Aldo Dell'Oro

LE *RES COMMUNES OMNIUM* DELL'ELENCO DI MARCIANO E IL PROBLEMA DEL LORO FONDAMENTO GIURIDICO

I. La categoria delle res communes omnium

1. *L'enunciazione di Marciano.*

Le *res communes omnium* sono elencate per la prima volta in opere giurisprudenziali da Marciano nel III libro delle sue *Institutiones* in un passo riportatoci nel Digesto (1. 8. 2 pr. e 1):

> *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedem nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquirunt. 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens et mare et per hoc litora maris.*

L'elenco è riferito nello stesso ordine con quasi le stesse parole da Giustiniano nella *Institutiones* (2. 1 pr. e 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 adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. 1. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris.*

Nelle intenzioni del giurista l'elenco vuole rappresentare una partizione di cose che assurge a categoria giuridica: difatti Marciano, dopo aver precisato il principio generale che la governa (« *Quaedam naturali iure communia sunt omnium* »), la differenzia dalle *res universitatis* e dalle *res nullius*.

È stato discusso se il passo genuino di Marciano sia quello

riportato dal Digesto o quello ripreso dalle *Institutiones* giustinianee particolarmente in ordine alla mancanza nella classificazione del frammento del Digesto della menzione delle *res publicae*, invece accolte e poste subito dopo le *res communes omnium* in quella delle *Institutiones* giustinianee.

Fondandosi sull'origine marcianea del passo delle Pandette vari autori, particolarmente fra gli antichi (1), avevano ritenuto che le *Institutiones* di Marciano non contemplassero nel catalogo delle cose le *res publicae* ed avevano quindi considerato insiticie le parole *quaedam publica* anche nelle *Institutiones* giustinianee, le quali, evidentemente, avrebbero dovuto essersi rifatte a quelle marcianee (2); ma, siccome l'elenco delle *res communes omnium* tracciato da Marciano è specifico, contemplando fra esse solo *aër*, *aqua profluens*, *mare* e *litora maris*, mentre più oltre nello stesso libro III delle *Institutiones* (D. 1. 8. 4. 1) lo stesso giurista dichiara

sed flumina paene omnia et portus publica sunt,

è chiaro che egli conosceva la categoria delle *res publicae* distinta da quella delle *res communes omnium* (3) e che di conseguenza il passo delle *Institutiones* di Giustiniano appare riportare la

(1) Così NOODT *ad lib. I, 8 de r. div.* in *Opera*, Napoli 1787, I, p. 43, che dichiara: « *apparet res communes et publicas iure naturali aut gentium esse easdem* » e di conseguenza propone di correggere il testo delle *Institutiones* (2. 1 pr.) « *quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica...* » in « *quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quae eadem publica* ». V. anche FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, II, 1929, p. 354 che ritiene interpolate le parole *quaedam publica*: in tal senso anche MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Riv. ital. sc. giurid.* 62, 1919, p. 167 e VASSALLI, *Premesse storiche*, in *Studi giuridici*, II, Roma 1939, p. 26, secondo il quale Marciano avrebbe nel testo originale compreso le *res publicae* fra le *res nullius*.

(2) In particolare su questo FERRINI, *op. cit.*, p. 314 sgg.

(3) BONFANTE, *Corso di diritto romano*: *II La proprietà*, I, Roma 1926, p. 50, suppone che Marciano non considerasse la categoria delle *res publicae*, ma comprendesse delle cose normalmente rientranti in tale categoria quelle da alcuni giuristi chiamate *res publicae iuris gentium*, e cioè in sostanza le acque, nelle *res communes omnium* e le altre nella categoria autonoma, da lui introdotta, delle *res universitatis*.

classificazione più corretta e certo quindi genuina ([4]). Perchè le parole *quaedam publica* non siano rimaste nel frammento del Digesto è disputato: in genere si pensa che esse siano cadute per svista di amanuense ([5]), ma non manca chi ([6]) ritiene che esse siano state volutamente soppresse nel Digesto ad opera dei compilatori giustinianei, i quali avrebbero così rispecchiato la tendenza dell'età bizantina a confondere le *res publicae* con le *res communes*, tanto più poi che in generale le Istituzioni sono composte da materiale che ha subito da parte degli stessi giustinianei minori manipolazioni ([7]).

In genere si sostiene che la categoria delle *res communes omnium* non ha nè capo nè coda ([8]), rispondendo al più ad esigenze della speculazione filosofica o filosofeggiante ([9]), il cui esponente fra i giuristi romani sarebbe appunto Marciano ([10]), o, nonostante qualche giustificazione nell'ordinamento giuridico, essa è ad ogni modo in qualche suo elemento obiettivamente infondata e giuridicamente irrilevante ([11]).

Ora, se vogliamo risolvere la questione che viene così proposta, dobbiamo prima di tutto considerare quale sia stato il processo di formazione della categoria marcianea, osservando

---

([4]) Così BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Annali Triestini di dir. econ. e polit.*, 1941, p. 240, che ricorda come in genere le *Institutiones* di Giustiniano siano più genuine del Digesto: nello stesso senso, fra gli altri, LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946, p. 34.

([5]) GROSSO, *Le cose*, Torino 1941, p. 93; SCHERILLO, *Le cose*, I, Milano 1945, p. 71; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 94, n. 1.

([6]) BRANCA, *op. cit.*, p. 241.

([7]) FERRINI, *Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano*, in *Opere*, II, cit., pag. 278 sgg. e BRANCA, *op. cit.*, p. 240.

([8]) Così letteralmente MOMMSEN, *Nuovo esemplare dell'edictum de accusationibus di Costantino*, in *B.I.D.R.*, II, 1889, p. 131, cui aderiscono PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, in *Festg. f. H. Dernburg*, Berlin 1900, p. 5 e n. 9; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma 1928, p. 598 e ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, p. 171.

([9]) BONFANTE, *op. cit.*, p. 45-46 e 65; SCHERILLO, *op. cit.*, p. 85 e VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, p. 277-278.

([10]) PERNICE, *op. cit.*, p. 8 sgg. e BONFANTE, *op. cit.*, p. 46.

([11]) GROSSO, *op. cit.*, p. 112; BRANCA, *op. cit.*, p. 238 sgg. e SCHERILLO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Milano 1962, p. 299 sgg.

i riferimenti e le connessioni ad essa relative nella storia della giurisprudenza anteriore, senza trascurare le eventuali suggestioni della pratica rivelateci dalla letteratura.

2. *La formazione della categoria delle* res communes omnium.

Plauto, che riproduce normalmente le convinzioni popolari e certo il modo di sentire dei suoi contemporanei, nel *Rudens* dichiara ([1]):

mare quidem commune certost omnibus (4. 3. 35),

ribadendo:

in mari inventast communi (4. 3. 38)

e

dicant in mari communi captost (4. 3. 42),

e così mostra come fosse opinione corrente l'esser il mare indubbiamente *commune* ([2]).

Cicerone (*Pro Roscio* 26) esclama:

Quid tam est commune quam spiritus vivis... mare fluctuantibus, litus eiectis? ([3])

e Ovidio (*Metamorphosis* 6. 349):

Quid prohibetis aquis? usus communis aquarum est
Nec solem proprium natura nec aëra fecit

([1]) V. COSTA, *Il diritto romano nelle commedie di Plauto*, Torino 180, p. 241.

([2]) Secondo COSTA, *op. cit.*, p. 238 per Plauto *commune* è ciò che è di tutti i membri dell'umano consorzio, anche all'infuori degli appartenenti a un determinato organismo politico: così il mare, l'aria, la luce; PEROZZI, *op. cit.*, p. 598, ritiene che Plauto in questa concezione espressa nel *Rudens* si sia ispirato a modelli greci.

([3]) Cfr. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, in *Mem. Accad. Sc. Istit. Bologna, Cl. sc. mor., sez. sc. giurid.*, X, p. 15 sgg.; frutto di retorica ritiene il passo PEROZZI, *l. cit.* Può anche ricordarsi che Cicerone nel *de officiis* (1. 16) scrive *... sunt illa communia non prohibere aqua profluente*, ma ai nostri fini il valore di questa affermazione è molto attenuata dalla considerazione che fra *illa communia* è anche *consilium fidele deliberanti dare.*

Nec tenues undas, ad publica munera veni (4)

e più oltre (8. 187)

Omnia possideat, non possidet aëra: Minos.

Virgilio (*Aeneidos* 7. 229) dice poi:

... litusque rogamus
innocuum et cunctis undamque auramque patentem.

E infine Seneca (*De beneficiis* 4. 28) afferma:

Commune bonum... patere commercium maris.

Questi passi (5) in modo del tutto atecnico mostrano come l'*aër*, il *mare*, i *litora maris* e, sia pure in forma un po' vaga, l'*aqua*, e cioè tutti quegli elementi che poi Marciano accoglierà nella categoria delle *res communes omnium*, sono considerati entità, che saranno poi considerate *res communes omnium*, da parte di tutti gli uomini: questi riferimenti di autori classici provano, se non altro, l'esistenza di una tradizione largamente diffusa, che giustifica quindi l'attenzione verso quelle particolari entità, che saranno poi considerate *res communes omnium*, da parte dei giuristi. Quanto a questi, prima di Marciano usano l'indicazione di *communis* al riguardo di oggetti inclusi poi nella categoria marcianea soltanto Celso e Ulpiano.

Celso nel l. 39° dei *Digesta* (D. 43. 8. 3. 1) afferma che:

Maris communem usum omnibrs hominibus, ut aëris,
iactasque in id pilas eius esse qui iecerit.

È fuor di dubbio che qua non si parla nè del mare nè dell'aria come di *res communes*, ma piuttosto che se ne dichiara comune l'uso: a maggior ragione è pacifico che da questo passo non si può dedurre che Celso considerasse le *res communes*

---

(4) Cfr. COSTA, *Le acque etc.*, cit., p. 95, n. 3 e SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma 1928, p. 131.

(5) Su di essi soprattutto SCIALOJA, *op. cit.*, p. 131.

omnium come categoria autonoma; tuttavia egli finiva con il richiamarsi al concetto già enunciato dalla tradizione corrente in letteratura e potè quindi, in ordine al *mare* e all'*aër* ([6]), fornire il primo spunto per l'introduzione nel campo giuridico della categoria delle *res communes omnium* ([7]).

Più tardi Ulpiano nel l. 57° *ad Edictum* (D. 47. 10. 13. 7) scrisse:

> *... Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicut aër, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi.*

Questo passo è stato ritenuto interpolato per la frase

> *et quidem mare commune omnium est et litora, sicut aër...,*

in quanto si è affermato che in essa viene espresso il pensiero giustinianeo in relazione con condizioni di vita e di diritto appartenenti a quel momento ([8]): questa giustificazione non è stata ritenuta decisiva, perchè è stato obbiettato che l'interpolazione al più dimostrerebbe che il concetto di *res communes* è esaltato da Giustiniano, non escludendosi però che esso già apparisse nell'ultimo periodo della giurisprudenza ([9]). Si è quindi proposto ([10]) che l'interpolazione venga limitata all'inciso

> *et litora sicuti aër*

che tarda e turba la vera risposta alla questione (*et est saepissime rescriptum etc.*).

([6]) Sempre che non si ritenga l'inciso *ut aëris* interpolato, come avvisano ALBERTARIO, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici*, in *B.I.D.R.*, XXXVIII, 1930, ripubbl. in *Studi di diritto romano*, II, 1941, p. 84; BONFANTE, *op. cit.*, p. 47 e LOMBARDI, *op. cit.*, p. 99.

([7]) Così SCHERILLO, *Le cose*, cit., p. 78.

([8]) COSTA, *Le acque etc.*, cit., p. 111 e PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 596, n. 1.

([9]) BONFANTE, *op. cit.*, p. 64.

([10]) BONFANTE, *op. cit.*, p. 64, n. 2.

Si è ancora limitata ([11]) come sicura l'interpolazione ad

et litora,

soprattutto perchè la forma singolare del verbo sembra riferirsi solo al *mare* e non anche ai *litora.*

Lasciando per ora ogni discussione sulla reale sussistenza dell'interpolazione supposta, notiamo che nel passo, quale è riportato dalla compilazione, appaiono ravvicinati come *communia omnium* il *mare*, i *litora* e l'*aër*, cioè ben tre delle quattro *res communes* indicate da Marciano; potrebbe quindi credersi che Marciano sia giunto a costruire la sua categoria sul fondamento della suggestione fornitagli in questo passo da Ulpiano ([12]).

Si deve anche aggiungere che, dopo Marciano e prima di Giustiniano, un erudito non sfornito di nozioni giuridiche ([13]) come Servio dichiara nel suo Commento all'Eneide (1. 540):

litus... commune omnibus,

così provando che la classificazione marcianea continuava a trovare rispondenza nella concezione comune, la quale perciò facilitava la sua recezione da parte di Giustiniano.

3. *Res publicae iuris gentium e res communes omnium.*

([11]) BRANCA, *op. cit.*, p. 232; SCHERILLO, *op. cit.*, p. 83 e LOMBARDI, *op. cit.*, p. 104.

([12]) Cfr. GROSSO, *op. cit.*, p. 94 e SCHERILLO, *op. cit.*, p. 83-84; LENEL, *Paling. iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, p. 421, n. 2, dà per probabile che anche i libri successivi al 50° del Commento all'Editto di Ulpiano siano stati scritti vivente Caracalla, mentre (*op. cit.*, I, p. 639, n. 1) afferma che tutte le opere di Marciano sono state redatte dopo la morte di quel principe: argomenti del tutto probanti al riguardo di quest'ultima affermazione sono recati da FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, in *Opere*, II, Milano 1929, p. 286-287, secondo il quale (p. 287) non si deve escludere che la data delle Istituzioni marcianee sia da porre all'epoca di Alessandro Severo.

([13]) V. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 131.

Sia le Istituzioni di Marciano sia quelle di Giustiniano, con l'impiego quasi delle stesse parole, dichiarano che la categoria delle *res communes omnium* si fonda sul *ius naturale*, ma richiamano anche, in proposito, il *ius gentium*, come si deduce dai testi di D. 1. 8. 4 pr.:

> *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur* ([1]), *quia non sunt iuris gentium sicut* ([2]) *et mare* ([3]).

e di I. 2. 1. 1.:

> *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

Ora nella giurisprudenza anteriore ad Ulpiano era stata elaborata la categoria delle *res publicae iuris gentium* ([4]).

