

ANNALI
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO



VOL. XIII (nuova serie)

CAMERINO

2024

ANNALI
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO

VOL. XIII (nuova serie)

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di
Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi
Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Antonino
Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi, Ingo
Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, condirettori;
Maria Pia Gasperini, Agostina Latino,
Maria Paola Mantovani, Antonella Merli, Stefano Testa Bappenheim

CONTATTI

rocco.favale@unicam.it - felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA

Scuola di Giurisprudenza - Università degli Studi di Camerino
Via A. D'Accorso c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla
valutazione positiva mediante referaggio esterno in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino.

SOMMARIO

EDITORIALI

ROCCO FAVALE, <i>Gli Annali della Facoltà giuridica camerte di fronte alle sfide dell'iperspecializzazione</i>	11
FELICE MERCOGLIANO, <i>Il 'secolo breve' degli Annali camerti</i>	15
MARIA PIA GASPERINI, <i>Open Access e ricerca in ambito giuridico</i>	19
MARIA PAOLA MANTOVANI, <i>Il contributo dei nuovi Annali giuridici camerti allo sviluppo della scienza giuridica</i>	23

STUDI

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, <i>Donazione obbligatoria di dare e adempimento traslativo</i>	27
GIOVANNI VARANESE, <i>Lesione dell'interesse del terzo estraneo al contratto, liquidazione del danno e Superbonus</i>	45
GIORGIO SICA, <i>La jouissance légale e l'usufrutto legale dei genitori: una microcomparazione di recenti metamorfosi funzionali</i>	71
FRANCESCO ARCARIA, <i>«Zurück zu Wlassak!»</i>	101
FABIANA TUCCILLO, <i>Rapporti di vicinato e immissioni: dall'approccio casistico alla disciplina codicistica</i>	133
LORENZO GAGLIARDI – MARIA MIAZZI, <i>Diritto di superficie e usucapione: diritto romano e diritto italiano vigente</i>	153
STEFANIA ROMEO, <i>La cittadinanza spazio del diritto. Le parole nella costruzione di un'idea</i>	181
ANTONIO LEO DE PETRIS, <i>Riscontri del pluralismo normativo nell'epistolario pliniano. Il caso di Plin. epist. 10.108 e Plin. epist. 10.109</i>	217

NOTE

LUIGI MARUOTTI, <i>L'influenza dei valori cristiani sulle regole giuridiche in Europa</i>	237
FEDERICA PRATO, <i>Il risarcimento del danno "normale" o "presunto" da occupazione sine titulo di immobile</i>	251
ALBERTO ZINI, <i>Riflessioni intorno alla vindicia falsa di Tab. 12.3</i>	279
FABIO MARINO, <i>Giuristi e giudici a Roma nel primo secolo a.C.</i>	321

PAOLA LAMBRINI, <i>Il regime giuridico delle terre in Roma arcaica</i>	331
FELICE MERCOGLIANO, <i>Assegnazioni collettive di terra nell'antica Roma agli albori della Repubblica</i>	343
GIANNI SANTUCCI, <i>Usi civici e diritto romano</i>	355
MASSIMILIANO VINCI, <i>Adversus hostem aeterna fictio: stranieri e actio Publiciana</i>	369
FRANCESCO MASTROBERTI, <i>Comunità, usi civici e beni comuni dopo la legge n. 168 del 2017</i>	379
LUCA PETRELLI, <i>Il riposizionamento dei domini collettivi nell'ambito dei nuovi assetti dello sviluppo locale per la rivitalizzazione delle aree rurali</i>	393
AGOSTINA LATINO, <i>Declinazione del legame antropologico alle terre ancestrali nella chiave giuridica del diritto internazionale, tra riconoscimento e obbligo di consultazione dei popoli indigeni</i>	409

RILEGGENDO

FELICE MERCOGLIANO, <i>Rileggere la 'Naturalis historia' pliniana a proposito di terra «materna»</i>	441
--	-----

