

Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto¹

di Emanuele Conte

1. *L'individualismo del diritto borghese e la fine del collettivismo* – Sul tema dei beni comuni, più ancora che su altri temi con i quali si confronta la cultura giuridica, il ricorso alla storia è naturale e particolarmente praticato. Il modello del bene comune, inteso fin dall'Ottocento come alternativo alla proprietà privata, è mantenuto in vita, nei diversi ordinamenti occidentali, grazie allo spessore storico della scienza giuridica, che non si limita a interpretare il diritto vigente, ma considera come suo proprio oggetto anche il diritto del passato. Questa profondità storica della scienza giuridica si è imposta con maggior decisione a partire dall'inizio del secolo Diciannovesimo, in parte per reazione alle grandi novità introdotte negli ordinamenti europei dalle idee dell'illuminismo e dalla codificazione napoleonica.

Il modello privatistico che il Code Napoléon aveva imposto alla Francia e agli altri Stati dell'Impero si affermò come ordine razionale, rispettoso della storia ma indipendente da essa, perché fondato sull'autorità suprema della legge e – in ultima analisi – della ragione. La Francia dell'Illuminismo e della Rivoluzione fa dello Stato l'architetto della società, il creatore delle norme scaturite dall'analisi fredda e razionale dei rapporti economici e sociali. E' una programmazione capace di tagliare i legami con il passato, sul piano delle istituzioni giuridiche come su quelli dei diritti individuali: l'abolizione dei diritti feudali “senza indennizzo”, decretata dall'Assemblée Nationale soli venti giorni dopo la presa della Bastiglia, attinge alla forza della rivoluzione per sovvertire l'ordine giuridico dell'antico Regime e per riscriverlo sulla base di un progetto politico ed economico. Era un progetto

1 Il testo rispecchia la lezione tenuta all'Università di Perugia il 21 febbraio 2011. L'apparato di note è contenuto al minimo, e intende solo fornire qualche punto di partenza per l'approfondimento da parte degli studenti, privilegiando i testi in lingua italiana.

maturato nel Settecento e fondato sulla convinzione razionale che il progresso delle nazioni, e la loro ricchezza, sia prodotto dall'iniziativa degli individui, dalla loro libertà di disporre dei beni e di legarsi con obbligazioni che abbiano come unico obiettivo il profitto economico.

Il complesso sistema dei diritti reali dell'Antico Regime, che prima la rivoluzione e poi la codificazione scardinò, era plasmato su una società caratterizzata da una rete dei rapporti di carattere feudale, che incanalavano e condizionavano l'attività economica: i rapporti di produzione rurale, la vita di villaggio, la struttura degli enti ecclesiastici, la distribuzione di omaggi e protezioni tendevano alla stabilità, limitando al massimo la mobilità sociale e tendendo a trasmettere di generazione in generazione i ruoli svolti nella società. La stabilità, fin dal Medioevo, era il valore supremo di una società europea che si era formata nella decadenza progressiva dell'Impero romano, e aveva costituito il sistema dei diritti con l'obiettivo di contenere il più possibile il pericolo della sovversione. I beni, dunque, e in primo luogo la terra, erano stati assoggettati a un regime funzionale a questa ricerca di stabilità. Il *dominium* dell'Antico Regime, di conseguenza, aveva assunto l'aspetto di una costellazione di prerogative che diversi soggetti potevano esercitare sulla stessa cosa, allo scopo di trarne le utilità che garantivano il mantenimento dell'ordine politico ed economico. La dottrina giuridica, fin dal tardo XII secolo, aveva interpretato il diritto romano tramandato da Giustiniano adattandone la terminologia a questa esigenza peculiare del mondo feudale: sulle cose potevano esercitarsi diversi *dominia*: il *dominium directum*, che si riconosce in capo a chi detiene la proprietà astratta di un bene, e in forza di questo potere astratto ottiene un riconoscimento economico che assume l'aspetto di una rendita; e i *dominia utilia*, che sono esercitati dai concessionari delle diverse utilità economiche della stessa cosa. Il maggiore studioso italiano di questi temi, Paolo Grossi, ha sintetizzato questo assetto millenario, che subì molte trasformazioni ma mantenne ferme alcune linee di fondo, insistendo sul suo "reicentrismo", cioè sulla costruzione del sistema a partire dalle cose, e non dai soggetti titolari di diritti su di esse². Le cose, nell'Antico Regime, offrivano i propri frutti a diversi soggetti, in base ad uno "statuto della cosa" che ne regolava l'appartenenza e l'utilità: al *dominus directus*, di regola signore feudale laico o ecclesiastico, una rendita in denaro o in derrate; al *dominus utilis*, spesso un mercante di campagna, i frutti

2 Cfr., fra gli altri importanti contributi, il volume di Paolo Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992.

delle coltivazioni; ai contadini del villaggio l'uso parziale dei pascoli, la raccolta della legna dei boschi, la spigolatura seguente il raccolto.