Il primo giurista a parlare di *res publicae iuris gentium* fu Gaio, sempre che a lui veramente si riconosca la paternità,

---

([1]) Per LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 78, n. 3 l'inciso *dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur* è probabilmente non genuino.

([2]) Secondo HUSCHKE, *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, in *Z.S.S.*, 9, 1888, p. 339 fra *sicut* e *et mare* deve inserirsi *litus*.

([3]) BESELER, *Beiträge zur Kritik d. röm. Rechtsquellen*, Tübingen, 1910, p. 3, in base all'osservazione che la frase *quia non sunt iuris gentium sicut et mare* ricorre identica nelle Istituzioni di Giustiniano, la ritiene glossa postclassica; PEROZZI, *Istituz.*, cit., p. 600, rileva non poter una cosa esser *iuris gentium* e il rescritto di Antonino Pio, cui la decisione è attribuita nel seguito del passo (*idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit*), contenere la frase introdotta dal *quia*; GROSSO, *Le cose*, cit., p. 129, n. 1, riferisce la proposizione ai giustinianei, i quali la avrebbero tratta da una commistione fra testi di Gaio e di Marciano, che non poteva averla scritta in quanto seguiva altri concetti; LOMBARDI, *Ricerche*, cit., p. 78 e *Sul concetto di ius gentium*, Roma 1947, p. 255, trova discordante che Marciano prima (D. 1. 8. 2. 1) parlasse di *naturali iure commune omnium* e poi di *iuris gentium* e che nel frammento in parola prima impostasse il problema sul *litus maris* per poi concludere con il *mare*. BRANCA, *op. cit.*, p. 242 e ivi n. 3 invece considera il passo genuino, considerando che le *res communes omnium* sono *iuris gentium*, appartenendo a tutti sopra ogni barriera di stati e traendo nel contempo la loro origine da una norma di *ius naturale*.

([4]) Su questo problema v. in particolare LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius*

almeno originaria, delle *res cottidianae* ([5]); difatti da quest'opera (libro secondo) è stato inserito un frammento nel Digesto (1. 8. 5 pr. e 1) che porta:

> *Riparum usus publicus est iure gentium* ([6]) *sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere* ([7]), *onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas* ([8]) *illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt. In mare piscantibus* ([9]) *liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant.*

Questo passo è riprodotto dalla *Institutiones* di Giustiniano ai luoghi 2, 1, 4-5 con una versione che è certo più vicina all'originaria ([9]):

> *Riparum quoque usus publicus est iuris gentium* ([10]), *sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, fu-*

gentium, cit., p. 51 sgg., che intende dimostrare che la categoria delle *res publicae iuris gentium* è opera dei compilatori: tale tesi è controbattuta da Branca, *Ancora sulle res publicae iuris gentium*, in *Studi Redenti*, I, 1951, p. 179 sgg.

([5]) Sul carattere delle *res cottidianae* e sul loro rapporto con le *Institutiones* dello stesso Gaio v. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, II, cit., p. 314, 315. Che i materiali di cui sono costituite le *res cottinianae* siano in definitiva gaiani non dubita Scherillo, *Le cose*, cit., p. 79 e nello stesso ordine di idee è anche Branca, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 6-21-59 etc. e particolarmente *Ancora sulle res publicae etc.*, cit., p. 181; cfr. anche Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1945, p. 22 sgg. Sul problema della composizione dell'opera v. Schulz, *History of roman legal science*, Oxford 1946, p. 167-168.

([6]) Lombardi, *Ricerche etc.*, cit., p. 81 coerentemente con la sua concezione espunge *iure gentium*.

([7]) *Retia siccare et ex mare reducere* è reputata qui non pertinente da Huschke, *op. cit.*, p. 339, perchè prima il testo si riferisce alle *ripae fluminis*, per cui tale locuzione andrebbe meglio posta alla fine del passo: per l'eliminazione delle parole da *retia* a *reducere* è anche Branca, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 29.

([8]) Lombardi, *Ricerche*, cit., p. 81 inserisce a questo punto *earum*.

([9]) Branca, *op. cit.*, p. 6 elimina *in mare piscantibus*, dichiarando queste parole universalmente considerate corrotte; Lombardi, *op. cit.*, p. 82 le ritiene genuine.

nes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt. 5. *Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere. Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena.*

Si trova ancora riferita la qualifica di *publicus iuris gentium* in altro passo del libro II delle *res cottidianae* (D. 41. 1. 7. 5):

... novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium... ([11]).

È vero che è comunemente seguita l'opinione che le *res cottidianae* non risalgano a Gaio e che in particolare vi sia un contrasto tra *Institutiones* gaiane e *res cottidianae* ([12]), ma è anche stato rilevato che il materiale costituente quest'ultimo scritto è in definitiva gaiano e che non si può escludere che talvolta esse rappresentino il pensiero di Gaio in una sua più recente meditazione ([13]).

Sicuramente poi a parlare di *ius gentium* in relazione ad una delle *res* che in seguito saranno accolte nella categoria delle

---

([10]) Cfr. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 74, n. 1.

([11]) LOMBARDI, *op. cit.*, p. 81 trova significativo che qua, a differenza del corrispondente passo del Digesto, si abbia *iuris gentium* invece che *iure gentium*, ricavandone l'impressione che nel passo delle *res cottidianae iure gentium* sia intruso.

([12]) Cfr. LOMBARDI, *Sul cincetto di ius gentium*, cit., p. 264, n. 1, e la bibliografia *ivi* citata: v. anche dello stesso *Ricerche*, cit., p. 54 e 80.

([13]) Così SCHERILLO, *Le cose*, cit., p. 79 e in sostanza BRANCA, *op. cit.*, p. 6, 21, 59 etc. che cita numerose volte passi delle *res cottidianae* come indici del pensiero di Gaio, come rileva con stupore LOMBARDI, *Ricerche etc.*, p. 55, n. 2, cui BRANCA, *Ancora sulle res publicae i. g.*, cit., p. 181, replica vivacemente.

res communes omnium troviamo Scevola ([14]): infatti D. 43. 8. 4 porta:

> *Scaevola libro quinto responsorum. Respondit in litore iure gentium* ([15]) *aedificare* ([16]) *licere, nisi usus publicus impediretur.*

Papiniano nel libro X *responsorum* (in D. 41. 4. 45. pr.) scrive:

> *Praescriptio longae possessionis ad optinenda loca iuris gentium* ([17]) *publica concedi non solet* ([18]). *Quod ita procedit, si quis, aedificio funditus diruto quod in litore posuerat aut dereliquerat aedificium* ([19]) *alterius postea eodem loco extructo, occupantis* ([20]) *datam exceptionem opponat, vel si quis, quod in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure prohibeat* ([21]).

([14]) In generale su questa citazione v. LOMBARDI, *Sul concetto etc.*, cit., p. 153.

([15]) LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 55 elimina al solito *iure gentium*.

([16]) LOMBARDI, *op. cit., l. cit.*, inserisce *non*.

([17]) La chiusa introdotta da *nisi* è ritenuta aggiunta compilatoria da COSTA, *Le acque etc.*, cit., p. 105, n. 1, da MAROI, *op. cit.*, p. 164 e da LOMBARDI, *op. cit.*, p. 55-56; BONFANTE, *op. cit.*, p. 55, BRANCA, *op. cit.*, p. 93, n. 1 e 222 e SCHERILLO, *op. cit.*, p. 79 la considerano genuina.

([18]) BESELER, *Beiträge etc.*, cit., p. 170 e PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 599, n 1, 682, n. 3.

([19]) LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 64 sgg., seguendo una cauta supposizione di GROSSO, *Le cose*, cit., p. 155, n. 1, suppone interamente giustinianea tutta la prima frase da *praescriptio* a *solet*, ritenendo che Papiniano non potesse in epoca classica riferirsi alla *longi temporis praescriptio*: contro tale soluzione è decisamente BRANCA, *Ancora sulle res publicae etc.*, cit., p. 188 sgg.

([20]) SCIALOJA, seguendo Aloandro, nel *Dig. Mil. ad h. l.* propone *et deliquerat, aedificio* in luogo di *aut dereliquerat aedificium*; SCHERILLO, *op. cit.*, p. 80, n. 1, dubita che queste parole siano frutto di glossema.

([21]) BERGER, *In tema di derelizione*, in *B.I.D.R.*, 32, 1922, p. 134, dichiara scorrettissimo il passo da *quod ita* alla fine; PEROZZI, *Istituzioni etc.*, cit., p. 682, n. 3, è dell'opinione che la frase introdotta da *vel si quis* sia stata ricavata dai giustinianei dal passo di Marciano di D. XLIV, 3, 7 (1. III *instit.*): *Si quisquam in fluminis publici deverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure uti prohibet*; BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 64, dichiarando il

Qua Papiniano include fra le *res publicae iuris gentium* il lido del mare e i fiumi e questi ultimi poi non compariranno nella ripartizione marcianea ([22]).

Ma il giurista, che in ordine alle *res publicae iuris gentium* arriva ad una formulazione in qualche modo generale, è Paolo, che nel XXXIII libro *ad Edictum* (D. 18. 1. 34. 1) afferma:

> *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel* ([23]) *gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*

Lo stesso Paolo nel l. XXI della stessa opera (D. 18. 1. 15) reca:

> *Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant* ([24]): *nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra, itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant,*

---

prohibet di questo passo compilatorio, afferma l'alterazione di questo e la genuinità sostanziale del testo di Papiniano.

([22]) Questo passo ha permesso a BRANCA, p. 113 sgg e *Ancora sulle res publicae etc.*, p. 179 di vedere in Papiniano l'ultimo seguace di una dottrina sabiniana, che tendeva alla formazione della categoria delle *res publicae iuris gentium*.

([23]) BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, p. 230 elimina *natura vel*, non perchè ritenga la dicotomia *ius naturale* - *ius gentium* postclassica, ma perchè il passo in esame contrasta con l'altro tratto da Paolo di D. 18. 1. 51, che egli ritiene genuino. V. le interpolazioni anche segnalate da altri in LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 52 sgg., che presume, dall'espressione *mores civitatis* in luogo di *ius civile*, che originariamente nel passo si parlasse genericamente di *natura* invece di *ius naturale* o di *ius gentium*.

([24]) PEROZZI, *op. cit.*, p. 599, n. 1, dichiara insiticio l'inciso retto da *quia*, ritenendo contradditoria l'affermazione ivi contenuta che i *litora* sono *nullius* con la posizione di essi alla fine del passo fra le *viae publicae* e i *loca publica*: egli però, prima, nello stesso lavoro (p. 97, n. 1), si fonda su questo testo per riferire al *iut gentium* il principio che *litora omnibus vacant*: anche LOMBARDI, *op. cit.*, n. 72 considera l'inciso giustinianeo senza però poter apportare particolari argomenti; BRANCA, che dalla considerazione di genuinità di tale testo trae specifiche conseguenze (*l. ult. cit.*), ribatte l'opinione di Lombardi recisamente in *Ancora sulle res publicae etc.*, p. 184-185.

ponendo perciò decisamente i *litora maris* nella categoria delle *res publicae* e giustificandone l'inclusione e le particolarità sul *ius gentium*.

È significativo che nessuno degli autori, che identificano in modo deciso o in modo intuitivo, come Marciano, Ulpiano, Celso, la categoria delle *res communes omnium*, menziona le *res publicae iuris gentium* e che d'altra parte queste non vengono mai indicate come una categoria autonoma rispetto ad altre categorie di *res publicae*: d'altra parte, se alcune delle cose, riguardate da Marciano come *res communes omnium*, sono qualificate o almeno riferite come *res publicae iuris gentium*, abbiamo però visto che tra le *res publicae iuris gentium* sono compresi *flumina* e *ripae fluminis* ([25]), che non sono poi recepiti fra le *res communes omnium*.

In verità i giuristi romani avevano intrapreso ad elaborare categorie di *res*, il cui inquadramento era particolarmente difficile nelle categorie fino ad allora costituite e perciò tentarono, più o meno decisamente, di dar vita ad un nuovo concetto ([26]): il primo a pervenire a un risultato ben definito è stato Marciano con il contrapporre secondo il criterio dell'appartenenza le *res communes omnium* alle *res publicae, universitatis, nullius* e *singulorum*. Ciò naturalmente presuppone che la paternità della categoria si faccia risalire a Marciano e non invece ai giustinianei. Quest'ultima ipotesi, in verità, sebbene abbia trovato qualche assertore ([27]), sembra da escludere in base alla osser-

([25]) Cfr. BRANCA, *op. cit.*, p. 179.

([26]) Le *res publicae iuris gentium* sono per LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 89 categoria tipicamente giustinianea: questa tesi è decisamente rifiutata da BRANCA, *op. cit.*, p. 179 sgg., secondo il quale quella categoria sarebbe stata accolta e ospitata da Giustiniano per svalutare la teoria non più sentita delle *res communes*. Contro la tesi di Lombardi però ci sembra che l'argomento più solido sia la considerazione che Giustiniano non pone mai le *res publicae iuris gentium* in un elenco di cose come categoria a se stante e che non riferisce mai la nozione di tali *res* a Ulpiano e a Marciano, che pure sono per i compilatori normalmente gli scrittori preferiti specie per l'affermazione delle dottrine loro gradite.

([27]) PEROZZI, *op. cit.*, p. 596; ARANGIO RUIZ, *Istituz.*, cit., p. 171 n. 1 e, in sostanza, BETTI, *Diritto romano*, I, Padova 1935, p. 693.

vazione che i compilatori, se avessero introdotto *ex novo* le *res communes omnium*, avrebbero indubbiamente accentuato questo carattere per le *res* che vi rientravano, avrebbero probabilmente esteso il loro elenco e certo avrebbero soppresso o almeno ridotto le attestazioni della loro diversa qualifica come *res publicae*, allo stesso modo che avrebbero modificato, rendendola più esplicita, la formulazione di Celso di D. 43. 8. 3 pr. (*Litora, in quae populus romanus imperium habet populi romani esse arbitror*).

