

© copyright Edizioni Università di Trieste, Trieste 2017.

Proprietà letteraria riservata.

I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale e parziale di questa pubblicazione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, le fotocopie e altro) sono riservati per tutti i paesi.

ISBN 978-88-8303-857-0 (print)

ISBN 978-88-8303-858-7 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste

Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste

eut@units.it

<http://eut.units.it>

<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

IL GOVERNO DEL TERRITORIO
NELL'ESPERIENZA
STORICO-GIURIDICA

a cura di

Paolo Ferretti, Mario Fiorentini, Davide Rossi



Edizioni
Università
di Trieste

SOMMARIO

- 9 Premessa
Alessandro Dani
- 15 La lettura giurisprudenziale dei ‘beni comuni’ in una decisione della Rota fiorentina del 1742
Rosario De Castro-Camero
- 37 *La cautio damni infecti* y otros recursos relacionados con la retirada de escombros
Lauretta Maganzani
- 57 Per una revisione del concetto di ‘colonizzazione fittizia’ in Transpadana: nuovi dati da Verona
Carla Masi Doria
- 87 Acque e templi nell’Urbe: uso e riti. Il caso della Vestale Tuccia
Nicoletta Sarti
- 123 Dimensione urbana e territorio rustico nello specchio degli atti emulativi. Una prospettiva storica

TAVOLA ROTONDA – BENI COMUNI E GESTIONE DEI SERVIZI TRA PUBBLICO E PRIVATO

- Mauro Barberis*
- 163 Benicomuni: l’eresia e l’abracadabra
Riccardo Ferrante
- 173 Per una storia giuridica dei beni comuni
Mario Fiorentini
- 189 Note a margine alla Tavola Rotonda su “Beni comuni e gestione dei servizi tra pubblico e privato”
Paolo Giangaspero
- 197 I beni comuni come base per un nuovo ordine costituzionale?

“L’antica distinzione tra uomo e natura, tra abitante di città e abitante di campagna, tra greco e barbaro, tra cittadino e forestiero, non vale più: l’intero pianeta è ormai diventato un villaggio, e di conseguenza il più piccolo dei rioni deve essere progettato come un modello funzionale del mondo intero”.

Lewis Mumford

PREMESSA

Nell'autunno del 2014, nell'ambito di un progetto di ricerca finanziato dall'Ateneo triestino¹, abbiamo organizzato un ciclo di lezioni dal titolo *La tutela del territorio nella prospettiva storico – giuridica*.

Per condurre al meglio questa iniziativa ci siamo rivolti ad amici e colleghi di varie Università italiane e straniere: essi hanno risposto con entusiasmo, fornendo a giovani che si stavano affacciando per la prima volta al mondo del diritto tante visuali diverse, tante lenti attraverso cui guardare ai fenomeni giuridici in una delle dimensioni più affascinanti ed attuali, ossia quella del rapporto tra l'uomo e l'ambiente che lo circonda.

Lo spazio – sia esso urbano quanto quello agricolo – può ben considerarsi una sorta di *bene comune* all'interno del quale singoli e comunità cercano una propria identità ed un senso di appartenenza, e più questa è condivisa, maggiore è la qualità della vita offerta. Attraverso la comprensione dei meccanismi di affiliazione ad una *civitas* si possono individuare, nel divenire dei secoli, le direzioni intraprese dai gruppi di potere che si sono nel tempo susseguiti, le cui scelte si sono tradotte in gestione della *res publica* e, conseguentemente, in controllo ed indirizzo del territorio.

Nello specifico, quando si parla in chiave storica del concetto di *ambiente* è necessario, a nostro avviso, evitare di cadere nella trappola 'con-

¹ Si tratta del Finanziamento di Ricerca di Ateneo (FRA) 2012, dal titolo *La tutela del territorio nella prospettiva storico-giuridica*, di cui era responsabile Mario Fiorentini.

tinuista¹, pensando che l'esperienza² antica abbia elaborato mezzi di contrasto dell'inquinamento ambientale simili a quelli escogitati nella nostra contemporaneità³. La qualità della vita urbana era sicuramente monitorata, anche se certamente in via solo empirica, attraverso una serie di misure che miravano ad assicurare la buona tenuta delle fognature, ad impedire l'abbandono di carcasse animali o di letame lungo le strade, ad imporre lo sgombero di residui edilizi⁴; ma non si arrivò mai a concepire una difesa delle qualità organolettiche delle acque o della natura in quanto bene autonomo. La nozione di ambiente, infatti, con quella connessa della sua tutela contro le aggressioni determinate dalle attività umane, è recente: l'immagine del libro di John McNeill – *Qualcosa di nuovo sotto il sole* – è illuminante per farci comprendere la profonda frattura con le esperienze del passato apertasi a partire dal ventesimo secolo⁵.

Quindi, l'esplorazione delle interazioni sviluppatesi nel mondo antico con l'ambiente deve orientarsi inevitabilmente verso altri ambiti della ricerca: sui problemi delle strutture agrarie e dell'organizzazione

2 Secondo l'ormai classica accezione per primo offerta da G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma 1937, e poi definita da Salvatore ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.

3 Cfr., per tutti, J. L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental: la contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Madrid 2003, su cui M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?* I. *La contaminazione delle acque*, in *Index*, XXXIV, 2006, 353 ss.; II. *La tutela boschiva*, in *Index*, XXXV, 2007, 325 ss.

4 Sulle normative dirette alla sanità cittadina rimandiamo alla visione d'insieme di S. PANCIERA, *Nettezza urbana a Roma. Organizzazione e responsabili*, in *Sordes urbis: la eliminación de residuos en la ciudad romana*. Actas de la Reunión de Roma, 15-16 de noviembre de 1996, a cura di X. Dupré Raventós e J. A. Remolá, 95 ss. Sui residui edilizi si veda in questa raccolta, R. DE CASTRO CAMERO, *la cautio damni infecti y otros recursos pretorios relacionados con la retirada de escombros en Roma*. Per il cambiamento concettuale offerto dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione francese si rimanda a M. FERRARI, *Ideologia, «ismi», e linguaggio politico: «industrie», «industriel», «industrialisme» (1800 - 1824)*, in *I linguaggi politici delle Rivoluzioni in Europa (XVII - XIX)*. Atti del convegno. Lecce, 11-13 ottobre 1990, a cura di E. Pii, Firenze 1992 e a M. AUGELLO, *Il dibattito in Francia su economia e società e la soluzione «industrialista» (1814 - 1830)*, in *Rassegna economica*, 1, 1981, 7 ss.

5 J. R. MCNEILL, *Qualcosa di nuovo sotto il sole. Storia dell'ambiente nel XX secolo*, tr. it., Torino 2002.

territoriale dello sfruttamento della terra, sui rapporti di vicinato, sulla gestione dei beni collettivi, sui rapporti tra risorse naturali e sacro, per citare alcuni dei molteplici ambiti.

Da queste linee di indagine sono sorte le *Lezioni Triestine* che andiamo a pubblicare, qui riportate secondo l'ordine alfabetico, e non quello temporale, dei vari interventi. Seguendo quest'ultimo criterio, infatti, ha aperto il ciclo di conferenze Nicoletta Sarti (6 ottobre), la quale ha sviluppato un tema a lei molto caro, quello degli atti di emulazione, oggetto di un suo libro di grande spessore⁶.

Ha fatto seguito Rosario de Castro Camero (13 ottobre), con una lezione contenente un'accurata messa a punto dei mezzi pretori atti ad assicurare il decoro urbano mediante l'eliminazione delle macerie degli edifici (su tutti *cautio damni infecti* e *interdictum de ruderibus tollendis*).

Anche Alessandro Dani (28 ottobre) ha svolto una conferenza su un argomento da lui assai studiato con copia di documentazione di prima mano, inquadrando una vicenda processuale svoltasi nel Senese tra una comunità ed una famiglia in relazione al diritto di raccolta di castagne nel più generale e complesso quadro della gestione dei beni collettivi.

Lauretta Maganzani (12 novembre) ha poi esaminato il ritrovamento di un frammento di catasto bronzeo a Verona, risalente ad età precedente la deduzione della colonia, un documento che rimette in discussione tutto il processo storico della romanizzazione della Transpadana nell'ultimo convulso secolo della Repubblica e contribuisce a fare luce sulle modalità della gestione del territorio da parte dei Romani⁷.

Infine, Carla Masi Doria (16 dicembre) ha analizzato un episodio della 'mitistoria' romana – il caso della vestale Tuccia – rapportandolo alla visione romana della sacralità delle acque.

Nell'ambito delle *Lezioni* si è infine tenuta una "Tavola Rotonda" su *Beni comuni e gestione dei servizi tra pubblico e privato*, alla quale han-

6 N. SARTI, *Inter vicinos praesumitur aemulatio. Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune*, Milano 2003.

7 La studiosa milanese ha già in precedenza analizzato il documento: L. MAGANZANI, *Il nuovo catasto di Verona. Profili giuridici*, in G. CAVALIERI MANASSE, G. CRESCI MARRONE (a cura di), *Un nuovo frammento di forma dal Capitolium di Verona*, in *Trans Padum ... usque ad Alpes. Roma tra il Po e le Alpi: dalla romanizzazione alla romanità*. Atti del Convegno Venezia 13-15 maggio 2014, Roma 2015, 93 ss.

no preso parte Mauro Barberis, Paolo Giangaspero, Riccardo Ferrante, Sandro De Götzen e Mario Fiorentini, i quali, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, hanno illustrato la loro visione della nozione, oggi particolarmente inflazionata, di "bene comune".

Come si può intuire, si tratta di un ventaglio estremamente omogeneo di prospettive, pur nella molteplicità delle loro manifestazioni. La necessità di pubblicare queste *Lezioni*, perciò, è stata sentita impellente dagli organizzatori.

Ma una forte spinta alla pubblicazione non è venuta solamente dalla qualità elevata dei contributi dei relatori.

Un altro motivo è stato quello di tentare di rivitalizzare in qualche modo le celebri *Conferenze Romanistiche Triestine*, di cui furono pubblicati due volumi tra il 1960 e il 1967⁸. Il primo era stato curato da Carlo Alberto Maschi e raccoglieva conferenze svoltesi tra il 1950 e il 1959, corredato di una *Prefazione* agitata da un forte pessimismo sulle sorti delle discipline storico – giuridiche⁹. Già allora veniva denunciato il sempre crescente disinteresse che i giuristi positivi mostravano verso una formazione umanistica del diritto, intrisa di conoscenza storica e di preparazione professionale alimentata dalla dogmatica romana, segno della progressiva iperspecializzazione, sganciata da una visione più generale. Al netto di espressioni figlie del loro tempo¹⁰, la visione del futuro delle scienze giuridiche emergente dalle pagine introduttive scritte dal romanista veneto appaiono fin troppo profetiche.

Il fenomeno si è accentuato in questi ultimi decenni, segnati dalla progressiva sopraffazione del dato economico sul giuridico, che ha acuitizzato quella spinta utilitaristica già lamentata da Maschi nella ci-

8 *Conferenze Romanistiche*, I, Milano 1960, con contributi di Biondo Biondi, Max Kaser, Pietro De Francisci, Erich Genzmer, Fernand De Visscher, Giuseppe Branca e Giovanni Pugliese; *Conferenze Romanistiche* II, Milano 1967, con conferenze di Jean Gaudemet, Giuseppe Ignazio Luzzatto, Carlo Ghisalberti, Guido Astuti, Pasquale Voci, Alberto Burdese, Carlo Alberto Maschi e Giovanbattista Impallomeni.

9 C. A. MASCHI, *Prefazione a Conferenze Romanistiche*, cit., III ss.

10 Come il rammarico per la perdita «fiducia nei valori tradizionali», a cui «non ha saputo sostituire altri più veri» (ivi, VI), che sono «i valori naturali e razionali e quelli spirituali e religiosi del mondo classico e della nuova etica cristiana» (VII), i «valori essenziali» che non dovrebbero mai essere traditi (X).

tata *Prefazione*. In concorso con la crisi economica e sociale che ha estremamente ridotto le opportunità di lavoro, imponendo una visione sempre più di corto respiro nel processo di formazione professionale e nella ricerca di occupazione, le discipline storico-giuridiche rischiano di vedersi sempre più confinate a quel ruolo di «disciplina di lusso e più decorativa che formativa»¹¹.

Il lunghissimo intervallo trascorso tra la seconda raccolta di *Conferenze* del 1967 e la presente raccolta di *Lezioni* del 2017 rende impossibile pretendere di considerare il ciclo di lezioni qui presentato come semplice continuazione di quell'esperienza ormai passata, di cui furono protagonisti Maestri a cui tutti noi dobbiamo molto, da Giuseppe Branca a Giovanni Pugliese, da Pietro De Francisci a Max Kaser, a Guido Astuti, Giuseppe Grosso, Carlo Ghisalberti e Giovanbattista Impallomeni.

Questa raccolta vorrebbe almeno tentare di rivitalizzare quella vicenda ormai lontana, fornendo un percorso formativo che unisca al rigore scientifico, che colloca i fenomeni nella loro corretta cornice storica, l'interesse per una tematica attualissima.

E la comprensione del problema del *Governo del territorio*, in chiave diacronica quanto sincronica, diventa centrale, in una prospettiva in cui «dove non vi sia per l'uomo un piano di vita conveniente e fatto per lui, aperto ad ogni possibilità di renderlo migliore, non vedo alcuna speranza per una buona architettura»¹².

Trieste, aprile 2017

Paolo Ferretti, Mario Fiorentini, Davide Rossi

¹¹ C. A. MASCHI, *Prefazione*, cit., XI.

¹² F.L. WRIGHT, *Architettura organica*, Milano 1945, 27.

LA LETTURA GIURISPRUDENZIALE DEI 'BENI COMUNI' IN UNA DECISIONE DELLA ROTA FIORENTINA DEL 1742*

ALESSANDRO DANI

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La sentenza e le sue circostanze. – 3. I punti giuridici salienti: a) La coesistenza di domini; b) Il concetto di una proprietà collettiva-comunitaria distinta da quella comunale; c) La paterna tutela del Principe sui beni comuni. – 4. La decisione come 'canto del cigno' di una concezione pre-moderna dei beni comuni. – 5. Qualche motivo di attualità.

1. Premessa

Nel dibattito intorno ai beni comuni – categoria oggi divenuta tanto vasta quanto confusa – sono frequenti richiami ed accostamenti ad esperienze storiche e situazioni giuridiche del passato, vuoi dell'epoca romana (come le *res communes omnium* e le *res publicae*) che di quelle medievale e moderna (come i *communia* o *commons*). Al di là della pertinenza o meno di tali riferimenti, si scorge spesso la volontà di superare certe aporie della grande dicotomia della modernità giuridica

* La lezione tenuta il 28 ottobre 2014 nell'ambito degli incontri triestini dedicati a *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica* riguardò *Il concetto giuridico di 'beni comuni' tra passato e presente*. Poiché il testo, in forma ampliata, già si legge sulla rivista on-line *Historia et ius*, 2014, 6, paper 7 (www.historiaetius.eu), si è ritenuto opportuno proporre qui l'approfondimento di un aspetto particolare affrontato in quell'occasione, rinviando per un inquadramento generale del tema all'articolo nella suddetta rivista.

tra 'pubblico' e 'privato', tra Stato e mercato, per introdurre un nuovo elemento, l'ambito del 'comune', capace di restituire ai cittadini forme di accesso tutelato a determinati beni e servizi indispensabili per la vita – o almeno per una vita dignitosa. Essi dovrebbero inoltre essere gestiti non secondo logiche puramente produttivistiche o burocratiche, ma favorendo la partecipazione, il controllo e la tutela della collettività¹. In molti casi ciò che si propone è una declinazione del 'pubblico' in forme meno alienate, più vicine a quel 'popolo' a cui etimologicamente si collega, che sta a suo fondamento costitutivo ed il cui interesse dovrebbe sempre garantire².

Ma, nonostante qualche autorevole apertura, come la pronuncia della Corte di Cassazione n. 3665 del 14 febbraio 2011³, varie iniziative dal

1 Cfr. ad es. A. LUCARELLI, *Beni comuni: dalla teoria all'azione politica*, s. I. (ma Viareggio 2011); A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni. Per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 2013, 11.

2 Appare condivisibile quanto osserva, a proposito della non equidistanza del 'comune' dal 'pubblico' e dal 'privato', T. SEPPILLI, *Sulla questione dei beni comuni: un contributo antropologico per la costruzione di una strategia politica*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Introduzione di M. R. Marella, Postfazione di S. Rodotà, Verona 2012, 117.

3 Nella sentenza, riguardante le 'valli di pesca' nella laguna di Venezia, la Cassazione ha adoperato il concetto di 'beni comuni', indicando beni che, a prescindere dal titolo di proprietà, sono funzionali al perseguimento e soddisfacimento degli interessi della collettività costituzionalmente riconosciuti. In questo senso i beni pubblici possono intendersi di duplice appartenenza: della collettività fruitrice e dell'ente esponenziale che ha il compito di assicurare la fruizione comune del bene, nonché la conservazione delle sue caratteristiche. Si può prescindere dal titolo di proprietà «risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività». Tra i vari commenti, cfr. S. LIETO, «Beni comuni», diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica, in *Politica del diritto*, 2011, II, 331-350; C. M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, XII, 2506-2514; E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro it.*, 2012, I, 573 ss. Su di essa si vedano anche le considerazioni di P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, LXVI.4, 1081-1083, in cui si colloca il tema in un'ampia prospettiva storico-giuridica.

valore soprattutto simbolico ed il Progetto di modifica al III libro del Codice civile redatto nel 2008 dalla Commissione presieduta da Stefano Rodotà⁴, si può dire che quella dei 'beni comuni' è una realtà giuridica embrionale, in via di faticosa definizione, se si eccettua quel particolare tipo di beni comuni-comunitari che il nostro ordinamento riconosce come demani civici e proprietà collettive⁵.

Forse il contributo più consono che lo storico del diritto può offrire al dibattito attuale è di chiarire in modo puntuale le situazioni del passato, dal punto di vista effettivo oltre che teorico, nonché le peculiarità dei contesti giuridici e istituzionali in cui si inserivano, nella considerazione che il concetto di 'beni comuni' acquista caratteri e valenze diverse a seconda dello scenario complessivo in cui si colloca. Ciò non vuol dire che – al di là di ipotesi 'neo-medievaliste' poco praticabili – non possano emergere degli elementi, degli spunti, di cui tenere conto in vista di un riequilibrio del nostro sistema giuridico, all'insegna di un necessario ridimensionamento tanto di un esasperato individualismo liberista, quanto di uno statalismo burocratico altrettanto nefasto.

La decisione della Rota fiorentina che ci apprestiamo a seguire nei suoi passi salienti testimonia in primo luogo una realtà diffusissima nel Medioevo e in Et  moderna: quella della scomposizione dei beni in funzione delle utilit  che potevano offrire all'uomo. La *res* non   vista

4 La Commissione, distinguendo i beni in *pubblici*, *privati* e *comuni* (e cos  introducendo la nuova categoria), ha fornito di questi ultimi una nozione ampia ed elastica. Ha definito infatti i beni comuni come quelli «che esprimono utilit  funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonch  al libero sviluppo della persona», con la menzione esplicita non esaustiva delle risorse naturali, paesaggistiche, dei beni culturali, ambientali, archeologici, prevedendo altres  la coordinazione con i demani civici. I beni comuni, secondo le intenzioni della Commissione, dovrebbero essere fortemente tutelati dall'ordinamento anche a beneficio delle generazioni future, con garanzia della loro fruizione collettiva secondo le modalit  stabilite dalla legge e con limitata possibilit  di concessioni a privati. Di essi potrebbero essere titolari sia persone giuridiche pubbliche che privati, ma con l'attribuzione della tutela inibitoria a chiunque possa fruire delle utilit  dei beni comuni, «in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione». La tutela risarcitoria e quella restitutoria spetterebbero invece allo Stato. Cfr. *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 161-168.

5 Sull'argomento cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici: aspetti e problemi delle propriet  collettive*, Milano 2000; M.A. LORIZIO et al., *Usi civici. Ieri e oggi. Studi raccolti dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Velletri*, Padova 2007.

come un oggetto monolitico in balia assoluta della volontà di un proprietario (pubblico o privato che sia), ma la sua identità si scompone, come la luce in un prisma, nei vari modi di utilizzo che consente. Le situazioni giuridiche potevano essere diverse: coesistenza di *dominia* (come in questo caso), ma anche diritti reali di godimento *in re aliena*, fino ad usi e facoltà di vario tipo. Ma il dato significativo è la possibilità che un bene possa essere fruito, in base alle sue caratteristiche, e spesso in virtù di radicate consuetudini e aspettative della popolazione, da una pluralità di soggetti.

La decisione attesta poi un altro elemento degno di nota: la possibilità del dominio di un bene (o di un altro e più limitato diritto reale) in capo ad una comunità di utenti senza la formalizzazione di questa in persona giuridica. Un *dominio comunitario* dunque, diverso dalla proprietà comunale, diverso dal condominio romanistico per quote, diverso dalla situazione delle *res communes omnium*⁶. Si tratta di qualcosa di assimilabile – ma non del tutto, e vedremo perché – ai demani civici attuali: un tipo di ‘beni comuni’ – comunitari da non confondere con quelle risorse (come l’acqua potabile, l’aria, la salubrità dell’ambiente ecc.) riferibili alla collettività più ampia, o con i *new commons* del tipo di Internet o delle tecnologie informatiche di accesso libero.

Un ulteriore aspetto degno di nota è la funzione di *tutela* ordinariamente assegnata al potere superiore: il sovrano è titolare di un alto dominio (*quoad iurisdictionem et protectionem*) sul territorio soggetto (fondamento stesso di tale potere tutorio) e può sottrarre egli solo, in casi particolari, tali beni alla fruizione collettiva.

Prima di esaminare questi tre motivi di interesse, in tutta la loro distanza dalle certezze giuridiche moderne, occorre però dire qualcosa sulla decisione e sui fatti che la solleccitarono.

⁶ Per quest’ultimo profilo si vedano le condivisibili osservazioni di M. FIORENTINI, *L’acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *Analisi giuridica dell’economia*, I, 2010, 39-78.

2. La sentenza e le sue circostanze

La decisione *Senensis iuris colligendi castaneas sylvestres* reca la data del 24 settembre 1742, la relazione a sentenza fu opera dei giudici rotali Alessandro Luci e Rinaldo degli Albizzi ed occupa 71 pagine del tomo decimo, curato da Celso Marzucchi, della grande raccolta delle decisioni della Rota fiorentina edita nella città gigliata nel corso dell'Ottocento⁷.

Si deve a Luca Mannori di aver per primo colto l'interesse di essa e di averne indicato i tratti giuridici salienti⁸. La parte iniziale di taglio teorico generale (Articolo I, *Si premettono alcune cose generali*), di 11 pagine, fu inserita dagli estensori per procedere «con maggior chiarezza, e con maggiore ordine»⁹. Essi ritennero di dover premettere «alcune cose generali necessarie all'intelligenza di quanto si dirà nel secondo, e terzo articolo, dove s'addurranno le ragioni più particolari»¹⁰, e dunque questa parte, pur occasionata da una situazione specifica, si presenta come un contributo propriamente dogmatico di più ampia portata.

La dottrina richiamata è, soprattutto, quella del tardo diritto comune specialista sui temi toccati: il libro *De servitutibus* del *Theatrum* di Giovanni Battista De Luca¹¹, i celebri trattati, sul medesimo argomento, di Bartolomeo Cipolla e di Francesco Maria Pecchi¹², il trattato sui pascoli dello spagnolo Fernandez De Otero, con le annotazioni di Vincenzo Bondeni¹³, i trattati sui frutti del Lagunez, del Barbato e del

⁷ *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina dal 1700 al 1808*, a cura di C. Marzucchi, X, Firenze 1852, dec. 852, 587-588.

⁸ Cfr. L. MANNORI, *L'amministrazione del territorio nella Toscana granducale. Teoria e prassi fra antico regime e riforme*, Firenze 1988, 40-41; ID., *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994, 218-222.

⁹ *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina*, cit., X, 569.

¹⁰ *Ivi*.

¹¹ G.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae sive decisivi discursus per materias*, IV: *De servitutibus*, Venetiis 1716 [I ed. Romae, 1669], disc. 35-44, 54-68.

¹² B. CIPOLLA, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Venetiis 1555; F.M. PECCHI, *Tractatus de servitutibus rusticis*, Papiae 1689.

¹³ A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis, et de iure pascendi, cum notis Co-*

Gallo¹⁴, le opere enciclopediche di Domenico Toschi e di Marc'Antonio Savelli¹⁵, i trattati di materia processuale di Giuseppe Mascardi e di Giacomo Menochio¹⁶, le raccolte di *consilia* di Natta, Sordi, della Valle, Ruini¹⁷ ed altri. Ma compaiono anche varie decisioni della Rota Fiorentina e della Rota Romana, qualche commentario trecentesco, la Magna glossa, ovviamente il *Corpus iuris* giustiniano. Immane in ogni controversia in Toscana sui beni comuni, vi è poi il richiamo agli statuti del luogo¹⁸, nonché alla relazione di visita dell'uditore Bartolomeo Gherardini del 1676-1677¹⁹.

La causa riguardava la Comunità di Tocchi, presso Monticiano (nell'antico territorio senese infeudato ai Medici a metà Cinquecento), i cui 'comunisti' reclamavano il diritto di raccogliere castagne selvatiche in un bosco comunale *allivellato* (cioè concesso in enfiteusi perpetua) alla ricca famiglia senese dei Borghesi.

I Borghesi si presentavano in giudizio in litisconsorzio con il Comune di Tocchi, di cui peraltro da tempo controllavano le cariche e di cui avevano ricevuto in appalto la riscossione delle entrate un secolo prima,

mitis Vincentii Bondeni, Parmae 1698 (I ed. Lugduni, 1687).

14 M. LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus*, Matriti 1686; O. BARBATO, *De divisione fructuum inter plures illosque diversos*, Neapoli 1638; F. GALLO, *Tractatus de fructibus*, Genevae 1692.

15 D. TOSCHI, *Practicarum conclusionum iuris... tomus primus... septimus*, Romae 1605-1608; M.A. SAVELLI, *Summa diversorum tractatum*, Bononiae 1686.

16 G. MASCARDI, *De probationibus*, III, Venetiis 1584; J. MENOCHIO, *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indicis commentaria*, III, Genevae 1685.

17 M. A. NATTA, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis 1584; G. P. SORDI, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis 1584; R. DELLA VALLE, *Consiliorum sive mavis responsorum tomus tertius*, Venetiis 1572; C. RUINI, *Responsa sive consilia*, Lugduni 1546.

18 In questo caso quelli del Comune di Tocchi del 1575, editi in A. DANI, *Gli statuti cinquecenteschi di Monticiano, Tocchi e Iesa: un'espressione di vitalità comunale poco duratura*, in *Monticiano e il suo territorio*, a cura di M. Ascheri, M. Borracelli, Siena 1997, 206-215.

19 B. GHERARDINI, *Visita fatta nell'anno 1676 alle città, terre, castelli, comuni e comunelli dello Stato della città di Siena*, in Archivio di Stato di Siena, MS D 85, 13-16. I passi riguardanti i beni comunali di Tocchi sono trascritti in A. DANI, *Usi civici nello Stato di Siena di età medicea*, Prefazione di D. Quagliani, Bologna 2003, 545.

nel 1641. Infatti l'uditore Gherardini nel 1676 informa che, in quel tempo, l'organizzazione descritta dagli statuti del 1575 non esisteva più²⁰. La Comunità, di cui non si menziona neppure la presenza di un Consiglio, era rappresentata dalla carica di due Priori e un Camerlengo di fiducia del Borghesi livellario delle entrate, che conservava presso di sé anche gli statuti. Ciò spiega bene come la lite vedesse schierati in giudizio gli "uomini di Tocchi" contro il Comune e i Borghesi.

I 'comunisti' ritenevano che la concessione riguardasse solo il pascolo delle ghiande e non le castagne selvatiche, ma subirono nel 1740 (1741 nel computo corrente) una pronuncia sfavorevole da parte del Magistrato dei Quattro Conservatori dello Stato di Siena, competente in materia in via ordinaria. Allora essi ricorsero al Granduca ed ottennero un'istanza ulteriore con il 'voto decisivo' della Rota, che dette loro ragione.

3. I punti giuridici salienti

a) La coesistenza di domini

La Rota interpretò il diritto dei comunisti come un dominio coesistente con quello dell'enfiteuta (titolare di un dominio utile del bosco ghiandifero). Gli estensori ricordano come il dominio potesse scomporsi non solo in diretto e utile, ma anche in più domini utili in funzione del tipo di frutti e delle utilità rese all'uomo: tipicamente il dominio di ciò che produceva frutti naturali (spontanei) poteva appartenere agli uomini del posto ed il dominio di ciò che produceva frutti industriali (ottenuti con il lavoro dell'uomo) a soggetti privati²¹.

E ciò non solo era possibile, ma anche vantaggioso per le popolazioni rurali:

Nei fondi inculti e salvatici che producono i loro frutti senza alcuna industria umana (...) come sono i boschi e i prati, la comunione non solo può con facilità sussistere fra gli uomini della campagna, ma ella è inoltre di molto loro comodo e di molto vantaggio. Questo chiaramente apparisce se si consideri, che in tal forma tutti gli uomini della campagna per mezzo

20 B. GHERARDINI, *Visita*, cit., 15.

21 *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina*, cit., X, 570-572, 575-576, 578-579, 606-607.

di queste terre di uso comune, e promiscuo vengono ad avere e legna, e pastura, e frutti salvaticchi, cose tanto necessarie per il loro sostentamento, e del loro bestiame, e senza le quali sarebbero costretti a menare una vita infelice, privi di tutti quegli aiuti, dei quali hanno estremo bisogno; sì se si consideri esser certo, che una tale comunione si pratica in tutti i paesi a noi più conosciuti, cioè non solo nelle nostre campagne, e per tutta l'Italia, ma anche in quasi tutta l'Europa²².

Non siamo di fronte, per la Rota, né a servitù, né ad altro diritto reale limitato: vi sono «dentro gl'istessi confini due fondi, dei quali ciascuno appartiene al padrone del detto frutto»²³. Ed anche diversi tipi di frutti spontanei – ghiande o castagne – possono appartenere a diversi proprietari: per questo nell'individuazione del bene era importante, come di solito avveniva, specificarne l'utilità (selva ghiandifera, cedua, castagneto ecc.) oltre ad i confini.

Se il fondo si denoti con un nome, che appelli immediatamente, ed espressamente ad un frutto determinato e.g. se si dica bandita da ghianda, o bosco da taglio in questi termini, quando noi siamo nel dubbio, né vi sia alcuno indizio di volontà in contrario, si deve attendere alla proprietà delle parole, e si deve dire, che il frutto espressamente nominato sia il sol frutto del fondo ad esclusione di ogni altro. Perciò sotto il nome di bandita da ghianda viene la bandita solo in quanto si considera, come un fondo, che produce la ghianda, e sotto il nome di bosco da taglio viene il bosco solo, in quanto si considera, come un fondo, il cui frutto consiste nel taglio degli alberi, cioè di quegli alberi, che secondo la destinazione, e l'uso, di chi n'è padrone si sogliono ogni tanto tempo tagliare, perché questi alberi, che in tal forma si tagliano si considerano, come il frutto del fondo. Onde è che sotto questi nomi non s'intende indicato tutto il terreno, che è dentro ai confini della bandita, o del bosco. E così se in questo terreno vi siano alberi, che non producano ghianda, o non siano da taglio essi non restano compresi in tali fondi, ed il loro frutto in conseguenza non si può considerare come una parte, o come un accessorio del frutto di questi medesimi fondi, cioè, o della bandita da ghianda, o del bosco da taglio²⁴.

Persino dunque nel momento stesso dell'individuazione del bene si nascondono insidie per lo storico, abituato a pensare in termine di ap-

22 *Ibid.*, 570-571.

23 *Ibid.*, 588.

24 *Ibid.*, 589-590.

pezzamenti di terreno di volta in volta caratterizzati da boschi, pascoli, coltivazioni etc., come suggerisce il principio di accessione introdotto, su basi romanistiche, nei codici civili moderni.

Questo aspetto già è stato ben colto ed illustrato da Ugo Petronio²⁵. Per l'Autore le fonti documentarie «inducono a ritenere che quando si nominavano i pascoli, i prati, le montagne, le selve, ci si riferiva soprattutto, o esclusivamente, alle *commoditates territorii* delle quali scrisse il Capobianco, non al suolo che le produceva»²⁶. Al contrario dell'astratto territorio, avevano dunque rilievo giuridico i diversi tipi di utilizzo che esso concretamente consentiva (pascolare, seminare, coltivare alberi da frutto, fare legna etc.)²⁷.

Per inciso si può osservare, da una sentenza della Rota fiorentina del 1773 riguardante il taglio degli alberi a Montieri e Boccheggiano, che alla vigilia delle riforme leopoldine molta strada già era stata percorsa in questo senso: dopo aver distinto gli alberi del bosco ceduo (da considerarsi frutto) dagli alberi da pascolo (da considerarsi parte del fondo), si affermava che entrambi i tipi di alberi, finché erano uniti al suolo, facevano parte indistinta di esso²⁸. Ma appena trent'anni prima, nel caso di Tocchi, si prospetta un quadro diverso.

25 U. PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in *La proprietà e le proprietà, Atti del Convegno Nazionale della Società italiana di storia del diritto* (Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985), a cura di E. Cortese, Milano 1988, 518-521.

26 U. PETRONIO, *Usi e demani civici*, cit., 519. Inoltre «prende anche corpo il sospetto che il bene, nel senso giuridico di oggetto del diritto, fosse rappresentato soprattutto dalle diverse *utilitates* del suolo e che quest'ultimo, invece, restasse prevalentemente una cosa, necessaria alla esistenza del bene, ma non identificabile compiutamente con esso» (*ibid.*, 520).

27 Già Francesco Ferrara osservava molto puntualmente, in una nota a sentenza del 1929, come «la proprietà si scinde in un complesso di facoltà e poteri di utilizzazione vari della cosa, e ciascuno di questi poteri, nei diversi aspetti della cosa, è una proprietà a sé, coesistente con tutte le altre (...). Così era possibile sullo stesso fondo la scissione della proprietà del suolo, dal diritto di pascolo, dal diritto di semina, dal diritto di servirsi dell'acqua, dal diritto di ritrarre certi frutti ed utilità, in un miscuglio proteiforme e complicato, a cui la nostra mente abituata ai concetti romani si ribella e che perfino stenta a concepire!». Cfr. F. FERRARA, *Diritto di macchiatico e superficie*, in *Foro it.*, 1929, LIV.1, 1042.

28 *Raccolta delle decisioni della Ruota Fiorentina dal 1700 al 1808*, a cura di C.

La lettura del diritto dei comunisti come un diritto reale non dominativo sarebbe stata certo meno loro favorevole ma non impossibile, visto che al tempo non esisteva un numero predefinito di diritti reali, posto dal codificatore moderno a tutela della posizione del pieno ed unico proprietario. Ma la categoria del *dominium utile* era altrettanto indefinita e capace di comprendere casi molto diversi, dal feudo alla superficie alla locazione a lungo termine²⁹.

Per la Rota non c'è comunque dubbio che si trattasse di dominio, pur coesistente con altri domini. E v'è di più. Anche nel caso delle bandite che il Comune dà in concessione a privati per una parte dell'anno permane un dominio in capo ai 'comunisti': dunque un'ulteriore scomposizione del dominio in base al periodo dell'anno, preventivamente stabilito in via pattizia con l'affittuario³⁰:

Questi ed altri simili diritti, che i Comunisti hanno nelle bandite, ed in altri fondi, che si dicono proprj delle Comunità avuto riguardo a certi tempi dell'anno ed al loro frutto più principale, non possono loro appartenere se non per ragion di dominio; perché si deve dire, che i Comunisti fin da principio, che seguì una tale alienazione, non hanno mai trasferito nella Comunità il dominio delle bandite, o d'altri fondi, rispetto a tutti i frutti, che si raccolgono in tutto l'anno dentro i confini di queste bandite, o di questi fondi; ma si deve dire, che abbiano trasferito il dominio di questi fondi, e di queste bandite solo rispetto a certi tempi dell'anno, e rispetto al frutto principale, non già rispetto agli altri tempi, e rispetto ai frutti meno principali, circa i quali si deve dire, circa i quali si deve dire, che si sieno riservati, e ritenuti lo stesso dominio, che prima v'avevano.

Marzucchi, VIII, Firenze 1861, dec. 398, *Montisaerei et Boccheggiani incisionis arborum*, 29-9-1773, 246-247, n. 1: «Tutti gli alberi, in qualunque specie di selva, o cedua o pascua essi siano, finché sono al fondo coerenti, indistintamente sono un corpo medesimo col suolo a cui sono attaccati, sono parte di esso suolo, e con il suolo stesso si reputano una cosa immobile. *L. Quintus Mutius, ff., de act. empt.* [D. 19.1.40]. La diversità nasce dopo che sono stati recisi». Cioè quelli della selva cedua diventano frutto spettante a chi ha il dominio utile del fondo, quelli del bosco a pastura continuano a considerarsi parte del fondo (*ibid.*, n. 3, 247-248).

29 P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, 247.

30 *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina*, cit., X, 575-576.

b) Il concetto di una proprietà collettiva-comunitaria distinta da quella comunale

E, venendo al secondo punto, il dominio dei comunisti non è da confondere con quello del Comune-persona giuridica. La Rota lesse il bene di uso civico come una proprietà indivisa degli utenti distinta dalla proprietà comunale³¹.

Questi fondi dunque incolti e salvatici, attesa la loro natura appartengono pro indiviso a tutti i Comunisti di un medesimo luogo, considerato in particolare ciascuno, o secondo il modo di parlare dei nostri Dottori appartengono *ad omnes uti singulos, non uti universos* perché quantunque tutti sieno a godere di questi fondi, e ne percepiscano i frutti, nulladimeno questo si fa da ciascuno in particolare, e immediatamente da sé *Oter. de pascuis cap. 2, n. 7, 8 e il Bonden. n. 1, 2³²; De Luc. de servit. disc. 43, n. 7³³*, di qui è, che tali fondi, ed i loro frutti, in un certo senso solamente si posson dire della Comunità, cioè quando la voce Comunità si prenda nella sua significazione naturale, e più larga, cioè in quanto non altro significa, che il complesso di tutti gli uomini della Comunità, o vogliam dire i Comunisti presi insieme, essendo lo stesso in tal caso il dire, che una tal cosa è di tutti gli uomini di una Comunità, o di tutti i Comunisti, e il dire che ella è della Comunità. Ma quando questa voce si pigli, come più ordinariamente si fa nel senso civile, e più stretto, cioè quando per Comunità si prendono non semplicemente tutti gli uomini che sono nella Comunità, ma in quanto tutti presi insieme questi uomini costituiscono una sola persona civile, o vogliam dire un corpo collegiale (...), se in questo senso si prenda la voce Comunità (siccome in tal caso altro è comunità, altro son gli uomini della comunità) tali fondi non sono, né si possono dire degli uomini della medesima³⁴.

Più avanti si traggono nitide conclusioni³⁵: «Dalle cose dette fin qui è manifesto che i fondi che producono il loro frutto naturalmente senza bisogno di coltura, ed industria, attesa la lor natura, e l'origine appartengono a tutti gli uomini in particolare di quella Comunità, nel cui territorio sono posti».

31 *Ibid.*, 578.

32 A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis*, cit., cap. 2, 4, nn. 7-8.

33 G.B. DE LUCA, *Theatrum*, cit., IV, disc. 43, 66, n. 7.

34 *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina*, cit., X, 571-572.

35 *Ibid.*, 574.

In riguardo possiamo proporre qualche considerazione. La Rota probabilmente giudicò equamente la causa, distinguendo tra Comune e insieme dei comunisti, che a Tocchi si presentavano anche formalmente come parti contrapposte. Occorre però rilevare che ci troviamo di fronte ad un caso-limite: uno pseudo-Comune (diremmo un Comune-‘fantoccio’) controllato in tutto da un soggetto esterno.

Ma l'assunto di una netta separazione tra insieme di utenti e Comune appare, a mio avviso, piuttosto il portato di un'epoca tarda nella plurisecolare vita delle istituzioni comunali (e di quelle piccole in particolare). Acquisirà poi, nell'Ottocento, una nuova valenza e nuove ragioni d'essere con la concezione del Comune come ente derivato dallo Stato, svuotato di effettive istanze di partecipazione popolare: non è certo un caso che su una proprietà collettiva del tutto distinta da quella comunale si insisterà soprattutto dal secondo Ottocento, sia a livello di interesse scientifico che di riforme legislative (come quelle del 1888 e del 1894 per le ex-province pontificie)³⁶.

Nei Comuni medievali e di Antico regime è dato osservare la presenza di beni destinati all'uso collettivo dei propri membri e beni gestiti in modo privatistico-patrimoniale per trarne un reddito per far fronte alle varie esigenze. Ma un discrimine netto in realtà non esisteva, sia per il passaggio da una categoria all'altra, sia per lo stesso possibile alternarsi di periodi di utilizzo collettivo e di concessione onerosa a privati. Ciò avveniva, esemplarmente, per le bandite di pascolo, affittate una parte dell'anno e lasciate all'uso comune nel restante periodo.

Non a caso una parte della storiografia giuridica ha espresso l'opinione che il concetto di proprietà collettiva fosse rimasto estraneo alla dottrina di diritto comune, che avrebbe invece costantemente letto le situazioni dei beni di uso collettivo come proprietà di *universitates* (per es. Comuni persone giuridiche) o di privati gravate semmai da diritti, usi, destinazioni peculiari a favore degli abitanti utenti. Senz'altro in molti casi i giuristi lessero i beni di utilizzo collettivo come beni – pubblici e privati – gravati da servitù (pur *sui generis, innominatae*, perché a voler restar fedeli alla grammatica giuridica romanistica non potevano inten-

36 Cfr. *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888*, in *Atti del Convegno in onore di Giovanni Zucconi (1845-1894)*, Camerino 17-19 giugno 1988, a cura di P.G. Falaschi, Camerino 1991.

dersi né servitù prediali, né personali). Oppure vi scorsero una proprietà dell'*universitas* in cui la titolarità dominicale si scindeva dal godimento delle varie *utilitates* che il bene consentiva. I giuristi del tardo diritto comune presentavano spesso i beni di uso civico come appartenenti al Comune *quoad proprietatem*, e ai singoli suoi membri *quoad usum*, *quoad utilitatem*, *quoad effectum*. Fu questo probabilmente l'indirizzo prevalente nell'età del diritto comune complessivamente considerata, che poteva lasciare margini di incertezza sulla natura del diritto dei comunisti, interpretabile sia come dominio utile³⁷, sia come situazione di più modesta pregnanza.

Nel nostro caso però il diritto dei 'comunisti' è letto chiaramente dalla Rota come dominio ed ebbe probabilmente un peso l'opinione di Giovanni Battista De Luca³⁸, l'insigne giurista lucano che nel secolo precedente si era più volte occupato, in una decina di pareri poi raccolti del suo *Theatrum*, dei beni di uso civico (sembra anche che si debba a

37 Peraltro l'*utilitas*, l'*usus* fu variamente intesa: secondo Paolo Grossi per Baldo degli Ubaldi rappresentava l'effetto di un dominio utile *ex iure gentium*, conferendo prevalente rilievo al concreto potere di godimento. Cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., 28.

38 Sul tema debbo rinviare al mio articolo *Frutti naturali e domini comunitari nell'esperienza giuridica di Antico regime*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, I, 2006, 113-128. De Luca, in un parere a favore della comunità di Toscanella, in lite contro i Doganieri del Patrimonio, aveva scritto: «Cum etenim non implicitum ejusdem rei dominium esset penes duos insolidum diversis respectibus, uno scilicet ratione domini directi, altero utilis; seu quod res sit in dominio unius quoad certum genus fructuum, puta industrialium, et in dominio alterius quoad aliud genus, puta naturalium (...). Idcirco dicebam posse simul stare, quod particulares, potius jure cujusdam perpetuae coloniae essent huiusmodi terrarum et praediorum domini pro sola cultura, sive solis fructibus industrialibus, reliquum vero dominium pro herba tanquam fructu naturali esset ipsius Communitatis originariae et directae dominae (...). Et comprobatur praxis plurium locorum Status Ecclesiastici, in quibus dominium directum universi territorii est domini loci ac etiam utile quoad herbas et pascua, dominium vero particularium fundos et praedia in eodem territorio possidentium restringitur ad quamdam speciem coloniae pro solis fructibus industrialibus» (G. B. DE LUCA, *Theatrum*, cit., IV, disc. 35, 55, nn. 4-8). L'opinione fu accolta dal lodo arbitrale rimesso al giudice rotale cardinale Ottoboni. Il principio fu poi ripreso da De Luca nella *Summa* al libro sulle servitù (III, n. 74), dove definì il diritto dei comunisti come «dominium vel usus, omnibus civibus et incolis (...) commune» (*ibid.*, 173).

lui il primo utilizzo di questo termine, poi divenuto corrente)³⁹. De Luca conosceva bene la tradizione feudistica meridionale nonché le prassi in uso presso le popolazioni rurali che risentivano, ancora in età moderna, di retaggi germanici e specialmente longobardi. E l'influsso longobardo fu forte al sud, nel vasto Ducato di Benevento, come in Toscana, dove si radicarono consuetudini che esulavano del tutto dai principi romanistici, recepite talvolta anche negli statuti comunali⁴⁰.

La consuetudine dei territori toscani, a ben vedere, è la fonte che i giudici rotali tengono prioritariamente presente, nonostante i ricorrenti richiami al diritto giustiniano ed alla dottrina relativa. E non si trattava affatto di una forzatura giacché per opinione comune si riteneva che lo *ius proprium* (scritto o non in statuti) potesse derogare al diritto romano⁴¹. Di qui la necessaria attenzione a forme di appartenenza nate nel cuore del Medioevo ignare della dogmatica romanistica, verso cui semmai furono poi i giuristi, a partire dai Glossatori, a tentare di ricondurle, con mediazioni – e forzature – significative.

Ma i giuristi più accorti ed esperti del mondo della prassi, con il suo intreccio complesso di fonti, avvertivano che il diritto locale dovesse prevalere su quello comune. Per De Luca «similes quaestiones, in ista pascuorum materia cadentes, a locorum legibus vel moribus normam seu praxim recipiunt, ideoque certam ac uniformem non de facili recipiunt regulam, vel iuris theoreticam, sed pro facti qualitate diversas recipiunt decisiones»⁴².

Ciò determinava, comprensibilmente, una varietà di situazioni ed insieme incertezze, ambiguità, confusioni riguardo la situazione giuridica dei beni comuni.

39 Lo ha rilevato S. BARBACETTO, *Servitù di pascolo, civicus usus e beni comuni nell'opera di Giovanni Battista De Luca († 1683)*, in *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva. La consuetudine fra tradizione e modernità, Atti della VIII Riunione Scientifica (Trento, 14-15 novembre 2002)*, a cura di P. Nervi, Padova 2003, 278-281.

40 In proposito devo rinviare al mio ultimo lavoro *Gli statuti dei Comuni della Repubblica di Siena (secoli XIII-XV). Profilo di una cultura comunitaria*, Siena 2015.

41 Sul tema cfr. il mio *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Bologna 2008, 97-167.

42 G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, IV: *De servitutibus, Summa sive compendium*, § III, 173, n. 85.

Il punto però, a me sembra, è di capire se veramente e fino a che punto si considerasse il Comune-persona giuridica come qualcosa di effettivamente e nettamente distinto dalla comunità di cui era espressione.

Nel *Tractatus de iure universitatum* di Nicolò Losa, di primo Seicento, in cui si condensano, senza pretese di originalità e innovazione, le *communes opiniones* dei secoli precedenti, l'*universitas* si mostra in stretta relazione con la collettività di cui è espressione: da un punto di vista, è una *persona ficta* distinta dai suoi membri, ma, da un altro punto di vista, è anche la mera *congregatio* delle persone fisiche che la compongono. Per Losa, seguendo la lettura trecentesca di Baldo degli Ubaldi, l'*universitas* si può considerare in due modi, uno astratto (e si ha l'ente) ed uno concreto (e si ha l'insieme degli individui)⁴³.

Le regole che presiedevano al funzionamento di molte *universitates* cittadine, e soprattutto castrensi e rurali, suggeriscono che esse non fossero soltanto e semplicemente intese alla stregua di Enti territoriali-persone giuridiche di diritto pubblico, come oggi, perché la persona giuridica si mostrava sotto vari aspetti indissolubilmente legata alla collettività che esprimeva e per questo si prevedevano non di rado anche intensi momenti partecipativi – che poi andranno perduti proprio con lo Stato liberale ottocentesco.

Moltissimi statuti ed un'abbondante documentazione comunale, sia di centri minori che di grandi città, non a caso assegnano ad assemblee amplissime la trattazione delle questioni più importanti per la comunità, come l'approvazione o la riforma di statuti, i rapporti con l'esterno e la disposizione dei beni di interesse collettivo⁴⁴. Nei Comuni rurali frequenti erano le assemblee dei capifamiglia (o di uno per casa), di regola si prevedeva un rapido avvicendamento dei cittadini nelle cariche comunali ed una rilevante partecipazione collettiva tanto nella gestione comunitaria (e dei beni comuni) quanto sotto il profilo operativo, della concreta collaborazione alle attività di interesse comune che si rendevano di volta in volta necessarie.

43 N. LOSA, *Tractatus de iure universitatum*, Lugduni 1627, pars 1, cap. 1, n. 10, 14-15.

44 Per la Toscana senese cfr. A. DANIELI, *I Comuni dello Stato di Siena e le loro assemblee (secc. XIV-XVIII). I caratteri di una cultura giuridico-politica*, Siena 1998.

Ma non esisteva un modello unico di Comune: la libertà di auto-organizzazione e la potestà normativa di cui le comunità godevano produssero una vasta tipologia di esperienze istituzionali locali, con organi e cariche diverse, con diverso grado di partecipazione. E ciò rende molto difficile un'analisi di tipo teorico. Autonomia (per usare un termine forse non del tutto appropriato) significava anche diversificazione, regole e prassi difformi da luogo a luogo.

Ciò complica il compito dello storico di oggi, come complicava quello dei giuristi di un tempo, che nondimeno elaborarono alcuni principi di base. Ad esempio, la dottrina in età moderna concordemente riteneva che la competenza per gestire i beni comunali di uso civico, quelli che in sostanza possono definirsi come 'beni comuni', spettasse necessariamente all'assemblea dei capifamiglia (*per capita domorum*). Ed alla materia dei beni comuni doveva applicarsi il principio *quod omnes tangit ab omnibus debet adprobari*, cioè del consenso unanime, che i giuristi estrapolarono dal diritto romano (ma applicato a tutt'altri casi, come la tutela congiunta di minori: C. 5.59.5). Appare verosimile che il principio del *quod omnes tangit* applicato alla gestione dei beni comuni sia da leggere come un avallo autorevole a prassi diffuse presso le popolazioni rurali e cittadine che, in realtà, non avevano molto a che vedere con il diritto romano⁴⁵.

Questo principio credo che si possa leggere anche come una conferma che la comunità percepiva questi beni come propri, al di là della mediazione dell'istituzione comunale formalizzata in persona giuridica. In altre parole, ritengo che la comunità percepisse effettivamente questi come 'beni comuni', richiedenti modalità di gestione diverse dai beni comunali patrimoniali. È l'altra faccia, più arcaica e collettivista, del Comune: l'insieme degli *homines* che lo compongono, che viene in rilievo e che mostra, a mio avviso, l'inadeguatezza dell'equiparazione *tout court* ai beni comunali del diritto vigente. Quei beni erano qualcosa di diverso dai beni comunali ordinari: erano beni comunali-comuni: ma forse possiamo correttamente chiamarli *beni comunitari*.

45 Cfr. A. DANI, *Tra 'pubblico' e 'privato': i principi giuridici sulla gestione dei beni comuni ed un "consilium" cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi*, in *Gli inizi del diritto pubblico. 3. Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità*, a cura di G. Dilcher, D. Quagliani, Bologna-Berlin 2011, 599-638.

c) La paterna tutela del Principe sui beni comuni

Di questi beni collettivi il Comune-persona giuridica avrebbe potuto disporre soltanto con autorizzazione del Principe. Leggiamo nella decisione: «Ma a volere che questi fondi mutino natura, e che d'appartenenti a tutti i Comunisti, ed a ciascuno di loro in particolare divengono proprj della Comunità vi è necessaria l'autorità pubblica, o vogliamo dire la potestà suprema civile»⁴⁶. Ciò perché «il gius d'imporre collette si numera fra quei dritti che appartengono alla suprema potestà»⁴⁷. Esclusi i casi di conversioni risalenti a tempo immemorabile o previste in statuti approvati dall'autorità superiore, negli altri casi occorre una manifestazione di volontà sovrana – assimilabile all'esproprio per pubblica utilità – nella forma di un rescritto con la clausola *non obstante*.

Siamo dunque entro quella funzione tutoria che il Principe – e le sue dirette emanazioni giurisdizionali – andarono, se non creando *ex novo* (visto che le radici sono medievali), perfezionando in età moderna: in Toscana soprattutto dal 1560, con la creazione delle magistrature dei Quattro Conservatori a Siena e dei Nove Conservatori a Firenze, volte appunto in primo luogo alla conservazione dei beni delle comunità soggette⁴⁸.

Le comunità mantennero la propria identità istituzionale, la piena personalità e capacità giuridica, potendo essere titolari di beni e diritti; continuarono anche a gestire questi ultimi con le procedure consuete, ma ora con limiti precisi. Vennero infatti assimilate alle persone fisiche incapaci di agire e bisognose dell'intervento di un tutore per compiere gli atti dispositivi più importanti. Fu quindi introdotta la necessità di autorizzazione superiore per alienare beni immobiliari o per concederli a terzi per lunghi periodi, per assumere impegni straordinari di spesa. In età moderna, un po' ovunque nei vari Stati italiani, le comunità non potevano ormai disporre né dei beni 'patrimoniali', né di quelli destinati alla fruizione collettiva senza l'autorizzazione delle magistrature 'tutorie'. Accanto all'elemento oggettivo di perdita di libertà per i Comuni, di

46 *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina*, cit., X, 573.

47 *Ivi*.

48 Doveroso è il rinvio, in proposito, all'approfondito studio di L. MANNORI, *Il sovrano tutore* cit.

spossestamento della piena capacità gestionale, si ebbe nondimeno – e il caso di Tocchi lo comprova – anche un'effettiva azione di tutela e conservazione dei beni collettivi. Non di rado all'interno delle comunità si verificavano prevaricazioni e soprusi ai danni di componenti deboli, che non riuscivano ad ottenere il rispetto dei propri diritti in sede locale. Sovente nascevano contrasti e liti interminabili tra comunità limitrofe per l'utilizzo di beni comuni *promiscui* o per questioni di confini. Altrettanto spesso – è il nostro caso – si avevano nei confronti delle comunità ingerenze e pressioni di segno diremmo oggi liberista (volte alla privatizzazione di beni comuni) da parte di potenti soggetti estranei come ricchi cittadini nobili e borghesi, grandi enti e così via, i quali spesso spaccavano la coesione della comunità. In questi casi la comunità non riusciva più a tutelare il proprio equilibrio istituzionale ed il proprio patrimonio e non poteva essere da altri soccorsa se non dal sovrano, ovvero da magistrature da questi appositamente create allo scopo di 'conservare' i beni comunali e di garantire il 'buon governo' degli stessi.

4. La decisione come 'canto del cigno' di una concezione pre-moderna dei beni comuni

La nostra decisione può essere considerata probabilmente una delle più importanti pronunce giudiziali dell'età del diritto comune a favore dei beni comuni, sia per la nettezza dei principi affermati che per l'autorevolezza del tribunale. Essa rispecchiò una, pur fluttuante e mutevole, duratura linea giurisprudenziale volta alla loro tutela, prevalente nel granducato mediceo, che mirava a non stravolgere situazioni giuridiche consolidate nel tempo nel segno della mediazione di interessi diversi. La stessa Dogana dei Paschi, che permetteva in Maremma introiti pubblici considerevoli, presupponeva la coesistenza di domini, la non recinzione delle proprietà, l'intreccio – pur non sempre facile – di diritti doganali e di uso civico.

Ma si trattò quasi di un 'canto del cigno'. Di lì a poco le riforme di Pietro Leopoldo negli anni Settanta del Settecento, ispirate dalle idee fisiocratiche e dalle nuove dottrine liberiste, avrebbero impresso una svolta decisiva verso la piena proprietà fondiaria da un lato e verso la privatizzazione dei beni comunali dall'altro. La finalità era la creazione

di una proprietà *piena ed assoluta*: una linea politica destinata a grandi fortune nell'Ottocento e già disegnata con estrema chiarezza dal Granduca lorenese. Ad esempio, nell'editto dell'11 aprile 1778 che soppresse la Dogana dei Paschi si legge:

Volendo Noi rimuovere nel nostro Stato di Siena i perniciosi effetti, che ovunque produce la separazione del diritto del pascolo dal dominio del suolo, siamo venuti nella determinazione di riunire generalmente nel detto Stato di Siena, e di consolidare nel padrone del suolo il dominio pieno ed assoluto del terreno colla percezione di tutti i suoi frutti⁴⁹.

Diritti come quelli degli uomini di Tocchi non furono più intesi come domini comunitari, con le tutele che ciò comportava, ma come *servitù*, vincoli odiosi retaggio del Medioevo, e dunque da abolire al più presto. Il Comune-ente, controllato dai maggiori proprietari *in loco*, assorbì ogni autonoma rilevanza giuridica della collettività degli utenti, tra numerose proteste delle popolazioni rurali interessate. Queste ultime costrinsero il Granduca ad una esasperata diversificazione dei provvedimenti da Provincia a Provincia, da Comune a Comune: la Soprintendenza delle Comunità accordò con rescritto le deroghe richieste dai Comuni più risoluti e combattivi, non fiaccati da divisioni interne. Solo in limitati casi vi furono evidenti benefici della privatizzazione, come quando essa fu seguita dalla bonifica del territorio⁵⁰.

La via abolizionista fu poi percorsa con maggiore decisione nel periodo francese – non avevano del resto i rivoluzionari proclamato il carattere sacro e inviolabile della proprietà privata? – e nel corso dell'Ottocento, con il ben noto prevalere ovunque dell'ideale proprietario borghese. Come ha osservato Paolo Grossi, «impostata sulla tutela a

49 P. FEDERICO, *Codice degli usi civici e delle proprietà collettive*, Roma 1995, 1700.

50 Cfr. M. MIRRI, *Proprietari e contadini toscani nelle riforme leopoldine*, in *Movimento Operaio*, 1955, II, 173-229; L. TOCCHINI, *Usi civici e beni comunali nelle riforme leopoldine*, in *Studi Storici*, 1961, II, 223-266; G. GIORGETTI, *Per una storia delle allivellazioni leopoldine*, in *Studi Storici*, VII.2, 1966, 245-290; VII.3, 1966, 516-584; M. MONTORZI, *Modelli di proprietà in Toscana al tempo delle riforme leopoldine. Premesse giuridiche di una strategia riformatrice*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., ora in *Giustizia in contado*, Firenze 1997, 155-168; A. DANI, *Aspetti e problemi giuridici della sopravvivenza degli usi civici in Toscana in età moderna e contemporanea*, in *Archivio storico italiano*, DLXXX.2, 1999, 285-326.

oltranza dell'individuo proprietario, la modernità giuridica è dominata da una concezione esasperatamente soggettiva della proprietà privata», divenendo, molto più di un insieme di poteri, un aspetto della intangibile sfera morale dell'individuo⁵¹.