Tale assetto, continua Grossi, fu spazzato via dall'ideologia della borghesia trionfante, per la quale non le cose, ma i soggetti erano i protagonisti dell'ordinamento. Il soggetto, con la sua sfera di intangibile libertà, doveva poter disporre a suo piacimento delle cose, poterle trasformare, razionalizzare, sottoporre a regimi di utilizzazione nuovi e più produttivi. La volontà individuale, posta al centro del sistema di diritto privato, era del resto il riflesso della struttura che il potere s'era data durante il Settecento riformatore. Si pensi alla Francia, dove lo Stato, personificazione della nazione, aveva preso a plasmare con la propria volontà la popolazione e il territorio: dov'erano paludi le bonifiche avevano ricavato campi coltivati; una rete di canali voluti dal pianificatore sovrano aveva trasformato la mappa delle comunicazioni; la produzione manifatturiera era stata uniformata con la creazione di grandi officine pubbliche; disboscamenti, bacini artificiali, strade, porti avevano trasformato il paesaggio. Nell'assolutismo europeo, e soprattutto nella sua fase "illuminata" settecentesca, la volontà dello Stato era già una forza letteralmente *soprannaturale*, nel senso che la sua decisione aveva la forza di modificare la natura del territorio in nome della razionalità economica e politica.

Questa volontà pubblicistica, che si esprimeva innanzitutto nella forma della legge, non era riuscita a modificare l'assetto dei diritti con una nuova codificazione. Imponenti ostacoli politici impedivano perfino al potere assoluto del sovrano di trasformare i secolari assetti del diritto privato, che lo Stato avrebbe voluto bonificare come faceva con le paludi o rettificare come canali navigabili.

Solo l'accelerazione degli eventi che si verificò nel 1789 produsse le condizioni perché questo passaggio si rendesse possibile. E l'ideale borghese dell'individuo proprietario assunse consistenza giuridica nel nuovo disegno della proprietà privata e nell'abolizione della rete di *domini* che aveva caratterizzato l'Europa per oltre un millennio. Come la volontà dello Stato si configurava come onnipotente sulla scala della politica nazionale, così la volontà dell'individuo, sovrano di sé e dei suoi beni, doveva potersi esercitare senza limiti sulle cose sue, fino a stravolgerne l'assetto stabilito dalla natura o consolidato dalla consuetudine secolare³.

3 Per un primo orientamento sull'illuminismo giuridico, la rivoluzione e le riforme del diritto privato cfr. fra gli altri Italo Bircocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica*

2. *La storia al centro della scienza giuridica nell'Ottocento* – Nonostante le molte attenuazioni dei principi rivoluzionari che caratterizzarono l'età napoleonica, il *Code Civil* del 1804 conservò in pieno questa grande trasformazione del diritto di proprietà, che fu assunta come centro indiscutibile del tessuto dei diritti dei privati.

In molti dei territori europei dove il Codice fu introdotto con le vittorie dell'armata francese, esso ebbe la forza di sovvertire l'antico sistema dei *dominia*, e di penetrare rapidamente nelle culture giuridiche europee, al punto che, anche dopo la Restaurazione, la proprietà individuale perfetta restò obiettivo degli ordinamenti privati rinnovati e passò nei nuovi codici degli Stati restaurati.

Non così in Germania, dove una scienza giuridica radicata e caratterizzata reagì al modello di codificazione privatistica napoleonico affermando, come si sa, il primato della *Rechtswissenschaft* sulla legislazione. Non la volontà razionale del legislatore, ma la conoscenza profondissima della storia giuridica doveva dare alla nazione il proprio diritto. Un diritto che non poteva essere strumento della razionalizzazione economica voluta dallo Stato architetto, poiché fondava la sua legittimità sul profondo sentire del popolo, il cui spirito (*Volksgeist*) era depositato nella storia e attraverso il culto della storia doveva essere riconosciuto ed esaltato⁴.

La storia, dunque, divenne in breve l'elemento portante della scienza giuridica tedesca, e i giuristi dell'Ottocento furono quasi tutti anche grandi storici che – da Savigny a Mommsen – influenzarono le culture giuridiche europee almeno quanto aveva fatto la codificazione napoleonica. Integrata nel sapere giuridico fino a costituirne il nucleo centrale, la ricerca storica fece passi da gigante: diplomatica, paleografia, filologia classica e medievale, epigrafia, archeologia: le discipline storiche assunsero il profilo "scientifico" che conservano ancora oggi, mentre l'interpretazione della storia si giovava dell'analisi economica e sociologica che nello stesso tempo acquistavano autonomia e fisionomia metodologica. Così, l'impulso dato alla storia dalla scienza giuridica si diffuse anche alla storiografia, che per un tratto fu profondamente identificata con la conoscenza giuridica.

nell'età moderna, Giappichelli, Torino 2002, *ad indicem*, e Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Giuffrè, Milano 2005, 393 e ss.

4 Sul grandioso sviluppo della scuola storica e della pandettistica si può far riferimento ancora con profitto a Franz Wieacker, *Storia del diritto privato moderno. Con particolare riguardo alla Germania* (trad. it. a c. di Umberto Santarelli dell'orig. tedesco del 1967), vol. 2, Giuffrè, Milano 1980.

La storia, dunque, come rivelatrice della normatività del *Volksgeist*, fu contrapposta alla razionalità creatrice del secolo precedente. In luogo della sovranità del legislatore, che s'era eretta al ruolo di artefice di un assetto artificiale capace di imporsi alla natura come alla consuetudine, la scuola storica tedesca pone l'indagine del giurista-scienziato, che legge nella storia le linee del sentimento profondo di un popolo, le eleva a sistema razionale e le applica nella vita del diritto privato.

