

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

“VITTORIO SCIALOJA,,

DIREZIONE

MASSIMO BRUTTI - LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI
PIERANGELO CATALANO - OLIVIERO DILIBERTO
ANDREA DI PORTO - SANDRO SCHIPANI

*

QUARTA SERIE - Vol. VII
Dell'intera collezione Vol. CXI

2017

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
«VITTORIO SCIALOJA»

La DIREZIONE ha sede presso la Sezione 'Istituto di Diritto Romano', Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sapienza-Università di Roma, Piazzale Aldo Moro n. 5, 00185 Roma. L'AMMINISTRAZIONE è presso la Casa Editrice *L'ERMA di BRETSCHNEIDER*, Via Cassiodoro, 11 - 00193 Roma - tel. 06/6874127 - lerma@lerma.it.

Le pubblicazioni e i contributi debbono essere inviati alla sede della Direzione o ai seguenti indirizzi di posta elettronica: luigi.capogrossicolognesi@uniroma1.it; bidr@uniroma1.it

COMITATO DI DIREZIONE

Antonello Calore - Riccardo Cardilli - Maria Floriana Corsi
Giovanni Finazzi - Roberto Fiori - Orazio Licandro - Franco Vallocchia

COMITATO DI REDAZIONE

Elena Tassi - Giovanni Turelli - Massimiliano Vinci

REDAZIONE

Antonio Angelosanto - Gaia Di Trollo - Domenico Dursi - Iolanda Ruggiero

BIDR viene pubblicato annualmente. La pubblicazione di articoli e contributi scientifici proposti alla Rivista osserva i criteri di massima per la valutazione della ricerca scientifica adottati dalle Autorità universitarie italiane. Tali saggi saranno pertanto sottoposti all'approvazione di due esperti scelti dalla Direzione all'interno di un gruppo di studiosi predeterminato, il cui elenco è a disposizione degli interessati, rispettando l'anonimato dell'autore e dei lettori.

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

“VITTORIO SCIALOJA,,

DIREZIONE

MASSIMO BRUTTI - LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI
PIERANGELO CATALANO - OLIVIERO DILIBERTO
ANDREA DI PORTO - SANDRO SCHIPANI

✱

QUARTA SERIE - Vol. VII

Dell'intera collezione Vol. CXI

2017

«L'ERMA» di BRETSCHNEIDER

ISSN 0391-1810
ISBN (Brossura) 978-88-913-1624-0
ISBN (PDF) 978-88-913-1627-1

© Copyright «L'ERMA» di BRETSCHNEIDER. Roma 2017
Via Cassiodoro, 11 - 00193 Roma - Sito Internet: www.lerma.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie, nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

I N D I C E

ARTICOLI

F. BOTTA, <i>De his qui suscipiunt alienos agricolas</i> . Intorno a <i>edict. praef. praet.</i> XXV	1
A. PETRUCCI, Note sui 'marchi di produzione' e dati delle fonti giurisprudenziali. A proposito di una recente iniziativa	21
A. BOTTIGLIERI, Le scommesse sui giochi <i>virtutis causa</i> in diritto romano	41
L. CAPPELLETTI, Norme per la tutela degli edifici negli statuti locali (secoli I a.C. - I d.C.)	53
M. FIORENTINI, Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni	75
E. NICOSIA, <i>Si paret Aulo Agerio ius esse altius tollere</i> : una proposta di ricostruzione	105
M. TORELLI, Il 'Marte di Ravenna', i Fasti consolari di Roma e una <i>sodalitas</i> perugina	123
P. ZILLOTTO, Dolo e <i>iniuria</i> nella <i>pro Tullio</i> di Cicerone	133
F. PROCCHI, Plinio il Giovane ed il processo di Bebio Massa	149
D. DURSI, « <i>Viva vox</i> ». Qualche riflessione intorno a Marc. 1 <i>inst.</i> D. 1, 1, 8	185
S. MARINO, La (doppia) negazione mancante in Scevola D. 46, 3, 93, 1-2 e in Papiniano D. 46, 3, 95, 3. La confusa tradizione testuale in tema di riunione di debitore e fideiussore	207
G. COSSA, Note sui <i>libri singulares</i> di Paolo. I. Le monografie in tema di manu- missioni	237
G. DI TROLIO, Dionigi, i re e la terra. Sul controllo pubblico della proprietà privata nella Roma arcaica	261
F. BONIN, Evoluzione normativa e <i>ratio legum</i> . Qualche osservazione sulla legisla- zione matrimoniale augustea	273
P. BUONGIORNO, Appunti sulla dialettica normativa in materia matrimoniale nel primo principato	299
A. TORRENT, <i>Litterae Domitiani</i> y <i>Lex Iritana</i>	321
M. V. SANNA, <i>Rumpere</i> e <i>quasi rumpere</i> tra <i>lex</i> e <i>interpretatio</i>	347
R. FRANCA - C. SIMONEITI, Osservazioni sui paragrafi delle 'leggi' ittite relative al matrimonio (§§ 26-37, 175, 192-193)	371

DOCUMENTI

P. BUONGIORNO - L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Un biglietto di Salvatore Riccobono nel fondo Volterra	397
F. LUCREZI, Justice, law and revenge in Dante's Comedy. Short remarks on Justinian's speech in the sixth <i>Canto</i> of Paradise	405
L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Un modello insuperato, due secoli dopo	415

MARIO FIORENTINI

SPUNTI VOLANTI IN MARGINE AL PROBLEMA DEI BENI COMUNI

The paper criticizes some recent interpretations of the Roman legal concept of *res communes omnium*, often assimilated to modern notion of “common pool resources”. Through the analysis of the legal discipline of the most relevant *res communes omnium*, the sea and the seaside, I conclude that the rules of this Roman category of things are not anyhow comparable to those of “common goods”. In fact, while these are characterized by the only possibility to extract values of use from the good, without any chance of appropriation, the public character of the use of the beach and the sea in thinking of the Roman jurists allows the appropriation of portions.

1. La discussione dipanatasi negli ultimi anni sul problema attualissimo delle forme di gestione di alcune categorie particolari di beni, definiti ‘comuni’, non può non prendere le mosse dal ‘manifesto’ di Ugo Mattei¹. Uno scritto composto evidentemente di getto e privo di una preliminare analisi e di 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. Si tratta di un libro fatto oggetto di critiche fondate nel merito, ma anche di una sorta di linciaggio mediatico condito di ironie di vario tipo. Spicca tra le critiche più severe la nuova ‘bibbia antibenicomunistica’, il libro di Ermanno Vitale², contro il cui sarcasmo (fatto proprio anche da altri, e un po’ anche da Mauro Barberis³) si è però altrettanto

¹ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011. Il civilista torinese è poi tornato ampiamente su questi temi: particolarmente importante per delineare il suo orizzonte teorico è *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015.

² E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013.

³ M. BARBERIS, *Il comunismo dei beni comuni*, in *Micromega. Il rasoio di Occam*, 30/4/2013, reperibile in rete all’URL <http://ilrasoiiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2013/04/30/il-comunismo-dei-beni-comuni/>, visitato il 20-11 2015.

ironicamente pronunciato Alessandro Dani⁴: «Alcune domande – va pure detto – sarebbero state evitabili con un po' di ironia in meno e qualche ora in più in biblioteca».

Il fine ultimo dell'impegno di Ugo Mattei, a mio parere, è degno della massima considerazione e del più totale apprezzamento. I processi di privatizzazione e di accaparramento delle risorse, negli ultimi decenni, si sono fatti frenetici e sempre più dilaganti, provocando conseguenze drammatiche in tutto il mondo. Le 'commodities' sono soggette a fenomeni di finanziarizzazione e di speculazione borsistica di proporzioni immense, servizi essenziali per la sopravvivenza umana, come le forniture idriche, le risorse alimentari e interi territori⁵, sono appetiti da società dai profitti pari o superiori al PIL di molti stati, la cui potenza di fuoco in termini di persuasione sui legislatori, e non solo negli stati economicamente più deboli e ricattabili, è devastante, con l'obiettivo di trasformare in valore di scambio beni che dovrebbero avere esclusivamente un valore d'uso. Nel 2007, l'anno dell'esplosione della crisi dei mutui 'subprime', i contratti 'future' sui beni primari sono stati 3, 2 miliardi⁶.

Si tratta, a detta degli stessi operatori economici e degli organi di stampa che ne veicolano i messaggi, del più grande affare che si sia parato di fronte alle imprese: la conquista del mercato dei servizi primari, in primo luogo sanità e istruzione, fino ad oggi ancora in mano pubblica ma contesi dalle grandi aziende, secondo cui la gestione privata sarebbe più efficiente. Mattei ha deciso di pronunciarsi con decisa e giusta intransigenza contro questo fenomeno, 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 dovesse essere messo

⁴ 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 20-10 2016.

⁵ Sul *land grabbing* ormai c'è una bibliografia abbastanza vasta. In Italia si sono occupati di questo fenomeno L. PAOLONI, *Land Grabbing e beni comuni*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2015, 139-148, e S. LIBERTI, *Land grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*², Roma 2015; un libro duro ma necessario.

⁶ Commodities Futures Trading Commission, *Staff Report on Commodity Swap Dealers & Index Traders with Commission Recommendations*, September 2008, 10. Ricordiamo che la CFTC fu creata negli Stati Uniti nel 1974 per sorvegliare il mercato dei contratti *futures*, allora diffusi particolarmente nel settore agricolo come forma di assicurazione contro i rischi delle oscillazioni dei prezzi dovute a contingenze climatiche o ad altre cause. Dopo il 2008 è stata chiamata a riformare l'intero settore del mercato, funzionando al giorno d'oggi come «regulatory oversight of the over \$400 trillion swaps market»: un mercato degli *swap* di oltre 400.000 miliardi di dollari (cit. dal portale del CFTC, *s.r.l. Mission & Responsibilities*, URL <http://www.cftc.gov/About/MissionResponsibilities/index.htm>, visitato il 5-11 2016). Il futuro, col Presidente Trump, non si presenta però così roseo.

sul mercato, ossia sostanzialmente privatizzato; e che il gestore non potesse operare ricarichi in bolletta fino al 7% come remunerazione. Il piccolo libro di Mattei, uscito subito dopo il referendum, 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, tra gli altri relatori, Antonio Massarutto, docente di Economia pubblica a Udine, convinto sostenitore della privatizzazione della gestione del servizio idrico e persona arguta e profonda: io dal lato della conservazione pubblica, lui da quello opposto⁷.