LETTURE

J. MARTÍNEZ-TORRÓN – S. CAÑAMARES ARRIBAS – M. GONZALEZ SÁNCHEZ (a cura di), <i>Libertad de expresión y libertad religiosa: una perspectiva transatlántica</i> (Iustel, Madrid, 2023) p. 233 (Stefano Testa Bappenheim)	453
F. ARCARIA, <i>Inter fiscum et privatos ius dicere. Contributo allo studio del diritto fiscale romano e dei suoi rapporti con il diritto pretorio</i> (Napoli, Satura, 2024) p. x, 202 (Felice Mercogliano)	465
P. DI LUCIA – L. PASSERINI GLAZEL, <i>Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale</i> , «Saggi, 156» (Raffaello Cortina Editore, Milano, 2024), p. 208 (Giuseppe Moro)	479
P. ACCONCI, <i>Investimenti stranieri sostenibili. Diritto e governance internazionale e dell'Unione europea</i> (Editoriale Scientifica, Napoli, 2023) p. 216. (Agostina Latino)	493
G. D. MEROLA, <i>Commercio e dogane nell'Impero Romano</i> , «Pubblicazioni del Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert, 13» (Napoli, Jovene editore, 2023) p. xii, 167 (Urbano Cristini)	497

RASSEGNE

- S. DI MARIA – G. SANTUCCI (a cura di), *‘Ignorantia vel facti vel iuris est’. L’errore fra passato e presente. Atti del convegno di Trento, 16 -17 maggio 2022, «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Quaderni, 10»* (Napoli, Jovene editore, 2023) p. x, 227. (F.M.) 507
- S. SCHIPANI, *‘Ius civile ad certum modum redigere’. La certezza del diritto e la codificazione del diritto in Cina. Scritti scelti, a cura di Oliviero Diliberto e Antonio Saccoccio*, (Napoli, Jovene editore, 2023) p. xx, 870. (F.M.) 511
- M. FASCIGLIONE, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale. Teoria e Prassi* (Giappichelli, Torino, 2024) p. 416. (A.L.) 515
- L. PINESCHI, *Cultural Heritage, Sustainable Development and Human Rights: Towards an Integrated Approach* (London and New York, Routledge, 2024) p. 441. (A.L.) 517
- F.-U. VATTANI (a cura di), *Mare Liberum, Mare Clausum. Quarant’anni dalla Convenzione di Montego Bay sul Diritto del Mare* (Milano, Giuffrè, 2024) p. xxx, 307 (A.L.) 519
- Elenco Autori** 521

EDITORIALI

ROCCO FAVALE^{*}
*Gli Annali della Facoltà giuridica camerte
di fronte alle sfide dell'iperspecializzazione*

1. Il mondo degli Annali rappresenta di solito un orizzonte scientifico di carattere generale che avvolge i problemi dell'intero settore disciplinare cui appartiene. Gli Annali di area giuridica, appartenenti alle riviste scientifiche certificate dall'ANVUR, sono numerosi e fra questi la maggioranza sono quelli legati ai singoli Dipartimenti, Facoltà, Istituti universitari. La tradizione, alla quale appartengono anche i nostri Annali, testimonia come ancora oggi certi discorsi, fra i quali vanno incluse le riflessioni giuridiche, trovano solido ancoraggio negli sviluppi che costantemente concernono le conoscenze del diritto. Il riferimento è alla *Rechtsforbildung*, quale esito dei costanti sforzi dei formanti dottrinali e giurisprudenziali.

2. Tutto ciò non può evitare in un mondo che cambia velocemente l'interrogativo se, limitatamente all'universo giuridico, oggi abbia ancora un senso e uno scopo una rivista giuridica di carattere generale.

Gli Annali universitari, al cui genere appartengono gli Annali giuridici camerti, hanno caratura generale, che abbraccia i numerosi settori dell'area giuridica, inglobando altresì *naturaliter* le aree limitrofe sociale e storica.

Il comitato editoriale della Rivista, all'esito di uno sforzo non indifferente prodotto per garantire varietà e qualità dei contributi, ha ottenuto il riconoscimento alla Rivista della classe A da parte dell'ANVUR che ha deciso di premiare determinate scelte editoriali.

L'interrogativo posto ha una sua ragione, in quanto anche nel mondo del diritto va diffondendosi la cultura della specializzazione. Quest'anno nel panorama giuridico tedesco, ove il culto della specializzazione è esercitato in maniera convinta, ha visto la luce una nuova rivista che rispecchia questa visione, è la "*Zeitschrift für Künstliche Intelligenz und Recht*", nel cui editoriale si mette in evidenza come questa sia «die erste juristische Fachzeitschrift in diesem Bereich» (in *KIR*, 1/2024, p. 1).