Ora, questa centralità della storia che trionfò rapidamente anche fuori della Germania, non poteva offrire una mappa del diritto privato di univocità paragonabile a quella imposta dalla codificazione. Proprio sul tema della proprietà, infatti, le interpretazioni scaturite da tanto minuziosi studi divergevano in modo palese.

Uno degli effetti più importanti dell'operazione culturale perseguita da Savigny fu infatti la "nazionalizzazione" del diritto romano, che consentì di delineare il *System* del diritto privato nazionale costituito dall'attualizzazione del diritto romano, dando vita, nel giro di alcuni anni, all'ampia corrente della pandettistica che, nata dalla scuola storica, riconosceva nella tradizione romanistica l'espressione genuina del *Volksgeist* tedesco. Era un'appropriazione dell'eredità romana da parte della Germania che, per quanto appaia forzata, ebbe un successo straordinario, di cui vediamo ancora oggi gli effetti negli ordinamenti universitari delle Facoltà di Giurisprudenza.

Sulla base di questa "germanizzazione" del Digesto, Savigny e i pandettisti romanisti finirono per proporre alla Germania un assetto della proprietà non troppo diverso da quello che la Francia si era data per la via della codificazione. Restringendo la figura del possesso al solo esercizio di fatto di un potere che rispecchi un diritto reale, e poi criticando come non fondato sulle fonti romane il sistema del dominio diviso proposto dai giuristi medievali, i pandettisti propongono alla Germania un diritto di proprietà assai simile, nelle linee di fondo, a quello sancito dal codice che Savigny aveva rifiutato. E' anch'esso un diritto esclusivo, *utendi et abutendi*, che signoreggia la cosa e esclude da essa ogni potere altrui. È una proprietà adatta a favorire lo sviluppo della società industriale, come hanno mostrato gli studi ormai classici di Franz Wieacker⁵: perché l'accumulazione del capitale finanziario necessaria all'impresa industriale si favorisce eliminando

5 Wieacker, *Diritto privato e società industriale* (trad. it. a cura di G. Liberati dell'originale tedesco del 1974), ESI, Napoli 1983.

ogni vincolo che impedisce al proprietario di modificare anche radicalmente la funzione del proprio bene immobile, per consentirgli di trarne il massimo reddito possibile.

Mentre la proprietà privata tendeva a farsi assoluta per piegare le cose alla volontà dei loro proprietari, anche il complesso sistema dei beni pubblici e comuni venne riformato, per riportarlo all'interno delle categorie privatistiche della proprietà. Così, anche nel campo del diritto pubblico la figura della proprietà (in questo caso dello Stato o di un ente pubblico) assorbì in sé la costellazione amplissima di *status* giuridici che qualificava i beni destinati all'uso comune di popolazioni, oppure ad ospitare e a finanziare con i loro frutti le attività di assistenza o di beneficenza; i beni artistici ch'erano *decorum et honor* delle città, i beni naturali, le acque, l'aria. Tutte queste cose, lo si vedrà più avanti, si caratterizzavano nell'Antico Regime proprio per il fatto di sfuggire ogni appropriazione da parte di un soggetto che, pubblico o privato che fosse, avrebbe potuto esercitare su di esse la forza della volontà del proprietario.

La ristrutturazione del diritto privato in senso borghese, dunque, favorì anche la qualificazione dei beni pubblici come beni *in proprietà* dello Stato. La formula del Codice: "La proprietà è pubblica o privata" assoggettava ogni cosa che non fosse nel dominio di un privato a quella volontà sovrana – assoluta – che come si è visto si esprimeva nelle forme della legge. La legge, perciò, divenne lo strumento con il quale lo Stato proprietario poteva disporre di beni che l'Antico Regime aveva sottratto ad ogni potere di trasformazione e di alienazione. Anche i beni pubblici più rigidamente tutelati, quelli demaniali, divennero così soggetti, almeno in teoria, alla forza della volontà pubblica espressa per mezzo della legge. Uno Stato che si assumeva premuroso nella tutela del suo patrimonio avrebbe certamente adottato le misure migliori per tutelarlo; eppure, in astratto, non v'era uno strumento che ponesse almeno alcuni beni al riparo dal potere assoluto della volontà dello Stato, espressa attraverso la legge: così, esso avrebbe potuto aggredire, trasformare, snaturare, al limite anche alienare tutti quei beni che la tradizione europea aveva sottratto ad ogni potere proprietario.

3. *La costruzione storiografica di una proprietà collettiva germanica*
– A questo trionfo dell'individualismo privato la Germania pervenne, come si è visto, per la via un po' inattesa della storia: in particolare, grazie all'operazione ideologica – compiuta da Savigny e proseguita

dai suoi allievi – che aveva ricostruito il percorso del diritto romano attraverso il Medioevo come la storia del suo accoglimento da parte della Germania, sicché il *Volksgeist* tedesco, costruito nella storia, poteva sorprendentemente essere rispecchiato dalla compilazione redatta per ordine di un imperatore che parlava latino e governava gran parte del Mediterraneo dal suo palazzo di Istanbul.

Era proprio in questo passaggio, evidentemente, il punto più debole dell'impostazione romanistica proposta dalla scuola storica ed esaltata dalla pandettistica. Il vento romantico del nazionalismo ottocentesco spirava troppo forte in Germania perché le linee razionali della proprietà privata "classica" delineata dai giuristi tedeschi sulla base del Digesto potessero essere accettate senza obiezioni. Strumento giuridico indispensabile dello sviluppo del capitalismo ottocentesco, la proprietà perfetta di un soggetto individuale – pubblico o privato – che esercita un potere senza limiti sulle cose materiali appariva nonostante tutto un prodotto di importazione, estraneo alla tradizione profonda della nazione tedesca.