In quest'ottica un forte sospetto, quando non un netto rifiuto, si volse verso tutto ciò che sapeva di vecchio comunitarismo medievale: dai beni comuni del mondo rurale alle corporazioni di mestiere agli ordini monastici. Occorrerà attendere, com'è noto, la fine dell'Ottocento per vedere incrinarsi le certezze giuridiche borghesi, anche grazie a dure lotte sociali ed al diffondersi di critiche radicali all'ordine capitalista.

5. Qualche motivo di attualità.

Oggi nell'ottica di certe linee di riforma, come ad esempio in quella della Commissione Rodotà, il concetto di beni comuni deve essere sgomberato da un necessario riferimento alla titolarità della proprietà. I beni comuni possono articolarsi in una varia gamma di situazioni di appartenenza piena e non piena, di fruizione tutelata, con uno spostamento di attenzione dall'appartenenza formale dei beni comuni, ovvero della loro titolarità (eventualmente anche pubblica e privata), alla tutela dei diritti collettivi fondamentali soddisfatti dalle utilità rese⁵². Accesso e proprietà, dunque, come categorie distinte, in modo da rendere possibile il godimento delle utilità di un bene anche al non proprietario. Una proprietà non più 'esclusiva', ma 'inclusiva'. Come ha scritto Rodotà, «l'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione»⁵³.

51 P. GROSSI, *I beni*, cit., 1062.

52 Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit., 25 e 38-39, dove si osserva: «Più che il titolo di proprietà (pubblico o privato), dunque, rileva la funzione e l'individuazione dei diritti; rileva la situazione di fatto, piuttosto che il titolo formale, risulta più importante, appunto, per la tutela effettiva del diritto, il momento possessorio e la fase gestionale, che il titolo di proprietà del bene».

53 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 109.

In questi casi, ha osservato Lucarelli, la natura giuridica del *diritto* dovrebbe prevalere su quella del *bene*⁵⁴. Ciò comporta quindi il primato della funzione sul titolo e delle istanze sociali su quelle individuali⁵⁵. La fruizione collettiva si porrebbe dunque come limite e condizione alla proprietà pubblica e privata quando si tratta di beni qualificati come *comuni*. La titolarità della proprietà non potrebbe in questi casi impedire l'accesso alle risorse naturali, alla stregua di quanto accadeva spesso nel mondo pre-moderno non solo con il dominio diretto, ma anche con il dominio utile quando ne coesistevano più d'uno sullo stesso bene o quando vi erano pesanti di diritti di godimento in capo a terzi. In altri termini, la proprietà in queste peculiari situazioni perderebbe i suoi caratteri di pienezza ed esclusività, usualmente riconosciuti a partire dalla rivoluzioni borghesi.

Non è forse fuori luogo ritenere, allora, che il patrimonio giuridico del passato possa ancora offrire qualche utile indicazione, anche con un recupero di complessità, di equilibrio, di antichi principi di giustizia distributiva da far rivivere in soluzioni adatte ai nostri tempi.

54 Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit., 42-44.

55 *Ibid.*, 53.

LA CAUTIO DAMNI INFECTI Y OTROS RECURSOS RELACIONADOS CON LA RETIRADA DE ESCOMBROS*

ROSARIO DE CASTRO-CAMERO

SOMMARIO

1. Introducción. – 2. La retirada de escombros: a) El interdicto *de ruderibus tollendis*; b) Las cauciones de daño futuro y daño pretérito. – 3. Conclusiones.

1. Introducción

Al margen de la cuestión de su eliminación, la producción de escombros planteaba importantes problemas; entre los que cabe destacar, el de su retirada cuando éstos habían caído en fundo ajeno. En ese caso, para lograr que los materiales fueran apartados, se articularon diversos recursos jurisdiccionales a través de los cuales se buscaba proporcionar una adecuada tutela jurídica a la situación que, de hecho, se había presentado. En nuestro estudio hemos puesto de manifiesto cómo existían recursos jurisdiccionales específicos para ello; en particular, el interdicto *de ruderibus tollendis*, dos cauciones (una de daño pretérito y otra de daño futuro) y la *missio in possessionem damni infecti nomine*,

* El presente trabajo ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto de I+D, “Funciones y vínculos de las elites municipales de la Bética. Marco jurídico, estudio documental y recuperación contextual del patrimonio epigráfico. I” (ORDO V), Referencia: HAR2014-55857-P, del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

que protegían de manera suficiente los intereses de quien había visto invadido su fundo con elementos del predio vecino.

2. La retirada de escombros

Cuando se producía la caída de una edificación sobre un inmueble ajeno, el titular de este último, además del daño sufrido, debía hacer frente al problema de la retirada de los materiales caídos. Dos textos, uno de Ulpiano y otro de Gayo, son imprescindibles para analizar el tratamiento que el Derecho Romano proporcionó a esta cuestión: D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*) y D. 39.2.6 (Gai. 1 *ad edict. prov.*). En ellos, se hace alusión a distintos recursos pretorios gracias a los cuales la situación recibía una adecuada tutela¹.

¹ La estructura palingenésica del libro 53, al que en concreto pertenece este fragmento, según la reconstrucción de Lenel, sería la siguiente: *ULPIANI AD EDICTUM, LIBER LIII, De damno infecto (E. XXIX 175)*, O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis consultorum reliqua quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iurisprudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, II, Leipzig 1889 (= Graz 1960), cols. 746-756: Núm. 1271 = D. 39.2.7 pr.; Núm. 1272 = D. 39.2.7.1-2; D. 39.2.9 pr.-3; Núm. 1273 = D. 39.2.9.4-5; D. 39.2.11; D. 39.2.13 pr.-2; Núm. 1274 = D.39.2.13.3-10; D. 8.2.9; D. 39.2.13.10-12; Núm. 1275 = D. 39.2.13.13-14; Núm. 1276 = D. 39.2.13.15; D. 30.2.15 pr.-1; Núm. 1277 = D. 39.2.15.2-10; Núm. 1278 = D. 39.2.15.11-35; Núm. 1279 = D. 39.2.15.36; D. 39.2.17. A ese mismo libro pertenecerían también las siguientes rúbricas: *De aqua et aquae publicae arcendae (E. XXX)*]; *De aqua (E. 176)* cols. 752s. núms. 1280-1284; *Aquae pluviae arcendae (E. 177)* cols. 753-756. La estructura palingenésica del libro 1 del comentario de Gayo al edicto provincial es la siguiente: *GAI AD EDICTUM PROVINCIALE [ET AD EDICTUM AEDILUM CURULIUM] LIBRI XXXII, LIBER I De damni infecti cautione (E. 3)*, O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, col. 189 núm. 54=D. 39.2.6. Las otras rúbricas que, según la propuesta leneliana, habrían integrado este libro serían las siguientes: *Si quis ius dicenti non obtemperaverit (E. 1)* col. 189 núm. 53; *De vadimonio Romam faciendo (E. 6)* col. 189 núms. 55s.; *De albo corrupto (E. 7)* col. 189, núm. 57; *Quod quisque iuris in alterum statuerit (E. 8)* col. 190 núm. 58; *De edendo (E. 9)* col. 190 núm. 59; *De pactis et conventionibus (E. 10)* cols. 190s. núms. 60-63; *In ius vocati, ut eant aut vindicem dent (E. 11)* cols. 191s. núms. 64-66; *Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat (E. 12)?* col. 192 núm. 67; *Qui nisi pro certis personis ne postulent (E. 16)* col. 192 núms. 68-70.

A) El interdicto *de ruderibus tollendis*

De la existencia del interdicto *de ruderibus tollendis* nos habla Ulpiano en D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*), donde trae a colación la opinión del jurista Juliano:

D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*): Unde quaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio. Et Iulianus consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

De acuerdo con la opinión de Juliano, el propietario de los escombros se encontraba ante la tesitura de llevárselos y dar caución o bien abandonar el inmueble en su totalidad. La obediencia o no de la orden interdictal provocaba que el dueño del fundo caído tuviera que decantarse por una u otra solución. Ahora bien, hay que señalar que no se exigía un acto formal de abandono para quedar liberado de la responsabilidad indemnizatoria que se derivaba del daño causado por el derrumbamiento; de ahí la conveniencia de solicitar este interdicto, pues gracias a él la voluntad de abandonar el inmueble deteriorado, no sólo los escombros, quedaba explicitada.

El interdicto *de ruderibus tollendis* habría sido concedido por el pretor para intentar tutelar una difícil situación que perjudicaba, de modo considerable, las relaciones de vecindad. En este sentido cabe señalar, como pone de relieve Di Lella, que el procedimiento interdictal nació por la necesidad de asegurar la convivencia, de manera que las relaciones entre ciudadanos pudieran desarrollarse de manera pacífica. Era un procedimiento privado, donde un particular solicitaba una orden contra otro, aun cuando se tratase de defender un bien público y la legitimación activa fuera popular, es decir, *quivis de populo*². Biscardi considera

2 L. DI LELLA, *La tutela interdittale dei luoghi pubblici*, en *Espaces intégrés et ressources naturelles dans l'empire romain*, coordinado por M. Clavel-Lévêque y E. Hermon,

que los interdictos tuvieron originariamente su ámbito de aplicación en el terreno administrativo, dentro de la actividad que correspondía de manera específica al *imperium* de los magistrados. El *ius edicendi*, entendido como facultad del pretor para dar este tipo de órdenes, fue evolucionando hasta el punto que permitía disciplinar las relaciones privadas de otra manera y para este cambio fue fundamental la extensión del procedimiento interdicial a las relaciones de vecindad. Como señala este autor, los juristas del s. I se encontraron con una forma procesal nueva que era aplicable a las relaciones privadas, no con meros preceptos administrativos que aseguraban el respeto de situaciones y relaciones de naturaleza pública. Pronto se dieron cuenta de las posibilidades que tenía y propusieron al pretor nuevos casos donde tal forma de intervención pública podía ser conveniente, si bien su protección seguía encomendándose a jueces privados³. Según Luzzatto, aunque el procedimiento interdicial se desarrollaba *in iure* ante el magistrado, de acuerdo con los esquemas propios del procedimiento ordinario, el fundamento

Quebec 2004, 193-195. En este sentido, cfr. D. 47.10.14 (Paul. 13 *Plaut.*). G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna 1965, 237 mantiene que la aparición de los interdictos es probablemente anterior a la creación del procedimiento formulario.

3 Cfr. A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel proceso romano*, Padova 1938, 94-98, 110, 118 sobre el carácter publicístico de las situaciones que inicialmente protegían los interdictos y su posterior extensión, en tiempos de la redacción del edicto, a todos los ámbitos de la vida social, pública y privada. Este autor considera que los interdictos pasaron de ser órdenes positivas a preceptos hipotéticos o condicionales debido a que cada vez fueron más los intereses necesitados de la rápida intervención del pretor. Resultaba imprescindible dotarse de medios de tutela más ágiles y que tuvieran una mayor eficacia, lo que se hizo coordinando este tipo de recursos administrativos con el procedimiento ordinario. En cualquier caso, pese a la sumariedad e inmediatez de los procedimientos interdiciales, los hechos alegados debían ser verificados y la orden seguía siendo competencia del magistrado. Acerca de la tutela de las relaciones de vecindad a través del procedimiento interdicial, cfr. G. GANDOLFI, *Contributi allo studio del processo interdittale romano*, Milano 1955, 30. Sobre el *ius edicendi* en provincias, F.A. ANDRÉS SANTOS, *Función jurisdiccional de los ediles en las ciudades hispano-romanas según las leyes municipales*, en *Hispania Antiqua*, XXII, 1998, 167 señala cómo éste estaba reservado a los gobernadores provinciales y, en ningún caso, lo ostentaban los magistrados municipales, ni los *dunviro*s ni, por supuesto, los ediles.

de la orden magistratual estaba en su *imperium*. A su modo de ver, el interdictal era un procedimiento que se desarrollaba en el *ordo iudicorum*, pero con una forma particular y exclusiva⁴. Por su parte, Gandolfi considera que los interdictos fueron actos jurisdiccionales, no administrativos, con carácter ejecutivo. Precisamente su naturaleza coercitiva pone de relieve, a juicio de este autor, que se derivaban del *imperium* del magistrado. En un principio se daban caso por caso; si bien su exitosa experiencia hizo que de lo puntual se pasara a la práctica y terminaran siendo recogidos en el edicto del pretor. En este bando aparecía su formulación abstracta, que se iniciaba con las palabras “*Ait pretor*”⁵.

Según Glück, el interdicto *de ruderibus tollendis* habría tenido naturaleza restitutoria. Por ese motivo, conllevaba no sólo la retirada de los escombros sino también la obligación de dejar el fundo dañado por la caída de los materiales de construcción en el estado anterior al momento del derrumbamiento⁶. Karlowa, sin embargo, considera que su naturaleza era prohibitoria. Además, este autor pone de relieve cómo la posición de Juliano, recogida en D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*), se basa en opiniones de juristas anteriores, escasamente testimoniadas en las fuentes⁷. Por su parte, Branca sostiene que la solución recogida en

4 G.I. LUZZATTO, *Il problema*, cit., 207, 236. A juicio de M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di “res publicae”*, Torino 1999, 12-14, los interdictos eran formas de tutela indirecta, a través de las cuales se protegían intereses que por sí mismos no correspondían a un derecho.

5 A juicio de G. GANDOLFI, *Contributi*, cit., 126-133, 161, los interdictos no fueron meras órdenes administrativas o de policía dadas para proteger el orden social y los bienes públicos, sino pronunciamientos judiciales propiamente dichos. En el caso de los censores y ediles, por el contrario, sí cabe hablar de una actuación administrativa, ya que no tenían funciones jurisdiccionales ni estaban revestidos de *imperium*. Por otra parte, de la lectura de I. 4.15.8, el autor concluye que el procedimiento interdictal, hasta el momento de su desaparición, habría presentado unas características que lo aproximaban bastante al procedimiento extraordinario.

6 F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d’Italia. Libro XXXIX*, parte II, Milano 1903, 448.

7 O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Band. Privatrecht, Civilprozess, Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig 1901, 1255. Sobre el procedimiento a través del cual se sustanciaban los distintos interdictos, cfr. A. SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer*. Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der Originalausgabe Leipzig, 1853, Leipzig 1970, 206-297. A propósito del contenido de los interdictos

este fragmento resulta sospechosa. A su modo de ver se trataría de un régimen jurídico específico, dado para los edificios, que iría en contra de la regla general del derecho de retención. Juliano, a través de este interdicto, estaría reconociendo el derecho del propietario del fundo dañado a quedarse no sólo con los escombros caídos, sino con todo el edificio. Esta forma de dar salida al conflicto podía ser especialmente perjudicial para el propietario del fundo que había provocado el daño cuando se trataba sólo de algún elemento suelto y éste no había sido retirado del inmueble vecino. En consecuencia, opina que la referencia a este interdicto en D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*) es una interpolación⁸.

En D. 39.2.6 (Gai. 1 *ad edict. prov.*), Gayo recoge una solución distinta para el caso de haberse producido el derrumbamiento sin que previamente se hubiese dado caución. A su juicio, así como al de la mayoría de los juristas, no cabía esgrimir ningún recurso jurisdiccional para exigir la retirada de los escombros caídos en el fundo vecino, de ahí que el abandono de los mismos fuera la única salida a esta situación:

D. 39.2.6 (Gai. 1 *ad edict. prov.*): Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint: adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat.

En relación con el principio general de acuerdo con el cual en los supuestos de daño provocado por el derrumbamiento de un edificio, al igual que en los casos en los que una cosa inanimada causaba un detrimento patrimonial, no era posible pedir el resarcimiento sino en virtud de una caución prestada con anterioridad, sostiene Glück que, pese a ser una posición mayoritaria dentro de la Jurisprudencia, estaba equivocada ya que se trataba de un supuesto de *immissio* que no era tolerable. Por tanto, el propietario del fundo sobre los que habían caído los materiales de construcción podía actuar procesalmente en consecuencia para exigir que fueran sacados. Disponía, por un lado, de la acción negatoria

restitutorios, cfr. también G. GANDOLFI, *Contributi*, cit., 99-101.

⁸ G. BRANCA, *Damno temuto e damno da cose inanimate nel Diritto romano*, Padova 1937, 252-260.

(D. 39.2.9.2 [Ulp. 53 *ad edict.*]) y, por otro, de un interdicto⁹. Ubbelohde también admite la posibilidad de recurrir a estos dos tipos de recursos: la acción negatoria *in rem* y un interdicto¹⁰. Por su parte, Branca, en relación con la acción negatoria, descarta su oportunidad en estos supuestos, ya que no conllevaba la retirada de los *rudera* y, además, sólo se daba en casos de *immissio* en los que su autor participaba voluntariamente. Por tanto, la única solución a su juicio era, con base en D. 39.2.6 (Gai. 1 *ad edict. prov.*), el *ius retentionis* de los escombros o su abandono, que liberaría al dueño de los mismos de cualquier obligación de aceptar las acciones que pudieran ejercitarse contra él. Branca niega que hubiera existido un interdicto con base en el que proceder a su retirada. Cree que los interdictos, al ser órdenes directas, no recogían una alternativa y, mucho menos, si ésta consistía en el abandono de una propiedad. El pretor podría haber dispuesto, a través de un recurso extraordinario, la venta de una cosa, pero no era coherente con su actividad jurisdiccional obligar a que se abandonara un bien¹¹.

En opinión de Glück, cuando el daño se producía antes de que la caución de daño temido hubiera sido solicitada o después, pero sin que todavía hubiese sido prestada, se le planteaba al propietario del fundo caído la siguiente alternativa: dar dicha caución (*de damno futuro cavere*) y llevarse los escombros o bien dejar el inmueble (*aedibus carere*). Para Juliano no hay liberación de la obligación de retirar los escombros por el mero abandono de éstos, ya que una vez caen al fundo vecino son propiedad de su dueño. No se trata, pues, de ver a quién pertenecen los escombros y si el titular del predio colapsado tiene derecho a recuperarlos. En realidad, lo que se está considerando es la posibilidad de liberarse del resarcimiento del daño causado, sin haber mediado caución previa, a través del abandono del inmueble en su totalidad. Sólo cuando se abandonaba la cosa, cesaba la obligación de defenderla (*cavere aut ca-*

9 F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 9-12. Sobre la *actio negatoria* y sus diferencias con la denominada *actio prohibitoria*, cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 469-471.

10 A. UBBELOHDE, *Die Interdicte des römischen Rechtes*, Erlangen 1890, 369 s.

11 G. BRANCA, *Damno temuto*, cit., 250, 253-255, 266. Por otro lado, al tratarse de daños causados por cosa inanimada, el recurso a la acción de la ley Aquilia quedaba también descartado.

rere). Como bien pone de relieve Glück, no son los concretos elementos caídos los que ponen en peligro al fundo vecino, sino el estado general del edificio y, en consecuencia, para evitar la responsabilidad derivada por ello, el abandono debe ser total (*totas aedes pro derelictio habere*)¹².

Según Glück, entre Gayo (D. 39.2.6 ([Gai. 1 *ad edict. prov.*]) y Ulpiano (D. 39.2.7.2 [Ulp. 53 *ad edict.*]) realmente no habría contradicción. Desde su punto de vista, los recursos procesales de los que disponía el titular del fundo dañado dependían de la actitud que adoptara, ante los escombros, el titular de inmueble caído. Si éstos eran interesantes para él, podría retirarlos siempre que, primero, se los llevase todos; segundo, indemnizase el daño causado; y, tercero, diera caución por el daño futuro que eventualmente pudiera provocarse. Mientras estos presupuestos no se cumplieran, los escombros podrían ser retenidos. Cuando, por el contrario, estos materiales no tenían interés para su dueño, el perjudicado no podía pedir el resarcimiento del daño, ya que no había acción. Sólo había una vía para exigir la retirada de los escombros: que el edificio fuera considerado como abandonado¹³.

B) Las cauciones de daño futuro y daño pretérito

Tras producirse el derrumbamiento del inmueble, la retirada de los escombros debía hacerse con las adecuadas garantías. Para ello, según se recoge en D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*), no sólo se exigía que se prestase la *cautio damni infecti* para prevenir los daños que pudieran causarse mientras se sacaban, sino también la caución de daño pretérito.

12 F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 11-15. Sobre las distintas situaciones en las que podía producirse el daño, sin haberse prestado garantía, cfr. especialmente 437. Glück habla de cuatro supuestos: 1) que el daño tuviera lugar antes de que el amenazado manifestara su voluntad de solicitar la caución; 2) que se hubiera puesto en conocimiento del pretor la situación, pero el magistrado todavía no hubiera dado ningún decreto; 3) que éste hubiera sido dado, pero no obedecido por el destinatario, y que aún no se hubiera emitido el decreto de embargo que daba el pretor como consecuencia de esa negativa; 4) que el daño acaeciese entre el momento en que se daba tal decreto y la efectiva adquisición de posesión del *missus*.

13 F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 17.

La *cautio damni infecti* permitía establecer entre las partes una obligación civil que tutelaría los intereses del estipulante en caso de producirse eventualmente un daño futuro durante la recogida de los escombros del fundo vecino. El papel jugado por esta caución en orden al mantenimiento de una adecuada relación de vecindad predial es sumamente importante al conllevar esas operaciones un cierto grado de intromisión en el inmueble ajeno. A este respecto cabe señalar que, en opinión de Jiménez Salcedo, en realidad, el régimen jurídico de las relaciones de vecindad se construye a partir de la *immissio*. Ahora bien, aunque cualquier invasión de la esfera jurídica ajena, bien con materiales sólidos (piedras), líquidos (agua) o gaseosos (humos), era considerada como tal, no todas las injerencias recibían el mismo tratamiento. Es necesario, pues, distinguir el *facere in alienum*, que consistía en arrojar sustancias al fundo ajeno y que estaba totalmente prohibido, del *immittere in alienum*, que sucedía cuando un propietario realizaba alguna actuación *in suo* que extendía sus efectos sobre el fundo vecino. En este último caso, dependiendo de la intensidad de la intromisión, había casos en los que se consideraba tolerable. A su juicio, aunque el principio según el cual la propiedad ajena no podía ser invadida siempre estuvo vigente, con el tiempo, las necesidades socio-económicas dieron lugar a que, en no pocas ocasiones, se admitieran casos de *immittere in alieno* en la práctica¹⁴. Sobre el *facere in alieno*, García Sánchez considera que tuvo una misma regulación que el *immittere in alienum*. Sin embargo, conceptualmente eran distintos, porque en este último la *immissio* era consecuencia de un *facere in suo*, mientras que en los supuestos de *facere in alieno* se desarrollaba directamente una actividad invasiva dentro del fundo vecino¹⁵.

14 M.C. JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen*, cit., 35-39, 63.

15 J. GARCÍA SÁNCHEZ, *Teoría*, cit., 91. Por su parte, C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Hacia un concepto de inmisiones en el Derecho chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, XL, 1, 2013, 46-86 realiza un interesante análisis del desarrollo histórico de la teoría de las inmisiones, desde el Derecho Romano hasta nuestros días, destacando su papel clave para la regulación de las relaciones de vecindad. Hasta tal punto, el concepto de *immissio* es importante que, como señala este autor, la propia definición que Andrés Bello da de la propiedad la tiene en cuenta, cuando afirma que cada persona puede hacer en lo suyo lo que desee, siempre y cuando no inmita en lo ajeno. Cfr. 49.

Gracias a esta caución, se creaba entre las partes una obligación civil de carácter estipulatorio por si llegaba a producirse un daño¹⁶. Éste, que podía haber sido provocado por el estado defectuoso del fundo (*vitium loci*), de la casa (*vitium aedium*) o por la misma actividad de hacer una obra (*vitium operis quod fit*), sería demandado con una *actio ex stipulatu* por quien hubiera dado promesa de indemnizar en tal caso (D. 39.2.24.12 [Ulp. 81 *ad edict.*]). En concreto, el que nos ocupa, la retirada de los escombros caídos en el fundo vecino, podría considerarse como un supuesto de *vitium operis*. En D. 39.2.24.2-11 (Ulp. 81 *ad edict.*), Ulpiano recoge la opinión de diferentes juristas a propósito del tipo de daño que daba lugar a la caución¹⁷. Así, a juicio de Labeón, para que la garantía se prestase, debía ser un defecto del edificio y del terreno provocado por un accidente extraño a ellos. Si era consecuencia de un defecto natural, como un lugar pantanoso o arenoso, no se incurría en la estipulación. Tampoco se daba si se trataba de un supuesto de fuerza mayor (terremoto, desbordamiento de un río) o de caso fortuito. De igual modo se expresa Servio Sulpicio Rufo en D. 39.2.24.5 (Ulp. 81 *ad edict.*), cuando unas tejas se habían desprendido, pues habría que ver si era por un defecto de edificación (*aedificii vitio*) o bien por la fuerza del viento. Viviano, por su parte, considera que no se respondía por la estipulación cuando los daños fueron ocasionados por unos árboles arrastrados por la fuerza de una tempestad al fundo del estipulante. Este planteamiento es matizado por Ulpiano trayendo a colación la opinión de Labeón, quien hace depender la existencia de responsabilidad del estado más o menos firme de los cimientos del edificio (D. 39.2.24.11 [Ulp. 81 *ad edict.*]).

La caución de daño temido aparece tratada en el Digesto en el título segundo del libro décimo noveno *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*. Sobre la datación de la misma, conviene señalar que ésta tuvo un precedente en época arcaica: la *legis actio damni infecti*.

16 En relación con la *cautio damni infecti*, cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 479-481, 1239-1255.

17 Sobre los vicios que contemplaba la caución y la exclusión de los supuestos de daños causados por fuerza mayor, cfr. G. BRANCA, *Damno temuto*, cit., 272, 357. A propósito de la protección del *damnum*, cfr. A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford 1972, 130 s.

Antes de las XII Tablas, el *ius retentionis* de los materiales caídos en el fundo vecino era la forma que el dueño del predio perjudicado tenía para solicitar del titular del otro fundo una garantía por posibles daños futuros¹⁸. Ahora bien, la *legis actio damni infecti* era una acción que requería la prueba del peligro inminente de derrumbamiento, lo cual no permitía que el asunto se sustanciara por vía sumaria. En cambio, como señala Luzzatto, sólo exigía que se jurase que se estaba actuando exclusivamente por la referida amenaza¹⁹. Jiménez Salcedo pone de relieve cómo la tutela de las relaciones de vecindad habría sido una preocupación desde muy temprano. Prueba de ello es la existencia de esta acción de la ley, que venía a limitar el poder absoluto de los propietarios sobre sus bienes²⁰. Como señala Palermo, la aparición de la caución representaba un avance, pues contemplaba ciertas situaciones que hasta entonces habían carecido de amparo, como por ejemplo los casos de *paries communis*²¹.

A propósito del contenido y de las circunstancias en las que se exigía la caución de daño temido, así como de los efectos de su falta de prestación, resulta especialmente interesante el siguiente fragmento:

D. 39.2.7 pr. (Ulp. 53 *ad edict.*): Praetor ait: ‘Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum, qui

18 Cfr. A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle “stipulationes praetoriae”*, Napoli 1960, 59 s.

19 G.I. LUZZATTO, *Il problema*, cit., 316-320, 333.

20 Cfr. M.C. JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen*, cit., 217. Cfr. también A. M. GIOMARO, *Ulpiano e le “stipulationes praetoriae”*, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano 1983, 431.

21 A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano 1942, 35, 37. Sin embargo F.A. ANDRÉS SANTOS, *Función jurisdiccional*, cit., 292 considera que su introducción fue consecuencia de la necesidad de proteger los intereses públicos de un inminente peligro.

neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine satisfidabitur, eum, cui non satisfidabitur, simul in possessione esse iubebo'.

Ulpiano comienza este texto refiriéndose al tipo de garantía que debía darse en caso existir un fundado temor de derrumbamiento de un inmueble, con el que se podría eventualmente causar un grave daño al fundo vecino. Cuando la caución se daba en nombre propio, bastaba la simple promesa; sin embargo, cuando se hacía en nombre ajeno, era necesario que estuviera avalada por fiadores (*satisfidatio*). Ahora bien, cuando la propiedad del fundo concurría con otro derecho real, conviene hacer las siguientes precisiones, que afectan tanto a la cuestión de la legitimación pasiva a la caución como a la del tipo de garantía que había que dar. Así, por ejemplo, tratándose de una finca sobre la que existía un derecho de superficie, opina Juliano que tanto el dueño como el superficiario podían darla: el primero una simple promesa; el segundo, sin embargo, con garantía de fiadores (D. 39.2.9.4 [Ulp. 53 *ad edict.*]). Lo mismo sucedía, según Celso, en el supuesto de que el fundo estuviera dado en usufructo: simple promesa, el nudo propietario; caución, el titular del derecho real limitado (D. 39.2.9.5 [Ulp. 53 *ad edict.*]). En el caso de una servidumbre, la solución propuesta por Ulpiano es, sorprendentemente, distinta. Los dos, propietario y titular del derecho de servidumbre, sólo debían dar simple promesa, porque a juicio del jurista actuaban en nombre propio (D. 39.2.13.1 [Ulp. 53 *ad edict.*]). La misma opinión sostiene el jurista, basándose en la de Labeón, en otro fragmento de un libro diferente, D. 39.2.30.1 (Ulp. 81 *ad edict.*). La razón que se expone es que resultaba suficiente porque ello se hacía, en cierto modo, en algo que le pertenecía. Sin embargo, a nuestro juicio, no es acertado considerar que el titular del derecho de servidumbre tiene una especie de derecho de propiedad sobre el acueducto por el que se conduce el agua o del camino por el que se pasa y a través de los cuales se hace efectiva la servidumbre. El titular del fundo dominante no se convierte en propietario de parte del fundo sirviente, sólo tiene un uso limitado de éste.

En relación con la legitimación activa a la caución, en D. 39.2.7 pr. (Ulp. 53 *ad edict.*), se establece un requisito previo a la solicitud de la caución: el *iusiurandum calumniae*. A través de este juramento, el estipulante se comprometía a no pedir la caución con la mera intención de vejar al promitente. Debía darse tanto cuando se actuaba en nombre propio como ajeno, correspondiendo en ese caso al representante su prestación. Además de permitir el establecimiento de una obligación estipulatoria gracias a la prestación de la caución, el juramento liberaba al estipulante de la obligación de justificar su interés en el asunto (D. 39.2.13.3 [Ulp. 53 *ad edict.*]). En el supuesto de existir algún derecho real sobre el fundo amenazado, los titulares de estos derechos de usufructo, servidumbre o superficie, podían solicitar la caución (D. 39.2.13.8/10 [Ulp. 53 *ad edict.*]). Lo mismo sucedería, a juicio de Labeón, tratándose de un arrendamiento: también los inquilinos del fundo amenazado podían pedirla (D. 39.2.13.5 [Ulp. 53 *ad edict.*]). Cuestión distinta sería que el fundo que estaba dado en alquiler fuera el que se encontrara en estado ruinoso. Opina Sabino que debía rechazarse que el inquilino solicitara la caución al propietario del inmueble, ya que si conocía su deterioro al tiempo de la celebración del contrato, nada tenía después que reclamar; y si la ruina era posterior, contaba con la *actio conducti* (D. 39.2.13.6 [Ulp. 53 *ad edict.*]).

La promesa dada no obligaba de forma indefinida, sino por un plazo. Correspondía al pretor establecerlo, teniendo en cuenta la dimensión del daño que se temía (D. 39.2.13.15 [Ulp. 53 *ad edict.*]). Cuando se trataba de obras levantadas en ríos públicos o en sus riberas, el plazo era de diez años (D. 39.2.7 pr. [Ulp. 53 *ad edict.*]; D. 39.2.15.2 [Ulp. 53 *ad edict.*]). Pero si finalizaba el plazo y el peligro continuaba, se imponía la necesidad de prestar una nueva caución (D. 39.2.15 pr. [Ulp. 53 *ad edict.*]). En aquellos supuestos donde nada se hubiera dispuesto al respecto expresamente, se observaba el tiempo que fuera habitual en esos casos y, una vez finalizado, el promitente podía pedir al pretor quedar liberado de la obligación (D. 39.2.15.1 [Ulp. 53 *ad edict.*]).

Ahora bien, cabía la posibilidad de que, una vez solicitada la caución, ésta no fuera prestada. Para esos casos, en D. 39.2.7 pr. (Ulp. 53 *ad edict.*) se menciona la aplicación de un recurso coercitivo pretorio cuyo objetivo era forzarla: la *missio in possessionem*. Esta medida podía

concluir con la usucapión del fundo ruinoso, cuando concurría justa causa para ello. Esta justa causa era el segundo decreto de embargo dado por el pretor, emitido si se persistía en el rechazo de la caución. Por lo demás, si el derrumbamiento del edificio se producía una vez puesto en posesión el titular del derecho del fundo amenazado sin que se le hubiera permitido acceder al fundo ni se le hubiera dado caución, el pretor concedería una acción, que a nuestro juicio era una *actio in factum*, para solicitar la indemnización del daño provocado. No obstante, como pone de relieve Jiménez Salcedo, en los supuestos de *vitium operis*, si no se daba caución, resultaba más adecuado ejercer un *ius prohibendi* sobre la actividad que se quería realizar que decretar la *missio in possessionem* del fundo vecino²². Por otra parte, cabe señalar cómo, a juicio de Paricio, a finales de la época clásica, habría comenzado a admitirse la posibilidad de presentar una denuncia, la *operis novi nuntiatio depellendi causa*, que tenía como consecuencia la paralización de la obra, en lugar de la solicitud del decreto de embargo²³.

En cualquier caso, este régimen no era el que se seguía en provincias²⁴. Según lo dispuesto en la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, del año 47 a.C., testimonio más antiguo referido a esta caución²⁵. El magistrado

22 M.C. JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen*, cit., 225.

23 J. PARICIO, *Algunas notas sobre la "cautio damni infecti"*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, II, Milano 1982, 473-476 considera que este nuevo sistema era más sencillo, ya que la *nuntiatio* no exigía solemnidades en su presentación; pero resultaba igual de eficaz, pues la amenaza del interdicto demolitorio, en caso de no prestarse la caución, tendría un potente efecto coactivo.

24 En relación con el edicto de delegación de la *cautio damni infecti* a los magistrados municipales, cfr. R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio*, III. *Palingenesia y reconstrucción*, en *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano*, VII, 1995, 49-51. Por su parte, M. C. JIMÉNEZ SALCEDO, *El régimen*, cit., 218 opina que la introducción de la *cautio damni infecti* en el edicto del pretor urbano es posterior a la *lex Rubria*. En igual sentido se expresa A. MOZZILLO, *Contributi*, cit., 128-130.

25 Ley Rubria 20: *Qua de re quisque, et a quo, in Gallia Cisalpeina damnei infectei ex formula restipularei satisve accipere volet, et ab eo quei ibei i(ure) d(eicundo) <p(aeterit)> postulaverit, dique non k(alumniae) k(aussa) se facere iuraverit: tum is, quo d.e.r. in iud aditum eit, eum, quei in ius eductus erit, d.e.r. ex formu_la repromittere et sei satis darei debebit, satis dare iubeto de_cernito. Quei eorum ita non repromeisserit aut non satis dede_rit, sei quid interim damni datum factumve ex ea re aut ob e(am) r(em) eo_ve nomine erit, quam ob rem, utei damnei infectei repromissio satisve datio fieri,*

concedía una acción ficticia como si se hubiera dado efectivamente, ya que según Bruna no era competente para dar un decreto de embargo que podía concluir con la usucapión del fundo en cuestión²⁶. A este respecto Gulina considera que, cuando no se daba caución ni se permitía al

<iubeatur>, postulatam erit: tum mag(istratus) prove mag(istratu) IIVir IIIVir praefect(us)ve, quoquomque d. e. r. in ius aditum erit, d. e. r. ita ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto cogito, proinde atque se d. e., quom ita postulatam esset, damn[e]i infectei ex formula recte repromissum satisve datum esset. D. [e. r.] quod ita iudicium datum iudicareve iussum iudicatumve erit, ius ratumque esto, dum in ea verba, sei damnei infectei repromissum non erit, iudi_cium det itaque iudicare iubeat: “I(udex) e(sto). S(ei), antequam id iudicium q. d. r. a(gitur) factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine q. d. r. a(gitur) eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrei_nos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio repromeississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oportet ex f(ide) b(ona) d(um)t(axat) HS e(ius) i(udex) Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto IIVir(ei) IIIVir(ei) praefect(ei)ve Mutinensis, quod eius <is> IIVir IIIVir praefect(us)_ve ex lege Rubria, seive id pl(ebei)ve sc(itum) est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua d. r. a(gitur) L. Seio damnei infectei repromittere no_luit, c(ondemnato); s(ei) n(on) p(aret), a(bsolvito)”;

aut sei damnei infectei satis datum non erit, in ea verba iudicium det: “I(udex) e(sto). S(ei), antequam id iudicium q. d. r. a(gitur) factum est, Q. Licinius damnei infectei eo nomine q. d. r. a(gitur) ea stipulatione, quam is qui Romae inter peregrinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio satis dedisset: tum q(uic)q(uid) eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio d(are) f(acere) oportet ex f(ide) b(ona) d(um)t(axat), e(ius) i(udex) Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto IIVir(ei) IIIVir(ei) praef(ect)ive Muti_nensis, quod eius is IIVir IIIVir praefect(us)<ve> ex lege Rubria, seive id pl(ebei)ve sc(itum) est, decreverit, Q. Licinius eo nomine q. d. r. a(gitur) L. Seio damnei infectei satis dare noluit, c(ondemnato); s(ei) n(on) p(aret), a(bolvito)”;

dum IIVir IIIVir i(ure) d(eicundo) praefec(tus)ve de ea re ius ita deicat curetve, utei ea no_mina et municipium colonia locus in eo iudicio, quod ex ieis quae proxume s(cripta) s(unt) accipie<<n>>tur, includantur concipiantur, quae includei concipei s(ine) d(olo) m(alo) oportet debetive, ne quid ei qui d. e. r. aget petetve captionei ob e(am) r(em) aut eo nomine esse possit; neive ea nomina, qua<e> in earum qua formula <<quae>> s(pura) s(cripta) s(unt), aut Mutina<m> in eo iudicio includei concipei curet, nise<i> iei, quos inter id iudicium accipietur leisve contestabitur, ieis nominibus fuerint, quae in earum qua formula s(pura) s(cripta) s(unt), et nisei sei Mutinae ea res agetur; neive quis mag(istratus) prove mag(istratu), neive quis pro quo imperio potestateve erit, intercedito nei_ve quid aliud facito, quo minus de ea re ita iudicium detur iudiceturque.

26 Cfr. F.J. BRUNA, *Lex Rubria. Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate in Gallia Cisalpina*, Leiden 1972, 88. También sobre la imposibilidad de decretar una *missio in possessionem* en los municipios provinciales, cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1239 s.

titular del fundo amenazado entrar en posesión y se producía el daño, el pretor concedía una acción (*iudicium dabo*) por aquello que se hubiera debido pagar de haberse dado de acuerdo con el decreto del pretor o de otro magistrado que también tuviera jurisdicción en la materia. Así, pues, parece que estamos ante actos de jurisdicción, cuya competencia no era exclusiva del pretor. Esto nos hace pensar en otros magistrados, concretamente en los municipales (dunviros y ediles), que también podrían haber estado capacitados para llevar este tipo de asuntos. A este respecto, cabe señalar que la opinión dominante en la doctrina se inclina por considerar que este tipo de magistrados carecían de *imperium*, basándose para afirmarlo en el conocido fragmento de Paulo²⁷:

D. 50.1.26 (Paul. 1 *ad edict.*): Ea, quae magis imperio sunt quam iurisdictionis, magistratur municipales facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere aut bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.

Ciertamente en provincias, de acuerdo con el cap. 20 de la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, la solución prevista para el caso de no quererse dar la estipulación, era distinta. Sin embargo, Gulina pone de relieve cómo esas discrepancias no se daban respecto a otras cuestiones como por ejemplo la legitimación activa a la solicitud de la caución, que podía ser en nombre propio o de otro. A su juicio, la principal diferencia entre ambas regulaciones estriba en que, mientras que en Roma la vía judicial era vista como un último recurso sólo para casos donde no se daba la caución y no se dejaba entrar en posesión al *missus*, en la Galia Cisalpina el problema se judicializaba en el momento en que

27 A juicio de G. GULINA, *I modelli urbano e municipale cisalpino del procedimento di danno Temuco*, en *Gli statuti municipali*, coordinado por L. CAPOGROSSI COLOGNESI y E. GABBA, Pavia 2006, 240, n. 4, 249 señala también otras fuentes como D. 1.21.4.1 (Mac. 1 *de off. praes.*) y D. 39.2.4.3 (Ulp. 1 *ad edict.*) como base de la citada *communis opinio*. Frente a ella habría que situar el testimonio contrario que nos ofrecen la ley de Osuna 18, 125 y 128 y la *lex Puteolana de munere publico libitinario*, en las que expresamente se dice que el magistrado *imperat*. Este autor propone, además, una lectura restrictiva de D. 50.1.26 (Paul. 1 *ad edict.*), de forma tal que sólo puedan ser considerados como actos de imperio, vetados a los magistrados municipales, los allí mencionados expresamente.

había una negativa a garantizar el daño que se temía²⁸. Betancourt rechaza la extensión de tal acción ficticia más allá del ámbito municipal. Antes bien, dejó de usarse al delegarse a los magistrados municipales la *missio in possessionem ex primo decreto* y, más tarde, la *missio ex secundo decreto*²⁹. En consecuencia, tanto el pretor como el gobernador provincial podían encargar a los magistrados municipales que se diese caución y también el poner en posesión, quedando todo lo demás sometido a su jurisdicción (D. 39.2.4.2 [Ulp. 1 *ad edict.*]). En este sentido cabe señalar cómo en D. 39.2.4.2 (Ulp. 1 *ad edict.*) se reconoce la facultad de los magistrados municipales para forzar la prestación de la caución mediante la pignoración de bienes. Asimismo, Ulpiano comenta cómo los gobernadores provinciales, que al igual que el pretor en Roma estaban capacitados para renovar o prorrogar el plazo fijado para la caución, podían delegar esta función en los magistrados municipales cuando la premura de la situación lo exigiese (D. 39.2.4 pr. [Ulp. 1 *ad edict.*]).

Por otra parte, en relación con la caución de daño pretérito cabe decir que, Ulpiano consideraba justo, siguiendo a Juliano, exigirla; a pesar de haberse producido ya el colapso del inmueble, porque aquello que merecía ser protegido antes debía, a su juicio, ser garantizado después también. Así se expresa en D. 39.2.9 pr. (Ulp. 53 *ad edict.*), donde el jurista, además, pone de relieve cómo sólo cabía, en caso de ruina de un edificio, dar la caución de daño temido o darlo por perdido:

D. 39.2.9 pr. (Ulp. 53 *ad edict.*): Hoc amplius Iulianus posse dici compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret: quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur. Integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere quas non defendit. Denique, inquit, si quis propter angustias temporis aut quia rei publicae causa aberat non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat. Sententiam Iuliani utilitas comprobatur.

Otro caso, en el que también se exigía la caución de daño ya producido para poder retirar una cosa que había ido a parar a otro fundo, lo

28 G. GULINA, *I modelli*, cit., 245, 252.

29 Cfr. F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el Derecho Romano clásico*, en *AHDE*, XLV, 1975, 82 s., 109-121.

tenemos en D. 39.2.9.3 [Ulp. 53 *ad edict.*]). En este sentido, Ulpiano explica cómo Neracio consideraba que, cuando una barca arrastrada por la corriente se empotraba en otro predio, era necesario para recuperarla dar la caución de daño pretérito³⁰:

D. 39.2.9.3 (Ulp. 53 *ad edict.*): Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

A juicio de Glück, el pretor, cuando se producía el derrumbamiento, decidía si concedía la acción de resarcimiento o si imponía la caución de daño pretérito. En caso de optar por esta última, Glück sostiene que no procedía un *actio in factum* si el promitente se negaba a darla. Tampoco estima dicho autor que el interdicto mencionado en D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*) fuera el instrumento empleado para forzar que se ofreciese la caución. Dicho interdicto tenía como finalidad la retirada de escombros, no lograr de manera coercitiva que naciera una obligación estipulatoria. A su modo de ver, si no se daba dicha promesa, la consecuencia era la misma que tenía lugar en caso de ausencia de la *cautio damni infecti*, esto es, una *missio in possessionem*. Se trataría, en concreto, de una *missio in possessionem ruinae*, que era conforme al derecho pretorio³¹. En igual sentido se expresa también Branca, quien defiende que, faltando una cláusula edictal al respecto, al magistrado únicamente le quedaba una posibilidad: ordenar la *missio ruinae*³².

30 A propósito de este texto, cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in Diritto romano*. I. *Fonti e casi*, Milano 1947, 393-396. La retención de la cosa habría servido originariamente como medio de coerción para obtener la caución de daño temido; posteriormente se habría ampliado para asegurar también el ya producido. A juicio de este autor, lo más probable debió ser que sólo hubiera una estipulación que abarcara los dos tipos de daño.

31 F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 447 s., 452-455. En ocasiones el pretor optaba por conceder una *actio in factum* resarcitoria antes que por imponer la caución si el daño provocado era mucho mayor que el precio que, con la adquisición de la *ruina*, se podía conseguir. En opinión de G. BRANCA, *Damno temuto*, cit., 257 s., la *cautio de damno praeterito* garantizaba el pleno resarcimiento del daño. Sin embargo, si los escombros eran abandonados, no cabía el ejercicio de una acción para exigir que éste fuera indemnizado.

32 G. BRANCA, *Damno temuto*, cit., 249, 256 pone de relieve cómo, aunque el edicto de

3. Conclusiones

El examen de D. 39.2.7.2 (Ulp. 53 *ad edict.*) y de D. 39.2.6 (Gai. 1 *ad edict. prov.*) nos sitúa ante dos posiciones jurisprudenciales, aparentemente diferentes, frente a una misma problemática: la ausencia de acción en caso de derrumbamiento de un edificio sobre el fundo vecino sin prestación previa de la *cautio damni infecti*. Ulpiano considera que en un caso como éste, el pretor ofrecía un interdicto a quien se había visto sorprendido con el colapso del inmueble y soportaba que los escombros estuvieran en su fundo. Decretada esta medida, sólo cabían dos respuestas: una, la retirada de los materiales previa prestación de las garantías necesarias para asegurar que los trabajos de recogida y limpieza se llevarían a cabo sin provocar más daños; otra, el abandono total del inmueble ruinoso. Gayo, por su parte, pone el acento fundamentalmente en esta segunda posibilidad, la del abandono de todo lo que hubiese quedado en el suelo. Ahora bien, como hemos podido ver en este estudio, esa opción no excluía por sí misma la otra, la exigencia de su retirada. De ser así, el pretor proporcionaría varios recursos: en primer lugar, un interdicto, una orden dada por el pretor que obligaba a su destinatario a obedecerla; en segundo lugar, dos cauciones que garantizasen la adecuada retirada de los escombros; y, en tercer lugar, una *missio in possessionem* que, en caso de no darse la caución, concluiría con la pérdida del inmueble por parte de quien no cuidó de él y provocó un perjuicio al fundo vecino.

daño temido no estaba referido a los supuestos en los que se producía un derrumbamiento sin haberse dado caución, sin embargo, la Jurisprudencia reflexionó sobre esta problemática. Por otra parte, a propósito de los interdictos y recursos que se podían ejercitar en los casos de *missio damni infecti nomine*, cfr. A. UBBELOHDE, *Die Interdicte*, cit., 208, 217, 219 s.

PER UNA REVISIONE DEL CONCETTO DI ‘COLONIZZAZIONE FITTIZIA’ IN TRANSPADANA: NUOVI DATI DA VERONA

LAURETTA MAGANZANI

SOMMARIO

1. Premessa: la cd. colonizzazione fittizia in Transpadana. – 2. Descrizione dei frammenti catastali. – 3. Possibile datazione. – 4. Contesto monumentale dei catasti di Verona come indizio di datazione. – 5. Conclusioni: correttezza e limiti dell’espressione ‘colonizzazione fittizia’.

1. Premessa: la cd. colonizzazione fittizia in Transpadana

Com’è noto, la romanizzazione della Transpadana ebbe luogo per gradi¹: dapprima con la stipulazione di *foedera* fra Roma e le comunità locali che, secondo Cicerone (*Pro Balbo* 14.32)², vietavano la concessio-

¹ Sul punto è classica l’opera di G. LURASCHI, *Foedus, ius Latii, civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, Padova 1979; per una buona sintesi dell’ampia problematica A. VALVO, *Cesare e i Transpadani*, in *Humanitas*, N.S. LVII, 2002, 53-68. Mi limito poi a citare, con rinvio alla relativa letteratura, G. CAIRO, *Gli strumenti giuridici della presenza romana in Cisalpina tra il I sec. a.C. e l’inizio del principato*, in *Historiká. Studi di storia greca e romana*, II, 2012, 33-54; D. KREMER, *Ius Latinum. Le concept de droit latin sous la république et l’empire*, Paris 2006, 121-134; G. BANDELLI, *Considerazioni storiche sull’urbanizzazione cisalpina di età repubblicana (283-89 a.C.)*, *Forme e tempi dell’urbanizzazione nella Cisalpina (II secolo a.C. – I secolo d.C.)*, *Atti delle giornate di studio*, Torino, 4-6 maggio 2006, a cura di L. Brecciaroli Taborelli, Firenze 2007, 13-28.

² *Etenim quaedam foedera exstant, ut Cenomanorum, Insubrium, Helvetiorum, Iapydum nonnullorum item ex Gallia barbarorum, quorum in foederibus exceptum est, nequis eorum a nobis civis recipiatur.*

ne della *civitas romana* a membri delle popolazioni federate, evidentemente tendendo a preservarne l'autonomia, l'indipendenza, la stabilità demografica e le strutture socio-politiche e giuridiche. Un mutamento sostanziale si ebbe nell'89 a.C. con la concessione della *latinitas* da parte di Pompeo Strabone (*Lex Pompeia de Transpadanis*) e poi nel 49 a.C. con l'attribuzione della *civitas romana* da parte di Cesare. Infine, nel 42, il processo si concluse con la soppressione della provincia e l'inclusione a pieno titolo nel territorio italico.

Tuttavia, se dopo il 49 a.C. la progressiva e sempre più marcata romanizzazione della Transpadana è ben attestata sia dalle fonti letterarie ed epigrafiche che dalle risultanze archeologiche³, per il periodo compreso fra l'89 e il 49 a.C. le testimonianze sono scarse, a parte un importante testo di Asconio (*In Pis.* 3 Clark) in cui si confronta la 'deduzione coloniarìa' delle normali colonie latine – in particolare Piacenza – e quella delle colonie *sui generis* dedotte da Pompeo Strabone nell'89:

Neque illud dici potest, sic eam coloniam (sc. Placentiam) esse deductam quemadmodum post plures aetates Cn. Pompeius Strabo, pater Cn. Pompei Magni, transpadanas colonias deduxerit. Pompeius enim non novis colonis eas constituit sed veteribus incolis manentibus ius dedit Latii, ut possent habere ius quod ceterae Latinae coloniae, id est ut petendi <petendo? gerendo? petendis? gerendis? per?> magistratus <magistratibus> civitatem Romanam adipiscerentur....

Trad. it.: Né si può sostenere che quella colonia (sc. Piacenza) sia stata dedotta nello stesso modo in cui molto tempo dopo Gneo Pompeo Strabone, padre di Gneo Pompeo Magno, dedusse le colonie transpadane. Pompeo, infatti, non le fondò con nuovi coloni, ma concesse lo *ius latii* agli *incolae* mantenendoli sul luogo, affinché potessero avere il diritto proprio delle altre colonie latine, vale a dire che i magistrati, regolarmente eletti, conseguissero la cittadinanza romana (facendone richiesta? con la gestione della carica? tramite le magistrature?)⁴.

³ Cfr. la lett. citata nella nota 1 e, per le fonti letterarie, ad es., A. GRILLI, *Letteratura e cultura latine in Italia settentrionale*, in *La città nell'Italia settentrionale in età romana. Morfologie, strutture e funzionamento dei centri urbani delle regiones X e XI, Atti del convegno, Trieste 13-15 marzo 1987*, Trieste-Roma 1990, 211-224.

⁴ Per un'esesesi recente del passo S. BARBATI, *Asc. in Pis. 3 Clark: sulle cosiddette 'colonie latine fittizie' transpadane*, in *Iustel. Revista General de Derecho Romano*, XVIII, 2012, 1-44.

Come si vede, per Asconio entrambe le forme di intervento romano sul territorio determinarono una 'deduzione' coloniale, ma le prime *novis colonis*, cioè con il trasferimento di *cives romani* sul luogo e la conseguente perdita della *civitas romana*, quelle *ex lege Pompeia*, invece, con i soli *incolae* del posto, dei quali vennero rispettati possessi e titolarità pregresse. Dal passo pare, inoltre, che l'effetto più rilevante della peculiare *deductio ex lege Pompeia* sia stata la concessione della *civitas romana* ai magistrati coloniali.

Sulla base di questo passo e del suo riferimento a una, pur *sui generis*, 'deductio' coloniale, la letteratura fino agli anni '70-'80 – rappresentata, ad esempio, da autori come Bosio⁵ e Buchi⁶-, sosteneva che il provvedimento dell'89 non avesse mancato di determinare, oltre a un mutamento istituzionale delle realtà cittadine, anche innovazioni urbanistiche e di strutturazione agrimensoria delle aree rurali. Addirittura questi autori affermavano, in particolare per la zona veronese, che le prime centuriazioni dovessero risalire già al post crisi dopo la calata dei Cimbri e Teutoni. Infatti, in quell'epoca, dopo la vittoria di Mario ai Campi Raudii, il tribuno Saturnino aveva proposto di rendere *ager publicus* l'agro veronese e di centuriarlo (App., *BC* 1.29.130) ma poi la sua legislazione era stata abrogata e forse nulla si era fatto di quanto progettato, con buona pace degli indigeni ed abitanti della zona⁷. Comunque un ampio intervento di centuriazione dei territori transpadani avrebbe avuto luogo dopo l'89, in conseguenza della 'colonizzazione' di Pompeo Strabone.

5 L. BOSIO, *Il territorio: la viabilità e il paesaggio agrario*, in *Il Veneto nell'età romana. I. Storiografia, organizzazione del territorio, economia e religione*, Verona 1987, 59-101. Invece secondo C. BRICOLO, *Tracce di centuriazione nell'agro di Verona*, in *Il territorio veronese in età romana. Convegno del 22-23-24 ottobre 1971*, Verona 1971, 61-75, in particolare 73, si deve ipotizzare, per analogia con le vicine centuriazioni di Mantova e Cremona, che le Valli Grandi Veronesi siano state centuriate intorno al 41 a.C., dopo la battaglia di Filippi.

6 E. BUCHI, *Assetto agrario, risorse e attività economiche*, in *Il Veneto nell'età romana*, cit., 103-183.

7 Cfr. M. BALBO, *Sulle orme dei Gracchi. L. Apuleio Saturnino e la Transpadana*, in *Historiká. Studi di storia greca e romana*, II, 2012, 13-32.

In seguito, però, con un'importante monografia della fine degli anni '70, Giorgio Luraschi⁸ sottolineò la totale mancanza di attestazioni, nelle fonti e sul terreno, di innovazioni agrimensorie o urbanistiche post 89 a.C. e giunse quindi ad affermare, seguito dalla dottrina maggioritaria, che un intervento di ristrutturazione delle aree rurali in Transpadana sarebbe stato ipotizzabile soltanto dopo il 49 a.C. In questo modo Luraschi tese a sminuire l'importanza del riferimento tecnico di Asconio alla 'deduzione' coloniarie, parlando di 'colonizzazione fittizia'.

Tale autorevole presa di posizione determinò l'affermarsi in dottrina dell'idea che la concessione della *latinitas* non avesse comportato né nuove deduzioni coloniali, né innovazioni urbanistiche e architettoniche nelle città preesistenti, né ristrutturazioni agrimensorie nelle aree rurali. E l'espressione 'colonizzazione fittizia' è così entrata a pieno titolo nel gergo degli studi di storia antica e di diritto pubblico romano⁹.

Tale conclusione è parsa trovare conferma nel 2000 con la pubblicazione, da parte dell'archeologa Giuliana Cavalieri Manasse, di un importante frammento di forma catastale bronzea (fig. 1) che si trovava originariamente affissa presso il *Capitolium* di Verona, sui muri del triportico che contornava il tempio¹⁰. Infatti, gli studi della Cavalieri dimostrarono che questo catasto (che chiameremo catasto A) fu realizzato in concomitanza con l'edificazione del nuovo centro cittadino nell'ansa del fiume Adige, a seguito della concessione cesariana della *civitas romana* nel 49. La nuova testimonianza, dunque, pareva confermare che un in-

8 G. LURASCHI, *Foedus, ius Latii, civitas*, cit., *passim*.

9 Cfr., con la letteratura citata, M. TARPIN, *Le coloniae lege Pompeia: una storia impossibile?*, in *Trans Padum ... usque ad Alpes. Roma tra il Po e le Alpi: dalla romanizzazione alla romanità*. Atti del Convegno, Venezia 13-15 maggio 2014, a cura di G. Cresci Marrone, Roma 2015, 197-222; S. BARBATI, *Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi*, in *RDR*, XII, 2012, 1-46; ID., *Asc. in Pis. 3 Clark*, cit., 1-44; ID., *Ancora sulle cosiddette 'colonie latine fittizie' transpadane (Asc. in Pis. 3 Clark)*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, III, 2013, 59-106.

10 G. CAVALIERI MANASSE, *Un documento catastale dell'agro centuriato veronese*, in *Athenaeum* LXXXVIII, 2000, 5-52; EAD., *Note su un catasto rurale veronese*, in *Index*, XXXII, 2004, 49-81; EAD., *Il frammento di catasto rurale*, in *L'area del Capitolium di Verona. Ricerche storiche e archeologiche*, Verona 2008, 289-291.

tervento di Roma nella ristrutturazione delle aree rurali della città fosse avvenuto soltanto dopo il provvedimento del 49.

E tuttavia alcune scoperte archeologiche degli ultimi anni hanno mostrato come la concessione dello *ius latii* non aveva mancato di portare con sé talune innovazioni urbanistiche nelle città transpadane: ad esempio a Verona sono stati trovati i resti di mura in *opus quadratum* situate sulla riva sinistra dell’Adige nei pressi dell’abitato cenomane e risalenti al decennio fra il 90 e l’80 a.C.¹¹; a Brescia, l’adeguamento della città agli usi architettonici romani è attestato dalla presenza del cd. ‘tempio repubblicano’ edificato fra l’89 e il 75¹².