3. Questa prospettiva di specializzazione che avvolge non soltanto gli studi teorico-

^{*} Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Camerino.

dogmatici, ma anche il mondo professionale, come testimoniata dalla nuova legge forense n. 247/2012, che determina le specializzazioni, e dal d.m. n. 136/2020, che individua le specializzazioni e le modalità per conseguirle, o tramite esperienza professionale pluriennale (8 anni) ovvero con la frequenza di corsi triennali di alta formazione. Il percorso normativo sappiamo è stato piuttosto tormentato, ma ormai l'iter è alla fase ultima di attuazione.

Ad ogni modo, grandi studi legali e studi più piccoli concentrati su settori di nicchia (per qualche esempio: diritto dei trasporti, diritto della moda, diritto sportivo, diritto ambientale, diritto della tecnologia e della privacy) esistono e operano di fatto.

Quando il sistema di specializzazioni forensi sarà pienamente operativo, potrebbe nascere una differenziazione più marcata tra gli avvocati "specialisti" con titoli formali e coloro che, pur avendo competenze in settori specifici, non saranno riconosciuti come tali dalla legge. Questo cambiamento potrebbe influenzare il mercato legale, spingendo gli studi e gli avvocati individuali a ottenere tali titoli per competere più efficacemente in ambiti specifici. In conclusione, la specializzazione esiste già nel mondo forense italiano, anche se non è ancora formalizzata a livello normativo per quanto riguarda il titolo di "specialista in". Il processo è comunque in atto e ci si aspetta che in futuro la distinzione tra avvocati specialisti e non diventerà più significativa.

Il mondo forense tedesco in materia di specializzazioni è già invece ben strutturato all'interno della BRAO (*Bundesrechtsanwaltsordnung* - legge forense), dove il *Fachanwalt* può specializzarsi, fra le 24 aree giuridiche, al massimo in tre specializzazioni, attraverso un percorso di apposita formazione impegnativa e una consolidata esperienza professionale. Ad oggi, un avvocato su tre possiede almeno un titolo di *Fachanwalt*. Va aggiunto che in Germania (paese di più di 80 milioni) vi sono circa 170.000 avvocati; mentre in Italia (paese di quasi 60 milioni) ve ne sono circa 250.000.

4. Tuttavia, il dialogo tra specialisti presuppone che ciascuno possieda un buon livello di comprensione comune delle tendenze attuali nei vari settori del diritto. E le riviste generaliste vogliono proprio raggiungere questo obiettivo: rendere consapevole il giurista specialista delle linee comuni che si affermano nel momento attuale. In siffatta questione poi si inserisce il problema dell'IA, che avrà in un prossimo futuro un suo ruolo entro le dinamiche teoriche, ma soprattutto pratiche all'interno del settore giuridico.

Allo stesso tempo, bisognerebbe essere in grado di collegare materie molto diverse tra loro per "testare" soluzioni che, a prima vista, sembrano eque, ma che, in una prospettiva più ampia, potrebbero non esserlo.

È quindi indispensabile la specializzazione in diversi ambiti del diritto; ma, a nostro avviso, deve raggiungersi un alto livello di comprensione generale, per poter interagire in qualsiasi momento con esperti di altri settori giuridici e, di conseguenza, affinare una visione critica sui propri ambiti disciplinari.

A beneficio del settore del diritto, le riviste giuridiche generali perseguono lo scopo di garantire affinché gli esperti continuino a essere anche “ottimi generalisti”, per affrontare con maggiore consapevolezza gli sviluppi futuri del diritto.

In conclusione, si perviene alle domande fondamentali della filosofia kantiana:
cosa posso sapere? I nostri Annali non offrono una risposta definitiva, ma sono un buon inizio;

cosa devo fare? seguire costantemente i propri interessi;

cosa posso sperare? un arricchimento metodologico che duri tutta la vita;

cos'è l'uomo? – A questo punto, ciascuno cominci davvero a pensare da solo.

Camerino, ottobre 2024

FELICE MERCOGLIANO*

Il 'secolo breve' degli Annali camerti

1. Nel 1926 erano apparsi, per la prima volta gli *Annali* giuridici camerti, dei quali dal 2012 abbiamo ricominciato on line la pubblicazione in «open access diamond» con una nuova serie, dopo che l'ultimo volume, il trentanovesimo, era uscito nel 1973. Il numero totale fu di quarantadue volumi, stampati in quarantasette anni. Dall'anno scorso l'Anvur ci ha insigniti del riconoscimento molto ambito della 'Classe A' per i settori scientifico-disciplinari giuridici, con decorrenza dall'anno 2019.

