Foundations of International Law Baldus de Ubaldis (1327–1400), Doctrine and Practice of the Ius Gentium*, Brill, Leiden, 2021, pp. 32 ss.

⁵⁵ BALDUS UBALDI, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Apud Iuntas, Venetiis, 1577, c. 45.

⁵⁶ Composto in un torno di anni precedenti al 1522 e oggi consultabile in appendice al già ricordato U. PETRONIO, *Civitas Venetiarum est edificata in mari*, cit., pp. 179 ss.

⁵⁷ Interessanti osservazioni in A. MAZZACANE, *Lo stato e il dominio nei giuristi veneti durante il secolo della terraferma*, in *Storia della cultura veneta 3. Dal primo Quattrocento al concilio di Trento*, I, Neri Pozza, Vicenza, 1980, pp. 577 ss., spec. 622 ss. e in G. PURPURA, *Varia de iure maris*, in G. D'ANGELO-M. DE SIMONE-M. VARVARO (a cura di), *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 219 ss. spec. 232 s.

⁵⁸ Sull'utilizzo delle fonti romane da parte di Grozio con particolare riferimento alla teoria delle *res communes omnium* si veda M. SCHERMAIER, *Res Communes Omnium: The History of an Idea from Greek*

H. Grotius, *Mare liberum*, Caput 5: *Recte igitur Cicero: 'quid tam COMMUNE quam Mare fluctuantibus, LITVS eiectis'? Etiam Vergilius auram, undam, litus cunctis patere dicit. Haec igitur sunt illa quae Romani vocant communia omnium iure naturali aut quod idem esse diximus, publica iuris gentium, sicut et usum eorum modo communem, modo publicum vocant. Quamquam vero etiam ea nullius esse, quod ad proprietatem attinet, recte dicantur, multum tamen differunt ab his quae nullius sunt, et communi usui attributa non sunt, ut ferae, pisces, aves; nam ista si quis occupet, in ius proprium transire possunt, illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quam a te mihi quod meum est.*⁵⁹

In questo brano Grozio accomuna *res communes* e *res publicae iuris gentium, usus publicus e communis*, per escludere che gli individui (o gli Stati) abbiano il diritto di impossessarsi e di divenire legittimi proprietari di parti di quei beni lasciati alla condivisione della comunità umana.

In entrambi i brani gli autori fanno appello alle fonti romane come argomento autoritativo per fondare e giustificare le proprie posizioni. In entrambi i casi, peraltro, emerge con chiarezza il risvolto spiccatamente politico di tali prese di posizione – volte a dare una legittimazione sul piano giuridico alle rivendicazioni delle due Repubbliche. Epperò i due autori giungono a conclusioni diametralmente opposte circa lo statuto giuridico delle parti di mare e rive di cui qualcuno si impadronisca: entrambi concordano – sulla scorta delle fonti romane – che il mare non sia proprietà di nessuno, ma Baldo trae da ciò la conclusione che l'appropriazione di parte di esso comporti l'acquisto di proprietà da parte su di esso; Grozio, al contrario, nega categoricamente una tale conseguenza a partire dall'osservazione che *totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum*.

Come si desume da questi esempi, la tentazione di utilizzare le fonti romane in tema di *res communes* per giustificare specifiche soluzioni a problemi contemporanei non è nuovo – né necessariamente biasimevole, purché l'operazione sia sempre sottoposta a un severo vaglio delle fonti.

Philosophy to Grotian Jurisprudence, in *Grotiana*, 30, 2009, pp. 20-48; nonché M. FIORENTINI, *Mare libero e mare chiuso. Su alcuni presupposti romanistica dei rapporti internazionali nei secoli XVI-XVIII*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamasca*, Jovene, Napoli, 2002, p. 325. In generale sull'uso delle fonti romane da parte del giusnaturalista olandese si veda B. STRAUMANN, *Hugo Grotius und die Antike. Römisches Recht und römische Ethik im frühneuzeitlichen Naturrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2007 e la successiva edizione rivista in lingua inglese *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

⁵⁹ Per la ricostruzione del testo groziano ho consultato la recente edizione con traduzione in *Mare liberum*, a cura di F. Izzo, Liguori, Napoli, 2007, p. 59, basata sul testo latino rivisto dallo stesso Grozio per l'edizione lionese del 1633, laddove essa è raccolta assieme ad altre opere groziane (cfr. *Hugo Grotius De mare libero et P. Merula de maribus*, Elzeviriana, Lugduni, 1633, pp. 1 ss.).

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