Infine, di recente, una nuova, straordinaria scoperta ha rimesso in discussione queste (relative) certezze. Infatti, in un convegno tenutosi a Venezia nel maggio 2014 i cui atti sono stati recentemente pubblicati¹³, la stessa archeologa Giuliana Cavalieri Manasse e la storica Giovannella Cresci Marrone hanno presentato un nuovo frammento di lastra catastale bronzea (che chiameremo catasto B) che doveva in origine essere affisso accanto al Catasto A nel triportico capitolino di Verona (figg. 2-3). E dalle ricerche delle due studiose e degli altri partecipanti al convegno – fra cui la sottoscritta – è emersa anche l’idea che il nuovo catasto – steso con caratteri latini e modalità tipicamente romane – potrebbe essere immediatamente successivo all’89 a.C., il che significherebbe che Roma non si era limitata in quell’occasione a dare alle città transpadane il mero titolo coloniale – come da tempo sostenuto –, ma era intervenuta in modo diretto, se non nella strutturazione agrimensoaria delle città, almeno nella ricognizione e registrazione delle proprietà fondiarie esistenti¹⁴.

11 D. KREMER, *Ius Latinum*, cit., 127; G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, cit., 75.

12 D. KREMER, *Ius Latinum*, cit., 128; *Un luogo per gli dei. L’area del Capitolium a Brescia*, F. Rossi, Firenze, 2014; G.L. GREGORI, *Momenti e forme dell’integrazione indigena nella società romana: una riflessione sul caso bresciano*, in *Pluralidad e integración en el mundo romano*, a cura di F. J. Navarro, Barañáin (Navarra) 2010, 25-49.

13 *Trans Padum ... usque ad Alpes*, cit.

14 G. CAVALIERI MANASSE, G. CRESCI MARRONE, *Un nuovo frammento di forma dal Capitolium di Verona*, in *Trans Padum ... usque ad Alpes*, cit., 21-54; L. MAGANZANI, *Il nuovo catasto di Verona. Profili giuridici*, *ibidem*, 93-117.

Il nuovo documento, quindi, riapre potentemente la questione della 'colonizzazione fittizia', costringendo gli interpreti a rivalutarla, sia sulla base di questa e altre risultanze archeologiche emerse dopo gli scritti di Luraschi, sia sulla base delle osservazioni e riflessioni della letteratura, quella più recente, ma anche quella antecedente agli anni 70-80¹⁵.

Nelle pagine che seguono riprenderò i temi del dibattito veneziano, presenterò le principali conclusioni raggiunte in quella sede nonché alcuni più recenti sviluppi della mia analisi del nuovo documento veronese e, infine, cercherò di rivalutare la correttezza e i limiti della espressione, ormai entrata nell'uso, di 'colonizzazione fittizia'.

2. Descrizione dei frammenti catastali

Premetto una breve descrizione dei due frammenti catastali (che appartenevano certamente a due lastre diverse dato il differente spessore) sottolineandone affinità e differenze.

Il catasto A (Fig. 1), già pubblicato nel 2000¹⁶, è un frammento di una lastra bronzea alto cm 16, largo cm 21, con spessore di 0,3-0,4 cm. Costituisce l'angolo superiore sinistro di una tavola che, come dimostra il grosso foro in alto a sinistra, era destinata all'affissione. Presenta una quadrettatura, all'interno della quale sono indicati i nomi dei titolari di una serie di terreni e la quantità di terra appartenente a ciascuno misurata in iugeri. I proprietari sono indicati due volte con *praenomen*, gentilizio e patronimico (*Cai Minuci Titi fili* e *Marci Magi Marci fili*), una volta con *praenomen* e *nomen* (*Publi Valeri*) e due volte con i *tria nomina* (*Cai Corneli Agathonis*, forse un liberto, e *Marci Clodii Pulchri*). I riquadri della prima fila sono privi di scritte, mentre quelli della seconda fila indicano la localizzazione di cinque terreni sulla base delle

15 Già B. FORLATI TAMARO, *La storia di Verona vista nelle iscrizioni*, in *Il territorio veronese in età romana. Convegno del 22-23-24 ottobre 1971*, Verona 1971, 519, metteva in dubbio tale titolo meramente onorifico delle colonie transpadane post 89 a.C., pur escludendo che si trattasse di una vera colonizzazione visto che «le ultime due colonie sicure di diritto latino sono in Italia Aquileia e Lucca (181-179 a.C.)». Invece E. GABBA, *Ticinum: dalle origini alla fine del III sec. d.C.*, in *Storia di Pavia, I, L'età antica*, Pavia 1984, 221 nt. 69 dichiarava 'equivoca' la denominazione di 'colonie fittizie'.

16 G. CAVALIERI MANASSE, *Un documento catastale*, cit., 5-52.

coordinate centuriali¹⁷, i nomi dei rispettivi titolari espressi in genitivo¹⁸ e, infine, gli iugeri posseduti da ciascuno¹⁹. Fra le misure dei fondi, indicati sulla forma dopo il nome dei relativi titolari, vi sono considerevoli scarti, il che pare incompatibile – stando almeno a ciò che fino ad ora sappiamo sul punto – con le caratteristiche di una lottizzazione per assegnazione coloniarica o viritana. Si deve quindi trattare, piuttosto, del risultato della ricognizione delle proprietà già esistenti *in loco*. Questo catasto, infine, non segnala alcuna caratteristica connessa alla morfologia del territorio (come invece accade, ad esempio, nei catasti di Orange²⁰, in un piccolo frammento spagnolo da Lacimurga pubblicato da Saéz Fernández nel 1990²¹ dove compaiono un fiume e un altro elemento, rivo o strada e forse, come vedremo, nel catasto cd. B di Verona).

Il catasto B (figg. 2-3), ultimamente pubblicato, è un piccolo frammento interno di lastra bronzea, alto cm 17,7, largo cm 12 e con spessore di 0,2 cm.²². Presenta anch'esso una quadrettatura, anche se nessuno dei quadranti superstiti è conservato per intero. Sul lato destro compare una linea longitudinale ad andamento spezzato (quattro segmenti diversamente orientati, il primo leggermente curvo, gli altri rettilinei) forse indicativa di una strada presente sul territorio. Anche qui, ai nomi dei titolari scritti all'interno delle quadrettature, segue l'indicazione del *modus* del relativo terreno ma, rispetto all'esemplare precedente, man-

17 *d(extra) d(ecunamum) I u(ltra) K(ardinem) III*; (b) *d(extra) d(ecunamum) II u(ltra) K(ardinem) III*; (c) *d(extra) d(ecunamum) III u(ltra) K(ardinem) III*.

18 (a) *C(ai) Corneli Agatho(nis)*; (b) *C(ai) Minuci T(iti) f(ili) e M(arci) Clodi Pulchri*; (c) *M(arci) Magi M(arci) f(ili) e P(ubli) Valeri*.

19 (a) *CLXXIII (iugera)* con alcuni decimali; (b) *CXXXVIII (iugera)* e *XXXVI iugera*, entrambi con decimali; (c) *CXII (iugera)* e *LII (iugera)*, entrambi con decimali.

20 A. PIGANIOL, *Les documents cadastraux de la colonie romaine d'Orange, XVI Supplément à Gallia*, Paris, 1962.

21 P. SÁEZ FERNÁNDEZ, *Estudio sobre una inscripción catastral colindante con Lacimurga*, in *Habis*, XXI, 1990, 205-227; M. CLAVEL-LÉVÊQUE, *Un Plan cadastral à l'échelle. La forma de bronze de Lacimurga*, in *Estudios de la Anteguedad*, VI-VII, 1993, 175-182.

22 G. CAVALIERI MANASSE, G. CRESCI MARRONE, *Un nuovo frammento di forma*, cit., 21-54.

cano le coordinate della centuriazione²³. Inoltre, mentre i titolari dei terreni del catasto A sono certamente romani, nel catasto B compare la forma latinizzata di una serie di nomi celtici che, salvo forse per *Surus Talusacr*, parrebbero essere in genitivo: così *Bituci*, *Vindilli*, *Segomari*, *Dusti*, *Samoiali* – riportati col solo nome individuale secondo il sistema onomastico preromano – e *Caciri Meteli* – riportato (insieme al già citato *Surus Talusacr*) con un secondo nome, sia esso patronomico o soprannome²⁴. Anche in questo frammento sia la scrittura che il sistema di misurazione adottato sono latini: il *modus* dei terreni è, infatti, espresso in iugeri e relativi decimali²⁵, il che mostra che, pure in questo caso, doveva trattarsi di pezzature irregolari. Non si tratta quindi di un'assegnazione coloniarica o viritana, ma della ricognizione e mappatura di proprietà già esistenti. Altre differenze rispetto al catasto A sono le seguenti: innanzitutto le misure dei terreni del catasto B sono molto inferiori a quelle del catasto A e all'interno di ogni quadrato ci sono molti più titolari: addirittura Segomaro possiede soltanto poco più di due iugeri. Nel frammento A compaiono, inoltre, centurie vuote, forse le cd. *centuriae vacuae* più volte richiamate dai testi agrimensori; in quello B, invece, tutte le aree

23 Riporto qui soltanto il testo del quadro V, completo: *Bituci IIII <iugera> ((triens)) ((semiuncia)) / Vindilli XXIII <iugera> / Segomari III <iugera> ((quadrans)) / Dusti XIX <iugera> / Caç[i]ri Meteli XXXV <iugera> ((sextans)) / Surus Talusacr(-) XXVI <iugera> ((semis)) / Samoiali XLVII <iugera> ((sextans)) ((semiuncia))*.

24 P. SOLINAS, *Sull'onomastica di origine celtica del nuovo frammento di forma dal Capitolium di Verona*, in *Trans Padum ... usque ad Alpes*, cit., 79-92. Aggiungo anche il parere espresso sul punto dal linguista Giulio Facchetti dell'Università dell'Insubria in una lettura inviata privatamente: «Il sistema onomastico preromano prevedeva l'impiego del solo nome individuale, eventualmente accompagnato dal patronimico. Tali antroponomi, tutti celtici (anche *Metelus* è direttamente attestato in contesto lepontico), sono in genitivo di possesso, con l'unica eccezione di *Surus*, forse per *lapsus* del redattore. Solo in due casi è aggiunto un patronimico, probabilmente per motivi di disambiguazione tra possibili omonimi: tale problema non si poneva evidentemente per gli altri proprietari che, per brevità, sono individuati nel documento amministrativo con il loro mero nome individuale. Che *Meteli* e *Talusacr(i)* siano patronimici, invece che soprannomi, sembra indicato dalla forma *Talusacr*, più facilmente integrabile con *Talusacr(i)* (e dunque non concordata con *Surus*) che non con *Talusac(e)r*».

25 T. LUCHELLI, *Aspetti metrologici ed economici*, in *Trans Padum ... usque ad Alpes*, cit., 67-78.

documentate contengono indicazioni di titolari. Infine lo spessore delle due tavole è diverso, il che significa che si tratta di due lastre differenti.

I due documenti erano certamente affini per contenuto e forma redazionale, ma dovevano appartenere a un differente contesto. Il tipo di soggetti a cui le tavole si riferiscono presenta, infatti, un diverso grado di romanizzazione: nel catasto A sono tutti romani, benestanti e titolari di ampi terreni, in quello B sono indigeni qualificati con i loro nomi celtici e titolari di lotti di ridotte dimensioni. Tuttavia entrambi i documenti sono pienamente romani, poiché sono tali la scrittura e le unità di misura delle superfici: si tratta quindi di catasti redatti forse in due ambienti e/o momenti storici diversi e comunque per gruppi etnici differenti - ma accomunati dalla finalità pratica di registrare dati relativi all'organizzazione dell'agro veronese, occupato da Romani o da Celti, secondo un modello tipicamente romano.

Problema centrale rimane quello della datazione dei due catasti. Alle ipotesi formulate in proposito si farà cenno nel prossimo paragrafo.

3. Possibile datazione

Rinviando agli scritti di Giuliana Cavalieri Manasse per l'ipotesi di datazione del catasto A al 40-20 a.C. - suffragata da numerosi elementi²⁶ - riporto qui di seguito, in sintesi, le notazioni presentate dalla stessa Cavalieri, da Giovannella Cresci Marrone e dalla sottoscritta in occasione del convegno veneziano a cui si è sopra accennato, sulla possibile datazione del Catasto B, nonché alcune mie riflessioni successive.

In primo luogo vi è da tener presente un dato, e cioè che pare assolutamente da escludere una datazione del catasto B anteriore all'89 a.C.: è vero, infatti, che esistono documenti epigrafici in latino relativi al II secolo a.C. riguardanti la soluzione nella zona, da parte di arbitri

26 Molti e persuasivi gli argomenti a sostegno di questa datazione (G. CAVALIERI MANASSE, *Un documento catastale*, cit., 5 ss.): ad esempio, uno dei personaggi dell'iscrizione, *M. Magius M.f.*, «parrebbe figlio di un evergete del complesso capitolino, *M. Magius L. filius*, ricordato da una grande epigrafe incisa su un elemento strutturale, forse pertinente al triportico. Tale epigrafe sembra riconducibile agli anni tra il 50 e il 40 a.C.: se *M. Magius* è effettivamente figlio del mecenate, dovette essere attivo nella seconda metà del secolo» (45).

romani, di controversie di confine fra comunità²⁷. Ma una cosa è che un arbitro romano sia stato chiamato dalle popolazioni locali a risolvere una controversia di confini fra comunità federate, sia in ragione del *foedus* esistente e della posizione di preminenza politica di Roma sui popoli della Transpadana, sia in ragione della già avanzata romanizzazione della zona per la presenza di grandi strade romane, soprattutto la Postumia tracciata nel 148 a.C., e per le già corpose immigrazioni dalla capitale. Una cosa del tutto diversa è che, in una *civitas* specifica, ci si prenda la cura di accatastare tutte le proprietà fondiarie dell'area rurale con i nomi dei titolari e il relativo *modus* dei terreni secondo modalità tipicamente romane: è del resto noto che il termine *territorium* è definito dal giurista Pomponio in D. 50.16.239.8 (tratto dal *Liber Singularis Enchiridii*) come '*universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis*', il che significa che, per i Romani, la definizione del territorio cittadino equivaleva alla ricognizione delle singole proprietà. In presenza di un semplice *foedus* coi Cenomani – che fra l'altro, com'è noto, prevedeva a detta di Cicerone (*Balb.* 14.32), il divieto di dare la *civitas* romana a membri di quella popolazione – non vi sarebbe stata ragione di questa intromissione di Roma nella realtà locale.

L'alternativa possibile, allora, è fra una datazione della *forma* B relativamente 'alta', cioè compresa fra l'89 e il 49 a.C., e una datazione 'bassa', successiva a quella della *forma* A o addirittura da riferire all'età imperiale.

A prima vista la presenza esclusiva di nomi celtici fra i titolari dei terreni del catasto B potrebbe far propendere per la prima ipotesi. Ma è stata messa in luce negli ultimi anni²⁸ la diffusione, anche nel perio-

27 Nel 135 a.C. il proconsole Sesto Atilio Serrano fissa il confine fra Ateste e *Vicetia* (*CIL* V, 2490); nel 116 a.C. il proconsole Lucio Cecilio Metello fissa il confine fra *Patavium* e Ateste (*CIL* V.2491, 2492); nel 118 a.C. un arbitrato romano risolve una disputa territoriale fra *Genuates* e *Vituri Langenses* (*CIL* V, 7749); cfr. (con la cit. lett.) G. CAIRO, *Gli strumenti giuridici della presenza romana in Cisalpina*, cit., 33-54.

28 F. MAINARDIS, '*E ora siamo tutti romani*'. *L'evoluzione delle formule onomastiche nelle iscrizioni della Transpadana romana*. Tesi di dottorato in Storia antica (VIII Ciclo), Università di Roma La Sapienza, 1997; EAD., *L'onomastica idionimica nella Transpadana romana tra resistenza e integrazione*, in *Scienze dell'Antichità. Storia, Archeologia, Antropologia*, X, 2000, 531-574; EAD., *Tracce di onomastica celtica nell'epigrafia preromana e romana delle regioni nord-orientali*, in *I Celti nell'Alto Adriatico*,

do della piena romanizzazione della Transpadana, sia di casi di permanenza dell'onomastica celtica, sia di formazioni onomastiche abnormi rispetto ai *tria nomina*, forse come forma di resistenza al nuovo modello politico e culturale romano. Inoltre è stato provato che, anche nei primi due secoli dell'età imperiale, la componente indigena priva di *civitas* non era scomparsa nel nord Italia, come si ricava da fonti letterarie, epigrafiche e dai relativi riscontri nella tradizione onomastica. Questo significa che il catasto B potrebbe anche rappresentare le modalità della distribuzione dei terreni all'interno di un'enclave di peregrini situata in territorio romano.

Tuttavia, a mio avviso, un indizio significativo a favore della datazione 89 – 49 a.C. è rappresentato dalla collocazione originaria di queste forme catastali, affisse nello stesso luogo, cioè nel triportico capitolino, quindi un'area destinata alla comunicazione all'esterno degli ideali e della storia della *civitas*. In generale, infatti, era proprio nel centro monumentale della città che l'*universitas* dei *cives* comunicava all'esterno la sua storia, i suoi ideali e la fedeltà a Roma, sia nella strutturazione architettonica del tempio capitolino e degli altri monumenti, sia nelle statue e nelle iscrizioni. Si pensi a Veleia dove, oltre alle statue degli imperatori, nei portici della basilica erano affisse la *Lex de Gallia Cisalpina* e la *Tabula alimentaria*, documenti imponenti che comunicavano e propagandavano la storia della città²⁹. Si pensi a Luni dove, ugualmente,

Atti del Colloquio Internazionale, Trieste 5-7 aprile 2001, *AAAd*, XLVIII, 2001, 55-69; EAD., *La componente autoctona nei ceti medi transpadani dei primi secoli dell'impero*, in *Ceti medi in Cisalpina. L'epigrafia dei ceti 'intermedi' nell'Italia settentrionale di età romana*, Atti del Colloquio Internazionale di Epigrafia, Milano 14-16 settembre 2000, Milano 2002, 153-166; EAD., *Norma onomastica e uso del nome in Aquileia romana: alcune riflessioni*, in *Aquileia dalle origini alla costituzione del Ducato Longobardo. Storia – Amministrazione – Società*, XXXIII Settimana di Studi Aquileiesi (Aquileia 25-27 Aprile 2002), *AAAd*, LIV, 2003, 559-589.

29 P. KREUZ, *Veleia*, in H. von HESBERG – P. ZANKER, *Storia dell'architettura italiana. Architettura romana. Le città in Italia*, Milano 2012, 374-381; S. DE MARIA, *Immagini e spazi della celebrazione nelle città dell'Emilia romana*, in *La scultura romana dell'Italia settentrionale. Quarant'anni dopo la mostra di Bologna*, Atti del Convegno Internazionale di Studi, Pavia 2005, a cura di F. Slavazzi e S. Maggi, Firenze 2008, 104-105; M. MARINI CALVANI, *Veleia*, in *Aemilia. La cultura romana in Emilia Romagna dal III secolo a.C. all'età costantiniana*, a cura di M. Marini Calvani, Bologna 2000, 540-546;

comparivano nel foro statue dei benemeriti della colonia (il fondatore, alcuni imperatori etc.) con le relative iscrizioni, ed erano anche affissi alle pareti – così come a Brescia – lastre di fasti imperiali³⁰.

Del resto, secondo un indirizzo già abbastanza consolidato nella ricerca archeologica e antichistica in genere, i singoli monumenti, anche iscritti, vanno intesi, se possibile, non come «episodi singoli da apprezzare in quanto tali», ma come elementi di «contesti nei quali i diversi episodi ... trovavano la loro collocazione fisica, spaziale e relazionale»³¹.

J. ORTALLI, *Complessi forensi e architetture civiche nelle città romane dell'Emilia Romagna: Ariminium, Sassina, Mevaniola, Veleia, Bononia*, in *AAAd*, XLII, 1995, 273-311; S. DE MARIA, *Iscrizioni e monumenti nei fori della Cisalpina romana: Brixia, Aquileia, Veleia, Iulium Carnicum*, in *MEFRA*, C, 1988, 48-57; C. SALETTI, *Il ciclo statuario della basilica di Velleia*, Milano, 1968. Fra l'altro l'intestazione dei testi epigrafici, scritta in caratteri più grandi rispetto al resto dell'incisione, era funzionale proprio ad un'agevole percezione dei contenuti anche da parte del visitatore di passaggio.

30 Brescia: *CIL* V.4315-4318 = *SupplIt*, VIII, 191, 164-166, Tavv. IV-VII. Cfr. F. ROSSI, *Il foro di Brixia (Brescia)*, in *AAAd*, XLII, 1995, 329-346; A. VALVO, *Le iscrizioni in Santa Giulia Museo della città. L'età romana. La città, le iscrizioni*, Milano, 1998, 83-85; G. DI VITA – ÉVRARD, *Les «Fastes impériaux» de Brescia*, in *Epigrafia. Actes de Colloque international d'épigraphie latine en mémoire de Atilio Degrassi*, Rome, 27-28 mai 1988, Rome 1991, 93-117; S. DE MARIA, *Iscrizioni e monumenti*, cit., 34-41; N. DEGRASSI, *I fasti imperiali romani del "Capitolium" di Brescia*, in *Atti del Convegno Internazionale per il XIX centenario della dedicazione del "Capitolium" e per il 150° anniversario della sua scoperta, (Brescia 1973)*, Brescia 1975, 197-203. Luni: M.G. ANGELI BERTINELLI, *Lunensia antiqua*, Roma, 2012; EAD., *Frammenti di fasti imperiali inediti da Luna*, in *MEFRA* C, 1988, 103-116 = *AE* 1988, 564; M.P. ROSSIGNANI, *Il foro di Luni*, in *AAAd*, XLII, 1995, 443-466. Cfr. G. LEGROTTAGLIE, *La decorazione scultorea*, in *L'area del Capitolium di Verona*, cit., 255-265.

31 S. DE MARIA, *Immagini e spazi della celebrazione*, cit., 101. Si tratta di una prospettiva nata in particolare dalle riflessioni di P. ZANKER (*Augusto e il potere delle immagini*, Torino, 1989 e *Un'arte per l'impero. Funzione e intenzione delle immagini nel mondo romano*, Milano 2002) e T. HÖLSCHER (*Monumenti statali e pubblico*, Roma, 1994, 137-173). Cfr. anche G. SEARS, P. KEEGAN, R. LAURENCE, *Written Space in the Latin West, 200 BC to AD 300*, London-New Delhi-New York-Sydney 2013, in particolare lo scritto di M. CORBIER, *Writing in Roman Public Space*, 13-47. Inoltre M. CORBIER, *Donner à voir, donner à lire: mémoire et communication dans la Rome ancienne*, Paris 2006 e EAD., *L'écriture dans l'espace public romain*, in *L'urbs. Espace urbain et histoire (I siècle av. J.-C. – III siècle ap. J.-C.)*, Actes du colloque international, Rome, 8-12 mai 1985, Paris-Rome 1987, 27-60; C. WILLIAMSON, *The Display of Law and Archival Practice in Rome*, in *Acta Colloqui Epigraphici Latini*, a cura di H. Solin, O. Salomies,

Infatti «il *monumentum* – scrive l'archeologo Sandro De Maria – vive in quanto comunica, e anche ammaestra, se consideriamo il senso etimologico originario della parola³², e questo lo si ottiene in maniere differenti, tra le quali un ruolo non secondario gioca la loro collocazione e la rete di relazioni visive e concettuali, che si instaura con il contesto e le costruzioni vicine»³³. Ecco perché un approfondimento sulla collocazione originaria di un testo epigrafico affisso in un luogo pubblico può essere di grande aiuto all'interprete per la comprensione del suo contenuto. Questo tipo di approccio trova evidentemente due limiti di fondo: il primo connesso alla difficoltà di ricostruire i contesti originari dei *monumenta* nonché i «rimandi specifici fra le varie costruzioni» di un complesso³⁴; il secondo dovuto all'impossibilità di restituire, allo stato attuale delle nostre conoscenze di antropologia storica e sociologia culturale, «le modalità personali (di gruppo, di classe, di livello culturale) secondo le quali quei monumenti ... venivano effettivamente percepiti» all'epoca della loro fruizione³⁵. E tuttavia ove il contesto del *monumentum* sia stato almeno parzialmente

U.M. Liertz, Helsingiae 1995, 239-251; ID, *Monuments of Bronze: Roman Legal Documents on Bronze Tablets*, in *Classical Antiquity*, VI, 1987, 160-183. Sulla funzione anche 'comunicativa' e 'propagandistica' dell'affissione a grandi lettere dei catasti d'Orange, M. CHRISTOL, *Ressources des colonies, ressources de l'État*, in *Colons et colonies dans le monde romain. Études réunies*, a cura di S. Demougin, J. Scheid, Paris-Rome 2012, 65-67; P. ARNAUD, *De Turris à Arausio: les tabularia perticarum, des archives entre colonie et pouvoir central*, in *Hommages à Carl Deroux. III. Histoire et épigraphie, Droit*, a cura di P. Defosse, Bruxelles 2003, 25: fu Vespasiano a imporre la loro affissione pubblica (*AE* 1999, 1023: [*formam agrorum pro]poni iussit*); lo stesso vale per l'affissione a Roma della *forma urbis*: E. RODRIGUEZ-ALMEIDA, *Formae urbis antiquae. Le mappe marmoree di Roma tra la repubblica e Settimio Severo*, Roma, 2002; ID., *Un frammento di una nuova pianta marmorea di Roma*, in *JRA*, I, 1988, 120-131.

32 G.A. MANSUELLI, *Il monumento commemorativo romano*, in *Bollettino del Centro di Studi per la Storia dell'Architettura*, XII, 1958, 3-23.

33 S. DE MARIA, *Monumenti e luoghi della celebrazione nella città romana. Dall'età repubblicana al medio impero*, in *Monumento e memoria. Dall'antichità al contemporaneo*, Atti del Convegno di Bologna 11-13 ottobre 2006, a cura di S. De Maria, V. Fortunato, Bologna 2010, 111.

34 S. DE MARIA, *Monumenti e luoghi della celebrazione*, cit., 111.

35 S. DE MARIA, *Monumenti e luoghi della celebrazione*, cit., 111.

ricostruito dagli archeologi, come nel caso dei catasti del *Capitolium* di Verona, credo che un tentativo in questo senso meriti di essere fatto³⁶.

Ne consegue che l'affissione contestuale delle due tavole sulle mura del triportico capitolino e la loro permanenza sul posto fino almeno al III secolo costituiscono esse stesse un rilevante indizio della finalità loro attribuita dai contemporanei e, di conseguenza, della loro funzione originaria nonché della loro datazione.

Nel prossimo paragrafo cercherò, quindi, di collocare i due frammenti catastali nel contesto monumentale nel quale erano inseriti per trarne possibile indizi sulla finalità degli stessi agli occhi dei contemporanei e sulla datazione.

4. Contesto monumentale dei catasti di Verona come indizio di datazione

La tensione dei Veronesi post 49 a.C. verso la comunicazione all'esterno della loro fedeltà a Roma e agli ideali della *Civitas* è riscontrabile in tutta l'area del *Capitolium*. Qui era innanzitutto la struttura del grande tempio capitolino a comunicare al visitatore, oltre a un'impressione di magnificenza, questo forte messaggio ideologico³⁷ (Fig. 4): l'accesso al tempio avveniva, infatti, da sud, dal *cardo* massimo, e da qui un'alta scalinata doveva condurre al cortile di accesso, caratterizzato certamente da un ricco apparato decorativo, anche se ridotte sono le testimonian-

³⁶ La stessa indicazione di metodo, a proposito della lettura e interpretazione dei testi epigrafici, viene da F. COARELLI, *La tavola latina di Eraclea: una proposta*, in *Atti dei convegni di Venosa*, Napoli Roma, Novembre 1993, Comitato Nazionale per le celebrazioni del bimillenario della morte di Q. Orazio Flacco, Venosa, 1994, 111. Infatti, secondo l'A., le indagini sulla tavola di Eraclea sarebbero state negativamente influenzate dall'abitudine a 'letture fuori contesto'. Al contrario la sua analisi non può prescindere da un primo dato di fatto, e cioè che essa « venne incisa a cura del municipio ed esposta in una sede ufficiale, che probabilmente corrispondeva ... al santuario, sede della lega italiota: il che significa che il suo testo doveva essere pertinente alla città e non costituire – come da più parti sostenuto – «un disegno miscelaneo, di uso meramente pratico ... o addirittura di uso privato»: F. COARELLI, *op. ult. cit.*, 112-113.

³⁷ G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, in *L'area del Capitolium di Verona*, cit., 76-105; EAD., *Il contesto urbanistico del santuario: l'area forense*, in *op. ult. cit.*, 293-306.

ze pervenute³⁸. Sulla terrazza antistante al tempio, sui lati occidentale e orientale della scalinata d'accesso, dovevano poi essere collocati due gruppi statuari di grandi dimensioni a cui è probabilmente attribuibile un enorme dito in bronzo dorato (VR 60328), forse appartenente a un simulacro colossale di divinità o di imperatore³⁹.

Il pronao del tempio, dotato di 18 colonne disposte su tre ranghi, era profondo circa 15,40 metri a partire dalla fila anteriore delle colonne e, dietro queste, si aprivano le porte delle tre celle, che dimostrano che il tempio era dedicato alla Triade capitolina, maggiore quella centrale, minori quelle laterali. Di lato alle celle vi erano 4 colonne e dietro, forse, dei vestiboli. La copertura dell'edificio era in materiale laterizio e doveva avere una discreta pendenza⁴⁰.

Il complesso poggiava su un terrapieno artificiale di circa 80 metri per lato, contenuto da un criptoportico, ed era contornato da un triportico che inquadrava il tempio. Tale insieme si conformava ad un modello di stampo ellenistico caratteristico delle piazze forensi dei *municipia* romani e molto diffuso a partire dal II secolo a.C. Ma gli archeologi hanno sottolineato come il tempio veronese fosse del tutto peculiare nel quadro delle strutture templari dell'epoca, sia per il suo schema planimetrico, che per i suoi elementi decorativi fittili o lignei. Infatti la sua struttura, con pronao di tre file di sei colonne e portici laterali, richiamava apertamente quella di un tempio tuscanico secondo una formula architettonica che, all'epoca dell'edificazione del complesso, cioè dopo il 40 a.C., era da tempo superata⁴¹. Inoltre il tempio era caratterizzato da trabeazioni lignee e rivestimenti in terracotta – di cui sono rimasti molti frammenti dalla forma di tralci vegetali, spirali, palmette, ali e festoni etc.⁴² –, che erano all'epoca ampiamente fuori moda, essendo

38 G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, cit., 86-87.

39 G. CAVALIERI MANASSE, *L'area del Capitolium di Verona*, cit., Tav. CXXXIV.4: cfr. G. LEGROTTAGLIE, *La decorazione scultorea*, in *L'area del Capitolium di Verona*, cit., 255-265.

40 G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, cit., 83-84.

41 G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, cit., 102-105; G. CAVALIERI MANASSE, *La tipologia architettonica*, in *L'area del Capitolium di Verona*, cit., 307-326.

42 M.J. STRAZZULLA, *La decorazione in terracotta*, in *L'area del Capitolium di Verona*,

ormai usati soltanto per ammodernamento di edifici già esistenti da lunga data, mentre nei templi di nuova edificazione si erano affermati da tempo alzati e trabeazioni lapidei e l'elemento fittile era usato solo a copertura del tetto con apparato decorativo ridotto.

Parrebbe dunque trattarsi di una vera ostentazione di "conservatorismo" rispondente, però, alla più autentica tradizione latina e romana: il che fa pensare ad un complesso ideato e realizzato in questo modo per la precisa volontà di riprodurre l'esempio del *Capitolium* urbano in modo da mostrare al pubblico il forte legame politico, religioso, istituzionale, ideologico con Roma attraverso la riproposizione 'fuori tempo' del suo edificio più rappresentativo.

Tutto questo è ancor più significativo se si pensa che la nuova città in destra d'Adige fu costruita ex novo dopo il 49 a.C., mentre sulla riva sinistra, dove aveva sede lo stanziamento indigeno originario, fu creato un apparato monumentale confiscando le proprietà esistenti. Si trattò quindi una vera 'rivoluzione' per la popolazione della zona, pianificata e realizzata di concerto con la pianificazione e realizzazione del nuovo centro cittadino in destra d'Adige: a ciò si riferisce la famosa iscrizione murata nella facciata settentrionale più antica della porta Leoni (CIL V.3434) che attribuisce ai quattuorviri cittadini il merito dell'edificazione delle mura, delle porte, delle cloache.

A questo primo segno evidente ed immediatamente percepibile dai contemporanei della fedeltà della città, appena beneficiata dell'ambita *civitas romana*, agli ideali di Roma antica rappresentati dai suoi edifici simbolo, probabilmente si affiancava all'interno della struttura (come accadeva nel *Capitolium* della capitale e, in genere, in tutti quelli delle varie realtà cittadine sparse nell'impero) un ricco arredo scultoreo, costituito soprattutto da statue di divinità, ma anche di *viri inlustres* o imperatori⁴³. Di tale arredo a Verona non sono rimasti molti esempi a causa della sistematica spogliazione dell'area avvenuta in età tardo-antica. È tuttavia significativa la scoperta, nelle trincee di spoglio all'altezza del pronao, di una base quadrangolare in proconnesio che presenta, su due facce diverse, due iscrizioni, la prima delle quali è stata erasa in

cit., 153-167.

43 G. LEGROT TAGLIE, *La decorazione scultorea*, cit., 255-265.

età antica (VR 4823)⁴⁴. Quest'ultima ricorda l'erezione di una statua, decretata dall'*ordo decurionum*, per una matrona di rango residente in città, *Curtia Procilla*, sacerdotessa della diva Plotina *Augusta* (la moglie di Traiano divinizzata dopo la morte, nel 123 d.C.); dall'altro lato, invece, compare la dedica sottostante ad una statua eretta a Giove Ottimo Massimo su decreto dell'*ordo decurionum Veronensium*. Il riutilizzo del marmo, che dovette avvenire fra la fine del II secolo e gli inizi del III, non desta stupore se è vero, come sostenuto da Lahusen⁴⁵, che in età imperiale, anche a Roma, si tese a eliminare gradualmente dal *Capitolium* le effigi private per dare spazio alle sole statue degli imperatori.

Ma il luogo principe dove la *civitas* veronese si presentava all'esterno comunicando sé stessa e la sua storia, sia per iscritto che per immagini, era il triportico racchiudente il tempio, alle cui pareti erano affissi anche i due catasti oggetto di questa indagine: esso, infatti, oltre ad essere adornato di statue (come accadeva anche a Luni e probabilmente a Brescia), presentava molte iscrizioni alle pareti, appositamente scelte dall'*ordo decurionum* per rappresentare all'esterno gli ideali della propria *civitas*. Si trattava dunque di un luogo deputato alla conservazione e presentazione pubblica delle 'memorie civili'⁴⁶, anche se non direi che lo si possa identificare, come di recente è stato sostenuto, con un vero e proprio *tabularium*⁴⁷: infatti una cosa è l'esposizione di alcuni pezzi significativi, riprodotti su bronzo o marmo, allo scopo di comunicare al pubblico un certo messaggio ideologico da parte della *civitas*; un'altra è la conservazione, verosimilmente in luogo chiuso, dei documenti di pubblico interesse riguardanti la città, nonché la registrazione e catalogazione dei *bona civitatis*, fra cui le aree e gli edifici di uso pubblico, le terre pubbliche locate a privati dietro il pagamento di un *vectigal* e gli *ornamenta* della *civitas* (come le statue). Un vero e proprio *tabularium*,

44 G. LEGROTTAGLIE, *La decorazione scultorea*, cit., 257.

45 G. LAHUSEN, *Untersuchungen zur Ehrenstatue in Rom. Literarische und epigraphische Zeugnisse*, Roma 1983, 11. Cfr. G. LEGROTTAGLIE, *La decorazione scultorea*, cit., 257 nt. 22; P. ZANKER, *Augusto e il potere delle immagini*, cit., 89 ss.

46 G. LEGROTTAGLIE, *La decorazione scultorea*, cit., 258.

47 G. CAVALIERI MANASSE, G. CRESCI MARRONE, *Un nuovo frammento di forma*, cit., 30-41; G. LEGROTTAGLIE, *La decorazione scultorea*, cit., 258.

ad esempio, è quello di cui si parla in un'iscrizione su marmo proveniente da Caere e conservata nel museo archeologico di Napoli, relativa alla concessione di un *locus publicus* da parte dell'*ordo decurionum* cittadino ad un privato perché questi realizzasse a sue spese una sorta di *schola* per gli *Augustales* (CIL XI, 3614): qui, infatti, si specifica che il testo iscritto riproduce quanto avvenuto il 13 aprile del 113 nel pronao del tempio di Marte – probabile sede del *tabularium* – indicando esattamente la pagina e il *caput* da cui il testo iscritto era stato tratto⁴⁸.

I resti delle epigrafi affisse nel triportico veronese forniscono un'idea piuttosto precisa del messaggio che la città voleva comunicare all'esterno, riguardante sia la sua propria storia, che il suo rapporto speciale con l'*Urbs* e con i regnanti. Vi comparivano, infatti, i nomi dei personaggi illustri della città e in particolare degli evergeti del complesso capitolino: ad esempio, lungo le pareti del triportico era murata un'iscrizione il cui dettato è stato recentemente completato con il ritrovamento, durante le indagini nella cripta della Chiesa di San Benedetto al Monte, di altri due pezzi, col seguente risultato finale: *M. Magius L(uci) f(ilius) cryptam fecit et porticus reposu[it] d(e) p(ecunia) s(ua)*⁴⁹. Di questo M. Magio si parlerà più avanti.

Dal triportico sono pervenuti infine alcuni frammenti lapidei⁵⁰, probabilmente di prodotti di notevole pregio sia per i materiali utilizzati (quasi sempre marmi di importazione, ad es. il giallo antico, il proconnesio, il lunense) sia per la lavorazione, il che dimostra che erano opere di maestranze altamente specializzate. Nel complesso si doveva trattare di un grande numero di lastre che rivestivano le pareti del triportico e che rappresentavano la *memoria publica* cittadina (secondo l'espressione di Cicerone, in *Pro Mil.* 73) sotto forma di leggi, decreti, fasti, deliberazioni degli organi rappresentativi della *civitas* etc. Che si trattasse di documenti affissi è provato dai fori o dalle grappe in ferro, bronzo

48 A. PARMA, *Sulla presenza di decreta decurionum nella pars tertia, Negotia, dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Antejustiniani (FIRA), Studi preparatori, I, Leges*, edito da G. Purpura, Torino 2012, 230-236.

49 G. CAVALIERI MANASSE, G. CRESCI MARRONE, *Un nuovo frammento di forma*, cit., 30 ss.

50 A. BUONOPANE, *Il materiale epigrafico*, in *L'area del Capitolium di Verona*, cit., 269 ss.

o simili presenti sui frammenti ritrovati. Questi sono tutti di piccole dimensioni e appaiono rotti, con una mazza o simili, già in età antica, in occasione dello spoglio del monumento, forse per recuperare materiale. La maggior parte risalgono al I, II, III sec. d.C. Fra di essi, di particolare interesse è un frammento (n. 2, VR 4822, Tavv. CXXXV, 2; 32, 7)⁵¹ che, secondo l'editore Buonopane, potrebbe aver fatto parte di una tavola marmorea riprodotte "fasti imperiali", documenti attestati anche nel *Capitolium* di Brescia e a Luni⁵². Si tratta di un frammento marginale destro di una lastra in giallo antico. Lungo il bordo inferiore a destra ci sono tracce di un foro cieco per un perno metallico che serviva ad unire questa lastra con un'altra. Secondo l'editore potrebbe trattarsi di due o più lastre unite, nelle quali erano stati iscritti in momenti differenti i nomi di alcuni imperatori.

Fra i frammenti superstiti ci sono altri documenti con titolature imperiali (nn. 3, 14, 15,16) nei quali forse si ricordava qualche atto ufficiale dell'imperatore o si manifestava la lealtà della comunità verso i regnanti⁵³. Compaiono, inoltre, esemplari di atti ufficiali di organi deliberanti cittadini nonché di associazioni locali, risalenti al II-III secolo d.C.: ad esempio il documento n. 17 presenta la *praescriptio* dell'atto ufficiale di un organo deliberante⁵⁴, mentre il n. 18 riporta verosimilmente la dedica al *Genius collegii* da parte dei *fabrii* e *centonarii*, associazioni che intervenivano in ambito cittadino per lo spegnimento degli incendi⁵⁵.

Tornando ora al problema della datazione del Catasto B, il contesto così delineato rende difficile credere che i *cives veronenses* abbiano deciso di collocare sui muri del triportico capitolino, accanto alla rappre-

51 A. BUONOPANE, *Il materiale epigrafico*, cit. 273.

52 Brescia: *CIL* V, 4315-4318 = *SupplIt* VIII, 191, 164-166, Tavv. I-VII: A. VALVO, *Le iscrizioni in Santa Giulia*, cit., 83-85. Luni: M.G. ANGELI BERTINELLI, *Frammenti di fasti imperiali*, cit., 103-116 = *AE* 1988, 564; EAD., *Lunensia antiqua*.

53 A. BUONOPANE, *Il materiale epigrafico*, cit., 273-278.

54 [-] in tem[plu-]/[-Scribundo] adfue[runt-]/[-] ANNO -[:]: A. BUONOPANE, *Il materiale epigrafico*, cit., 278-279.

55 A. BUONOPANE, *Il materiale epigrafico*, cit., 279 : [-Ge]nio collegi[-] / [fabr(orum) ? et cento]nari(orum)/ —.

sentazione grafica della distribuzione dei terreni dell'area rurale fra il 40 e il 20 a.C., una rappresentazione accurata dei terreni appartenenti ai peregrini di un'enclave presente sul territorio. Più coerente è pensare che i due catasti, nelle intenzioni dei disponenti, volessero rappresentare plasticamente il passaggio dal primo momento in cui la città, ancora abitata da celti, era entrata nell'orbita romana con la concessione della *latinitas* nell'89 a.C., a quello successivo di non più di 40 anni in cui la popolazione aveva ormai ottenuto l'ambita *civitas romana*. Infatti, la circostanza che essi siano rimasti affissi ai muri del triportico capitolino per tanti secoli, significa che erano ritenuti coerenti con il "messaggio pubblico" che l'intero complesso monumentale voleva comunicare all'esterno, vale a dire l'orgoglio della città per essere entrata definitivamente nell'orbita romana dopo l'attribuzione della *civitas* nel 49 a.C.

Del resto tale uso non manca di conferme: si pensi ai catasti di Orange riproducenti tre rappresentazioni grafiche del territorio (A, B, C) relative ad epoche diverse e affissi nel 77 d.C. per iniziativa di Vespasiano nel *tabularium* cittadino⁵⁶. Si pensi ad alcune iscrizioni di centri veneti caratterizzate dalla sigla N anteposta ad un numero: il caso più appariscente è quello di *Patavium*, dove il numero potrebbe indicare «i n(umeri) della città di pertinenza, intesi come gli anni trascorsi dalla data d'inizio di un'era locale»⁵⁷, nel caso di Padova l'89 a.C. Si pensi, infine, questa volta dal punto di vista degli indigeni, alla Stele bilingue di Vercelli⁵⁸ in cui, probabilmente dopo l'89, un notevole locale di nome

56 Cfr. M. CHRISTOL, *Ressources des colonies*, cit., 65-67; P. ARNAUD, *De Turris à Arausio*, cit., spec. p. 25.

57 J. LIU, "The Era of Patavium again", in *ZPE*, CLXII, 2007, 281-289; A.R. GHIOTTO, *Un numero di Vicetia in un'iscrizione della chiesa di San Martino a Schio?*, in *Aquilieia nostra*, LXXVI, 2005, 177; S. PANCIERA, *I numeri di Patavium*, in *ΕΡΚΟΣ. Studi in onore di Franco Sartori*, Padova 2003, 187-308, ora in S. PANCIERA, *Epigrafi, Epigrafia, Epigrafisti. Scritti vari editi e inediti (1956-2005) con note complementari e indici*, Roma 2006, 951-963; W.V. HARRIS, *The Era of Patavium*, in *ZPE*, XXVII, 1977, 283-293.

58 *CIL* I², 3403a²; *RIG* II/1, pp. 25-37; S. GIORCELLI BERSANI, *Regio XI Transpadana. Vercellae – Inter Vercellas et Eporediam*, in *Supplementum Italicum*, XIX, 2002, 297-300; EAD., *Segni e simboli dell'integrazione: documenti scritti del passaggio alla romanità nell'Italia nord-occidentale*, in *Società indigene e cultura greco-romana*. Atti del Convegno Internazionale (Trento, 7-8 giugno 2007), a cura di E. Migliario, Roma

Acisius Argantocomaterecus, forse investito di una carica magistratuale preromana (*Argantocomaterecus* come misuratore dell'argento?) ma ancora privo della *civitas*, avendo compiuto un atto di evergetismo a favore della comunità mista libico-romana di Vercelli, si cura di comunicarlo in prima istanza alla componente latina del gruppo e, nel farlo, mostra anche di adeguarsi alle aspettative di questa quando, secondo l'uso romano, definisce il campo oggetto di donazione indicandone i confini (*uti lapides quattuor statuti sunt*). Non a caso tali indicazioni topografiche, estranee agli usi celtici, mancano nel successivo e più succinto testo leponzio.

Tutto ciò naturalmente pone un altro problema, e cioè quello di capire dove fosse originariamente collocato questo catasto realizzato dopo l'89 e prima del 49, visto che l'edificazione del complesso templare capitolino è successiva a quest'ultima data. Le studiose Cresci e Cavalieri hanno in proposito formulato una suggestiva ipotesi, sia sulla base delle notizie sulla ristrutturazione della città dopo l'acquisto della *civitas romana*, sia sulla base dell'epigrafe già menzionata, situata nel triportico e dedicata a un certo *M. Magius L(uci) f(ilius)* che *'cryptam fecit et porticus reposu[it] d(e) p(ecunia) s(ua)'*⁵⁹.

È noto, infatti, che la città cenomana preromana era situata sulla riva sinistra dell'Adige (sull'altura di Castel San Pietro) e tale rimase dopo

2009, 161-182. Cfr., con altra lett., L. MAGANZANI, *Loca sacra e terminatio agrorum nel mondo romano: profili giuridici*, in *Finem dare: il confine, tra sacro, profano e immaginario. A margine della stele bilingue del Museo Leone di Vercelli*, Convegno Internazionale, Vercelli 22-24 maggio 2008, a cura di G. Cantino Wataghin, Vercelli 2011, 109-124; EAD. *Ius latii ed urbanistica locale in Transpadana: il campus di Vercelli*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica*, V, 2012, 112-128. Per l'ipotesi di una datazione più antica, protostorica, A. BORLENGHI, *Il cippo bilingue di Vercelli e il suo contributo alla definizione del campus in età repubblicana*, in G. CANTINO WATAGHIN (a c. di), *Finem dare*, cit., 125-143; ID., *Il campus. Organizzazione e funzione di uno spazio pubblico in età romana. Le testimonianze in Italia e nelle Province occidentali*, Roma 2011; F. M. GAMBARI, *Per una lettura "protostorica" della bilingue di Vercelli*, in *op. ult. cit.*, 47-65; P. DE BERNARDO STEMPEL, *Il testo pregallico della stele di Vercelli nel contesto delle lingue celtiche. Con un'appendice sull'indicativo passato nel verbo celtico-continentale*, in *op. ult. cit.*, 67-79. Da ultimo R. KNOBLOCH, *In campo publico ludere: annotazioni a margine del Convegno sulla Bilingue latino-celtica di Vercelli, 2-24 maggio 2008*, in *Sibrium*, XXI, 2010-2012, 169-181.

59 G. CAVALIERI MANASSE, G. CRESCI MARRONE, *Un nuovo frammento di forma*, cit., 30 ss.

l'89 a.C. quando, con altre città transpadane, Verona assunse il titolo di colonia ad opera di Pompeo Strabone. All'epoca la città cenomane dovette subire cambiamenti non particolarmente rilevanti, a parte l'edificazione delle mura, di cui rimangono tracce nei pressi del fiume, e forse di un santuario posto sul colle. Al contrario, entro l'ansa, non dovevano esistere stanziamenti stabili, certo a causa delle «condizioni idrogeologiche della zona, spazzata da forti alluvioni sino alla costruzione degli argini municipali»⁶⁰. Infatti non sono stati qui rinvenuti depositi pre- e protostorici e i «rari e assai poco consistenti contesti con ceramica generalmente attribuibile al III-I sec. a.C.» che sono stati trovati in zona «testimoniano non di un nucleo abitativo organizzato e di qualche importanza, ma solo di qualche forma di occupazione lungo i margini della via Postumia». Inoltre, benché nell'area fra il decumano massimo e il cardine secondo, nel 2005, si siano rinvenuti i resti di un probabile santuario extraurbano di tipo ellenistico-italico, collocabile nei primi decenni del I sec. a.C., non esiste alcun indizio di un processo di urbanizzazione iniziato in questa zona prima della metà del I sec. a.C. Comunque la fase di occupazione pretemplare in destra d'Adige sembra esaurirsi entro la metà del I sec. a.C.⁶¹

Non è possibile sapere il tempo intercorso fra la fine dell'occupazione pretemplare nella grande ansa dell'Adige e l'edificazione del tempio capitolino, anche perché verosimilmente fu necessaria una preliminare bonifica del terreno. Ma è probabile che l'edificazione del tempio sia stata contestuale o di poco successiva alla realizzazione dell'impianto cittadino (*murum, portae, cloacae*) a cui ci si riferisce nell'iscrizione murata nella facciata settentrionale più antica della porta Leoni (CIL V.3434) indicandola come opera di quattuorviri (che di certo furono fra i primi magistrati della nuova città avendo la responsabilità dell'appalto e collaudo dell'intero suo impianto o della sua parte più rilevante).

L'edificazione del tempio ricordata dall'iscrizione del triportico dedicata a *M. Magius L. f.* doveva dunque rientrare in un progetto unitario dell'intera città, come si ricava «dall'omogeneità sia dei caratteri organizzativi e distributivi della planimetria che degli aspetti tecnici e mate-

60 G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, cit., 75.

61 G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, cit., 73-76; 102.

rici delle strutture»⁶² ed è quindi ipotizzabile, come data di inizio lavori, la decade 50-40 a.C., e come data di fine, la decade 30-20 a.C. M. Magio viene ivi onorato per aver edificato a sue spese il criptoportico che sosteneva l'intero complesso e per aver 'ricollocato' il triportico: ciò è stato interpretato dalle due studiose Cresci e Cavalieri come un riferimento al trasferimento (a spese di M. Magio) nel triportico del tempio in destra d'Adige, di colonne e iscrizioni già presenti nel tempio preesistente all'edificazione del complesso capitolino, di cui sono state ritrovate tracce dall'altro lato del fiume ma che sarebbe stato distrutto in occasione della edificazione della città entro l'ansa e della monumentalizzazione della zona collinare di sinistra a partire dal 49 a.C.⁶³

Se tutto ciò è vero, il catasto B, già collocato nel tempio preesistente in sinistra d'Adige, avrebbe potuto essere ricollocato nel triportico capitolino a spese del Marco Magio dell'epigrafe, accanto alla più recente forma catastale A.

5. Conclusioni: correttezza e limiti dell'espressione 'colonizzazione fittizia'

Questa ipotesi di datazione del catasto B alla fase successiva all'emancipazione della *lex Pompeia de Transpadanis*, se accolta, non può che spingere gli studiosi ad un ripensamento dell'espressione 'colonizzazione fittizia' la quale di per sé presuppone l'assenza di qualsivoglia intervento di Roma nelle aree territoriali delle nuove colonie latine.

È vero, infatti, che – almeno allo stato delle nostre conoscenze – pare da escludere che vi siano state centuriazioni della zona a seguito del provvedimento dell'89 a.C. Esse dovettero aver luogo in alcuni punti limitati del territorio e comunque molto più tardi.

Tuttavia il catasto B dimostra pur sempre un intervento di Roma, almeno nella ricognizione e registrazione delle proprietà esistenti.

È per questo che, in occasione del convegno veneziano, io avevo proposto di intendere il frammento B (ma forse anche l'A, più recente

62 G. CAVALIERI MANASSE, *Gli scavi del complesso capitolino*, cit., 103.

63 G. CAVALIERI MANASSE, G. CRESCI MARRONE, *Un nuovo frammento di forma*, cit., 30 ss.

ma con le medesime caratteristiche) non come la *forma* di un'area centuriata nel senso classico del termine, ma come una sorta di 'catasto-censo', cioè una mappa redatta da un ufficio centralizzato nella colonia nuovamente formata, con criteri tipicamente romani e forse da Romani o romanizzati ivi residenti e sotto la supervisione dei magistrati della colonia stessa che, in forza della legge di Pompeo Strabone, avevano ottenuto la *civitas* romana: un documento destinato a registrare tutte le titolarità fondiari con relativa localizzazione e *modus* all'interno del territorio assegnato alla colonia di Verona, territorio ben noto ai Romani se già nel secolo precedente vi avevano risolto controversie di confine fra comunità.

Fino a questo momento, cioè, Roma, già ampiamente presente in Transpadana a seguito degli interventi militari, della costruzione delle strade e delle immigrazioni e occupazioni di cittadini, doveva conoscere e avere registri e/o mappe dei territori appartenenti alle varie comunità. Ma ora, con la concessione dello *ius Latii* – che fece sì che le città entrassero direttamente nella sua orbita non solo politica ma anche istituzionale –, Roma, attraverso i notabili cittadini a cui concesse la *civitas*, si 'intrometteva' più decisamente nella vita delle città per conoscere e registrare dati sulla loro compagine interna e sulla loro ripartizione fondiaria. Da qui la redazione di un 'catasto-censo' che sarebbe servito di base a) per stabilire il censo di ciascun membro della comunità e quindi la sua partecipazione ai comizi, all'esercito cittadino, la sua possibilità di accedere alle magistrature; b) anche per una funzione *lato sensu* fiscale: se infatti non è da escludere che le *civitates* transpadane in quest'epoca pagassero un tributo a Roma essendo situate in provincia (Luraschi lo esclude recisamente ma non mi pare che vi siano ragioni per farlo, se non la mancanza di attestazioni al riguardo per l'epoca considerata); in ogni caso, come spiega bene Elio Lo Cascio, le periodiche ricognizioni censuali in Italia ... dovevano comunque assolvere <ad una funzione *lato sensu* fiscale> per la determinazione di altre contribuzioni. Farò un solo esempio: Siculo Flacco ricorda come la manutenzione delle strade, affidata a *redemptores*, dovesse essere finanziata da contribuzioni richieste ai proprietari delle città interessate, e due cippi di Chieti e di Alanno attestano la responsabilità dei *Frentani Histonienses* e dei *Teatini Marrucini* per la manutenzione di un tratto della via Valeria-. Ora è

improbabile che questo genere di contribuzioni potesse essere imposto e riscosso senza una periodica ricognizione delle persone e dei beni.

Soltanto in questo momento nasceva la vera e propria città nella mentalità romana, che era insieme città circondata da mura (infatti risalgono a questo periodo le prime mura di Verona sul lato sinistro dell'Adige) e campagna circostante (cfr. Pomp. D.50.16.239.8 già cit.).

Da quanto precede si può cautamente concludere che

1) l'attribuzione dello *ius Latii* in Transpadana nell'89, se effettivamente, come affermato dalla dottrina dominante, non comportò una centuriazione dei terreni cittadini secondo il modello romano, determinò comunque una rilevante intromissione di Roma nella cultura e nel diritto locale, perlomeno attraverso la ricognizione di carattere censuale imposta ai locali, in seguito alla quale le precedenti proprietà fondiarie venivano riconosciute e riportate sul bronzo.

2) Non erra quindi la dottrina dominante, a cominciare da Luraschi, nel ritenere che la concessione dello *ius Latii* non dovette comportare una ristrutturazione agrimensoria dei territori interessati. Tuttavia mi pare che la denominazione di 'colonie fittizie', come diceva già Gabba⁶⁴ – sia piuttosto equivoca – perché comunque una *deductio* coloniale, come si legge nel passo di Asconio, ci fu, insieme a qualche limitata ristrutturazione urbanistica (costruzione delle mura sulla riva sinistra dell'Adige, del Ponte Pietra) e ad una ricognizione catastale-censuale delle località rurali.

64 E. GABBA, *Ticinum*, cit., 221 nt. 69.

Fig. 1 Catasto A e apografo: foto tratta da *Trans Padum ... usque ad Alpes. Roma tra il Po e le Alpi: dalla romanizzazione alla romanità*. Atti del Convegno, Venezia 13-15 maggio 2014, a cura di G. CRESCI MARRONE, Roma 2015, Tavv. VII a e b



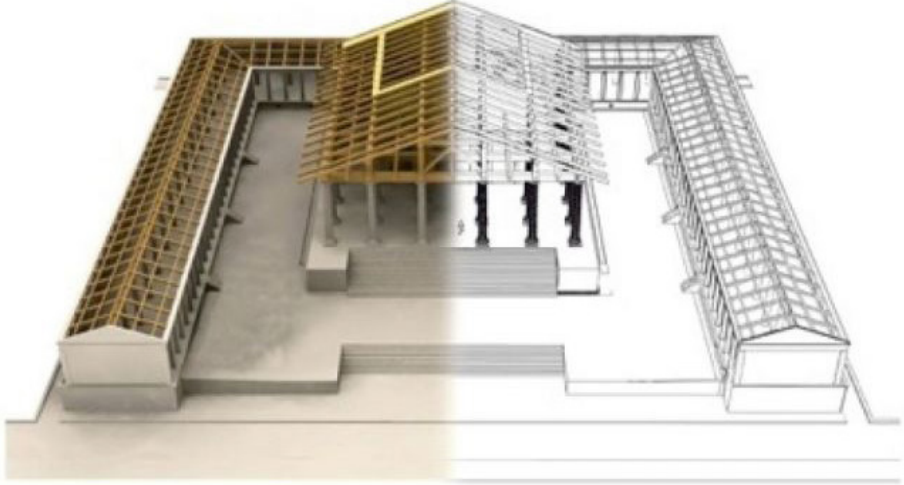
Fig. 2: Catasto B, diritto. Foto tratta da *Trans Padum ... usque ad Alpes. Roma tra il Po e le Alpi: dalla romanizzazione alla romanità*. Atti del Convegno, Venezia 13-15 maggio 2014, a cura di G. CRESCI MARRONE, Roma 2015, Tav. II.



Fig. 3: Catasto B, apografo. Foto tratta da *Trans Padum ... usque ad Alpes. Roma tra il Po e le Alpi: dalla romanizzazione alla romanità*. Atti del Convegno, Venezia 13-15 maggio 2014, a cura di G. CRESCI MARRONE, Roma 2015, Tav. III.



Fig. 4: Verona. Ricostruzione del *Capitolium*. <http://www.archeopd.beniculturali.it/index.php?it/200/verona-area-archeologica-di-corte-sgarzerieG>



ACQUE E TEMPLI NELL'URBE: USO E RITI. IL CASO DELLA VESTALE TUCCIA*

CARLA MASI DORIA

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Acqua ‘*publica*’ e ‘*communis*’. – 3. Acqua e religione: i templi romani. – 4. L’incontro con Tuccia, vestale romana. – 5. Vesta, ‘*aedes Vestae*’, acqua. – 6. La castità violata. – 7. Un’ordalia dell’acqua? – 8. Per una *Quellenforschung* sul mito di Tuccia. – 9. Una distonia nella tradizione: Tuccia ‘*damnata*’. – 10. La preghiera di Tuccia. – 11. Acqua e fuoco. – 12. Perché il setaccio? – 13. Acqua dal Tevere. – 14. Conclusioni.