4. *Res publicae e res communes omnium.*

D'altra parte, è probabile che con l'espressione *res publicae iuris gentium* si volessero identificare alcune *res* che, nell'ambito delle *res publicae*, avevano una loro autonomia. Se si considera che la categoria delle *res communes omnium* viene fissata per la prima volta da Marciano e che quella delle *res publicae iuris gentium* non è ricordata da giuristi anteriori a Gaio (1), si deve necessariamente ritenere che la prima impostazione giurisprudenziale abbia ricompreso tra le *res publicae* tutte le cose che poi si vennero enucleando in detta categoria.

E questa ipotesi, che trova senza dubbio un fondamento esegetico — basti pensare che le *res publicae iuris gentium* al pari delle *res communes omnium* non trovano posto in nessuna delle classificazioni di cose contenute nel Gaio delle Istituzioni —, ben può comprendersi muovendo dalla primitiva concezione riferibile alle *res publicae*.

Il concetto di *res publicae* ha certamente subito una evoluzione storica e deve escludersi che esso all'inizio designasse sia le cose *in patrimonio populi* sia quelle *in usu populi*.

Se è vero che per *populus* debba dapprima intendersi sol-

(1) BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 115 e *Ancora sulle res publ. etc.*, p. 179, però considera la costruzione della categoria delle *res publicae iuris gentium* prettamente sabiniana e appunto come tale recepita in Gaio.

tanto la somma dei *cives* e non invece un complesso unitario configurato come persona giuridica, ne deriva che *res publicae* sono le cose appartenenti al *populus*, ossia cose per le quali si deve concepire un condominio dei *cives*. Condominio beninteso che, escludendo l'idea di quote ideali, rappresenta una *communio pro indiviso*, da cui discenda la possibilità di uso dei *cives*, con le limitazioni che derivano dal diritto di proprietà per tutti uguale ([2]).

Se il *ius civile* intendeva dapprima le *res publicae* in tale modo, è chiaro che non vi era alcuna premessa che potesse rappresentare per la giurisprudenza lo spunto per operare una distinzione allo scopo di identificare quelle che poi saranno le *res communes omnium* per il semplice fatto che l'idea del condominio, poi peculiare delle *res communes omnium*, si estende in generale alle *res publicae*.

Ma la situazione era destinata a modificarsi. Difatti per il *populus* si fa strada la sua configurazione come persona giuridica e, di conseguenza, all'idea del condominio dei *cives* sulle *res publicae*, si sostituisce gradatamente la concezione dell'appartenenza statale, in modo che l'uso da parte dei *cives* delle *res publicae* non discende da un loro diritto di proprietà, ma dalla loro appartenenza alla *civitas*, che lascia le cose che le appartengono all'uso dei privati.

A questo punto, sulla scorta di valutazioni extragiuridiche, la giurisprudenza opera una distinzione nell'ambito delle *res publicae*, separando quelle, la cui diretta appartenenza alla *civitas* non poteva discutersi, da altre su cui non si esercitava un diretto intervento statale e nessuna ragione politica contrastava l'affermazione del principio, dettato dalla *naturalis ratio* e assorbito dalla coscienza sociale, che si configurasse una appartenenza ai privati.

([2]) Cfr. BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 216 sgg e SCHERILLO, *op. cit.*, p. 183 sgg.: per alcune equivalenze di *publicus* a *communis* v. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, cit., p. 130.

In altre parole, la vecchia idea del condominio, che si estendeva a tutte le *res publicae*, continua a sopravvivere con riguardo ad alcune di esse, sulle quali la *civitas*, intesa come persona giuridica, pur estendendo il suo potere politico, non afferma direttamente la proprietà. Tale concezione trova perfetto riscontro sull'avvicinamento fatto da Nerazio alle *res nullius* ([3]) e si ricava, *a contrario*, dall'affermazione di Celso *populi romani esse arbitror* (D. 43. 8. 3 pr.) ([4]): evidentemente il giurista, mentre non dubitava che nella specie fosse ravvisabile la sovranità statale, introduceva accanto alla nozione di questa il concetto di proprietà dello Stato, da quella distinta anche se non contrastante.

Nell'evoluzione delle *res publicae*, condizionata dalla considerazione del *populus* come persona giuridica, si afferma dapprima la nozione delle *res publicae iuris gentium*: nozione più ampia di quella delle *res communes omnium*, ma rispondente ad analoghe esigenze di classificazione e ad analoghi concetti ([5]).

In entrambe le partizioni vi è l'esigenza di separare dalle *res publicae* quelle cose per le quali è ancora ammissibile l'idea del condominio, e poco rileva che il fondamento sia visto nel *ius gentium* oppure nel *ius naturale*. Tanto più che i concetti sono prossimi, se si considera che la *naturalis ratio*, fondamento del *ius naturale*, è parimenti a base del *ius gentium* (cfr. *Gai*, 1, 1).

A nostro modo di intendere, il passaggio dalla categoria delle *res publicae iuris gentium* a quella delle *res communes omnium* è determinato dall'esigenza di limitare il numero delle cose in senso lato *publicae*, sulle quali si doveva ammettere la proprietà dei privati, o, meglio, sulle quali l'idea del condominio privato, prima caratteristica di tutte le *res publicae*, continua a sopravvivere.

([3]) L. V *membranarum*: D. 41. 1. 14.

(4) Cfr. SCHERILLO, *Le cose etc.*, cit., p. 180.

([5]) BONFANTE, *op. cit.*, p. 44 arriva addirittura alla identificazione delle due categorie.

Quella limitazione è ben comprensibile, considerando che con il passaggio dalla repubblica al principato e dal principato all'impero, lo stato mira sempre più da un lato a imporre la concezione della sua sovranità e dall'altro a estendere l'ambito della sua proprietà.

E così ben si spiega che il più vasto elenco delle *res publicae iuris gentium* si restringa nell'elenco di Marciano delle *res communes omnium*, in cui sopravvive l'idea del condominio solo con riguardo a quelle cose per le quali l'idea di un condominio dei *cives* non urtava contro le esigenze della proprietà della *civitas* e per le quali particolarmente radicata nella coscienza sociale era il presupposto della *naturalis ratio*.

II. Le singole res dell'elenco di Marciano

1. *Ordine dell'esposizione.*

Come si è potuto desumere dai passi sinora visti, delle quattro *res communes omnium*, elencate da Marciano, solo in epoca a lui vicina viene preso in considerazione l'*aër* ed egli solo contempla l'*aqua profluens*: erano state invece oggetto di ampio esame sin dai tempi lontani della giurisprudenza il mare e il lido del mare. È evidente che Marciano, se ritiene di poter includere in una stessa categoria con il mare e con il lido del mare l'*aër* e l'*aqua profluens*, considera estensibile a queste ultime cose il regime del mare e del lido del mare, che la giurisprudenza aveva lungamente esaminato ed elaborato. Non può quindi cogliersi il significato dell'inclusione dell'*aër* e dell'*aqua profluens* nella categoria delle *res communes omnium*, se non ci si rende conto della natura e delle peculiarità del mare e del lido del mare.

2. *Mare.*

Sul modo in cui il mare era considerato dalla giurisprudenza repubblicana abbiamo notizie in un noto passo già sopra riportato ad altro riguardo (Ulp. LVII *ad edictum*: D. 47. 10. 13. 7):

> *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece* σαγήνη [1]*) dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat* [2]*: nam et hic iniuriarum convenire potest. Conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc* [3] *conduxit* [4]*: nam vis ei prohibenda est quo minus conductione sua fruatur* [5]*.*

Difatti l'interdetto che avrebbero accordato i *veteres* al concessionario del diritto esclusivo di pesca non poteva essere, come appare dall'espressione *quo minus conductione sua fruatur*, se non quello menzionato da Ulpiano in D. 43. 9. 1 pr.:

> *Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto,*

e perciò, dato che la protezione accordata nella specie era quella dell'*interdictum de loco publico fruendo*, il mare era per i *veteres* certamente pubblico.

Questo trattamento del mare coincide con la pratica delle concessioni di pesca testimoniate particolarmente dall'iscrizione scoperta in Frisia [6]: tuttavia esse, che evidentemente non at-

---

(1) La Fiorentina porta σαγήνην.

(2) *Aut si quis re mea uti me non permittat* è un'interpolazione formale evidente secondo BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 119.

(3) MOMMSEN sostituisce *locum* a *hoc*.

(4) BRANCA, *l. cit.*, sopprime la frase introdotta da *si forte*.

(5) Cfr. dello stesso Ulpiano D. 43. 8. 2. 9 (l. LXVIII *ad Ed.*): *si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quaemadmodum nec is qui in campo publico ludere vel in publico lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus iniuriarum actione utendum est*; quest'ultima frase introdotta da *sed* è secondo BRANCA, *op. cit.*, p. 75 frutto di interpolazione.

(6) Per questa, che reca *Deae Hludanae conductores piscatus mancipe Q. Valerio Secundo v(otum) s(olverunt) l(ibentes) m(erito)* (v. in BRUNS, *Fontes iuris*

tribuivano la proprietà di porzioni di mare, ma solo l'esercizio su quelle di talune facoltà ([7]), trovano la loro giustificazione nel fondamento dell'interdetto *ne quid is flumine publico...* esteso al mare, in quanto l'atto di concessione dello stato doveva mirare essenzialmente ad accertare l'inesistenza di ostacoli alle utilizzazioni di interesse più generale del mare, come la navigazione, da parte degli esercenti di quella particolare attività ([8]).

Dell'estensione dell'interdetto *neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat* (D. 43. 12. 1. pr.) al mare trattava già Labeone (*eodem* § 17):

> *Si in mari aliquid fiat, Labeo* ([9]) *competere* ([10]) *tale* ([11]) *interdictum: ne quid in mari inve litore quo portus, statio iterve navigio deterius fiat.*

Se questa estensione dell'interdetto attribuita a Labeone fosse data in via utile o no è discusso ([12]): quello che risulta certo è che Labeone agli effetti dell'interdetto parifica il mare al fiume pubblico e ne dichiara di conseguenza la pubblicità.

Che il mare sia pubblico è poi affermato da Aristone se-

---

romani antiqui, Tübingen 1909, n. 169, p. 374), cfr. MOMMSEN, *Nuovo esemplare dell'ed. de accusat.*, cit., in *B.I.D.R.*, 2, 1889, p. 131 sgg.

([7]) Così SCHERILLO, *op. cit.*, p. 75.

(8) FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1900, afferma che le *conductiones piscatus* non sono che forme di imposta, in quanto lo stato ammetterebbe la pesca esclusiva in un dato luogo purchè gli venga corrisposto un tributo: contro BONFANTE, *op. cit.*, p. 62.

([9]) Una correzione della Fiorentina inserisce *ait*.

([10]) *Competere* è sospetto a KRÜGER, *Ueber dare actionem und actionem competere in der justinianische Compilation*, in *Z.S.S.*, 16, 1895, p. 5.

([11]) SCHMIDT, *Das Interdikten verfahren der Römer*, Leipzig 1853, p. 16, n. 7, propone di sostituire *tale* con *utile*, seguito da BERGER, *Interdictum*, in *R.E.*, 9, p. 1624 e da LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 113.

([12]) GROSSO, *op. cit.*, p. 108 dà per pacifica l'estensione in via utile: SCHERILLO, *op. cit.*, p. 75, la suppone con qualche esitazione. BRANCA, *op. cit.*, p. 120-121, afferma che non si ha propriamente un'estensione utile, ma qualcosa di simile e LOMBARDI, *Ricerche etc.*, p. 113 sgg., ritiene che sostanzialmente l'interdetto non possa intendersi che concesso in via utile.

condo quel che ne riporta Pomponio nel libro VI *ex Plautio* (D. 1. 8. 10):

> *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatur sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum,*

dove si ha la netta contrapposizione fra *publicum* e *privatum* ([13]).

Anche Gaio, come abbiamo già ricordato, ove a lui si faccia risalire il passo delle *Institutiones* di Giustiniano 2. 1. 5, certamente desunto dalle *Res cottidianae* ([14]), considera il mare alla stregua di certe cose pubbliche, benchè per la verità parli di un *usus publicus iuris gentium* del mare, piuttosto che esplicitamente di una pubblicità vera e propria dello stesso mare.

Anche Celso parlava di *usus maris* (D. 43. 8. 3. 1.):

> *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aëris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit* ([15]),

ma lo definiva, come abbiamo già rilevato, *communis* e non *publicus*.

Del regime del mare si occupa particolarmente Pomponio, che, oltre a riportare l'opinione di Aristone sopra esaminata (D. 1. 8. 10), alle quale sembra aderire, nel l. XXIV *ad Sabinum* dichiara (D. 41. 1. 304):

> *Si pilas in mare iactaverim et supra eas inaedifica-*

([13]) BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del litus maris*, in *St. Perozzi*, Palermo 1925, p. 279, vede nelle due enunciazioni di Aristone un manifesto contrasto logico, spiegabile solo con la tendenza dei giuristi romani ad aderire alla realtà al di fuori di ogni rigore schematico. Per BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., p. 218, Aristone vuol solo dire che quanto è occupato dal mare non è cosa privata, ma sta fuori dal patrimonio dei singoli e il termine *publicum* è usato solo per una rapida contrapposizione a *privatum*.

([14]) E di tale attribuzione non sembra dubitare GROSSO, *op. cit.*, p. 129, n. 1.

([15]) La proposizione introdotta da *sed id* è ritenuta interpolata: cfr. SCHERILLO, *Le cose etc.*, cit., p. 77.

> *verim, continuo* ([16]) *aedificium meum fit. Item si* ([17]) *insulam in mari* ([18]) *aedificaverim, continuo* ([19]) *mea fit, quoniam id, quod nullius sit, occupantis fit* ([20]).

Qui egli asserisce che il mare è appropriabile in singole porzioni da parte da chi sia in grado di poterle occupare e lo definisce come *nullius*: egli però con questo non nega la pubblicità del mare affermata d'accordo con Aristone, ma piuttosto aderisce all'opinione espressa da Nerazio in D. 41. 1. 14 circa i *litora publica*, volendo in sostanza dire che il mare è pubblico, ma non è in *patrimonio populi* e quindi è a disposzione di chi possa trarne una utilizzazione. La pubblicità del mare è affermata da Pomponio anche in un altro passo tratto dal l. VI *ad Plautium* di D. 41. 1. 50, che probabilmente nel testo originario era scritto di seguito a quello escerpito in D. 1. 8. 10 sopra visto:

> *Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat,*

in quanto il mare ha lo stesso trattamento del *litus*, che qua vien dichiarato *publicum*; su questo testo torneremo più oltre parlando del *litus* ([21]).