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 però la terapia proposta da Mattei: l'irenica visione di un Medioevo idilliaco in cui le popolazioni amministravano autonomamente i beni comuni è, semplicemente, del tutto infondata, anche se, forse, non così di stampo reazionario come l'ha ritratta Mauro Barberis. È una visione alla quale si adatta alla perfezione la riflessione dell'antropologo Michael Taussig: «sulle società precapitalistiche grava il peso di dover soddisfare il nostro desiderio alienato di una perduta età dell'oro»⁸. Il quadro tracciato da Mattei appare piuttosto un'eco dell'affresco, questo sì un po' nostalgico, 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, anche per quanto riguardava l'accesso alle risorse collettive⁹. Ma questa capacità di autogoverno era tutt'altro che assoluta, dovendo scontare la presenza per niente irenica di una quantità di giurisdizioni concorrenti, da quella del signore locale a quella dell'ente ecclesiastico (episcopato, monastero) eventualmente titolare di diritti sulla terra, a quella del Comune cittadino dominante e così via. Per non parlare della situazione in cui i beni collettivi si vennero a trovare tra il XVII ed

⁷ Convegno *Acqua: un torbido futuro?*, 23 marzo 2011. Le nostre strade si erano già in precedenza incrociate, anche se solo per via cartacea, sulle pagine della rivista *Analisi Giuridica dell'Economia* 1 (2010), *Acqua. Superior stabat lupus...*, a cura di A. Nuzzo, P. Valensise, dove io avevo pubblicato *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, 39-78, e lui *La cultura del fare (e del disfare): il cantiere infinito della riforma dei servizi idrici*, 99-126. L'ho ritrovato poi di nuovo, con grande piacere, nelle belle pagine di P. RUMIZ, *La leggenda dei monti naviganti*, Milano 2007, 103-104 (che ho evidentemente letto dopo il 2011), che gli dedica un piccolo ma simpaticissimo ritratto.

⁸ BARBERIS, *Il comunismo* cit. La critica ora citata era stata espressa, in forme forse eccessivamente severe, anche se sul piano sostanziale largamente condivisibili, da R. FERRANTE, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in *Ragion pratica* 2 (2013) 321-323. La cit. è da M.T. TAUSSIG, *Il diavolo e il feticismo della merce. Antropologia dell'alienazione nel «patto col diavolo»*, Roma 2017, 25 (ed. or. Chapel Hill, 1980).

⁹ MATTEI, *Beni*, cit., 10, in riferimento a P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2000.

il XIX secolo, quando si intromise la concorrenza di un ‘terribile’¹⁰ fattore disgregante, la proprietà privata: un intreccio di rapporti di enorme complessità, non riducibile ad unità concettuale, sulla quale ha scritto belle pagine Gabriella Corona¹¹. E Alessandro Dani, con la sua eccellente conoscenza delle fonti, ha mostrato a quale grado di complessità potesse arrivare l’uso collettivo delle risorse, attraverso la lente di una decisione della Rota fiorentina del 1742, riguardo alla «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»¹².

Dani ha spesso convincentemente mostrato a quali esiti esponga una lettura non storicizzata delle discipline di gestione di tali beni¹³: una visione del passato idealizzata, o peggio ideologizzata, che, insieme all’uso comune dei beni, involontariamente finisce per giustificare anche la struttura feudale dell’economia e del sistema socio-giuridico in cui quell’uso era contenuto (ed è questo l’esito reazionario lamentato da Barberis). Non posso però non essere d’accordo con l’amico Dani anche quando, da competente storico del diritto qual è, stigmatizza un eccesso di critica verso il libretto di Mattei: quest’ultimo non ha scritto (né aveva intenzione di scrivere) un trattato giuridico sui beni comuni, ma in un certo senso ha fatto una specie di ‘chiamata alle armi’ contro i processi di privatizzazione neoliberali in atto. 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 è proprio la nozione di ‘beni comuni’ usualmente impiegata da non pochi autori ad essere ambigua. Mauro Barberis lo ha già detto con la sua solita arguta ironia genovese: si tratta di un ‘abracadabra’, una parola fatata che può far nascere qualsiasi cosa, come il genio della lampada magica¹⁴. L’equivoco nasce dalla confusione concettuale tra ‘beni comuni’ e ‘commons’, usati come se fossero sinonimi (e non lo sono). Per di più, come ha fatto notare ancora Barberis, la locuzione ‘beni comuni’ è stata di recente impiegata anche per definire entità che a rigor di termini neanche

¹⁰ Ovviamente nel senso di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*³, Bologna 2013.

¹¹ G. CORONA, *Declino dei «commons» ed equilibri ambientali. Il caso italiano tra Otto e Novecento*, in *Società e storia* 104 (2004) 357-383.

¹² A. DANI, *La lettura giurisprudenziale dei ‘beni comuni’ in una decisione della Rota Fiorentina del 1742*, in P. FERRETTI, M. FIORENTINI, D. ROSSI (a cura di), *Il governo del territorio nell’esperienza storico-giuridica. Lezioni Triestine di Diritto Romano e Storia del Diritto*, Trieste 2017, 15-35.

¹³ A. DANI, *Il concetto giuridico di ‘beni comuni’ tra passato e presente*, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna* 6 (2014) paper 7, reperibile in rete all’URL http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/dani_6.pdf, visitato il 3-12 2015.

¹⁴ M. BARBERIS, *Benicomuni* (sic): *l’eresia e l’abracadabra*, in *Il governo*, cit., 163.

potrebbero chiamarsi 'beni', data la loro immaterialità, come la rete web o i 'digital commons'¹⁵: sul piano della tassonomia giuridica, una babele che contrasta totalmente con uno dei postulati fondamentali del diritto, e cioè che per poter parlare di 'categoria' è necessario che gli elementi che la compongono siano omogenei tra loro. Era proprio la disomogeneità tra le cose che Marciano aveva inserito nella classe delle *res communes omnium* a indurre Gaetano Scherillo a negarle qualsiasi credibilità giuridica¹⁶: un rilievo spendibile anche in riferimento alle discussioni moderne sui beni comuni. Questa è una delle critiche più risolutive che giuristi positivi e filosofi del diritto, anche convinti della necessità di contrastare l'ondata neoliberista che pretende di privatizzare il mondo, muovono alle istanze più radicali di rinnovamento delle classificazioni delle cose correnti negli ordinamenti vigenti. Da più parti, dunque, si levano voci sollecitanti a definire con maggiore rigore metodologico cosa si intenda per 'beni comuni'¹⁷.

Ora, sia chiaro: con l'occhio dello storico del diritto (romano, beninteso!), non mi scandalizzo per niente se a termini dotati di una loro storia viene attribuito un contenuto nuovo. In definitiva, si tratta di quel normalissimo processo di aggiornamento e di ibridazione a cui va incontro qualsiasi lingua viva. Perciò, se per designare una qualunque situazione ritenuta incompatibile con la privatizzazione e di cui è sentita indispensabile la conservazione nella sfera pubblicistica (sanità, istruzione di base e universitaria, la rete, addirittura l'ambiente o il territorio nella sua interezza¹⁸)

¹⁵ Contro questa indebita generalizzazione delle *res communes omnium* mi ero già pronunciato in FIORENTINI, *L'acqua*, cit., 40-42.

¹⁶ G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose. I. Concetto di cosa - cose extra patrimonium*, Milano 1945, 87.

¹⁷ Tra i giuristi voglio segnalare G. MICCIARELLI, *Le teorie dei beni comuni al banco di prova del diritto. La soglia di un nuovo immaginario istituzionale*, in *Politica & Società* 1 (2014), che mette in guardia contro alcune forme di teorizzazione dei beni comuni che, per opporsi alla razionalità economica neoliberista, «con quella razionalità e quella forza ha dei tratti di rischiosa condivisione, a partire dall'idea di destrutturazione dello Stato, di *deregulation* spinta, di critica fiscale e di smantellamento delle residue forme di un controllo istituzionale terzo sulle forme di organizzazione collettiva che si muovono nella sfera sociale» (ivi, 132); e ID., *I beni comuni e la partecipazione democratica*, in *Jura Gentium* 11 (2014) 58-83. Tra i filosofi sono particolarmente forti le riserve espresse da M. PROSPERO, *Beni comuni. Tra ideologia e diritto*, in N. GENGA, M. PROSPERO, G. TEODORO (a cura di), *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Torino 2014, 1-94; da filosofo del diritto l'autore si muove agilmente all'interno delle categorie giuridiche: solo che poi anch'egli, come molti, attira le *res communes omnium* nell'orbita delle cose indisponibili e inoccupabili. Infatti, 6, egli enumera tra queste «gli edifici di culto, i fori, le piazze», che non sono mai stati definiti dai giuristi romani *res communes omnium*, ma semmai *res in publico usu*.

¹⁸ E questa caratterizzazione 'benicomunista' dell'ambiente non è propria di qualche teorico imprevedente, ma è stata recepita anche dalla giurisprudenza (T.A.R. Veneto, Sez. II, 18 dicembre 2007, n. 4029, in *Foro amm.*, TAR 12 (2007) 3725, anche leggibile all'URL <http://>

vogliamo usare la locuzione ‘beni comuni’ mi va benissimo, poiché condivido in tutto le preoccupazioni e le battaglie per conservarli all’uso generale, sottraendoli ai «tentacoli delle multinazionali». Di più: che ‘commons’, nella sua accezione originaria, designasse, nell’Inghilterra medievale e dei primi secoli dell’età moderna, l’uso collettivo di determinate porzioni di territorio, boschi, pascoli, stagni, come risorsa residuale delle popolazioni rurali soggette a forme di dipendenza di tipo sostanzialmente feudale¹⁹, non può impedire la possibilità di rinnovarne la vitalità innervandolo di contenuti nuovi. Non è questo, quindi, che muove le mie perplessità. Mi pare invece inammissibile l’uso di una terminologia che, per sua natura, significa tutt’altro da quello che, distorcendone il significato proprio, le si vuole far dire, ossia che si confondano concettualmente entità profondamente diverse come i *commons* inglesi medievali, le innumerevoli forme con le quali in Italia questi beni erano gestiti fin dal Medioevo e ben entro l’età moderna (partecipanze, comunità, Regole, usi civici, vicinie, università agrarie, ‘comunelle del Carso – Vicinie Srenje’²⁰ e via elencando) e le *res communes omnium* del diritto romano²¹. E proprio per dissipare gli equivoci a cui porta l’uso scriteriato di denominazioni utilizzate impropriamente mi ero speso nell’articolo pubblicato su *Analisi Giuridica dell’Economia* del 2010 che ho citato prima.

In effetti, agli inizi del XXI secolo, la reazione alle privatizzazioni dei servizi essenziali si era concentrata, soprattutto all’estero, ma non sporadicamente anche in Italia, nel qualificare tali settori della vita economica come *res com-*

www.giuristiambientali.it/documenti/20074029TARVeneto.pdf, visitato il 22-1-2010): «de attività non corrispondenti alle limitazioni amministrative possano essere tali da ledere il bene ‘ambiente’, quale *res communis omnium*, configurando la responsabilità extracontrattuale della ditta, con conseguente obbligo di risarcire il danno arrecato alla società» (corsivo mio). Una caratterizzazione accentuata da P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli Italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma 2014.

¹⁹ Cfr. la definizione del sistema dei ‘commons’ fornita sinteticamente da D. R. CURTIS, *Did the Commons Make Medieval and Early Modern Rural Societies More Equitable? A Survey of Evidence from across Western Europe, 1300–1800*, in *Journal of Agrarian Change* 16 (2016) 646–664, centrata su due modalità: p. 646: «common fields were essentially private cultivated arable lands farmed collectively»; p. 647: «shared but rationed and regulated access rights and obligations over resources such as pastures, forests, wastes and marshes. This type of commons offered multiple uses and resources, including the right and space to graze animals, to pick herbs, fruit and fungi, to hunt and fish, and to extract fuel and building materials in the form of dung, timber and peat, as well as the distribution of some plots for cultivation, at times».