1. Introduzione¹

Vitruvio, scrittore tecnico dell’antichità, introduce il suo discorso sulle acque con un’affermazione che compendia un’intuizione naturalistica con la quieta banalità del quotidiano ed insieme con il segno edonistico tipico di una società aristocratica: «*Est enim maxime necessaria et ad vitam et ad delectationes et ad usum cotidianum*», l’acqua è «indi-

* È la traccia, corredata solo di qualche nota essenziale, della relazione tenuta, su invito dei Colleghi Mario Fiorentini e Paolo Ferretti, che di cuore ringrazio, il 16 dicembre 2014 presso l’Università di Trieste nell’ambito delle ‘Lezioni triestine di Diritto Romano e Storia del Diritto 2014’.

¹ Riprendo per l’introduzione motivi dal mio *Modificazione ed estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque. Un esempio della relazione tra natura e ius: diritto romano e codificazioni*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 277 ss.

spensabile per la vita, per i piaceri, per l'uso quotidiano»². Un'immagine permeata dalle tracce da una parte di una tradizione (di una letteratura) fortemente condizionata da diversi naturalismi, dall'altra di riflessioni razionalizzanti il rapporto tra l'uomo e – oggi si direbbe – l'ambiente che lo circonda.

Nel mondo romano, con l'attitudine tipica di sviluppare rapporti relazionali (tra uomini, tra uomini e cose, tra cose), la gestione politica e giuridica delle acque, la loro 'disciplina', diviene esigenza veramente vitale della comunità³. Di una città che (non si può non ricordarlo) nasce sul fiume, in un luogo che deve anche all'acqua il suo mito di fondazione⁴: Romolo e Remo abbandonati al fiume, esclusi dalla loro comunità originaria attraverso una morte simbolica, invero meno cruenta di quella prospettata da Amulio, la stessa Rea Silvia gettata nell'Aniene (ma resuscitata dal genio del fiume). Il mito lega strettamente le origini di Roma all'acqua fluviale e la linguistica storica ci ricorda che i Latini antecessori dei Romani durante le loro migrazioni avevano avuto esperienze di transiti paludosi e, probabilmente, anche di una fase di stanziamento su palafitte⁵.

L'importanza economica delle acque, per la campagna e per la città, la catastrofica capacità (fino al mito del diluvio) degli eventi naturali (inondazioni e straripamenti soprattutto) disegnano i due estremi, dell'utile e del pericoloso, del necessario e del distruttivo, tra i quali l'uomo si impegna nella sua attività, pone le sue speranze, vive le sue

2 Vitruv. 8.1.1; cfr. P. FEDELI, *La natura violata. Ecologia e mondo romano*, Palermo 1990, 58 ss.; ID., *Nos et flumina inficimus (Plin. nat. 18,3). Uomo, acque, paesaggio nella letteratura di Roma antica*, in *Uomo acqua e paesaggio*, a cura di S. Quilici Gigli, Roma 1997, 317.

3 L. BOVE, voce *Acque (diritto romano)*, in *NNDI*, I/1, Torino 1957, 191.

4 Cfr. Cic. *de rep.* 2.11. Sul dibattito relativo alla nascita di Roma si v. diffusamente A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dèi, lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Torino 1997, con la lettura critica di T.P. WISEMAN, in *JRS*, XC, 2000, 210 ss., che prende insieme in considerazione M. BETTELLI, *Roma. La città prima della città: i tempi di una nascita*, Roma 1997; di WISEMAN si v. anche il 'review article' *Reading Carandini*, in *JRS*, XCI, 2001, 182 ss., dedicato alla critica di A. CARANDINI - R. CAPPELLI, *Roma: Romolo, Remo e la fondazione della città*, Milano 2000, e del saggio autobiografico A. CARANDINI, *Giornale di scavo: pensieri sparsi di un archeologo*, Torino 2000, e poi, ancora, incentrato sul mito d'origine *Remus. A Roman Myth*, Cambridge 1995.

5 G. DUMÉZIL, *Feste romane*², trad. it., Genova 1989, 42.

tragedie. Modifica la natura, dall'agricoltura di sostentamento fino alla costruzione delle grandiose opere pubbliche (dighe, argini, canali, acquedotti), che restano ancora oggi come visibili vestigia della grandezza di Roma antica. «Perché mai – si chiedeva il grande Romagnosi, giurista ottocentesco di ingegno multiforme – le leggi ed i giudizi dispongono sulla materia della condotta delle acque? È manifesto, che ciò fanno, perché le acque costituiscono un *oggetto* sommamente *interessante* per tutti gli usi della vita umana ... esse formano oggetto di diritto sì pubblico che privato, attesa appunto la loro *qualità interessante*. Sotto il nome di qualità interessante, s'intende la facoltà che hanno le acque o di *giovare* o di *nuocere*. E però tanto i *servigi*, quanto i *danni* che possono derivare dalla loro azione, formano egualmente l'oggetto della legislazione e della giurisprudenza»⁶.

Legislazione e giurisprudenza: significa sottoporre il mondo alla regola, alla capacità tipica (e pratica) dell'uomo romano di misurare le cose ed il suo rapportarsi ad esse, di proporre una visione calcolabile di tali relazioni. Il pensiero corre a Max Weber, alla sua interpretazione dell'opera della giurisprudenza romana⁷. Si distinguono così (sia pure con qualche difficoltà) i fiumi pubblici da quelli privati⁸, generalmente secondo la natura giuridica dei luoghi in cui scorrono e le fonti allo stesso modo: è costante il parallelismo tra regime del suolo e quello delle acque⁹. Insieme si differenziano, su una base strettamente naturalistica,

6 G. D. ROMAGNOSI, *Della ragion civile delle acque nella rurale economia*⁴, Prato 1838, 131.

7 Cfr. complessivamente il VII capitolo di *Wirtschaft und Gesellschaft* dedicato alla *Rechtssoziologie*, Tübingen 1972, ove numerosi riferimenti alla capacità razionalizzatrice del diritto romano in quanto diritto formale anche in rapporto con lo sviluppo dell'economia capitalistica (su quest'ultimo punto, sempre di M. WEBER, si v. anche ad esempio *Wirtschaftsgeschichte. Abriss der universalen Sozial- und Wirtschafts-geschichte*, München-Leipzig 1923). Importanti per l'interpretazione del Weber antichista, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Max Weber e l'economia del mondo antico*, Roma-Bari 2000, spec. 93 ss.

8 Si v. per tutti, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano 2003, 67 s.

9 Si v. L. BOVE, voce *Acque (diritto romano)*, cit., 193; G. FRANCIOSI, *Regime delle acque e paesaggio in età repubblicana*, in *Uomo acqua e paesaggio*, cit., 16; V. MANINNO, *Struttura della proprietà fondiaria e regolamentazione delle acque per decorso*

il *flumen*, il *torrens*, il *rivus* (non considero qui le acque marine, quelle lacustri e quelle stagnanti): ciò in funzione della *magnitudo* e della *perennitas*¹⁰, ma connotando subito la qualificazione così ottenuta con dati economici: la navigabilità, la derivabilità, la pescosità, l'uso insomma delle acque in tutte le sue diverse possibili forme. Il discorso tecnico giuridico potrebbe a questo punto aprirsi al rapporto tra le acque e la terra che le circonda, le contiene, con la sua profonda incidenza sulla struttura portante dell'economia antica e non solo: la proprietà agraria. I fenomeni sono impressionanti, la terminologia evocativa di immagini: alluvione, avulsione, alveo abbandonato, *insula in flumine nata*, gli effetti dell'inondazione. La ideale fotografia del prima e del dopo rispetto a tale incidenza non è la stessa: la pellicola della terra porta i segni – lo ripeto – impressionanti dell'azione delle acque. Tale azione può determinare il riarticolarsi dei rapporti proprietari: si parla di 'fatti costitutivi' o 'estintivi' (o costitutivi ed estintivi insieme) del *dominium ex iure Quiritium*¹¹. Di quell'antichissima proprietà che caratterizzò l'appartenenza di un fondo italico ad un *pater familias* romano.

Ed ancora potrebbero considerarsi le *servitutes*, i modi di contenimento e deflusso delle acque (con la disciplina giuridica dell'*actio aquae pluviae arcendae* e di canalizzazioni e acquedotti, tra diritto pubblico e privato). Si tratterebbe di un discorso insieme storico (alla ricerca di origini e svolgimenti non sempre lineari) e dogmatico (per la comprensione dell'attitudine sistematrice di una giurisprudenza 'scientifica' che sa andare oltre la mera interpretazione del fatto, o – se si vuole – del caso).

del tempo nella riflessione della giurisprudenza di età imperiale, in *Uomo acqua e paesaggio*, cit., 21 ss.

10 D. 43.12.1.1-3 (Ulp. 68 ad ed.). *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium*. 2. *Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est, quod semper fluat, ἀένναος, torrens ó χεμιάρονος: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est*. 3. *Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis*. Sul testo ampiamente U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle res pseudo-marciane*, I, Milano 1979, 660 ss.; G. FRANCIOSI, *Regime*, cit., 14 s.; M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 68 ss.

11 Per un'utile classificazione si v. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 636 ss.

2. Acqua 'publica' e 'communis'

L'importanza dell'acqua per la società romana è indicata, tra l'altro, proprio dalla qualificazione giuridica: gli aggettivi utilizzati dagli antichi *prudentes* sono *publica* e *communis*. *Publicus* ha infatti un significato stretto, saldamente innestato nelle categorie del diritto pubblico repubblicano, nel senso dell'appartenenza piena al *populus Romanus*. Già nell'età della crisi repubblicana l'aggettivo assume però connotazioni e sfumature che ne determinano un uso slargato, atecnico, se si vuole. Basti pensare al tema delle comunità municipali, rispetto alle quali l'utilizzazione del qualificativo invale, ma formalmente sarebbe un abuso, come ancora ricorderà Ulpiano (D. 50.16.15, 10 *ad ed.*)¹². Con riferimento all'*aqua* (ma anche all'aria, al mare e così via elencando i basilari sostegni naturali del vivere umano) *publicus* non deve quindi intendersi come nella disponibilità per così dire privatistica del *populus Romanus*, ma piuttosto come qualificazione escludente, per motivi funzionali, la proprietà privata: si tratta delle cd. *res publicae iuris gentium*¹³. A fronte di diverse tesi storiografiche, che si sono contrapposte cercando di sistemare le (presunte) contraddizioni tra le fonti, a mio parere bisogna procedere ad una reimpostazione della questione, basando la rilettura dei testi su un paradigma funzionalista.

Così ragionando risulta chiaramente che la particolarità di regime dell'acqua è giustificata dalla *utilitas* che, in un particolare ambiente, l'uomo può ottenere dalla natura. L'indole *publica* non è quindi patrimoniale: si tratta di beni indisponibili dalla *res publica*, mentre sono utilizzabili dai privati che siano in grado di sfruttarli.

Il diritto romano conosce dunque beni che, essendo pubblici, non sono *in pecunia populi*, cioè nella disponibilità patrimoniale della comunità politica (e dunque dei suoi organi sovraordinati, attivi dall'alto): essi sono esclusi dal *commercium* proprio perché *in publico usu*, adeguati alle necessità della comunità convivente, attiva dal basso.

¹² Si v. ancora M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 290 s.

¹³ Cfr. A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, 13 s., con la *rec.* di G. GROSSO, in *Iura*, XX, 1969, spec. 631 s. [= *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, spec. 713 s.].

D. 18.1.6 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): ... quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur ...¹⁴

In una lista che ha come riferimento ordinamentale il *ius naturale*, redatta da Marciano in un contesto istituzionale, emerge, poi, il concetto di *res communis*. L'acqua *profluens* (come anche il mare) viene infatti compresa tra i *communia omnium*:

D. 1.8.2.1 (Marcian. 3 *inst.*): Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris¹⁵.

Torna dunque la centralità dell'*usus*, l'utilizzabilità economica del bene, come paradigma della sua pubblicità. È forse superfluo sottolineare quanto – anche nel lessico – questa impostazione antica sia vicina a esigenze di gestione a noi contemporanee, quelle espresse con terminologia inglese (ma latina nella radice) attraverso il riferimento ai *commons* o beni comuni, dei quali si rivendica la natura pubblica inalienabile in funzione dell'utilità basilare di alcune *res* per la vita della comunità.

3. Acqua e religione: i templi romani

Invero a questo punto, pur di fronte a un panorama di problemi già così vasto, è necessario slargare ancora il campo d'indagine prima di procedere ad una precisa messa a fuoco. E cioè considerare anche l'importanza dell'acqua nella religione romana, all'origine di quell'esperienza storica così intimamente connessa con il disciplinamento giuridico attraverso il riferimento al *fas*. Tutta Roma, in fondo, è *templum*, perché

¹⁴ Sul testo, per tutti, M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 364 s. e nt. 184 con bibl.

¹⁵ Si v. anche I. 2.1.1, cfr. M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1933, 108 e lett. ivi cit., cui adde M. BRETONNE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 259 s.; M. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 434 s.; C. MASI DORIA, *Litus maris: definition et controverses*, in *Riparia, un patrimoine culturel. La gestion intégrée des bords de l'eau. Proceedings of the Sudbury Workshop, April 12-14 2012 / Actes de l'atelier Savoirs et pratiques de gestion intégrée des bords de l'eau – Riparia, Sudbury, 12-14 avril 2012*, sous la direction di E. Hermon, A. Watelet, Oxford 2014, 237.

è una città inaugurata, fondata *augusto augurio* secondo Ennio¹⁶. Il rapporto dell'acqua vivificante con la religione e i luoghi nei quali gli uomini si dedicano alla costruzione del rapporto con il mondo degli dei è particolarmente interessante. I templi romani avevano sempre – è cosa nota – delle riserve d'acqua a loro disposizione. L'immersione nell'acqua o l'aspersione dell'acqua sono gesti catartici, riti purificatori connessi con uno degli elementi fondamentali per la vita umana. Scriveva Servio, nel commentario alle *Georgiche* di Virgilio, che «ogni purificazione avviene o attraverso l'acqua, o attraverso il fuoco, o attraverso l'aria» (*ad Georg.* 2.389: *omnis autem purgatio aut per aquam fit, aut per ignem, aut per aerem*, cfr. *ad Aen.* 6.741). Il termine *delubrum*, che indica i più antichi luoghi sacri, è etimologicamente connesso con un luogo sito presso un'acqua corrente, purificatrice (da *de-luere* 'detergere'). O almeno questa è una delle etimologie proposte dagli antichi: Servio, nel commento all'*Eneide* di Virgilio, ricordando l'opinione di alcuni antichi scrittori, tra i quali menziona *nominatim* Cincio, mette in relazione il termine con l'acqua corrente, *ad Aen.* 2.225: ... *Alii, ut Cincius, dicunt, delubrum esse locum ante templum, ubi aqua currit, a diluendo*¹⁷.

Il tempio è dunque, in generale, il luogo della purificazione, necessaria per mettersi in comunicazione con il mondo divino, ma anche – più semplicemente – per entrare degnamente nella casa del dio (o della dea). Ancora Isidoro di Siviglia (*etym.* 15.4.9) per *delubra* dà l'immagine di templi muniti di fontane nelle quali ci si lavava prima di entrare: una norma igienica e allo stesso tempo rituale, che si è mantenuta, ad esempio, nel simbolo del segnarsi cristiano con l'acqua benedetta all'entrare nelle chiese, come nelle abluzioni della religione islamica all'ingresso delle moschee. Anche uno dei sensi di *favisae* (o *favissae*: sacrari, poi stanze sotterranee nelle quali si conservavano gli strumenti sacri) indica la necessaria presenza d'acqua lustrale attorno ai templi pagani. Naturalmente non ci si può soffermare – in questa sede – su tutti i templi. Bisogna – come dicevo – restringere l'oggetto del nostro interesse.

¹⁶ Suet. *Aug.* 7. ... *sicut etiam Ennius docet scribens: Augusto augurio postquam incluta condita Roma est.*

¹⁷ Sulle diverse interpretazioni relative a *delubrum* si v. A. DUBOURDIEU, J. SCHEID, *Lieux de culte, lieux sacrés: les usages de la langue. L'Italie romaine*, in *Lieux sacrés, Lieux de culte, Sanctuaires*, ed. A. Vachez, Rome 2000, 65.

4. L'incontro con Tuccia, vestale romana

A questo punto devo svelare la matrice del mio coinvolgimento nel tema specifico di cui discutiamo. Di acque nel diritto romano mi sono occupata in alcuni saggi e interventi fin dal 2003, prima studiando le modificazioni e l'estinzione di rapporti giuridici reali per causa delle acque (concentrando l'attenzione sulle fattispecie di *inundatio*, *mutatio alvei et interitus rei*); poi – insieme con C. Cascione – ho dedicato qualche attenzione a un profilo istituzionale, studiando i *curatores riparum*, funzionari dell'età del principato adibiti al controllo delle *ripae* del Tevere; infine mi sono interessata del *litus* e dunque delle acque marine che lambiscono la terra¹⁸. Più di recente, lungo due linee di ricerca, ho avuto occasione di imbattermi nella vicenda di una donna romana, alquanto misteriosa, Tuccia, sacerdotessa vestale d'età repubblicana (la cronologia è incerta, e la sua figura ha probabilmente una valenza più mitica che storica), un mito, connesso con una repressione criminale contro la donna, nel quale l'acqua (in particolare l'acqua del Tevere) svolge un ruolo centrale. Il primo incontro si è svolto sotto l'egida della 'verità', una ricerca svolta insieme con un gruppo di colleghi e amici, in due tranches, tra il Messico, dove, nell'ottobre del 2011, ho avuto occasione di partecipare al 'Coloquio Derecho y verdad', organizzato a Ciudad de México dall'Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), in collaborazione con la Comisión de derechos Humanos del Distrito Federal¹⁹, e Napoli, dove per alcuni mesi, tra il 2010 e il 2011, si è svolto un seminario sul tema *Quid est veritas?*

Il caso di Tuccia è stato interpretato da parte della storiografia come un'ordalia, un giudizio divino teso a stabilire la verità di una situazione (nella fattispecie il retto comportamento della sacerdotessa, trasmutato

18 *Modificazione*, cit., 277 ss.; *Droit et nature: inundatio, mutatio alvei et interitus rei: un cas entre ius Romanorum et tradition du droit romain*, in *Espaces intégrés et ressources naturelles dans l'Empire romain*, Besançon 2004, 201 ss.; «*Cura riparum*» [in coll. con C. CASCIONE], in *Riparia dans l'Empire romain pour la définition du concept*, Oxford 2010, 283 ss.; *Litus maris*, cit., 233 ss.

19 Si v. ora, C. MASI DORIA, *La verdad jurídica en el antiguo derecho romano. Desde los orígenes hasta fines del siglo II d.C. (derecho preclásico y clásico)*, in *Derecho y verdad II. Genealogía(s)*, Valencia 2015, 321 ss.

nella conformità al vero di una sua dichiarazione inserita in una preghiera rivolta a Vesta). Di nuovo, poi, ne ho potuto discutere nell'ambito di una ricerca dedicata al rapporto tra donne romane e acqua, presso la Toronto University, nell'ambito della 'Berkshire Conference on the History of Women – History on the Edge/Histoire sur la brèche, 2014', e a Parigi II nel settembre dello stesso anno al Colloque international su *Valeur juridique et force performative du langage dans la tradition romanistique*.

L'occasione per portare avanti, nello specifico, l'indagine su questo personaggio e sul 'miracolo' che ne contraddistingue nelle fonti la tradizione²⁰, era stata la pronuncia di specifiche parole, attraverso le quali la Vestale si rivolge alla divinità. Il rapporto sacerdotessa/dea è regolamentato dal *ius sacrum*: mi sembra che il rito compiuto da Tuccia per invocare l'intervento di Vesta in una situazione processuale sia di sicuro interesse per gli storici del diritto romano (era stata accusata, come si vedrà, o di aver causato lo spegnimento del sacro fuoco o di un comportamento contrario alla castità, obbligatoria per le Vestali, qualificato come *incestum*²¹).

5. Vesta, 'aedes Vestae', acqua

Nel modello patriarcale romano la castità femminile è un obbligo trasfigurato in un valore. Normalmente è una situazione di attesa, che si trasforma nella disponibilità alla filiazione con il matrimonio. Il valore-castità, dopo il matrimonio, si traduce nella necessità di comportamenti pudichi che corrispondono alla monogamia e all'esigenza di attribuire la prole nata in costanza di *iustae nuptiae* al *pater*, e cioè – secondo il diritto romano – al marito della madre che ha partorito. Alle sacerdotesse pubbliche incaricate del culto di Vesta (le Vestali, appunto) era richiesto un obbligo di verginità trentennale (cioè lungo tutto il loro servizio: 10 anni come allieve, 10 come ministre del culto, 10 – infine – come

20 Fonti principali: Val. Max. 8.1.5 abs.; Plin. *nat. hist.* 28.12, Aug. *de civ. Dei* 10.16.

21 Ampia panoramica e casistica sul *crimen incesti* perpetrato dalle Vestali con particolare riferimento all'annalistica romana in M.C. MARTINI, *Le vestali: un sacerdozio funzionale al "cosmo" romano*, Bruxelles 2004, 99 ss.

maestre²²; invero, come nota Plutarco²³, anche dopo la fine del vincolo trentennale di castità, poche vestali si sposavano, perché ispiravano un timore superstizioso, rimanendo spesso vergini fino alla morte.). Vesta (alla quale corrisponde la greca Estia²⁴) era la dea del focolare (quello domestico, connesso con i Penati familiari, come quello pubblico, della comunità tutta, posto in relazione con i Penati pubblici del popolo Romano). Secondo Ovidio²⁵ la dea «non è altro che fiamma viva». È divinità domestica (il suo nome forse deriva dall'indoeuropeo **vas-* = abitare: *Vastja*, in sanscrito, è il nome che designa l'abitazione, o forse direttamente da **wes* = brillare²⁶, termine chiaramente connesso con il fuoco), ma di una *domus* che si slarga fino a comprendere tutta la città. Vesta rappresenta la privatezza, la riservatezza, in qualche modo anche il segreto: sono oscuri i suoi riti come ignoti i sacri cimeli (*pignora imperii*) conservati nella parte più riposta del tempio, inaccessibile agli uomini e perfino al Pontefice Massimo. Forse vi si custodiva addirittura il Palladio portato in Italia da Troia dal fuggiasco Enea. Un'interessante interpretazione psicanalitica della figura della dea (proposta da James Hillman²⁷) – anche la psicanalisi può essere utile alla comprensione storico-giuridica del mondo antico – ne descrive il rapporto con la famiglia: la sua con-

22 Cfr. Dion. Hal. 2.67.2, Plut. *Numa* 10.2.

23 Plut. *Numa* 10.3-4.

24 Si v. sul punto G. GIANNELLI, *Il sacerdozio delle Vestali romane*, Firenze 1913, 9 ss.; M.C. MARTINI, *Carattere e struttura del sacerdozio delle Vestali: un approccio storico-religioso. Prima parte*, in *Latomus*, LVI/2, 1997, 245 ss., rileva caratteristiche diverse tra Estia e Vesta, in quanto diversi i contesti culturali di provenienza. E ciò si coglierebbe anche nella divergenza tra le norme comportamentali delle rispettive sacerdotesse. Plutarco (*Numa* 9.11) sottolinea come in Grecia si sia conservata la tradizione di un sacerdozio femminile, incaricato di accudire il fuoco inestinguibile rappresentato da donne che si astengono, in quanto prive di marito, da ogni rapporto sessuale. Le Vestali, invece, dovevano essere vergini, si v. anche EAD., *Le vestali*, cit., 87 ss. Per M. GUSSO, *I processi alle Vestali accusate di violazioni dei loro doveri sacrali*, in *Circolo Vittorioso di Ricerche storiche*, XX, 2003, 217 s., «la natura pubblica del fuoco di Vesta distingue definitivamente questa divinità dalla sua omologa greca».

25 Ovid. *fast.* 6.291.

26 Si v. M.C. MARTINI, *Le vestali*, cit., 7, con bibl.

27 J. HILLMAN, *Figure del mito*, trad. it., Milano 2014.

nessione stretta con la vita e le norme che governano i gruppi non si riferisce né alla famiglia nucleare, perché ad essa era preposta Era, «né alla famiglia intesa come procreazione e cura della prole e nemmeno alle pareti domestiche». Piuttosto Estia/Vesta «governa la struttura psichica interiore a cui oggi si dà a volte il nome di sistema familiare e valori familiari ... l'anima comunitaria di un gruppo». Perciò Vesta appartiene alla sfera collettiva: è al centro dell'*oikos*, ma al contempo è rappresentata – nella tradizione greca – seduta sull'*omphalos*, l'ombelico della città²⁸ e a Roma è fisicamente ritenuta il centro della comunità cittadina: il suo tempio – infatti – in età storica è costruito sul Foro, comunicante con la casa del *rex* (la *regia*) attraverso un *atrium*.

La casa di Vesta²⁹ è probabilmente tra i più antichi luoghi religiosi di Roma, risalente forse all'epoca in cui la piccola città originaria era ancora limitata al solo Palatino e costituita da una semplice aggregazione di villaggi a struttura familiare (o pseudofamiliare), le *gentes*. Esisteva quindi prima ancora dello sviluppo della comunità nella sottostante regione pianeggiante e della realizzazione del Foro nel quale l'*aedes Vestae*, come si è accennato, avrà sede definitiva, pur nelle successive ricostruzioni che si avranno in età storica. La forma circolare della 'casa' viene ricondotta sia dalle fonti antiche (Ovid. *fast.* 6.261-262), sia nei primi studi archeologici moderni, alla forma delle originarie capanne della Roma dell'VIII e VII secolo a.C. L'edificio doveva essere coperto da un tetto conico, con buco centrale per far uscire fumi del fuoco sempre acceso all'interno. Propriamente è un'*aedes*, una 'casa' e non un *templum*: questo termine – secondo il diritto augurale – rappresenta infatti tecnicamente uno spazio quadrangolare (quadrato o rettangolo) costituito dagli auguri con l'approvazione di Giove³⁰.

È facile comprendere come il rapporto con il fuoco (elemento di straordinaria importanza per la città) costituisse (anche) un problema per la comunità più antica, con le complicazioni connesse sia all'accensione sia alla conservazione. Virgilio ricorda che anticamente il fuoco si otteneva

28 Cfr. J. HILLMAN, *Figure*, cit., 216.

29 Sui ritrovamenti archeologici inerenti al culto e alla Casa delle Vestali si v. ora, in sintesi, A. CARANDINI, *Il fuoco sacro di Roma. Vesta, Romolo, Enea*, Roma-Bari 2015, 70 ss.

30 Sul punto si v. A. DUBOURDIEU, J. SCHEID, *Lieux de culte*, cit., 64 s., 68 ss., 78.

col primitivo e complesso sistema della confricazione³¹. Ecco la risposta all'esigenza di realizzare una struttura 'pubblica' finalizzata alla conservazione, attraverso personale specializzato, di un bene sempre fruibile per l'intera popolazione cittadina. Nella visione arcaica era una logica conseguenza che tale struttura divenisse un tempio e che gli addetti ricoprissero un ruolo sacerdotale (il parallelismo con molte altre civiltà antiche o primitive è assai facile). Nello specifico, per le connessioni di Vesta con la casa, si provvide a un sacerdozio femminile, l'unico collegio di sacerdotesse romano (le mogli di flamini e re avevano anch'esse un ruolo sacerdotale, ma in virtù della posizione del marito). A Roma le vestali erano scelte – attraverso una procedura rituale simile a un matrimonio per ratto³², procedimento ad un certo punto normato da una legge Papia d'incerta data³³, ricordata da Aulo Gellio³⁴ – da bambine, tra i sei e i dieci anni, sottratte alla famiglia d'origine e alla potestà paterna dal Pontefice Massimo (che assumeva un particolare controllo su di loro ed esercitava poteri repressivi e giurisdizionali nei loro confronti)³⁵, onorate con particolari diritti (pubblici e privati) e significativi privile-

31 Verg. *Georg.* 1.135. *ut silicis venis abstrusum excuderet ignem.*

32 Ma si v. A. CARANDINI, *Il fuoco*, cit., 78 s., il quale sostiene che il Pontefice Massimo operava una sorta di «vigilanza» sulle Vestali e ciò perché la cerimonia pubblica della 'captio' non poteva essere paragonata al rito privato del matrimonio con ratto, durante il quale la sposa veniva sottratta alla madre e non al padre. Secondo Carandini, la 'presa' della vestale sarebbe piuttosto vicina ad un rito iniziatico, in quanto prevedeva, una separazione dalla famiglia dell'inizianda e una segregazione in un luogo marginale dell'abitato. Sul non corretto uso del termine *captio* «per descrivere il rito dell'assunzione della sacerdotessa nel collegio delle Vestali», si v. ora R. D'ALESSIO, *La 'cap(t)io' della vergine vestale*, in *Seminarios Complutenses*, XXVII, 2014, 291 ss. Circa il carattere pubblico del vestalato si v. M.C. MARTINI, *Carattere*, cit. 551 ss.

33 Su cui F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, 62 s. Cfr. ora L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli 2008, 238 nt. 476.

34 *Noct. att.* 1.12.10.

35 Sulla discussione relativa al fondamento del potere di *coercitio* che il Pontefice Massimo poteva esercitare nei confronti della vestale, si v. ora, per tutti, L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano*, cit., 238 ss. con bibl.

gi³⁶. La preghiera delle vestali – secondo la mentalità romana – era particolarmente efficace per il bene pubblico, evidentemente il loro stato di purità rituale non aveva – secondo le antiche credenze – un valore meramente simbolico, ma funzionale: il potenziamento della verginità, consentiva loro, infatti, una particolare positiva vicinanza alle divinità. *Caste iubet lex adire ad deos* è la norma generale del rapporto con gli dei ricordata da Cicerone nel *de legibus* (2.10.24). Ed ecco anche perché la rottura di questo stato (attraverso l'incesto = comportamento non casto) era considerata particolarmente grave.

Il tempio di Vesta, a causa della custodia del sacro fuoco, diventò dunque insieme simbolo di aggregazione della comunità e dispensario (prima certamente attivo, poi solo simbolico) di un bene primario. Quando, da Servio Tullio in poi, il processo di aggregazione urbana coinvolse definitivamente anche le genti stanziato sui colli vicini, il simbolo stesso dell'aggregazione assunse una forte connotazione politica. Non essendo pertanto più possibile mantenerlo limitato al nucleo originario del Palatino, poco centrale nella città serviana, venne trasferito nell'area che sarebbe poi diventata il Foro e che proprio in quell'età stava assumendo la caratteristica di luogo d'incontro e di scambio commerciale tra le genti vicine. In corrispondenza con l'ideologia legata alla divinità (Estia/Vesta), il significato del tempio era anche quello di rappresentare il focolare domestico più importante, connesso alla vicina *regia*, la casa del re sul Foro, che simboleggiava tutti i focolari romani e che – durante la Repubblica – divenne la sede del Pontefice Massimo. La fisica vicinanza al *rex* fa ipotizzare che in origine le Vestali fossero le vergini che potenziavano (attraverso il loro stato di purità) proprio direttamente la posizione del re come rettore e mediatore della primitiva comunità cittadina. Il rapporto con la figura istituzionale del *rex* continua in epoca repubblicana con il *rex sacrorum*: secondo un'ormai inesplicabile rituale – tramandato da Servio nel commentario all'*Eneide* – un certo giorno dell'anno le vestali si recavano da questo sacerdote, prima ponendogli una domanda, poi dettandogli un comportamento: *Virgines Vestae certa die ibant ad regem sacrorum et dicebant: Vigilasne rex? Vigila* (Serv. *ad Aen.* 10.228).

36 Per tutti, M.C. MARTINI, *Le vestali*, cit., 92.

Il tempio ove si custodiva il fuoco fu interessato, quasi per contrappasso, da incendi, di cui abbiamo notizia già per l'età mediorepubblicana. Terribili e distruttivi furono quelli del 241 a.C. e del 210 a.C. Alla successiva ricostruzione appartenevano probabilmente i resti di una profonda fondazione circolare in cementizio archeologicamente attestata, che presentava una fossa centrale, in cui erano contenuti forse gli oggetti più sacri del culto, di cui parla Varrone (*penus Vestae*, cfr. Fest. 296 L.), ovvero il luogo dove venivano conservate le ceneri del fuoco sacro. Probabilmente anche dopo il noto incendio del 64 d.C., quello attribuito da Nerone ai Cristiani, si sarà proceduto ad un ulteriore rifacimento in connessione con l'ingrandimento della casa delle Vestali. Abbiamo raffigurazioni del tempio su monete dell'epoca di Nerone e dei successivi imperatori Flavi. Giulia Domna provvide, dopo l'incendio del 191 d.C., ad un'ulteriore ricostruzione nella struttura ancora oggi riconoscibile.

I resti archeologici mostrano dunque un piccolo tempio rotondo (*tholos*³⁷: gli elementi sui quali Vesta poggia e i luoghi in cui viene venerata sono sempre circolari³⁸), sito all'estremità orientale del Foro romano, lungo la via Sacra, accanto alla Regia (e con essa comunicante) e, ovviamente, adiacente alla Casa delle Vestali: insieme a quest'ultimo edificio costituiva un unico complesso religioso, con il nome di *atrium Vestae*.

Il collegio delle Vestali rimase in vita fino agli estremi tempi del paganesimo, con le sue forme e le sue regole, finché interventi imperiali (di Graziano, nel 382, di Valentiniano e Teodosio, nel 391 e nel 392) non lo abolirono, insieme con le ultime vestigia del culto pagano. Il sacro fuoco venne spento e il sacerdozio delle Vestali fu sciolto, anche se attività personali di singole vestali sono attestate forse ancora per i primissimi anni del V secolo³⁹.

Il rapporto di Vesta e della sua casa con l'acqua risulta del tutto peculiare, anche in comparazione con gli altri templi dell'Urbe, e perciò è per noi ancor più interessante.

37 Plut. *Numa* 11.

38 J. HILLMAN, *Figure*, cit., 216.

39 Sulle ultime vestali, con inquadramento storico e schede prosopografiche, si v. S. CONTI, *Tra integrazione ed emarginazione: le ultime Vestali*, in *SHHA*, XXI, 2003, 209 ss.

L'acqua è in primo luogo connessa con lo stato di verginità (in quanto «marque de potentialité»⁴⁰) già nell'ideologia indoeuropea: le Vestali, secondo un breve riferimento alla voce *Numa Pompilio* nel lessico di Suida, dovevano avere la stessa cura «del fuoco e dell'acqua». L'*aedes Vestae* era sotto questo profilo particolare: si trattava di un tempio privo di approvvigionamento diretto di acqua. Era compito personale delle vestali (certamente almeno nell'età più risalente) di recarsi a una presa d'acqua. La tradizione mette in evidenza il rapporto delle sacerdotesse con la lontana sorgente delle *Camēnae* (non a caso un luogo connesso con il culto delle ninfe e con Numa Pompilio, il re che – secondo la tradizione – istituì il collegio delle Vestali⁴¹: si trattava della fonte di Egeria) per procurarsi l'acqua di fonte perenne utile ai bisogni quotidiani della casa della dea e alla preparazione di ricette rituali funzionali allo svolgimento dei sacrifici: la *mola salsa* e la *muries*. La prima era la focaccia sacrificale, impastata con farro, la seconda un condimento formato da sale triturato nel mortaio, posto in una terrina e mescolato con acqua di fonte. Interessante il fatto che, dopo averla sigillata con gesso, rendendola così impermeabile, le sacerdotesse inserivano la terrina nel forno sacro, allo scopo di asciugare l'acqua in eccesso evitando così il rischio che l'acqua rituale potesse spegnere il fuoco. Con la *muries* veniva condita la *mola salsa* appena sfornata che poi veniva cosparsa sugli animali da sacrificare⁴². Il rituale mostra allo stesso tempo l'utilità e la pericolosità dell'acqua nella casa di Vesta. Perciò l'*aedes Vestae*, come sede del fuoco sacro, secondo le parole di Dumézil «était réfractaire à l'eau»⁴³. Nella gestione di un territorio antico (o «primitivo») la comunità deve assicurarsi acqua di fonte, cioè pura, utile a fini alimentari: non si può rischiare bevendo l'acqua di fiume. La fonte deve essere perenne: altrimenti c'è il rischio di siccità per l'intera compagine di abitanti. Se infatti il fabbisogno idrico è fornito da una sorgente stagionale, il territorio non può essere sede di uno stanziamento duraturo che superi il ritmo delle stagioni.

40 Cfr. M. MEULDER, *Le crible de la vestale Tuccia*, in *Latomus*, LXV, 2006, 330.

41 Liv. 1.20.3; Dion. Hal. 2.64.

42 E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991, 139 e 381 nt. 44.

43 G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*¹⁰, Paris 1987, 324 ss.

Nel contempo, sempre con la finalità di creare una comunità stabile, bisogna garantirsi l'uso di un fuoco pubblico, tenendolo sempre acceso e al riparo dalle intemperie e dal suo nemico principale, l'acqua appunto. È in questo contesto che le Vestali assumono un doppio ruolo mitico: custodi del sacro focolare pubblico (probabilmente in origine connesso con quello della capanna del re), ma anche, in origine, portatrici d'acqua⁴⁴.

6. La castità violata

In questo sistema la tutela della castità delle Vestali, elemento rituale che ne garantiva la vicinanza agli dei e dunque la potenza, era un dovere collettivo della comunità, al quale soprintendeva in età storica il Pontefice Massimo (probabilmente avendo ereditato la funzione dal *rex* dopo la caduta della monarchia). Com'è noto, in caso di violazione, la vestale che veniva meno al voto di castità era condannata (in una cerimonia presieduta dallo stesso *Pontifex Maximus*) a essere sepolta viva in una camera sotterranea nel *campus sceleratus*, nei pressi della Porta Collina⁴⁵. L'*incestum* non è solo l'atto sessuale vietato, la perdita della verginità, ma anche il comportamento giudicato licenzioso rispetto al metro della tradizione: perfino indossare abiti colorati e tenere un atteggiamento scherzoso potevano essere segni di licenziosità eccessiva e provocare l'accusa.

La specifica tipologia di messa a morte è incruenta (un'esecuzione a carattere discreto e domestico, morte privilegiata per i Romani l'ha definita Eva Cantarella⁴⁶): alla vestale in sostanza seppellita viva vengono lasciati del pane, dell'acqua, una fiaccola, dell'olio e anche un letto. Formalmente, dunque, non viene uccisa, ma morirà d'inedia. Si potrebbe

44 L. EUING, *Die Sage von Tanaquil*, Frankfurt a.M. 1933, 31.

45 Liv. 8.15.7; Plut. *Numa* 10.8-13; Dion. Hal. 2.67.4; Serv. *ad Aen.* 11.206. Sul rituale A. FRASCETTI, *La sepoltura delle Vestali e la città*, in *Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9-11 novembre 1982)*, Rome 1984, 97 ss., spec. 121-128, con bibl. Si v. ora L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano*, cit., 254 e nt. 506 con ulteriore letteratura.

46 *I supplizi*, cit., 140.

pensare che questo trattamento abbia a che fare con una sorta d'intangibilità fisica delle sacerdotesse; invero non sembra essere così: per illeciti minori, infatti, il Pontefice Massimo procedeva alla fustigazione della vestale. Mi pare, piuttosto, una procedura di allontanamento rituale (e definitivo) dalla comunità oggetto della garanzia espressa dalla castità della vestale. E non a caso, in questo rituale, sono presenti (sia pure in una misura minima, simbolica, che non consente la sopravvivenza) gli elementi essenziali alla vita, il fuoco della fiaccola e l'acqua.

7. Un'ordalia dell'acqua?

Tuccia, vergine vestale, fu protagonista, come si è accennato, di una particolare vicenda, piena di elementi simbolici, narrata da Livio, Valerio Massimo e Dionigi d'Alicarnasso, con riferimenti anche in Plinio il Vecchio, Tertulliano e Agostino. Ingiustamente accusata di aver violato il voto di castità (*incestum*), ovvero, di aver fatto spegnere il fuoco sacro (come sembra emergere da Dionigi, v. *infra*), chiese di poter provare la sua innocenza sottoponendosi a una prova da lei stessa elaborata, e approvata dai pontefici perché reputata impossibile da superare. La prova consisteva nel raccogliere l'acqua del Tevere con un setaccio, dopo aver richiesto ritualmente, con una preghiera, l'aiuto della dea Vesta. Secondo la linea più ricca di testimonianze nella tradizione la prova riuscì e Tuccia venne ritenuta innocente.

La leggenda di Tuccia, come simbolo di pudicizia, ricorre frequentemente in opere letterarie o in raffigurazioni, anche postromane. Si ricordano i versi di Francesco Petrarca, ove è assunta a simbolo e personificazione della Pudicizia: «Fra l'altre la vestal vergine pia/ che baldanzosamente corse al Tibro,/ e per purgarsi d'ogni fama ria/ portò del fiume al tempio acqua col cribro»⁴⁷. Tra i numerosi artisti che hanno raffigurato Tuccia si possono menzionare Domenico Corvi, Polidoro da Caravaggio, Giovan Battista Moroni, Antonio Corradini, Andrea Mantegna, Andrea Casali e Carlo Maratta.

Come si è detto, il fatto, peculiarissimo e connotato di forte simbologia (e anche perciò così vivo nella successiva tradizione), è stato

47 F. PETRARCA, *I Trionfi (Il trionfo della pudicizia)*.

considerato da parte della storiografia come una procedura ordalica⁴⁸. Esiste un'interpretazione del più antico processo romano (l'agire *per sacramentum*) che riconduce questi rituali al modello dell'ordalia. Tale idea si è sviluppata soprattutto nella romanistica francese fin dai primi decenni del Novecento⁴⁹, fortemente influenzata dagli studi della scuola sociologico-etnografica. Non a caso, J.-Ph. Lévy, uno dei più attivi rappresentanti di questa corrente, richiama l'idea di G. Glotz, per il quale nel mondo romano le ordalie «complètement défigurées par le temps, demeurent cachées»⁵⁰. A tale modello si è connessa ad esempio la nota leggenda dello scontro tra Orazi e Curiazi (ai tempi del terzo re, Tullo Ostilio) che si affrontarono in duello per stabilire la preminenza, rispettivamente, di Roma e Alba Longa (Liv. 1.25)⁵¹. Tra i casi più rilevanti che attesterebbero procedimenti ordalici nell'Italia antica sarebbero la notizia, tradita da Nicola Damasceno, sul duello giudiziario praticato dagli Umbri (*apud Stob. Floril.* 13), una scena del II atto della commedia *Casina* di Plauto (v. 144 ss.) e la famosissima 'prova del fuoco' affrontata da Muzio Scevola davanti a Porsenna (Liv. 1.12). Per alcuni studiosi,

48 Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit., 229.

49 S. REINACH, *Une ordalie par le poison à Rome*, in *Culte, mythes et religions*, III, Paris 1908, 254 ss.; R. DÜLL, *Zur Frage des Gottesurteils im vorgeschichtlichen Zivilstreit*, in *ZSS*, LVIII, 1938, 17 ss.; R. DEKKERS, *Des ordalies en droit romain*, in *RIDA*, I, 1948, 55 ss. (ove una dettagliata rassegna delle testimonianze, con rinvio alle fonti); M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 18 ss.; P. FREZZA, *Ordalia e legis actio sacramento*, in *AG*, CXLII, 1952, 83 ss. [= *Scritti*, II, Romae 2000, 3 ss.]; J.-PH. LÉVY, *Le problème des ordalies en droit romain*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano 1954, 409 ss. [= in *Autour de la preuve dans les droits de l'Antiquité*, Napoli 1992, 35 ss.]; G. GROSSO, *Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia*, in *BIDR*, LVIII, 1960, 213 ss. [= *Scritti storico giuridici*, I, Torino 2000, 553 ss.]; J. GAGÉ, *Vivicomburium. Ordalies ou supplices par le feu dans la Rome primitive*, in *RHDFE*, XLII, 1964, 541 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, Palermo 1967, 540 ss. Teorie rinverdate più di recente da E. CANTARELLA nel suo studio delle modalità della messa a morte: *I supplizi*, cit., 227 ss., 245, 254 s., 342. Cfr. anche S. KERNEIS, *La vérité du droit. Justice oraculaire et gouvernement impérial dans la Gaule romaine*, in *RIDA*, LIII, 3^{me} sér., 2007, 327 ss.

50 J.-PH. LÉVY, *Le problème*, cit., 416.

51 E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit., 227 s.

dunque, anche il cimento superato dalla nostra vestale Tuccia⁵². Invero è difficile costruire un rapporto diretto tra questi casi, il *sacramentum* e l'ordalia. Non a caso la storiografia maggioritaria più recente respinge questa ricostruzione⁵³.

Com'è noto, il termine, connesso con il tedesco *Urteil* (decisione) nel medioevo europeo ha significato il 'giudizio di dio' richiesto in alcune liti che non si potevano o volevano risolvere per mezzo di sentenze umane⁵⁴. L'ordalia ebbe grande diffusione presso le popolazioni barbariche di origine germanica e decadde solo a partire dal divieto stabilito dal Concilio di Lione del 1215. In tale sistema l'esito della prova si concepiva come diretta manifestazione della volontà divina, favorevole o sfavorevole rispetto al soggetto che svolgeva l'atto rituale. Il duello giudiziario (spesso per il tramite di 'campioni' che combattevano al posto delle parti in contrasto) fu il modello più diffuso di prova ordalica: l'innocente vince. L'ordalia è un fenomeno religioso largamente diffuso: anche i singoli tipi di prove ordaliche, note dal Medioevo, si ritrovano presso i più diversi popoli. Tra queste le più importanti sono quelle del veleno (chi lo rigetta è innocente); dei liquidi bollenti o metalli arroventati (l'innocente è illeso o subisce minori lesioni); del fuoco (camminandovi sopra, l'innocente non subisce ustioni); bilaterali (come il duello), prove miste. L'ordalia spesso si combina con il giuramento che può rappresentare già di per sé un'ordalia, in quanto il giurante invoca maledizione e sanzione divina sopra di sé nel caso che giuri il falso; ma anche una prova ordalica indipendente a volte è preceduta dal giuramento e la sanzione invocata è proprio l'esito negativo dell'ordalia. L'ordalia ha inoltre anche nessi con la divinazione, quale manifestazione della verità nascosta. Inquadrandosi in sistemi religiosi sia politeistici sia monoteistici, l'ordalia può far diretto appello a una divinità e, in questo caso, si fa precedere da una preghiera.

52 Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit., 229; I. KROPFENBERG, *Law, religion, and Constitution of the Vestal Virgins*, in *Law and Literature*, XXII, 2010, 430.

53 Critiche acute si trovano soprattutto nelle recensioni a M. KASER, *Das altrömische Ius*, cit., di G. LUZZATTO, in *SDHI*, XV, 1949, spec. 296, e di A. GUARINO, in *IVRA*, I, 1950, 434 s.

54 Si v. ora sul tema: R. JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris 2014.

Questi brevi riferimenti ci consentono di procedere prima a una valutazione generale sull'esistenza di ordalie nell'esperienza giuridica romana, poi ad una considerazione specifica del caso di Tuccia.

In generale valgono due principali prospettive critiche di tipo metodologico espresse dalla storiografia: molte delle singole fattispecie sopra richiamate come attestazioni di ordalie non si distaccano da interpretazioni di leggende, miti civili o militari, altre sono fortemente sospettate di provenire da un originario ambiente greco e non romano-italico. Tra l'altro, quantitativamente, rispetto ai numerosissimi esempi che si trovano per altri popoli dell'antichità e del medioevo (o considerati 'primitivi'), le testimonianze provenienti dalla storia romana sono assai esigue. Poi, su un punto specifico della comparazione, almeno per il Max Kaser della maturità (vero *princeps* degli studi romanistici della seconda metà del Novecento), l'eventuale presenza di un singolo giuramento con effetti decisori per l'età predecemvirale (pronunciato da una sola parte), del resto non attestato direttamente nelle fonti, non potrebbe essere prova di 'Gottesurteil'⁵⁵. Il problema è affrontato con scrupolo da Francesco De Martino⁵⁶, che, contrastando l'idea secondo la quale in origine il *sacramentum* potesse essere un giuramento per decidere la lite e che questa fosse risolta attraverso il riferirsi alla volontà degli dei manifestata attraverso le sorti o l'esame degli *exta*, ha sostenuto che le tesi che implicano la vigenza di procedimenti ordalici a Roma mancano di qualsiasi prova nelle fonti⁵⁷. Questo non significa che nella costruzione della decisione da parte del soggetto terzo non rilevassero anche nell'antica Roma credenze o logiche collettive.

Passiamo all'esame più ravvicinato del caso di Tuccia. Qui non c'è *sacramentum*, non viene azionata una procedura di giuramento, rileva solo l'invocazione alla divinità di concedere la prova dell'innocenza alla sua sacerdotessa. Certo è che il risultato è quello della remissione dell'accusa

55 M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, spec. 84 con nt. 15 (ove bibliografia).

56 *Storia della costituzione romana*², I, Napoli 1972, 210 s.

57 Sulla storiografia relativa alla più antica irrazionalità del processo romano, si v. ora la prospettiva critica di R. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico*, in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli 2013, 212 ss.

e della fine del procedimento repressivo, almeno nella tradizione che vuole Tuccia innocente e non condannata. Il prodigio agisce, insomma, come risoluzione del dubbio a favore della vestale che intraprende la procedura innestandola, per così dire, nel percorso cognitorio già avviato dal Pontefice. Ma, forse, un'indagine più attenta del rapporto delle vestali con l'acqua può aiutare alla percezione più profonda del mito.

8. Per una *Quellenforschung* sul mito di Tuccia

Occorre presentare – anche se in breve – i due contesti narrativi principali che raccontano la vicenda mitica, quello di Valerio Massimo e quello di Dionigi di Alicarnasso, per poter valutare con attenzione il caso. Concentriamoci dapprima in particolare sul memorialista d'età tiberiana, che probabilmente costituisce la fonte più significativa della vicenda:

Val. Max. 8.1 abs. 5. Eodem auxilii genere Tucciae virginis Vestalis incesti criminis reae castitas infamiae nube obscurata emerit. Quae conscientia certa sinceritatis suae spem salutis ancipiti argumento ausa petere est: arrepto enim cribro «Vesta» inquit, «si sacris tuis castas semper admovi manus, effice ut hoc hauriam e Tiberi aquam et in aedem tuam perferam». Audaciter et temere iactis votis sacerdotis rerum ipsa natura cessit.

Il caso di Tuccia è raccolto sotto una rubrica processuale, *Infames rei quibus de causis absoluti aut damnati sint*, nella sua prima parte, dedicata alle assoluzioni, che – per un motivo o per l'altro – erano considerate memorabili. Dalla rubrica nulla si ricava sulla eventuale colpevolezza della Vestale: i protagonisti dei *facta* qui raccolti sono *rei* di comportamenti infamanti, dunque personaggi formalmente posti in stato d'accusa (questo è il significato di *reus*), che siano stati assolti o condannati. All'interno di questa sezione valeriana, il posizionamento del capitolo che racconta la storia della Vestale è interessante. Il caso è incastonato, infatti, tra le assoluzioni di due colpevoli, Appio Claudio e Lucio Pisone. Il primo, com'è noto, fu causa dell'affondamento della flotta romana durante la prima guerra punica, secondo la tradizione per non aver corrisposto con un comportamento prudente ai chiari segni contrari dell'*auspicatio*. Processato, gli fu evitata la sicura condanna da un provvidenziale scroscio di pioggia che intervenne durante la procedura, la quale – *quasi dis interpellantibus* – non fu

ripetuta⁵⁸. Molti i dati singolari e intriganti di questo racconto, con una significativa presenza dei segni divini, disprezzati dal comandante e poi per lui salvifici, e dell'acqua: «come la perturbazione del mare gli aveva procurato la *causae dictio* – scrive Valerio Massimo – così quella del cielo lo aveva salvato». Anche Pisone, protagonista del *factum* che nel ritmo narrativo valeriano segue quello di Tuccia, si giovò di un acquazzone⁵⁹. Accusato (da L. Claudio Pulcro) per aver offeso gli alleati, nel momento stesso in cui veniva pronunciata la condanna a lui sfavorevole, una pioggia repentina e violenta bloccò il processo perché Pisone, umiliatosi a baciare i piedi dei giudici, s'imbrattò il viso di fango e ottenne così benevolenza per l'umiliazione subita. Il comandante che era stato arrogante si trasforma in remissivo e il suo volto superbo diviene segno visibile del rispetto dovuto ai giudici.

Dunque, l'acqua dal cielo come segno positivo. Segno che conduce all'assoluzione in due processi per i quali le fonti ci forniscono notizie procedurali precise (per il caso di Tuccia non è così: il riferimento, in Augustin. *de civ. Dei* 10.16.2 a *quaestio* e a *controversia*⁶⁰ non appare particolarmente affidabile e lo spessore tecnico è scarso). L'acqua che tocca la terra (e forma, nel *factum* relativo a Pisone, del fango) è per i due uomini salvifica, mentre l'intercalata vicenda femminile si regge sulla speranza che l'elemento liquido non raggiunga quello solido, che non vi

58 Val. Max. 8.1 abs. 4. *App. Claudius, nescio religionis maior an patriae iniuria, si quidem illius vetustissimum morem neglexit, huius pulcherrimam classem amisit, infesto populo obiectus, cum effugere debitam poenam nullo modo posse crederetur, subito coorti imbris beneficio tutus fuit a damnatione: discussa enim quaestione aliam velut dis interpellantibus de integro instaurari non placuit. Ita cui maritima tempestas causae dictionem contraxerat, caelestis salutem attulit.*

59 Val. Max. 8.1 abs. 6. *Item L. Piso a L. Claudio Pulchro accusatus, quod graves et intolerabiles iniuras sociis intulisset, haud dubiae ruinae metum fortuito auxilio vitavit: namque per id ipsum tempus, quo tristes de eo sententiae ferebantur, repentina vis nimbi incidit, cumque prostratus humi pedes iudicum oscularetur, os suum caeno replevit. Quod conspectum totam quaestionem a severitate ad clementiam et mansuetudinem transtulit, quia satis iam graves eum poenas sociis dedisse arbitrati sunt huc deductum necessitatis, ut abicere se tam suppliciter et attollere tam deformiter cogeretur.*

60 Augustin. *de civ. Dei* 10.16.2. *Illa quippe miracula deorum gentilium quae commendat historia ... quod virgo Vestalis de cuius corruptione quaestio vertebatur aqua inpleto cribro de Tiberi neque perfluente abstulit controversiam ...*

sia contatto tra acqua (fluviale, però) e terra. Certamente i fatti di Claudio e Pisone non configurano ordalie, il giudizio si è compiuto, la colpevolezza è accertata: la ricerca dell'innocenza attraverso un'attività rituale non è il fulcro antropologico di questa tradizione, anche se un intervento esterno blocca la dichiarazione finale di colpa e l'irrogazione delle pene (nel caso di Pisone surrogate da una sorta di rilevante sanzione sociale).

La somiglianza tra i tre casi è costruita secondo un modello abbastanza tipico nei *Facta et dicta memorabilia*. *Eodem auxilii genere* serve a connettere la storia di Tuccia con quella di Appio Claudio. Un *item* introduttivo costruisce continuazione narrativa e al contempo comparazione tra la vicenda della Vestale e quella di Lucio Pisone.

Auxilii genus: dunque, secondo Valerio Massimo si è trattato di un *auxilium* divino, di un intervento protettivo fattivo e diretto a favore di Tuccia (come la pioggia lo era stata a favore di Claudio e di Pisone). Aiuto che interviene *ab externo* nella vicenda umana, allo stesso modo (*eodem genere*) nei due diversi avvenimenti.

Una differenza però – a quanto pare – sussiste. Per Appio Claudio e Pisone si tratta di un mero segno, ma l'evento naturale (anche se repentino e violento) non ha caratteristiche che senza dubbio alcuno lo fanno attribuire alle divinità. Con Tuccia, invece, si ha – a richiesta – un vero e proprio miracolo della Vestale. Valerio Massimo utilizza una locuzione significativa, *rerum natura cessare*, che mostra l'assoluta eccezionalità dell'avvenimento, che sovverte il regolare andamento delle cose. Non a caso Agostino (*de civ. Dei* 10.16.2) enumera il caso di Tuccia⁶¹ tra i *miracula deorum gentilium*. La pioggia degli altri due avvenimenti, pur se straordinaria per portata ed effetti, sta *in rerum natura*.

Anche la premessa del miracolo è – per così dire – teologica. L'inquadramento dell'agire di Tuccia è un voto alla divinità di cui il personaggio è sacerdotessa e che avrebbe subito la violazione. Si tratta di un tipico

61 Insieme con: il passaggio da un luogo a un altro del simulacro degli dèi penati, che Enea fuggendo trasportò da Troia; Tarquinio che avrebbe tagliato la cote col rasoio; il serpente di Epidauro che avrebbe accompagnato Esculapio che navigava per Roma; una donna, che per provare la propria pudicizia, fece muovere e avanzare, legandosela alla cintura, la nave con cui era trasportata la statua di Cibele rimasta immobile nonostante gli sforzi di uomini e di buoi. Anche Tertulliano, *Apol.* 22.12, tratta il fatto (senza ricordare Tuccia) come (falso) miracolo e lo descrive con la frase *aquam cribro gestatam*.

impegno di diritto sacro⁶², che attiva la compartecipazione divina all'atto umano. Ma su questo punto si dovrà tornare.

L'*argumentum* di Tuccia inizialmente appare 'ancipite', particolarmente rischioso, perché difficile (sarebbe meglio dire: razionalmente impossibile) da realizzarsi. Nella costruzione della vicenda la *climax* del rischio corso dalla Vestale (che pure è rappresentata certa delle proprie ragioni d'innocenza) serve proprio ad avvalorare il risultato come situazione che si pone al di fuori della *natura rerum* e dunque sembra garantire l'innocenza della sacerdotessa. Anche se, come si è visto, gli dei (se di intervento divino si trattò; Valerio Massimo è prudente: *quasi dis interpellantibus*) hanno voluto Appio Claudio assolto anche se colpevole, Valerio Massimo sembra credere alla sua eroina. *Rea* per indicare Tuccia indica qui chiaramente la sua posizione processuale, di 'imputata'⁶³, non un giudizio (neanche morale) sulla sua colpevolezza, in corrispondenza, come si è visto, alla rubrica. Infatti la Vestale, alla fine, emerge dalla nube d'infamia (dalla condizione di colei che ha subito il sospetto della comunità e l'imputazione), dalla quale era stata *obscurata*.

In Dionigi d'Alicarnasso, la vicenda di Tuccia, il *mythos* come lo definisce lo storico greco, è parte di una lunga, assai conosciuta, digressione sui collegi sacerdotali annessa alla narrazione relativa a Numa Pompilio, *rex* secondo la tradizione – com'è noto – strettamente connesso con l'istituzione dei culti della città. A una trattazione di struttura e funzioni delle sacerdotesse vestali, Dionigi fa seguire in questa sede alcuni approfondimenti su temi che, evidentemente, avevano suscitato un suo interesse particolare. La castità delle vestali, l'importanza (costitutiva per la città) del fuoco sacro, la repressione criminale (di competenza del Pontefice Massimo) che conseguiva alla violazione dell'obbligo di illibatezza o allo spegnimento del fuoco.