([16]) BESELER, *Confestim-continuo*, in *Z.S.S.*, 51, 1931, n. 201, ritiene *continuo* insiticio.

([17]) SIBER, *Römisches Recht II* (*Privatrecht*), Berlin 1928, p. 62, n. 8, BESELER, *op. cit.*, p. 201 e LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 107 considerano la parte del passo introdotta da *item si* interpolata, rilevando la sua netta discordanza logica con la parte precedente.

([18]) KALB (*Dig. Mil.*), inserisce *enatam*: per BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 94-95, *insulam* avrebbe qui il significato di « edificio ».

([19]) V. s. BESELER, *l. cit.*

([20]) PUGLIESE, *Note sulla superficie nel diritto giustinianeo*, in *Temi emiliana*, 20, 1943, p. 131 osserva che questo testo riporta il regime classico in materia di costruzioni sul mare.

([21]) È in tema anche il frammento di Scevola dal l. VII *digestorum* di D. 19. 1. 52. 3: *Ante domum mari iunctam molibus iactis ripam constituit et uti ab eo possessa domus fuit, Gaio Seio vendidit: quaero, an ripa, quae ab auctore*

Che anche Paolo considerasse pubblico il mare può dedursi da D. 47. 10. 14, tratto dal l. XIII *ad Plautium*:

> *Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competi, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica. Ad privatas enim causas accommodata interdicta sunt, non ad publicas* ([22]).

Difatti, se si deve ritenere che qua si tratti di costruzioni sul mare ([23]) e se queste divengono private, evidentemente in contrasto con la situazione del luogo su cui esse sono edificate, non vi è alcun dubbio che il mare fosse ritenuto dal giurista pubblico.

Diversa è la posizione di Ulpiano. Questi, che nel l. LII *ad edictum* (D. 39. 1. 3. 4) afferma:

> *Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt,*

nello stesso libro (D. 39. 1. 1. 16-18) dichiara:

> 16. *Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia.* 17. *Nuntiamus autem* ([24])*quia ius aliquid prohibendi*

---

domui coniuncta erat, ad emptorem quoque iure emptionis pertineat. Respondit eodem iure fore venditam domum quo fuisset priusquam veniret.

([22]) Da *utpote* alla fine si ha secondo l'opinione dominante (non condivisa però da BIONDI, *op. cit.*, p. 274, n. 2) interpolazione, dovuta al proposito dei compilatori di limitare la validità dell'interdetto *uti possidetis* ai casi di sublocazione dei diritti di pesca e simili (così BRANCA, *op. cit.*, p. 125).

([23]) E non di disponibilità piena di un tratto di mare: BRANCA, *op. cit.*, p. 124, ritiene appunto probabile che il giurista si riferisca all'*aedificatio* e SCHERILLO, *op. cit.*, p. 81 poi dà per pacifico che il testo riguardi le costruzioni sul mare, perchè in diritto classico l'interdetto *uti possidetis* non era mai dato per tutelare l'esercizio dei diritti, ma solo in relazione a cose, come ricorre nella specie.

([24]) In luogo di *autem* MOMMSEN legge *aut*.

habemus: vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in ([25]) *publico vel in privato quid molitur: aut si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt* ([26]), *fiet vel in sacro vel in loco religioso, vel in publici ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur.* 18. *Quod si quis in mare vel in litore* ([27]) *aedificet licet in suo non aedificet* ([28]), *iure tamen gentium suum* ([29]) *facit: si quis* ([30]) *igitur velit ibi aedificantem prohibere, nullo iure prohibet, neque opus novum nuntiare nisi ex una causa potest, si forte damni infecti velit sibi caveri.*

Sembra evidente che, se l'*operis novi nuntiatio*, possibile rispetto all'*opus* eseguito in pubblico, non è ammessa, oltre che per il lido, nemmeno per il mare, Ulpiano non considera il mare

---

([25]) SCHERILLO, *op. cit.*, pag. 82, seguendo MOMMSEN, inserisce *flumine* con un'integrazione non necessaria, ma tale da modificare l'interpretazione del passo.

([26]) BONFANTE (*Dig. Mil.*) reputa doversi eliminare le parole *quae ad modum aedificiorum facta sunt.*

([27]) LOMBARDI, *Ricerche etc.*, p. 76 elimina *vel in litore* coerentemente alla sua concezione, secondo la quale in regime classico *mare* e *litus* avevano regime del tutto distinto.

([28]) Secondo LOMBARDI, *op. cit.*, p. 76, *licet in suo non aedificet* sarebbe un inciso introdotto dai compilatori per giustificare da un punto di vista generale la successiva affermazione *suum facit.*

([29]) Per LOMBARDI, *op. cit.*, p. 75-77 il testo originariamente recava solo *iure facit* e le parole *tamen gentium suum* sarebbero state poste dai giustinianei, ai quali si dovrebbe l'accostamento del lido al mare, per giustificare l'impossibilità della *nuntiatio novi operis*: la tesi di Lombardi è inaccettabile per BRANCA, *Ancora sulle res publ. iure gentium*, cit., p. 187 sgg., il quale in *Le cose extra patrimonium*, p. 98 aveva ritenuto di poter dimostrare che l'opera fatta sul lido o sul mare è sempre fondamentalmente lecita e non può essere impedita con la denunzia *iuris publici tuendi causa*, in quanto la *nuntiatio novi operis* riguarda soltanto opere fondamentalmente illegittime (cfr. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate*, Padova 1937, p. 312 sgg.). BONFANTE, *op. cit.*, p. 58, affaccia la supposizione che l'esclusione per il mare e il suo lido dell'*operis novi nuntiatio* sia un'opinione personale di Ulpiano, ma ammette trattarsi di congettura arrischiata.

([30]) Da *si quis* alla fine il passi è dichiarato alterato per i contorcimenti del periodo e le forme bizantine da RICCOBONO, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in the legal history*, London 1913, p. 70: *contra* BRANCA, *Danno temuto etc.*, p. 313 sgg.

cosa pubblica: potrebbe, se mai, supporsi che egli, in quanto accenna al *ius gentium*, distingua il regime delle cose pubbliche in genere da quello delle *res publicae iuris gentium*, ma questa ipotesi urta contro la considerazione che Ulpiano non dimostra di conoscere in alcun altro luogo la distinzione e che d'altra parte i fiumi pubblici sono da lui considerati a parte e in qualche modo contrapposti al mare, mentre per gli autori che ammettono la nozione delle *res publicae iuris gentium* essi vi rientrano indubbiamente ([31]).

Di conseguenza, dato che Ulpiano con l'inciso, *licet in suo non aedificet*, dichiara che il mare non è proprietà privata e nel contempo lo esclude dalle *res publicae*, è da ritenere che egli lo inserisca in una categoria distinta sia dalle *res publicae* sia dalle *res privatae*.

È vero poi che Ulpiano ammette contro le costruzioni nel mare la applicazione dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat* ([32]), ma la ammette in via utile, il che evidentemente non avrebbe fatto se il mare fosse stato da lui considerato *publicum*.

Abbiamo poi visto (D. 47. 10. 13. 7) che per Ulpiano *mare commune omnium est* e (D. 8. 4. 13 pr.) che... *mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest*.

Risulta dall'esame finora fatto che il mare era inizialmente considerato dalla giurisprudenza come *res* inclusa nella categoria delle *res publicae*, ma che ad un certo momento, ossia con i giuristi operanti all'epoca dei primi Antonini, si colsero in modo più accentuato le particolarità insite nella natura reale del mare; mentre però alcuni autori, forse preoccupati di non innovare troppo rispetto alle considerazioni tradizionali, reputarono sufficiente per porre in evidenza le peculiarità di esso

([31]) Cfr. BONFANTE, *op. cit.*, p. 60.

([32]) D. 43. 8. 2. 8 (I. LXVIII *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.*

la distinzione entro le *res publicae* di un gruppo di *res*, il cui trattamento poteva ben esser riferito al *ius gentium*, e la sua immissione in questo, altri autori, specie Ulpiano e Marciano, giudicarono la differenziazione in seno alle *res publicae* insufficiente e le singolarità di regime del mare tali da richiedere la configurazione di una categoria nuova e specifica, cui essi addivennero raggruppando insieme con il mare altre *res* difficilmente inquadrabili nelle categorie già note.

3. *Litora maris.*

La nozione di *litus maris* viene espressa da più fonti (1).

Già Aquilio Gallo nell'epoca repubblicana aveva definito come lido del mare la striscia di terra che può essere coperta dai flutti, perchè Cicerone (*Topica* 7. 32) riferisce che

> *solebat Aquilius... quid esse litus ita definire: qua fluctus eluderet.*

A Cicerone, invece che ad Aquilio, dal quale evidentemente il primo aveva tratto la propria opinione in materia, si riferisce Celso (D. 50. 16. 96: l. XXV *digestorum*) per la definizione del *litus* (2):

> *Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt cum arbiter esset primum constituisse.*

Giavoleno poi, riproducendo probabilmente il pensiero di Cassio, come lascia presumere l'opera di appartenenza (l. XI *ex Cassio*: D. 50. 16. 112) (3), a sua volta afferma:

---

(1) Sul concetto di *litus maris* v. in particolare PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno*, in *B.I.D.R.*, 4, 1891, p. 218 sgg.

(2) V. FERRINI, *Manuale etc.*, cit., p. 265, n. 1.

(3) Cfr. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 74.

Litus publicum est eatenus, qua maxime exaestuat ([4]).

Come si vede, i giuristi delle varie epoche erano d'accordo nel considerare come lido del mare la striscia di territorio lungo il mare stesso che viene coperta dal massimo flutto marino ([5]).

Il passo di Cicerone, cui abbiamo già accennato, essendo in un'opera diretta al giurista Trebazio e affermando che

solebat Aquilius, collega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis...

riporta il pensiero della giurisprudenza repubblicana in ordine al regime del lido del mare, il quale era indubbiamente per essa pubblico: Cicerone riferisce con tono polemico (*vultis*) l'opinione concorde dei giuristi circa la natura pubblica del *litus maris*, mostrando così di non condividerla: egli, difatti, come abbiamo già riferito, nel *pro Roscio* 26. 72 dichiarava *commune... litus eiectis* ([6]).

Anche al *litus* Labeone riteneva applicabile come al mare l'*interdictum ne quid in flumine publico ripave eius* (D. 43. 12. 1. 17.), assimilando evidentemente la situazione del *litus* a quella della *ripa fluminis publici* ([7]).

È Giavoleno che più tardi nel passo in parte riportato di D. 50. 16. 112, affermando che

Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus

([4]) Si deve aggiungere la nozione delle *Institutiones* di Giustiniano (2. 1. 3): *Est autem litus maris quatenus hibernus fluctus excurrit.*

([5]) AVERANI, *Interpretationes iuris*, I, c. 20, fondandosi essenzialmente sulle IUST., *Inst.* 2. 1. 3, dove è il solo cenno al *fluctus hibernus*, sostiene che il flutto massimo non è quello che si ha nell'inverno per il fenomeno del flusso e riflusso, sconosciuto ai nostri mari, ma quello che si ha dal mare in tempesta (*hiems*). Ad ogni modo da Giavoleno PAMPALONI, *op. cit.*, p. 219 sgg. ricava che per i romani il lido del mare era quello interno e cioè la zona compresa tra il flutto minimo e il massimo.

([6]) Sulla posizione di Cicerone in argomento v. SCHERILLO, *op. cit.*, p. 73-74.

([7]) Il confronto del *litus maris* con la *ripa fluminis* non induce a ritenerlo pubblico, in quanto dalle fonti si può solo arguire che almeno sino a Paolo non la riva del fiume, ma il suo uso è pubblico: cfr. BONFANTE, *op. cit.*, p. 78-79.

> *exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est,*

mostrava evidentemente di considerare il *litus* come *publicum* ([8]) fin là dove arriva il massimo flutto: la frase del giurista, come è stato detto ([9]), deve intendersi non già nel senso che il lido pubblico è la striscia di terra fino alla quale arriva il massimo flutto, ma piuttosto in quello che il lido è pubblico fino a dove arriva il massimo flutto e questo concetto è chiarito dalla più tarda affermazione di Marciano e a sua volta la chiarisce, quando (D. 1. 8. 2.1) si dice:

> *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens et mare, et per hoc litora maris,*

in quanto la dichiarazione che

> *communia sunt... et mare et per hoc litora maris*

va proprio intesa nel senso che i *litora maris* partecipano delle condizioni del mare solo attraverso il contatto con questo ([10]): dove esso manchi, i *litora maris* non seguono più la condizione giuridica del mare.

Abbiamo già visto il passo delle Istituzioni di Giustiniano 2 .1. 5, desunto dal Gaio delle *Res cottidianae*: in esso è detto che:

> *Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere. Proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena.*

([8]) Per BRANCA, *Le cosa extra patrimonium etc.*, cit., p. 218, Giavoleno vuole dire qua, parallelamente a quanto dice per il *mare* Aristone in D. 1. 8. 10, che il lido non è cosa privata ma sta fuori del patrimonio dei singoli e il termine *publicum* è usato solo in rapida contrapposizione a *privatum*.

([9]) SCHERILLO, *op. cit.*, p. 14.

([10]) Cfr. FERRINI, *Manuale etc.*, cit., p. 265, n. 1.

Alla stessa opera è attribuito il passo di D. 1. 8. 5. 1. che reca:

> *In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant.*

Nerazio nel l. V *membranarum* (D. 41. 1. 14. pr. e 1.) dichiara:

> *Quod in litore* ([11]) *quis aedificaverit, eius erit* ([12]): *nam* ([13]) *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* ([14]), *domini fiunt.*
>
> 1. *Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit. Hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit, perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset, quod proprius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem* ([15]).

([11]) LOMBARDI, *Ricerche etc.*, p. 136 e 139 inserisce dopo *litore* l'aggettivo *publico* che i giustinianei avrebbero eliminato, perchè per essi il *litus* non sarebbe più pubblico almeno nel senso classico.

([12]) Per BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, p. 94, questa prima frase si presta ad ambiguità di interpretazione.

([13]) Da questo punto in poi per LOMBARDI, *op. cit.*, p. 136 sgg. il passo è una mera costruzione giustinianea: ne rivendica vigorosamente la classicità BRANCA, *Ancora sulle r.p.i.g.*, cit., p. 183-184.