²⁰ Sulle «comunelle del Carso», G. GABRIELLI, *Rapporti fra usi civici e proprietà collettive con particolare riguardo al caso delle Comunelle del Carso triestino*, in *Riv. Dir. Civ.* 2 (2004) 331–337.

²¹ Alessandro Dani ha scritto molto sul problema: e sempre con risultati largamente condivisibili, anche per la profonda conoscenza di prima mano delle fonti statutarie comunali medievali e moderne; un merito ormai raro. Per un quadro d’insieme cfr. A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, Arcidosso 2013.

munus omnium, come se questa espressione fosse un sinonimo di ‘commons’, a sua volta sinonimo di ‘bene comune’. Un equivoco concettuale 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, di cui è stato anche Vice Presidente emerito: Paolo Maddalena, uno studioso che si è largamente occupato di beni comuni e collettivi e di diritto ambientale. Dopo avere pubblicato un saggio su *Federalismi.it* nel 2012, nel 2014 egli dà alle stampe un piccolo libro, ma molto impegnativo²².

Come per quello di Mattei, del contributo di Maddalena trovo condivisibile lo scopo di combattere la nobile battaglia della conservazione pubblica dei beni primari, all’interno di un ampio dibattito che ha visto in quegli stessi anni l’impegno di Salvatore Settis, Stefano Rodotà, Piero Bevilacqua, Carlo Lucarelli, Laura Pennacchi ed altri²³. In Italia il consumo di territorio si è fatto nel corso del XX secolo devastante. L’ISPRA ha calcolato che fino al 2015 il suolo consumato a livello nazionale ammonta a di più di 21.000 chilometri quadrati, che corrisponde ad una percentuale sulla superficie nazionale del 7%²⁴. Non è solo il dato quantitativo a creare allarme: ad essere sommerse sotto l’asfalto e le costruzioni sono spesso aree di grande pregio: nella sola provincia di Roma più di 70.000 ettari sono spariti²⁵. L’aggressione all’integrità dei suoli, che comporta anche gravissimi rischi per la stabilità idrogeologica dei territori, ha spinto i settori più attenti a impegnarsi per combattere questo fenomeno, che evidentemente è mosso dalla spinta alla trasformazione della proprietà in rendita immobiliare.

Paolo Maddalena ha pensato che il modo migliore per salvaguardare l’integrità di quanto rimane del paesaggio italiano sia di strapparli alla logica di

²² P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in *Federalismi.it* 14 (2012), URL <http://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=20444&dpath=document&dfile=10072012161027.pdf&content=I+beni+comuni+nel+diritto+romano:+qualche+valida+idea+per+gli+studiosi+odierni+-+stato+-+dottrina+-+>, visitato il 23-1-2015; ID., *Il territorio*, cit.

²³ S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione cemento*, Torino 2010; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit.; P. BEVILACQUA, *Il grande saccheggio. L’età del capitalismo distruttivo*, Roma-Bari 2012; S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino 2012; L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni: crisi e primato della sfera pubblica*, Roma 2012; C. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni: nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari 2013.

²⁴ ISPRA, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici*, Edizione 2016, Rapporti 248/2016, 12, Tabella 7.1.

²⁵ Ivi, 16-17, e Tabella 8.1. La distruzione del paesaggio e la devastazione dei beni paesaggistici ed archeologici, viste attraverso la lente di un caso che definirei paradigmatico della miopia dei nostri amministratori locali, è documentata per Lanuvio da P. ROVIGATTI, *Le Casette sulle Mura. Storie di paesaggi, beni comuni, “riqualificazione” urbana nella sperduta provincia romana*, Ariccia 2016: una storia tra le migliaia in Italia.

corto respiro dell'estrazione di rendita, consegnandolo (o per meglio dire, restituendolo) alla collettività ed ai suoi usi. Per questo l'obiettivo del libro, diretto ad inquadrare il territorio tra i «beni comuni degli Italiani» è, a mio modo di vedere, da condividere in pieno.

Esso però sconta un difetto, comune a parecchi altri contributi su questo tema, che potremmo definire la sindrome del «già i Romani». Si tratta di un fenomeno che interessa tutto il campo della ricerca storico-giuridica contemporanea, dall'ambiente²⁶, al commercio²⁷, al diritto amministrativo²⁸, alla protezione della vita fin dal concepimento²⁹, per arrivare alla nostra materia. A mio parere voler cercare per forza antecedenti romani (o non piuttosto romanistici?) dei problemi che affliggono il mondo attuale serve solo a confondere il dibattito sulle soluzioni da adottare per risolverli e non

²⁶ Il pensiero corre ai contributi di Andrea Di Porto, tra i quali fondamentale è *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labone*, Milano 1990, al quale ha fatto eco 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.

²⁷ Anche sul 'diritto commerciale romano', a partire dagli studi pionieristici di Feliciano Serrao, si è ormai scritto molto: cfr. ad es. A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a. C. – metà del III sec. d. C.)*, Napoli 1991; A. DI PORTO, *Il diritto commerciale romano. Una 'zona d'ombra' nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, III, Napoli 1997, 413-452; A. PETRUCCI, P. CERAMI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2004.

²⁸ Ad esempio, A. FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Hacia un tratado de derecho administrativo y fiscal romano*, in A. FERNÁNDEZ DE BUJAN, G. GEREZ KRAEMER, B. MALAVÉ OSUNA (a cura di), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*, Madrid 2011, 13-51, che però oscilla continuamente tra le due nozioni di 'diritto amministrativo' ed 'esperienza amministrativa', senza che sia chiaro se l'autore intenda riferirsi a *corpora* strutturati di norme organizzative o a semplici prassi empiriche di governo.

²⁹ Si tratta dell'ormai imponente produzione sul nascituro, che tuttavia ripete ormai, con scarsa originalità, argomenti abbastanza simili tra loro: a partire da P. CATALANO, *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira De Freitas)*, in *Rassegna di diritto civile* 1988, e Id., *Il concepito "soggetto di diritto" secondo il sistema giuridico romano*, in *Procreazione assistita problemi e prospettive. Atti del Convegno di studi Roma (31 gennaio 2005)*, Brindisi 2005, 107 ss.; M. V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur et nozione di frutto*, in F. BOTTA (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione*, Torino 2003; M. P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano. Dai Digesta dell'imperatore Giustiniano*, Torino 2006; P. FERRETTI, *In rerum natura esse / in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano 2008; C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa 2009; una corrente di studi su cui però si è pronunciata severamente F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta iuridica. Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle*, I, Napoli 2011, 303-364, con critiche anche di metodo che non posso che condividere in pieno.

apporta alcuna utilità alle discipline storiche³⁰. La comparazione tra epoche diverse, tra passato e presente, ha sì un senso, ma secondo me andrebbe condotta depurandola dall'intenzione di mostrare che i Romani avessero già elaborato le soluzioni a tutti i mali del mondo moderno. Almeno su questo punto generale di metodo, e senza approvarne né le ironie profuse a piene mani né la tesi di fondo, mi trovo d'accordo con la critica severa espressa dal costituzionalista Giampiero Di Plinio che, in un suo recente saggio, stigmatizza il mito del «principio di continuità» caldeggiato da alcuni settori della ricerca comparatistica, finalizzato a dimostrare che, siccome i beni comuni ci sono sempre stati, e (aggiungo io) «già i Romani» li avevano, bisogna tornare ad essi³¹. Il discorso meriterebbe ben altro approfondimento, che

³⁰ In generale, contro le visioni 'moderniste' delle correnti dottrinali appena citate, cfr. la corrosiva critica di A. MANTELLO, *Di certe smanie "romanistiche" attuali*, in *Diritto romano attuale* 4 (2000) 58 ss. Un dissenso che mi trova completamente d'accordo, nonostante la replica di C. A. CANNATA, *Cuiusque rei potissima pars principium*, in *Diritto romano attuale* 6 (2001) 157 ss. Per un'ottima valutazione dell'aspro confronto tra i due studiosi, ben inserito nel più generale contesto delle veementi discussioni contemporanee sul ruolo che gli studi storico-giuridici dovrebbero avere nell'attuale panorama giuridico europeo, dominato dai problemi dell'unificazione giuridica (forse da sentire ora un po' meno pressanti, alla luce della programmata uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea; ma resta comunque il nodo dell'unificazione del diritto delle obbligazioni), cfr. P. BIANCHI, *Lo studio storico e le discipline positive: esempi di cambiamenti nello studio del diritto tardoantico*, ora in P. BIANCHI - M. FELICI (a cura di), *Prospettive e trasformazioni nella società tardoantica*, Roma 2012, 19-37, e specificamente 25 nt. 53.

³¹ G. DI PLINIO, *L'ideologia dei beni comuni e la costituzione economica dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino 2016, 864-866: un esempio luminoso di quel sarcasmo contro non solo il libro di Mattei, ma la stessa idea in sé di 'beni comuni', a sua volta stigmatizzato da Alessandro Dani. Ma su questo punto è inevitabile notare l'inconciliabilità delle posizioni di storici e positivisti. Questi ultimi, avendo come riferimento primario la norma positiva, hanno spesso crisi di rigetto della nozione di 'beni comuni', che non riescono (o non sono disposti) a collocare in nessuno scomparto classificatorio noto (ma all'esito dei lavori della Commissione da lui presieduta nel 2007, Stefano Rodotà, contro cui si distende l'ironia un po' fine a se stessa di Di Plinio, aveva provveduto a fare loro posto nel sistema, mediante una modifica dell'art. 810 C. C.); in linea con un certo modo di interpretare il lavoro del giurista positivo che il costituzionalista, con un italiano non sempre perspicuo, sintetizza in questi termini: «ritengo che l'analisi giuridica deve (*sic*) essere *disinteressata* rispetto al risultato dell'interpretazione/esperimento, ripetibile, non influenzabile dall'interprete, e dunque falsificabile. Per essere scienziato del diritto, insomma, il giurista deve, sempre e preventivamente, rinunciare alla soggettività» (DI PLINIO, *L'ideologia*, cit., 865 nt. 18; corsivo dell'autore). Ma astenendosi dalla critica e restando formalisticamente ancorato a questa posizione avalutativa, impossibile anche nelle scienze dure nelle quali la ripetibilità e la falsificabilità sono fondamentali, il giurista finisce per giustificare tutto, soprattutto la struttura socio-economica dominante. Al contrario gli storici, sia romanisti sia medievisti, liberi dalle costrizioni normative dei sistemi vigenti, possono descrivere esperienze di uso dei beni collettivi (locuzione che personalmente preferisco a quella di 'beni comuni') realizzatesi nel

qui non posso fare, trascinando con sé un tema molto più generale: qual è oggi l'utilità delle discipline storiche? 'Servono' a qualcosa nel mondo moderno?³² Qui sia sufficiente aver di nuovo esternato i miei dubbi sull'effettiva utilità della comparazione diacronica condotta secondo il metodo del «già i Romani». E torniamo a Paolo Maddalena e al suo libro sul *Territorio bene comune degli Italiani*.