Gli *Annali* erano stati progettati, un secolo fa, nel marzo 1925 quale impegno editoriale della Facoltà di Giurisprudenza, avendo assunto la denominazione di *Annali dell'Università di Camerino (Sezione Giuridica)*, trasformati nel 1935 in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* ed assestatisi, infine, a partire dal 1937 in *Annali della Facoltà Giuridica*, testata che per la gloriosa tradizione abbiamo mantenuto.

2. Venne attuato così un impegno anche sul piano dell'editoria annuale ad opera dell'Ateneo camerte. Lo scenario accademico allora vide un certo fervore di iniziative, quali le fondazioni di nuove Università anche in città molto importanti, come ad esempio Milano, nel 1924, e Bari, nel 1925. Si trattava di una fase storica di una qualche 'nuova modernità', benché nient'affatto fosse pure un segnale di pluralismo d'espressione. Gli *Annali* camerti testimoniarono, comunque, un confronto scritto delle plurali visioni del futuro scientifico negli studi del diritto.

Gli apporti furono molteplici, provenienti da ogni dove negli anni Cinquanta e Sessanta del secolo oramai scorso. Sono stati sempre aperti, allora, nonché nella nostra nuova serie, i volumi degli *Annali* dell'Ateneo camerte a contributi provenienti anche da esterni ad esso, senza preclusioni, neppure verso studiosi stranieri, e senza chiusure verso gli studiosi più giovani. Insomma, hanno testimoniato la consapevolezza della provvisorietà dei canali preferenziali e delle corsie riservate ai locali e agli 'interni'. Ma ciò non ha significato, tuttavia, il mancato riconoscimento per gli autori dall'esperienza accademicamente camerte più prolungatamente collaudata. Da un lato, si sono spalancate

* Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara.

le porte a contributi dalla portata più innovativa e in grado di far emergere studiosi ai margini delle grandi scuole e quasi tenuti in disparte e senza accoglienza nei periodici di maggior circolazione. D'altro canto, sono stati accolti costantemente apporti scientificamente dall'impianto più tradizionale, rappresentativi dell'«establishment» letterario giuridico consolidato.

3. Nella produzione letteraria riversata nella serie 'on line' degli *Annali* camerti, soprattutto studiosi di diritto positivo, dell'esperienza giuridica romana e della comparazione giuridica si misurano con un'immensa eredità qual era quella delle stagioni degli studi maturati nella scia degli anni Sessanta e Settanta del Novecento. Con i maestri di allora alcuni di noi hanno avuto il privilegio di rapporti diretti e, addirittura, talvolta a contatto di gomito.

Si può in qualche modo altresì dire che la nostra rivista camerte, per certi aspetti sintomatici, compendi in sé quasi la storia dei periodici alla fine del Novecento, sfociata in uno slancio nuovo dopo crisi inevitabili, ma nell'orbita dei riferimenti passati. In altri termini, si sono cercate risposte a certe zone di vuoto scientifico, che andavano riempite di idee e contenuti, ispirate ai predecessori e purtuttavia declinate in energie fresche.

4. Sin dal principio, dicevo, gli *Annali* hanno integrato scritti di locali con quelli di provenienza accademica esterna. Difatti, nel n. 1 del debutto nel 2012, due corposi studi in materia di equità di Laura Solidoro e di Roberto Calvo affiancarono quelli di nostri colleghi della sede camerte.

Costante s'è mantenuta questa combinazione, fino a quando credo si sia davvero compiuto un salto in avanti, nel 2019, con un'articolazione in rubriche, a me cara.

Struttura rivelatasi tanto riuscita, che a partire non a caso da tale annata l'Anvur ci ha riconosciuto appunto il rango sempre molto desiderato e perseguito di 'Classe A' per i settori scientifico-disciplinari giuridici. Nel n. 8 del 2019, difatti, esce un volume più riccamente strutturato in: 'Studi'; 'Note'; 'Rileggendo'; 'Rassegne'. In più, compare oggi stabilmente anche la rubrica delle 'Lecture', che contengono recensioni, a volte dei veri «A proposito di» come si suol dire, per definizione più critiche delle 'Rassegne'. Inoltre, sporadicamente hanno sostanziato l'ossatura degli *Annali* anche taluni 'Editoriali' del direttore e di chi scrive, nella qualità di co-direttore. Non è aumentato allora tanto il numero complessivo dei contributi, né l'apporto degli stranieri, che c'era sempre stato, ma

certamente s'è stabilizzata un'ampiezza di prospettive di stili di esposizione e metodologie di ricerca, riversate in sede editoriale, che oggi ci rende una rivista ormai affermata.