Dionigi si occupa, in questo luogo della sua opera, di casi in cui la dea stessa sarebbe intervenuta a tutela delle sacerdotesse accusate ingiustamente (*adikos*). Anche qui dunque il narratore sta esplicitamente dalla parte di Tuccia. Due i casi presentati dallo storico di Alicarnasso che attin-

62 L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano*, cit., 258.

63 Sulla portata del termine *reus* e la sua evoluzione si v. ora A. MANNI, *Mors omnia solvit. La morte del reus nel processo criminale romano*², Napoli 2013, 18 e nt. 41 (ivi bibl.).

ge evidentemente all'annalistica romana repubblicana. Il primo è quello di Emilia, che incolpevolmente aveva provocato l'esaurimento del sacro fuoco. I pontefici avviano l'indagine. Invero la Vestale aveva affidato il controllo del fuoco a una più giovane collega, ancora nella fase di addestramento. Dionigi ne rappresenta immediatamente l'innocenza, ma anche le difficoltà a uscire degnamente dalla pericolosa situazione. Emilia si rivolge alla dea (Hestia – ovviamente – nella versione greca), chiedendo il suo aiuto. L'atto è singolare: la sacerdotessa si strappa un lembo della veste di lino, lo getta, continuando a pregare, sul luogo dove s'era spento il fuoco eterno. Una favilla divampò dalla cenere ormai fredda e si sviluppò una grande fiamma a partire dal pezzo di stoffa. Naturalmente s'interpretò l'avvenimento come intervento divino e la città, secondo il racconto di Dionigi, «non ebbe bisogno né di riti purificatori, né di un nuovo fuoco», cioè della procedura rituale necessaria quando si fosse constatato lo spegnimento.

Tratteggiata questa prima vicenda, lo storico greco si volge al racconto che ha come protagonista Tuccia.

Dion. Hal. 2.69: Ετι δὲ τούτου θαυμασιώτερόν ἐστι καὶ μῦθος μᾶλλον εὐκοῦς ὃ μέλλω λέγειν. Κατηγορησαί τινά φασιν ἀδίκως μίαις τῶν παρθένων τῶν ἱερῶν Τυκκίας ὄνομα, ἀφανισμόν μὲν πυρὸς οὐκ ἔχοντα προφέρειν, ἄλλας δὲ τινὰς ἐξ εἰκότων τεκμηρίων καὶ μαρτυριῶν ἀποδείξεις φέροντα οὐκ ἀληθεῖς· κελευσθεῖσαν δ' ἀπολογεῖσθαι τὴν παρθένον τοῦτο μόνον εἰπεῖν, ὅτι τοῖς ἔργοις ἀπολύσεται τὰς διαβολάς·

Ταῦτα δ' εἰποῦσαν καὶ τὴν θεὸν ἐπικαλεσαμένην ἡγεμόνα τῆς ὁδοῦ γενέσθαι προάγειν ἐπὶ τὸν Τέβεριν ἐπιτρεψάντων μὲν αὐτῇ τῶν ἱεροφαντῶν, τοῦ δὲ κατὰ τὴν πόλιν ὄχλου συμπροπέμποντος· γενομένην δὲ τοῦ ποταμοῦ πλησίον τὸ παροϊμαζόμενον ἐν τοῖς πρώτοις τῶν ἀδυνάτων τόλμημα ὑπομείναι, ἀρυσασμένην ἐκ τοῦ ποταμοῦ [καινῶ] κοσκίῳ καὶ μέχρι τῆς ἀγορᾶς ἐνέγκασαν παρὰ τοὺς πόδας τῶν ἱεροφαντῶν ἐξερεῖσαι τὸ ὕδωρ.

Καὶ μετὰ ταῦτά φασι τὸν κατήγορον αὐτῆς πολλῆς ζητήσεως γενομένης μήτε ζῶντα εὐρεθῆναι μήτε νεκρόν. Ἀλλ' ὑπὲρ μὲν τῶν ἐπιφανειῶν τῆς θεᾶς ἔχων ἔτι πολλὰ λέγειν καὶ ταῦτα ἱκανὰ εἰρησθαι νομίζω.

Lo definisce ancora 'più sorprendente' (facendo riferimento alla premessa razionalistica che aveva preposto al racconto su Emilia, rappresentando i Romani come piuttosto creduloni). La rappresentazione arricchisce il *factum* di Valerio Massimo con alcuni dati piuttosto interessanti e utili – forse – a completare il quadro di riferimento. In questa versione compare, sia pur non *nominatim*, l'accusatore (assente nella

relazione del memorialista latino). Anche in tal caso l'accusa è immediatamente rappresentata come ingiusta (*adikos*): la Vestale viene mostrata come innocente. Pare che l'anonimo avesse intenzione di denunciarla per lo spegnimento del fuoco sacro, ma, non essendo in grado di portare avanti questo specifico addebito, l'avrebbe accusata dunque di «false imputazioni, suffragate da testimonianze e prove convincenti». Le due fonti si possono, a questo punto, mettere in comunicazione (insieme con le altre che accennano al caso): l'accusatore avrà agito per violazione della castità, procurandosi dei testimoni che potrebbero aver affermato di aver visto Tuccia in atteggiamenti impudichi (ricordiamo la nozione ampia di incesto per la quale le vestali erano responsabili). Segue la dichiarazione di innocenza da parte della sacerdotessa e l'invocazione alla dea. In questa versione compaiono i pontefici, che avrebbero espresso il consenso alla procedura messa in opera dalla Vestale. L'impresa impossibile (e 'proverbiale') stava nell'attingere acqua al fiume Tevere con un setaccio (*cribrum*). Secondo Dionigi l'impresa termina con il trasporto dell'acqua al foro, dove Tuccia l'avrebbe versata ai piedi dei pontefici. Ulteriore dato registrato dall'Alicarnassense, la scomparsa dell'accusatore dopo questi fatti («nonostante le molte ricerche fatte, non fu più trovato, né vivo, né morto»), un dato che sembra confermare l'alone di mistero e di sacralità che circonda l'avvenimento.

9. Una distonia nella tradizione: Tuccia '*damnata*'

Rispetto a questa tradizione è di non poco intralcio la secca testimonianza di *Liv. per.* 20, secondo la quale *Tuccia, virgo Vestalis, incesti damnata est*. È chiaro che risulta molto difficile, alla ricerca di notizie su Tuccia e la sua vicenda, lavorare esegeticamente su questo testo così scarno e tanto diverso dal combinato disposto delle fonti più loquaci appena analizzate. Ciò nonostante la storiografia, rassicurata forse proprio dall'assenza di momenti mitici o magici, ha non di rado affermato la validità storica del testo di matrice liviana⁶⁴. Il contesto dell'epitome

64 Si v. ora M. MEULDER, *Le cribles*, cit., 340 ss. spec. 341, il quale considera «les affaires Tuccia et Aemilia» come le prime tappe di una mitologizzazione dei Caecilii Metelli, pertanto *Liv. per.* 19 avrebbe trasmesso la verità storica: Tuccia sarebbe stata «réellement condamnée à mort».

è servito in primo luogo (con la testimonianza di Plinio) alla datazione dell'avvenimento, posta da Münzer al 230 a.C.⁶⁵. Un problema da non sottovalutare è che in *Liv. per. 20 Tuccia* è una emendazione di Sigonio (*ed. princeps* del 1469), mentre nei manoscritti si trova *lucia* (Palatinus s. IX) e *Luccia* (Parisinus s. XII). Il collegamento di questo testo con la tradizione su Tuccia è stato compiuto attraverso la mediazione di Augustin. *de civ. Dei* 10.16.2, ove si tratta di una *virgo Vestalis de cuius corruptione quaestio vertebatur*. Nella sua dizione letterale questo brano non giustifica, però, la condanna (e dunque che la fonte agostiniana stia dicendo la stessa cosa dell'epitome di Livio). Il fatto, poi, che l'Ipponense, come già rilevato, abbia considerato quello di Tuccia un 'miracolo', rende definitivamente impossibile considerarlo una fonte parallela alla *Periocha*: se miracolo c'è stato (o, meglio, se un miracolo si è costruito nella tradizione romana), Tuccia si è salvata, perché l'eccezionalità del trasporto dell'acqua con il cribro ha testimoniato della sua innocenza. Direi che se la sorte positiva di Tuccia divenne proverbiale o c'è stata una interpretazione erronea dell'epitomatore dovuta alla superficialità della lettura del testo liviano (un errore⁶⁶) o a un passaggio intermedio della tradizione, a noi sconosciuto, ovvero si trattò nel 230 di una diversa vestale, quella sì condannata. Se la leggenda è razionalmente poco credibile la sua funzionalità di mito civile è certamente costruita sull'assoluzione, non sulla condanna. Espungerei dunque, per il momento, in questa fase della ricerca, la testimonianza delle *Periochae* dalle fonti relative alla leggenda del cribro. Un'altra possibilità interpretativa dell'epitome liviana è che l'autore abbia osservato approssimativamente la tradizione. Trovandovi la menzione di *rea* e di fronte all'eterogenesi di significati del termine, che dal senso di 'imputata' attraverso l'imputazione della responsabilità passa a quello di 'colpevole', può aver creduto negativo per la Vestale l'esito dell'accertamento e quindi ha reso con *damnata* la sua condizione finale. Insomma: avrebbe letto *rea* e ha interpretato *damnata*.

65 F. MÜNZER, voce *Tuccia*, in *PWRE*, VII/A, Stuttgart 1939, 768 s.; si. v. anche E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit., 229.

66 M. GUSSO, *I processi*, cit., 231 nt. 66.

10. La preghiera di Tuccia

Bisogna ora tornare alla preghiera di Tuccia, il momento in cui la sacerdotessa entra in contatto diretto con la dea. Si è visto, nella narrazione di Dionigi di Alicarnasso, come Vesta intervenisse (o potesse intervenire) su richiesta delle sue sacerdotesse. L'esordio del capitolo 68 del II libro delle *Storie romane* mette in rilievo proprio come la dea si manifestasse in favore delle vergini ingiustamente accusate. Dionigi ricorda qui la preghiera di Emilia, non quella di Tuccia. Si apre con un'invocazione alla dea (definita ritualmente «guardiana della città dei Romani»). Chiede la verifica della sua posizione (aver posto in essere i riti sacri per il trentennio in maniera incontaminata e propria, con mente pura e corpo casto). Reclama, in caso positivo, il soccorso della dea, dicendosi infine pronta all'espiazione se mai avesse commesso una colpa. Un testo particolarmente interessante, che compendia il rapporto tra divinità e sacerdozio.

Per l'esame specifico del caso di Tuccia ancora una volta è fondamentale il passo di Valerio Massimo (8.1 abs. 5), dove – peraltro – la tradizione in latino potrebbe trasmetterci un testo più vicino all'originale. È in particolare il tratto *Vesta-perperam* ad essere fondamentale, perché sembra restituire le parole di Tuccia (o quelle attribuite al personaggio nella formazione del mito). La versione, rispetto a quella tramandata da Dionigi, è assai più breve. La dea è chiamata semplicemente *Vesta*, senza attributi: la sacerdotessa si pone a tu per tu con la divinità convocandone la presenza. Il riferimento al comportamento della Vestale è sinteticamente espresso con le parole *si sacris tuis castas semper admovi manus*. Non risulta riferimento alla *mens* o all'*animus* dell'agente, ma ciò sembra rispettare l'idea romana di rito. Non si tratta di indagare su una *quaestio voluntatis*: se le *manus* sono state davvero caste nell'esercizio dei riti, se si sono puramente avvicinate ai *sacra* non c'è bisogno di ulteriore speculazione sulla presunta volontà. È un buon esempio del formalismo giuridico romano. Con *effice ut* si introduce dunque il contenuto della richiesta e quindi del 'miracolo'. Non c'è una parte dedicata alla possibilità contraria, cioè alla conseguenza di un comportamento non casto. In ciò – forse – sta (anche) la *temeritas* registrata dal memorialista: Tuccia è tanto sicura da non concedere alternative. La formula della preghiera tradita da Valerio Massimo sembra corrispondere alla

deprecatio ricordata, sempre a proposito del caso di Tuccia, da Plin. *nat. hist.* 28.3.12, che in quel luogo è significativamente messa in connessione con i notissimi voti guerreschi dei due Decii, padre e figlio. Proprio in Plinio la pronuncia della *precatio* sembra direttamente funzionale al risultato positivo del trasporto dell'acqua nel cribro:

Durat inmenso exemplo Deciorum patris filiique, quo se devovere, carmen; extat Tucciae Vestalis incesti deprecatio, qua usa aquam in cribro tulit anno Urbis DXVIII.

11. Acqua e fuoco

A questo punto bisogna approfondire la struttura del mito. Perché andare al fiume a prendere dell'acqua? Perché con un setaccio? Perché proprio questo gesto può essere messo in relazione con l'accusa di violazione dell'obbligo sacerdotale (Quello di castità? Quello relativo al mantenimento del fuoco sacro? Si è visto che le fonti non sono chiare). Forse il tentativo di risposta a questi interrogativi può portare un po' di luce sulla strana vicenda di Tuccia, non come fatto storico, ma come mito che mette in connessione Vesta e il suo sacerdozio, centrali nella costituzione politica della città, e l'acqua. Fare storia, andare alla ricerca positiva del 'was geschehen ist?', è un esercizio, in questo contesto, forse disperato. La tradizione è denotata da forti insicurezze: ci sono dubbi sul nome, sulla cronologia (230 a.C.?), sul fatto illecito commesso. Perfino la sorte ultima di Tuccia dalle fonti non è univoca: se molte fonti gridano al miracolo e salutano la sua salvezza, come si è visto, secondo una parte della tradizione, fu condannata. Non è questa però la sede per rianalizzare compiutamente tutte le testimonianze (che si possono ripercorrere criticamente leggendo la corposa e precisa voce prosopografica dedicata da Münzer nella Enciclopedia di Pauly e Wissowa⁶⁷ e ora anche l'ampio dettagliato articolo di Marcel Meulder⁶⁸, del quale non condivido, però, le conclusioni). Vorrei tentare piuttosto – in una dimensione di confronto con la tradizione che è più antropologica che storica – di provare a dare ragione degli interrogativi che ci siamo posti.

67 F. MÜNZER, voce *Tuccia*, cit., 768 s.

68 M. MEULDER, *Le crible*, cit., 326 ss.

Come si è detto, il fuoco di Vesta è il focolare comune della *civitas*, costituendo il segno più antico e vitale e al contempo la garanzia stessa dell'esistenza della comunità politica romana. Il fuoco deve perciò rimanere sempre acceso, salvo che per lo spegnimento rituale alla fine dell'anno (dell'anno antico: tra l'ultimo giorno di febbraio e il primo di marzo). Il ritmo del tempo viene così imbrigliato: riaccendere il fuoco significa in quell'occasione un nuovo inizio propizio per Roma. Qualsiasi altra alterazione della cadenza stabilita potrebbe essere ferale per la comunità. Una forte credenza magico-religiosa collettiva è infatti connessa con i presagi funesti attribuiti allo spegnimento: si tratta di una costruzione mitica chiaramente collegata con la necessità pratica dell'uomo primitivo di avere sempre il fuoco a disposizione (e con la connessa difficoltà di appiccarlo in determinate situazioni). La verginità delle Vestali, 'prese' da bambine a cura del Pontefice Massimo e destinate alla castità, era funzione del perfetto svolgimento dei loro compiti in condizioni di purezza rituale. Di qui la 'responsabilità' parallela per i comportamenti non casti e per lo spegnimento del fuoco sacro addossata alle sacerdotesse.

È chiaro che, in questo contesto, il fuoco deve essere preservato non tanto e non solo da una mano dolosa umana, quanto dai suoi nemici naturali, il più pericoloso dei quali è l'acqua. Ecco perché s'imponeva la distanza di questo elemento dalla casa di Vesta, che veniva solennemente lavata solo una volta all'anno (durante i *Vestalia*, tra il 7 e il 15 giugno⁶⁹), con grandissima attenzione cerimoniale e utilizzando pura acqua sorgiva. Ma l'acqua era necessaria ogni giorno, e allora – almeno nei tempi più antichi – era compito delle sacerdotesse andarla a prendere al Tevere, fuori della città, attraverso un percorso che rimarcava l'alterità tra elemento acqua e fuoco cittadino (cfr. Plut. *Numa* 13.2; Prop. 4.4.9-22). L'operazione si svolgeva con l'ausilio di uno strumento particolare: un vaso (detto *futile*), a bocca larga ma a fondo stretto. La forma peculiare (Serv. *ad Aen.* 11.39) serviva a portarlo sul capo con sicurezza (Prop. 4.4.15) e quindi ad evitare che l'acqua toccasse terra nel tempio e, tanto meno, minacciasse il fuoco sacro.

69 Varr. *de l. L.* 6.32; Ovid. *fast.* 6.713-714; Fest. 466 L.; si v. Fr. VAN HAEPEREN, *Le collège pontifical. Contribution à l'étude de la religion publique romaine*, Rome-Bruxelles 2002, 378 s.

Questa premessa forse spiega (almeno in parte) il voto di Tuccia. Impegnandosi a portare l'acqua alla dea, dal Tevere al tempio (Val. Max. 8.1 abs. 5) o al foro (Dion. Hal. 2.69), sul quale l'*aedes* si apriva, non nel rituale *vas futile*, ma con il cribro, rischiava la violazione del sacro divieto di contaminare il tempio con l'acqua. Non si tratta solo di una sorta di scommessa impossibile, ma della minaccia estrema all'incompatibilità tra l'elemento liquido e la sacralità del fuoco cittadino. Solo l'intervento divino avrebbe potuto aiutarla, avvalorando la sua dichiarazione di innocenza. Secondo la tradizione più benevola Vesta sarebbe intervenuta a tutela della sua sacerdotessa, attestandone la castità, in un quadro che mostra la profondità del rapporto tra acqua e fuoco nella città, una relazione tanto importante da essere costituente e costituzionale, a livello del diritto privato e del diritto pubblico: alla sposa che entra nella sua casa il marito dà il fuoco e l'acqua, d'altro canto le procedure di esclusione formale dalla comunità cittadina non a caso si denominano 'interdizione dall'acqua e dal fuoco'.

12. Perché il setaccio?

Perché proprio il *cribrum* è lo strumento utilizzato per portare a termine l'atto con il quale Tuccia si era impegnata con la preghiera a Vesta? Dopo aver letto le fonti e dato una prima interpretazione al mito la prima risposta è semplice: perché la struttura materiale del setaccio ne fa lo strumento impossibile per portare a termine quanto previsto dalla *precatio* e dunque lo rende dispositivo perfetto per attestare il miracolo. Se Tuccia si fosse impegnata a porre in essere la promessa con un vaso, il rischio assunto non avrebbe conferito all'azione valore probatorio o di intervento divino a suo favore. Solo il setaccio come mezzo di trasporto di un liquido avrebbe significato chiaramente il «miracolo» e dunque la prova dell'innocenza della Vestale. Giusto. Ma questa risposta è tutta costruita sull'esito della vicenda. Deve esserci un altro motivo, una ragione più profonda. Questa sta nella normale connessione dell'utensile a Vesta e all'attività delle sue sacerdotesse. È interessante come in letteratura questo punto non sia stato indagato. Ebbene, il *cribrum* fa parte dello strumentario della casa di Vesta.

Come accennato, nel momento in cui il fuoco sacro si fosse spento, si procedeva, per ordine del Pontefice Massimo, alla punizione della Vestale responsabile⁷⁰. È nota la tradizione liviana in

28.11.6. ... ignis in aede Vestae extinctus, caesaque flagro est Vestalis ...
iussu P. Licini pontificis.

Ma, poi, come si restituiva all'*aedes* e alla città tutta quel fuoco particolare in cui si assommano valori e significati riconducibili all'esistere stesso di Roma come cosmo⁷¹? Si è già brevemente fatto cenno alla necessità della confricazione, che rimanda al metodo più primitivo di accensione del fuoco. Poco attendibile, secondo gli studiosi, la testimonianza di Plutarco (*Numa* 9.12-13), relativa alla riaccensione attraverso l'uso di specchi ustori, che rimanda all'area greca e a tecniche certamente più moderne (si pensi alla tradizione notissima, ma invero incerta, su Archimede e l'ignizione delle navi romane durante l'assedio di Siracusa nel 212). È Festo, purtroppo solo nella versione tarda e rabberciata dell'epitome di Paolo Diacono, che propone una più attendibile versione connessa con lo sfregamento di una *arbor felix* qualificato come *mos* (e dunque connesso con le costumanze più antiche della società romana) nella quale anche il *cribrum* svolge un ruolo:

Paul.-Fest. s.v. *Ignis* [94 L.]. Mos erat felicis materiae tamdiu terebrare quousque exceptum ignem cribro aeneo virgo in aedem ferret.

Dunque: secondo l'antico uso normativo la lignea *materia felix* (un albero fruttifero, dunque) veniva perforata, trapanata fino a provocare la scintilla; a questo punto la vergine, scelta una favilla, la porta *in aedem* con un *cribrum* di rame (o di bronzo). Ecco lo strumento utilizzato per il trasporto verso la casa di Vesta (*aedes*!) di un elemento rituale. Serve in tal caso un contenitore traforato perché il piccolo fuoco possa bruciare ossigeno ed essere al contempo rattivato dalle folate di vento. La natura funzionale dell'utensile appare chiara: il cribro forellato è il mezzo più

70 Sulle conseguenze relative allo spegnimento del fuoco, in particolare sulla *verberatio* che veniva inflitta dallo stesso Pontefice, e che quindi diveniva anche esecutore della pena, si v. L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano*, cit., 246 ss.

71 Così M.C. MARTINI, *Le vestali*, cit., 7 s.

adatto per lo spostamento in sicurezza della favilla se allo spegnimento di questa si collegano previsioni negative. Di contro il setaccio è lo strumento meno utile al trasporto dell'acqua, che immediatamente scorre dai fori e che invece abbisogna di un recipiente chiuso che non provochi perdite per giungere a destinazione.

Dunque è quasi come se Tuccia abbia voluto replicare il rito di restituzione dello stato di purità, portando però acqua e non fuoco nel setaccio. Una sorta di rovesciamento magico del rituale. La sfida di Tuccia non è solo una scommessa impossibile da vincere secondo le leggi della natura (e perciò sarà ricordata come «miracolo»), è anche – e forse soprattutto agli occhi dei suoi contemporanei – una sorta d'interversione di un atto tipico per la Vestale che si reca a prelevare il fuoco direttamente dalla materia naturale solida e fruttuosa. Fa così del *cribrum* il contenitore dell'acqua e non del fuoco, com'era solito.

13. Acqua dal Tevere

Il fatto che l'acqua fosse quella del Tevere provoca un'ulteriore riflessione. L'acqua più pura era tratta, fuori porta, dalla fonte Egeria, lo si è detto: era utilizzata quando si producevano le pietanze rituali tre volte all'anno. Eppure le Vestali hanno un contatto diretto con il fiume. Anche l'acqua fluviale è utile a purificazioni rituali poste in essere dalle nostre sacerdotesse. Una testimonianza interessante è tramandata con molti dettagli da Tacito; dovendosi ricostruire il Campidoglio, dopo la distruzione che fece seguito alla battaglia urbana del 69, le Vestali (aiutate, nel caso di specie, da bambini *matrimi et patrimi*) aspersero lo spazio dedicato al tempio con acqua tratta dalle sorgenti e dai fiumi (tra questi, per motivi facili da comprendere, bisogna ovviamente contare anche il Tevere):

Tac. *hist.* 4.53.1-2. ... restituendi Capitolii ... XI Kalendas Iulias ... spatium omne, quod templo dicabatur ... virgines Vestales cum pueris puellisque patrimis matrimisque aqua e fontibus amnibusque hausta perluere.

Ma la connessione del collegio delle Vestali con il fiume di Roma è specifica. Ogni anno svolgevano infatti il rito della *stercoratio*. Si trattava della cerimonia lustrale che faceva immediatamente seguito al ciclo festivo svolgentesi tra il 7 e il 15 giugno, quando si teneva aperto (per

le sole matrone, che potevano entrarvi a piedi nudi) il *penus Vestae*. Finito il ciclo si provvedeva alla pulitura rituale del tempio: *Stercus ex aede Vestae XVII Kal. Iul. defertur* (Fest. s.v. *Stercus*, 466 L.). Il giorno aveva una caratterizzazione peculiare nel calendario più antico: era identificato dalla sigla Q. S. D. F., *Quandoc stercus delatum fas, eodem modo in fastis notatur dies, qui talis est*⁷². Secondo la testimonianza di Varrone (*de l. L.* 6.32) le vestali in quell'occasione portavano i rifiuti attraverso il clivo capitolino alla misteriosa *porta stercoraria*, dalla quale (il luogo era ritualmente *certum*)⁷³ i *purgamina Vestae* erano gettati nel Tevere e di lì raggiungevano poi il mare, come ricorda Ovidio: *dies qua tu purgamina Vestae, / Thybri, per Etruscas in mare mittis aquas* (*fast.* 6.713 s.). Il cerimoniale riprende probabilmente il costume più antico di pulizia della città, nel quale erano coinvolte le donne (simbolicamente poi le donne pubbliche sacerdotesse della comunità) poi evolutosi con l'utilizzazione del sistema fognario. Il dato è molto interessante, ma è una procedura di espulsione: non penserei che Tuccia abbia percorso la stessa strada; si saliva il clivo capitolino infatti per trovarsi in posizione atta allo sversamento dall'alto dei rifiuti nel fiume, non certo per attingere acqua al Tevere. Peraltro la porta stercoraria – a quanto pare – si apriva una sola volta all'anno, in occasione, appunto, della fine delle festività in onore di Vesta. Credo, piuttosto, che il percorso di Tuccia si sia snodato (nella realtà o piuttosto nella rielaborazione leggendaria di un evento storico), partendo dall'*aedes Vestae* (e tornandovi, o comunque tornando nel Foro) attraverso le zone più frequentate del centro cittadino e più connotate come luoghi della testimonianza pubblica: il Foro, in primo luogo, per giungere al fiume praticamente di fronte all'Isola Tiberina. Recarsi in questo caso alle *Camenae* avrebbe significato l'aggiramento del Palatino, una strada molto più lunga e non so se egualmente efficace per un disegno comunicativo qual era il gesto che intendeva compiere. Tuccia dunque probabilmente sceglie un percorso strategico cittadino di visibilità, tutto controllabile dal pubblico così da dare immediata pubblicità e dunque consolidamento sociale alla riuscita del suo voto.

72 Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit., 138 s.

73 ... *stercus ... per Capitolinum Clivum in locum defertur certum ...*: Varr. *de l. L.* 6.32.

Un parallelismo tiberino si può peraltro compiere con un altro caso della mitologia civile romana, quello di Claudia Quinta (Ovid. *fast.* 4.305-328; Val. Max. 1.8.11). Il periodo è burrascoso sotto il profilo politico-militare: è in corso la II guerra punica; il nemico è Annibale. Nel 204 per rispondere alla richiesta oracolare l'effigie della *Mater Idea* (Cibele) viene trasferita da Pessinunte a Roma. La nave che la trasporta si incaglia nel Tevere. Claudia, secondo il racconto di Ovidio donna virtuosa e di bell'aspetto, vede al contempo messa in discussione ingiustamente la sua reputazione, per il suo abbigliamento e il suo portamento: tra le altre cose la donna era anche falsamente accusata di essere una pettegola. Secondo una tarda tradizione si trattava di una vestale. La sua virtù fu riscatta da un evento miracoloso: la donna riuscì con le sue sole forze e grazie all'intervento della dea a disincagliare la nave, riuscendo a far giungere la statua a destinazione. L'evento fu reputato segno della purezza di Claudia.

Quando in età augustea si ridefinisce la morale sessuale e familiare dei Romani e nel contempo si riscrive il passato mitico e storico della città, l'interesse si appunta sulla violazione della castità e sulle risposte delle donne romane (sacerdotesse o matrone che fossero), le quali, anche attraverso la complicità divina, fanno risplendere i *mores*.

14. Conclusioni

Torniamo – per un momento – al tema comune di questo ciclo di seminari, la gestione del territorio. Abbiamo visto, in generale, quale grande significato avesse l'acqua per la società romana antica e quanto ciò, sotto il profilo giuridico-sacrato, implicasse procedure di ritualizzazione che servivano da modelli per l'adozione di comportamenti convenienti all'intera comunità. Con riferimento specifico ai templi e alle procedure religiose si può notare come i riti avessero grande rilevanza – non solo simbolica – per l'utilizzazione del bene comune, in primo luogo a fini igienici: ritroviamo nei *delubra* l'acqua come segno della necessità di purificazione dei singoli; i riti di chiusura dei *Vestalia* indicano a tutti, come regola, la necessità delle grandi pulizie annuali: ciò che si fa ritualmente nel focolare pubblico deve essere praticamente replicato nei suoi simulacri privati. Sempre attraverso cerimoniali e

costruzioni mitiche si disegnano poi le vie di approvvigionamento delle acque per i diversi bisogni: acqua da bere, per le pulizie, acque di scolo, acque come ricettacolo delle immondizie cittadine (ricordiamo l'uscita delle vestali verso la fonte Egeria per attingere l'acqua da utilizzare nelle ricette rituali o la scalata del clivo capitolino per raggiungere la Porta stercoraria: una vera geografia del territorio urbano risalente a un'epoca nella quale non era servito né da acquedotti né da cloache). Il mito serve anche a funzionalizzare gli oggetti: vasi e setacci con usi specifici, tecnicismo di un artigianato antichissimo che serve a meglio gestire i beni della natura; nel caso di Tuccia l'inversione dell'utilizzazione (setaccio per trasportare l'acqua) ha una portata peculiare che ancor più mostra lo specialismo dell'utensile. Anche la netta separazione di acqua e fuoco ha una sua funzionalizzazione, in un mondo in cui riaccendere la fiamma spenta può essere estremamente difficile (si pensi ai giorni umidi, nei quali l'effetto della confricazione può essere disperante). Nella città che cresce il problema saranno piuttosto gli incendi e la scarsa capacità 'tecnica' di spegnerli.

La portata dei riti di purificazione ha – in questo ambiente – un collegamento stretto con lo stato di purità positiva-castità sessuale, anche sotto il profilo giuridico. Una serie di dati storici e di credenze metastoriche passano attraverso riferimenti al territorio materiale, che è sempre – quando urbano – antropizzato, e dunque bisognoso di strutture di disciplinamento della società, dei rapporti interpersonali, tra orpello religioso e operatività del diritto, un intreccio che, se proviamo a decodificarlo, ci consente un avvicinamento fecondo ai misteri del passato.

DIMENSIONE URBANA E TERRITORIO RUSTICO NELLO SPECCHIO DEGLI ATTI EMULATIVI. UNA PROSPETTIVA STORICA

NICOLETTA SARTI

SOMMARIO

1. L'art. 833 cod. civ.: premesse ed esiti. – 2. I percorsi di un ritorno annunciato. – 3. Le origini: un problema sopravvalutato. – 4. La scienza giuridica preaccursiana. – 5. Territorio rustico e dimensione urbana nella dottrina 'questionante': due divieti? – 6. Lo sforzo sistematico della *Magna Glossa*.

1. L'art. 833 cod. civ.: premesse ed esiti

L'art. 833 ha segnato il ritorno nel sistema del diritto civile italiano del limite emulativo all'esercizio del diritto di proprietà. Da esso ha preso quota la 'seconda vita' del divieto di *aemulatio*, succeduta – dopo la cesura inferta dalle scelte normative della Francia post-rivoluzionaria – alla plurisecolare, consolidata esperienza del diritto comune¹.

¹ L'inserimento dell'Italia nel novero dei sistemi giuridici che Louis Josserand, nel 1939, aveva descritto come «les pays qui, sans avoir donné à la conception de l'abus la valeur d'une règle générale écrite, lui sont cependant accueillants et dont le droit positif en est comme imprégné, soit par le jeu de textes spéciaux qui en consacrent des applications partielles, soit par l'action de la jurisprudence qui s'en inspire dans ses décisions» (L. JOSSERAND, *Essais de téléologie juridique*. I. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris 1939, 295), pur non esente da ambiguità, parve, nell'immediato, riscuotere generale consenso. N. SARTI, *Inter vicinos praesumitur aemulatio. Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune*, Milano 2003, 2 n. 3.

Collocato in capo al libro III *Della proprietà* nell'ambito delle *Disposizioni generali*, subito dopo l'enunciazione del contenuto del diritto medesimo², il divieto degli atti di emulazione si pone, al pari dell'espropriazione per inattività (art. 834)³ e del divieto di ammasso dei prodotti agricoli (art. 837)⁴, fra le espressioni più avanzate dell'ordine proprietario disegnato dal legislatore del 1942⁵. Un ordine destinato a essere qualificato e valorizzato con l'entrata in vigore nel '48 della Costituzione repubblicana, che ha elevato al rango di principio inviolabile del consorzio civile l'uso solidale, utile e socialmente rilevante del *ius dominicale*⁶.

2 *Codice Civile* 1942, libro III, titolo II, art. 832: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

3 *Codice Civile* 1942, libro III, titolo II, art. 834: «Nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e contro il pagamento di una giusta indennità. / Le norme relative all'espropriazione per causa di pubblico interesse sono determinate da leggi speciali».

4 *Codice Civile* 1942, libro III, titolo II, art. 837: «Allo scopo di regolare la distribuzione di determinati prodotti agricoli o industriali nell'interesse della produzione nazionale sono costituiti gli ammassi. Le norme per il conferimento dei prodotti negli ammassi sono contenute in leggi speciali».

5 Disposizioni tutte accomunate, peraltro, dal medesimo destino di essere rimaste pressoché inerti, come ha osservato A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, VIII/2, Milano 1995, 111-112: «... non si può fare a meno di notare come gli articoli citati a guisa di prova provata dell'inverarsi di un nuovo ordine proprietario si sono poi rivelati contenere le norme più radicali dell'intero codice del 1942. Cinquant'anni di non applicazione hanno fatto scemare di molto l'interesse verso il divieto degli atti emulativi... l'espropriazione per inattività... l'ammasso di prodotti agricoli ed industriali nell'interesse della produzione nazionale... Sicché di fronte al paradosso che ha visto proprio le disposizioni più frequentemente citate nel corso del dibattito che ha accompagnato la redazione del libro terzo, e le prime riflessioni sul destino della proprietà dopo la ricodificazione del 1942, rimanere operativamente inerti per almeno un mezzo secolo, non ci si può sottrarre alla constatazione di una profonda discrasia tra i punti di forza del disegno ricodificatorio e la sua messa in opera nel cinquantennio seguente». N. SARTI, *Inter vicini*, cit., 3 n. 5.

6 *Costituzione della Repubblica Italiana*, art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», sul quale articolo v. *Commentario della Costituzione*, a

Il disposto dell'art. 833: «Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri», nel momento in cui vieta gli atti emulativi in quanto esorbitanti i limiti fissati dall'ordinamento giuridico alle manifestazioni di godimento e di disposizione della proprietà, denuncia peraltro una latente 'schizofrenia' fra premesse ideologiche ed esiti specifici *de iure condito*.

Ad affievolire l'affermazione che il divieto degli atti di emulazione corrisponda «a un dovere inderogabile di solidarietà tra privati» sostanziandosi in «una regola conforme all'interesse della collettività nella utilizzazione dei beni», provvide sin dalla prima ora il Ministro Guardasigilli Dino Grandi, interprete 'autentico' della *littera codicistica*⁷. Al punto 402 della sua *Relazione al Codice Civile* Grandi intervenne precisando che «... quanto alla nozione dell'atto vietato ho creduto opportuno, per evitare eccessi pericolosi nell'applicazione delle norme, esigere espressamente il concorso dell'*animus nocendi*»⁸.

cura di G. Branca, *Principi fondamentali artt. 1-12*, art. 2 a cura di A. Barbera, Bologna - Roma 1972, 106: «Il diritto di proprietà, ovvero il complesso delle facoltà, dei poteri e delle pretese che si riconnettono a talune forme di appropriazione, ottiene un riconoscimento costituzionale di inviolabilità nei limiti pur sempre segnati dalle stesse norme costituzionali, nella misura in cui sia espressione della tutela non solo di "interessi", ma di "valori"». Per l'art. 41: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» e per l'art. 42, 2° comma: «La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti» v. *Commentario della Costituzione*, cit., *Rapporti economici*, II, Bologna - Roma 1982, art. 41 a cura di F. Galgano, 1-68, art. 42 a cura di S. Rodotà, 69-192. In merito alle diverse letture prospettate per il complesso delle norme costituzionali che disciplinano i rapporti economici ed in specie, agli esiti del modello proposto dal secondo comma dell'art. 42 della Costituzione come «relativizzante» la concezione proprietaria, basti il rinvio alle osservazioni sviluppate da S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2ª ediz. accresciuta, Bologna 1990, 272 ss. ed alla bibliografia ivi citata.

7 *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile preceduta dalla Relazione del disegno di legge sul «Valore giuridico della Carta del lavoro»*, Roma 1942.

8 *Ibid.*

La scelta di abbinare alla valutazione in termini obiettivi dell'interesse del proprietario la richiesta perentoria di un movente soggettivo, riflette l'intrinseca ambiguità del disegno normativo e sospinge inevitabilmente la condotta emulativa verso la sfera dell'illecito, imponendo al soggetto che lamenti danni o molestie un pesantissimo onere probatorio⁹.

A soli quattro anni dall'entrata in vigore del Codice Civile, emblematiche perplessità traspasano dall'autorevole commento di Francesco De Martino: «Dal lato soggettivo occorre che l'esercizio del diritto sia compiuto unicamente allo scopo di offendere il vicino: non sarebbe quindi sufficiente che l'intenzione maligna sia determinante, se insieme ad essa vi è uno scopo lecito. Né si potrebbe invocare che l'*animus nocendi* prevalga sullo scopo lecito, per essere l'utilità poco rilevante o insignificante. L'esistenza di una qualsiasi utilità esclude l'abuso, anche nei casi in cui l'utilità è di gran lunga inferiore alla molestia o al danno che si procura al vicino»¹⁰.

Conseguenza di questi contraddittori assetti è stata la limitatissima portata nel nostro ordinamento della norma in oggetto, minata da una

9 C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, Milano 1994, 129: «Così intesa, l'*aemulatio* non può, per evidenti ragioni, svolgere un ruolo effettivo di regolazione dei conflitti ogni volta che sia in questione la moralità dell'atto del proprietario, ma l'oggettivo conflitto tra l'interesse di lui e quello di un terzo. Del resto anche nel periodo di maggior peso operativo del divieto di *aemulatio* (il diritto comune dei due secoli che precedono il *Code Civil*), l'incidenza di tale divieto è affidata, ben più che al controllo sull'effettiva sussistenza, nel caso concreto, dell'*animus nocendi* del proprietario, al fitto apparato di presunzioni, con riferimento a svariate circostanze di fatto».

10 F. DE MARTINO, *Beni in generale-Proprietà*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro Terzo «Della proprietà» (artt. 810-956)*, Roma 1946, 122. L'autorevole commentatore proseguiva affermando che «Non è poi da escludere recisamente la possibilità che la prova dell'*animus nocendi* sia insita nella stessa attività antisociale, quando possa ritenersi sicuro che nessun altro movente, né una semplice imprudenza o leggerezza, abbia spinto il proprietario all'azione. Ma di regola occorrerà desumere questa intenzione da altri elementi di prova, estranei al fatto; in caso contrario basterebbe il più delle volte la dimostrazione del carattere obbiettivamente dannoso dell'azione per affermare lo scopo emulativo, il che, oltre ad essere pericoloso, andrebbe contro la chiara volontà della legge. L'onere di provare l'*animus nocendi* incombe sull'attore, a norma dei principi, epperò non basta la prova dell'attitudine dell'azione a produrre danno o molestia» (*Ibid.*)

progressiva disapplicazione¹¹. Circoscritto a fattispecie di intenzionalità maligna assai marginali rispetto al più corposo versante del fondamento dei poteri del proprietario – al quale strutturalmente appartiene –, il limite emulativo disegnato dall'art. 833 risulta, come ha scritto Antonio Gambaro, «cancellato di fatto» da una giurisprudenza e da una dottrina pressoché costanti¹². Entrambe non hanno mancato di sottolineare come la condotta emulativa debba dirsi comprovata solo attraverso il sinergico concorso, arduo a verificarsi, di due *substantialia*: l'elemento interiore, vale a dire l'esclusiva finalità di arrecare nocumento o molestia ad altri e l'elemento oggettivo, vale a dire l'assenza di ogni utilità, di tipo economico o morale, in capo al suo autore¹³.

Una 'eutanasia', questa dell'art. 833 del nostro Codice Civile, che ha seguito dappresso gli esiti del § 226 del *BGB*, unico fra i codici europei ad avere inserito fra i suoi *Allgemeiner Teil* la sanzione per l'esercizio abusivo dei diritti soggettivi¹⁴. Nella diversità dei percorsi della storia giuridica di Italia e di Germania negli ultimi due secoli, anche il divieto di *Schikane* si è rivelato una disposizione nata morta. A fronte di una quasi inesistente applicazione pratica, essa ha fallito laddove ambiva a costituire il fondamento normativo della censura – problematica per

11 Come ha osservato C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, cit., 129-130.

12 A. GAMBARO, *Abuso di diritto. II. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, I, Roma 1988, 5.

13 Sull'«eutanasia» dell'art. 833 del Codice Civile si legga la sagace nota di A. MOLLITERNI – A. PALMIERI, «*Dormientibus iura succurrunt*»: eutanasia dell'art. 833 c.c., in *Foro It.*, CXXIII, 1998, I, coll. 69-77, che a col. 72 osservano: «Tra le varie opzioni ermeneutiche che l'art. 833, sia pure a fatica, consentiva, la giurisprudenza si è attestata su quella che più di ogni altra svuotava la norma di contenuto, al punto che si parla apertamente di “cancellazione giurisprudenziale”. D'altra parte, in materia di proprietà si è registrata una disponibilità a ricercare soluzioni innovative di gran lunga inferiore rispetto a quanto è accaduto in altri settori dell'ordinamento privatistico, dove la giurisprudenza ha svolto un ruolo suppletivo o complementare, sì che nel c.d. diritto vivente è profondamente mutato il significato di numerose disposizioni codicistiche in tema, ad esempio, di responsabilità civile o di diritti della personalità».

14 *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 226: «Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie den Umständen nach nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen».

ogni ordinamento – sia del *genus* dell'abuso di diritto, sia della *species* dell'abuso del diritto di proprietà¹⁵.

2. I percorsi di un ritorno annunciato

Risulterà presto evidente come, ben al di là del tenore letterale, l'impianto del divieto di emulazione adottato dal nostro legislatore abbia finito per ricalcare l'elaborazione dottrinale maturata nella stagione del diritto comune. Una eco insita nei caratteri sostanziali dell'istituto e nelle sue modalità probatorie, che attenua – e non di poco – la conclamata discontinuità fra le due 'storie' dell'*aemulatio*¹⁶, generate da diversi pa-

15 Come ha acutamente rilevato F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Inchieste di diritto comparato*, 7, a cura di M. Rotondi, Padova 1979, 363 ss., il § 226 del *B.G.B.* si è rivelato una disposizione nata morta. «Il divieto della Schikane ebbe infatti fin dall'inizio nella prassi tedesca una applicazione limitatissima per non dire inesistente. In ciò gli interpreti germanici si riallacciarono in storica continuità alla anteriore prassi del sec. XIX, durante la vigenza del diritto romano comune. Un esame della giurisprudenza del secolo scorso... mostra infatti come l'idea dell'*aemulatio* o del divieto di un comportamento abusivo nell'esercizio di un diritto reale, pur non mancando di spunti testuali nelle fonti e pur essendo stata accolta nella letteratura pandettistica, abbia avuto un ruolo scarsissimo nella prassi... Dopo il 1900 la giurisprudenza germanica mostra un'esemplare continuità con la prassi anteriore. I tribunali tedeschi non ebbero occasione di applicare il § 226 che in qualche caso sporadico, assunto ben presto ad esempio scolastico» (*ibidem*, 367-368). In sede di conclusioni, il Ranieri ha osservato: «Si è visto come in realtà la disciplina testuale dettata nel *B.G.B.* non sia riuscita a svolgere nella prassi germanica, se non inizialmente, la funzione di appoggio testuale alla problematica del divieto dell'abuso di diritto. Questa ultima ha trovato ormai nella prassi dei tribunali tedeschi molto spesso altri e ben diversi canali di legittimazione: è stata assorbita nella più vasta problematica del principio della buona fede, al quale le corti germaniche attribuiscono ben presto una portata normativa autonoma; o è rifluita nel diritto positivo cristallizzandosi nella specifica disciplina dettata per reprimere tipiche ipotesi di comportamenti abusivi (come per esempio in materia societaria). Mi pare di poter concludere che il tentativo di far assurgere la problematica dell'abuso di diritto ad una vera e propria istituzione di diritto positivo non si è rivelato sul piano storico convincente. Nella realtà del diritto applicato la repressione dei comportamenti abusivi si è snodata per vie diverse da quelle apprestate dal legislatore del 1900» (*ibidem*, 381-382).

16 *Commissione reale per la riforma dei codici. Codice Civile. Secondo libro – Cose e diritti reali. Relazione*, Roma 1937, 24: «Ma più importante e nuova è un'altra limitazione imposta dal capoverso dell'articolo in esame, quella per cui il proprietario non può fare od imprendere opera alcuna che rechi molestia ad altri senza alcuna utilità propria. È

radigmi proprietari. *Dominium* fisiologicamente ‘diviso’ e limitato sul piano degli atti di godimento e di disposizione quello di età medievale e moderna¹⁷, assoluto e incompressibile quello uscito dalla Rivoluzione francese e scolpito nel *Code Civil Napoléon*.

Sono note le ragioni della decadenza e della ‘cassazione’ dai palinsesti codicistici ottocenteschi di un istituto che tanto credito aveva meritato e tanti ‘eminenti servigi’ aveva reso sino a tutta l’età moderna come canone ‘moralizzatore’ ed equitativo delle dinamiche dei rapporti proprietari di vicinato, rustico e urbano¹⁸. Insofferente nei confronti della tradizione autoritativa che Paolo Grossi ha tradotto in «armonia condizionante dell’ordine medievale»¹⁹, il giusnaturalismo si era impe-

il divieto dell’abuso di diritto introdotto espressamente nel codice in rapporto al diritto di proprietà, e che trova riscontro nel progetto del libro delle *Obbligazioni e contratti* in cui, nell’art. 74, si dispone che è “tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell’esercizio del proprio diritto, i limiti posti alla buona fede o dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto”. Dato assai significativo appare il particolare accento posto dal Relatore De Ruggiero sulla “novità” del principio contenuto nell’articolo in esame. Una “novità” che non può essere letta che in termini di “discontinuità” rispetto alla tradizione di diritto comune, privilegiando gli elementi oggettivi del comportamento sanzionato – mancanza di utilità propria – rispetto a quelli soggettivi e psicologici – la prova dell’*animus nocendi* –, che avevano caratterizzato l’istituto fra medioevo ed età moderna. Assai eloquenti, secondo questa chiave di lettura, si presentano i pareri dei così detti corpi consultivi al dettato dell’art. 25. Pareri nei quali, al di là di una valutazione generalmente positiva, si sottolinea proprio la “attualità” di una proposta del legislatore improntata al senso di civismo ed allo spirito solidaristico, che informano l’intero istituto dominicale».

17 Per tutti si v. P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Bari 1997, 237 ss.

18 M. ROTONDI, *L’abuso di diritto* – «Aemulatio», Padova 1979, 109.

19 P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in ID, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41), 21 ss., in specie 26: «Le definizioni della proprietà sono tutte costruite su schemi classici e fan leva sull’assolutezza, l’esclusività, l’indipendenza per puntualizzare la situazione soggettiva del *dominus fundi*, ma, se voltiamo appena questa pagina iniziale del discorso dei nostri giuristi, prendiamo coscienza di un itinerario logico e culturale che non nasce da quelle definizioni ma che ha invece un suo corso geneticamente e funzionalmente autonomo. Ci accorgiamo insomma che al di sotto delle definizioni esaltanti il *dominium* sta un sistema che non intende far perno sul *dominium*, che in quella situazione relativamente crede, che tende a valorizzare situazioni diverse dal *dominium* e a fondarsi su quelle. La

gnato a riplasmare le figure del diritto romano in base alle istanze dei secoli nuovi. Il processo di progressiva rarefazione e astrazione del dato giuridico dai percorsi della morale e della religione, filtrato attraverso il setaccio delle ideologie liberiste e fisiocratiche del Settecento illuminista e riformatore, segnò per la teorica dell'*aemulatio* un colpo mortale²⁰.

Il dettato dell'art. 544 del Codice Civile francese del 1804: «La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements» – al pari di quello dell' art. 436 del Codice Civile del Regno d'Italia del 1865²¹ – furono tuttavia intaccati sui versanti giurisprudenziale e dottrinale dall'affacciarsi già dalla metà del secolo di differenti declinazioni interpretative²².

definizione resta come a mezz'aria senza quasi contatti con il tessuto dell'esperienza, dove un radicale spostamento nell'attenzione dell'ordinamento conduce verso valori per buona parte estranei a quelle definizioni».

20 G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, in ID., *Filosofia del diritto privato*, Torino 1939, 49-51: «L'alleanza del diritto romano coi principi della scuola del diritto naturale segna il momento storico in cui il diritto privato diventa l'espressione riflessa e concreta delle dottrine elaborate dai giusnaturalisti, ai quali non parve possibile la riforma del diritto privato se non attraverso le forme tramandate del genio giuridico romano. Ma se rinascono le forme lo spirito che le anima è nuovo. Né può altrimenti spiegarsi il fatto in apparenza strano che il diritto romano poté servire alla causa della libertà e agli scopi dell'individualismo dopo esser stato per tutto il Medio Evo e nel periodo della formazione degli Stati moderni invocato contro la libertà individuale a favore del diritto dei principi e in appoggio dell'assolutismo... Senonché più che il diritto romano giustiniano noi vediamo nei secoli XVII e XVIII risorgere, per opera dei giusnaturalisti seguaci dell'indirizzo liberale e individualista, il diritto romano classico, prodotto mirabile dell'attività pretoria e giurisprudenziale che per lo spirito ed i caratteri che lo distinguevano meglio serviva alla riforma del diritto privato, quale le condizioni storiche, le esigenze logiche, le dottrine giuridiche dell'epoca moderna richiedevano».

21 *Codice Civile del Regno d'Italia* 1865, lib. II, tit. II, capo I, art. 436: «La proprietà è il diritto di godere e di disporre della cosa nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti».

22 F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., 364 s.: «È ben noto come dalla fine del sec. XIX la giurisprudenza francese, sotto la guida di un'unica corte di Cassazione, tenendosi lontana dalle sottili argomentazioni de l'école de l'exégèse, ha quasi sempre adottato un metodo pragmatico ed equitativo. Anche la giurisprudenza fa naturalmente riferimento ai testi legali, ma spesso non si tratta che di un'*elegantia iuris*: in

Pur non condividendo l'eccessivo rilievo attribuito dalla civilistica contemporanea alla pronuncia della Corte di Appello di Colmar del 2 maggio 1855, è innegabile che essa abbia dato voce a una significativa inversione di tendenza²³. Il caso di specie evoca una dimensione di vicinato urbano. Intervenendo nel merito di una lite sorta tra proprietari per la costruzione di un camino, le cui esorbitanti proporzioni palesavano come unico lo scopo di togliere luce al vicino, il giudice di Colmar riformò la decisione di primo grado. Laddove il tribunale non aveva individuato nella condotta del costruttore gli estremi di un abuso di diritto, la corte indicò – come ebbe a sottolineare Louis Josserand – un «limite infranchissable» nella tutela dei diritti soggettivi da parte dell'ordinamento giuridico²⁴. Un limite «représentée par la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime; notamment, elle n'admet pas qu'il puisse être guidé par le désir de nuire à ses voisins, désir illicite devant lequel cesse la protection de la justice»²⁵. Aggirando il silenzio della codificazione sia sul *genus* dell'abuso di diritto sia sulla *species* degli atti emulativi fra proprietari e poggiando sulle robuste dottrine sviluppate Oltralpe in tema d'*abus de droit* (dallo stesso Josserand e, con lui, da Jean Charmont e da Raymond Saleilles)²⁶, toccò alla prassi di individuare un canale di legitti-

realtà i giudici francesi si ispirano volentieri “pour résoudre les questions douteuses, de raisons de convenance et d'équité”, sicché, imponendosi sempre più rigorosamente il rispetto del precedente, la giurisprudenza viene a collocarsi a fianco delle formule legali come reale ulteriore fonte di diritto ed alla dottrina non resta che accettare il fatto compiuto».

23 F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., 364: «In Francia la nozione di *abus de droits* non ha mai avuto come tale un preteso riconoscimento in una norma del diritto positivo. Essa è stata piuttosto sviluppata liberamente dalla prassi dei tribunali, la quale dal celebre *leading case* della corte di appello di Colmar, ha trovato un canale di legittimazione testuale per tale sviluppo nella clausola generale del *neminem laedere*, di cui all'art. 1382 *Code civil*».

24 Colmar, 2 maggio 1855, in *Dalloz jurisprudence générale en matière civile commerciale et criminelle*, XXXI, 1856, 9. Le linee dello sviluppo della giurisprudenza francese nel XIX secolo sono state ripercorse da H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris 1950, 280 ss.

25 *Ibid.* L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, cit., 26-27.

26 Apertamente critico nei confronti di quella dottrina e manualistica francesi che hanno enfatizzato il ruolo della sentenza di Colmar è stato, più di recente, S. RODOTÀ,

mazione testuale nella clausola generale del *neminem laedere*, espressa dall'art. 1382 del *Code Civil*²⁷.

Mutatis mutandis, anche l'Italia post-unitaria ebbe le sue Colmar e una consentanea, robusta dottrina impegnata sul concretissimo fronte del disciplinamento delle acque²⁸. Ricche fonti di energia per l'economia agricola e proto-industriale dell'Italia centro-settentrionale, le acque fluviali e pluviali – *ab origine* “res omnium communes” – ben si prestavano a proiezioni equitative e a logiche solidariste che Gian Domenico Romagnosi sintetizzò nell'esigenza di una superiore «ragion civile». Una ‘ragione’ che indusse sin dal 1834 il futuro padre del codice di procedura penale a sostenere che: «se il diritto di proprietà come ogni altro sia basato sulla convivenza, nella necessità di ogni civile consorzio mai potrà essere esercitato *ad aemulationem*, essendo nei principi stessi del diritto implicita l'idea

La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica, in ID, *Il terribile diritto*, cit., 88, che ha ricordato come quel giudicato non era stato privo di precedenti nella giurisprudenza immediatamente successiva all'entrata in vigore del *Code civil*. Per apprezzare il significato innovatore della decisione *de qua*, occorrerebbe, pertanto, valutare che «le sentenze ricordate al fine di smentire la tesi della novità rappresentata dalla sentenza del 1855 sono state tutte pronunciate in anni piuttosto vicini a quello della promulgazione del *Code civil*, cioè in un periodo in cui i giudici erano ancora legati alla cultura dell'epoca precedente, caratterizzata proprio dalla presenza di un gran numero di temperamenti equitativi utilizzati in sede giudiziale, e potevano anche richiamare le sentenze pronunciate sotto l'*Ancien régime*. Questi dati, evidentemente, erano destinati a perdere progressivamente d'importanza man mano che ci si allontanava da quell'epoca e si determinava una più rigorosa interpretazione della disciplina della proprietà, derivante dalla accettazione del principio di stretta legalità ribadito dalla codificazione».

27 *Code civil des français*, l. III, tit. IV, chap. II, art. 1382: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

28 Una dottrina che trova un rappresentante emblematico nel civilista piemontese Sebastiano Gianzana (Avvocato patrocinante in Mortara), che nel suo poderoso saggio *Le acque nel diritto civile italiano*, Torino 1879, t. I, capo VIII della parte I, 832 ss., si diffonde sul nodo «Del potere conciliativo dell'autorità giudiziaria in materia d'acqua, e della repressione dell'emulazione». Sul Gianzana, che fu uno dei maggiori cultori della tematica delle acque di fine Ottocento e sull'influenza esercitata dal modello romagnosiano sulla sua produzione scientifica, si veda L. MOSCATI, *In materia di acque. Tra diritto comune e codificazione albertina*, Biblioteca della Rivista di storia del diritto italiano, 33, Roma 1993, 25, 31, 94, 116, 137.

dell'ordine e della morale e quindi è a ritenersi che tutte le leggi vietino l'atto emulativo a meno di un'espressa disposizione in contrario»²⁹.

Il tema era destinato a divenire 'caldo' nell'ultimo quarto del secolo, quando sul versante dottrinale videro la luce i trattati di Sebastiano Gianzana³⁰ e di Giacomo Giovanetti³¹, specialisti nel 'diritto delle acque' e saldi nell'affermare che la teorica repressiva dell'emulazione nuocesse alla convivenza sociale³². Con analoghe tensioni, due paradigmatiche sentenze di Cassazione condivisero la massima che non potesse un proprietario fare opere *usque ad aemulationem*, traendo argomento dal «purissimo fonte del gius comune»³³. Un diritto comune che stimati

29 G.D. ROMAGNOSI, *Trattato della ragion civile delle acque nella rurale economia*, Firenze 1834, libro I, cap. II, *Come nell'associazione territoriale civile moderar si possa il privato dominio non contrattuale su di una corrente naturale privata*, § IV, 258. Su questo filone dell'opera dell'ecclettico giurista emiliano (Salsomaggiore 1761 – Milano 1835) si vedano G. ASTUTI, *Il regime giuridico delle acque nel pensiero di Gian Domenico Romagnosi* (1961), ora in ID., *Tradizione romanistica e cultura giuridica europea: raccolta di scritti*, a cura di G. Diurni, Napoli, 1984, vol. II, 1251-1302 e, dello stesso A., *La concezione romagnosiana della ragion civile delle acque*, 1963, *ibidem*, 1305-1331; L. MOSCATI, *In materia di acque*, cit., *passim* e, *in specie*, 115-130. Per una bibliografia del Romagnosi, v. E. A. ALBERTONI, *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, Milano 1990, 1-138.

30 S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, cit., 832 ss.

31 G. GIOVANETTI, *Il regime delle acque. Tradotto ed arricchito con note dottrinali e di richiamo alle opere del Romagnosi per il Cav. G. Foschini*, Napoli 1883.

32 G. GIOVANETTI, *Il regime delle acque*, cit., 7: «L'illustre Romagnosi, la cui memoria io onoro come si deve onorare quella d'un maestro e di un amico, proclamava vivamente che il principio della proprietà debb'essere subordinato alla legge sociale ed alle esigenze comuni; che non bisogna confondere il dominio naturale, che non suppone alcun rapporto sociale, col dominio civile, che impone la necessità di tener conto di questi rapporti; che il dominio civile potrebbe essere definito il dominio naturale socialmente modificato, *contemperato*, secondo la necessità della vita comune, *della convivenza*; che obbedire alla legge della vita comune non è obbedire ad un altro uomo, ma alla necessità delle cose ed a noi stessi, e che la modificazione del principio non toglie il diritto, né lo cambia; essa gli dà una direzione confacente a tutti».