([14]) Sull'espressione *in cuius potestatem pervenerunt* v. BRANCA, *op. cit.*, n. 183, n. 16.

([15]) Anche il § 1 è per BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 94, di possibile ambigua interpretazione: tuttavia il frammento è nel suo insieme per lui genuino, salvo che nella chiusa, e cioè da *quod propius* alla fine: questa ultima proposizione è invece per SCHERILLO, *op. cit.*, p. 77 e ivi n. 2, non interpolata. Il passo risulta genuino anche per PUGLIESE, *Note sulla superficie nel diritto giustinianeo*, cit., p. 131, in quanto egli afferma che da esso non può dedursi il punto di vista giustinianeo.

Per Nerazio, quindi, il lido è pubblico anche se deve esser differenziato dalle *res in patrimonio populi*: egli non afferma affatto che i *litora publica* siano *res nullius*, ma solo dice che la loro condizione può essere per alcuni aspetti avvicinata a queste, nel senso cioè che di esse può appropriarsi il primo occupante: ma, se viene meno la giustificazione della occupazione, che nella specie si trova solo nell'edificazione di una costruzione, il lido ritorna ad essere pubblico e proprio per questa conseguenza prevale il carattere pubblico rispetto al carattere di *res nullius* del lido stesso. Le considerazioni di Nerazio possono sembrare non del tutto sicure, ma è certo evidente il suo sforzo di distinguere la condizione dei *litora publica* da quella delle altre *res publicae* senza tuttavia avvertire l'esigenza di includerli in una categoria diversa o di costruirne una apposita per loro.

Celso nel l. XXXIX *digestorum* (D. 43. 8. 3.) dichiara a sua volta:

> *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror* ([16]). 1. *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aëris* ([17]), *iactasque in id*

([16]) Costa, *Le acque*, cit., p. 99 arguisce dal fatto che il l. XXXIX dei *Digesta* di Celso tratta *ad legem Corneliam de captivis* che in questo passo il giurista si occupasse agli effetti del *postliminium* della situazione di chi fosse rientrato nello stato romano, considerando se fosse sufficiente per la applicazione dell'istituto la presenza nel territorio sottoposto all'*imperium* del *populus romanus* o fosse necessaria quella nel territorio incorporato nelle *tribus* e che egli fosse per la prima soluzione contro la prevalente dottrina. Lombardi, *Ricerche etc.*, p. 121 sgg. concorda con l'impostazione di Costa, ma ritiene che Celso risolvesse il problema più generale del momento in cui ai fini del postliminio si doveva considerare rientrato chi giungeva dal mare, considerando che il lido soggetto all'*imperium* del popolo romano era di questo, mentre il mare era comune a tutti gli uomini: per la frattura fra il problema di principio posto e la questione particolare cui quello dovrebbe applicarsi Lombardi considera giustinianea tutta la parte del § 1 che segue a *hominibus*.

([17]) *Ut aëris* è considerato interpolato da Perozzi, *Istitut. etc.*, cit., p. 596, n. 1, da Albertario, *Le derivazioni d'acqua dai fiumi pubblici*, in *B.I.D.R.*, 38, 1930, ripubbl. in *Studi*, II, p. 84, da Bonfante, *op. cit.*, p. 47 e da Lombardi, *op. cit.*, p. 99 e 120, n. 4: l'inciso è considerato innocuo e quindi genuino da Branca, *op. cit.*, p. 222 e 239, secondo il quale Celso intendeva solo convincere che il mare

pilas eius esse qui iecerit ([18]): *sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

Per Celso perciò il lido è pubblico come per Nerazio, ma, a differenza di questo, egli lo attribuisce in proprietà al popolo ([19]).

Non mi pare poi la frase, da *sed id* a *futurus sit*, interpolata, come è comunemente asserito ([20]), in quanto è stilisticamente e grammaticalmente corretta e dice soltanto che la disposizione della cosa, cioè del lido del mare, deve essere giustificata da una utilizzazione opportuna ed idonea ([21]). Inoltre secondo Gaio (D. 1. 9. 5. 1) poi la libertà di costruzione sul lido del mare sembrerebbe limitarsi a quella di capanni, che servano normalmente di rifugio ai pescatori ([22]):

è di tutti secondo un principio giuridico come l'aria è di tutti secondo un principio di natura e con lui concorda SCHERILLO, *op. cit.*, p. 77.

([18]) Il frammento è sin qua considerato genuino da BRANCA, *op. cit.*, p. 220 sgg., il quale rileva che Celso, se ha considerato il *litus maris* come una vera e propria *res publica*, ha chiaramente posto la distinzione fra pertinenza e sovranità e fissato correlativamente per la prima volta il principio che le *res publicae* sono tali, in quanto appartengono *loco dominii* al popolo romano, oltre che a cadere sotto l'*imperium*: il *mare* tutto invece è lasciato all'uso libero degli uomini, che giustifica così la libera *aedificatio* sul mare stesso e l'acquisto del dominio in forza di essa.

([19]) Cfr. BRANCA, *l. cit.*

([20]) BONFANTE, *op. cit.*, p. 46 sgg. e 55; MAROI, *op. cit.*, p. 164; LEVY, *rec. agli St. in on. Perozzi*, in *Z.S.S.*, 46, 1926, p. 418; ALBERTARIO, *Studi*, cit., p. 84; GROSSO, *op. cit.*, p. 76; LONGO, *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, in *Studi Ratti*, Milano 1934, p. 72; BRANCA, *op. cit.*, p. 106; SCHERILLO, *op. cit.*, p. 77, n. 3; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 123.

([21]) D'altra parte BRANCA, *op. cit.*, p. 114-115, sia pure dubitosamente, limita la precedente affermazione (p. 106) di interpolazione della frase, dichiarando che Celso, appartenente alla scuola proculiana, certo non incline ad accettare la categoria delle *res publicae iuris gentium* di fattura sabiniana, doveva considerare il *litus maris*, da lui ritenuto *res publica*, non diversamente dalle altre *res publicae* e quindi non ammettere la libertà del *facere in litore*.

([22]) Cfr. *Inst.* 2. 1. 5: *Litorum quoque usus publicus iuris gentium est. sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est casam ibi imponese, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere.*

In mare piscantibus ([23]) *liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant.*

Pomponio (l. VI *ex Plautio*) nel testo di D. 41. 1. 50, che abbiamo già riportato a proposito del mare, richiamando la necessità del *decretum pretoris* per le costruzioni, oltre che sul mare, sul lido pubblico, ha ingenerato sospetti sulla sua genuinità ([24]): in realtà Pomponio e Celso, che abbiamo già visto affermare limitazioni alla costruzione sul lido pubblico, non sono in contraddizione con il regime affermato da Gaio: secondo questi la costruzione assolutamente libera sul lido si limitava alla *casa*, cioè a un capanno, ma è evidente che lo Stato doveva preoccuparsi, anche in epoca classica, che edificazioni lungo le sponde del mare non pregiudicassero in modo definitivo l'interesse pubblico e quello dei privati: sotto questo aspetto è più che giustificato l'intervento del pretore ([25]).

In pratica questi concetti sono ripresi anche da Scevola, quando in D. 43. 8. 4. (l. VI *Responsorum*) dice:

([23]) *In mare piscantibus* è frase sospettata da KALB, *Das Iuristenlatein*, Nürnberg 1888, p. 65, n. 1 e considerata interpolata da SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, p. 51 e da BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., p. 6 e 113. Dal confronto del passo del Digesto con quello delle *Institutiones* si è voluto rilevare una contradditorietà di regime e così BRANCA, *op. cit.*, p. 113, ne ha tratto la convinzione di una maggior aderenza di quest'ultimo al regime classico, contrastato da LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 125 sgg.: in realtà non è possibile dal testo di Gaio nei *Digesta*, anche se raffrontato con quello di Marciano di D. 1. 8. 4. pr. (*nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa*), arguire se non che sul lido sono assolutamente libere le sole attività e costruzioni che non ostacolino il godimento altrui, dato che i riferimenti riguardano soltanto a titolo esemplificativo i pescatori senza certo escludere anche eventuali altri interessati: di conseguenza l'estensione delle *Institutiones* non è innovatrice, ma si limita a chiarire più il principio che le eventuali applicazioni di questo.

([24]) PERNICE, *Die sog. res communes*, cit., p. 24, n. 116; BONFANTE, *op. cit.*, p. 56; BIONDI, *op. cit.*, p. 274; BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 110 e *Ancora sulle r.p.i.g.*, p. 182.

([25]) Cfr. FERRINI, *Manuale etc.*, cit., p. 264 e ivi n. 1 e GROSSO, *Le cose cit.*, p. 108 e ivi n. 2; che il cenno al *decretum praetoris* sia difficilmente giustinianeo pensa anche SCHERILLO, *op. cit.*, p. 78; RICCOBONO, *Dalla communio etc.*, cit., p. 70, considerando particolarmente il riferimento alla difesa privata, dichiara la genuinità sostanziale di tutto il frammento.

> ... *in litore iure gentium* ([26]) *aedificare licere, nisi usus publicus impediretur* ([27]).

Egli fa risalire al *ius gentium* la libertà di edificazione sul lido ([28]), ma ricorda che, in nome dell'*usus publicus*, la costruzione può essere impedita: se il passo è genuino, e non sembra doversene dubitare ([29]), è chiaro che l'affermazione delle esigenze dell'*usus publicus* ([30]) doveva esser rilevata dagli organi pubblici e in tal caso non vi dovrebbe esser difficoltà ad ammettere la competenza del pretore ([31]) come è asserito da Pomponio.

Papiniano ha particolare riguardo al lido per escludere la *longi temporis praescriptio* per le cose pubbliche *iuris gentium* (D. 41. 3. 45 pr. l. X *Responsorum*).

Paolo (l. XXI *ad edictum*: D. 18. 1. 51) riporta che:

> *Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa*

([26]) LOMBARDI, *op. cit.*, p. 55 elimina *iure gentium*.

([27]) Per COSTA, *Le acque etc.*, cit., p. 105, n. 1, questa aggiunta limitatrice è verosimilmente giustinianea: a lui si rifà MAROI, *op. cit.*, p. 164; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 55-56 ritiene la frase interpolata, perchè il *nisi*, di seguito al responso di Scevola, è indizio serio di alterazione.

([28]) BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 222, osserva che è qua che per la prima volta nell'istituto in esame si richiama il *ius gentium* e che sulla base di questo richiamo si è consolidato il principio della *libera aedificatio*.

([29]) v. BRANCA, *l. cit.*

([30]) BRANCA, *l. cit.*, che definisce *nisi usus publicus impediretur* frase stereotipata, nota che Scevola si limita a chiamar pubblico l'uso del lido senza preoccuparsi di enunciare la pubblicità del lido.

([31]) COSTA, *Le acque etc.*, cit., p. 104-105 ritiene fondata la necessità di autorizzazione per la costruzione sul lido o nel mare, ma esclude il pretore potesse avere tale competenza attribuita prima ai consorti e poi agli ufficiali imperiali: egli reputa che Pomponio avesse presenti condizioni di provincia e che quindi per *praetor* intendesse il governatore provinciale; ci sembra però con GROSSO, *l. cit.* che il *decretum* si richiedesse solo in caso di impedimento, opposto da altri e giustificato dalla supposta dannosità dell'opera, per rimuoverlo e che anzi nella pratica si solesse sollecitarlo per evitare di essere attaccati.

vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solent, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.

Paolo considera il lido accessibile a tutti *iure gentium*, ma anche *nullius* nel senso che non appartiene a nessuno, seguendo così l'indirizzo di Nerazio e di Gaio.

La pubblicità del lido appare in Paolo anche in D. 41. 1. 65. 1 (*Labeo l. VI Pithanon a Paulo epitomatorum: Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. Paulus: immo in eo genere insularum ripae flumini et* ([32]) *litora mari proxima* ([33]) *publica sunt, non secus atque in continenti agro idem iuris est*).

Per Ulpiano i *litora maris* sono sempre avvicinati al *mare* e perciò basta ricordare i passi già esaminati di D. 39. 1. 1, di D. 43. 8. 2. 8 e di D. 47. 10. 13. 7. Per quest'ultimo è da rilevare che la frase in cui sono menzionati i *litora* è così costruita:

et quidem mare commune omnium est et litora.

È opinione concorde che l'espressione *et litora* sia stata inserita ([34]) e anzi di questa pretesa interpolazione si è anche usato ([35])per provare la genuinità della frase rispetto alla quale *est* sarebbe un'intrusione: è fuor di dubbio che il verbo è al singolare e quindi sembrerebbe impossibile riferirlo anche a *et litora*, ma in realtà, venendo il verbo prima del plurale *litora*

([32]) PAMPALONI, *op. cit.*, p. 225, n. 26 sostituisce *ut* a *et*, apparendogli con questo il passo più corretto.

([33]) SCIALOJA (*Dig. Mil.*) elimina *et litora mari proxima* e così PEROZZI, *Istituz., cit.*, p. 600 e BBANCA, *op. cit.*, p. 73, che ritengono assurda l'assimilazione dei *litora maris* alle *ripae fluminis*: BONFANTE, *op. cit.*, p. 78-79 e qui n. 2 ammette la genuinità del passo del tutto conseguente ad altre affermazioni di Paolo (D. 43. 12. 3 pr. e 2).

([34]) COSTA, *op. cit.*, p. 110; PEROZZI, *op. cit.*, p. 596, n. 1, e BONFANTE, *op. cit.*, I, 47, 58, n. 1, 64 e 11, p. 64 eliminano *et litora*, in quanto contenuto in più ampia alterazione; *et litora* è invece esplicitamente ritenuto giustinianeo da GROSSO, *op. cit.*, p. 95; BRANCA, *Le cose extra patrimonium etc.*, cit., p. 119-120 e 232; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 103-104.

([35]) SCHERILLO, *op. cit.*, p. 83.

preceduto dalla congiunzione *et*, esso non può che essere al singolare, mentre d'altra parte nulla impedisce che Ulpiano, che di regola accompagna alla citazione del mare quella del suo *litus*, abbia sotto forma di inciso compiuto il riferimento.