Camerino, ottobre 2024

MARIA PIA GASPERINI*
Open Access e ricerca in ambito giuridico

1. Nel corso del 2024, il gruppo di lavoro dell'Università di Camerino ha predisposto un documento nel quale è stata illustrata l'*Open Science Policy* di Ateneo per il 2024-2028¹. Tale documento rappresenta un'importante tappa del percorso, oramai ventennale, che UNICAM ha intrapreso sin dalla sottoscrizione, nel 2004, del *Documento italiano a sostegno della Dichiarazione di Berlino sull'accesso aperto alla letteratura accademica* (noto come Dichiarazione di Messina), seguita dall'adesione, nel 2014, alla *Road Map 2014-2018 per l'Accesso Aperto*, con l'impegno a porre in essere azioni di sviluppo e consolidamento dell'*Open Access* finalizzate a promuovere l'internazionalizzazione della ricerca accademica e ad assicurare maggiore visibilità alla produzione scientifica degli studiosi italiani.

Il documento di Ateneo del 2024 muove da una più ampia prospettiva di implementazione dell'*Open Science*, espressione atta a ricomprendere varie pratiche, tra cui *Open Data*, *Open Access*, *Open Educational Resources*, and *Citizen Science*. Con particolare riguardo all'*Open Access*, le principali linee di azione mirano, da un lato, a promuovere la pratica del caricamento dei lavori scientifici in *post-print* negli archivi istituzionali (quali, ad es., IRIS: cd. *Green Open Access*), dall'altro, ad incoraggiare gli studiosi dell'Ateneo a pubblicare in riviste ad accesso aperto, anche attraverso la previsione di un fondo appositamente destinato a finanziare la pubblicazione dei prodotti della ricerca nelle riviste che richiedono contributi in denaro agli autori (cd. *Gold Open Access*).

In questo contesto, l'esperienza pluridecennale degli *Annali della Facoltà Giuridica* si colloca nella prospettiva di maggiore apertura, quella della *Diamond Road*, caratterizzata dall'assenza di costi non solo per il lettore che fruisce del prodotto scientifico, ma anche per il docente-ricercatore che pubblica i propri lavori. Ebbene, se si tiene conto che la nuova serie degli *Annali* è ripartita nel 2012, non può disconoscersi che, quantomeno in ambito giuridico, l'iniziativa abbia avuto un carattere quasi "pionieristico", non tanto dal punto di vista dell'accesso per gli autori (la gran parte delle riviste giuridiche non subordinano la possibilità di pubblicare al pagamento di *fees*), quanto da quello dei fruitori (che di norma

* Professoressa associata di Diritto processuale civile nell'Università di Camerino.

¹ Documento consultabile in <https://pubblicazioni.unicam.it/>.

debbono pagare per leggere, per lo più sottoscrivendo abbonamenti). Gli *Annali* sono stati “riavviati” con la preminente finalità di condivisione e divulgazione delle idee e delle opinioni scientifiche dei ricercatori e delle ricercatrici di ambito giuridico della Scuola camerte, nonché degli studiosi e delle studiose a questa in qualche modo collegati, oltre che per onorare una storia editoriale iniziata negli anni venti del secolo scorso². La rivista, gestita “in proprio” dall’Ateneo per il tramite dei direttori scientifici e dei componenti del comitato editoriale, si è progressivamente aperta a contributi di diversa estrazione e provenienza, assumendo connotati di multidisciplinarietà e multilinguismo, tipici delle iniziative *Open Access Diamond*.

2. Va rilevato che in tema di *Open Science*, e di *Open Access* in particolare, l’Italia accusa un forte ritardo rispetto ad altri paesi, sia a livello normativo che sotto il profilo dello sviluppo del dibattito in materia³. In questa situazione, la discussione e le stesse pratiche in materia di *Open Access* in ambito giuridico presentano un ritardo ancor più marcato rispetto ai settori delle discipline STEM, sebbene la correlazione tra accesso ai programmi di finanziamento pubblico della ricerca e diffusione dei relativi risultati in accesso aperto costituisca un elemento oramai ineludibile anche per gli studiosi delle *Social Sciences and Humanities*⁴.