Così, proprio la proprietà e il possesso divennero assai presto il terreno di confronto che aprì una frattura importante all'interno della scuola storica tedesca. La corrente dei *germanisti*, comparsa già fra gli allievi diretti di Savigny e legata al richiamo ad un romantico nazionalismo culturale che rifiutava ogni classicismo⁶, cominciò negli anni Quaranta dell'Ottocento a definire la recezione del diritto romano in Germania come una "disgrazia nazionale" e propose di cercare nella tradizione popolare le linee di un modello di appartenenza dei beni proprio della nazione germanica: la *Gewere*. Un modello tutto diverso da quello, freddamente razionale, che i pandettisti estraevano dal Digesto. La *Gewere* germanica, che i germanisti cercavano romanticamente nelle fonti più lontane dalla cultura giuridica e ricollegavano all'etnia tedesca più che alle vicende contingenti della storia, era una forma di potere sulle cose che non distingueva la proprietà dal possesso; che non imponeva un oggetto reale, come il *dominium* romano; che non separava nettamente il diritto reale dal diritto di credito; che non richiedeva un soggetto rigidamente individuale; che non scindeva drasticamente il potere privato dal dovere pubblico.

Indagando decisioni di oscuri tribunali di campagna che si presumevano immuni da influenze colte, e collegandole con le leggi dei

6 Una sintesi sulle posizioni dei germanisti in Emanuele Conte, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Il Mulino, Bologna 2009.

regni romano barbarici della fine dell'Antichità, i Germanisti costruirono in pochi anni un vero e proprio "sistema" del diritto, che in breve cominciò a contrapporsi ai monumentali edifici sistematici costruiti dai pandettisti sulla base dei principi romani. Ma mentre la struttura degli istituti teorizzati dai romanisti poteva considerarsi l'impalcatura di un diritto "borghese", quella dei germanisti proponeva un complesso di regole rispettoso delle esigenze sociali: le intersezioni fra rapporti obbligatori e diritti reali portarono, per fare un esempio, alla tutela dei contratti di locazione di abitazioni, che per il rigido diritto romano avrebbero dovuto sciogliersi quando il locatore cedeva l'immobile a un terzo. La figura germanica della *Gewere* consentiva invece di configurare una forma di diritto reale del conduttore sulla casa presa in locazione, e di giustificare il trasferimento del rapporto obbligatorio pur senza alcuna espressione di una volontà di novarlo da parte dei contraenti.

Tutta la materia dei diritti reali fu dunque reinterpreta alla luce di principi giuridici diversi da quelli romani: non l'individuo, ma la comunità (*Gemeinschaft*) doveva intendersi come soggetto tipico e prevalente nel mondo giuridico germanico che gli storici germanisti andavano disseppellendo dalla storia, come archeologi che liberano un reperto celtico dalle incrostazioni romane. La proprietà germanica tipica, anzi, era collettiva, non individuale. Non era un istituto tutto chiuso nel diritto privato, perché la *Gemeinschaft*, che fosse una famiglia allargata, una comunità di villaggio, una corporazione, governava i beni comuni attraverso procedimenti di natura pubblicistica: regolamenti, procedure di elezione, controlli di natura giurisdizionale.

Il 5 aprile del 1889, quando la scuola dei Germanisti era ormai vigorosissima e aveva già contribuito sostanzialmente a mitigare il carattere borghese del codice tedesco allora in gestazione, Otto von Gierke sintetizzò questi spunti in una conferenza tenuta alla Società Giuridica (*Juristische Gesellschaft*) di Vienna, dal titolo significativo: *la missione sociale del diritto privato*⁷. L'esordio era più che esplicito: la partizione tra *ius publicum-ius privatum*, fondamentale per il diritto romano, è invece assai sfumata per il diritto germanico. La distinzione si regge, secondo Gierke, su due diverse finalità delle due sfere del diritto: il diritto privato "*ad singulorum utilitatem spectat*", mentre il diritto pubblico "*ad statum rei Romanae spectat*". La distinzio-

7 Otto von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, (ora in Id., *Aufsätze und kleinere Monographien*, Hildesheim 2001, 605-642). Cito dall'ed. separata Frankfurt 1948.

ne, osserva Gierke, è artificiale, perché l'uomo è al contempo essenza individuale (*individuelles Dasein*) e un pezzo della vita comune (*ein Stuck des Gesamtlebens*).

Se il diritto romano aveva imposto questa forzatura, nella tradizione germanica, invece, le due sfere restano saldate: il diritto privato resta legato al pubblico, ed acquista un carattere sociale. Nel mondo germanico delle origini, afferma, “non c'era alcuno Stato sovrano e non c'era alcun individuo sovrano”. Lo Stato mantiene una dimensione collettiva, mentre l'individuo conserva i suoi legami con la comunità. Ogni diritto soggettivo, dunque, non può mai definirsi in modo unilaterale: “Anche il diritto reale è in fin dei conti un rapporto tra volontà umane, non tra una singola volontà isolata e un oggetto privo di volontà”⁸.