L'autore affronta molti argomenti in relazione ai tanti problemi che in Italia affliggono la gestione del territorio (ma le sue riflessioni possono essere utilemente estese un po' a tutto il pianeta): l'analisi della nozione di proprietà privata, secondo un'interpretazione decisamente creativa della funzione sociale che essa è chiamata ad assolvere *ex art.* 42 Cost., lo porta a considerare la possibilità che una proprietà non correttamente gestita (l'autore fa gli esempi dell'abbandono di terreni o l'immobilizzazione di costruzioni edili³³) possa essere espropriata per essere destinata ad un'utilità sociale. E qui vengono alla mente le migliaia di appartamenti volutamente lasciati vuoti dai proprietari, che comportano la lievitazione dei prezzi degli affitti e contribuiscono a peggiorare il problema abitativo, non solo nelle metropoli³⁴.

Per le modalità del recupero di questi beni all'utilità sociale Maddalena propone di adottare la soluzione escogitata nel diritto del tardo Impero per gli *agri deserti*. Maddalena cita due costituzioni tardoimperiali, «C. 11, 58, 8 e 11»³⁵. Secondo l'autore le due costituzioni conterrebbero questa disciplina: secondo la prima di esse, «se un proprietario lascia incolto il suo fondo, e dopo una pubblica diffida dell'autorità locale non vi ritorna

concreto della storia delle comunità umane. Questo è il legato migliore che la ricerca storica può offrire alla discussione sulla gestione dei beni essenziali alla vita, a condizione che non si trasformi in una sorta di *totem* da venerare per la sua antichità, la «perduta età dell'oro» di cui parlava Michael Taussig, citato sopra: se così fosse, le discipline storiche non farebbero un buon servizio alla causa dei beni collettivi, offrendo anzi argomenti a contraddittori attenti e perspicaci come Giampiero Di Plinio.

³² Il tema generale del senso da dare al lavoro dello storico del diritto è al centro della bella riflessione di L. DE GIOVANNI, *Il diritto romano nella crisi del diritto*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino 2016, 242-250.

³³ MADDALENA, *I beni*, cit., 105-106. Per una convincente ricostruzione degli *agri deserti* cfr. invece S. TAROZZI, *Riforma dello Stato e gestione della terra. La questione degli agri deserti nella prospettiva dei Codici tardo antichi. Alcuni spunti di riflessione*, in MEFRU 125 (2013) 1-8.

³⁴ Sono perciò d'accordo con Maria Rosaria Marella, quando finalizza la categorizzazione delle aree urbane come bene comune alla lotta «contro la gestione del territorio ad opera di amministrazioni pubbliche che hanno pianificato cementificazione, *gentrification*, creazione di quartieri-ghetto, e con esse isolamento, securitarismo, rottura dei legami sociali, devastazione culturale, certo a vantaggio di pochi imprenditori privati, ma usando pienamente della loro potestà pubblica» (M. R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in EAD. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 10).

³⁵ Ivi, 107 nt. 163.

entro sei mesi, chiunque può immettersi nel possesso del terreno: e tale possesso si trasforma in proprietà, se entro due anni il proprietario non rivendica»; a termine della seconda costituzione, poi, «la mancata presentazione dopo la diffida è in qualche modo considerata come rinuncia alla proprietà».

Le due costituzioni a cui fa riferimento Maddalena sono contenute nel tit. 59 del Codice giustiniano, secondo l'edizione di Krüger. Vediamone il contenuto. La prima, senza *subscriptio* ma emanata sicuramente nella *pars Orientis*, come dimostra la titolatura del destinatario, ha questo testo:

C. 11, 59 (58), 8, Imperatores Valentinianus, Theodosius, Arcadius AAA. Tatiano P(raefecto) P(raetorio) Orientis. *Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constituerit facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit* <A. 388-392>.

Come è agevole notare, la costituzione ora citata non fa menzione del termine di sei mesi richiamato dal giurista napoletano. Forse qui egli ha combinato la legge appena riportata con una norma presente in una diversa costituzione, promulgata invece, come indica il luogo di emanazione (Ravenna), nella *pars Occidentis*:

C. 11, 58 (57), 7. Imperatores Honorius, Theodosius AA. Sebastio com. primi ordinis. *Apud eum possessio firma permaneat, cui a peraequatore semel eam traditam fuisse constiterit. 1. Reliqua vero temporis anteacti a novo domino fiscum postulare non patimur, ne alterius culpa alter incipiat subiacere dispendio. 2. Si quis vero privatus aut obligatam sibi possessionem, quae deserta huc usque permansit, aut ex aliquo titulo deberi sibi iure confirmat, adlegationes suas sine mora vel per se vel per aliam personam legibus ordinatam manifestare debebit, ita ut, si aequitatis ratione suadente ad petitoem fuerit translata possessio, is, qui eam a peraequatore suscepit, rei melioratae receptis sublevetur expensis. 3. Verum ne sub specie litis dominationes semel constitutae turbentur, sex mensum spatium censemus debere servari, intra quod is, qui putat sibi rem probabili ratione competere, debitas exserat actiones. 4. Quod si tempus adscriptum silentio fuerit interveniente transactum, nullum penitus repetendi volumus esse principium. 5. Quod si quis eo tempore, quo peraequator praedium alicui addidit, de suo iure vel per se vel per homines suos non crediderit actitandum, sex mensum curriculis evolutis in perpetuum conquiescat. D. prid. id. mart. Ravennae Honorio A. XI et Constantio II cons. <A 417>.*

La menzione del termine di sei mesi ricorre, come si può vedere, nel § 3³⁶. Parrebbe dunque che Maddalena abbia saldato le normative di due costituzioni diverse, fondendole in un'unica disciplina, ma creata da lui. In altre parole ha eliminato il dato storico, che avrebbe imposto di valutare cronologicamente e spazialmente le due leggi, emanate ad almeno venti anni di distanza e nelle due parti dell'impero, preferendo costruire un insieme artificioso, e abbastanza incongruente, di termini: se il proprietario perde la disponibilità del fondo qualora non lo rioccupi dopo sei mesi dalla sedicente diffida dell'autorità, a che pro dargli un termine di prescrizione biennale per esercitare l'azione di rivendica? La cosa non appare avere molto senso.

La seconda costituzione citata da Maddalena ha questo testo:

C. 11, 59 (58), 11: Imperatores Arcadius, Honorius AA. Hadriano pp. *Locorum domini intra sex menses edictis vocati revertantur. Qui si adfuerint, et propria teneant et ea quae ex praeterito contraxerint debita redhibere cogantur.* 1. *Sin vero impares esse earum rerum tributis propria confitentur absentia nec adesse voluerint, penes eos, qui haec susceperint et certum quem tributorum canonem promittunt, proprietas possessionis intemerata permaneat, ut, postquam ea exsolverint, sciant sibi inquietudinem submovendam nec subreptione cuiusquam competitionis loca quae tenuerunt auferenda.* 2. *Quibus etiam illud indulsimus, ut ex eo tempore, ex quo primum loca de quibus agitur coeperint possidere, tributa poscantur.* D. VI k. sept. Stilichone et Aureliano cons. <A 400>.

Appare evidente che la finalità della legge di Onorio (anche se non è conservato il luogo di emanazione, la legge è occidentale, dato che l'Adriano destinatario di essa è prefetto del pretorio occidentale³⁷) non è tanto quella di riattivare la funzione sociale della proprietà soffocata dall'inerzia del proprietario, ma di *tributa poscere*, come candidamente riconosce il § 2. Tanto è vero che, se il titolare accetti di ritornare nelle sue proprietà entro sei mesi, è tenuto a corrispondere al fisco tutte le somme fino ad allora non versate. Se invece non accetta, la *proprietas possessionis* sarà trasferita a chi si accollerà l'onere di pagare tutti gli arretrati. Manca qui qualsiasi visione sociale della proprietà, e le leggi citate non servono tanto, come afferma ancora l'autore, a dare base solida alla «certezza del diritto»³⁸, quanto ad assicurare

³⁶ Ma ricordiamo che questo termine fu sostituito da Giustiniano al ben più breve termine di due mesi fissato nella versione originale della costituzione riportata in *CTh.* 13, 11, 16: M. A. DE DOMINICIS, *Innovations byzantines au régime postlassique des «agri deserti»*, in *Études offertes à Jean Macqueron, professeur honoraire à la Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence 1970, 247.

³⁷ Su di lui cfr. *PLRE*, s.v. *Hadrianus* 2, 406.

³⁸ Lo afferma l'autore, ivi, 107, ove anche il riferimento al «precedente storico».

quella dell'imposizione fiscale: pertanto il riferimento a queste costituzioni come «precedente storico» che dia forza alla proposta avanzata dall'autore di costringere i proprietari a ripristinare la funzione sociale della proprietà, compromessa dall'indolenza del titolare, mi pare estraneo alle reali finalità delle leggi in esame. L'ordinamento odierno già dispone di mezzi idonei, e certo non da mettere nelle mani dei sindaci, come propone Maddalena³⁹, come l'espropriazione per pubblica utilità, della quale magari si potrebbero ripensare alcuni meccanismi per renderla più efficiente, ed anche più equa verso i proprietari⁴⁰.

Ancor più discutibile appare la ricostruzione proposta da Maddalena in riferimento alle cose pubbliche, sulle quali leggiamo questo passaggio⁴¹: «A proposito poi delle *res publicae*, [...] i Romani concepirono una categoria di proprietà comune e collettiva riferita non solo al popolo romano ma a tutti gli uomini: le famose *res communes omnium*. [...]. Si tratta, *in nuce*, degli essenziali beni ambientali: l'aria, l'acqua corrente, il mare e i lidi del mare. Se si pensa che Gaio⁴² implicitamente annovera tra questi beni appartenenti a tutti anche gli animali selvatici, gli uccelli ed i pesci, considerati nella loro universalità, per cui è possibile appropriarsi di singoli capi e non, per fare un esempio di attualità, dell'intero banco di pesca, si può forse affermare che i romani, se avessero dovuto parlare di ambiente, lo avrebbero certamente concepito come un bene in proprietà collettiva del popolo, e quindi inalienabile, inusucapibile e imprescrittibile».

Ho citato questo passo quasi integralmente per mostrare a quale confusione concettuale può portare l'uso dei termini romani in chiave attualistica. In primo luogo impressiona l'osservazione finale per la quale, 'se' i Romani avessero parlato di ambiente lo avrebbero trattato come una proprietà collettiva. Ma la domanda che ci dobbiamo porre è: lo hanno fatto? Qui abbiamo un caso emblematico di 'fantastoria': i Romani non hanno *mai* parlato di ambiente, semplicemente perché non ne elaborarono mai la nozione. Perciò chiedersi come lo avrebbero qualificato se ne avessero parlato equivale a fare 'storia virtuale' alla Robert Cowley, che si chiedeva cosa sarebbe successo 'se' Napoleone avesse vinto a Waterloo (fatto che peraltro qualcuno crede sia avvenuto davvero⁴³).

³⁹ MADDALENA, *Territorio*, cit., 107.

⁴⁰ Sul punto cfr. N. CENTOFANTI, *L'espropriazione per pubblica utilità*⁴, Milano 2009, soprattutto 309-419.

⁴¹ MADDALENA, *Territorio*, cit., 49-50.

⁴² L'autore riporta, 50 nt. 85, «Gai, *Institutiones*, II, 67».