Dei *litora* Ulpiano tratta ancora nel l. LXXXI *ad edictum* (D. 39. 2. 24 pr.):

> *Fluminum publicorum communis est usus, sicut viarum publicarum et litorum* ([36]). *In his igitur publice* ([37]) *licet cuilibet aedificare et destruere dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat.*

È stato affermato ([38]) che la menzione del lido è qui interpolata, perchè Ulpiano ammette (D. 39. 1. 1. 18) l'esistenza della proprietà della costruzione sul lido: ma innegabilmente il pensiero di Ulpiano non è qui dissimile da quello ricavato in altri autori e in particolare dal passo già esaminato di Scevola di D. 43. 8. 4 e cioè che la costruzione sul lido è libera, purchè non attenti all'interesse pubblico o privato.

Anche per il lido del mare, come per il mare, si parte da un riconoscimento della sua appartenenza alle *res publicae*. Ma presto ci si accorge della difficoltà di inquadrarlo nettamente in questa categoria e si avverte anche l'insufficienza della sola categoria delle *res in patrimonio populi*: la peculiarità del regime porta una corrente della giurisprudenza ad includere i *litora maris* con il *mare* in un gruppo di *res publicae* rette dal *ius gentium*. Una tendenza più decisa, rappresentata da Ulpiano e da

([36]) GROSSO, *op. cit.*, p. 160 ritiene interpolazione l'equiparazione introdotta da *sicut*, perchè non si innesterebbe bene nel ragionamento. Per BRANCA, *op. cit.*, n. 232 è significativo che Ulpiano, mentre attribuisce l'oggettivo *publicus* a *flumina* e a *viae*, lo tace per i *litora*: evidentemente questi non sarebbero per lui cose del popolo.

([37]) GROSSO, *op. cit.*, p. 161, ritiene che *publice* vada meglio collegato a *licet* che non a *aedificare*; SCHERILLO, *op. cit.*, p. 84, pensa che, quale che sia il significato da dare all'avverbio *publice*, esso non può avere il senso di subordinare la costruzione alla concessione dell'autorità, perchè contrasterebbe con il pensiero complessivo di Ulpiano.

([38]) SCHERILLO, *op. cit.*, p. 84.

Marciano, colloca il *mare* e i *litora maris* in una categoria del tutto distinta giustificata anch'essa particolarmente dal *ius gentium*, ma contrapposta, da una parte, alle *res publicae* nel loro complesso e, dall'altra, alle *res privatae*.

4. *Aër.*

Si sostiene comunemente che *aër* nell'elenco di Marciano indichi l'aria quale flusso senza in alcun modo riferirsi allo spazio aereo (1), che sarebbe nelle fonti indicato quale *coelum* (2); in realtà tale opinione non pare fondata, in quanto i Romani non ebbero nozioni rigorosamente distinte di spazio e di aria, ma concepirono lo spazio fra la terra e la volta celeste come necessariamente riempito d'aria, così come necessariamente non riuscirono a immaginare l'aria, ferma o in movimento, usata per respirare o invece come energia, se non contenuta nello spazio, cosicchè il latino *aër* può significare, come l'italiano aria, anche lo spazio sovrastante la terra: ne sono prova due passi di Cicerone, che dicono testualmente:

> *de natura deorum* 36, 2: *terra sita in media parte mundi, circumfusa undique est hac animabili, spirabilique natura, cui nomen est aër: graecum illud quidem, sed perceptum iam tamen usus a nostris: tritum est enim pro latino.*
>
> *Ibidem* 45: *aër fertur ille quidem levitate sublimi sed tamen si omni parte se ipse fundit et natura fertur ad caelum: cuius tenuitate et calore temperatus, vitalem et salutarem spiritum praebet animalibus,*

(1) Perozzi, *op. cit.*, p. 596, n. 1; Bonfante, *op. cit.*, II, p. 51-52; Pampaloni, *Sulla condizione giuridica dello spazio aereo nel diritto romano e odierno*, in *Arch. giurid.*, 48, 1892, p. 33 sgg. e 53-54; Scherillo, *op. cit.*, p. 70 e 84 sgg. e *Istituzioni di dir. rom.*, cit., p. 299-300; Grosso, *op. cit.*, p. 114-115.

(2) Ferrini, *Manuale etc.*, cit., p. 267 sgg.

e soprattutto uno di Nonio Marcello (*Compend. doctr.* 241) secondo il quale l'*aër* è « *medium spatium quod inter caelum est et terram* ».

Insomma per *aër* si può intendere *elementum illud quod medium spatium complet inter caelum et terram* (3): d'altra parte i giuristi precedenti a Marciano, quando si riferiscono all'*aër*, lo considerano insieme con il *mare* (4), cosicchè è evidente che, se pongono sullo stesso piano *aër* e *mare*, considerano, alla stessa stregua del *mare*, l'*aër* come un'estensione, in cui è possibile all'uomo occupare determinate porzioni; difatti Celso nel passo di D. 43. 8. 3. 1, che abbiamo già esaminato, dichiara:

> *Maris communem usum hominibus, ut aëris* (5), *iactasque in id pilas eius esse qui iecerit,*

e certo non allude all'uso dell'aria che tutti gli uomini respirano, ma a quello dello spazio aereo, in quanto sembra porre in risalto che chi *pilas iacit* nel mare conserva la proprietà delle *pilae*, allo stesso modo che chi immette qualcosa nello spazio aereo non cessa di esserne proprietario.

E Ulpiano in D. 47. 10. 13. 7 a sua volta osserva che:

> *Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aër, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest*

e perciò, ponendo il parallelismo proprio fra la *piscatio* che si esercita nel mare e l'*aucupatio* che si svolge nell'aria, si riferisce senza alcun dubbio all'*aër* quale spazio.

Ma, se *aër* e *coelum* possono ritenersi nelle fonti equivalenti (6), riferendosi entrambi i termini allo spazio sovrastante

---

(3) Così FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, Patavii 1805, p. 81.
(4) Celso in D. 43. 8. 3. 1 e Ulpiano in D. 10. 13. 7.
(5) Sulla considerazione delle parole *ut aëris*, v. p. 267 n. 17.
(6) Così COVIELLO, *Della superficie*, in *Arch. giurid.*, 49, 1892, p. 10 e 13.

il suolo non occupato da costruzioni o da culture, si deve esaminare come i giuristi romani lo considerino.

Pomponio nel libro XXIX *ad Sabinum* (D. 43. 24. 21. 2) dichiara:

> *In opere novo tam soli quam caeli mensura facienda est* ([7]).

Venuleio nel l. II *interdictorum* (D. 43. 24. 22. 4) riporta:

> *Si quis proiectum aut stilicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem* ([8]), *sed omne etiam supra id caelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse* ([9]).

E infine Paolo nel l. XXI *ad edictum* (D. 8. 2. 1 pr.) afferma:

> *Si intercedat solum publicum vel via publica, neque itineris actusve neque altius tollendi servitutes impedit: sed immitendi protegendi prohibendi* ([10]), *item luminum*

([7]) Coviello, *op. cit.*, p. 20 osserva che Pomponio, parlando di *mensura coeli*, autorizza a credere che i Romani considerassero limitato il diritto allo spazio: ad ogni modo il principio comunemente enunciato, secondo cui per i Romani la proprietà si estendeva *usque ad coelum* o *usque ad sidera* si trova solo nella Glossa *ad l. 21 pr.* D. *de serv.* 8. 1: sulla consolidazione del principio e le formule relative v. Abignente, *La proprietà del sottosuolo*, Roma 1888, p. 111-131.

Per quale fosse poi la *mensura coeli*, alla quale poteva ragguagliarsi la proprietà del titolare del fondo, Jhering, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthumer im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbücher f.d. Dogm.*, VI, 1865, p. 86, pone la determinazione nell'interesse pratico e fa l'esempio di una sporgenza da mille piedi di altezza da una rupe tagliata a picco su un terreno, il cui proprietario non può certo chiederne la rimozione.

([8]) La Fiorentina reca *humanitionum*.

([9]) Per questo passo v. Agrò, *Usque ad sidera*, in *Rivista di diritto aeronautico*, 1938, I, p. 29 sgg.

([10]) Dai Basilici *prohibendi* sembra doversi sostituire con il più logico *proiciendi*.

et stillicidiorum servitutem impedit, quia caelum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

Tutti questi autori, che ignorano assolutamente la nozione delle *res communes omnium*, indicano con le loro opinioni di ritenere che lo spazio partecipa della stessa natura del suolo cui sovrasta ([11]): di conseguenza se questo è pubblico lo spazio sovrastante è pure pubblico, se privato lo spazio è privato, se sacro lo spazio è sacro ([12]).

Ulpiano risulta invece avere in materia una concezione meno rigorosa, come dimostra in un passo tolto dal L. XVIII *ad edictum* (D. 9. 2. 29. 1), in cui afferma:

Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses, posse me tecum damni iniuria agere Proculus scribit: debuisti enim mecum ius mihi non esse protectum habere agere: nec esse aequum damnum me pati reccisis a te meis tignis, aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum traiectus erat aquae ductus citra servitutem, rescripsit iure suo posse eum intercidere, et merito, interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.

Il giurista si trova di fronte a due soluzioni, una, probabilmente tradizionale, di Proculo, secondo cui il taglio dei *tigna* era illegittimo, l'altra, più recente, di Settimo Severo, che ammetteva l'*intercisio* dell'acquedotto, e vuole stabilire se le due soluzioni siano contradditorie o possano invece conciliarsi alla luce di una certa *ratio*: egli ritiene di aver trovato tale *ratio* e quindi di poter accordare i due criteri.

Difatti Ulpiano dichiara che nel caso di sporto illegittimo il proprietario del suolo su cui esso si protende potrà agire con

([11]) JHERING, *op. cit.*, p. 86, che non tien conto della discordanza in ordine alla natura dell'*aër* fra i vari scrittori, distingue fra la parte dello spazio che partecipa della natura del suolo sottostante e quella che è *res communis*.

([12]) COVIELLO, *op. cit.*, p. 9 e AGRÒ, *l. cit.*; FERRINI, *Manuale etc.*, cit., p. 268, oppone però che nei testi questo non è pronunciato con sicurezza mai.

l'*actio negatoria*, ma non potrà recidere senz'altro il *protectum*, diversamente da quanto avrebbe potuto fare se il vicino avesse attraversato arbitrariamente il suo fondo con un acquedotto; varie sono state le spiegazioni che si sono volute dare di questa anomalia ([13]), ma resta ad ogni modo il fatto che nella specie si ha un'autodifesa che viene concessa per un acquedotto e negata invece per lo sporto, per cui l'intrusione nello spazio sovrastante il fondo è in ogni caso considerata in modo diverso da quella a contatto diretto con il suolo.

Che non si tratti di una alterazione o di una manifestazione eccezionale del pensiero di Ulpiano è dimostrato da un altro passo dello stesso autore tratto dal l. LXIX *ad edictum*, in cui è detto (D. 43. 17. 3. 5 e 6):

> 5. *Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.* 6. *Labeo quoque scribit ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo: interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui proiecto tegetur* ([14]). *An, quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic « uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus* ([15]) *est? »*.

([13]) JHERING, *op. cit.*, p. 85 sgg. e 90 spiega la singolare motivazione di Ulpiano, sostenendo che *in suo protexit* significa che lo sporto fa parte integrante della casa da cui si protende nè può demolirsi senza che la integrità di questa venga lesa o almeno messa in pericolo e che *in alieno fecit* esprime il fatto che l'acquedotto poggia e fa corpo con il fondo invaso; BONFANTE, (*note di Fadda e Bensa a Winscheid*, vol. VI, p. 38), osserva che lo sporto pone in essere una immissione indiretta, potendo esser costruito senza che si esca dalla casa vicina, mentre la costruzione dell'acquedotto costituisce immissione diretta; ACRÒ, *op. cit.*, p. 33-34, a sua volta, rileva che nella specie per l'acquedotto si ha una *accessio*, come mostrerebbe l'uso di *facere in alieno* usato normalmente quando si tratta di accessione di cosa altrui alla propria, e quindi l'acquedotto fa corpo con il fondo e di conseguenza il proprietario può reciderlo, operando su cosa propria e non altrui.

([14]) Il *Dig. Mil.* preferisce la lezione *legitur*.

([15]) Il testo corretto della Fiorentina reca *proiectum*.

Si è voluto ([16]) in tale passo correggere *inutile* con *utile* ([17]): accettando il testo della Fiorentina, e cioè la dizione *inutile*, Ulpiano si riporterebbe per rispondere al quesito proposto ad un'opinione di Cassio, il cui senso appare del tutto enigmatico a meno che non si voglia far dire a questo giurista che lo spazio atmosferico nella specie non rientra sotto nessun aspetto nella sfera giuridica del possessore del suolo ([18]).

A queste sue affermazioni Ulpiano non contraddice, quando nel l. LII *ad edictum* (D. 39. 1. 5 .10) dichiara:

> *Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum inmittere vel proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum* ([19]), *id est lapilli ictum* ([20]) *prohibere quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus,*

in quanto, se consiglia chi si ritenga danneggiato dall'edificazione, dall'immissione o dallo sporto altrui sul proprio suolo a non ricorrere alla *operis novi nuntiatio*, ammette però che in tali casi nella pratica si ricorreva anche alla *operis novi nuntiatio* stessa, che faceva dell'autore dell'atto di invasione un possessore.

([16]) Così Cuiacio e Mommsen seguiti da Bonfante *Dig. Mil.*: nessuna luce proviene dal successivo § 6, dove la questione è proposta, ma non risolta.

([17]) In tal caso Cassio direbbe che l'*interdictum uti possidetis* è dato *alteri adversus alterum* al possessore del suolo contro il possessore dello sporto, sia per far rimuovere questo illegittimamente proteso, sia per impedire qualsivoglia molestia da esso proveniente, e al possessore dello sporto contro il possessore del suolo per la manutenzione della sua costruzione: la tutela interdittale sarebbe quindi accordata per lo sporto solo a ragione del possesso della casa da cui esso si protende, come emergerebbe dalla formula dell'interdetto riferita da Labeone nel § 6.

([18]) Cfr. PAMPALONI, *op. cit.*, p. 59, n. 8.

([19]) Il *prohibere per manum* non consiste certo in un atto equivalente al taglio delle travi, perchè in tal caso il passo sarebbe in contraddizione con quelli precedentemente esaminati.

([20]) Una correzione della lezione della Fiorentina reca *id est per lapilli ictum*: Winscheid ritiene che queste parole siano insiticie e Bonfante *Dig. Mil.* le reputa interpolate.