Bisogna guardarsi dal pensare che Gierke e i giuristi germanisti intenti a “ungere l'ingranaggio del diritto privato con una goccia di olio sociale” fossero attratti dalle dottrine socialiste. Le idee socialiste, al contrario, sono esplicitamente rifiutate: “se la ‘destatalizzazione’ (*Entstaatlichung*) dei diritti pubblici nel senso dell'individualismo giusnaturalista significa la dispersione e la morte, d'altra parte la statalizzazione del diritto privato nel senso del socialismo significa la schiavitù e la barbarie”⁹.

E dunque un socialismo paternalistico, romantico, nostalgico di un Medioevo mitizzato, quello che Gierke rivendica. La proprietà non può essere del tutto privata, perché in una nazione intesa come “comunità” non può darsi alcun diritto cui non corrisponda un dovere. *Kein Recht ohne Pflicht* è perciò lo slogan efficace coniato da Gierke: “in realtà già il nostro ordinamento giuridico vigente collega, anche con forti e piene ragioni, la proprietà a una serie di obblighi. I quali non sono in alcun modo anomalie, o elementi estranei di origine “poliziesca” (cioè amministrativa) nel diritto privato, come il pensiero romanistico vorrebbe far credere. Piuttosto si tratta delle coerenti conseguenze di un principio superiore, che è capace di ulteriori sviluppi. La proprietà senza obblighi non ha alcun futuro!”

Parole dense di ideologia nazionalista, che non per nulla piacquero molto, una quarantina d'anni più tardi, ai giuristi nazisti¹⁰. Ma

8 Ivi, p. 14.

9 Ivi, p. 10: “Die Entstaatlichung des öffentlichen Rechtes im Sinne des naturrechtlichen Individualismus bedeutet die Auflösung und den Tod, die Verstaatlichung des Privatrechtes im Sinne des Sozialismus bedeutet die Unfreiheit und die Barbarei”.

10 Cfr. Michael Stolleis, *Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Umriss eines wissen-*

certo parole premonitrici di problemi che il diritto, messo di fronte all'emergenza ecologica, si è posto in modo pressante circa un secolo più tardi: Leggiamo ancora Gierke: "È un errore pericoloso anche che la proprietà sia uguale a sé stessa indipendentemente dalla natura del suo oggetto. Innanzitutto la proprietà terriera (*Grundeigentum*) per il proprio contenuto è più limitata della proprietà di cose mobili. Che un pezzo del nostro pianeta debba appartenere a una persona singola nello stesso modo di un ombrello o di un titolo finanziario è un controsenso nemico della cultura". Resta dunque in noi – conclude il germanista – la coscienza che nonostante tutte le regole artificiali e tutte le divisioni del territorio la terra sia almeno in un certo grado un bene comune. Tutti i diritti sul territorio sono dunque – per natura e per tradizione germanica – limitati dai diritti della collettività, così come i diritti su acque e boschi sono fortemente limitati dalle prerogative delle popolazioni.

4. *La storiografia giuridica fra esigenze di sistema e istanze reazionarie* – Gierke rappresenta il punto di maggior chiarezza e di maggior diffusione anche europea di un movimento ampio e incisivo che lungo l'Ottocento portò con forza all'attenzione dei giuristi le contraddizioni del modello borghese di proprietà. L'ampio dibattito europeo che coinvolse giuristi, economisti e sociologi tra l'Inghilterra, il Belgio, la Francia e la Germania è stato magistralmente illustrato da Paolo Grossi, in un libro che ha fatto scuola¹¹. Egli si concentra sugli scritti che si incrociarono in Europa negli ultimi trent'anni dell'Ottocento, traendo dall'intreccio polemico delle voci l'impressione che la cultura giuridica, sollecitata dalla storia e dalle scienze sociali, stesse aprendosi con faticosa determinazione alla comprensione di un modello alternativo di appartenenza: opposta al modello individualista borghese, la proprietà collettiva sarebbe stata un "altro modo di possedere", che il diritto ufficiale aveva cercato di metter da parte. Radicata profondamente nel sentire dei popoli, però, la proprietà condivisa po-

schaftsgeschichtlichen Themas (1989), ora in Id., *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 1994, 57-67, 64 n. 28. Certo vi fu una possente ripresa dell'entusiasmo per Gierke già a partire dalla presa di potere del Nazionalsocialismo nel 1933: cfr., ad esempio, Reinhard Höhn, *Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit. Zugleich eine Auseinandersetzung mit dem Rechtssystem des 19. Jahrhunderts*, Hamburg 1936, che rievoca una parola d'ordine echeggiata subito dopo la „rivoluzione“: "Zurück an Gierke!".

11 Paolo Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977.

teva tutt'al più esser sottaciuta per qualche tempo, ma era destinata inevitabilmente a "emergere" alla coscienza dei giuristi. L'esperienza culturale europea trovò poi una eco vasta, originale e feconda anche in Italia, dove la realtà rurale descritta nell'inchiesta agraria Jacini segnalava i moltissimi assetti collettivi praticati nelle campagne; dove civilisti sensibili alla lezione francese o tedesca cercarono di aprire lo scrigno dei diritti reali per inserirvi il modello di condivisione che – per riprendere il sottotitolo del libro di Grossi – vedeva emergere "forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria".