⁴³ Mi riferisco ovviamente a R. COWLEY (ed.), *What If? Military Historians Imagine What Might Have Been*, New York 1999. L'espressione 'storia virtuale' è di N. FERGUSON (ed.), *Virtual History: Alternatives and Counterfactuals*, London 1997. Quanto alla credenza su Napo-

Inoltre nel passo prima citato campeggia la caratterizzazione delle *res communes omnium* come una «proprietà comune e collettiva». Ma le fonti romane, se lette senza pre-giudizi, dicono proprio questo?

3. No, come cercherò di dimostrare da ora in avanti: e lo farò col supporto costante delle fonti romane. Una delle abitudini peggiori invalse nella pubblicistica contemporanea (soprattutto, ma ormai non più solo anglosassone; fortunatamente la letteratura specialistica, almeno in Italia, ne è quasi totalmente immune e ritiene ancora indispensabile citare le fonti in lingua originale e non solo in traduzione) è parlare delle cose senza citarne le fonti: un'attività, quella della ricerca e della discussione delle testimonianze, che può far perdere tempo al ricercatore e annoiare il lettore, per cui ormai da molte parti ci si limita ad affermazioni apodittiche non sostenute dal necessario apparato probatorio. A mio parere è meglio apparire pedanti ma, nei limiti del possibile, scrupolosi piuttosto che brillanti e inattendibili. E il tutto, ovviamente, al netto di errori e fraintendimenti sempre in agguato.

L'equivalenza concettuale tra *res communes omnium* e beni comuni è ingannevole perché attribuisce alle prime lo statuto delle proprietà collettive. Già nel 1963 Massimo Severo Giannini aveva proposto una definizione di 'beni collettivi' praticamente definitiva⁴⁴: 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 bene collettivo dunque è un semplice fornitore di utilità ai consociati autorizzati ad usarlo. Nessuno di loro, però, lo può sottrarre agli altri, 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.

Il riferimento che Maddalena fa a Gaio è tratto dal suo manuale istituzionale. Vediamo cosa aveva detto realmente il giurista antonino:

Gai. 2, 67: *Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit hoc animal, statim nostrum fit, et eo usque nostrum esse intel-*

leone a Waterloo mi riferisco al gustoso episodio avvenuto ad una *convention* di marketing di Telecom Italia nel 2008, in cui un top manager da 844.000 euro di stipendio (di cui tacciamo il nome per pietà) affermò che Napoleone a Waterloo avrebbe fatto il suo capolavoro... Ho tratto il dato retributivo dall'articolo di G. M. MOTTOLA, «Napoleone trionfò a Waterloo». *Video-gaffe del manager Telecom*, in *Corriere della Sera*, 5 aprile 2008.

⁴⁴ 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 A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà. Artt. 810-868 in Commentario del Codice Civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino 2012, 378, donde ho tratto la citazione.

legitur, donec nostra custodia coerceatur; cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.

Come si può vedere, qui viene trattato solo il problema dell'individuazione del momento in cui sorge in capo al cacciatore o pescatore la proprietà sul capo catturato. E soprattutto il giurista vuole rispondere al quesito seguente: se l'animale catturato riesca a fuggire e un altro se ne impossessi, a chi appartiene? L'inferenza che Maddalena ha scorto nel passo gaiano, pertanto, appare inesistente: Gaio non parla affatto di differenza tra proprietà di singoli capi e «dell'intero banco di pesca»; e men che meno attua qui (o in qualsiasi altra parte di un suo qualsivoglia scritto) il dichiarato inserimento degli animali selvatici tra le cose 'appartenenti a tutti' (ricordiamo le parole di Maddalena: «Gaio implicitamente annovera tra questi beni appartenenti a tutti anche gli animali selvatici, gli uccelli ed i pesci, considerati nella loro universalità»). Per cui ne risulta inficiata anche la conseguenza successiva che ne trae il giurista napoletano, relativa all'ambiente come bene in proprietà collettiva. In realtà, in relazione al problema del rapporto che i Romani (non) instaurarono con l'ecosistema, pensavo di avere dimostrato, già in un contributo precedente, che parlare di ambiente nell'esperienza romana costituisca un'indebita retrodatazione di problemi attuali a periodi in cui la nozione di 'biosfera' (e men che meno quella di 'comunità biotica') ancora era ben lungi dall'essere anche solo immaginata⁴⁵. Ma Maddalena non ha ritenuto di doverlo utilizzare.

Ma se la 'comunità biotica' solleva qualche legittima perplessità, va ancora peggio con le *res communes omnium*, come lette da Maddalena. Premettiamo che, come è a tutti noto, la categoria fu creata da Marciano e successivamente non più rielaborata, sicuramente perché nel frattempo la professione del giurista, autonomo rispetto alle carriere burocratiche svolte negli uffici giuridici imperiali, era venuta meno, e quindi mancò letteralmente il tempo per una riflessione scientifica sulla nozione. Su questo punto credo che l'opinione espressa da Aldo Dell'Oro vada letteralmente rovesciata. A suo modo di vedere, infatti⁴⁶, «Marciano però rappresenta in questo campo la fase finale dell'elaborazione giurisprudenziale e quindi i concetti da lui costruiti non poterono subire ulteriori perfezionamenti».

⁴⁵ Mi riferisco a M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma? I. La contaminazione delle acque*, in *Index* 34 (2006), e soprattutto II. *La tutela boschiva*, in *Index* 35 (2007) 341 ss.

⁴⁶ A. DELL'ORO, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *StUrb* 31 (1962-1963) 289-290, ora in I. FARGNOLI, C. LUZZATI, R. DELL'ORO (a cura di), *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di Aldo dell'Oro*, Milano 2015, 225.

Che Marciano abbia elaborato l'abbozzo di questa nuova classificazione partendo dalle acquisizioni della giurisprudenza a lui precedente è indiscutibile. Ma secondo me si trattava appunto di un tentativo ancora non compiutamente elaborato, soprattutto perché le *res communes omnium* ancora non erano tenute ben distinte dalle *res in publico usu*, né era stato tracciato con sufficiente rigore il recinto concettuale entro cui includere le *res publicae iuris gentium*. Quindi un margine di manovra per un ripensamento delle peculiarità di queste cose rispetto alle altre cose pubbliche teoricamente ci sarebbe stato. Ma appunto, a mio parere, mancò il tempo: dopo Gordiano III o Filippo l'Arabo, durante i cui regni si situano le ultime notizie dell'ultimo giurista classico, Modestino, non sono conosciuti altri giureconsulti che abbiano pubblicato opere di scienza del diritto (tranne alcune figure successive, come Aurelio Arcadio Carisio o Ermogeniano sotto Diocleziano). Ricordiamo che Modestino è *praefectus vigilum* nella *lis fullonum* (CIL VI, 266 = EDR077480 [G. Crimi]) conclusasi proprio nel 244⁴⁷. Se Marciano, come è opinione comune, lavora nel periodo tra Caracalla, sotto il quale scrive le *Institutiones*, e Alessandro Severo, la fine della giurisprudenza scientifica si pone pochi decenni dopo la stesura della sua opera istituzionale. Poco tempo (e forse poco interesse) per lavorare sulla forma ancora un po' grezza delle *res communes omnium*. Alle quali adesso occorre tornare.

Come è fin troppo noto, la categoria delle 'cose comuni di tutti' comprende appena quattro cose di natura eterogenea, l'aria, l'acqua *profluens*, ossia verosimilmente l'acqua corrente libera, il mare e, per attrazione da esso (*per hoc*), i lidi del mare⁴⁸:

Marc. 3 *inst.* D. 1, 8, 2, 1: *Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Maddalena vi ha visto «una categoria di proprietà comune e collettiva riferita [...] a tutti gli uomini».

In realtà, come spesso ho avuto modo di affermare, va riconosciuto che, sul piano concreto della loro gestione, le cose accomunate nella locuzione

⁴⁷ Cfr. D. A. MUSCA, "*Lis fullonum de pensione non solvenda*", in *Labeo* 16 (1970) 279-326; A. MAGIONCALDA, *L'epigrafe della lis fullonum: nota prosopografica*, in G. BARBERIS, I. LAVANDA, G. RAMPA, B. SORO (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Soveria Mannelli 2005; su Modestino, 223-226.

⁴⁸ Sull'elenco marciano, inquadrato nel più generale contesto delle forme d'uso del lido e del mare, rinvio a M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento processuale*, Milano 2003, 434-461, ove, esaminate le «Visuali dei giuristi romani relativamente alla pubblicità del mare e del lido», cercavo di determinare quale fosse il «Valore di *publicus* nelle fonti giuridiche relative al mare e al lido». Da ult. cfr. D. DURSÌ, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli 2017, sul quale sarà necessario soffermarsi in un contributo successivo.

res communes omnium, nella sua accezione ‘romana’ e non ‘romanistica’ (e men che meno ‘benicomunistica’), possono essere qualificate solo in senso negativo, come affermò lo stesso Marciano in relazione all’uso della più importante di tali cose, il lido, in un passo del suo terzo libro delle *Institutiones*, ripreso alla lettera dalle *Istituzioni* giustinianee con qualche variante non trascurabile. Collazionamoli:

Marc. 3 *inst.* D. 1, 8, 4 pr.: *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis absteineatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit.*

I. 2, 1, 1: *nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.*

Nella versione giustiniana, oltre al riferimento al rescritto di Antonino Pio ai pescatori di Formia e di Gaeta⁴⁹, manca la locuzione *piscandi causa*. La finalizzazione dell’accesso al mare, che nella versione del Digesto è limitata alla pesca, viene perciò generalizzata dai compilatori. In entrambe le versioni, comunque, si tratta di una caratterizzazione in negativo: a nessuno può essere impedito l’accesso al lido, purché si astenga dall’entrare nelle aree private, edifici o sepolcri. Dunque viene detto ciò che *non* può essere fatto, da cui si percepisce *a contrario* che il lido marino è di tutti⁵⁰, come affermano anche le *Istituzioni* di Giustiniano; e come, già in età severiana, aveva affermato Paolo in un testo relativo alla vendita:

Paul. 21 *ad ed.* D. 18, 1, 51: *Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

Nella vendita di un fondo litoraneo non vanno computati i lidi perché, essendo aperti a tutti (*omnibus vacant*), sono *nullius*. L’assimilazione tra il lido ed

⁴⁹ Sulla necessità di correggere *Capenatis* con *Caietanis* cfr. FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 414, nt. 64; correzione proposta da Burmann e ora accolta anche da A. MARZANO, *The Variety of Villa Production. From Agriculture to Aquaculture*, in P. ERDKAMP, K. VERBOVEN, A. ZUIDERHOEK (a cura di), *Ownership and Exploitation of Land and Natural Resources in the Roman World*, Oxford 2015, 203, ove (nt. 79) *Caienatis* è ovvio errore di stampa per *Caietanis*.

⁵⁰ Caratterizza bene in negativo il contenuto della categoria G. LOBRANO, *Uso dell’acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e de iure condendo*, in *Diritto@Storia* 3 (2004), URL http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Lobrano-Acqua-diritto-Mediterraneo.htm#_ftn18, visitato il 16-7 2014.

altre cose palesemente *in publico usu* (le vie pubbliche), o comunque sottratte al normale regime di circolazione dei beni in quanto *extra commercium* (i *loca sacra* o *religiosa*), non va interpretata nel senso che per Paolo il lido appartenga a quest'ultima categoria di cose: essa vale solo nei limiti del problema del calcolo della superficie del fondo in vendita, dalla cui estensione va sottratta quella costituita da tutti quegli elementi del paesaggio (lidi, tombe, luoghi sacri) che non siano nella disponibilità del venditore⁵¹. E analogamente, in riferimento alle *res nullius*, si tratta anche in questo caso di mera similitudine fondata sull'inidoneità di tutte queste *res*, fossero pubbliche, sacre, *religiosae* o, appunto, il lido, ad essere oggetto di atti di disposizione dei privati.