33 Cass. Firenze, 13 dicembre 1877, Sguanci contro Contini, in *Il Foro It.*, 1878, III, I, col. 481: «*Massima*. Gli atti di emulazione devono proibirsi anche sotto l'impero delle vigenti leggi. Sebbene l'art. 533 del codice autorizzi il comproprietario di un muro ad alzarlo senza il consenso dell'altro, tale facoltà non può esercitarsi per ispirito di emu-

civilisti come Carlo Lozzi³⁴ ed Enrico Cimbali³⁵ nei medesimi anni comprendevano, per continuità storica, fra i 'principi generali del diritto', deputati dall'art. 3 delle *Disposizioni preliminari* del primo Codice Civile unitario a soccorrere il giudice in caso di silenzio del legislatore³⁶.

lazione»; e Cass. Palermo, 20 febbraio 1878, in *Foro It.*, 1879, IV, I, col. 119: «*Massima*. L'esercizio del diritto di proprietà è limitato dalla necessità di evitare il danno altrui. È lecito al proprietario di fondi invasi dall'irrompere delle acque difendersi anche con danno dei vicini, ma solamente in caso di forza maggiore e quando non vi sia altro mezzo di difesa. Il proprietario pertanto, che sia danneggiato dal proprietario limitrofo per la costruzione di ripari che abbiano alterato il corso delle acque, ha diritto di agire contro di lui per il risarcimento dei danni e la restituzione delle acque nel pristino corso. Non può un proprietario far opere *usque ad aemulationem*».

34 C. LOZZI, *Introduzione al Codice Civile e al diritto internazionale privato: saggio teorico e pratico*, Venezia 1880, 148: «Riferendoci a ciò che abbiamo detto intorno al modo di interpretare le leggi in generale, ed in ispecie all'equità, aggiungeremo solo, che questa secondo il gius romano, e più ancora secondo il gius comune, doveva sempre avere la prevalenza nel regolare e indirizzare a vantaggio comune i rapporti nascenti dalla società, dalla comunione, dal condominio, dal vicinato, dalla situazione de' luoghi e simili».

35 E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in *Archivio Giuridico*, XXIV, 1880, 150-151: «La prima serie di limitazioni al diritto di proprietà consiste nel divieto fatto al proprietario di recare, nell'esercizio del diritto proprio, pregiudizio alcuno alla proprietà altrui... *Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*. Questo principio, sebbene tutti non lo facciano rilevare con la medesima chiarezza, è ammesso generalmente dagli scrittori. Ma se il proprietario di una cosa, pur usando della sua proprietà, compie degli atti rivolti unicamente a recare pregiudizio alla proprietà del vicino, senza che egli ne ricavi profitto alcuno, può essere impedito in siffatte operazioni, e nel caso che già le abbia compiute può essere obbligato a distruggere le opere nocive e a risarcire i danni arrecati? Il Laurent decide che sì, e noi conveniamo pienamente con lui, poiché il diritto è una funzione ordinata, la quale, quando non si esercita conforme al fine cui è diretta, perde il carattere della sua legittimità. L'adagio tanto abusato: *unusquisque est rei suae moderator et arbiter* bisogna subordinarlo sempre all'altro non meno importante: *malitiis hominum non est indulgendum*».

36 *Codice Civile per il Regno d'Italia 1865, Disposizioni preliminari*, art. 3 (*Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale*): «Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe; ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali del diritto».

È un siffatto clima, apertamente derogatorio rispetto a una rigorosa esegesi delle logiche e del regime proprietario disegnato dal Codice Civile, a segnare la discesa in campo di Vittorio Scialoja. I suoi molteplici contributi al dibattito *de quo* confluirono nell'articolata voce *Aemulatio*, che il Maestro redasse nel 1892 per l'*Enciclopedia Italiana*³⁷. In quella, che è stata definita «una autentica monografia di diritto comune»³⁸, la voce dello Scialoja, allora trentenne ordinario di diritto romano alla Sapienza, si levò a controbattere gli argomenti dei non pochi e non poco autorevoli sostenitori dell'esistenza del divieto di atti di emulazione quale principio generale sotteso alla 'lettera' della codificazione civilistica. «Tale affermazione – egli scrive – si suol fare in due modi: affermando cioè che nel diritto romano, fonte delle moderne legislazioni, era scritta la proibizione, e sostenendo che l'equità deve portarci alla proibizione stessa»³⁹. Argomenti entrambi che intese confutare dalle fondamenta, affermando l'estraneità del divieto alla disciplina romanistica del *dominium*. Ne dedusse che *de iure condito* l'emulazione non era di per sé vietata: talora comportamenti ad essa riconducibili risultavano illeciti, ma solo in quanto si sostanziassero specificamente in condotte vietate da norme di legge⁴⁰. Era il caso testimoniato, per la Francia, dal capillare

37 V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, in *Enc. Giur. it. Esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza*, sotto la direzione di P.S. Mancini, Vicedirettore E. Pessina, I/II, Milano 1912, 426 ss., ora in ID., *Studi giuridici*, III. *Diritto privato*, prima parte, Roma 1932 (Ius, VII), 216-259.

38 P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 Polacco versus Simoncelli)*, 1989, ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1988, 38.

39 V. SCIALOJA, *Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti (Nota alla sentenza 13 dicembre 1877 della Corte di cassazione di Firenze...*, in *Foro It.*, 1878, III, I, col. 481), ora in ID., *Studi giuridici*, cit., 194-206.

40 V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 252: «Non è difficile trarre la conclusione generale da questa disamina delle disposizioni del nostro Codice Civile. L'emulazione non vi è mai proibita, come tale. In generale il proprietario può compiere sulla cosa propria tutti gli atti non vietati dalle leggi o dai regolamenti, senza che altri abbia diritto di riscontrare se siano atti vantaggiosi o no, se siano fatti con questa o quella intenzione. Quando invece sia il caso di un conflitto di diritti, come p. es. quando si tratti dei rapporti dei condomini tra loro, gli atti di chi ha un diritto non possono essere fatti con danno o incomodo dell'altro avente diritto e senza utile di chi li compie... In materia d'acqua finalmente vige lo speciale principio, che ogni proprietario non solo non può

disciplinamento delle servitù legali urbane e rustiche⁴¹ e, per l'Italia pre e post-unitaria, dallo 'speciale' regime delle acque.

Osservazioni *stricto iure* rigorose e ineccepibili, queste scialojane, pur se scarsamente lungimiranti nel sottovalutare le ineludibili esigenze di rivalutazione e riqualificazione che la Rivoluzione Industriale e, di lì a pochi decenni, il Primo Conflitto Mondiale avrebbero impresso al paradigma proprietario codificato.

3. Le origini: un problema sopravvalutato

Destinata a vita lunga fu, invece, la concentrazione degli studi di versante sia storico che giuspositivistico sul tema delle origini del divieto *de quo*, che catalizzò l'attenzione di sostenitori e di detrattori⁴². In linea con l'analisi scialojana, risulta acquisito come il termine *aemulatio* rivesta nella legislazione e nella giurisprudenza romane un significato assai diverso da quello di illecito o abusivo esercizio di un diritto. Il sostantivo ricorre in due soli luoghi della compilazione giustiniana: un frammento di Emilio Macro del titolo *de operibus publicis* del Digesto (D. 50.10.3) e una costituzione di Valente, Graziano e Valentiniano del 376 d. C. rifluita nel *Codex* al titolo *de apparitoribus praefecti annonae* (C. 12.58[59].1). Nel primo contesto il giureconsulto – urbanista *ante*

fare atti a se stesso inutili e nocivi al vicino, ma deve concedere a questo la facoltà di compiere quegli atti che gli siano utili e non rechino danno al concedente».

41 Come è stato osservato «è questa d'altronde la ragione per la quale in questa materia, a differenza di quanto prevalentemente accadde, il *Code civil* (e poi il nostro Codice del 1865) attinse alla tradizione del diritto consuetudinario piuttosto che a quella del diritto comune; tanto più che nel nuovo sistema delle fonti desumere le regole, restrittive delle prerogative proprietarie, da un principio generale, come quello del divieto degli atti emulativi, sarebbe stato in contrasto con l'affermazione della libertà del proprietario come principio generale, che è uno dei massimi postulati del *Code*. Al divieto di *aemulatio* si sotituisce, quindi, la rete delle "servitù legali"» (*Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, in *Il Codice Civile*. Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano 1994, 129). Caposcuola in Francia di questo indirizzo è Charles Demolombe, con il suo denso *Traité des servitudes*, Paris, 1872, assai apprezzato dallo stesso Scialoja (voce *Aemulatio*, cit., 244).

42 Rinvio alle osservazioni in merito sviluppate in N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 40 ss.

*litteram*⁴³ – circostanza la perfetta libertà dei privati di costruire *opera nova* – di utilità e abbellimento per la città – senza necessità di autorizzazione da parte del principe. Alla regola fanno eccezione gli edifici innalzati *ad aemulationem alterius civitatis*, quelli che suscitino condotte sediziose ovvero insistano nelle vicinanze di circhi, teatri e anfiteatri⁴⁴. Nel secondo, gli imperatori proibiscono l'intrudersi degli addetti di un comparto amministrativo in affari pertinenti a diverso ufficio, al fine – *aemulatione secreta* – di eliminare confusione e conflitti⁴⁵. In entrambi i casi il significato di *aemulatio* corrisponde a quello a-tecnico di 'gara'.

Passando dal piano terminologico a quello del diritto sostanziale – se cioè il diritto romano conoscesse una reazione dell'ordinamento giuridico nei confronti dei comportamenti abusivi di diritto o, almeno, conoscesse la *species* del divieto di atti emulativi – appare evidente come l'approccio dello Scialoja abbia condizionato il dibattito scientifico successivo e 'ingessato' i percorsi argomentativi. Percorsi che la dottrina romanistica ha costretto entro i confini, angusti, di un contraddittorio fra testi «che si vorrebbero addurre a prova del divieto dell'emulazio-

43 Sull'opera di Emilio Macro, giureconsulto vissuto a cavallo tra II e III secolo, v. F. SCHULZ, *Geschichte des römischen Recht Wissenschaft*, Weimar 1961, 232, 319, 323, 330 e W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967, 256 s. I frammenti degli scritti macrini rifluiti nel Digesto, principalmente concernenti il diritto pubblico, testimoniano del principale interesse del giurista, probabilmente anche in veste di funzionario o di membro della cancelleria imperiale. Sul rilievo della costituzione *de qua* in materia di politica edilizia dell'Impero, si veda ora M. RAINER, *Politica edilizia diocleziana in nord Africa*, in *Index. Quaderni di studi romanistici*, XX, 1992, 562-563; M. D. BLECHER, *Aspects of privacy in the civil law*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLIII, 1975, 287-288.

44 D. 50.10.3 *pr.* (Macer 2 *de off. praesid.*): *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditionis praebeat vel circum theatrum vel amphitheatrum sit.*

45 C.Th. 1.6.7 (Imp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Rufinum Praefectum Praetorio): *Neque tamen apparitoribus urbanae praefecturae annonarium officium inseratur, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur*, così rifluita in C. 12.58(59).1 (Imp. Valens, Gratianus et Valentinianus AAA. ad Rufinum Praefectum Praetorio): *Apparitores urbanae praefecturae annonario officio se non inserant, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur.*

ne» e «testi che chiaramente confermano il principio contrario a quel divieto»⁴⁶. Rinviando ai paragrafi successivi la disamina di alcune delle *sedes materiae* dalle quali la scienza giuridica medievale trasse argomenti ‘letterali’ e ‘razionali’ per elaborare un’organica dottrina del divieto degli atti di emulazione, basti ora rappresentare i tre orientamenti che divisero la romanistica otto-novecentesca. L’uno escludente che il divieto avesse mai avuto cittadinanza in quell’ordinamento⁴⁷, l’altro favorevole ad ammetterne la rilevanza sin dall’età classica⁴⁸, il terzo incline a riconoscerne l’operatività solo in casi di specie normati, ovvero solo nell’ambito cronologico dell’esperienza giustiniana⁴⁹.

Non diversamente, sul versante della storiografia giuridica italianistica – ove il tema non è peraltro mai stato di punta – hanno pesato fino

46 V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 236.

47 Si v., per tutti, la posizione di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1978, 180. Per un elenco di autori che si mossero sulla stessa linea dell’Arangio-Ruiz si rinvia a N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 32 n. 90. Tra quelle citate meritano una menzione le posizioni di Silvo Perozzi, dall’Autore già messe a punto nel fondamentale saggio *Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, 1894, ora in ID., *Scritti giuridici*, a cura di U. Brasiello, Milano 1948, 369 ss.

48 N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 34 n. 94. In particolare, S. RICCOBONO, *La teoria dell’abuso di diritto nella dottrina romana*, in *BIDR*, n. s., V, 1939, 42, conclude: «Si può con soddisfazione constatare che il risultato di questo studio nei punti essenziali coincide con quello del collega Kreller... Anche il Kreller, infatti, riconosce nel diritto classico e già nel diritto della Repubblica i germi del divieto di atti emulativi. Il fr. 38, D. 6.1 di Celso e la costituzione di Antonino Pio, Gai. I.51, sono le manifestazioni più notevoli dello sviluppo dell’istituto. Questo è un risultato rimarchevole; in confronto alla negazione assoluta che aveva dominato nella dottrina dal tempo degli Umanisti alla scuola storica del sec. XIX, dal Cujacio allo Scialoja. La soluzione del problema è semplice, anzi quella comune, che ha nell’opera di Gaio molto rilievo. Cioè, il sistema del *ius civile* non lasciava adito a limitazioni di sorta nell’esercizio del diritto; invece il divieto fu attuato dai magistrati, specialmente dal pretore, con tutti i vari mezzi, dall’*exceptio doli* all’*actio de dolo*, dagli interdetti alle *actiones utiles*».

49 Tra questi B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano (Diritto privato giustiniano)*, Torino 1926, 184-195; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1942, §§ 79 e 110; G. LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, Messina 1953, 82; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1956, 259-263; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1993, 332-335; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino 1997, 297-299.

ad anni recenti l'autorevolezza e la supposta esaustività delle indagini esegetiche compiute dallo Scialoja per l'età di mezzo⁵⁰. Una storiografia – non va taciuto – al cui interno il filone manualistico perse l'impostazione tecnica che ne aveva segnato il legame privilegiato con le Facoltà di Giurisprudenza con la fine del Secondo Conflitto Mondiale⁵¹. Essa fu, pertanto, solo marginalmente toccata dal dibattito istituzionale e dal mutamento ideologico che precedettero l'ingresso degli atti *ad aemulationem* nel Codice Civile del 1942. Fra le poche degne di nota per originalità di impostazione appaiono le riflessioni sviluppate nel 1915 da Francesco Schupfer nel suo ormai classico affresco dedicato al diritto privato dei popoli germanici⁵². A margine della puntuale *species* delle limitazioni derivanti al diritto di proprietà dall'incidenza dei rapporti di vicinato, lo studioso ebbe a osservare come esse discendessero naturalmente dalla concezione collettivistica della proprietà germanica. Generalmente rimaste al livello di usi, siffatte limitazioni si tradussero nel caso delle consuetudini longobardo-franche consolidate nel *Liber Legis Langobardorum* in regole scritte, che riguardavano, fra gli altri, il c.d. diritto dell'aratro, i rami sporgenti e i frutti caduchi, le costruzioni e, in genere, il diritto di uso⁵³. Un bacino normativo cui, molti secoli dopo,

50 N. SARTI, *Inter vicini*, cit., 43: «La pesante eredità del giurista subalpino è riconducibile, sotto il profilo *de quo*, a due invincibili convincimenti, destinati a superare, indenni, il traguardo del secolo: l'uno, formale, assiso sull'indiscusso valore scientifico e sull'esaustività dell'indagine esegetica e delle conclusioni dogmatiche – da più parti definite “magistrali” – avanzate per l'età di mezzo; l'altro, sostanziale, adombrante una valutazione largamente negativa sulla qualità e l'originalità del *modus argumentandi* di Bartolisti e di consiliatori».

51 Un distacco, questo, le cui valenze negative non sono sfuggite ad E. CORTESE, *Esperienza scientifica. Storia del diritto italiano*, VIII, Milano 1982, 800: «Negli anni immediatamente successivi al '45 sembrò che l'ispirazione idealistica, crociana fosse destinata a incidere profondamente sulla storiografia giuridica... Significava, insomma, nella valutazione della storia del diritto, porre l'accento sempre più sulla storia e sempre meno sul diritto: in sé cosa giustissima finché si trattava di reagire a precedenti modi di vedere, ma alla lunga pericolosa perché poteva agevolare un distacco della disciplina dalla tecnica dei giuristi e quindi sminuirne la funzionalità nel quadro delle Facoltà di Giurisprudenza».

52 F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, 3 *Possessi e dominii*, 2ª ed. notevolmente ampliata, Città di Castello-Roma 1915.

53 V. *ibid.*, 180.

ebbe ad attingere il legislatore napoleonico per la costruzione della categoria delle servitù, laddove la contrazione della proprietà poggia su due elementi: la contiguità fra fondi urbani o rustici e l'utilità del fondo servente rispetto al fondo servito⁵⁴.

Due le disposizioni – appartenenti all'ambito dei diritti di pascolo e di passaggio – apparse emblematiche della condanna di qualsivoglia declinazione antisociale della proprietà fondiaria: il cap. 358 di Rotari, che stabiliva nessuno dovesse negare l'erba ai viandanti⁵⁵ e il capitolare 14 “de iterantibus” di Carlo Magno, che garantiva, nei tempi calamitosi della chiamata alle armi, la facoltà di sfamare il proprio destriero nel campo altrui⁵⁶. Un'influenza, questa esercitata dalla c.d. funzione sociale della proprietà collettiva germanica, ormai ampiamente ridimensionata⁵⁷. Come ha sottolineato Guido Astuti dalle pagine dell'*Enciclopedia del diritto*, essa riposa esclusivamente sulla fragile testimonianza di un manipolo di disposizioni delle leggi barbariche d'Occidente molto probabilmente modellate su alcuni passi delle Sacre Scritture⁵⁸. Passi ai quali i compilatori si ispirarono per la soddisfazione e la tutela di esigen-

54 Critico, tra tanti, sul ricorrente atteggiamento, M. CARVALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo. I. L'età romano-barbarica*, Ius nostrum, 14, Milano 1969, 5-6.

55 *Liber Legis Langobardorum Papiensis*, edente A. Boretio i.cto, in *Monumenta Germaniae Historica, Legum* t. IV, Hannoverae 1868, 384: «Roth. 358. Nulli sit licentia iterantibus herbam negare, excepto prato intacto tempore suo aut messe. Post fenum autem aut fruges collectas tantum vendices cuius terra est, quantum cum clausura sua potest defendere...».

56 *Liber Legis Langobardorum Papiensis*, cit., 486-487: «Karol. M. 14. De iterantibus, qui ad palatium aut alicubi pergunt: ut eos cum collecta nemo ausus sit adsalire. Et nemo herbam alterius tempore defensionis tollere presumat, nisi in hostem pergendo aut missus noster sit; et qui aliter facere praesumpserit, emendet».

57 G. ASTUTI, voce *Atti emulativi (dir. inter.)*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano 1959, 29.

58 N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 67: «Una sopravvalutazione storiografica cui va accomunata, nel giudizio astutiano, l'eccessiva incidenza attribuita alle idealità della religione cristiana, poiché è superfluo ricordare che il divieto di questi atti si ispira ad un principio che i teologi direbbero di morale naturale, cioè di quella *naturalis ratio* o *aequitas* che, se assume certamente maggior rilievo nella concezione cristiana e canonica come fondamento – per disposizione divina – d'ogni ordine giuridico, non era stata tuttavia ignota alla filosofia antica ed al pensiero della giurisprudenza romana».

ze primarie, mentre al contempo scrivevano norme rigorose a tutela dei possessi fondiari e delle colture agrarie⁵⁹.

Per concludere e in estrema sintesi, gli storici del diritto nel ricostruire i percorsi dell'elaborazione teorica e dell'affermazione pratica dell'*ae-mulatio* hanno spesso valutato fonti normative e dottrinali eterogenee, estranee ai termini tecnici del comportamento vietato. Ne è scaturita confusione tra principi e problemi diversi, quali le teorie sull'abuso di diritto e quelle sui limiti della proprietà privata. Confusione, quest'ultima, non ancora completamente risolta.

4. La scienza giuridica pre-accursiana

È ormai acquisito in dottrina che la teorica del divieto di emulazione sia stata originalmente costruita dagli interpreti dell'età di mezzo sulle fondamenta di un manipolo di frammenti giustiniani. In essi i *legum doctores* trovarono avalli 'letterali', attinsero processi logici e linguaggio rigoroso, nella convinzione che le fonti normative fossero 'contenitori' suscettibili a evolversi nella direzione del divenire storico. Dalla loro 'lettura' estensiva e creativa crebbe gradualmente una figura giuridica nuova: una limitazione specifica della *potestas dominica* circostanziata dalla volontà malevola del *dominus* di arrecare un inutile nocumento al proprio vicino⁶⁰. Due requisiti, l'uno soggettivo l'altro oggettivo, e un contesto, i rapporti di vicinato, che – con tutta evidenza – non trovano riscontro negli elementari divieti elevati da alcune normative germaniche nei confronti dei proprietari di fondi rustici. Divieti cui si è già fatto cenno, bilanciati dall'opportunità di garantire generici diritti di pascolo e di passaggio agli *iterantes*, i viandanti per necessità o per oneri di milizia protagonisti di quelle stagioni ancora in parte nomadi e guerriere.

Procedendo per quadri, giova segnalare che una embrionale individuazione delle dinamiche argomentative del divieto di atti emulativi è apparsa riconducibile alla pulsante realtà dell'esegesi pre-accursiana. Sarebbe ben più che azzardato avanzare ipotesi alla luce della presen-

59 G. ASTUTI, voce *Atti emulativi*, cit., 30.

60 Per una analisi critica delle fonti normative altomedievali e della dottrina preaccursiana, si rinvia nel dettaglio a N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 99 ss.

za nella risalentissima *summa* al Codice *Perusina* delle rozze sintesi di C. 3.34 (*de servitutibus et aqua*), 11⁶¹ e di C. 8.10 (*de aedificiis privatis*), 10⁶²: costituzioni entrambe destinate a fornire importanti agganci testuali al più tardo dibattito di scuola bolognese, disponendo l'una il divieto di transitare sul fondo del vicino non gravato da servitù di passaggio⁶³, l'altra che nelle province fosse consentito di recintare terreni e altri luoghi di proprietà⁶⁴. In forma non meno sfumata e opinabile una glossa di Irnerio al frammento celsino *In fundo alieno* del tit. *de rei vindicatione* (D. 6.1.38)⁶⁵, analizzando le conseguenze dell'evizione subita dall'incauto acquirente di un edificio, laddove precisa che i diritti

61 V. *Annotationes Codicum domini Justiniani (Summa Perusina)*, edente F. Patetta, in *BIDR*, XII, 1900, lib. III, tit. XXXI (*de servitutibus et aqua*), l. 11, 85: «*Idem a. et c. Aurelio*. Per agrum alienum, si servitatem non debet, ire vel agere vicini non licet».

62 *Annotationes*, cit., lib. VI, tit. X (*de aedificiis*), l. 10, 261: «*Lex 10. Imper. Honorius et Theodosius aa. Molaxio pp.* Muralia deserta per provincias si quis edificare voluerit, liceat».

63 C. 3.34.11 (*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio*): «Per agrum quidem alienum, qui servitatem non debet, ire vel agere vicino minime licet: uti autem via publica nemo recte prohibetur». Questa costituzione del 294, insieme alle altre del medesimo titolo *de servitutibus et aqua* del *Codex* giustiniano, può essere annoverata tra quei testi che, secondo V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 236, confermano chiaramente il principio contrario al divieto di uso emulativo del diritto di proprietà.

64 C. 8.10.10 (*Imp. Honorius et Theodosius AA. Monaxio pp.*): Per provincias Mesopotamiam Osroenam Euphratensem Syriam secundam Phoenicen Libanensem Ciliciam secundam utramque Armeniam utramque Cappadociam Pontum Polemoniacum atque Hellenopontum, ubi magis hoc desideratur, ceterasque provincias cunctis volentibus permittatur murali ambitu fundos proprios seu loca sui domini constituta vallare.

65 D. 6.1.38 (Cels. 3 *digest.*): In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

dell'evitto sono circoscritti alla facoltà di *tollere* le migliorie apportate e accedenti all'immobile, incoraggia a presumere – ma è ben lungi dal dimostrare – che la *Lucerna Iuris* estendesse al *ius tollendi* il limite equitativo per il quale «neque malitiis indulgendum est» – è vietato indulgere in condotte maliziose⁶⁶.

Solo nelle più tarde e articolate sillogi del Piacentino (m. 1192), di Pillio da Medicina (m. 1207...), e di Azzone (m. 1220...) – ove in buona sostanza è rappresentata la varietà delle opzioni esegetiche che, a cavallo fra XII e XIII secolo, precedettero la 'serrata' della Glossa Ordinaria – è dato cogliere testimonianze meno equivoche dell'attenzione che i glossatori delle prime generazioni dedicarono al tema della latitudine delle prerogative dominicali. Più d'uno gli spunti offerti dall'esegesi piacentiniana che riassumendo il tit. *de servitutibus et aqua* (C. 3.34), utilizza la parafrasi: «ut pomun liceat in alieno decerpere, et spaciari et coenare, servitus non constituitur»⁶⁷. La facoltà di entrare nel fondo altrui per cogliere un frutto e sostarvi il tempo necessario a mangiarlo esula, infatti, dai 'notissimi termini' del rapporto reale di servitù, che presume com'è noto la perpetuità del gravame, la contiguità e il vantaggio del fondo servito. Il contesto rappresentato dal glossatore emiliano è con

66 Due glosse di sigla irneriana da cui è possibile trarre spunti di interesse. *In primis*, la breve gl. «*rebus ablatis*» che recita: «Quo scilicet casu dictum est sufficere permitti ei tollere», quasi a ribadire cautelativamente i limiti del *ius tollendi* esercitabile dal possessore in buona fede della *res evicta*, precludendo al *neque malitiis indulgendum est*, che segue nel testo celsino. Assai circostanziata sul contenuto del frammento, pur non valutando specificamente il passaggio in esame, appare, invece la più lunga e articolata gl. «*in fundo*»: «Possessor et fructus prestat quos percipit vel percipere potuit extimato eo tempore quo percipere potuerit: Sed sunt fructus quos oportet possessorum lucrari, qui et ipsi prosunt interdum petitori ad impensarum compensationem. E contra servantur possessori sumptus vero sive reddantur quo ad preciosior res facta est sive tollere eos permittatur seu tantum ei datur quantum habiturus est his rebus ablatis. Sed quedam impense, ut in puerum facte, non servantur nisi per compensationem fructuum ex impuberis artificio verbi gratia preceptorum. Item, cum extimacionem rei prestat, consequatur rei dominium vel actionem eo nomine, sive directa ei cedatur sive utilis detur non tantum ut et evictio ei prestetur, sed denegatur actio his qui dolo faciunt». (v. E. BESTA, *L'opera d'Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano*, II. *Glosse inedite d'Irnerio al «Digestum vetus»*, Torino 1896, ad loca, 83).

67 PLACENTINI, *Summa Codicis*, tit. *de servitutibus et aqua* (C. 3.34), Moguntiae, 1536 (rist. anast. Torino, 1962), f. 117.

evidenza diverso. Vi risuonano gli stessi ammonimenti biblici incontrati in alcuni *capitula* del *Liber pavese*: «Quando entrerai tra il frumento del tuo prossimo, potrai cogliere spighe con la tua mano. Ma non agiterai la falce nel frumento del tuo prossimo» (*Deut.* 23.24-25)⁶⁸. Difficile non leggervi una condanna nei confronti di un uso iniquo e immorale del diritto di proprietà, fuor di metafora di un 'abuso'.

E c'è di più.

Passando in rassegna facoltà e oneri dei privati proprietari di immobili, il Piacentino annovera fra le prime la facoltà di erigere nell'ambito dei *dominia* provinciali castelli e fortezze (C. 8.10), con l'unico vincolo «ut ad aemulationem non fiat, nec materiam seditiois praebeat»⁶⁹. Non può sfuggire l'agile intuizione interpretativa con la quale il glossatore estende il limite *ad aemulationem* – motivato da non generalizzabili esigenze di polizia edilizia urbana – alla fattispecie privatistica di chi costruisce *in proprio*, ancorché si tratti di edifici fortificati⁷⁰. Intuizione, questa, che denota una precoce consapevolezza della necessità di reprimere ogni esercizio del diritto non conforme ad *aequitas* e *civilitas*, eventualmente elevando – ed è questo il caso – a principi di genere nor-

68 V. *L'Antico Testamento tradotto dai testi originali e commentato*, in *La Sacra Bibbia tradotta da testi originali e commentata*, a cura e sotto la direzione di S. Garofalo, Torino 1961, *ad loca*.

69 PLACENTINI, *Summa Codicis* cit., tit. *De aedificiis privatiis* (C. 8.10), f. 324 : «Permittitur loca plene et prorsus nostra valere mirabili hambutu circumdare: ita tamen, ut modum usitatum altitudinis non excedamus, ut C. eodem lege. Sed permittitur castrum facere, ita tamen ut ad aemulationem non fiat, nec materiam seditiois praebeat, ut C. eodem, l. Per [provincias] [C. 8.10.10], et ff. de operibus publicis, l. III [D. 50.10.3]». Sull'opinione del Piacentino si veda G. VISMARA, *La disciplina giuridica del castello medievale: sec. 6.-13.*, Romae 1972, 85.

70 Sulla funzione politica del castello e delle fortificazioni medievali nonché sulla loro disciplina giuridica, che li vide di volta in volta intesi dalla dottrina vuoi come edifici, vuoi come oggetto di rapporti giuridici, vuoi come centri di giurisdizione, oltre alla citata, classica opera di G. VISMARA (v. n. preced.), v., per il versante della storia delle istituzioni, fra tanti, F. CUSIN, *Per la storia del castello medievale*, in *RSI*, V, 1939, 529 ss.; G. FASOLI, *Le incursioni ungarie in Europa nel secolo X*, Firenze 1945; P. DU COLOMBIER, *Le château de France: son histoire, sa vie, ses habitants*, Paris 1960; J. LEVRON, *Le château fort et la vie au moyen âge*, Paris 1963; A. CAVANNA, *Fara sala arimannia nella storia di un vico longobardo*, in *Studi di storia del diritto. Pubblicazioni della Università degli Studi di Milano*, 3, Milano 1967.

mative romanistiche di specie. Consapevolezza che trova ancor più chiara formulazione poco oltre nel medesimo titolo, laddove, ulteriormente sondando i confini del *ius aedificandi*, il Piacentino riproduce la scultorea affermazione pseudo-ulpiana: «prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur» (D. 39.3.1.11)⁷¹, con una diversa formula di sapore tutto medievale: «sibi enim quisque, ut tamen alii non noceat, studiose permittitur prospicere»⁷².

Con largo anticipo rispetto al traguardo accursiano, egli allega una folta schiera di frammenti giustiniani denunciando una salda padronanza delle tecniche e delle dinamiche argomentative della nuova figura giuridica⁷³.

Al solco piacentiniano è da ricondurre la *lectura* dell'allievo Pillio da Medicina al titolo *de fundis limitrophis* dei *Tres Libri Codicis* (C. 11.60), dove il glossatore inferisce da Giustiniano la regola che solo nei confronti dei fondi situati sul confine orientale dell'Impero sia configurata, per ovvie esigenze di sicurezza, una oggettiva limitazione del *ius aedificandi*⁷⁴. Diversamente, il medicinese osserva: «cum quotidie construantur

71 D. 39.3.1.11 (Ulp. 53 *ad edict.*): «Idem aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri».

72 PLACENTINI, *Summa Codicis*, loc. cit., ed. cit., f. 384: «Vetamur in alieno aedificare. Sed si non noceamus, vel si alias sine nocendi proposito fontem prorsus vicini in nostro fodiens avertimus, vel aedificantes vicino penitus lucem auferimus. Sibi enim quisque, ut tamen alii non noceat, studiose permittitur prospicere, ut ff. de damno infecto, l. Fluminum. § ultimo [D. 39.2.24.12] et de aqua pluvia, l. 1 [D. 39.3.1.11] et ff. de regulis iuris, l. Domum [D. 50. 17.61]».

73 Espunti dalla dottrina romanistica in materia di divieto degli atti emulativi perché testimonianti, *sub specie sua*, dell'opposto principio «nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur», tutti i frammenti allegati da Piacentino offrono, peraltro, sostanziosi appigli testuali alle costruzioni magistrali degli interpreti del diritto comune, come documentato in N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 147 ss.

74 PILEI MEDICINENSIS, *Summa Trium Librorum*, tit. *de fundis limitrophis et terris et paludibus et pascuis limitaneis vel castellorum* (C. 11.60), in AZONIS, *Summa super Codicem*, Papiæ 1506 (rist. anast. Augustae Taurinorum 1966), f. 445: «Sed cum castellorum loca equis passibus ambulant cum predictis fundis, ut quicumque inveniatur ea possidere qui non sunt milites castellani vero solum cadant. Sed capitali sententia cum bonorum publicatione plectantur illis enim tantum licet tentoria castellorum

castella, cunctisque liceat sua loca mirabili [murali] ambitu vallare», salvo che ciò avvenga *ad aemulationem alterius civitatis* o la fortificazione si trovi nelle vicinanze di edifici pubblici⁷⁵. Un'opzione esegetica, questa pilliana, condivisa anche da Azzone nella magistrale *Summa* al Codice laddove, peraltro, l'espresso divieto di edificare con l'unico e pernicioso obiettivo di fomentare sterili rivalità inter-cittadine rimane circoscritto all'ambito di non generalizzabili fattispecie pubblicistiche⁷⁶ e convive

possidere quibus sunt ascripti. Et de quibus iudicavit antiquitas...quod de limitaneis castris credo intelligendum ne secus intelligendum videatur absurdum». In merito, v. G. VISMARA, *La disciplina giuridica*, cit., 80-81.

75 PILEI MEDICINENSIS, *Summa Trium Librorum* cit., loc. cit., f. 445: «Cum quotidie construantur castella cunctisque liceat sua loca mirabili ambitu vallare, ut C. de edificiis privatis, l. Per provincias [C. 8.10.10], nisi ad emulationem civitatis id fieret vel circa theatrum publicum constructio talis fieret, ut ff. de operibus publicis, l. Opus [D. 50.10.3]». Di qualche interesse – e meritevole, a giudizio della scrivente, di essere inserita nel novero degli spunti argomentativi in tema di litigiosità tra vicini sviluppati, o anche solo accennati, dalla giurisprudenza preaccursiana – si è rivelata la sintesi pilliana al tit. *de studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae* (C. 11.19[18]). Laddove la costituzione di Teodosio e Valentiniano dell'anno 425 disponeva, al § 4., misure atte a garantire una tranquilla e proficua vicinanza tra *magistri* e rispettive *scholae*, il glossatore medicinese, con evidente sforzo di attualizzazione, chiosa: «Singularis autem magistri debent loca propria deputari qui inter se distantiam aliquam habeant. Ne discipuli sibi invicem obstrepere valeant. Vel magistri. Neve linguarum confusio commixta vel locum aures quorundam vel mentes a studio litterarum avertat, ut C. eodem titulo» (PILEI MEDICINENSIS, *Summa Trium Librorum*, cit., loc. ult. cit., f. 430). Pur se lontana da fattispecie in qualche modo riconducibili alla figura del comportamento emulativo, la *summa* pilliana al titolo *de quo* – testimone, peraltro, di un'acuta sensibilità del Maestro in tema di rivalità fra *legum doctores* – individua una *sedes materiae* che, totalmente estranea al dibattito romanistico sul divieto *ad aemulationem*, fu destinata ad incontrare qualche fortuna tra gli interpreti tre-quattrocenteschi. N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 114 n. 57.

76 La *Lectura Codicis* azzoniana, a differenza della *Summa*, non si dilunga su contenuti e valenze della più volte citata costituzione *Per provincias* (C. 8.10.10), limitandosi ad illustrare la fattispecie normativa con un esempio: «Per provincias. Murali ambitu. Sicut dicitur fieri in ianua» (AZONIS, *Ad singulas leges XII librorum Codicis*, tit. *de edificiis privatis*, l. *Per provincias*, Parisiis 1577 [rist. anast. 1966], f. 624). Più che alla cinta muraria genovese costruita dal Barbarossa nel 1155 – avvenimento troppo distante per essere efficacemente richiamato in una *lectura* scolastica – è plausibile che Azzone faccia riferimento ai ben noti rapporti tra dottori bolognesi e la 'piazza' genovese, rinsaldatisi con la podesteria del Balduino nel 1229-30. In tal senso deporrebbe una

con l'affermazione del principio privatistico di una piena *facultas aedificandi del dominus*⁷⁷. A gettare un ponte tra eccezione e regola Azzone provvede all'interno di una fortunata raccolta di *brocarda*, nei cui percorsi attraverso un articolato ragionamento dialettico/dicotomico compone due assunti, all'apparenza antinomici, estrapolati da Giustiniano⁷⁸. Ai *contraria* «nemo debet facere in suo quod noceat alieno» e «liceat unicuique facere in suo quamvis in alio non sit nociturus», il *legum doctor* applica una preliminare distinzione di *species*: «cum facio in meo et alii noceo, an immittam in alieno... an non immittam»⁷⁹. La responsabilità del *dominus* viene, dunque, ricondotta entro i confini del generale divieto di immissioni, salvo siasi costituita un'apposita

rubrica degli Statuti di Pera, inglobanti i brevi genovesi del XII-XIII secolo, nella quale si disciplina la prassi del distretto genovese di circondare i fondaci con muri «de malta et calcina» per segnare il confine coi vicini (V. PROMIS, *Statuti della colonia genovese di Pera*, in *Miscellanea di Storia Italiana*, XI, 1879, rub. XXIV *De terminis de malta et calcina faciendis*, 588). Significativa, inoltre, una *quaestio* a C. 8.37.13 riportata dal ms. ASSISI, B.C. 220, f. 203ra, che allude alla consuetudine delle istituzioni del Comune genovese di trar consiglio dai dottori bolognesi per la soluzione di spinosi casi giuridici. Non si può dunque escludere, in definitiva, che i dottori dello *Studium* e, nel caso in specie, Azzone – maestro, è noto, del Balduini – avessero, per motivi per così dire professionali, una conoscenza fors'anche diretta delle normative statutarie e delle particolarità territoriali della Superba. N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 115 n. 60.

77 V., in specie, la *lectura* alla l. *Altius* (C. 3.34.8 *pr.*): «*Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debet, dominus eius minime prohibetur...*», legge che ha, notoriamente, fornito un argomento forte ai denigratori delle origini romanistiche del divieto degli atti emulativi (per tutti V. SCIALOJA, voce *Aemulatio*, cit., 236). Nel caso di specie, il *dominus Azo* rinvia a due consonanti frammenti del Digesto: «*Altius, etc. Consonat huic legi de servitute urbanorum praediorum, Cum eo* [D. 8.2.9] et l. *Cuius* [D. 8.2.24]» (AZONIS, *Ad singulas leges*, cit., tit. *de servitute et aqua*, l. *Altius* [C. 3.34.8], f. 233).

78 Sull'argomento v., in particolare, A. ERRERA, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale: storia di una rivoluzione scientifica*, Torino 2006.

79 D. AZONIS BONONIENSIS, *Brocardica Aurea*, rub. «*Nemo debet facere, et c. et contra.*», n. VI, Neapoli, 1568 (rist. anast. Augustae Taurinorum, 1967), f. 130r: «*Nemo debet facere, et c. et contra. Hic distingue cum facio in meo, et alii noceo, an immittam in alienum, et tunc non licet, dicta lege Sicuti, § Aristo* [D. 8.5.8.5], an non immittam, et tunc siquidem facio dolo, idest, ut alteri noceam, prohibeor, alias contra, dicta lege I, § Denique [D. 39.3. 1.12]».

servitù o l'immissione appaia di entità tollerabile. Qualora invece il nocumento prescinda da intrusioni nella proprietà altrui, la condotta produttiva di danno è da ritenersi illecita solo se l'unico movente del proprietario sia di nuocere altrui. «Si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem facendi id fecit» (D. 39.3.1.12), ogni pretesa risarcitoria è da ritenersi esclusa⁸⁰.

Valutando in sintesi le declinazioni esegetiche di questi tre 'campioni' della stagione pre-accursiana, si coglie nitida una costante interpretativa. Il limite emulativo all'esercizio del diritto di proprietà risulta operativo all'interno di due diverse *species facti*. Di *aemulatio* i dottori di legge parlano infatti solo in relazione al *ius aedificandi*, estendendo ai castelli e alle fortificazioni del bellicoso territorio medievale un divieto che la giurisprudenza romana classica aveva espresso nei confronti degli *opera nova* eretti da privati per l'abbellimento delle città. Ricorrendo invece a formule assimilabili alla piacentiniana «sibi enim quisque, ut tamen alii non noceat, studiose permittitur prospicere», i medesimi giuristi circostanziano il divieto, operante nell'ambito di rapporti di vicinato rustico, di esercitare il proprio diritto con l'unico, iniquo obiettivo di nuocere altrui.

Nasce così, sulla base di un ineccepibile ancoraggio testuale, una artificiosa duplicazione di figure giuridiche recepita dalla 'normalizzazione' accursiana e destinata a lunga vita⁸¹.

5. Territorio rustico e dimensione urbana nella dottrina 'questionante': due divieti?

Ma è nei *casus* e nella dialettica discussione delle *quaestiones de facto emergentes* che è dato cogliere un riflesso più chiaro delle istanze e delle sollecitazioni pratiche che indussero i glossatori a percorrere, pur nel formale rispetto della *littera* della legge, sentieri solo parzialmente battuti da Giustiniano e ad aprirne di nuovi⁸². Pur non esattamente assi-

80 D. AZONIS BONONIENSIS, *Brocardica Aurea*, loc. cit., ed. cit., f. 130r.

81 N. SARTI, *Inter vicinos*, cit., 121.

82 Fra le due opzioni che si offrono all'interprete del diritto comune – «o restare soffocato dalla sua fonte, o soffocare egli quella fonte» (P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto*, Padova 1968, 145) – saranno

milabili a una condotta emulativa in senso tecnico, alcune questioni sviluppate già nelle scuole dei Quattro Dottori propongono con nitidezza di immagini un contesto di vicinato rustico nel quale la pienezza delle facoltà del *dominus fundi* appare temperata non solo da vincoli legali, ma anche dall'operatività di un generale limite equitativo.

Valga a esempio una *quaestio* tratta dall'antica raccolta *parisiensis*⁸³. Il caso di specie muove da un evento calamitoso e accidentale, un'inondazione che ha distrutto il ponte gettato da Sempronio fra un suo terreno acquisito da Tizio e altri, rimasti di proprietà del medesimo soggetto. Alla domanda se sia o meno Sempronio tenuto a ricostituire la pristina situazione, il *legum doctor* Martino risponde che Sempronio deve ritenersi libero da ogni obbligo nei confronti di Tizio – cui è ormai precluso ogni accesso ai suoi fondi *ultra flumen* – se aveva costruito a regola d'arte un valico in grado di resistere al normale corso delle acque, «quia virtus divina, vel casus fortuitus non debet ei obesse»⁸⁴. Se tuttavia dalla calamità egli avesse a trarre un indebito vantaggio incamerando anche la proprietà ormai irraggiungibile da Tizio, equità vuole che gli si imponga di ripristinare il viadotto, «quia nemo debet locupletari cum aliena iactura»⁸⁵.

la coscienza del proprio tempo, la sensibilità alle esigenze di questo, la convinzione che il diritto sia in grado e debba rispondere alle sollecitazioni del divenire sociale, a trionfare sulla *littera* e la storicità della legge romana e a far grandi i suoi esecuti.

83 *Quaestiones dominorum Bononiensium. Collectio Parisiensis*, q. CXXII, ed. I.B. Palmieri, in *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, vol. I, Bononiae, 1913, 254: «Titius predia quedam Sempronio hoc pacto ut Sempronius faceret ei pontem super fluvium per quem Titius posset ire ad castrum suum, quod habebat ultra fluvium. Sempronius predia accepit et pontem fecit, sed vis aque pontem deiecit. Hic queritur an Titius possit agere adversus Sempronium ut iterum pontem faciat. Proponit Titius actionem prescriptis verbis, quia hac mente dedit, ut semper haberet ibi pontem, et sic vult cogere ut pareat placitis, quia non videtur quod Sempronius paruisset placitis, cum id quod fecit non permansit».

84 *Quaestiones dominorum Bononiensium. Collectio Parisiensis*, loc. cit., ed. cit., 255: «MARTINUS dicit Sempronium non teneri, si talem fecit pontem qui possit resistere consueto cursui fluminis, quia virtus divina, vel casus fortuitus non debet ei obesse».

85 *Quaestiones dominorum Bononiensium. Collectio Parisiensis*, loc. cit., ed. cit., 255: «Tamen, si tam lata predia hac de causa recepit, ut forte ille deceptus sit, equum esset ita ut eatenus de ponte faceret, quatenus ultra debet, aut illud superfluum Titio restitueret, quia nemo debet locupletari cum alterius iactura».

Alla dimensione rustica appartiene anche un ulteriore gruppo di *quaestiones* dipananti le complesse problematiche inerenti alle derivazioni private di corsi d'acqua pubblici, per il diritto comune perenni e/o navigabili⁸⁶. Considerata la rilevanza che assunse in età comunale la costruzione di una rete di canali, fossi e colatoi destinata, soprattutto in area padana, a sostenere la produzione agricola, non stupisce come il contemperamento degli interessi fra proprietari di mulini eretti su corsi o derivazioni di *flumina publica* si sia imposto quale fonte di vivace litigiosità⁸⁷. Del tutto fisiologica è dunque l'attenzione riservata dai glossatori delle prime generazioni alla casistica dei mulini ad acqua costruiti *in flumine publico*. Di un'articolata *quaestio* – datata intorno alla metà del XII secolo – ci è pervenuto un coro di testimonianze che spaziano sino all'età azzoniana, deponendo in favore dell'emergenza di queste fattispecie nella prassi locale⁸⁸. Il caso appare già limpidamen-

86 N. SARTI, *Inter vicinos*, 127-128: «Specifica attenzione merita, inoltre, il più cospicuo gruppo di questioni che dipanano le complesse problematiche delle derivazioni per uso privato di acque pubbliche. Com'è noto, le dottrine elaborate dai glossatori intorno alle derivazioni di acque dai corsi pubblici – vuoi per l'irrigazione agricola, vuoi per l'uso delle correnti e dei salti come forza motrice – ed ai diritti costituiti a favore di privati o per servizi di carattere privato, risentirono largamente della confusione creata fra la demanialità del sistema giustiniano delle *res extra commercium*, genere cui le acque pubbliche appartenevano, e la patrimonialità del diritto longobardo-franco, che aveva trovato nella regalia il sistema ordinario di concessione».

87 N. SARTI, *Inter vicinos*, 129-130: «Nel bolognese – dove è dimostrato che i mulini ad acqua si diffusero con un certo ritardo rispetto, ad esempio, ai territori lombardi – il primo mulino idraulico per la molitura del grano compare in un'enfiteusi del 1074, con la quale l'abate del monastero cittadino di S. Stefano concede ad una coppia di coniugi, oltre ad alcune terre di pianura ed alle decime di una sua chiesa, anche i mulini posseduti dal monastero sul fiume Savena. La testimonianza anticipa la politica di grandi investimenti infrastrutturali che, dalla seconda metà del XII secolo, avrebbe visto il comune felsineo ed i suoi maggiori imprenditori privati puntare sull'obiettivo di dotare la città di un potente sistema idraulico, canalizzando verso l'abitato le acque dei fiumi Savena e Reno, rispettivamente nel 1176 e nel 1183».

88 A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII: da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, in *Ius commune. Sonderhefte*, 43, Frankfurt am Main 1989, 7: «La più antica raccolta di questioni civilistiche trasmessasi fino a noi risale alla prima metà del secolo XII: si tratta complessivamente di 67 questioni annotate da ascoltatori di Bulgaro e conservatesi nei manoscritti LONDON, British Library, *Royal II.B XIV...* e CARPENTRAS, Bibliothèque Inguibertine, 170».

te tracciato nella più risalente *reportatio* attribuita a Bulgaro: «Ticius aquam deviauit ex flumine publico pencile in suo solo, et ibi hedificavit molendinum ex novo et sic cepit obesse Sei molendino, in flumine publico longo tempore hedificato. Seius prohibet Ticium aliquid facere in flumine publico interdicto prohibitorio, vel, si quid fecerit, ut tollat convenit eum interdicto restitutorio, quia non debet quid fieri in flumine publico quo deterior statio vel navigatio fiat»⁸⁹. Le argomentazioni dell'attore, imperniate sulla natura di *res omnium communes* delle acque pubbliche e adombranti che la navigabilità ne costituisca un requisito essenziale, lasciano intravedere una *solutio* a lui favorevole da parte del *legum doctor*⁹⁰. La precoce *quaestio magistralis in schola Bulgari disputata* sfocia – dopo alcuni passaggi intermedi – nella più tarda raccolta di Pillio da Medicina⁹¹ e in un testimone azzoniano⁹², nei quali riceve, a riprova della sua persistente attualità, una circostanziata ed esaustiva discussione. La *recensio* pilliana propone il caso di un Rolandino che «construxit sibi molendinum in flumine publico, et possedit tale molendinum sine controversia per XXX annos, deinde alius edificavit aliud molendinum, quo molendino constructo, cursus aque prioris molendini impedivit»⁹³. L'apparato argomentativo costruito dai due litiganti si in-

89 A. BELLONI, *Le questioni civilistiche*, cit., BULG. CL 52, 75.

90 Il *casus* in esame, riportato probabilmente da un ascoltatore di Bulgaro, manca della *solutio*.

91 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, q. XI, Romae 1560 (rist. anast. Torino 1967), f. 19.

92 A. BELLONI, *Le questioni civilistiche*, cit., 36-37: «Un caso diverso pare invece essere costituito da una raccolta azzoniana di 23 questioni (Azo C), mai divenuta testo di scuola, conservatasi unicamente all'inizio del manoscritto LÉON, Biblioteca de la Colegiata de S. Isidoro 16, ff. 1r-7v, dinanzi ad 83 questioni di Pillio, che ad esse seguono senza soluzione di continuità. Il rimando di una questione all'altra che troviamo nella questione 20 è certo indizio dell'unità della raccolta [...] Si tratterebbe di un caso diverso dai precedenti perché, per i temi presi in considerazione, quasi tutte le questioni qui presenti [...] trovano perfetta corrispondenza con questioni di Pillio da Medicina. Se esaminiamo più da vicino osserviamo però che... [queste] procedono in molti punti parallelamente, ma spesso, specialmente nel “contra” e talora nella “solutio”, si differenziano nettamente dalle corrispondenti pilliane».

93 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, loc. cit., ed. cit.

nerva, per il resistente, nella pienezza del suo *ius aedificandi* in mancanza di un vincolo di servitù, nell'oggettiva assenza di un danno per l'attore e nella recisa affermazione del principio potestativo, secondo il quale «sua preponenda aliene utilitas»⁹⁴. Per l'*actor* Rolandino depone invece l'effettività del *commodum* derivatogli dall'uso di una *res publica* e, soprattutto, dal diritto di *aquae ductus* che il suo mulino *tempore acquiritur*⁹⁵. Elemento, quest'ultimo, di tale rilievo fattuale e giuridico da volgere la *solutio* di Pillio in senso favorevole all'attore.

Al vicinato fondiario, in cui le liti ruotano prevalentemente intorno a un'equa condivisione delle risorse idriche, si affiancano contesti urbani dove – evocando la duplicazione di figure giuridiche già affacciate in queste pagine – l'oggetto del contendere si identifica nella delimitazione del *ius aedificandi* del proprietario del terreno. Fra tutte, per l'efficace rappresentazione della laboriosità e dell'intraprendenza degli artigiani medievali, si segnala la *quaestio* «an filius, cui obvenit in parte salinaria cum alteri furnus contingerit possit fratre prohibente furnum de novo construere»⁹⁶. La fattispecie rappresenta un *pater familias* proprietario a un tempo di una fabbrica per il sale e di un forno, il quale «ex diuturno tempore, et longa consuetudine semper habuit, nec unquam istorum aliquod in nullum usum trasduxit», che morendo lascia ai due figli «uni salinariam alteri vero furnum»⁹⁷. L'erede della

94 Principio sostenuto, tra gli altri, dalla *regula* consolidata in D. 50.17.61 (Ulp. 3 *opin.*): Domum suam reficere unicuique licet, dum non officiat invito alteri, in quo iure non habet.

95 Il rinvio è alla costituzione *Si manifeste*, C. 3.34.7 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Iuliano*): Si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque sollemnem morem innovetur, providebit.

96 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, q. XXXVI, ed. cit., f. 64.

97 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, loc. cit., ed. cit., f. 64: «Quidam Salinarius furnum habens in suo patrimonio, et Salinariam ex diuturno tempore, et longa consuetudine semper habuit, nec unquam istorum aliquid in nullum alium usum transduxit, decedens vero, demum duobus filiis relictis, uni salinariam, alteri vero furnum, reliquit, nunc autem salinariam habens in eo furnum edificat, alter eum ab edificando repellit, an possit causa vertit et questio proponitur, et in iudicium deducitur. An furnarius habentem salinariam a furni constructione possit prohibere, proponitur iudicis officium».

salina, al comprensibile scopo di rendere più lucrativa la sua industria, vi impianta anche un forno. Iniziativa contrastata dal fratello, che lo cita in giudizio per l'esercizio di quella che oggi si direbbe una sleale concorrenza. In favore del titolare del forno depone la *regula* «licet cuique in loco proprio edificare, ne usus incommodetur alterius», nonchè una sorta di 'destinazione del buon padre di famiglia' innervata nella diuturna *consuetudo* paterna di mantenere separate le due imprese e riverberante dal tenore delle sue ultime volontà. All'obiezione che l'intraprendenza del fratello appaia dettata da un'indubbia utilità, il fornai oppone che l'*utilitas* privata sia da posporre a quella della comunità, con la quale – egli non ha dubbi – le sue ragioni coincidono. Dal canto suo il salinario allega gran copia di argomenti a sostegno del suo diritto a *furnum facere*, muovendo da alcuni generalissimi postulati acclaranti vuoi lo scopo migliorativo della sua iniziativa, vuoi la mancanza di un oggettivo nocumento per il fratello, per chiudere con il classico «nemo enim videtur dolo facere qui suo iure utitur»⁹⁸. Pillio da Medicina non tentenna nel premiare le ragioni di quest'ultimo, «cum voluntas defuncti manifeste non appareat contrariam cum in iure concesso sibi quilibet edificare conceditur, cum tamen in alienum nihil immittat»⁹⁹. Il principio di libera concorrenza, su cui poggia la forza dell'economia dei comuni medievali, opera nei confronti dei due eredi e al tempo stesso appare imprescindibile criterio ordinatore della vita dello *Studium* felsineo, laddove sarebbe impensabile – chiosa il *legum doctor* – che i *magistri antiqui*, per evitare di perdere studenti e guadagni, impedissero ai più giovani colleghi di aprire nuove scuole¹⁰⁰.

98 Secondo la *regula* scolpita in D. 50.17.55 (Gai. 2 *de test. ad edict. urb.*): Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.

99 PILEI MEDICINENSIS, *Quaestiones aureae*, loc. cit., ed. cit., f. 66: «Mihi videtur sine preiudicio melioris sententiae fratrem salinariam de iure in salinario furnum posse facere et habere, nec fratre furnario iure aliquo posse prohiberi, cum voluntas defuncti manifeste non appareat contraria, cum in iure concesso sibi quilibet edificare conceditur, dumtamen in alienum nihil immittat, quia ratione iste furnarius salinarium a furno faciendo prohibere intendit, eadem ratione quilibet magister antiquus novis magistrum a scholarum regimine prohibetur quia eius forte scholas scholaribus vacaret, quod esset absurdum».

100 V., *supra*, n. 75.

Tentando ora di ricondurre a sistema i dati emersi da questo 'assaggio' della casistica questionante discussa nelle scuole pre-accursiane si impone la constatazione che, in sede processuale, il movente emulativo non risulta mai eccepito *prima facie*, ma evocato attraverso i due elementi – la malizia della condotta e la mancanza di utilità per il proprietario – che ne costituiscono la *substantia*. Elementi – lo si è detto – di impervio accertamento da parte del giudice investito della causa, destinati a segnare, già nell'età del diritto comune, la faticosa operatività del divieto di atti emulativi.

6. Lo sforzo sistematico della *Magna Glossa*

Gli scarni ragionamenti e la fitta trama di passi paralleli tessuti dalla Glossa Ordinaria di Accursio a margine del tema *de quo*, si prestano a un'organizzazione in sistema. Le *sedes materiae* e le relative esegesi – inevitabilmente materiali *in progress* – sono di séguito discusse all'interno di una griglia di quattro raggruppamenti, comprendenti segnatamente

a. glosse nel corpo delle quali si vieta l'esercizio di un diritto senza utilità alcuna per il suo titolare;

b. glosse dalle quali viene stigmatizzato l'esclusivo intento di nuocere altrui da parte del *dominus*;

c. glosse che richiedono la compresenza dei due suddetti elementi, l'oggettivo e il soggettivo, in quanto consustanziali a una limitazione equitativa del *ius dominicale*;

d. glosse che evocano comportamenti assimilabili ai precedenti per semplice analogia o assonanza.

a. Appartiene al primo gruppo un frammento di Celso al tit. *de servitutibus* del Digesto (D. 8.1.9). Il giureconsulto si interroga sul *modus* di una *servitus viae* costituita in infinito, vale a dire senza precisa definizione del luogo del suo esercizio. Pur potendo, in astratto, il titolare tracciare la via a sua discrezione, egli è tenuto a esercitare *civiliter* il suo diritto senza renderne l'assolvimento inutilmente gravoso per il titolare del fondo servente¹⁰¹. Gli è pertanto precluso di condurre i suoi armenti

101 D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*): Si cui simplicius via per fundum, cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec

attraverso vigne e *villae* del vicino – col rischio di danneggiarli – quando il passaggio potrebbe avvenire altrove, «minore fundi servientis detrimento». In un contesto siffatto, manifestamente estraneo al divieto degli atti emulativi, ma nel quale trova espressione un principio di equità a esso affine, la glossa richiama la regola «malitiis indulgendum non est» consolidata in D. 6.1.38, estendendone l’operatività dagli effetti collaterali dell’evizione all’esercizio delle servitù¹⁰².

b. Pone diversamente l’accento sul cosiddetto *animus nocendi* od *officiandi* del *dominus* un manipolo di glosse. Di buon valore esemplificativo appare l’esegesi ordinaria all’ulpiano § *Aristo* del tit. *si servitus vendicetur* (D. 8.5.8.5), che indica nel divieto di immissioni il generale criterio ordinatore dei rapporti di vicinato sia rustico che urbano. La lunga *reportatio* prende le mosse da un responso di Aristone: a ciascuno è lecito fare *in suo* ciò che vuole purché non si ingenerino immissioni *in alieno*. Ne discende che è proibito elevare fumo o vapore e analogamente *ex superiore in inferiora aquam né quid aliud immittere*¹⁰³. Nel quadro tracciato da Ulpiano assume rilievo l’opinione di Pomponio, il quale dubita sia consentito *agere* quando si tratti di fumo *non gravis*, proveniente ad esempio dal focolare domestico. La fattispecie esprime un principio di tolleranza delle immissioni ordinarie ispirato dalla solidarietà che deve connotare i rapporti vicinali¹⁰⁴. Siamo chiaramente al di fuori dai confini dell’emulazione, ma il glossatore ordinario trova l’appiglio letterale per inserire una deroga al principio del «nihil in alienum immittere». Risolvendo l’apparente antinomia tra la regola «in suo facit quod vult sed non in alieno» e il responso ulpiano che sancisce

per medias vineas ire agere sinendus est, nam id aequae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento.