Si deve a questo punto tener presente che nel diritto romano vige il principio dell'incomprimibilità del *dominium*, che tra i suoi attributi ricomprende l'estensione verticale. A ciò si ricollega il principio *superficies solo cedit*, per il quale tutto quanto è edificato sopra il suolo appartiene al proprietario di questo.

Tuttavia nel diritto classico, sia pure senza possibilità di configurazione dogmatica e solo per effetto di rimedi pretori, si fa strada la possibilità di separare la proprietà del suolo dal diritto di costruire e di godere la costruzione (diritto di superficie) ([21]).

Ciò premesso, si deve distinguere il diritto di proprietà dal suo concreto esercizio e, pur ammettendo, come si deve ammettere in una rigorosa valutazione, che il diritto allo spazio sovrastante sia un attributo della proprietà, questo diritto, che è concretamente esercitato sul suolo, non lo è nello spazio, fino a quando il proprietario in qualche modo non lo utilizzi.

Tale esercizio del diritto di proprietà, ove esso non si sia effettuato, non è attuale, ma è solo possibile per il proprietario, rientrando tra gli attributi del suo diritto.

Ove si escluda una retorica configurazione dell'estensione verticale del *dominium* ([22]) e di essa si abbia una visione concreta, si deve dire che il diritto del proprietario del suolo di esercitare il diritto sullo spazio sovrastante si pone in relazione di funzionalità e di accessorietà all'esercizio del diritto sul suolo.

Non ogni invasione dello spazio è a priori illecita, ma solo quelle invasioni che limitino o comprimano concretamente il diritto del proprietario e così, anzitutto, una limitazione è ammissibile, ove sia in qualche modo configurabile un diritto di superficie dell'occupante (così Cassio in D. 43. 17. 3. 5).

In ogni caso però dovrà essere il proprietario a dare la

([21]) V. da ultimo PASTORI, *La superficie in diritto romano*, Milano 1962.

([22]) FERRINI, *Manuale*, cit., p. 268 dichiara erroneo parlare di colonna d'aria per indicare lo spazio sovrastante un fondo.

prova della illiceità dell'occupazione: egli non potrà esercitare senz'altro l'autodifesa, come avviene nei riguardi di chi occupi il suolo, dove l'illiceità dell'altrui comportamento si qualifica con il fatto stesso dell'occupazione (così Ulpiano in D. 9. 2. 29. 1).

Dal ragionamento di Ulpiano non si può non desumere che talvolta, ossia quando non venga concretamente diminuito il diritto del proprietario del suolo, una utilizzazione dello spazio sovrastante il suolo sia ammissibile.

Inoltre il proprietario del suolo per ciò stesso non esercita il possesso sullo spazio, mancandogli il *corpus*, ossia la detenzione.

Infine, lo spazio può essere utilizzato in tutti i casi in cui esso sovrasti a cose occupabili.

Sotto questo aspetto ben si comprende allora come mai Ulpiano paragoni l'*aër* al *mare* ([23]) e spinga il confronto fino alla conseguenza di assimilare *piscari* e *aucupari* ([24]), ponendo come limite a quest'ultima attività il divieto di entrare nel fondo altrui: ne consegue che la caccia, se può esser praticata senza

([23]) PEROZZI, *Istitut.*, cit., p. 596, n. 1, elimina l'accenno all'*aër*, perchè trovasi in frase dal latino spropositato e perchè nella frase successiva si trae dall'*aër* una deduzione erronea, in quanto con la caccia sta in relazione lo spazio e non l'aria: lo stesso LOMBARDI, *Ricerche etc.*, cit., p. 100, n. 2, che pure attribuisce ai giustinianei il parallelo tra la pesca nel mare e la caccia nell'aria, trova il rilievo di Perozzi eccessivamente sottile, osservando anche che la deduzione erronea potrebbe attribuirsi anche ad Ulpiano e non necessariamente ai compilatori; v. anche dello stesso *Libertà di caccia e proprietà privata*, in *B.I.D.R.*, LIII-LIV, 1948, p. 319 sgg.; SCHERILLO, *op. cit.*, p. 33, n. 3, fa notare che è il solo caso in cui si accenna a un regime dell'aria come cosa.

([24]) BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, p. 120 elimina il cenno alla caccia, in quanto esso non si limita a dare forza maggiore con un argomento analogico alla risposta in materia di pesca, ma vuol estendere alla caccia la norma affermata a tutela della *piscatio*. SCHERILLO, *l. cit.*, non concorda con la affermazione di interpolazione, perchè, se il paragone con la pesca è per lo meno insensato, esso è anche però una diretta conseguenza dell'aver considerato l'aria una cosa alla stessa stregua del mare. Assolutamente genuino reputa il testo GARCIA GARRIDO, *Derecho a la caza y ius prohibendi en Roma*, in *Anuario de hist. del derecho esp.* XXVI, 1956, p. 312 sgg. che trova il parallelismo fra la caccia intesa come *aucupatio* e non come *venatio* (su questa distinzione v. CICERONE, *De senet.* 16. 56) perfettamente coerente con il raffronto iniziale fra *mare* e *aër*.

che si penetri in terreni di diversa proprietà, e cioè sempre che essa venga effettuata nello spazio aereo, deve senz'altro essere consentita; anche il rescritto greco di Antonino Pio, riportato da Callistrato (l. III *de cognitionibus*: D. 8. 3. 16), vietando l'*aucupatio* solo in quanto esercitata con l'immissione nei fondi altrui, ne ammetteva implicitamente la liceità se effettuata nel solo spazio aereo anche sovrastante i fondi stessi.

È probabile che Ulpiano, di origine orientale, sia stato più sensibile alle caratteristiche della caccia mediante falco o civetta, caccia, che ancora ignota nel mondo romano fino a Plinio il Vecchio ([25]), era invece ben conosciuta in Italia al tempo di Marziale (14, 216) ([26]) e di Oppiano (1, 65) e certo ben diffusa ai tempi del nostro giurista ([27]), che certo doveva considerarla, dato che nelle regioni orientali dell'Impero essa era praticata da molto prima dell'inizio dell'era volgare ([28]).

Pure in Oriente era da tempo diffusa la pratica dell'invio di colombi viaggiatori per notizie anche di carattere commerciale ([29]) e pertanto doveva non essere indifferente nella vita dei traffici l'affermazione del principio di libero passaggio dei piccioni viaggiatori per lo spazio aereo sovrastante qualsiasi terreno ([30]).

([25]) Cfr. REINACH, in *D.S.*, IX, p. 693 (2); V. PARIS, *Les origines de la fauconnerie*, in *Romania*, 12, p. 99.

([26]) V. anche APULEIO, *Apol.*, 1, 34, da cui risulta che tale caccia era nota in Africa ai tempi di questo scrittore.

([27]) La caccia con i rapaci risulta introdotta e praticata in Tracia e in Frigià molto prima dell'era cristiana; di essa non è alcun cenno in DALMASSO, *Caccia e pesca*, in *Guida allo studio della civiltà romana*, I, Napoli 1952, p. 573 sgg.

([28]) REINACH, *l. cit.*

([29]) Pherec., *ap. Ath.*, IX, p. 39; Aelian., *Var hist*, IX, 2: v. anche Plin., *Nat. hist.*, 10, 53 e Frontin., *Strat.*, 3, 13, 8; cfr. SAGLIO, in *D. S.*, I, P. II, p. 1333 sgg.; STEIER s. v. *taube* in *R.E.*, IV A 2, 1932, p. 2493-2494; von PLANITZ, *L'impiego degli animali in guerra*, in KRAEMER, *L'uomo e gli animali*, Milano s.d., II, p. 174; per l'impiego anche delle rondini per messaggi v. Plin., *Nat hist.*, 10, 34.

([30]) WEREMBERG, *op. cit.*, p. 17-18 dalla possibilità di far volare i piccioni sopra i fondi altrui desume addirittura la mancanza di proprietà sullo spazio sovrastante i fondi stessi: *contra* COVIELLO, *op. cit.*, p. 31-32, che osserva che l'impedimento del sorvolo non sarebbe tanto un'affermazione di proprietà, quanto un atto emulativo e come tale non permesso.

L'accenno perciò all'*usus aëris* raffrontato all'*usus maris* in Celso venne raccolto da Ulpiano in modo conseguenziale: la concezione di Ulpiano in materia di immissioni nello spazio sovrastante il fondo altrui ben armonizza con la sua configurazione dell'*aër* come *commune* alla stessa stregua del *mare*. Di conseguenza Marciano non dovette trovare alcuna difficoltà a raggruppare assieme *aër* e *mare*, tanto più che egli era particolarmente attento, come ben si sa, alle esigenze dei nuovi tempi e alle costumanze delle popolazioni extra italiche ([31]) soprattutto orientali. Pertanto, se la maggioranza dei giuristi romani rimase indifferente alla considerazione dell'*aër*, e in particolare fra essi quelli che erano più aderenti alla tradizione, altri, e precisamente coloro che miravano a isolare alcune cose dal generale ambito delle *res publicae*, considerarono con speciale attenzione con il *mare* anche l'*aër* e certo dovettero trovare suggestivo il raffronto fra la possibilità di sottrarre porzioni al *mare*, lanciandovi terra e pietre, e quella di invadere lo spazio aereo con costruzioni dello stesso materiale.

Non si può poi pensare che Marciano, riferendosi all'*aër*, abbia considerato particolarmente anche il problema dell'utilizzazione delle energie pneumatiche, sia perchè l'accostamento all'*aër* del mare sembra indicare che la sua osservazione è sempre in rapporto alla sua essenza spaziale, sia perchè all'epoca del giurista lo sfruttamento della forza del flusso aereo era di scarsa rilevanza ([32]): al più Marciano può aver ritenuto che nel

---

([31]) FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, in *Opere*, II, p. 287 sgg.

([32]) PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1920, p. 167, vede la possibilità anche in diritto romano di appropriarsi di una parte di aria comprimendola in un tubo: in effetti pompe ad aria compressa erano state inventate, ma la loro applicazione fu irrilevante: cfr. UCCELLI, *Le Scienze applicate e la tecnica*, Milano 1942-43, p. 469 e SANSONI, *Scienza e tecnica*, in *Storia della civiltà*, Milano 1951, p. 503.

Mentre il mulino a vento era sconosciuto all'occidente antico, essendo stato introdotto nel vicino Oriente dal Seistan (Asia Centrale) nei primi tempi musulmani (FORBES, *Energia motrice*, in *Storia della tecnologia*, II, Torino 1962, p. 626), la ruota a vento o mulinello (ἀνρεμοῦιον) è descritta da ERONE, *Pneumatica*, 1, 34 ed era già utilizzata per l'estrazione dell'acqua.

concetto di *aër* come cosa era possibile tener conto, oltre che dello spazio, anche delle forze in esso contenute.

5. *Aqua profluens.*

Come abbiamo già ricordato, fra tutti i giuristi solo Marciano considera l'*aqua profluens* (1). Alcuni (2) hanno voluto vedere in questa espressione l'acqua di qualsiasi natura e cioè come elemento, altri (3), appoggiandosi all'opinione di Teofilo (4), ritengono che essa significhi acqua perenne, altri (5) ancora la ritengono l'acqua piovana: il significato più sicuro di *aqua profluens* è quello però di acqua che scorre nei fiumi o meglio ancora all'aperto (6). Se questa concezione deve esser accolta, è necessario allora distinguere il fiume nei vari elementi, *alveus*, *ripae* e *aqua profluens*, ciascuno dei quali avrebbe una

---

(1) Grosso, *op. cit.*, p. 95 rileva che l'*acqua profluens* è citata in altri due passi, D. 39. 3. 1. 22 e C. 3. 34. 7, ma senza riferimenti al suo carattere di *res communis omnium*: osservando che ai testi riferiti si devono aggiungere D. 3. 34. 6 e D. 39. 3. 1. 20, in cui, come nel successivo § 22 Ulpiano si rifà a Labeone, è forse opportuno precisare che da essi tutti nessun elemento può trarsi non solo in ordine alla natura di *res communis omnium* dell'*aqua profluens*, ma neppure, come tale, in ordine a quella di *res* autonoma.

(2) Donello, *Comm. I.C.*, 4. 2. 5: sembra riportarsi a questa concezione anche Scherillo, *op. cit.*, p. 84; cfr. anche Pernice, *op. cit.*, p. 17 sgg.

(3) Hesse, *Rechtsverhaltn. zwisch. Gründstücksnachb*, Jena 1880, § 46, n. 155 e § 50, n. 185

(4) τὸ ὕδωρ τὸ ἀέννααον: i Basilici (58. 13. 1) traducono la voce del Digesto in ρέον

(5) Ossig, *Das römisches Wasserrecht*, Leipzig 1898, p. 47 sgg.: sulla nozione di *aqua pluvia* v. Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano 1940, p. 27 sgg. e sulla distinzione fra *aqua pluvia* e *aqua profluens* v. Humbert, in *D.S.*, I, p. 331 sgg.; irrilevante è l'argomento riferito da Bonfante, *op. cit.*, p. 52 che i passi che parlano di *aqua profluens* sono in tema di *actio aquae pluviae arcendae*, perchè nella specie si tratta solo dell'acqua che scorre da un fondo all'altro; come ben stessa precipita e non scorre.

(6) È quello che si può ricavare anche dai vari passi, in cui è menzione dell'*aqua profluens*: nel senso sopra accolto v. Scialoja, *op. cit.*, p. 136; Branca, *op. cit.*, p. 71-72; Lombardi, *Ricerche etc.*, cit., p. 101; Pampaloni, *Sulla condizione giuridica etc.*, cit., p. 210, n. 3, dichiara che per *aqua profluens* è comunemente inteso ogni volume di acqua che scorre.

propria regolamentazione giuridica ([7]); ove questa distinzione sia possibile, e dal punto di vista concettuale lo è certamente, la nozione di *aqua profluens* avrebbe allora un suo fondamento, mentre in realtà esso viene negato dalla prevalente dottrina ([8]): si è anche ritenuto che non Marciano, ma Giustiniano abbia posto l'acqua corrente dei fiumi fra le *res communes omnium* per spezzare la soluzione di continuità fra essa e le *res publicae*, che, sempre secondo Marciano, ricomprendono i *flumina publica* ([9]).