Quello che resta per noi è, di nuovo, la dichiarazione che il lido del mare è aperto a tutti; e siccome Paolo riportò tale caratteristica al *ius gentium*, appare chiaro che egli ne subordinasse la relativa disciplina al carattere naturale del lido, piuttosto che a qualche determinazione di pubblici poteri romani: a mio parere Aldo Dell'Oro aveva dato la spiegazione giusta alla locuzione *iure gentium* in questo e negli altri passi in cui essa compare, facendo a pezzi l'opinione di chi, come Gabrio Lombardi, aveva espunto la nozione di *ius gentium* dal panorama terminologico classico, attribuendolo, con ragioni tutto sommato abbastanza speciose, alla mano bizantina⁵². Quindi si sarebbe trattato di un profilo di accessibilità più esteso soggettivamente di quello afferente alle *res publicae*. Eppure, pur con tutte queste preziosissime puntualizzazioni sui limiti della disponibilità dei privati su queste cose, ancora non capiamo in cosa consista positivamente questo 'uso di tutti'.

Un testo importante, anche questo contenuto nelle *Istitutiones* giustiniane, sembra aprire uno spiraglio:

I., 2, 1, 5: *Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere. proprietates autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse cuius et mare, et quae subiacent mari terra vel harena.*

Il punto di partenza per collocare correttamente questa parte delle *Instiutiones* imperiali è il riconoscimento del lido del mare, e dello stesso mare, come *res communis omnium* (I. 2, 1, 1), che riprende alla lettera il passo mar-

⁵¹ Cfr. M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae: ein Beitrag zum "aktionsrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, Wien 2000, 178-179.

⁵² Sul punto del riferimento al *ius gentium* in questo contesto trovo convincente quanto affermato nel 1963 da DELL'ORO, *Le res*, cit., 224: la pubblicità di mare e lido «si fondava sul *ius gentium*, in quanto non alla volontà e quindi a un atto di imperio dello Stato essa era dovuta, ma solo a un'intrinseca condizione delle cose stesse». L'autore milanese si pronunciava quindi contro l'idea, prospettata da G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano 1946, secondo cui tutti i riferimenti al *ius gentium* presenti nei testi dei giuristi classici sarebbero stati inseriti dai compilatori.

ciano inserito anche in D. 1, 8, 2, 1. È perciò rilevante che, qualificato il bene in tal modo, il testo passi a trattarne la relativa forma di gestione con l'espressione *usus publicus iuris gentium*⁵³. Il che però di nuovo non ci fa capire bene cosa sia positivamente permesso sulle 'cose comuni di tutti'. Il bandolo di questa intricata matassa lo fornisce un altro frammento del terzo libro delle *Institutiones* di Marciano che i compilatori del Digesto attaccarono subito dopo il brevissimo frammento di Gaio (2 *rerum cottidianarum*) che affermava la potestà per i pescatori di costruire sul lido una *casa*, cioè una capanna, per ripararvi, frammento inserito dai compilatori delle *Institutiones* in 2, 1, 5 appena riportato. Di séguito il passo di Marciano afferma:

Marc. 3 *inst.* D. 1, 8, 6 pr.: *in tantum, ut et soli domini constituentur qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet: alioquin aedificio dilapso quasi iure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, eius fiet.*

Dunque l'uso pubblico del lido ammette che se ne possa occupare una porzione con un edificio, per quanto precario come una *casa*, che attira la parte di suolo utilizzata nella sfera proprietaria dell'edificante: e solo finché la costruzione rimanga. Quando poi essa sparisca il luogo torna ad essere nuovamente occupabile. 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, giurista vissuto tra il I e il II sec. (fu console suffetto nel 96 d. C.), per costruzioni ben altrimenti solide⁵⁴:

Ner. 5 *membr.* D. 41, 1, 14 pr.: *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea,*

⁵³ Tralascio qui il problema testuale costituito dal fatto che le parole ora citate, nelle *Istitutioni* espresse per delineare la disciplina relativa all'uso del lido marino, sono tratte di peso da Gai 2 *rer. cott.* D. 1, 8, 5 pr.: *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent* che, come si vede, le aveva riferite alle sponde dei fiumi pubblici; mentre il riferimento alla 'casa' è trasposizione letterale di Gai 2 *rer. cott.* D. 1, 8, 5, 1, *In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant* (nelle due fonti del Digesto appena citate sono poste in tondo le parole rifluite nel passo delle *Istitutioni*). In questa sede non è fondamentale capire la ragione di questo slittamento topografico della disciplina dell'*usus publicus* dalla *ripa fluminis* al *litus maris*. Così come non lo è capire cosa c'entrino, nel primo testo, le reti da pesca portate fuori dal mare per asciugarle sul lido, in un testo che parla dell'uso del fiume. Giuseppe Branca ne propose semplicemente l'espunzione: G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Annali Triestini di diritto economia e politica* 12 (1941) 29. Ed è difficile dargli torto.

⁵⁴ I numerosi sospetti di interpolazione del testo furono contestati già da R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973, 102-105: «Unbegründete Interpolationsannahmen». E ben a ragione.

quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt. 1. Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat, cuius condicionis is locus sit, hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam reccidit perindeque publicus sit, ac si numquam in eo aedificatum fuisset. quod propius est, ut existimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem.

Appare rilevante nel frammento appena citato l'asserzione iniziale: il manufatto costruito sul lido appartiene a chi lo ha fabbricato. Ora, com'è fin troppo noto, il principio fondamentale del sistema fondiario romano è che il regime proprietario dipende da quello sul suolo (*superficies solo cedit*). Perciò, secondo i principi, se il lido è pubblico, la costruzione avrebbe dovuto essere pubblica: ma Nerazio affermò il principio opposto, attuando un vero e proprio rovesciamento della regola generale. Per spiegare la ragione di questo capovolgimento di prospettiva il giurista, escludendo esplicitamente che il lido del mare (che Marciano in séguito avrebbe catalogato tra le *res communes omnium*) facesse parte di quelli che oggi chiameremmo 'beni patrimoniali dello stato' (*ea, quae in patrimonio sunt populi*), lo aveva addirittura assimilato alle *res nullius*: più precisamente, alle cose prodotte dalla natura e di cui nessuno si fosse ancora appropriato, non diversamente dagli animali selvatici e dai pesci (forse era a questo frammento, piuttosto che a Gaio, che si riferiva Paolo Maddalena nello stralcio del suo libro che ho citato sopra⁵⁵). Si trattava ovviamente di mera analogia di disciplina, non di identità classificatoria: non diversamente dalle *res nullius*, il lido avrebbe potuto essere occupato da chiunque.

C'è di più: la titolarità sulla porzione di lido occupata non può definirsi in alcun modo come una proprietà; lo spiega bene il § 1 del frammento neraziano, laddove il giurista si chiede quale sia la conseguenza della sparizione dell'edificio costruito *in litore* sulla titolarità del tratto di lido precedentemente occupato: quest'ultimo rimane in proprietà di colui che aveva costruito il manufatto? No, risponde il giurista: il settore di lido tornato libero recupera la sua condizione precedente alla costruzione, e torna nuovamente occupabile. Se si pensa che la situazione di un fondo in proprietà rimane impermeabile alle vicende dei manufatti ivi costruiti, si può ben misurare la distanza tra la disciplina generale della proprietà e quella delineata da Nerazio in relazione all'occupazione del lido.

Si può dire così che lo *status* del lido dopo la scomparsa dell'edificio che precedentemente l'occupava sia costruito su una serie di assimilazioni per così dire metaforiche: Nerazio (D. 41, 1, 14 pr.) lo equipara alla condizione delle *ferae bestiae* che riescano a liberarsi dopo la cattura; Marciano (D. 1, 8, 6 pr.), lo assimila alla disciplina del *postliminium*, non diversamente dal quale, la

⁵⁵ Cfr. *supra*, nt. 41.

porzione di lido prima occupata, una volta che sia tornata libera, recupera la sua condizione giuridica precedente. Anche queste ricostruzioni di discipline a mezzo di metafore rendono bene, mi pare, le difficoltà incontrate dai giuristi nel definire confini positivamente propri al regime da attribuire al lido.

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. Nerazio, si noterà, non pone limiti spaziali all'occupazione. Ma Cervidio Scevola delimiterà poi tale potere:

Scaev. 5 *resp.* D. 43, 8, 4: *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impeditur.*

Dunque l'occupazione della costa non avrebbe potuto spingersi al punto di sacrificare l'uso che gli altri consociati esercitavano sullo stesso bene: ne possiamo dedurre che, in sé considerato, il lido è un bene non rivale, perché il suo uso da parte di un consociato non impedisce agli altri di usarlo ugualmente, non escludibile, perché i terzi non possono essere estromessi dal suo uso⁵⁶.

Ed un altro giurista contemporaneo di Nerazio, Tizio Aristone, era andato ancora più in là, come apprendiamo da una sua opinione riportata da Pomponio⁵⁷:

Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 1, 8, 10: *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*

L'edificazione di strutture edilizie in mare avrebbe attratto nella sfera proprietaria del costruttore non solo l'edificio eretto *in litore*, ma anche la porzione di mare su cui esso era stato costruito, allo stesso modo in cui, qualora il mare venga ad occupare permanentemente una porzione di terra, questa si trova sottratta all'ordinario regime di circolazione dei beni⁵⁸. 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 utilità 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, ma impedisce l'appropriazione totale del bene.

⁵⁶ Per una caratterizzazione molto efficace della differenza tra bene rivale e non rivale mi affido a un vero esperto della materia, H. E. DALY, *Prefazione* a F. M. PULSELLI, S. BASTIANONI, N. MARCHETTINI, E. TIEZZI, *La soglia della sostenibilità. Quello che il Pil non dice*², Roma 2011, 3-6.

⁵⁷ Ottime osservazioni, in punto di incrocio fra il testo giuridico e la prassi, in A. MARZANO, *Harvesting the Sea: The Exploitation of Marine Resources in the Roman Mediterranean*, Oxford 2013, 253.

⁵⁸ L'interpretazione di *fieri publicum* sopra enunciata è quella di BRANCA, *Res*, cit., 218. Sulle forme di occupazione delle coste in età romana mi permetto di rinviare a M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero*, in *Index* 24 (1996) 143-198.

4. E il mare, l'altra fondamentale cosa contenuta nel catalogo marciano? A ben guardare, la caratterizzazione in negativo è per il mare ancora più innegabile: nessuno può occupare il mare aperto, se non altro per un'impossibilità fisica ancora oggi insuperabile. Ma quello che importava maggiormente ai giuristi era il mare litoraneo, quello più idoneo a fornire utilità (pésca, navigazione di cabotaggio) e su cui, conseguentemente, era più frequente l'insorgere di conflitti di interessi tra gli utenti. Detto secondo le categorie 'benicomunistiche' moderne, anche il mare, come il lido, sarebbe un bene non rivale non escludibile, su cui qualunque utente avrebbe potuto pretendere di estrarre valori d'uso; da cui il conflitto. Qui il problema si fa ancora più intricato e le soluzioni escogitate dai giuristi romani ancor più ambivalenti.