102 gl. «detrimento» a D. 8.1.9 (f. 639 a): «Nec enim cum malitiis, etc. ut supra de rei vendicatione, l. In fundo [D. 6.1.38]», sulla quale, v. M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, cit., 98.

103 D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad edict.*): *Aristo Cerellio vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere.*

104 M. ROTONDI, *L’abuso di diritto*, cit., p. 98.

l'irresponsabilità di chi, scavando un pozzo nel proprio terreno, «etiam alienam aquam aufert», la glossa precisa come in questo secondo scenario, mentre non si constata un *facere in alieno*, sono palesi l'*animus proficiendi* e la mancanza di dolo del proprietario¹⁰⁵. Ne consegue una implicita limitazione dell'operatività del divieto di immissioni ai casi nei quali sia dimostrabile un malvagio intendimento.

c. Gli spunti di maggior interesse al fine di testimoniare la maturità del divieto *ad aemulationem* negli apparati ordinari provengono da un gruppo di glosse che coniugano i due elementi – l'oggettivo e il soggettivo – testè separatamente valutati. Ancora una volta si impone il frammento celsino *In fundo alieno* (D. 6.1.38), che contempla – com'è ormai noto – il caso del possessore in buona fede che abbia edificato o apportato migliorie al fondo altrui. Celso precisa che – rientrato il proprietario *in suo* – non debba l'evitto esercitare il *ius tollendi* in modo malizioso, «nihil laturus nisi ut officiat»¹⁰⁶. A questo punto, e con un qualche conforto testuale, la glossa precisa che il *ius tollendi* del possessore poggia su due presupposti necessari, l'*utilitas* e il fine rilevabile e onesto¹⁰⁷.

105 gl. «*facere licet*» a D. 8.5.8.5 (f. 681 a): «Nota, in suo facit quod vult quilibet non in alieno, ut hic et C. de religiosis, l. Statuas [C. 3.44.7], et supra de servitutibus urbanorum praediorum, l. Fistulam circa principio [D. 8.2.19], et infra de aqua pluvia arcenda, l. 1, § De eo opere [D. 39.3.1.3]. Sed contra, infra de damno infecto, l. Fluminum, § finali [D. 39. 2.24.12], ubi etiam alienam aquam aufert. Solutio ibi in suo tantum fodiebat, non in alieno, et non animo nocendi, sed proficiendi, ut infra de aqua pluvia arcenda, l. 1 § Idem ait aquam [D. 39.3.1.11]».

106 Per il testo del frammento celsino v. *supra*, n. 65.

107 gl. «*indulgendum*» a D. 6.1.38 (f. 552 a): «Ut in exemplo hic subiicit, et infra soluto matrimonio, l. 2 in principio [D. 24.3.2], et infra de aqua quotidiana et aestiva, l. 1, § Illud in fine [D. 43.20.1.11], et infra, de servitutibus, l. Si cui, § Non enim ibi per medias vineas etc. [D. 8.1.9 i. m.], et l. Quotiens, I responso [D. 8.1.15.1], et arg. infra de administratione tutorum, l. Si sine haerede, § Interpositio, in fine [D. 27.7.32.4]. Sed arg. contra, infra de iure dotium, l. Cum in fundo, Ipsius quoque [D. 23.7.78], et infra, quae in fraude creditorum, l. finali, § finali [D. 42.7.25.7]». A sostegno di un *commodum* a promuovere la condotta dell'evitto, v., in specie, D. 24.3.2: «Solutio matrimonio solvi mulieri dos debet. Nec cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere, nisi hoc ei nihil nocet: nam si incommodum aliquod maritus suspectum habet, non debere eum cogi alii quam uxori promittere dicendum est. Haec si sui iuris mulier est» e la gl. «*suspectum*» *ad idem locum* (f. 3 a): «Idem nota quod si nihil nocet, cogitur etiam alii promittere, ut hic, ad quod facit supra de rei vindicatione, l.

La richiesta della contestuale presenza dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo al fine di attivare il limite *ad aemulationem* ricorre nell'apparato ordinario ai §§ 11 e 12 della ulpiana l. *Si cui* del tit. *de aqua et aquae pluviae arcendae* (D. 39.3.1.11 et 12)¹⁰⁸. La lunga glossa "habere" al § *Denique Marcellus* presenta molteplici spunti di interesse, in primo luogo definendo l'ambito casistico, vale a dire l'equa distribuzione delle risorse idriche in un contesto di vicinato rustico. Manifesta la più pura vocazione alla sistematica del glossatore ordinario l'allegazione di ben 26 frammenti del *corpus* giustiniano che «ad hoc concordant»¹⁰⁹, la *ratio* dei quali risponde, con buona approssimazione, a una triplice serie di requisiti: frammenti che evidenziano l'esercizio di un diritto con danno altrui; frammenti che sottolineano la presenza o la mancanza di un'utilità rilevante per il titolare del diritto; frammenti nei quali il testo o la glossa richiedono uno specifico ed esclusivo movente doloso.

Chiude questa breve rassegna una testimonianza tratta dalle parallele problematiche inerenti all'edilizia cittadina, pubblica e privata. Il responso macrino *Opus novum* è stato ripetutamente indicato come uno dei due luoghi in cui Giustiniano ricorre al sostantivo 'aemulatio'. Sostantivo al quale la dottrina medievale ha attribuito, con qualche forzatura del lessico romanistico, il significato di esercizio di un diritto per mera invidia, *animo nocendi*. A margine dell'obbligo per i privati di

In fundo [D. 6.1.38]», nonché D. 43.20.1.11: «Illud quaeritur, utrum ea tantum aqua his interdictis contineatur, quae ad agrum irrigandum pertinet, an vero omnis, etiam ea, quae ad usum quoque et commodum nostrum».

108 Particolarmente evidenti li rende la traduzione di S. PEROZZI, *Diritto romano: la proprietà*, lezioni tenute da Silvio Perozzi, Regia università di Bologna, a.a. 1923-24, 76: «§ 11. Parimenti Sabino e Cassio dicevano che ciascuno può ritenere l'acqua piovana nel suo fondo, o può derivarla dal fondo vicino se è superflua, purché non si faccia opera nel fondo altrui: questo diritto è dato a tutti, giacché a ciascuno è lecito giovare a sé stesso senza nuocere agli altri. § 12. Marcello scrive che contro colui il quale scavando nel proprio fondo ha divertito la fonte del vicino, non si può proporre alcuna azione, neppure quella di dolo, ed è giusto che non si debba avere azione, se non fece quello scavo con animo di nuocere al vicino, ma con animo di rendere migliore il fondo».

109 Gl. «*non fiat*» a D. 39.3.1.11 (f. 74 b): «Ut et infra proximo § cum multis concordat quae et huic concordant» e la lunga gl. «*habere*» a D. 39.3.1.12 (f. 74 b), che comincia con «Scilicet vicinus actionem contra istum, qui in suo suffodit, non animo nocendi etc.».

ottenere dal *princeps* l'autorizzazione a erigere sul suolo cittadino *opera nova* qualora si configurino gli estremi dell'emulazione nei confronti di una città vicina, ovvero si fomentino condotte sediziose o ci sia prossimità con teatri o anfiteatri, Accursio si interroga sulla vigenza della suddetta pratica 'urbanistica' per il versante dell'edilizia privata¹¹⁰. Sul punto sembra prevalere, per robustezza di argomenti, l'opinione di quanti «respondent [...] quod possum etiam ad aemulationem: quia in suo potest quilibet facere quod vult», salvo che «in alienaum aliquid immittatur»¹¹¹. È lo stesso Accursio – testimoniando quanto sia in lui radicato il principio equitativo del divieto degli atti emulativi – a imporre una soluzione innovativa riconducendo l'eccezione alla regola e affermando che tanto

110 Gl. «*novum*» a D. 50.10.3 (f. 1224 a): «Refert si facio opus in publico. Quia aut mea pecunia: et possum sine autoritate principis praeterquam etc. ut hic. Aut publica pecunia: et tunc non sine autoritate principis: ... Sed quomodo licet facere in publico alicui privato cum interdicta sunt contra... Responde ibi ut ius haberet, hic volens donare publico et erit utile reipublicae vel necessarium opus. Item quid si in meo privato? Respondent quidam quod possum etiam ad aemulationem: quia in suo potest quilibet facere quod vult: ut C. de aedificiis privatis, l. Per provincias [C. 8.10.10] et de servitute urbanorum praediorum, l. Imperatores, et l. Cum eo etc. [D. 8.2.14 et 19], C. de religiosis, l. Statuas [C. 3. 44.7], nisi in alienum aliquid immittatur: ut supra de damno infecto, l. Fluminum, in fine [D. 39.2.24.12], et de aqua pluvia arcenda, l. I, § Idem aiunt et § Denique et § Item sciendum [D. 39.3.1.11-13], et supra si servitus vendicetur, l. Sicuti, § Aristo [D. 8.5.8.5]. Sed potest dici et in privato non licere, per l. istam, quam exponas opus novum in publico scilicet vel privato et quia publica utilitas praefenda est privatae: ut supra pro socio, l. Actione, § Labeo [D. 17.2.65.5] et secundum hoc intelligas dictam legem Per provincias [C. 8. 10.10]. Item si opus necessarium est publico et facio in eodem de meo, cur non licet, si ad aemulationem pertinet? Responde imo licet: sed cum autoritate principis».

111 U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità: studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano, dei diritti dell'Oriente mediterraneo e di storia del diritto della Regia Università di Roma, XIV, Milano 1940, 85: «Così nella glossa al fr. 3, D. 50.10... Accursio riporta dapprima una spiegazione secondo la quale qui si parlerebbe di costruzione sul suolo pubblico: data questa circostanza la limitazione (*praeterquam...*) contenuta nel frammento in parola si spiega, e può coesistere con le norme per le quali ciascuno può fare quel che vuole sul suo, salva l'*immissio*. Ma questa opinione non può essere accolta da Accursio che applica la norma del frammento anche alle costruzioni sul suolo privato: tanto è in lui radicato il principio generale del divieto degli atti emulativi».

più debba valere *in privato* un principio stabilito *publica utilitate*, manifestamente ampliando la giurisdizione del frammento in esame¹¹².

d. Esiste infine un piccolo gruppo di glosse nelle quali è dato leggere, se non nitide testimonianze, semplici echi della progressiva emersione di una teoria dell'emulazione nella sistematica accursiana. Si impone all'attenzione l'apparato alla costituzione di Teodosio e Valentiniano relativa alla logistica delle scuole di arti liberali nelle due capitali di Costantinopoli e di Roma (C. 11.18[19].1.4). Laddove, per motivi di polizia urbana e di quiete pubblica, la legge impone una distribuzione dei locali scolastici tale «ne discipuli sibi invicem possint ostrepere vel magistri neve linguarum confusio permixta vel locum aures quorundam aut mentes a studio litterarum avertat»¹¹³, la glossa si spinge ben oltre la lettera del testo prefigurando un duecentesco scenario cittadino ove convivono rumorosi cantieri, botteghe artigiane e locali privati adibiti alla formazione. È il caso – essa esemplifica – dei *male intenti* che «quandoque castra aedificant, quandoque tegulas domus numerant». Per lo stesso ordine di motivi, è fatto divieto ai fabbri di esercitare il mestiere in prossimità di una scuola: un divieto dettato dalla «publica utilitas que replet civitatum sapientibus»¹¹⁴, ma nel quale si è tentati di leggere anche la volontà di «malitiis non indulgere».

112 Gl. «*amphiteatrum*» ad *idem locum* (f. 1224 b): «Putat aliqua tomba. Et semper dic ad aemulationem». Con *tombae* devono intendersi «casalia que sunt in comitatu que habent aliquam munitionem: ut puta fossata vel muros» (BARTOLI DE SAXOFERRATO, *Secunda super Digesto Novo*, tit. *de operibus publicis*, l. *Opus* [D. 50.10.3], Lugduni, 1533, f. 250vb).

113 C. 11.18(19).1.4 (*Imp. Theodosius A. et Valentinianus C. Constantio pu.*): Unum igitur adiungi ceteris volumus, qui philosophiae arcana rimetur, duo quoque, qui iuris ac legum voluntates pandant, ita ut unicuique loca specialiter deputata adsignari faciat tua sublimitas, ne discipuli sibi invicem possint obstrepere vel magistri, neve linguarum confusio permixta vel vocum aures quorundam aut mentes a studio litterarum avertat.

114 Gl. «*avertat*» a C. 11.18(19).1 (f. 95 b): «Quod facile evenit in his qui male intenti quandoque castra aedificant quandoque tegulas domus numerant, et est hic arg. quod faber non potest malleare iuxta scholas. Publica enim utilitas que replet civitatum sapientibus, praefertur sic ff. soluto matrimonio, l. I [D. 24.3.1]».

TAVOLA ROTONDA

**BENI COMUNI E
GESTIONE DEI SERVIZI
TRA PUBBLICO E PRIVATO**

BENICOMUNI: L'ERESIA E L'ABRACADABRA

MAURO BARBERIS

In uno dei suoi più straordinari racconti, *I teologi* (nella raccolta *L'aleph*, 1949) Jorge Luis Borges immagina un evento ripetutosi molte volte nella storia. I barbari – ogni epoca ha i suoi – incendiano un convento, ma dalle fiamme si salva, miracolosamente, il libro della *Civitas Dei* in cui Agostino confuta l'idea della circolarità del tempo. Passa un secolo, e nella stessa regione si diffonde l'eresia degli Anulari: proprio la dottrina confutata da Agostino. Così va il mondo: testi scritti in certi contesti vengono recepiti fuori di essi e acquistano tutt'altro significato; si formano intere tradizioni di pensiero sulla base di semplici equivoci.

Qualcosa del genere è capitato anche a *Governing the Commons* (1990), di Elinor Ostrom (1933-2012), a suo tempo opportunamente tradotto in italiano come *Governare i beni collettivi* (2006). Apparso durante l'invasione liberista, il libro è stato salvato dalle fiamme anche grazie al conferimento, nel 2009, del premio Nobel per l'economia: il primo e sinora unico dato a una donna, per di più politologa di formazione. Eretica rispetto alle opposte ortodossie liberista e statalista, l'idea dei *commons* ha poi generato un tale abracadabra da indurmi a scriverne il nome tutt'attaccato: i benicomuni, appunto.

Qui di seguito faccio tre cose. Prima, ricapitolo tre miei precedenti interventi sul tema, riprendendo il discorso interrotto e apportando alcune correzioni. Poi, mostro come dall'eresia della Ostrom, modello di precisione e documentazione scientifica, abbia potuto generarsi un abracadabra buono per tutti gli usi. Infine, affronto il problema della classificazione dei benicomuni raccogliendo la principale indicazione metodologica della Ostrom: che è poi, anticipo, la seguente. Ai diver-

si benicomuni, pubblici o privati, convengono molti regimi proprietari differenti, fissati da legislatore e giuristi in modo da assicurarne la funzione sociale, ex art. 42 Cost.

1. Al tema dei beni comuni mi sono avvicinato per caso, scrivendoci sopra tre cose d'occasione, e abbastanza anomale rispetto alla letteratura corrente. Il *primo* intervento era una recensione al libro di Ermanno Vitale *Contro i beni comuni. Una critica illuministica* (2013): recensione intitolata *Il comunismo dei beni comuni* e uscita lo stesso anno nella rubrica "Il rasoio di Ockham", sul sito di Micromega. Il libro di Vitale e la mia recensione criticavano il pamphlet di Ugo Mattei *Beni comuni. Un manifesto* (2011): esempio paradigmatico, quest'ultimo, dell'uso politico, e anche un po' incantatorio della formula «benicomuni».

Il *secondo* intervento è un saggio apparso sul numero monografico dedicato al tema da *Ragion pratica* (il 41 del 2013), a cura di Giulio Itzcovich e con importanti contributi, fra gli altri, di Enrico Diciotti, Riccardo Ferrante, Antonio Massarutto e dello stesso Ermanno Vitale. Il saggio s'intitolava *Tre narrazioni dei benicomuni*, perché interpretava la gran parte dei lavori e anche degli interventi pubblici sui benicomuni come altrettante narrazioni (*récits, narratives*): proprio il tipo di discorsi generatosi, paradossalmente, dalla profezia di Jean-François Lyotard (1924-1998), il filosofo che nella *Condition postmoderne* (1979) aveva decretato la fine delle Grandi Narrazioni Moderne.

Cosa s'intende per l'abusato 'narrazione'? Direi: 1) racconti, 2) che semplificano le cose, 3) facendo credere ai loro destinatari di stare dalla parte giusta della storia. Nell'epoca dei social media, in particolare, le persone sembrano diventate così incapaci di pensiero astratto da riuscire a percepire e memorizzare, ormai, solo storie, aneddoti o autentiche leggende metropolitane, che si staccano dal rumore informatico che ottunde tutto il resto per semplicismo e/o per mozioni degli affetti. Che poi le narrazioni siano tante, e anche opposte fra loro, fa sì che ognuno se ne scelga una e ci si affezioni, senza più ascoltare le altre.

Un modello insuperato di narrazione *avant la lettre* e strettamente attinente al nostro tema fu prodotto in tempi non sospetti da Karl Marx nel primo libro del *Capitale* (1867). Si tratta del racconto delle recinzioni (*enclosures*) dei beni comuni: racconto che ha poco da invidiare alla

grande letteratura miserabilista ottocentesca, da Victor Hugo a Èmile Zola. Il racconto è plausibile, forse addirittura vero: ma nelle narrazioni non è questo che conta. Conta di più l'indignazione che suscita ancora in noi, a un secolo e mezzo di distanza, la sottrazione dei benicomuni ai contadini, così traformati in proletari costretti a vendere la propria forza-lavoro.

Nel saggio di cui sopra distinguevo tre narrazioni dei benicomuni, rispettivamente incentrate su tre tipi diversi di beni. La narrazione neo-medievista, il cui autore più rappresentativo è Paolo Grossi, si riferisce correttamente ai beni collettivi, *common pool resources* o *commons* strettamente intesi, à la Ostrom: dunque, diritti di pascolo o di pesca, usi civici, affittanze... La narrazione neocomunista o benicomunista, opera di Mattei, allarga la nozione a servizi pubblici come sanità, istruzione e trasporti: se non a qualsiasi bene individuato come comune, costitutivamente, dalle rivendicazioni sociali a esso relative.

La narrazione neoecologista, infine, risalente almeno al Garret Hardin (1915-2003) del saggio *The Tragedy of the Commons* (1968), si concentra soprattutto su risorse globali quali aria, acqua, ambiente, paesaggio, biodiversità... Sulla base di una tripartizione di Nadia Carestiato poi ripresa da Ulderico Pomarici, chiamavo i tre tipi di beni privilegiati da ognuna di queste narrazioni *commons*, *new commons* e *commons* globali. Come mi ha obiettato l'amico Giovanni Vetrutto, uno dei curatori della traduzione della Ostrom, la tripartizione assimila peraltro benicomuni e beni pubblici, in senso sia economico sia giuridico.

Il terzo intervento, intitolato *L'eresia e l'abracadabra*, è uscito sempre nel 2013 nel numero 211-212 di *Critica liberale*, la rivista che dal 1969 tiene viva la voce della sinistra liberale, e costituisce la prima formulazione del presente lavoro. Il numero di *Critica* ospitava, oltre a un saggio di Vetrutto, la traduzione italiana di un lavoro della Ostrom tuttora reperibile online, intitolato *The Future of the Commons – Beyond Market Failures and Government Regulation*: dove il sottotitolo esplicita l'equidistanza fra liberismo e statalismo tipica della Ostrom. Ora si tratta di vedere come l'eresia abbia potuto divenire abracadabra.

2. Secondo un diffuso luogo comune, dopo la Seconda guerra mondiale, la storia economica dell'Occidente ha attraversato tre grandi periodi. Il primo è rappresentato dalle «trente glorieuses (années)», titolo di un libro di Jean Fourastié del 1979: il trentennio di crescita, e di statalismo, seguito alle distruzioni belliche. Il secondo periodo, dagli anni Ottanta sino alla crisi dei mutui *subprime* (2007-2008), può invece considerarsi il trentennio dell'invasione liberista e mercatista. Il terzo periodo, che stiamo vivendo, vede crescere le contestazioni alla vulgata liberista, contestazioni peraltro prive delle granitiche certezze dei periodi precedenti.

Negli anni Ottanta si esaurì l'*appeal* della narrazione statalista, welfarista o capitalista-renana a sostegno dell'intervento pubblico nell'economia: ma non, si badi, per le dure repliche della storia (stagflazione, crisi petrolifera, bancarotta del comunismo realizzato...). Semplicemente, s'impose una narrazione più sexy, elaborata dagli economisti della Scuola austriaca al cospetto dei grandi totalitarismi del Novecento. L'eroe eponimo di questa stagione, Friedrich Hayek, è forse più importante come metodologo evoluzionista che come economista e/o come ideologo: benché sia stato premiato, nel 1974, da una sorta di Nobel per l'economia alla carriera.

La narrazione liberista sostituì quella statalista anche perché era, se possibile, ancora più semplicistica e accattivante. Mentre lo statalismo postulava un legislatore illuminato e paterno, che alloca i beni secondo la percezione del bene comune di chi lo elegge democraticamente, la narrazione liberista assume che il mercato si auto-regoli, sicché basta affidarsi a lui, come gli antichi alla divina provvidenza. Basta avere fiducia nel mercato e a lungo termine staremo tutti meglio: come se John Keynes non ci avesse già avvertito che a lungo termine saremo tutti morti.

Per fortuna, mentre tanti si facevano incantare, nella loro civettuola università dell'Indiana, a Bloomington, la Ostrom e il marito Vincent, cominciavano a raccogliere dagli utenti di *common pool resources*, specie bacini idrici, in giro per il mondo, dati per una teoria alternativa alle opposte ortodossie. Pareva un progetto di nicchia, limitato ad acquedotti, pascoli e banchi di pesca; ma oltre a basarsi su una rigorosa metodologia neo-istituzionalista, evoluzionista ed ecologista, e su un'enorme documentazione empirica, il progetto era sostenuto da un'intuizione potente.

Gran parte della vita umana sulla Terra – questa l'intuizione – si è svolta per ere entro piccole comunità ecologiche, dipendenti dall'ambiente per la loro sopravvivenza e perciò direttamente interessate a preservarne le risorse per le generazioni future. Tali comunità non sono state spazzate via dai flutti della storia, e sopravvivono decorosamente ancor oggi, per la loro capacità di elaborare autonomamente, a contatto con le stesse risorse da cui dipendeva la loro sopravvivenza, modelli di gestione delle risorse collettive, né private né pubbliche, che si sono rivelati stranamente efficienti.

Per le *common pool resources* studiate dalla Ostrom, in effetti, sembrano fallire sia la regolamentazione *top-down*, da parte di organizzazioni pubbliche centralizzate e incapaci di usare la conoscenza tacita (il *know-how*) dispersa fra gli interessati, sia lo sfruttamento mordi-e-fuggi da parte di imprese capitalistiche motivate solo dal profitto a breve termine. Per queste risorse almeno, invece, sembra funzionare molto meglio una gestione *bottom-up*, esercitata dai diretti interessati imparando dall'esperienza e nella prospettiva di uno sviluppo sostenibile per se stessi e per le generazioni future.

Il problema, naturalmente, è se e sino a che punto le esperienze studiate dalla Ostrom possano generalizzarsi, fornendo ricette per beni di tipo diverso dai *commons*. Diventa essenziale, cioè, il problema della classificazione dei beni, su cui torno nella sezione conclusiva. Qui mi basta constatare che negli anni dell'ennesima crisi capitalistica, cui l'Europa ha creduto di rispondere con ricette quali pareggio di bilancio, conti in ordine e privatizzazioni, l'equivoca formula dei benicomuni, originata da cattive traduzioni e buone estensioni, è diventata un comodo abracadabra per tutti i delusi della globalizzazione economica e finanziaria.

Ognuno ha presente gli impieghi propagandistici fatti in questi anni dalla formula dei benicomuni: usi normalmente privi di qualsiasi connessione, non solo con gli usi più rigorosi di 'commons' o 'common pool resources' fatti dalla Ostrom, ma anche con i tentativi di ridefinizione operati da giuristi come Stefano Rodotà o Luigi Ferrajoli. Da quando il referendum del 2011 – unico a superare il quorum in decenni di fallimenti – ha fatto il miracolo di portare ventisette milioni di italiani a votare per l'acqua pubblica benecomune, è parso possibile a quel che resta della sinistra italiana usare l'abracadabra per produrre altri miracoli.

Sull'onda dei benicomuni, così, è venuta un'altra lunga serie di evasioni più o meno innocenti: come i miraggi antiutilitaristi della decrescita felice, del convivialismo e/o del ritorno a un'economia del dono che, forse, era vissuta come più punitiva dell'economia di mercato dagli stessi indigeni delle isole Trobriand studiati da Marcel Mauss. Nel frattempo, la principale questione sollevata dai benicomuni – definirli, classificarli, immaginare regimi proprietari adeguati a ognuno di essi e ai loro diversi utilizzatori – è rimasta sostanzialmente inevasa.

A tale questione la sinistra di cui sopra, anche quando a rappresentarla erano autorevolissimi giuristi, fornisce normalmente la seguente risposta. Per non tirare in ballo sempre Mattei, inventore anche di questo stilema, citerò Alberto Lucarelli e Massimo Conte, che in un saggio pubblicato da *Alfabeta* e ancora reperibile online, intitolato *La quarta dimensione del diritto. Per una teoria giuridica dei beni comuni* (2013), sostengono che «alla identificazione dei beni comuni» si arriverebbe «dal basso: ovvero attraverso le pratiche, i conflitti sociali e soprattutto attraverso la *percezione diffusa* che quel bene debba soddisfare esigenze collettive» (corsivo aggiunto).

Enunciazioni siffatte, tanto più significative in quanto rese da studiosi autorevoli, perfettamente sensati e che si esprimono in buon italiano, chiariscono che il principale problema dei benicomuni resta sempre lo stesso. Glissando sulle vicende lessicali dell'espressione – traduzione sbagliata dell'inglese 'commons', indicante beni collettivi e di comunità, non benicomuni – si tratta di individuare i tratti distintivi dei beni comuni entro una classificazione più generale dei beni come «cose che possono formare oggetto di diritti»: definizione resa dall'art. 810 c. c. del 1942, ma ancora passibile, come vediamo subito, di interpretazioni evolutive.

3. Il senso comune positivista, creazionista e statalista, tipico dei giuristi continentali post-codificazione, ci avverte che, alla fine, contano solo le classificazioni operate dai giuristi, attribuendo a una certa classe di beni un determinato regime proprietario. Peraltro, le classificazioni basate su dicotomie come privato/pubblico, o materiale/immateriale, rischiano sempre di diventare problematiche e/o irrilevanti. Quanto alla problematicità, si pensi solo alla proliferazione dei beni immateriali:

frequenze televisive, reti internet, beni finanziari più o meno tossici, ma anche la sicurezza: bene pubblico percepito come scarso anche quando non lo è.

Il Codice civile e l'art. 42 Cost. applicano ai beni la dicotomia privato/pubblico: dove beni pubblici, nel senso giuridico della titolarità pubblica, sono essenzialmente demanio e patrimonio indisponibile di Stato e altri enti pubblici. Solo l'art. 43 Cost. fornisce qualche riconoscimento ai beni *collettivi*, si badi, e non comuni, prefigurando il traferimento «allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale».

Pensando soprattutto ai beni immateriali, la Commissione Rodotà (2007) aveva cercato di introdurre nel Codice i benicomuni, definendoli come «le cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»: che è poi l'interpretazione evolutiva e costituzionalmente conforme dell'art. 810 c. c. cui accennavo sopra. Ma definizioni e classificazioni siffatte, o di altro tipo – che, come ci avverte Ludwig Wittgenstein, possono anche soddisfare esigenze puramente decorative – rischiano sempre di diventare irrilevanti: tanto da rendere comprensibile la tentazione di evitarle.

La qualità di essere oggetto di diritti fondamentali, e funzionali al libero sviluppo della persona, può infatti spettare anche a beni privati, come i farmaci salvavita, la cui commercializzazione è soggetta alla legge ferrea del copyright delle industrie farmaceutiche, o come la casa natale di Giacomo Leopardi. Qui si verificano due fenomeni abbastanza generali da meritare di essere segnalati. Primo, come mostrano gli esempi, anche qui, come per qualsiasi attuazione di principi costituzionali, si verificano conflitti fra diritti, risolti non dalle rivendicazioni delle moltitudini ma, più banalmente, dai giudici costituzionali. Nel caso, i diritti personali alla salute e/o a visitare la casa di Recanati prevalgono sui diritti patrimoniali delle industrie farmaceutiche e/o della famiglia Leopardi.

Secondo, si verifica a proposito dei beni lo stesso strano fenomeno che capita con la legittima difesa o con la Costituzione del 1947. Formulazioni di giuristi degli anni Trenta o Quaranta, indifferentemente fascisti o antifascisti, risultano scritte meglio e persino più liberali, nel senso di

rispettose dei diritti individuali, delle formulazioni giuridiche odierne. Si confrontino la formulazione originaria dell'art. 52 del Codice Rocco con i commi aggiunti dalla riforma del 2006, per non parlare di quelli su cui lavorano gli attuali riformatori, le lettere dell'art. 70 della Costituzione del 1947 e di quello che, mentre scrivo, vorrebbe sostituirlo.

Per introdurre la categoria dei beni comuni come specificazione della categoria dei beni pubblici, conservando la dicotomia pubblico/privato, si potrebbero seguire tre strade. La *prima* giusnaturalista e reicentrica, usa le classificazioni dei beni operate dagli economisti, con l'efficienza economica nel ruolo di natura delle cose. Come proposto da Luigino Bruni nel 2012 semplificando una quadripartizione risalente a Paul Samuelson, i benicomuni diventano i beni pubblici, dunque non escludibili, però *rivali*, ossia esposti alla *tragedy* denunciata da Hardin.

La *seconda* strada, giuspositivista e più centrata sulle persone che sui beni, guarda invece ai soggetti titolari di diritti sui beni: considerando dunque comuni i beni *collettivi*, la cui titolarità spetti a comunità di utenti o sui quali essi possano esercitare modalità di controllo democratiche o addirittura partecipative. Approfondendo categorie già implicite nel codice civile e nell'art. 43 della Costituzione, si giunge peraltro allo stesso risultato che con la classificazione economica: in senso stretto, 'benicomuni' continua a indicare la sottoclasse dei beni pubblici indicata da Hardin e Ostrom, salvo estensioni ad altri beni.

Il problema è che il tema dei benicomuni non è così importante solo per i beni pubblici rivali e/o collettivi che l'espressione, così, continuerebbe a designare propriamente: è importante proprio per le sue possibili estensioni. L'ambiente, la biodiversità, la difesa, la sicurezza, la conoscenza, internet, e molti servizi pubblici oggetto di fallimenti del mercato, sono la vera posta della discussione sui benicomuni. I beni pubblici, ma rivali e/o collettivi di Hardin e Ostrom, sono solo la punta dell'iceberg: e un iceberg che nell'antropocene, il pianeta soggetto ormai a scelte degli umani, rischia di consumarsi proprio come i ghiacciai.

L'unica strada percorribile, la *terza*, forse è proprio quella suggerita dalla nostra fallita riforma del Codice civile. Si tratta cioè di indicare con 'benicomuni', genericamente, tutti i beni «*funzionali* all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona» (corsivo aggiunto): indicando in questa loro funzione il carattere distintivo

di beni la cui titolarità può essere poi pubblica o privata. Il problema vero, e qui soccorre il modello metodologico della Ostrom, è poi dettare, partendo dai benicomuni in senso stretto come caso paradigmatico, discipline più o meno specifiche e puntuali, ma inevitabilmente *diverse*, per ogni classe di bene.

Scrivono la Ostrom in *The Future of the Commons*: «I sistemi di *governance* che hanno davvero funzionato sono modellati sulle particolari caratteristiche ambientali presenti in ciascun sistema, di pesca, di irrigazione, di pascolo, e anche nei sistemi sociali. C'è una diversità immensa, là fuori, e i sistemi di *governance* davvero funzionanti la rispecchiano. [...] meccanismi statali, di mercato o di benicomuni (*communitarian*) funzionano tutti, ognuno nel suo contesto. Qualcuno vorrebbe che dicessi che i sistemi di beni comuni sono sempre la cosa migliore: ma io non cadrò in questa trappola».

Di fatto, gran parte dei lavori della Ostrom è consistita proprio nel fornire liste dettagliate di criteri che determinano l'iscrizione di un bene alla categoria dei benicomuni. Per inciso, è questo, né maggiore né minore, l'apporto fornito dagli economisti; tocca a loro a valutare costi e benefici – in una parola equivoca e abusata, l'efficienza – dei diversi regimi proprietari proponibili per una stessa classe di beni. Resta inteso, però, che sono poi i giuristi, e in ultima istanza il legislatore democratico, a stabilire che la comunità di riferimento possa eventualmente accollarsi i costi di scelte economicamente inefficienti, ma umanamente più decenti.

Si pensi solo – per fare un esempio di drammatica attualità mentre scrivo (fine giugno 2016) – alla regolazione del sistema bancario e dei mercati finanziari: regolazione che va fatta ricadere sotto la categoria costituzionale e internazionale del benecomune risparmio, il quale andrebbe sottratto agli azzardi della speculazione finanziaria. Certo, la libera circolazione dei capitali può dirsi economicamente efficiente non foss'altro perché, in termini strettamente monetari, consente enormi arricchimenti a individui e imprese. Eppure tutti ormai dovrebbero aver compreso che non si può continuare a privilegiare la speculazione finanziaria sul risparmio delle famiglie.

All'accusa di paternalismo ritualmente rivolta a chi prospetta soluzioni che comportano regole e controlli sempre più fastidiosi, si potrebbe

replicare accettandola, ma rideclinandola in termini maternalistici. Non è un caso, forse, che il primo autore a scrivere sull'acqua come bene pubblico e/o comune, sul primo numero della prestigiosa *American Economic Review*, fosse, nel 1911, proprio una donna, Katharine Coman. Il fatto è che, per i benicomuni, soprattutto globali, il pianeta stesso rifiuta ormai la logica maschile dell'appropriazione e del possesso, accettando solo la logica femminile dell'accudimento e della cura.

PER UNA STORIA GIURIDICA DEI BENI COMUNI*

RICCARDO FERRANTE

“Bene comune” è ormai termine entrato nell’uso comune, in una parlata che lo utilizza in sensi assai generici, e in Italia almeno a partire dalla vicenda, per molti versi importante ed esemplare, della “acqua bene comune”. Il suo sviluppo è stato prototipico sotto diversi profili: la democrazia diretta e il suo tradimento, la nascita di movimenti che se ne sono fatti bandiera e l’hanno inserita nella loro costellazione di riferimento, il fallimento del sistema politico rappresentativo “tradizionale”.

Eppure, i profili giuridici della categoria “bene comune” appaiono ancora assai incerti, nonostante l’ampia e autorevole letteratura che incomincia a essere già disponibile su questo tema.

Ma appunto, come autorevolmente sostenuto, gli stessi singoli beni comuni sarebbero in via di definizione¹. Ad esempio potrebbe esserlo una piazza «in quanto luogo di accesso sociale e di scambio esistenziale»; per

* Il testo riproduce, con alcune integrazioni e modifiche, il saggio *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in *Ragion pratica*, 41, 2013, 319 – 332 e *Beni comuni, tra storia e diritto*, in *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, cur. M. Cosulich e G. Rolla, Napoli 2014, 13 ss. Per un ampio ed equilibrato quadro bibliografico si rinvia soprattutto a A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, Arcidosso 2013, 18–25; il volume di Dani, giurista-storico grande conoscitore del tema delle proprietà collettive, coniuga in modo particolarmente efficace intenti divulgativi e profondità scientifica, e se ne raccomanda caldamente la lettura. Dello stesso autore, non meno efficace, *Il concetto giuridico di “beni comuni” tra passato e presente*, in *Historia et ius*, www.historiaetius.eu – 6/2014.

¹ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011; IDEM, *Una risposta ad alcune critiche*, in *Notizie di Politeia*, 2012 (XXVIII, 107), 125-127.

essere certificata come «bene comune», in quel luogo dovrebbe essere «invalida un'ordinanza sindacale che dovesse impedire l'uso delle panchine ai senza tetto o illecita, perché discriminatoria, la decisione di una barista di non far sedere cittadini extracomunitari poveri». La piazza bene comune infatti «“appartiene” a una comunità tipicamente globale [...] e ciò nei modi e nelle forme di cui ciascuno è interprete». In particolare tutto ciò al di fuori degli alternativi regimi giuridici di proprietà privata e proprietà pubblica, e di qualsiasi valutazione secondo «la nota mitologia della legalità formale (*rule of law*)»².

«Beni comuni», così declinato, come noto traduce *commons*, e dunque in queste pagine va inteso con lo stesso significato anche il singolare «bene comune»; quest'ultima espressione però non va confusa col «bene comune» nel senso di *common Good*, categoria del politico, affatto diversa, e – va detto – con ben altra tradizione culturale e scientifica alle spalle³.

Ciò posto, la letteratura sui beni comuni tende ad utilizzare l'argomento storico a sostegno delle proprie tesi; di per sé, essendo io storico del diritto, trovo a priori questo metodo convincente. La storia – e la storia giuridico-istituzionale in specie – può essere però oggetto di approcci diversi.

Si inizia con la storia fatta sulle fonti, sulle carte d'archivio e sui testi più o meno antichi; è un lavoro duro, lungo e paziente, ma è quello che dà i risultati veri, originali. Si passa poi alla storia fatta con il supporto delle fonti secondarie e della storiografia; può rappresentare un bilancio, fatto in un determinato momento in un settore di indagine dato, e può fornire – se fatto professionalmente – una chiave interpretativa anche molto utile. Esiste poi la storia per sentito dire, magari con estem-

² IDEM, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 55.

³ Ovviamente le tematiche sono collegate. Recentemente E. I. MINEO, *Cose in comune e bene comune. L'ideologia della comunità in Italia nel tardo Medioevo*, in A. GAMBERINI, J.-Ph. GENET, A. ZORZI, *The languages of political society. Western Europe, 14th-17th centuries*, Roma 2011, 39-67, dove si declinano i termini «cose in comune» e «bene comune»; su questo secondo concetto E. LECUPPRE-DESJARDIN, A. L.VAN BRUAENE, *De bono commune. The discours and practice of common good in European city (13th – 16th c.)*, Turnhout 2010; *Il bene comune: forme di governo e gerarchie sociali nel basso Medioevo: atti del 48. Convegno storico internazionale, Todi, 9-12 ottobre 2011*, Spoleto 2012.

poranei riferimenti a qualche fonte (già edita) e pochi riferimenti bibliografici (magari solo uno), e dunque tacendone molti altri; è la storia per diletto, fintamente erudita, che di per sé non rappresenta un male, basta che sia presa per quello che è. I suoi cultori spesso prediligono un Medioevo senza tempo, un generico passato di maniera, con bluse larghe e cappelli di panno, insomma poco più che puro colore. Si tratta, venendo al tema che qui interessa, di un Medioevo – di chiara matrice romantica - «immaginario e distorto [...] popolato non da servi della gleba che cercavano di sfuggire alla loro condizione nascondendosi nelle città, ma da allegre brigate di liberi lavoratori»⁴.

Siamo in un terreno liminare al fantasioso passato della fiaba, che muove le grandi categorie dell'inconscio (il paradiso perduto, la paura dell'abbandono, l'abuso genitoriale, l'amore e la morte, il mostruoso...), anche per suscitare l'identificazione in una tradizione, cui tornare secondo un ben preciso disegno politico⁵.

Un primo elemento presente nella teoria dei beni comuni è la proiezione nella dimensione storica del concetto de «il comune», intendendolo come regime di vita che prevede l'utilizzo collettivo dei beni da parte dei membri della comunità (genericamente intesa).

Ora, in età medievale e moderna, almeno nella dimensione giuridica, «comune» è aggettivo applicato a concetti diversi. Innanzi tutto è usato in una dimensione comunitaria non ristretta, ma in chiave universalistica e innanzi tutto nel lemma *ius commune*, cioè di un diritto comune a tutti coloro che si riconoscono nelle due grandi autorità dell'Impero e della Chiesa. Ad esso per altro derogano i moltissimi diritti particola-

4 Così – a contraltare di Mattei, e in modo piuttosto convincente soprattutto nella rilettura dei due capisaldi G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 162, 1968, 1243-1248 e E. OSTROM, *Governing the commons* (1990), trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006, i presunti “orco” e “fata” dei beni comuni – E. VITALE, *Contro i beni comuni*, Roma-Bari 2013. Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 27 s.

5 Fin troppo noto come Jacob e Wilhelm Grimm – amici di Friedrich Carl von Savigny, dalla cui impostazione storicista furono molto influenzati – intendessero contribuire alla formazione di una identità culturale tedesca raccogliendo a tale scopo le favole della tradizione germanica. Cito Savigny, straordinaria figura con cui tutt'ora il giurista storico si confronta, anche per il recupero delle sue teorie «comunitaristiche» da parte dei teorici dei beni comuni; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012, 13.

ri – questa volta sì – delle comunità territoriali, che però sono indicati come *iura propria*, a intendere una visione certo fortemente identitaria, in senso collettivo, ma anche escludente i soggetti che a quella ristretta comunità non appartengono per nascita. Nel Medioevo, quello vero, se non sei formalmente membro della piccola comunità (cittadina, rurale, di valle...), sei semplicemente privo di diritti; la rappresaglia sullo straniero non è un mezzo barbaro di vendetta, ma banalmente un istituto giuridico del diritto medievale.

Il termine *commune*, come sostantivo, è utilizzato innanzi tutto nell'espressione *commune civitatis*, dunque con riferimento a una realtà politica urbana – concettualmente opposta a quella agreste *extra moenia* – che nasce dalla rottura di equilibri socio-economici tradizionali (alto-medievali), e si fonda piuttosto su valori politico-giuridici protoborghesi. Poi naturalmente ci sono le comunità (*universitates*) non cittadine.

Rimane certo che il Medioevo viveva di un rete di comunità, costruite intorno a tradizioni e valori condivisi (o più semplicemente a interessi economici), che soprattutto fornivano protezione in un mondo in cui il singolo – da individuo isolato – era esposto a gravi pericoli, di ogni genere⁶. Una sorta di società naturale dove era possibile difendersi solo con particolari (e non generali, «statuali») legami sociali, che implicavano conformismo sociale, regole spesso molto rigide ed anche crudelmente escludenti dell'altro; insomma, si tratta di una dimensione che vede l'uomo del Medioevo come innanzi tutto «fedele»: a una religione, a un signore, a una comunità ristretta, a un clan familiare, a una corporazione professionale, ecc. Una dimensione complessa, da conoscere caso per caso, modificata già dal processo di istituzionalizzazione del *commune civitatis* (dunque ancora in una fase pre-moderna), ma non ovunque e mai allo stesso modo.

Dunque «il comune», distrutto dalla modernità, posto a premessa della teoria dei beni comuni appare una categoria generale assai astratta cui si fa difficoltà a dare profili chiari e affidabili. Per altro il Medioevo giuridico proposto dalla medesima teoria – quantomeno nel suo «manifestarsi» – richiama insistentemente le pagine di uno storico del diritto di grandissima autorevolezza come Paolo Grossi (attualmente giudice

6 A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., 36-42.

costituzionale)⁷. Da più parti lo si indica come vero e proprio antesignano della teoria dei beni comuni⁸.

Grossi parte dal «primitivismo» e «naturalismo» altomedievali, concentrando in effetti la propria attenzione sulla dimensione dominicale. La «proprietà formale», ci ricorda, in questa fase viene meno, proprio a causa del disastro istituzionale post-diocleziano, ma le linee di cambiamento, l'adeguamento a una nuova realtà nei rapporti con la cosa, si ha nelle «situazioni reali», nel moltiplicarsi dei diritti di godimento, nel rapporto tra proprietario e concessionario, e senza far perno specifico sulle forme di proprietà collettiva⁹. Esse convivono, in modo armonico, con

7 In particolare P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995.

8 Risalendo a IDEM, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, e con ciò accostato a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna 2013; al che aggiungo R. BONINI, *La proprietà, il terribile diritto: eguaglianza degli uomini e destinazione dei beni nel settecento illuminista*, Padova 1994, ricco di fonti storiche sul tema della proprietà. Quanto all'invasione del lemma «bene comune», si veda ad es. – tanto per rimanere nel campo della filosofia politica e della teoria giuridica – il mutamento di titolo scelto (presumo) dall'editore per M. SANDEL, *Justice. What's the right thing to do* (2009), tr. it. *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano 2010.

9 Casomai altrove: «Non si pensi a una rivoluzione brusca, a un rovesciamento completo del caposaldo della proprietà individuale. Nemmeno il più barbarico momento protomedievale, pur con il dilatarsi delle forme gestionali collettive e individuali non-proprietarie, ha mai smentito un'idea formale di proprietà individuale come elemento legittimante della appartenenza» (P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 100). Il passaggio tra Medioevo ed età moderna, sul fronte dominicale, è non tanto quello da proprietà collettiva (che per altro resiste molto a lungo, e nemmeno tanto residualmente ancora oggi) a proprietà privata, ma dal «dominio diviso» (cioè un coacervo di diritti reali organizzati su un'asse principale che è quella che articola tra loro, su un medesimo bene immobile, il *dominium eminens*, astratto, e il *dominium utile*, cioè l'esercizio effettivo del possesso) alla «proprietà moderna», di matrice romanistica e sancita dal Codice Napoleone per rendere i beni effettivamente negoziabili. Su questo cfr. anche IDEM, *Il dominio e le cose. Percezioni medievale dei diritti reali*, Milano 1992. Invocare il Medioevo comporterebbe anche ricordare che le popolazioni della sua prima fase, le tribù germaniche, erano nomadi, e dunque semplicemente non conoscevano la dimensione proprietaria, nemmeno quella collettiva (e nemmeno il testamento, il consenso contrattuale, ecc.). Gli stanziamenti la fecero emergere, ma in una dimensione clanica (cioè in forme di possesso familiare); cfr. ad es. R. C. VAN CAENEGEM, *An historical introduction to private law*

il regime di proprietà piena, che si concretizza talvolta nella piccola proprietà contadina, altre volte in proprietà estese, secondo una plasticità che non può essere racchiusa in schemi ideologici attuali¹⁰. In quella fase il soggetto è «partecipe della vita stessa della cosa grazie alle forze della detenzione, del godimento, della loro durata, dell'energia-lavoro unitiva fra lavoro e cosa», dunque «all'insegna di un marcato reicentrismo»¹¹; e comunque – sempre per evitare pericolosi fraintendimenti - non va dimenticato quanto sia «scorretto e antistorico pensare al primo medioevo come a un mondo di individui garantiti nei propri diritti»¹².

Elemento forte è il comunitarismo, in una società «che non fa conto sull'individuo». E difatti l'individuo, isolato, non può raggiungere la *pulchritudo*, che è «bellezza che risiede nel tutto, nell'ordine che armonizza e compone in unità»; ma questo si genera nel «flusso che dalle cose sale al Divino e dal Divino discende alle cose», come teorizzano sant'Agostino, Ugo da San Vittore, san Tommaso, e allora «anche se la Grazia opera sui singoli e per i singoli, è nella *universitas* che trova il terreno indispensabile per effondersi» (Ugo da San Vittore)¹³. D'altronde: «di una presenza della Chiesa (cioè, ovviamente, della Chiesa Romana) nella civiltà medievale nessuno dubita: questa civiltà è per buona parte creatura sua»¹⁴.

Posto questo contesto storico e culturale e scelto un taglio di analisi come ad esempio quello di Grossi, è lecito chiedersi quanto sia poi corretto contemporaneamente richiamare la Pacha Mama delle ultime costituzioni dell'America latina (come fanno i teorici dei beni comuni),

(1992), trad. it. *Introduzione storica al diritto privato*, Bologna 1995, 225 s.

10 A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., 42-47.

11 Credo che questa accentuazione spieghi come la ricostruzione grossiana possa essere assunta da precedente storico da chi si rifà alla c.d. «ecologia profonda», su cui in particolare F. CAPRA, *The web of life* (1996), tr. it. *La rete della vita. Una nuova visione della natura e della scienza*, Milano 2001, 13-24, autore richiamato da Mattei.

12 P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 71-73.

13 *Ibid.*, 75-77.

14 *Ibid.*, 109. Nel secondo Medioevo, quello che Grossi indica come «sapienziale», sarà la dottrina giuridica – in base al suo *principatus* – a costruire gli schemi ordinanti della società.

in una sorta di sincretismo spazio temporale, in cui in effetti rientra un po' tutto, e allo stesso modo si può tagliare fuori ciò che non conviene¹⁵.

Non si vuole con ciò negare che l'auspicio di Grossi sia per un netto ridimensionamento dello Stato, una riappropriazione del diritto da parte dei giuristi contro l'assolutismo giuridico di matrice illuminista e dunque a favore di un nuovo diritto sapienziale, di afflato universale (e non più statale-nazionale), magari anche sulla base degli insegnamenti del secondo Medioevo. Ma appunto senza riproduzioni antistoriche¹⁶.

Una delle due leve della mortifera tenaglia che ha spezzato «il comune» sarebbe costituita dallo Stato moderno (l'altra, dalla proprietà privata). La categoria «stato moderno» è stata però oggetto negli ultimi decenni di revisioni profonde, se non addirittura di attacchi radicali, che hanno condotto una larga e autorevole area della scienza storica a negare l'esistenza di una tale realtà istituzionale, posticipando la nascita dello stato all'avviarsi dello stato-amministrazione del primo Ottocento¹⁷. Al di là delle diverse opinioni, alcuni punti fermi sono sicuri. Innan-

15 E senza dimenticare che la suggestione dei modelli proprietari del Nuovo mondo ha una tradizione risalente; ad esempio si vedano le osservazioni di Gianrinaldo Carli, nel 1777, sulla proprietà presso gli Incas; R. BONINI, *op. cit.*, 145 ss. Per un quadro storico-giuridico, e anche sui profili proprietari, della «conquista», A. A. CASSI, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Roma-Bari 2007. Più in generale in precedenza, attraverso le ricerche sulle popolazioni originarie del sud America e in una visione anti-statale attenta alle componenti primitive, P. CLASTRES, *La société contre l'État. Recherches d'anthropologie politique* (1974), tr. it. *La società contro lo Stato. Ricerche di antropologia giuridica*, Milano 1980: «La storia dei popoli, che hanno una storia è, si dice, la storia della lotta delle classi. La storia dei popoli senza storia è, si dirà con almeno altrettanta verità, la storia della loro lotta contro lo Stato».

16 P. GROSSI, *Unità giuridica europea: Medioevo prossimo futuro?* (2002), in IDEM, *Società. Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, 67: «La maturità di tempi medievali fu realtà originale, storicamente tipica, perché provocata dalla incandescenza di quel momento storico. Una sua riproduzione manca di fondamento, sa di antistoricità. Quel medioevo è irrimediabilmente consumato nella sua vicenda storica. Ovviamente, cade anche l'ipotesi arrischiata di un modello; e non solo per le cautele sopra segnalate, ma in grazia della sua assoluta e irrimediabile tipicità».

17 Un ampio bilancio, ad esempio, era già possibile venti anni fa in L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di «Stato moderno»*, in *Storia Amministrazione Costituzione*, Annale I.S.A.P., 2, 1994, 259-297; da ultimo F. BENIGNO, *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma 2013, 141-184. Sul fronte storico-giuridico

zi tutto valutare come un errore esiziale di prospettiva pensare allo Stato come qualcosa che si sviluppa secondo standard comuni in ogni luogo d'Europa. Non sono confrontabili, che ne so, realtà principesche con realtà repubblicano-aristocratiche, stati regionali con stati nazionali. Gli stati principeschi sono molto diversi tra loro, basti pensare a una monarchia assoluta come quella francese o al «governo misto» (o «governo moderato», secondo i diversi schemi e lessici del pensiero politico dell'età moderna) inglese, o ai principati germanici. Ugualmente diverse tra loro le esperienze politiche di matrice comunale, che si perpetuano in età moderna (fin dentro a quella contemporanea) come le repubbliche, per altro con un rapporto molto diversificato col loro «contado», col loro «distretto», col loro «dominio», dove si stanziano soluzioni comunitarie molto diverse e spesso molto resistenti. Lo stesso Grossi ha largamente spiegato la precarietà del modello statale tra Medioevo ed Età moderna, parlando di diritto senza stato e stato senza diritto. Soprattutto ha messo in guardia dai continuismi, dai disinvolti trapianti di termini e concetti da epoca a epoca senza storicizzare¹⁸.

e costituzionalistico M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in IDEM (a cura di) *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, 2-36 (in particolare sui modelli di «Stato giurisdizionale», «Stato di diritto», «Stato legislativo e amministrativo», «Stato costituzionale» che si susseguono temporalmente) e per lo scenario complessivo R. C. VAN CAENEGEM, *An historical introduction to Western constitutional law* (1995), tr. it. *Il diritto costituzionale occidentale. Un'introduzione storica*, Roma 2003. Sul caso inglese, con utilizzo del termine Stato moderno, J.-PH. GENET, *La genèse de l'État moderne. Culture et société politique en Angleterre*, Paris 2003. Per altro, la stessa idea di stato nazionale, e di nazione in particolare, a un'indagine più ravvicinata denota un panorama assai accidentato, come dimostrano di esserlo le stesse dinamiche di appartenenza territoriale e di identità locale; per l'esempio italiano, da ultimo, A. DE BENEDICTIS, I. FOSI, L. MANNORI, *Identità politiche e appartenenze regionali fra Settecento e Ottocento*, Roma 2012.

18 P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 11: «Noi moderni usiamo correntemente concetti e termini come “Stato”, “sovrانيتà”, “legge”, “legalità”, “interpretazione”, caricandoli di quei contenuti che la coscienza moderna vi ha grevemente sedimentato; concetti e termini compromessi inevitabilmente da quei contenuti. Se, come disinvoltamente si fa da storici e anche da storici del diritto, siffatti termini vengono trapiantati nel tessuto medievale quasi che un *continuum* legasse quel tessuto a noi; se invece, come positivamente è, il rapporto medievale/moderno si pone all'insegna della discontinuità con un cambiamento dei valori portanti dell'universo

Incominciando a chiudere sulla storia economico-giuridico-istituzionale va detto che la bibliografia disponibile è molto ampia e, se lo si preferisce, a partire proprio da Elinor Ostrom, similmente a Grossi invocata come uno dei precursori scientifici della teoria dei beni comuni. Ma anche dalla sterminata storiografia sulle comunità del contado europeo tra Medioevo ed Età moderna, a partire dal contributo di Marc Bloch, la cui straordinaria opera è ripetutamente ricordata dallo stesso Grossi¹⁹. Il Bloch de *La società feudale*, naturalmente, ma anche quello di un'operetta assai significativa, come si evince già dal titolo: *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII siècle*, tratta dagli «Annales» del 1930. L'editore – si badi bene, Jaca Book, concentrata all'epoca sui temi comunitaristici, fronte cattolico – preferì tradurre con *La fine della comunità e la nascita dell'individualismo agrario nella Francia del XVIII secolo* (1979)²⁰.

politico e giuridico; quei concetti-termini si risolvono in una forzatura della realtà storica e anziché strumenti di comprensione, fungono piuttosto da pericolose matrici di fraintendimenti ed equivoci». L'idea poi che legge e Stato siano sotto ordinati al diritto, il qual deve invece scaturire dal sociale, è la portante di P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003.

19 Ad esempio IDEM, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., 35-36.

20 Molto emblematico l'avvio di M. BLOCH, *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII siècle* (1930), tr. it. *La fine della comunità e la nascita dell'individualismo agrario nella Francia del XVIII*, Milano 1979, 11-12, anche per comprendere i contesti di cultura giuridico-politica da tenere a mente: «Nel 1864, giunto al termine di una lunga vita operosa il cui solo riferimento costante era stato un gusto molto pronunciato per l'ordine sociale, Dupin il maggiore trovò nelle *Coutume de Nivernais* di Guy Coquille alcune parole che lo scossero profondamente. Spiegando come mai, nel suo paese, la maggior parte dei prati venisse aperta, dopo la prima falciatura, al bestiame di tutti, il vecchio giurista del Rinascimento aveva scritto: "Prima che le proprietà delle cose fossero distinte, tutto era pubblico e comune. E bisogna pensare che i primi autori delle leggi che hanno regolato i popoli per farli vivere in pace [...] abbiano riservato alla collettività, mantenendolo nella sua primitiva condizione, ciò che era necessario per la vita di tutti insieme [...] Pertanto si può dire che il signore di un prato da fieno non ne è signore nella piena proprietà, ma soltanto per servirsene nelle forme secondo cui la Consuetudine gli ha dato diritto e licenza". Simili idee, commenta Dupin, "semberebbero un po' socialiste se le si isolasse dalle altre dottrine di questo autore, che sono essenzialmente conservatrici". Antitesi ingannevole! Questo "socialismo" – diciamo più esattamente questa mentalità comunitaria – erano nell'antica Francia rurale parte di una tradizione consolidata; nella misura in cui

E poi l'ampia letteratura su proprietà collettive e usi civici, temi assai e ben arati dalla storiografia giuridica italiana²¹. Il dato comune è la necessità di attuare analisi di dettaglio, sulle singole esperienze, proprio perché questi sistemi di risorse collettive – come la stessa Ostrom evidenzia – si realizzano efficacemente solo su scala ridotta (soggetti interessati: 50/15.000 individui)²². Per altro sarebbe interessante, e storiograficamente corretto, tenere conto dell'ampia letteratura di matrice fisiocratica che tra fine Settecento e inizio Ottocento fornisce molti dati sull'incidenza (ancora molto ampia) e sulle conseguenze economiche e sociali dei «beni comunali», bastando casomai depurarla delle talvolta molto evidenti componenti ideologiche.

Colpisce, nella letteratura italiana sui beni comuni, l'insistito richiamo soprattutto alle *enclosures* inglesi, e non tanto per l'effettivo rilievo di questo fenomeno, quanto piuttosto per il fatto che sarebbe molto più semplice, e forse anche meglio comprensibile per il lettore italiano, la vicenda delle “chiudende” in Sardegna, anticipate già nella seconda metà del '700 da chiusure e *cussorgie* (usi esclusivi concessi in terreni sottoposti ad *ademprio*, cioè uso collettivo). Vicenda ben conosciuta dalla storiografia e ben studiata anche da storici di formazione giuridica²³; vi-

presero a combatterli, i tempi moderni, il XVIII secolo in particolare, fecero opera di rivoluzione». Quanto al capolavoro di Bloch, cfr. M. BLOCH, *La Société féodale* (1939-1940), tr. it. *La società feudale*, III ed., Torino 1959.

21 Ad esempio, per l'ampiezza dell'indagine, A. DANI, *Usi civici nello Stato di Siena di età medicea*, Bologna 2003. Questa letteratura, di taglio giuridico e frutto di impegnativi studi d'archivio, non è citata da Mattei. Ma in genere non lo sono nemmeno gli studi italiani recenti, ben agganciati alle fonti, sul *commons governing*: G. ALFANI, R. RAO (a cura di), *La gestione delle risorse collettive. Italia settentrionale secoli XII-XVIII*, Milano 2011 (si veda, in particolare, l'inquadramento proposto nell'*Introduzione*, sempre a partire da G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, cit., e E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit.).