Ma anche coloro che hanno voluto ammettere la possibilità di individuare l'*aqua profluens* con l'acqua corrente, indipendente dall'alveo in cui scorre e dalle rive che la contengono, e che hanno ritenuto l'espressione genuina, non hanno indagato sulle ragioni di carattere pratico che devono aver indotto Marciano ad accogliere fra le *res communes omnium* l'*aqua profluens*.

Perchè l'*aqua profluens* abbia una sua autonomia rispetto ai fiumi, è necessario che essa possa venire utilizzata in modo del tutto specifico: è un fatto che della corrente si doveva giovare la navigazione, ma in genere la navigazione fluviale non si basava soltanto sulla forza della corrente, ma anche e soprattutto sul traino di animali e di schiavi e, ad ogni modo, necessitava per la sua direzione dell'intervento decisivo della mano degli uomini: alla forza della corrente, esclusivamente come tale, si ricorreva da epoca lontana in Oriente ([10]) e in epoca più

([7]) SCIALOJA, *op. cit.*, p. 136.

([8]) La concezione di Marciano dell'*aqua profluens* è ritenuta frutto di astrazione fra gli altri da BONFANTE, *op. cit.*, p. 53; GROSSO, *op. cit.*, p. 111-112; SCHERILLO, *l. cit.*; LOMBARDI, *op. cit.*; BURDESE, *Flumen*, in *Noviss. D. I.* e *Gli istituti di diritto privato romano*, Torino 1962, p. 48.

([9]) BRANCA, *op. cit.*, p. 238.

([10]) I mulini idraulici sono menzionati per la prima volta in una poesia di Antipatro di Tessalonica (in *Anthol. Graeca*, IX, n. 418) vissuto nel I sec. *a. Chr.*: Strabone, poi, morto nel 21 *p. Chr.* circa, narra (XII, 556) del mulino di Cabira nel Ponto, fatto costruire da Mitridate vicino al suo nuovo palazzo.

recente in Italia ([11]) per la macinazione del grano: il mulino del tipo cosiddetto scandinavo, ricordato da Plinio (*naturalis historia*, XVIII, 23-97), era già praticato da tempo e non richiedeva alcuna costruzione ([12]): anche il mulino verticale introdotto più tardi ad opera di un ingegnere del I secolo e descritto da Vitruvio ([13]), pur avendo un maggior rendimento, era spesso utilizzato senza diga, nè bottaccio, nè doccia ([14]); ai tempi di Marciano si cominciava appunto a diffondere l'uso del mulino idraulico ([15]) per l'insorgente insufficienza della mano d'opera e per il conseguente rialzo dei costi degli animali ([16]).

Non è poi da escludere che anche i mulini galleggianti, cui ricorse come espediente durante la campagna d'Italia, quando fu assediato in Roma, Belisario ([17]), fossero già conosciuti e utilizzati in Oriente e ritenuti come una novità solo perchè, impedendo essi sul Tevere la navigazione, su questo potevano esser fatti funzionare soltanto nei momenti eccezionali in cui le navi non avevano libero accesso, come appunto durante un assedio: certo i mulini galleggianti potevano adempiere alla loro funzione senza danneggiare la libera navigazione sui grandi fiumi esistenti fuori della penisola italica.

([11]) Un verso di Lucrezio, *de rer. nat.* 516, forse allude al mulino ad acqua: secondo FORBES, *op. cit.*, p. 604 la notizia di Plinio (XVIII 23-97) si riferisce probabilmente all'Italia settentrionale; il passo di 18. 97 *maior pars Italiae ruido utitur pilo, rotis etiam quas aqua verset obiter et molat* è da MORITZ, *Grain-Mills and Flour in the classical Antiquity*, Oxford 1958, p. 135, giudicato molto corrotto.

([12]) FORBES, *op. cit.*, p. 600-604.

([13]) *De architectura*, X, 5; Vitruvio scrisse probabilmente quest'opera fra il 23 e il 25 *p. Chr.* (cfr. SCHANZ-HOSTUS, *Geschichte d. röm. Literatur*, II, Münich 1935, p. 387).

([14]) FORBES, *op. cit.*, p. 605-606.

([15]) I mulini idraulici costruiti nelle terme di Caracalla furono inaugurati nel 216 *p. Chr.* e all'epoca di Costantino (312-337) il mulino idraulico era ormai diffusissimo se un persiano ellenizzato, Metrodoro, lo introdusse in quei tempi in India.

([16]) PALLADIO, *Opus Agriculturae*, I, 12 e 13 (II metà del IV sec.) dichiara che i mulini idraulici avrebbero alleggerito il lavoro degli uomini e degli animali.

([17]) PROCOPIO, *Guerra Gotica*, 1. 19.

È poi certo che i romani conoscevano la fluitazione ([18]): difatti il trasporto di tronchi d'albero a mezzo della sola corrente era praticato sin da epoca antichissima e l'origine di tale uso è forse da collocarsi in Oriente ([19]); all'epoca di Marciano indubbiamente la fluitazione era praticata ([20]) e doveva aver rilevanza economica non trascurabile.

Ora, perchè l'energia sviluppata dalla corrente dei fiumi e degli altri corsi d'acqua potesse essere sfruttata nei vari modi su accenati senza particolari ostacoli, era necessario che venissero affermati principi favorevoli alla libera iniziativa in materia: Marciano si indirizzò per questa via, quando, nel delineare sulla scorta di precedenti spunti una categoria di cose svincolate sia dal regime relativo alle *res publicae* sia da quello relativo alle *res privatae*, incluse in essa accanto al mare, al lido del mare e all'*aër*, dei quali altri giuristi avevano già rilevato le peculiarità, anche l'*aqua profluens*, che fino ad allora non era stata individuata, almeno sotto il profilo giuridico, come cosa a sè stante.

Pertanto l'*aqua profluens* non è un'astrazione, non si riferisce a concezioni filosofiche, non è un elemento introdotto solo per ragioni di simmetria, rappresenta invece il tentativo di dare una configurazione giuridica a un'entità suscettibile di utilizzazione economica e rilevante nella vita sociale dell'epoca: si può ben affermare che Marciano in qualche modo cerca di introdurre nella considerazione giuridica le energie materiali,

---

([18]) V. notizie storiche in CODIGNOLA, *La massa trabaria*, Firenze 1940.

([19]) Cfr. DIONIGI DI ALICARNASSO, *Antiq. rom.*, XX, 15-16: v. le deduzioni da questo passo in GAMBI, *Calabria*, Torino 1964, p. 78.

([20]) Già Vitruvio *de archit.* II, 9-14 allude alla fluitazione, quando dice *larix... propterque pondus ab aqua non sustinetur, sed, cum portatur, aut in navibus aut supra abiegnas rates collocatur*, e così Plinio *nat. hist.* XVI, 76, quando racconta che *abietis quae pars a terra fluit, e nodis est aeque quam diximus ratione fluviata decorticatur*: cfr. ancora Plinio *nat. hist.* XVI, 73 (*lignum in longitudinem fluctuatur: ut quae pars fluit ab radice, validius sit*), dove è dubbio che si alluda alla fluitazione o alla macerazione, ma anche in quest'ultimo caso si avrebbe uno sfruttamento economico della corrente d'acqua.

anche se naturalmente questa nozione appare appena intuita e rimane del tutto isolata. Benchè la *aqua profluens* come cosa in senso giuridico sia stata recepita nel diritto giustinianeo, tuttavia la mancanza di un'elaborazione successiva a Marciano consentì di non dare ad essa alcuna conseguenza pratica, cosicchè l'utilizzazione dell'*acqua profluens* nella molitoria o in altra attività non venne particolarmente incoraggiata sotto il profilo di *res communis* ([21]).

III. Osservazioni finali

L'esame finora compiuto ha permesso di stabilire che sino ad Ulpiano la giurisprudenza romana aveva intravisto alcune peculiarità del mare e del lido del mare, senza tuttavia arrivare a costruire con essi e con altri elementi una categoria di *res*. Mare e lido del mare erano ritenuti originariamente dai giuristi *res publicae*, ma alcune loro differenze di regime rispetto a queste erano nondimeno state poste in rilievo: già Nerazio (D. 41. 1. 14. 1) dava per pacifico che l'edificio costruito sul lido del mare dal singolo fosse privato, mentre la porzione del lido, che per la rovina dell'edificio fosse tornata libera, sarebbe ridiventata pubblica e questo trattamento è confermato dallo stesso Marciano in D. 1. 8. 6. pr.; gli oggetti trovati sul lido, come *lapilli*, *gemmae*, *margaritae*, sono acquisiti in proprietà da chi li trovi, come affermano Florentino (D. 1. 8. 3) e Paolo (D. 41. 2. 1. 1, nonchè *Inst.* 2. 1. 18), mentre lo

([21]) Anzi, quando i mulini invasero il Gianicolo per utilizzare l'acqua corrente proveniente dal dirottamento di quella portata fin là dall'acquedotto di Traiano (Procopio, *Guerra Gotica* 5. 19. 8), l'opposizione di coloro che su questo territorio godevano diritti legali e dei proprietari dei vecchi pistrini finì per provocare un editto emesso nel 395 da Onorio e Arcadio che proibì l'abuso (*C. Th.* 15. 2. 6): di conseguenza il principio della libertà dell'uso dell'*acqua profluens* deducibile da Marciano dovette esser combattuto per impedire che lo sfruttamento dell'acqua corrente finisse per nuocere agli interessi della collettività, come anche si può arguire da *C.I.* 11.43. 10 di Zenone e da Cassiodoro, *Variae* 3. 31.

stesso non avviene per il rinvenimento in altri luoghi pubblici; l'*insula in mari enata*, poi, come affermano Gaio (D. 41. 1. 7. 3) e Paolo (D. 41. 2. 1. 1), può essere acquistata *per occupationem* a differenza dell'isola nata in un fiume pubblico, che era pure pubblica, come ci è testimoniato da Labeone (D. 41. 1. 65. 4).

Questa differenza nella situazione del mare e del lido del mare rispetto alle altre cose pubbliche è giustificata dalla loro particolare natura; ma i vari giuristi, che la avvertirono, non trovarono necessario costituire una categoria al di fuori delle *res publicae*, limitandosi a individuare nel mare e nel lido *res*, la cui natura pubblica si fondava sul *ius gentium*, in quanto non alla volontà e quindi a un atto di imperio dello stato essa era dovuta, ma solo a un'intrinseca condizione delle cose stesse. È solo con Ulpiano che mare e lido del mare vengono dichiarati *communia* e in qualche modo contrapposti alle *res publicae*: particolarità di regime e qualche analogia con il mare portano inoltre Ulpiano a collocare accanto a questo e al suo lido anche l'*aër*. Una volta intravista la possibilità di considerare in modo autonomo alcune cose di uso pubblico con la giustificazione offerta dalla loro natura e quindi dal *ius gentium*, Marciano potè trovare un punto di riferimento anche per indicare il regime cui sottoporre elementi sino ad allora sfuggiti ad una particolare considerazione, ma la cui utilizzazione economica esigeva una precisa disciplina giuridica. Se ancora lo sfruttamento delle energie contenute nell'aria non era particolarmente rilevante, per quanto già iniziato, tuttavia Ulpiano aveva già richiamato l'attenzione sulla necessità di configurare giuridicamente lo spazio in modo diverso dal suolo sottostante, così che alcune attività possibili appunto nello spazio venissero a ottenere uno specifico trattamento. Ma soprattutto la costituzione di una nuova categoria al di fuori delle *res publicae* dovette parere a Marciano essenziale per l'*aqua profluens*, proprio per-

chè già alla sua epoca e negli ambienti in cui si era formato (1) e che ormai si imponevano alla considerazione del diritto romano (2), lo sfruttamento dell'*aqua profluens* diveniva sempre più frequente ed economicamente importante, esigendo un trattamento giuridico che non era facile adattare negli schemi preesistenti. Di conseguenza Marciano non costruì una categoria in forza di pure reminiscenze filosofiche o per ragioni di tradizione culturale (3): certo non si può negare che letterati e filosofi abbiano indicato alcune particolarità in vari elementi, ma questo mostra al più che la ricerca di una loro esatta collocazione negli schemi giuridici non era dovuta solo a preoccupazioni teoriche, bensì rispondeva a esigenze di carattere pratico e logico.

Se le peculiarità di regime si fossero limitate a quelle riferite al mare e al lido del mare, sarebbe forse stata sufficiente la loro caratterizzazione nel campo delle *res publicae*, come appunto veniva fatto sino a Paolo, con l'individuare il gruppo delle *res publicae iuris gentium* e con l'introdurre in esso tali cose insieme con altre: era la rilevanza dell'*aër* e soprattutto dell'*aqua profluens* a non permettere di ritenere soddisfacente questa soluzione e perciò Marciano, utilizzando l'intuizione di Ulpiano, tracciò un nuovo schema, in cui mare e lido del mare poterono offrire il modello di regime su cui costruire quello dell'*aër* e dell'*aqua profluens*. Dal punto di vista pratico questo regime valeva soprattutto a fornire al privato i mezzi di tutela dello sfruttamento dell'*aër* e dell'*aqua profluens*. Marciano però rappresenta in questo campo la fase finale dell'elaborazione giurisprudenziale e quindi i concetti da lui costruiti non poterono subire ulteriori perfezionamenti. I compilatori giusti-

---

(1) FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, II, p. 317 che rileva la particolare considerazione rivolta da Marciano a usi e istituti provinciali.

(2) FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, cit., p. 287 sgg.

(3) PERNICE, *op. cit.*, p. 8 sgg.; BONFANTE, *op. cit.*, p. 45 sgg.; SCHERILLO, *Le cose*, cit., p. 84 sgg.

nianei, molto spesso inclini ad accogliere solo per preoccupazioni scientifiche dottrine che erano loro, se non estranee, per lo meno indifferenti, non mostrano poi di dare efficacia pratica alla categoria delle *res communes omnium*, mentre proprio il loro atteggiamento tende a imporre rilevanza e consistenza al principio, poi consolidatosi nel diritto comune, della proprietà *usque ad sidera* e a frenare l'utilizzazione dell'*aqua profluens* per affermare su questa il superiore diritto dello Stato ([4]).

([4]) Atteggiamento che avrà uno sviluppo conseguente nel Medio Evo, in cui normalmente sulle acque e il loro sfruttamento è affermato il diritto del potere politico: v. ASTUTI, *Acque*, in *Enciclopedia del diritto*, I, 1958, p. 270 sgg.