Se è vero che il mare non può essere fatto oggetto di appropriazione, è anche vero che niente poteva impedire al proprietario di una villa litoranea di occuparne un lembo con manufatti anche invasivi: che ciò avvenisse di frequente, senza scomodare i giuristi, è testimoniato dalle innumerevoli recriminazioni presenti nella letteratura 'alta' sui ricchi che sperperano i loro patrimoni nel rimodellamento delle coste. È fin troppo noto quanto afferma Orazio in tono di accusa risoluta:

Horat., *carm.*, 2, 18, 17-22: *tu secunda marmora / locas sub ipsum funus et sepulcri / inmemor struis domos /* ²⁰*marisque Bais obstrepentis urges / summove litora, / parum locuples continente ripa;*

o l'altrettanto celebre invettiva contro i costruttori di *piscinae*:

Horat., *carm.*, 3, 1, 33-37: *contracta pisces aequora sentiunt / iactis in altum molibus: huc frequens /* ³⁵*caementa demittit redemptor / cum famulis dominusque terrae / fastidiosus.*

Condanne riproposte a più riprese da Seneca, come nella famosa polemica contro chi costruisce sottraendo spazio al mare:

Sen., *ad Lucil.*, 122, 8: *Non vivunt contra naturam qui fundamenta thermarum in mari iaciunt et delicate natare ipsi sibi non videntur nisi calentia stagna fluctu ac tempestate feriantur?*

Ma si trattava di ululati alla luna, del tutto incapaci di attestare l'illegittimità dell'occupazione delle coste⁵⁹. Abbiamo visto che Aristone (citato da Pomponio, 6 *ex Plant.*, D. 1, 8, 10) era dell'avviso che l'occupazione di un tratto

⁵⁹ FIORENTINI, *Sulla rilevanza*, cit., 158-161.

di mare con edifici attraesse nella sfera dominicale del costruttore non solo la porzione di lido ma anche quella di mare occupata. Dunque non vi era alcun ostacolo giuridico che impedisse la sottrazione di un braccio di mare agli usi comuni⁶⁰. Era possibile solo una forma di opposizione contro questa modalità di appropriazione del tratto di mare, consistente nel rilascio di un *interdictum* a chi da tale occupazione si sentisse in qualche modo danneggiato. Si trattava dell'interdetto *ne quid in loco publico vel itinere fiat* concesso in via utile:

Ulp. 68 *ad ed.* D. 43, 8, 2, 8: *Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit.*

La tutela di chi avesse costruito un manufatto in mare, senza arrecare pregiudizio agli altri eventuali utenti, è dichiarata da Ulpiano in modo categorico. Si tratta della stessa opinione che nel secolo precedente era stata enunciata, in modo esattamente invertito, da Celso⁶¹:

Cels. 39 *dig.* D. 43, 8, 3, 1: *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisque usus eo modo futurus sit.*

Celso aveva affermato che, in linea di principio, poiché l'uso del mare era comune a tutti, chi avesse elevato costruzioni piantate nel fondo marino, destinate a fungere da basamento ad edifici, ne sarebbe diventato proprietario. In altri termini, la natura pubblica del mare non avrebbe attratto nella sua sfera il manufatto, ma sarebbe successo esattamente il contrario: la porzione marina da esso occupata sarebbe stata attirata nella sfera proprietaria dell'edificante. Non sfuggirà che la dichiarata natura comune dell'uso del mare (qui posso sorvolare sui problemi costituiti dall'inciso *ut aeris*⁶²) aveva come esito la liceità dell'occupazione del braccio di mare. Anche questo enunciato urta non poco con l'idea che il mare, per sua natura aperto all'uso di tutti, fosse considerato come una specie di *common pool resource*: al contrario, proprio per la natura del suo uso, *communis omnibus hominibus*,

⁶⁰ M. FIORENTINI, *Fructus e delectatio nell'uso del mare e nell'occupazione delle coste nell'età imperiale romana*, in E. HERMON (a cura di), *Riparia dans l'Empire romain. Pour la définition du concept*, BAR International Series, 2066, Oxford 2010, 278-280.

⁶¹ Di queste fonti mi sono occupato più volte: mi permetto perciò di rimandare, per un'analisi più approfondita, a FIORENTINI, *Fiumi*, cit., risp. 328-333 (Ulp. 68 *ad ed.* D. 43, 8, 2, 8); 425-426 e 453-454 (Cels. 39 *dig.* D. 43, 8, 3, 1); e ID., *Fructus*, cit., 278.

⁶² Sui quali cfr. la sintesi di DELL'ORO, *Le res*, cit., 203-204, con nt. 105. Il carattere insitico dell'inciso, affermato da Perozzi e Albertario ma negato da Branca, potrebbe avere qualche margine di verosimiglianza.

era privatizzabile. Certo non completamente (cosa del resto materialmente impossibile), ma sicuramente per porzioni anche consistenti.

E del resto, se per qualificare l'uso del mare Celso usa qui l'attributivo *communis*, non è raro invece incontrare l'altro attributivo *publicus*: ad esempio, già Labeone aveva affermato che

Ulp. 68 *ad ed. D. 43, 12, 1, 17*: *Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: "ne quid in mari inve litore" "quo portus, statio iterve navigio deterius fiat"*.

Qui il mare non è definito 'pubblico', però l'interdetto suggerito da Labeone è modellato sul *de fluminibus*, il cui nome ufficiale era *ne quid in flumine publico ripare eius fiat, quo peius navigetur*: quindi che a tutela della navigazione marittima fosse suggerita la concessione di un interdetto modellato su quello predisposto a tutela della navigazione fluviale, e quindi esperibile nel contesto delle forme di uso di un fiume pubblico, rende inevitabile la conclusione che Labeone attraesse il mare tra le cose pubbliche. Questa oscillazione tra pubblicità e comunanza dell'uso di cose sottratte al potere di disposizione privata dà ragione, credo, a Giovanni Pugliese quando, nel suo manuale istituzionale, definì le *res communes omnium* marciinee «uno sviluppo o un'accentuazione» della categoria delle *res publicae iuris gentium*⁶³.

C'era un solo limite, affermò Celso, a questa libertà di edificazione in mare: se il manufatto avesse reso *deterior* l'uso del mare, ossia avesse arrecato pregiudizio agli altri utenti⁶⁴. Quindi solo l'*usus deterior* avrebbe potuto impedire l'occupazione del lido e del mare. È da osservare che l'opposizione interdittale affermata da Labeone sarebbe stata possibile non in caso di pregiudizio oggettivo alle qualità ambientali (deturpamento del paesaggio, «mostri edilizi»,

⁶³ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, a cura di F. SITZIA e L. VACCA, 429. Un'opinione che ho fatto mia in *Fiumi*, cit., 58 e nt. 124, e che ora è accolta anche da Alvisi Schiavon in un suo bel saggio dedicato alla categoria di cui stiamo discutendo: *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, in CH. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14 - 17 giugno 2011)*, Trento 2012, 613.

⁶⁴ Sorvolo qui sui problemi sollevati dall'espressione *sed id concedendum non esse*: in questo, e negli altri testi in cui compaiono riferimenti a concessioni (ad es., Ulp. 68 *ad ed. D. 43, 13, 1, 1, derivationibus minus concessis*; Ulp. 53 *ad ed. D. 39, 3, 8, in concedendo ius aquae ducendae*; Ulp. 53 *ad ed. D. 39, 3, 10, 2, non oportere praetorem concedere ductionem*; C. 3.34.4, *praetoris edictum non permittit ducere*), non ritengo che siamo di fronte a vere concessioni amministrative (come pure molti ancora sono inclini a ritenere, ad es. S. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *Regimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid 1996, 231 con nt. 26), ma ad una locuzione che sinteticamente esprime la reazione del pretore, concretizzatasi con la concessione di mezzi di tutela, soprattutto in via interdittale, a chi si sentisse leso. Per approfondimenti rinvio a FIORENTINI, *Fiumi*, cit., 233-241.

inquinamento conseguente alla presenza umana), ma solo se, e nei limiti in cui, il manufatto fosse in grado di arrecare un pregiudizio al richiedente: era un mezzo a legittimazione, non popolare, e perciò accessibile solo a chi stesse effettivamente lamentando la sottrazione delle utilità causata dall'occupazione del braccio di mare. In altri termini, l'esercizio dell'interdetto non può essere letto come forma di tutela dell'ambiente marino, ma solo come mezzo per perseguire l'utilità economica privata messa a repentaglio dall'occupazione. E qui mi sia consentita una breve digressione.

L'analisi dei profili di legittimazione attiva dei mezzi giudiziari di tutela mi sembra fondamentale per verificare la loro attitudine a servire come forme di tutela ambientale: laddove i mezzi a legittimazione popolare possono essere da noi moderni interpretati in questo senso (e lo sono stati, ad esempio nelle importanti riflessioni dedicate sul tema da Andrea Di Porto⁶⁵), per quelli consentiti solo al diretto interessato la conclusione «ambientalistica» può senz'altro essere esclusa. Anche vedere il raggiungimento indiretto dello scopo della tutela dell'ambiente in mezzi destinati a tutt'altro mi appare fuorviante. Un esempio paradigmatico di questa opzione di metodo, che personalmente non condivido, è offerta dall'*actio de effusis vel deiectis*.

Come è noto, l'evento legittimante all'esperimento dell'azione consisteva nel ferimento o nella morte di un passante colpito da un oggetto lanciato incautamente da una finestra. La *laudatio edicti* ulpiana circoscrive l'utilitas di questa azione al profilo della sicurezza pubblica delle strade, non a quello della sanità cittadina⁶⁶:

Ulp. 23 ad ed. D. 9, 3, 1, 1: *Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari.*

Quindi l'azione serviva esclusivamente a salvaguardare la pubblica incolumità nei percorsi normalmente aperti al traffico: tanto è vero che, se un analogo evento dannoso si fosse verificato in una zona normalmente non utilizzata per il pubblico passaggio (*loca secreta*), l'azione non sarebbe stata esperibile:

Ulp. 23 ad ed. D. 9, 3, 1, 2: *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat,*

⁶⁵ A partire da A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico. Linee di una indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli 1994, 481-520, ripubblicato con modifiche in Id., *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013.

⁶⁶ Nello stesso senso M. PENNITZ, *Zur Noxalhaftung bei den sog. actiones de deiectis vel effusis und de posito (aut suspensio)*, in *RIDA* 58 (2011): «Dienste der Verkehrssicherheit stehen und vor allem den Schutz von Passanten, Händlern und Flaneuren».

quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. Ceterum si aliquando vulgus in illa via non commeabat et tunc deiectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri.