In effetti, il dibattito di fine Ottocento ricostruito da Grossi fa pensare a un processo di occultamento della forma collettiva dell'appartenenza: nei lavori approfonditi degli storici come nei pamphlets divulgativi e polemici, il collettivismo appare come la forma originaria di proprietà, che le società primitive avevano praticato ben prima di ogni appropriazione individuale, e che le società rurali avevano conservato nelle pratiche di sfruttamento collettivo di pascoli, boschi, acque. Questa forma primitiva di proprietà collettiva sarebbe stata poi cancellata dal razionalismo illuminista, dalla Rivoluzione e dal classicismo romanistico. Il suo riconoscimento nelle opere di giuristi sensibili alla storia, all'etnologia, all'economia poteva ben apparire una "emersione": il riconoscimento, benché tardivo, di uno schema inconciliabile con l'individualismo proprietario. Uno schema che a fine Ottocento sembra legato più al sentire profondo (al *Volksgeist*) dei popoli che alle vicende della storia, cui gli ordinamenti giuridici si sono adattati mutando di volta in volta. E sembra che questa forma "popolare" di appartenenza sia stata tolta di mezzo dalla codificazione borghese, voluta da giuristi razionalisti e imposta da uno Stato che con la forza della legge pretendeva di soffocare le strutture profonde della società.

E' una visione suggestiva e accattivante, che però va considerata con cautela e inquadrata nel suo contesto storico e politico, evitando di convincersi della sua assoluta esattezza.

Innanzitutto, bisogna tenere presente che la storia fu assunta come *forza normativa* da parte della scuola storica. La storia – che nelle Facoltà di Giurisprudenza tedesche diventa *Storia del diritto* (*Rechtsgeschichte*) – viene assorbita nella sfera delle scienze giuridiche per un motivo strutturale: perché la norma giuridica – legislativa o consuetudinaria – è tale solo se rispecchia lo spirito del popolo, il quale doveva essere rintracciato attraverso lo studio della storia. La storiografia giuridica, dunque, è storiografia funzionale alla definizione dell'ordinamento giuridico, perché nella storia il giurista trova i suoi argomenti

più efficaci per costruire tecnicamente gli istituti giuridici. Ecco perché le ricostruzioni storiche dell'Ottocento, per quanto tecnicamente raffinate, devono sempre esser valutate alla luce della loro funzione nel contesto del diritto allora vigente e delle istanze di riforma coltivate dai giuristi e appoggiate sugli studi di storia giuridica.

E' quindi essenziale riprendere il dibattito di fine Ottocento considerando l'evoluzione della scuola dei germanisti durante i decenni centrali dell'Ottocento: quando le preoccupazioni politiche e sociali degli intellettuali tedeschi spingevano a costruire un socialismo nazionalista di stampo conservatore, nostalgico dell'Antico Regime e fortemente critico nei confronti della Rivoluzione francese e dello spietato individualismo borghese.

Come tanti poeti, musicisti, architetti, artisti del romanticismo tedesco, così anche i giuristi storici riproposero un Medioevo mitico: età del trionfo delle stirpi germaniche, il Medioevo era anche l'epoca d'oro del comunitarismo, in cui la società assunse le forme di una *Gemeinschaft* solidale più che quelle di una *Gesellschaft* tenuta insieme soltanto dall'interesse e dalla necessità di sicurezza degli individui¹². In questo Medioevo mitico i popoli germanici erano entrati in Europa e avevano fecondato la classicità esausta con il loro vigore: proponendo forme più solidali di rapporti personali e di diritti reali, e facendo metter da parte, per secoli, il potere prepotente che il diritto romano accordava al proprietario, e il legame freddo ed economicistico che l'obbligazione contrattuale creava fra gli uomini.

5. *Il modello ecclesiastico e i beni indisponibili* – In fondo, l'enfasi ottocentesca sul carattere comunitario della società medievale (cioè germanica) descriveva sì un istituto proprietario diverso dalla proprietà borghese, ma lo faceva costruendo un soggetto diverso da quello individuale, che il Code e i pandettisti riconoscevano soltanto nelle persone fisiche oppure nelle persone giuridiche, costruite ad immagine dell'individuo umano e perciò capaci come lui di esprimere una volontà unitaria, dotata del potere *utendi et abutendi*, cioè di disporre delle cose in maniera illimitata. Il soggetto comunitario germanico e medievale, invece, rinuncia alla finzione della persona: resta comunità naturale, intesa a perpetuarsi nella propria discendenza, cui at-

12 Il riferimento è alla celebre distinzione fra "comunità" e "società" proposta proprio alla fine dell'Ottocento da Ferdinand Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und Sozialismus als empirischer Culturformen*, Leipzig 1887.

tribuisce il diritto di godere delle cose comuni. Perciò, essa non può esprimere una volontà di disporre come quella che può formulare una persona fisica o giuridica: può gestire, godere i frutti, conservare per il futuro; ma non può alienare né snaturare i beni, che appartengono anche alle generazioni future, le quali non possono esprimere il loro consenso a disporne.

Ciò che fa del *condominium iuris germanici* dei germanisti una forma di proprietà collettiva è dunque la qualità particolare del soggetto.

Ma se noi leggiamo le fonti con la nostra sensibilità del ventunesimo secolo, attenti a non farci influenzare dalle letture ottocentesche, possiamo rilevare qualche caratteristica diversa nel sistema che si affermò nel Medioevo e sopravvisse fino alla rivoluzione industriale e alle codificazioni.