22 E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit., 44; sul punto si sofferma E. VITALE, *Contro i beni comuni*, cit., 10-14.

23 Da ultimo A. MATTONE, *Salti, adempri, cussorgie. I domini collettivi sul pascolo nella Sardegna medievale e moderna (secoli XII-XX)*, in A. MATTONE – P. F. SIMBULA (a cura di), *La pastorizia mediterranea. Storia e diritto (secoli XI-XX)*, Roma 2011, 170-253; IDEM, *Nel crepuscolo degli usi collettivi in Sardegna. Dall'introduzione della proprietà «perfetta» all'abolizione dei diritti di ademprio (1820-1865)*, in *La Sarde-*

cenda che in effetti potrebbe portare non poca acqua al mulino – un po' sgangherato – del benicomunismo. In breve: il Re di Sardegna promulga nel 1820 (ma pubblica nel 1823) il *Regio editto sulle chiudende, sopra i terreni comuni e della Corona, e sopra i tabacchi*, con cui si autorizza «qualunque proprietario a liberamente chiudere di siepe, o di muro, vallar di fossa, qualunque suo terreno non soggetto a servitù di pascolo, di passaggio, di fontana o d'abbeveratoio». In una terra dura e difficile, dove la pastorizia era risorsa economica principale e dove, proprio per le caratteristiche del territorio, era storicamente praticato il pascolo brado, il provvedimento era destinato a produrre effetti devastanti, e a disegnare anche un particolare percorso di storia criminale (oltre che innanzi tutto di disperazione sociale). Era una politica fortemente avversa agli usi collettivi che da lì a poco avrebbe avuto un *pendant francese* in quel *Codice forestale* (1827) che, prevedendo la vendita ai privati di foreste comunali, avrebbe irrigidito le misure contro diritti di pascolo e di legnatico.

Quella delle chiusure era una politica, come già detto, ritenuta modernizzante già nel tardo Settecento fisiocratico (anche italiano), e si era arricchita di sostenitori anche all'inizio del nuovo secolo attraverso le analisi economico-politiche sullo sviluppo dell'agricoltura; la proprietà collettiva era letta come un retaggio feudale, inefficiente, mal gestita e che danneggiava i fondi confinanti²⁴. D'altronde erano gli anni della

gna nel Risorgimento, diretta da F. Atzeni e A. Mattone, Roma 2014, 481–589.

24 «Tutti sanno, che i beni comunali traggono generalmente la loro origine dal Governo feudale, o da quelle epoche di barbarie, d'ignoranza, di miseria o popolazione, nelle quali l'uomo non sapendo come meglio procurarsi la sua sussistenza, si fissava qua e là come cacciatore o come pastore, non curando o aborrendo anche tutto ciò che appartenere poteva ad ogni utile coltivazione della terra»; V. DANDOLO, *Sulla pastorizia, sull'agricoltura e su varj altri oggetti di pubblica economia*, Milano 1806, *Discorso settimo: sui beni comunali*, 209. E proseguiva elencando i *Mali economici che derivano alla Nazione dall'esistenza attuale dei beni comunali*: «1. Che da tali beni non si possono trarre sostanze atte ad alimentar l'uomo, e quindi atte all'aumento vero e reale della nazionale ricchezza; 2. Che dai boschi comunali non si trae un decimo della legna, che si trarrebbe se fossero essi proprietà particolari, o posti fossero sotto la salvaguardia dell'interesse privato; 3. Che dai pascoli comunali trar non si possono né utili pascoli né prati buoni per la conservazione, aumento e miglioramento delle nostre razze di bestiami».

codificazione del diritto civile e con ciò della piena affermazione della *proprietà borghese* (assoluta, di matrice romanistica, *moderna*), che difatti sarebbe arrivata in Sardegna con il *Codice civile* albertino del 1837 (appunto, anche questo, di matrice francese) dopo la “fusione perfetta” col Regno di Sardegna del 1847.

Eppure nell'isola, in una generale scarsità di risorse e fino all'introduzione della *proprietà perfetta*, il diritto all'uso collettivo della terra (il già ricordato *adempriovio*) da parte degli appartenenti alla locale comunità era effettivamente ristretto al soddisfacimento dei puri bisogni individuali, tra cui appunto quello di far pascolare le proprie pecore e capre²⁵. L'editto della chiudende fu appunto la risposta a esigenze nuove nel campo agricolo, ritenute strategiche dallo stato sabaudo: favorire la coltura dell'ulivo, dei cereali e in genere migliorare lo stato dei terreni agricoli quando quello delle terre aperte era ritenuto pessimo. Ma la legge del 1820, e quelle successive sul punto, da una parte causarono reazioni e vere e proprie ribellioni, dall'altra non misero i piccoli proprietari nelle condizioni di rendere effettivamente possibile lo sviluppo auspicato; ma la scelta era compiuta e la sanzione conclusiva fu nel 1865 la definitiva abrogazione di *adempriovi* e *cussorgie*. Tutto questo, senza che si risolvesse il problema dell'arretratezza della Sardegna rispetto ad altre zone del Regno d'Italia; non era stato in effetti dimostrato il nesso tra lo sviluppo agricolo e il superamento di quello, che già Cattaneo (nel 1851 e parlando del Canton Ticino e del pascolo vago) aveva definito un “diverso modo di possedere”.

Infine, richiamando un altro *leit-motiv* della dottrina benicomunista, quanto allo «stato sovrano», inteso come un'entità politica che domina lo scenario europeo nella Età post-aurea (cioè post-medievale, cioè in Età moderna), tale e quale ovunque, va detta una verità stranota agli storici: non è esistito, punto. Il tema della sovranità è estremamente complesso e ci vuole mano ferma e grande perizia nel maneggiarlo. Tra l'altro è totalmente fuorviante sostenere – *sic et simpliciter* – che non riguardi la fase medievale²⁶. Fuorviante è in particolare sostenere che il

25 A. MATTONE, *Nel crepuscolo degli usi collettivi*, cit., 483.

26 Suggesto, per rimanere all'ambito della cultura giuridica, un prezioso libricino di un altro grande maestro di storia del diritto: E. CORTESE, *Il problema della sovranità*

Medioevo politico-sociale si risolve nella dimensione comunitaria. Basta alzare gli occhi a uno dei maggiori trattati politici medievali, l'*Allegoria del buon Governo* di Lorenzetti, che affresca il Palazzo pubblico di Siena (1338-1339). Con tutti i segni della sovranità domina sulla città e sul contado il Comune in signoria, un vegliardo dal cipiglio minaccioso. Il testo è ricco di rimandi tomistici, come noto; grande rilievo vi ha la giustizia, e infatti dai piatti della sua bilancia partono le funi che legano il polso, oltre a legare tra loro, dei membri di quella comunità cittadina fino ad arrivare al polso del vegliardo. La lettura più accreditata è che quella fune sia il diritto, la *lex (ligare)*; insomma – *absit iniuria verbis* e ben sapendo di non poter trasferire concetti da epoca a epoca, e parlando dunque in genere – dominano sovranità e legalità. Se si vuol parlare genericamente di Stato sovrano per l'Età moderna, allora anche questo è Stato (il vegliardo, le funi, i soldati...), ed è questo Stato a garantire il benessere della città e del contado, in un affresco che sembra davvero rappresentare l'età dell'oro, anche perché probabilmente lì, con quel sistema di governo sovrano, lo era davvero²⁷.

Avviandosi a concludere - per scampare definitivamente la dimensione dell'idillio e seguendo chi non dimostra nessuna preclusione alla categoria dei domini comunitari (anzi) - non va occultato il «lato oscuro dei beni comuni»²⁸.

Il ventaglio delle evenienze è vasto: il consolidarsi di situazioni oligarchiche già nel Medioevo, abusi vari, litigiosità cronica, fino alle pesanti critiche di inefficienze avanzate con forza dal pensiero liberista e fisiocratico dalla metà del '700 in poi, o più semplicemente dai proprietari confinanti delle proprietà collettive che lamentavano sconfinamenti e danni patiti nei propri fondi (presunti esempi di modernità agricola ed efficienza produttiva). Ancora oggi vivono strutture associative di uso

nel pensiero giuridico medievale (1966), Roma 1982.

27 La bibliografia è infinita. Scelgo, anche per gli altri saggi che lo accompagnano nel medesimo volume, M. ASCHERI, *La Siena del 'buon governo' (1287-1355)*, in *Politica e cultura nelle repubbliche italiane dal Medioevo all'Età moderna*, Roma 2001, 82-107; da ultimo R. M. DESSI, *Il bene comune nella comunicazione verbale e visiva. Indagini sugli affreschi del "Buon Governo"*, in *Il bene comune: forme di governo e gerarchie sociali nel basso Medioevo*, cit.

28 A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., 79 ss.

civico che rivendicano – anche con un certo cipiglio – la conservazione integrale della lor tradizione, con tanto di discriminazioni di genere (rileva nella gestione consortile il solo “capofamiglia”, e poi il primogenito maschio) e financo di esclusioni esplicite a danno dei “figli illegittimi” (equiparati – niente meno che - ai “forestieri”).

L'utilizzo collettivo delle risorse rimane una realtà viva, ma nella sua ridotta dimensione locale, storicamente frantumata. Per stare a ciò di cui ho una minima nozione diretta, nella provincia di Trieste, dimensionalmente assai esigua, sopravvive un complesso sistema di usi civici, vicinie, comunioni famigliari e consorzi, con centinaia di amministratori. Non entro nelle questioni, anche spinose, di diritto amministrativo, e allora annoto solo come qui la proprietà collettiva sia chiamata «comunella», però in un Carso largamente sloveno che utilizza, per indicarla, un termine proprio: «jus». Non ho le competenze per spiegare questa torsione linguistica, ma certo l'emergere del lemma latino, per descrivere una situazione reale tradizionale e fortemente identitaria, qualcosa significa; una memoria forte e persistente, credo, di un sistema giuridico europeo comune che in fondo proprio nello *jus* del *dominus* aveva uno dei suoi perni concettuali.

Infine, la sensazione è che sia poco corretto parlare oggi di «benicomunismo», e non solo perché parola orribile (è vero, lo è), ma perché la eco che eventualmente solleva sarebbe fuorviante. Qui non si vuole «abolire la proprietà borghese», ma anzi confermarla²⁹. Si vuole caso-

29 «Quando a destra si propone di “ridefinire” i confini della presenza dello Stato si dà per scontato che ciò debba avvenire a favore della proprietà privata, cioè del profitto d'impresa e del c.d. libero mercato. In realtà una tale ridefinizione potrebbe paradossalmente essere condivisa dai movimenti per i beni comuni, purché essa lasci spazio a una maggiore estensione dell'ambito del comune (sottratto tanto allo Stato quanto alla proprietà privata) a favore di una diversa logica, quella dell'autentica democrazia partecipativa». Tutto ciò per «far ripartire una narrativa controegemonica» (U. MATTEL, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 105-106). E però viene in mente quanto dice il *Manifesto del partito comunista* sul «socialismo piccolo borghese»: «Tuttavia, quanto al suo contenuto positivo, questo socialismo o vuole restaurare gli antichi mezzi di produzione e di traffico, e con essi i vecchi rapporti di proprietà e la vecchia società, o vuole rinchiudere di nuovo, con la forza, entro i limiti degli antichi rapporti di proprietà i mezzi moderni di produzione e di traffico che li hanno fatti saltare per aria. In entrambi i casi esso è insieme reazionario e utopistico. Corporazioni nella manifattura e economia patriarcale nelle campagne: ecco la sua ultima parola. Nel suo

mai attaccare la proprietà pubblica, insomma quello spazio demaniale rappresentato dalla piazza di cui si è già detto. E questo nel nome di una sorta di comunitarismo, i cui profili incerti conducono all'abbraccio col neomedievalismo istituzionale³⁰. Col risultato che da un'ormai largamente condivisa sensibilità ecologista, si cerca il cambio di passo verso un neocomunitarismo esplicitamente recessivo (ma sarebbe più corretto dire: regressivo), dunque in sostanza un passo indietro, col che la decrescita diventa anche sociale e politica (e nel secolo breve è già accaduto)³¹. Insomma quella «riapparizione di una civiltà», in base alla quale Goubert – dopo aver ampiamente illustrato l'impegno de «lo Stato contro le società» – vaticinava il ritorno all'*ancien régime*³².

Tutto considerato la categoria dei beni comuni – contrariamente alle premesse – al momento pare fortemente minacciata dalla lettura storicista del neocomunitarismo, là dove gli elementi dichiarati formanti son in realtà largamente infondati storicamente e rischiano di essere piuttosto una zavorra che tira a fondo tutta la delicata questione. L'emergere di questo terzo genere proprietario va governato senza arbitrarie appropriazioni di istituti storici e dunque senza ambiguità, come d'altronde Grossi e Rodotà (per altro secondo prospettive non coincidenti) spiegano bene³³. Con ogni probabilità la civilistica si prepara ad

ulteriore sviluppo questa tendenza è andata a finire nella depressione dopo l'ebbrezza».

30 Si ritiene che «gli assetti della globalizzazione economica e istituzionale, interpretati in chiave neomedievale, rendano maturi i temi per la riemersione del comune» (U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., XVIII). «Come nel Medioevo le rivolte contadine si scatenarono sempre per difendere luoghi e beni comuni contro la cupidigia del potere formale, così nel nuovo medioevo i tempi sembrano maturi per rivolte e insurrezioni» (Ibid., 24).

31 Ibid., 102-103: «L'ecologia invece, sola visione politica che può oggi fornire una mappa per invertire la rotta, si fonda fin dalle sue origini sulla tradizione recessiva, al cui centro si colloca la comunità».

32 P. GOUBERT, *L'ancien régime*. 1. *La société*. 2. *Les pouvoirs* (1973), tr. it. *L'ancien régime. La società, i poteri*, Milano 1999, 407-450 e 665-682. Cfr. anche G. DE LAGARDE, *Réflexions sur la cristallisation de la notion d'Etat au XVI^me siècle*, in *Umanesimo e scienza politica*, a cura di E. Castelli, Milano 1951, 247-256.

33 E su questo, molto attentamente, S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit.,

un'ampia discesa in campo, e francamente a questo punto se ne sente il bisogno³⁴; la storia giuridica avrà un suo spazio, come è sempre stato nell'affrontare i temi "progressivi" (detto senza offesa...), l'importante è che sia presa sul serio.

319 e poi S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., 470, dove si precisa: «Che [la proprietà comune] tuttavia, non deve essere considerata con lo sguardo nostalgico di chi vede in questo fenomeno il semplice ritorno ai tempi che precedettero, in Inghilterra, le "enclosures" delle terre comuni, altrove, il predominio della proprietà solitaria. Non è tanto "un altro modo di possedere" [cita P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit.], ma la necessaria costruzione dell'"opposto della proprietà". Questo è un punto da considerare con attenzione, non per liberarsi del passato, ma perché talune ricostruzioni in materia di beni comuni portano con sé, espliciti o impliciti, chiari riferimenti alla premodernità, di cui talora si ripropone una rivalutazione. "Nel nuovo medioevo i tempi sembrano maturi per rivolte ed insurrezioni" [cita U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit.]. Si coglie qui una consonanza con il "neomedievalismo istituzionale"». Su quest'ultima categoria già in precedenza S. RODOTÀ, *La democrazia tra piazza e palazzo*, in *La Repubblica*, 16 maggio 2007: «La scissione tra partecipazione e rappresentanza sta già producendo uno spostamento della capacità rappresentativa verso modalità e luoghi che mettono in discussione non le forme invecchiate della democrazia rappresentativa, ma la stessa logica democratica. Si parla di un "neomedievalismo istituzionale" che, in un mondo ormai senza più centro, fa emergere la realtà di grandi coalizioni d'interessi, soprattutto economici, che s'impadroniscono del reale potere di governo, utilizzando potentemente anche le nuove tecnologie. Lo stesso accade nella dimensione nazionale, dove la capacità rappresentativa abbandona i parlamenti, s'incarna nelle più diverse corporazioni, ci offre l'immagine di una società a suo modo feudale. Post-democrazia o congedo dalla democrazia?».

34 Spunti importanti, anche per collocare storicamente un nuovo interesse della scienza giuridica civilistica per i beni comuni, in A. SOMMA, *Democrazia, economia e diritto private. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVI/2, 461-494. Circa un "terzo genere proprietario" - cioè un *dominio comunitario* presente in età pre-moderna, visto nei suoi profili giuridici anche su base giurisprudenziale (anche se un po' tarda...) - cfr. A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., 68-74.

NOTE A MARGINE DELLA TAVOLA ROTONDA SU “BENI COMUNI E GESTIONE DEI SERVIZI TRA PUBBLICO E PRIVATO”

MARIO FIORENTINI

Limitero' qui le mie riflessioni a qualche osservazione un po' estemporanea e lontana da qualsiasi pretesa di organicita'.

1. La discussione dipanatasi in questa Tavola Rotonda sul problema attualissimo delle forme di gestione di alcune categorie particolari di beni, definiti “comuni”, non poteva non prendere di mira il “manifesto” di Ugo Mattei¹. Uno scritto improvvido, composto evidentemente di getto e senza una preliminare analisi ne' una sufficiente riflessione, giuridicamente e soprattutto storicamente fondata, sull'argomento principale addotto a sostegno della soluzione proposta per contrastare il fenomeno delle privatizzazioni selvagge, ossia il ritorno ad una gestione dei beni comuni di stampo sostanzialmente medievale. Ma anche un piccolo libro che ha scontato una certa antipatia in settori non marginali della ricerca, di cui e' capofila la nuova bibbia anticomunista di Ermanno Vitale², il cui sarcasmo (poi fatto proprio da molti altri, e un po' anche in questa sede da Mauro Barberis) viene stroncato con ironia da Alessandro Dani³:

1 U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011. Il civilista torinese e' poi tornato ampiamente su questi temi: particolarmente importante per delineare il suo orizzonte teorico e' *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015.

2 E VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013.

3 A. DANI, *Beni comuni utopistici e reazionari?*, in *Diritti comparati*, 6 maggio 2013, in <http://www.diritticomparati.it/2013/05/beni-comuni-utopistici-e-reazionari.html>, visitato il 20 ottobre 2016.

Alcune domande – va pure detto – sarebbero state evitabili con un po' di ironia in meno e qualche ora in più in biblioteca.

Mattei ha deciso di pronunciarsi con decisa e giusta intransigenza contro i processi di privatizzazione, di finanziarizzazione e di speculazione borsistica e di accaparramento delle risorse e di interi territori⁴, fattisi frenetici negli ultimi decenni e provocando conseguenze drammatiche in tutto il mondo. E lo ha fatto con un piccolo libro che, più che un meditato e riflessivo trattato sui beni comuni, ha il tono del *pamphlet*.

La data di pubblicazione non è casuale: nel giugno del 2011 si tenne il referendum che doveva sancire la volontà popolare che il servizio di gestione dell'acqua e degli altri servizi pubblici non avrebbe dovuto essere messo sul mercato. Il piccolo libro di Mattei è figlio diretto di quella battaglia, nella quale anche io, nel mio piccolo, mi spesi in un seminario organizzato dalla lista di sinistra della Facoltà di Economia dell'Università di Trieste, in cui ebbi modo di conoscere Antonio Massarutto, docente di Economia pubblica a Udine, fervente sostenitore della privatizzazione della gestione del servizio idrico e persona arguta e profonda: io dal lato della conservazione pubblica, lui da quello opposto⁵.

Se la diagnosi dei mali da cui è affetta l'economia mondiale in questo tragico inizio di XXI secolo è, almeno a mio parere, del tutto condivisibile, altrettanto da respingere è la terapia proposta da Mattei: la visione di un Medioevo idilliaco in cui le popolazioni amministravano autonomamente i beni comuni è, semplicemente, del tutto infondata. Essa appare un'eco dell'affresco dipinto da Paolo Grossi sul tema dell'ordine giuridico medievale, in cui il Maestro fiorentino, in linea con la sua costante polemica contro la legge uniforme per tutti propria degli stati liberali, lodava il pluralismo giuridico medievale, che avrebbe consentito alle comunità rurali di autogovernarsi, soprattutto per quanto riguardava l'accesso alle risorse collettive⁶. Ma questa capacità di autogoverno era tutt'altro che assoluta, dovendo scontare la presenza di una quantità

4 Sul *land grabbing* ormai c'è una bibliografia abbastanza vasta. In Italia si è occupato di questo fenomeno Stefano LIBERTI, *Land grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, Roma 2015².

5 Convegno *Acqua: un torbido futuro?*, 23 marzo 2011.

6 U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., p. 10.

pressoché sterminata di giurisdizioni concorrenti, da quella del signore locale a quella del monastero eventualmente titolare di diritti sulla terra, a quella del Comune cittadino dominante e così via.

Quindi, al netto di una certa enfasi e di alcuni scivolamenti sul terreno storico, non è questo che va imputato al civilista torinese.

2. In realtà, al netto delle opinioni personali, è proprio la nozione di “beni comuni” ad essere ambigua. Soprattutto perché, soprattutto negli ultimi anni, viene non di rado incrociata con nozioni provenienti dall’area giusromanistica, impiegate in maniera del tutto improvvida: quella ad esempio, di *res communes omnium*, come se questa espressione fosse un sinonimo di “commons”, a sua volta sinonimo di “bene comune”. Un equivoco condiviso anche da uno studioso che, nato romanista, è poi diventato un valorosissimo *civil servant*, magistrato della Corte dei Conti e poi della Corte Costituzionale: Paolo Maddalena. Uno studioso che si è largamente e meritoriamente occupato di beni comuni e collettivi e di diritto ambientale, che nel 2014 pubblica un piccolo libro, ma molto impegnativo⁷. Del contributo di Maddalena è assolutamente condivisibile lo scopo di combattere la nobile battaglia della conservazione pubblica dei beni primari, inserendosi in un ampio dibattito che vide in quegli stessi anni l’impegno di molti studiosi, da Salvatore Settis a Piero Bevilacqua a Carlo Lucarelli⁸. Esso però sconta un difetto, quello di considerare le *res communes omnium* come «una categoria di proprietà comune e collettiva riferita non solo al popolo romano ma a tutti gli uomini»⁹: Ma le fonti romane, se lette senza pre-giudizi, dicono proprio questo?

3. No. Non potrò citare le fonti, per la solita tirannia spazio-temporale. Mi dovrò limitare a qualche rilievo generale, rimandando chi fosse inte-

7 P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli Italiani. Proprietà collettive, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma 2014.

8 Si tratta di S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione cemento*, Torino 2010; P. BEVILACQUA, *Il grande saccheggio. L’età del capitalismo distruttivo*, Roma-Bari 2012; C. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni: nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari 2013.

9 P. MADDALENA, *op. cit.*, 49-50.

ressato a quanto ho scritto in altre occasioni¹⁰. L'equivalenza concettuale tra *res communes omnium* e beni comuni è ingannevole perché attribuisce alle prime uno statuto che non è il loro, ma quello delle proprietà collettive. Già nel 1963 Massimo Severo Giannini aveva proposto una definizione di “beni collettivi” praticamente definitiva¹¹: il suo carattere fondante

non è l'appartenenza della cosa, ma il godimento di servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata.

Il carattere della proprietà collettiva è dunque costituito dal ruolo che ha il bene definito “comune” come semplice fornitore di utilità ai corporati autorizzati ad usarlo. Nessuno, però, lo può sottrarre agli altri consociati, appropriandosene. È su questa inidoneità del bene collettivo ad essere sottratto agli usi comuni che deve essere misurata la dichiarata equivalenza con le romane *res communes omnium*. E vedremo che le cose stanno in termini praticamente opposti.

In realtà sul piano concreto della gestione, le cose accomunate nella locuzione *res communes omnium*, nella loro accezione romana e non romanistica (e men che meno “benicomunistica”), possono essere qualificate solo in senso negativo, come affermò Marciano in relazione all'uso del lido in un passo ripreso in D. 1.8.4 pr.: a nessuno può essere impedito di accedere al lido per pescare. Quindi si capisce *a contrario* che il lido è di tutti, senza però ancora capire in cosa consista positivamente questo “uso di tutti”. Marciano ci offre uno spunto importante (D. 1.8.6 pr.): l'uso pubblico del lido ammette che se ne possa occupare una porzione con un edificio, per quanto precario come una capanna, che attira la parte di suolo occupata nella sfera proprietaria dell'edificante, ma solo finché la costruzione rimanga. Quando poi l'edificio crolli il luogo

10 M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento processuale*, Milano 2003, 434-461; ID., *Fructus et delectatio nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste nell'età imperiale romana*, in *Riparia dans l'Empire romain. Pour la définition du concept*, a cura di E. Hermon, BAR International Series, 2066, Oxford 2010.

11 M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963, 34. Una recente messa a punto del problema della proprietà collettiva è fornita da F. MACARIO, *Art. 832. Contenuto del diritto*, in *Della proprietà. Artt. 810-868*, a cura di A. Jannarelli, F. Macario, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino 2012, p. 378, donde ho tratto la citazione.

è nuovamente occupabile. E questa soluzione non vale solo per le costruzioni effimere come può essere una capanna di pescatori; l'identica soluzione era già stata proposta da Nerazio Prisco, per costruzioni ben altrimenti solide (D. 41.1.14 pr.): escludendo esplicitamente che il lido del mare facesse parte di quelli che oggi chiameremmo “beni patrimoniali dello stato”, egli lo aveva addirittura assimilato alle cose prodotte dalla natura e di cui nessuno si fosse ancora appropriato, non diversamente dagli animali selvatici e dai pesci. Quindi, nell'ottica di Nerazio, il lido è sì un bene pubblico, ma di tipo particolare: un bene qualificabile pubblico perché così aperto all'uso di tutti da essere occupabile dal primo arrivato, a condizione di non sottrarne una quota tale da rendere impossibile agli altri consociati di utilizzarlo.

Ma allora, se la principale tra le cose che Marciano definirà *communes omnium*, il lido, è occupabile con un edificio, dove sta la collettività dell'uso, intesa come mera facoltà di estrazione di frutti senza possibilità alcuna di appropriazione? E dunque non siamo più nel campo dei beni collettivi, il cui uso è, appunto, aperto a tutta la comunità e solo ad essa.

4. La principale tra le *res communes omnium*, il lido del mare, era dunque caratterizzata da un profilo gestionale del tutto peculiare, costituito dall'occupabilità di una sua porzione, con sottrazione dal regime di *communio* ed attrazione nel profilo dominicale del costruttore, con una sorta di inversione del regime generale dei suoli (mentre di regola *superficies solo cedit*, in questo caso si potrebbe dire *solum superficiei cedit*¹²). Ma allora le *res communes omnium* non sono aperte all'uso pubblico allo stesso modo di un bosco o di uno stagno in uso collettivo. E qui risiede l'equivoco che ho segnalato sopra nel libro di Paolo Maddalena: il regime di gestione di tali *res* non può essere richiamato a sostegno dell'idea che pure i Romani conoscessero forme di gestione collettiva del territorio.

Vorrei concludere con qualche rilievo sull'articolo di Garret Hardin e sul libro di Elinor Ostrom già esaminati da Barberis¹³.

¹² È ovvio che questa locuzione non esiste in alcun modo nelle fonti: è costruita invertendo i termini della regola civilistica romana della divisione della proprietà per piani verticali.

¹³ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, 1243-1248; E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 = *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006.

Hardin fu impiegato per decenni dai fautori delle privatizzazioni per quello che aveva scritto nella prima parte del suo articolo: un uso non regolamentato delle risorse porterebbe presto al loro esaurimento. In ciò sarebbe consistita la “tragedia” dei beni comuni. Ne risultava, agli occhi dei “privatizzatori”, che il modo più efficiente di usarle fosse quello di sottrarle agli usi collettivi, rendendole private. Il guaio è che Hardin non aveva parlato di «tragedia dei beni comuni» ma di «tragedia della libertà dei beni comuni»¹⁴, a significare che non era tanto l'accesso collettivo ai beni comuni a determinare il rischio del loro esaurimento, ma l'accesso *libero*, cioè non regolamentato, ad essi. E per impedire il verificarsi della “tragedia”, egli proponeva l'adozione di forme di coercizione che limitassero ad esempio, l'accesso indiscriminato alle risorse alimentari (quella che egli chiamò «Freedom to Breed»). In realtà è proprio la parola «Freedom» ad essere ambigua nel lessico di Hardin: più che la “libertà” di stampo europeo, sembra la libertà anarcoide degli “spiriti animali” capitalistici ad essere condannata, tanto è vero che egli riconosceva che almeno in una congiuntura i “commons” avrebbero potuto funzionare: nelle società a bassa densità di popolazione¹⁵.

E qui si innesta la grande ricerca di Elinor Ostrom. L'economista californiana non si era limitata ad illustrare casi storici di usi collettivi di successo, ma aveva anche analizzato casi in cui l'uso non regolamentato aveva prodotto, o era in procinto di produrre, disastri: alcuni bacini di pesca turchi, l'uso dell'immenso acquifero sottostante agli stati del Sud-ovest statunitense, le zone di pesca costiera della Nuova Scozia, nel Canada atlantico, o dello Sri-Lanka, dimostrano che il pericolo non proviene dall'uso collettivo, ma dall'assenza o carenza di strutture istituzionali che regolamentino l'accesso alle risorse da parte degli aventi diritto¹⁶. Direi che la “coercion” raccomandata da Hardin abbia un perfetto equivalente nelle strutture di governo suggerite da Ostrom. Non è quindi l'esistenza dei “commons” ad essere tragica, ma l'assenza di meccanismi istituzionali di controllo dell'uso, con la connessa potestà sanzionatoria nei casi di inottemperanza delle regole.

14 G. HARDIN, *The Tragedy*, cit., 1244: “Tragedy of Freedom in a Commons”.

15 G. HARDIN, *art. cit.*, 1248.

16 E. OSTROM, *Governare i beni*, cit., 213-268.

Concludo. Gli appelli alla conservazione pubblica di risorse fondamentali per il benessere collettivo (acqua, foreste, paesaggio, territorio, sanità, trasporti, conoscenza, sistema scolastico ed universitario e via elencando) sono, secondo me, del tutto condivisibili: l'accesso universale ad esse è garanzia di uguaglianza di opportunità senza disparità di reddito, di *status* sociale o di altre differenze soggettive. In altre parole, è attestazione di democrazia. Ma se ragioniamo da giuristi, dobbiamo supportare queste giuste aspirazioni costruendo inattaccabili assetti giuridici che possano funzionare una volta messi in sistema con l'ordinamento nel suo complesso. Questo è compito dei giuristi di diritto positivo, costituzionalisti, civilisti, amministrativisti. Allo storico del diritto (non solo romano, ma anche medievale e moderno) spetta però un compito non meno importante, anche se certamente più defilato, ossia quello di ricomporre gli innumerevoli sparsi frammenti del passato per illustrare, con la massima aderenza possibile alle fonti, possibili forme di gestione collettiva delle risorse, e vegliare perché un uso improprio delle concettualizzazioni antiche (o per meglio dire, di quelle che la scienza giuridica moderna ha costruito sopra le antiche forme della prassi giuridica) non rischi di creare mostri giuridici, come quello della nozione di *res communes omnium* usata per declinare gli usi moderni delle risorse collettive.

I BENI COMUNI COME BASE PER UN NUOVO ORDINE COSTITUZIONALE?

PAOLO GIANGASPERO

SOMMARIO

1. Una categoria di difficile definizione. – 2. Il “comune” come base per un ordine costituzionale alternativo. – 3. La logica del “comune” come strumento di posizione di problemi, non come una soluzione di tutti i problemi possibili.

1. Una categoria di difficile definizione

La riflessione giuridica sui beni comuni è un filone di studi che è costantemente stato coltivato non solo da storici del diritto, ma anche da studiosi del diritto civile ed amministrativo¹. È tuttavia soltanto nell’ultimo decennio o poco più – almeno nel nostro ordinamento – che il richiamo ai “beni comuni” non soltanto ha raggiunto una diffusione nel dibattito politico e culturale che probabilmente non sarebbe stata prevedibile alcuni decenni or sono, ma è anche divenuta una vera e propria parola d’ordine attorno alla quale si sono coagulate istanze di cambiamento e di reazione a molte delle numerose sfide cui il diritto e la politica sono poste di fronte in un’epoca di globalizzazione dell’economia, e conseguentemente anche dei correlativi problemi giuridici e politici².

¹ In questa sede non è possibile nemmeno tentare una rassegna in materia. Si rinvia pertanto, per una introduzione generale al tema, al recente libro di A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, Arcidosso 2013.

² Da questo punto di vista è comune l’osservazione secondo la quale i fenomeni connessi alla globalizzazione, cui tra poco si accennerà, costituiscono un’occasione per

Da questo punto di vista, non si può che osservare come il richiamo al “comune” quale dimensione non riducibile al pubblico o al privato, ma anzi trasversale (quando non semplicemente antagonistica) ad essi abbia dimostrato la capacità di catalizzare molte energie che, anche dal punto di vista del costituzionalista, non possono che definirsi come energie positive, in quanto intercettano alcune domande di carattere centrale per lo studio del diritto costituzionale, quale quella della maggior garanzia dei diritti e della espansione degli spazi di partecipazione dei cittadini all'assunzione di decisioni collettive, a fronte di un sempre maggior distacco nei confronti delle istituzioni e di un'evoluzione degli ordinamenti nella quale lo spazio dei diritti viene ridotto da una evoluzione che li subordina a logiche di mercato basate sul profitto.

Le istanze di promozione (e di recupero) dei beni comuni, infatti, hanno canalizzato la riflessione su molte (si potrebbe dire: quasi tutte le) sfide poste (anche) al diritto da un'economia sempre più globale e tendente a sottrarsi alle logiche delle discipline giuridiche statuali. In questo modo, il richiamo al comune è invocato come istanza di liberazione dallo sfruttamento di intere parti del mondo da parte di multinazionali che tendono a sottrarsi alle capacità regolative dei singoli ordinamenti statuali; dalla situazione di emergenza ecologica cui l'intero pianeta è sottoposto; dai processi di privatizzazione e gestione basata sul mercato e sulla logica del profitto di beni e risorse di cui tutti sono percepiti come necessari beneficiari in quanto beni funzionali alla tutela di diritti fondamentali (si pensi ad esempio da un lato all'acqua o all'ambiente; dall'altro a beni quali la “conoscenza” e la sua trasmissione, ad esempio attraverso la gestione della rete); ed ancora, alla ripresa della logica del “comune” è affidata da parte di alcuni la promozione della partecipazione politica e l'ampliamento di spazi di democrazia, attraverso strumenti di partecipazione complementari o in talune declinazioni alternativi rispetto alla democrazia rappresentativa. L'elenco potrebbe continuare a lungo, ma questa serie di esemplificazioni è semplicemente funzionale a qualche osservazione – da parte di un non storico – circa la tenuta di una categoria unitaria dei beni comuni, la cui logica storica è legata pre-

ravvivare il discorso sui beni comuni. In questo senso si v. ad es. M. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni oltre il pubblico e il privato*, 2012, consultabile su <http://www.uninoma.org/il-diritto-dei-beni-comuni/>.

valentemente alla gestione ed alla preservazione di risorse locali a favore di comunità limitate di persone stanziate in un territorio³.

In questo quadro, infatti, il problema nasce dal fatto che la diffusione del richiamo alla dimensione “comune” è inversamente proporzionale alla chiarezza concettuale della nozione, ed anzi spinge a mettere in dubbio la stessa possibilità che il medesimo ordine concettuale possa essere impiegato per far fronte ad esigenze così diverse ed essere applicato a una tale molteplicità di beni differenti (da un lato beni locali e risorse limitate; dall’altro beni globali limitati quali l’acqua; dall’altro ancora beni globali il cui vero problema è piuttosto la distribuzione e la fruibilità che la limitatezza, si pensi all’utilizzazione delle reti ed al problema della conoscenza, o alle conoscenze in campo medico)

Non è del resto un caso che l’avanzare della logica del “comune” abbia prodotto proposte estremamente differenti tra loro e persino difficili da tenere insieme in modo coerente. Senza alcuna pretesa di completezza, si può dire che all’idea della promozione della dimensione del “comune” come categoria che si pone su un piano diverso rispetto al pubblico e al privato si possono ricondurre da un lato molti dei richiami alla democrazia partecipativa o deliberativa⁴; d’altra parte ispirate ad una logica di promozione dei beni comuni sono anche – all’indomani della modifica dell’art. 118 Cost. Italiana – le riflessioni sulle varie possibili declinazioni del principio di sussidiarietà in senso orizzontale, costituzionalizzato nel 2001; d’altra parte ancora i beni comuni sono stati al centro di vere e proprie proposte operative di riforma, tra le quali senza dubbio spicca in Italia quella della c.d. Commissione Rodotà, poi peraltro accantonata, sulla riforma del Codice civile⁵; infine – a dimostrazione

3 Sul legame tra la nozione di bene comune e la gestione di risorse limitate si v. ancora Dani; su un’analisi dei diversi possibili significati che il richiamo al “comune” ha storicamente assunto, si v. R. Ferrante, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in *Ragion pratica*, 2013, 319-332.

4 Solo esemplificativamente e limitatamente alla dottrina italiana si v. sul punto U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, Milano 2009, reperibile su http://www.benicomuni.me/wp-content/uploads/2014/09/allegretti_democrazia-partecipativa.pdf.

5 Ci si riferisce alla Commissione per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, istituita nel giugno del 2007 e

della fluidità concettuale e della correlativa capacità espansiva che il concetto di “beni comuni” ha dimostrato di possedere, tale categoria è stata declinata in termini di differenti posizioni per così dire “filosofiche”, che, come è stato osservato, possono essere anche molto distanti tra loro negli intendimenti e nelle linee portanti⁶.

Come ha notato uno dei “padri” del rilancio dell’attenzione sui beni comuni, la connessione della categoria del “comune” alle molteplici esigenze poco sopra sommariamente indicate espone alla tentazione di una ideologizzazione del relativo dibattito ed alla “assunzione di venature quasi fondamentaliste, che sconfinano nell’ideologia”, in quanto “la luce dei beni comuni rischia di abbagliare, lasciando intendere che quasi ci si può disinteressare di proprietà pubblica e proprietà privata” e trascurando “l’effetto di sistema che essi producono”⁷.

2. Il “comune” come base per un ordine costituzionale alternativo

A me pare che i rischi da ultimo indicati siano ben percepibili al lettore di uno dei lavori più fortunati (quanto meno in termini di presa sull’opinione pubblica) relativo al tema che qui interessa, quel *Beni comuni. Un manifesto*, scritto da Ugo Mattei e pubblicato nel 2011⁸, per essere poi sviluppato in alcune sue tesi un paio d’anni più tardi da un altro lavoro di notevole diffusione rivolto a contestare radicalmente la legittimità delle spinte verso la riforma della Costituzione, in favore di un vero nuovo processo costituente⁹ (e quindi di una rifondazione *ex novo* dell’ordine costituzionale) attorno all’idea del “comune”. Si potrebbero

incaricata della *Elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al governo per la novellazione del Capo II, Titolo I del libro III del Codice Civile nonché di altre parti dello stesso Libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni.*

6 Si v. sul punto la classificazione di M. BARBERIS, *Tre narrazioni sui beni comuni*, in *Ragion pratica*, 2013, 381 ss.

7 S. RODOTÀ, *Diritti e beni*, in IDEM, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013, 459 e ss., rispettivamente 477 e 478.

8 U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011.

9 U. MATTEI, *Contro riforme*, Torino 2013.

fare almeno due obiezioni a questo interesse per la tesi fatte proprie da Mattei nei due libri citati. La prima è che esse, nel loro nucleo essenziale, sono contenute in un *manifesto* (e dunque in un testo che ha dichiaratamente intenti persuasivi più che di ricostruzione); la seconda è che questa è una teorizzazione in qualche misura “estrema” del richiamo ai beni comuni ed in una forma così radicale appare abbastanza isolata, almeno tra i giuristi¹⁰.

Queste obiezioni hanno entrambe sicuramente un fondamento, e tuttavia il libro di Mattei suscita l’interesse del costituzionalista perché – pur al netto del” intento dichiaratamente persuasivo che gli è proprio – esso pare ravvisare nella dimensione del “comune” la base di un rovesciamento (non riformista: anzi, tutt’altro) di alcuni tratti fondamentali del sistema costituzionale vigente, inteso come insieme di regole che definiscono il ruolo degli individui nell’assunzione di scelte della collettività e che governano la società e i rapporti tra soggetti. In altri termini, al “comune” pare essere affidato un compito di rifondazione dell’ordine costituzionale, che non può che suscitare l’interesse (e – come si vedrà – qualche preoccupazione) dello studioso del diritto costituzionale. Inoltre, anche a queste tesi si deve il prepotente irrompere del tema del “comune” nel dibattito pubblico, che ha avuto modo di manifestarsi, già prima della pubblicazione del libro, nella campagna sul c.d. referendum per l’acqua pubblica del 2011, per poi mantenersi uno spazio di un certo rilievo anche nel dibattito successivo, ed in numerose iniziative sociali ed anche istituzionali (si pensi da un lato all’esperimento – mediaticamente piuttosto noto – del Teatro Valle occupato a Roma¹¹;

¹⁰ Un’altra visione che si potrebbe definire “rivoluzionaria” o “comunista”, usando le parole di M. BARBERIS, *op. cit.*, in cui il concetto di “comune” ha un posto centrale (anche se non nel quadro di una riflessione propriamente giuridica), è ad es. quella – altrettanto nota – fatta propria da Negri e Hardt, di cui si v., ad esempio, M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano 2010. Viceversa, un approccio forse meno teorizzante, ma più direttamente “operativo”, pur in un quadro generale di largo favore per l’espansione della categoria dei beni comuni, è quello adottato da A. LUCARELLI, di cui si v. ad es. *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica (gennaio 2015)*, in www.costituzionalismo.it 2014 (n. 3).

¹¹ Su questa esperienza, e su altre variamente collegate con una visione dei beni comuni quale quella criticata nel testo, si v. E. VITALE, *Quale tempo per i beni comuni?*, in *Ragion pratica*, 2013, 391 ss.

dall'altro all'esperienza, che sta peraltro vivendo una fase di difficoltà, della ABC – Acqua Bene Pubblico, azienda speciale per la gestione delle risorse idriche – di Napoli, che avrebbe dovuto essere ad un tempo la più coerente attuazione del referendum sull'acqua ed un esempio di organizzazione fondata sul bene comune acqua).

Il *Manifesto* di Mattei si snoda come una articolata e argomentata risposta ad una domanda, certamente retorica nelle intenzioni di chi la formula: ritiene il lettore preferibile una costruzione della società (e dunque, in definitiva, un ordine costituzionale) fondata sull'individualismo proprietario, egoista e competitivo, che vede il “comune” schiacciato nella morsa tra la sovranità statale e la sovranità (proprietaria) individuale, le quali rispondono alla medesima logica di fondo opposta a quella dei beni comuni; oppure ritiene migliore lottare per un'organizzazione sociale ecologica e qualitativa, basata su e governata da una serie di interrelazioni tra soggetti fondate sull'empatia reciproca, in cui ogni rapporto, fondandosi sull'essere ben più che sull'avere, vede prevalere una dimensione qualitativa rispetto a quella brutalmente quantitativa? A fronte di una domanda di questo tenore l'autore non ha dubbi. Ed anzi, cerca di dissipare anche quelli eventuali del lettore con una rassegna ricca di richiami a largo raggio tanto nel tempo (con il richiamo alla vera tragedia dei *commons*, attraverso le *enclosures* inglesi), quanto nello spazio, dall'Africa all'America latina.

Seguendo il filo di questi richiami il lettore si trova così trasportato a contemplare le resistenze africane allo Stato coloniale, di cui hanno beneficiato i beni comuni¹², per essere messo poi a confronto con “il più avanzato modello giuridico di elaborazione del concetto di beni comuni di cui l'umanità disporrebbe qualora, messa da parte l'arroganza occidentale, intendesse ripensare il proprio modello di sviluppo” indicato nelle costituzioni di Bolivia ed Ecuador¹³. E ancora, si trova a vivere con vera sofferenza l'abbattimento, con le *enclosures* inglesi, del “quadro precedente la modernità [nel quale] la vita sembrava svolgersi in una dimensione che potremmo descrivere senza alcun romanticismo, come ecologica e qualitativa”, con la morte “[dell']intelletto generale, quello

12 U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., 12.

13 U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 22.

che presiede ad un'organizzazione ecologica e sostenibile della società" ad opera della logica dell'averè, la quale punta "all'accumulo privato indipendentemente dai costi sociali che esso comporta" e con l'estromissione della dimensione del comune dall'ordine costituzionale in cui prima aveva il suo spazio¹⁴.

Al termine di questo percorso, arricchito anche da considerazioni severe sul ruolo che le rivoluzioni scientifiche hanno avuto nello sviluppo del sistema di potere capitalistico incarnato negli Stati¹⁵, il lettore si trova di fronte all'esortazione a riappropriarsi dei beni comuni, categoria questa che ricomprende – come si dirà – una enorme pluralità di cose differenti: e invitato a lottare per una nuova egemonia del modello "che ha caratterizzato l'esperienza politico-giuridica medievale"¹⁶, per favorire una nuova era che vede "Gaia (la terra vivente) come una comunità di comunità ecologiche, legate fra loro in una grande rete di comunità ecologiche"¹⁷. Il compito, oltre a giocare sull'attivismo sociale e sulle correlative lotte, non può che richiedere un'opera di sovvertimento degli orizzonti del costituzionalismo moderno: "[T]utte le Costituzioni moderne [salvo quelle boliviana e ecuadoregna] contengono garanzie per la proprietà privata nei confronti dello Stato sovrano", due elementi che sono nelle Costituzioni presentati come "tra loro in conflitto, ma in realtà complici nella distruzione del terzo fattore" per affermare "una diversa logica, quella dell'autentica democrazia partecipativa", secondo un'idea di "meno stato, meno proprietà privata, più comune"¹⁸.

Molte di queste considerazioni sono state sottoposte a critiche serrate che ne hanno contestato la verosimiglianza storica e denunciato non

¹⁴ *Op. ult. cit.*, 32 s.

¹⁵ Come è stato osservato – ad es. da M. BARBERIS, *op. cit.*, – una parte della responsabilità nel superamento dell'ordine, parte integrante della modernità, è ravvisata anche nelle c.d. rivoluzioni scientifiche, cui si accolla la responsabilità di aver causato "l'abbandono di ogni traccia di pensiero olistico e qualitativo (...) a favore di una visione quantitativa e riduzionistica del sapere, ossessionata dalla misurazione oggettiva" (U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., 39).

¹⁶ Ancora U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 100.

¹⁷ *Op. ult. cit.*, 101.

¹⁸ *Op. ult. cit.*, 46.

poche ambiguità concettuali derivanti dalla applicazione della categoria del comune ad una molteplicità – peraltro non compiutamente definita – di beni¹⁹.

Mancando in questa sede lo spazio per pronunciarmi su tutti questi profili, mi limito qui a tentare di dare una risposta alla domanda di Mattei (o quanto meno ad abbozzare qualche riflessione sui termini in cui essa è posta). Questa risposta è collegata ad alcuni dei passaggi che sono contenuti nel libro di Mattei e che hanno a che fare con temi più strettamente “costituzionali”²⁰.

In primo luogo, come si è già accennato, risulta abbastanza indeterminata la categoria di beni che deve essere fatta rientrare tra i beni comuni: anche a non aderire all'impressione secondo la quale in definitiva sarebbero comuni tutti i beni che qualcuno definisce tali, la lettura del *manifesto* restituisce un quadro sorprendentemente ampio che fa riferimento a beni rispetto ai quali le esigenze giuridiche sono ben difficilmente riconducibili ad unità. Scorrendo il libro, si può osservare come la qualificazione di “bene comune” sia di volta in volta assegnata, tra l'altro, ad acqua, aria, ghiacciai, lido del mare, pinacoteche, piazze, monumenti, forse anche alla giurisdizione, al diritto, alla rete, alla conoscenza, alla salute, alle tecnologie mediche, all'università, al lavoro e probabilmente anche ad altri beni. Come risulta evidente, una tale molteplicità di beni diversi non è facile da ricondurre ad unità, ed altrettanto difficile sembra costruire sulle insoddisfazioni per la loro gestione un modello alternativo che si lasci ingabbiare in un unico principio ispiratore.

E tuttavia un modello alternativo viene in qualche modo proposto, e su alcune delle sue caratteristiche essenziali il costituzionalista (o quanto meno il costituzionalista europeo continentale, ed in particolare quel-

19 Su questo, oltre al già citato lavoro di A. DANI, *Le risorse naturali*, cit., si v. anche R. FERRANTE, *La favola*, cit., *passim*.

20 Per una critica alle idee di Mattei ben più ampia ed argomentata rispetto a quella che si può qui condurre, si v. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013. In un'ottica più strettamente di diritto costituzionale si v. altresì, tra gli altri, G. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *Rivista AIC*, 2015 (consultabile sul sito della AIC, www.associazionedeicostituzionalisti.it).

lo italiano, legato ai principi fondamentali della Costituzione del 1948) è spinto a nutrire più di qualche riserva. Se ne indicano qui un paio, che hanno a che fare da un lato con quanto emerge in termini di costruzione dei “diritti” nella nuova società che si prefigura; dall’altro su alcune considerazioni che si svolgono in ordine alla legalità.

Nella visione appena sommariamente sintetizzata, la dimensione dei diritti individuali (e dunque della persona, per come viene intesa nell’orizzonte disegnato dalla Costituzione italiana) pare essere, a dir poco, svalutata. Il carattere individuale dei diritti, che si riconnette, nel sistema costituzionale italiano, al principio personalista, infatti, è molto sbrigativamente ricompreso nell’individualismo proprietario, o – per dirla in altri termini – la dimensione dell’uomo economico pare risucchiare in sé anche quella del carattere individuale dei diritti²¹: vero è che qualche piccola apertura di credito è fatta nei confronti dell’emancipazione conseguita attraverso i diritti sociali²², ma l’esperienza è considerata come semplicemente esaurita e nella visione del *manifesto* andrebbe (più che affiancata) sostituita con un’organizzazione sociale improntata a logiche del tutto diverse. In queste nuove logiche la posizione del singolo si trova subordinata rispetto a quella della collettività, in un quadro che si proclama “olistico” (termine del quale non è facile afferrare appieno il senso giuridico), ma che a me pare ispirata all’organicismo (la posizione del singolo nella società non è determinata dal suo essere individuo, ma dalla circostanza che fa parte di una comunità costruita intorno alla relazione con beni comuni, alla quale deve il suo posto ed agli interessi della quale deve considerarsi necessariamente subordinato). Per quanto non del tutto definito nei suoi contorni esatti, di questo modello si capisce che esso è molto lontano dal principio personalista, fondato sulla tutela di posizioni individuali anche contro le comunità, che non soltanto è uno dei capisaldi della costituzione italiana, ma pare un dato costante nel modo (almeno occidentale) di considerare i diritti. Seguendo questo tipo di impostazione, infatti, si dovrebbe a quanto pare arrivare ad un vero e proprio rovesciamento della prospettiva alla

21 In questo senso si v. ad es. L. PENNACCHI, *Filosofia*, cit., in part. 24, 27 e *passim*. Si v. anche E. VITALE, *Quale spazio*, cit., in part. 396 s.

22 U. MATTEL, *Beni comuni*, cit. 105.

quale i costituzionalisti concepiscono i diritti, che sarebbero posti non già in capo ad un individuo eguale rispetto agli altri, ma dipenderebbero (in quale modo non è chiaro) dal suo rapporto con il bene e dal ruolo che gli risulta affidato dalla comunità in cui si inserisce. Del resto, in assenza di modelli compiutamente descritti, la posizione che si predica per il singolo è modellata sul tipo di rapporti comunitari premoderni, che saranno pure ricordati “senza romanticismo”, ma sono nella sostanza la sola immagine “forte” che rimane dell’assetto istituzionale che si propone per il futuro²³.

Coerente con queste premesse mi pare anche la posizione di Mattei in ordine ad un altro tema centrale nel dibattito costituzionalistico: quello della legalità. È chiaro a tutti che oggi la legalità è per molti aspetti in crisi, così come lo è la statualità: e tuttavia un atteggiamento liquidatorio come quello che emerge dalla lettura del *Manifesto* appare ben poco rispettoso della necessità di una qualche mediazione della sfera pubblica in favore di una sorta di spontaneismo sociale, che rifiuta come illusorie le logiche della democrazia rappresentativa e gli stessi principi dello Stato di diritto, ed è anche connotata da elementi la cui contemplazione dà al giurista una qualche inquietudine. Nell’osservare come la logica della legge formale “unica e gerarchica, decisa ufficialmente ed imposta dall’alto in basso a tutti i consociati cerca di rimuovere con la violenza pubblica monopolista della forza il diritto dei popoli, quell’ordine dialettico e spontaneo con cui essi sempre avevano governato i beni comuni”²⁴, si auspica un’idea di legalità “fondata su contenuti etici autentici, funzionale alla qualità della vita di tutti” e “a respingere le barriere artificiali che separano il diritto dalla politica e dall’etica”²⁵.

Sullo sfondo di questa teorizzazione, dunque, appare stagliarsi sostanzialmente un rifiuto della dimensione pubblica così come di quella privata e sembra farsi riferimento ad un superamento radicale dello Stato in favore di collettività organizzate secondo principi molto diversi da

23 In altri termini, par di capire che si guardi con nostalgia e si intenda riproporre un sistema in cui l’individuo sia «parte integrante e inestricabile di un gruppo [e porti] con sé, ovunque si trovi, il legame identitario giuridico-politico con quel gruppo».

24 U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 59.

25 U. MATTEI, *op. ult. cit.*, 59-60.

quelli che presiedono all'attuale ordine costituzionale, che non a caso si invita a rifondare completamente. In altri termini, in ricostruzioni come queste la dimensione del "comune" sembra essere declinata, anche sul piano dell'organizzazione costituzionale, come alternativa al mantenimento di una sfera (non solo del privato, ma anche) del "pubblico". Preso atto che pubblico e privato sono alleati nello schiacciare il comune, la prospettiva coltivata sembra essere quella di abbattere lo Stato e con questo negare legittimità a qualunque forma di mediazione istituzionale²⁶.

3. La logica del "comune" come strumento di posizione di problemi, non come una soluzione di tutti i problemi possibili

In definitiva, per tornare alla domanda retorica poco sopra formulata, la mia risposta è che, se proprio devo essere messo con le spalle al muro, sceglierei senza esitazione il sistema costituzionale legato all'individualismo proprietario ecc. piuttosto che l'alternativa che – sia pure con qualche incertezza – pare emergere dal libro.

Il fatto è tuttavia che questa alternativa non esiste nel modo in cui è formulata nel *manifesto*. Come già detto poco sopra, quella su cui si è intrattenuto il precedente paragrafo è solo una delle possibili concezioni legate ai beni comuni. Le riserve che si sono manifestate nei suoi riguardi non comportano infatti – anzi, tutt'altro – una posizione negativa su tutti i possibili impieghi della dimensione del comune nel dibattito giuridico ed in quello legato agli ordinamenti costituzionali, in particolare alla Costituzione italiana.

In realtà, un'ampia parte del dibattito ingenerato dal richiamo ai beni comuni ha tratti di grande interesse per il cultore di diritto costituzionale perché pone problemi che sono di grande rilievo dal punto di vista sia della teoria della Costituzione che – più operativamente – della realizzazione della Costituzione italiana. Predicare la necessità che alcuni beni siano oggetto di discipline particolari in ragione della loro funzionalità alla realizzazione di diritti fondamentali; puntare all'ampliamento delle possibilità di accesso a determinati beni o servizi (si pensi alla salute, o all'accesso alle informazioni e alla conoscenza) ed immaginare forme

²⁶ Il punto è qui soltanto accennato: si v. sul punto in particolare L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni*, Roma 2012, in part. 110 ss.

anche innovative di disciplina di questi beni più adatte di quelle al momento in vigore; denunciare un processo di eccessivo allargamento della logica del mercato anche su risorse la cui fruizione è indispensabile alla vita e valorizzare gli spunti che in Costituzione ci sono sulle forme di tutela del diritto di proprietà; immaginare forme di gestione, locale e globale, adeguate ad uno sviluppo compatibile con il mantenimento delle risorse; immaginare forme di tutela dei diritti che vadano oltre la dimensione puramente statale e siano fatte valere anche contro soggetti che travalicano la tradizionale dimensione dello Stato; superare una crisi di legittimazione delle istanze rappresentative, che spinge ad una restrizione della partecipazione dei cittadini e ad un progressivo allontanamento dalla partecipazione politica.

Questi e molti altri sono problemi che coinvolgono in pieno il diritto ed il diritto costituzionale in particolare e – dal punto di vista anche della realizzazione della Costituzione italiana – pongono sfide di enorme portata.

Da questo punto di vista, l'allargarsi del dibattito sul "comune" ha certamente avuto un ruolo meritorio nell'essere veicolo per sollevare questioni che oggi si percepiscono più urgenti che mai, ed in alcune sue declinazioni ha in effetti arricchito il dibattito anche in ordine alla Costituzione italiana, in particolare attraverso riflessioni critiche – anche risalenti nel tempo a ben prima dell'apertura del dibattito pubblico sul "comune" – sulle disposizioni costituzionali in materia di tutela della proprietà e l'analisi degli spazi per un assetto dei rapporti con i beni anche molto lontano dall'individualismo proprietario, e degli spazi per un autentico "cambio di paradigma" con riferimento a determinati beni²⁷, o attraverso forme di democrazia complementari rispetto alla democrazia rappresentativa finalizzate ad incentivare la partecipazione dei soggetti e delle articolazioni della società.

Quello che non persuade è invece invocare la logica del comune come una specie di "abracadabra"²⁸ capace in un colpo solo di risolvere

27 Su questo punto ancora S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, ora in IDEM, *Il terribile diritto*, cit., 273 ss., scritto che ripropone in larga parte il commento all'art. 42 Cost. apparso nel 1982 sul *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, tomo II, *Art. 41-44*, curato da S. RODOTÀ, G. GALGANO, Bologna-Roma 1982.

28 M. BARBERIS, *op.cit.*

tutti i problemi indicati: “oggi assistiamo a un’ondata di rigetto verso il capitalismo deregolato, ma un’ondata di rigetto non costituisce un modello alternativo”²⁹.

Come è stato da più parti segnalato, questi problemi sono problemi la cui urgenza è pari al loro interesse giuridico (e giuridico costituzionale in particolare), e che probabilmente richiedono approcci inediti per essere risolti. La questione è che la soluzione di problemi di questo genere non può che passare per l’elaborazione di strumenti molto più complicati e molto più differenziati di quelli suggeriti da un puro e semplice approccio di restaurazione di sistemi di convivenza passati e ormai (per fortuna) superati. Se tuttavia gli slogan e le battaglie incentrate sul comune contribuiranno a fare sì che maturi la consapevolezza di questi problemi e la spinta “dal basso” per la loro risoluzione, si potrà dire il richiamo al “comune”, con tutte le semplificazioni che talora porta con sé, avrà svolto un ruolo positivo.

29 L. PENNACCHI, *op. cit.*, 146.

Finito di stampare nel mese di luglio 2017
EUT Edizioni Università di Trieste