Inoltre lo stesso Ulpiano è categorico nell'escludere che l'azione possa essere esperita se l'oggetto gettato abbia solo lordato o lacerato le vesti del passante:

Ulp. 23 ad ed. D. 9, 3, 5, 6: *Haec autem verba "si vivet nocitumque ei esse dicitur" non pertinent ad damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta eius vel quid aliud scissum corruptumve est, sed ad ea, quae in corpus eius admittuntur.*

Quindi un liquido o un solido, anche potenzialmente inquinante, che però non avesse provocato il ferimento o la morte del passante, non avrebbe legittimato all'esperimento dell'azione. Questi sono i punti dell'editto *de effusis vel deiectis* che interessano nel discorso. Stando così le cose, non penso che si possa accogliere la particolare curvatura impressa a questa azione da chi ha ritenuto di conferirle una finalità, almeno *lato sensu*, 'ambientalista'. Iole Fargnoli, ad esempio, ha argomentato dalla natura popolare dell'azione per concludere che⁶⁷ «l'*actio de deiectis vel effusis* arrivava a tutelare la sicurezza di strade, sentieri, luoghi e altri posti frequentati e, in modo indiretto, la loro *salubritas* a mo' di azione popolare».

A mio parere, le fonti non autorizzano questa estensione 'indiretta' dell'azione alla *salubritas*. L'unico elemento che potrebbe far propendere per questa opinione è la natura popolare dell'azione. Argomenta infatti la studiosa: «benché gli strumenti processuali individuati non avessero come scopo primario la tutela dell'ambiente, ciò non deve escludere sul piano metodologico – a mio modo di vedere – la possibilità di porre il problema se i giuristi romani, a loro modo e con i loro strumenti, avessero mai individuato modi per reagire all'inquinamento ambientale», per concludere che «grazie agli interventi del pretore e all'interpretazione estensiva di tali interventi da parte della giurisprudenza fu possibile, tramite la protezione di interessi individuali, la produzione di reazioni giuridiche all'inquinamento».

Uno spettro si aggira in queste parole: l'interpretazione teleologica, secondo cui una forza misteriosa avrebbe condotto il diritto romano verso lidi ad esso stesso sconosciuti. Inconsapevolmente gli operatori romani del diritto, legislatori, pretori, giuristi, avrebbero protetto l'ambiente senza neanche render-

⁶⁷ I. FARGNOLI, *Ruina naturae e diritto romano*, in *TSDP* 8 (2015) 11-12, ove anche le due citazioni successive.

sene conto, in quanto ignari della nozione stessa di ambiente. Ora, già in un mio precedente lavoro, molto accuratamente sintetizzato dalla valente collega milanese nell'articolo appena citato⁶⁸, mi ero pronunciato contro questa eterogenesi dei fini proposti dai mezzi processuali romani, una sorta di hegeliana *List der Vernunft* postulata da questa corrente di pensiero⁶⁹. A mio parere, invece, è necessario rimanere aderenti a quanto le fonti affermano esplicitamente. E mi sia permesso di fare un'autocitazione: «la linea corretta di indagine dovrebbe essere la verifica delle ragioni che hanno spinto un ordinamento dato a introdurre certi mezzi di tutela; un accertamento da misurare sulle strutture giuridiche coscienti, che sono poi quelle da cui l'interprete deduce i bisogni ai quali il diritto tenta di fornire le risposte».

Ne risulterebbe provato, credo, che i Romani abbiano escogitato forme anche efficienti di tutela delle condizioni di vita nelle città, emanando disposizioni dirette ad impedire l'ammasso di rifiuti o l'abbandono di carcasse animali o di letame, ad impedire che i passanti facessero i propri bisogni corporali per strada o in altri luoghi⁷⁰, a facilitare in tutti i modi possibili la buona tenuta delle fognature, anche private, e pure ad allontanare dai centri abitati manifatture potenzialmente pericolose, ad esempio, imponendone la collocazione fuori dei centri abitati (un esempio luminoso di quest'ultimo tipo è fornito dal *Libro dell'Eparca*, contenuto nel *Cod. Genet.* 23⁷¹). Ma ciò non implica un analogo interesse verso la protezione dell'ambiente come valore autonomo ed indipendente dalle utilità economiche che se ne potevano trarre.

⁶⁸ FARGNOLI, *Ruina*, cit., 6-7.

⁶⁹ FIORENTINI, *La tutela*, cit., 351, ove anche la citazione successiva.

⁷⁰ Emblematico è il caso della *lex rivi U[...]*, attestata in un'epigrafe ora perduta e pubblicata in *CIL*, XII, 2426 = *Lex rivi U[...]* / *si quis in eo m/ixserit spurcit(iam) / fecerit in temp(lum) / Iovis D(omestic?) | (denarium) d(ato) de/l(atoris) pars dim(idia) esto / nesi l(ongius) p(assibus) V*, che evidentemente vietava di urinare dentro il *rivus*. La testimonianza di *Script. Hist. Aug.*, *Caracalla*, 5.7, 7 *Damnati sunt eo tempore qui urinam in eo loco fecerunt, in quo statuae aut imagines erant principis*, ammesso che sia vera, più che una misura di igiene urbana parrebbe una sanzione contro un atto di dispregio verso il potere e la figura imperiale. Sul tema cfr. M. FIORENTINI, *Cloache e sanità urbana: attività pretoria, prassi private e riflessione giurisprudenziale*, in *Sistemi di smaltimento delle acque nel mondo antico. Atti dell'Incontro di Studio (Aquilaia, 6-8 aprile 2017)*, Trieste, c. s.

⁷¹ Per una rassegna recente del contenuto di questo importantissimo documento, redatto all'epoca di Leone VI ma che raccoglie materiali di varia epoca, a cominciare dallo stesso Giustiniano, L. DANIELE, *Brevi note introduttive circa l'Eparbikon Biblion ("Libro dell'Eparca") quale prodromo di un "Code du Commerce" nell'Impero Romano d'Oriente*, in *Iura Orientalia* 2 (2006) 13-26. Ma su disposizioni di età romana concernenti spazzatura, cadaveri, deiezioni ed altri resti dell'attività umana rimando a S. PANCIERA, *Nettezza urbana a Roma. Organizzazione e responsabili*, in X. DUPRÉ RAVENTÓS, J. A. REMOLÁ (a cura di), *Sordes urbis: la eliminación de residuos en la ciudad romana. Actas de la Reunión de Roma (15-16 de noviembre de 1996)*, Roma 2000, 95-105.

Quanto ora accennato circa la discussione intorno al metodo da usare nella ricerca sul possibile interesse dei Romani verso l'ambiente penso che possa a maggior ragione valere anche per quella intorno ai presunti precedenti romani della gestione collettiva dei beni. E torniamo adesso un momento sul mare.

Abbiamo visto che la natura pubblica del lido era abbastanza singolare: tanto pubblico da permetterne l'occupazione di porzioni da parte dei privati. Solo una condotta era assolutamente vietata ai proprietari delle ville marittime: l'impedimento alla pesca di fronte agli edifici litoranei e quello all'arrivo al lido da terra, come dimostra ancora Ulpiano in un brano del 57 libro *ad edictum* disposto dai compilatori in D. 47, 10, 13, 7. Il passo è abbastanza noto ma ritengo utile riportarlo:

Ulp. 57 *ad ed.* D. 47, 10, 13, 7: *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνην dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. [...] Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. Usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest.*

Non mi posso soffermare su questo importantissimo testo: rinvio perciò chi fosse interessato ai miei *Fiumi e mari*⁷². Qui sarò molto sintetico. In questo passo Ulpiano informa che fin dai tempi di Pomponio era suggerita la concessione dell'*actio iniuriarum* contro il proprietario di una villa marittima che tentasse con la violenza di impedire a qualcuno di pescare nel braccio di mare ad essa antistante. Ci informa anche che questi atti di violenza erano abituali, benché del tutto illegittimi (*usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure*), e nonostante che gli imperatori si fossero espressi spessissimo contro la loro liceità (*est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi*). L'esperibilità dell'*actio iniuriarum* in questa circostanza era giustificata da Pomponio (spalleggiato da un'anonima schiera di sostenitori: *plerique*) dall'analogia con

⁷² FIORENTINI, *Fiumi*, cit., tutto il cap. V, 381-426. Ma v. anche A. D. MANFREDINI, *Un'iniuria' che non c'è*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, Padova 2008, 181-201. Da ult. cfr. P. SANTINI, *De loco publico fruendo. Sulle tracce di un interdetto*, Napoli 2016, 135 ss.

l'impedimento all'accesso a un luogo aperto all'uso pubblico, come un teatro, una piazza o un impianto balneare. E Ulpiano ne ricavava la *ratio* nel fatto che il mare è comune a tutti. La successiva puntualizzazione *et litora, sicuti aer* potrebbe non essere di Ulpiano: la scorrettezza formale del verbo al singolare a cui sono uniti i *litora* al plurale accresce il sospetto della presenza del lido e dell'aria in questa elencazione, incongrua in questa sede, che potrebbe far pensare a una mano compilatoria che avrebbe voluto introdurre un riferimento alla categoria delle *res communes omnium*, inserite anche, come abbiamo visto, in I. 2, 1, 1, allo scopo di creare un parallelismo fra il testo delle Istituzioni e quello del Digesto.

Peraltro non mi convince molto la recente interpretazione di D. 47, 10, 13, 7 proposta da Annalisa Marzano, secondo la quale la ragione della reiterazione degli atti di violenza contro i pescatori in barca fosse dovuta all'abitudine di questi ultimi di ostacolare le attività connesse all'allevamento ittico praticato nelle *piscinae* afferenti alle ville marittime, allo scopo di indebolire la concorrenza ai loro prodotti costituita dai pesci allevati in peschiera⁷³. Io continuo a credere che questi atti di violenza non tendessero a tutelare le attività economiche svolte nelle peschiere ma mirassero proprio ad impedire le attività di pesca allo scopo di difendere la tranquillità del soggiorno in villa.

Ripeto: questa è la sola attività proibita senza eccezioni da imperatori e giuristi; e ciononostante ampiamente praticata dai privati.

Possiamo fermarci qui: come si può vedere da questa rassegna «al volo» di alcune fonti rilevanti sull'argomento, neanche il mare, tecnicamente, poteva essere considerato del tutto esente da forme di occupazione. Ma allora, se intere porzioni di mare e di lido, le più importanti *res communes omnium*, possono essere sottratte agli usi comuni e trasformate in beni privati, la loro disciplina non ha niente in comune con quella limitazione alla produzione di valori d'uso alla quale i beni collettivi dovrebbero essere esclusivamente rivolti.

⁷³ MARZANO, *Variety*, cit., 204. La studiosa suppone l'esistenza di forme di competizione tra i pescatori e i gestori delle piscine, fondate sul timore di questi ultimi che «the fishermen could disrupt the system of re-stocking the pond and would compete with the villa owner's slave fishermen in charge of catching fry to feed the fish». Tuttavia mi pare che nell'analisi incrociata del passo di Ulpiano con quello di Marciano contenente il rescritto di Antonino Pio la studiosa abbia fuso le due fonti tra loro, identificando i destinatari della reiterata produzione di rescritti imperiali attestata da Ulpiano (*est saepissime rescriptum*) proprio nei proprietari delle ville costiere di Formia e Gaeta destinatari del rescritto di Antonino Pio. È sicuramente possibile che quest'ultimo sia compreso nella produzione rescrittiva del passo di Ulpiano; ma non è aderente alle fonti concentrare l'*est saepissime rescriptum* ai soli proprietari formiani e gaetani.