Il carattere peculiare di quel sistema non si riconosce tanto nella qualità del soggetto comunitario, quanto nel particolare assetto dei beni: in quello che lo stesso Grossi ha chiamato efficacemente “statuto della cosa”. A partire dalla tarda antichità, e sempre più intensamente nel primo Medioevo, infatti, i rapporti giuridici fra persone e cose tendono sempre di più a partire dalle cose, mentre le persone assumono una posizione sempre più passiva nei confronti di esse. Nello sfacelo dell'economia antica, con il calo demografico e la crisi profondissima della produzione, l'incertezza politica dai territori di confine si spinge sempre più verso il cuore dell'Impero romano. L'insicurezza dilaga, i poteri pubblici si fondono con le ricchezze private, il sistema giudiziario pubblico lascia il campo a un sistema di protezioni personali che costituisce il sostrato sociale del feudalesimo.

Quella confusione fra diritti di natura pubblicistica e privatistica che Gierke aveva ricollegato alla natura stessa dei popoli e dei diritti germanici è in realtà l'effetto di una gravissima contingenza storica: della grande crisi che vede spegnersi il mondo antico e dilagare l'incertezza fino al punto che i diritti dei soggetti non sono più garantiti da un sistema di giustizia pubblica, ma dai legami personali nei confronti di chi insieme alla ricchezza detiene il potere e controlla la forza militare. In questa situazione è la *stabilità* il valore supremo del sistema. La terra stabilizza il proprio statuto, fornendo i propri frutti agli uomini per consentire la loro sussistenza: una comunità di villaggio, una famiglia allargata, un gruppo di *fideles*, godono dei propri beni senza esercitare su di essi il potere di trasformarli o di alienarli, perché quei beni devono essere conservati nella propria consistenza per servire stabilmente la sussistenza dei loro titolari. Il

circuito economico che si crea pone dunque al centro la risorsa terra, che fornisce le proprie utilità a diversi soggetti: al signore feudale una rendita in natura, il diritto di cacciare e il diritto di sfruttare una parte del lavoro dei contadini; alla comunità di villaggio o familiare i frutti del raccolto, il diritto di raccogliere legna e frutti selvatici nei boschi e di far pascolare gli animali. Gli uomini si avvicendano di generazione in generazione nei propri ruoli. La terra resta immutata, perché solo così può offrire qualche garanzia di sussistenza al gruppo.

Le forme giuridiche di questo assetto economico sono – durante l'alto Medioevo – assai varie. Gli storici del diritto di un secolo fa le hanno descritte in centinaia di lavori, tutti orientati a distinguere gli apporti di “fattori” diversi all'evoluzione del diritto medievale che si allontanava da quello romano. Qualcosa di romano sarebbe naturalmente restato, ma mescolato a elementi che si usava ricondurre a un “diritto germanico” che era per la verità più creazione della mente sistematica dei germanisti ottocenteschi che un sistema dotato di qualche consistenza storica. Poi c'era il terzo fattore, il più sfuggente e quello storicamente meno definito: il diritto canonico, che per alcuni era a sua volta fortemente influenzato dal diritto germanico e per altri veniva invece dalla dottrina spirituale del cristianesimo.

La teoria meccanica ed evolutivista dei “fattori storici” è ormai criticata da oltre mezzo secolo, benché non manchi fra i giuristi non storici qualcuno che ancora fa riferimento a istituti “tipicamente germanici” per spiegare le divergenze dal quadro istituzionale romano. Soprattutto, va riconsiderata la funzione del diritto canonico durante l'alto Medioevo: è il diritto canonico che riprese e trasformò molte pratiche del diritto laico che Giustiniano non accolse nella propria compilazione o che l'Impero aveva contrastato senza successo. E' la norma ecclesiastica la testimone più esplicita e viva delle forme giuridiche imposte dai tempi durissimi, che non potevano che opporsi ai principi raffinati elaborati dal diritto romano classico.

Il bisogno di stabilità e l'incertezza dilagante, inoltre, avevano dato un impulso determinante al passaggio di moltissima parte della ricchezza immobiliare nelle mani di enti ecclesiastici. Le donazioni *pro anima* alle chiese si sommarono ai trasferimenti volontari di terre da parte di piccoli proprietari incapaci di difendersi da soli dai pericoli del tempo, i quali donavano le proprie terre a un potente ente religioso per riceverle poi a titolo di concessione a lunghissimo termine. Entrate nella sfera di dominio di un grande monastero o di una catte-

drale, le terre acquistavano l'*immunitas* che le sottraeva alla tassazione da parte dell'Impero e ne garantiva la stabilità.

Tutti questi beni assumono dunque uno *status* particolare, dal momento che entrano nella proprietà di un soggetto che il diritto non aveva ancora qualificato esattamente. Il monastero, o la chiesa proprietaria di estensioni talvolta immense di terreno non era ancora una *persona giuridica*. L'idea che quel soggetto proprietario potesse configurarsi come una *fictio iuris* e atteggiarsi come una persona sarebbe balenata nei canonisti raffinati del XIII secolo, ma per molti secoli non fu mai proposta da alcuno. Di chi erano allora tutti quei beni? chi decideva della loro sorte? chi esercitava su di essi quel *ius utendi et abutendi* che qualificava la proprietà romana? Le risposte che la sensibilità dell'alto Medioevo dava a queste domande possono apparirci ingenui: le donazioni pro anima erano fatte a Dio, che quindi doveva considerarsi proprietario; oppure era il santo cui era consacrata la chiesa donataria a possedere; i beni si conferivano all'altare, che si riteneva dotato di molti poteri perché conteneva una reliquia del corpo del santo: era quella parte di corpo che si poteva ritenere titolare dei beni della chiesa. O ancora: se i beni sono conferiti ad un monastero, allora il loro proprietario sarà il monastero, inteso come edificio materiale¹³.

Sono soluzioni che possono far sorridere oggi, ma che non erano affatto incoerenti con una mentalità che attribuiva a Dio, ai santi, alle reliquie il potere di intervenire concretamente nella vita reale: a Dio ci si rivolgeva con il processo ordalico perché fosse lui a indicare il colpevole di un reato; i santi erano vivi e presenti nella vita delle comunità riunite intorno al proprio protettore; le reliquie erano così venerate da indurre un fitto commercio legale e illegale, e qualche volta erano portate in giudizio perché sostenessero le ragioni di una chiesa contro il suo avversario.

Naturale per la mentalità medievale, il conferimento di beni a soggetti soprannaturali (Dio, i santi) o puramente materiali (le reliquie, l'altare, l'edificio ecclesiastico) aveva poi il vantaggio di porre al riparo da un esercizio pericoloso del potere privatistico del proprietario. Né gli spiriti né le cose, infatti, potevano decidere all'improvviso di alienare le terre di chiese e monasteri. Avrebbero certamente optato per una gestione attenta, affidata ad amministratori oculati, che avrebbero mirato soprattutto alla conservazione degli assetti agrari ed economici che ruotavano intorno all'ente ecclesiastico.

13 Anche su questi aspetti cfr. Conte, *Diritto Comune*, cit.

Il modello ecclesiastico ebbe poi forte presa anche nel mondo laico. I regni nazionali attribuivano beni alla Corona e non alla persona del sovrano che la cingeva *pro tempore*; le famiglie nobili collegavano i beni più importanti alla loro *casa*, pronte a stabilire quella rete di fedecomessi che impedì per tutto l'antico regime l'alienazione di beni da parte degli aristocratici. I villaggi presero a collegare i terreni di sfruttamento collettivo come boschi e pascoli alle mura delle case più che alle persone: perché in tal modo, anche in caso di spopolamento temporaneo il legame fra il villaggio e le sue terre sarebbe rimasto intatto.

6. *La scolastica e il pluralismo degli inquadramenti giuridici per i beni comuni* – Nel XII secolo, una vera e propria rivoluzione intellettuale vide nascere in Europa, in pochi decenni, una cultura nuova, capace di costruire astrattamente istituti giuridici sulla base delle norme del *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano ricostruito e ripresentato nella sua forma medievale, e sulla base delle compilazioni di diritto canonico pubblicate o promulgate tra 1140 e 1234. Aperta alle esigenze della pratica, dell'economia in sviluppo impetuoso, della politica in profonda trasformazione, questa cultura giuridica nuova seppe interpretare le istituzioni che si erano consolidate nell'alto Medioevo nella griglia concettuale della dogmatica scolastica. Diede cioè forma propriamente giuridica agli assetti economico istituzionali che abbiamo visto molto rapidamente.

Così, ad esempio, il legame fra la comunità di villaggio e le proprie terre comuni fu interpretato da molti giuristi come una servitù atipica costruita a immagine della servitù prediale. Se le case del villaggio si configuravano come il fondo dominante, e il diritto di accesso a boschi e pascoli come una specie di fondo servente, allora chi abitava nelle case del villaggio traeva il proprio diritto a godere collettivamente delle terre dalla casa che abitava. Per quanto non fosse l'unica soluzione dogmatica, la costruzione ebbe ampio successo in molte regioni d'Europa, tanto che ancora nell'Ottocento i diritti d'uso collettivo venivano definiti "servitù civiche". Anche i beni pubblici tendenzialmente sottratti alla disponibilità del sovrano stesso si configurarono sul modello dei beni della corona, a loro volta ispirati ai beni ecclesiastici. Il termine *demanio*, destinato a designare beni intangibili, perché pubblici per vocazione o per destinazione, appare dapprima nella legislazione del Regno di Sicilia e si diffonde ampiamente, proprio perché qualifica un potere diverso dalla proprietà: un potere di tutela più che di disposizione.

Il caleidoscopio di soluzioni tecniche – che la scolastica medievale aveva elaborato e che la tradizione di antico regime riprese e consolidò nell'intreccio fra dottrina e pratica dei secoli dell'età moderna – rispondevano insomma alle esigenze del loro tempo: all'antico bisogno di stabilità da una parte, alle spinte verso un maggiore individualismo dall'altra. Con la scelta per la proprietà privata, la codificazione e il diritto borghese hanno indotto a dimenticare quelle costruzioni dogmatiche che avevano dato forma giuridica al bisogno di stabilità, alla preoccupazione nei confronti delle generazioni future, al timore di stravolgimento degli equilibri naturali. È inevitabile che la cultura giuridica d'oggi, che è pur sempre in cerca di legittimazioni storiche e di costruzioni dogmatiche, guardi a questi modelli per costruire un diritto dei beni comuni al di là dei confini fra pubblico e privato.