Tale ritardo rinviene, altresì, una spiegazione di tipo “ontologico” nelle caratteristiche proprie della ricerca giuridica, la quale, di norma, non produce dati per i quali vi siano esigenze di reperibilità, accessibilità, e soprattutto interoperabilità e riutilizzo (cd. principi FAIR) nel senso inteso nell’ambito delle scienze cd. dure, bensì genera riflessioni, ricostruzioni, categorizzazioni, interpretazioni, ovvero idee e ragionamenti che, nella loro maggiore o minore originalità ed impatto, vanno ad alimentare la letteratura scientifica di settore. Nella ricerca giuridica, i dati sono rappresentati dalle norme poste dal legislatore, dalle decisioni giurisprudenziali e, per certi versi, dalle pubblicazioni degli altri studiosi con le cui idee ci si confronta. Lo studioso del diritto utilizza questi dati “eteroprodotti” e li sottopone alla propria valutazione (inevitabilmente filtrata da condizionamenti di tipo valoriale) la quale, ove disseminata nelle opportune sedi,

² V. gli editoriali di R. FAVALE, *Di nuovo gli Annali della Facoltà giuridica*, e F. MERCOGLIANO, *Gli Annali della Facoltà giuridica. Per un nuovo inizio*, nel volume 1/2012 della *Rivista*, p. 1 ss.

³ P. GALIMBERTI, *Tentativi ed errori: il metodo scientifico applicato all’open access con particolare riferimento alla situazione italiana*, in *Rivista di Digital Politics*, 2023, p. 383 ss.

⁴ V., da ultimo, l’art. 14 del Reg. (UE) 2021/695 che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione *Horizon Europe*.

contribuisce alla costruzione di quel formante dottrinale che, insieme al formante normativo e giurisprudenziale concorre allo sviluppo dell'ordinamento giuridico di una determinata società. Se così è, i risultati della ricerca giuridica implicano una duplice, fondamentale esigenza, che l'*Open Access* si presta a soddisfare in modo efficace: da un lato, quella di poter essere pubblicati in una sede che ne garantisca in modo responsabile reperibilità ed accessibilità; dall'altro, quella di circolare come risultati sempre attribuibili al relativo autore, esattamente così come espressi in un determinato lavoro scientifico.

Sotto il primo aspetto, la correlazione tra massima apertura e responsabilità chiama in gioco l'attendibilità dei meccanismi di validazione dei risultati della ricerca giuridica, così come mutuati dai settori delle scienze dure. Invero, secondo alcuni, proprio le peculiarità della ricerca giuridica rendono "funzionalmente inappropriato" lo strumento della *peer-review* anonima, la quale diviene un fattore di ulteriore burocratizzazione della scienza, senza nulla aggiungere alla serietà della revisione, che può essere assicurata con altri mezzi (in specie attraverso un controllo serio e coscienzioso da parte dei comitati editoriali e delle direzioni scientifiche di riviste, volumi e collane)⁵.

Sotto il secondo aspetto, l'esigenza di coniugare la massima diffusione delle idee e la tutela della relativa paternità sdrammatizza la rilevanza della questione inerente al carattere eccessivamente restrittivo di talune licenze con le quali molti lavori vengono pubblicati in *open access*. Se infatti, come detto, il *proprium* della ricerca giuridica non è la produzione di dati suscettibili di interoperabilità e riutilizzo, bensì l'elaborazione di idee e riflessioni che contribuiscono allo sviluppo della scienza giuridica, talune condizioni d'uso che limitano la possibilità di modificare o rielaborare l'opera (è, questo, il caso delle licenze che vietano le opere derivate) possono risultare comprensibili e, dunque, accettabili.

3. Tornando a quella specifica declinazione dell'*Open Access* che è la *Diamond Road* (alla quale, come detto, anche gli *Annali* vanno ascritti), va segnalata l'importante iniziativa promossa nel 2022 da una serie di organizzazioni (Science Europe, OPERAS, cOAlition S, Agenzia Nazionale della Ricerca francese), denominata *Action Plan for Diamond Open Access*, alla quale ha aderito, tra gli altri, anche l'Associazione delle Università Europee (EUA)⁶. Il piano è stato sviluppato all'esito di una ricognizione delle varie riviste *Open Access Diamond*

⁵ In questo senso, di recente, G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH, *La scienza giuridica, vittima della peer review anonima*, in www.federalismi.it, n. 22/2024, p. 304 ss.

⁶ Il relativo documento è consultabile in <https://scienceeurope.org/our-resources/action-plan-for-diamond-open-access/>.

presenti nel vasto “ecosistema” della comunicazione scientifica, dalla quale sono emersi alcuni tratti distintivi comuni: si tratta di infrastrutture che servono “comunità accademiche generalmente di piccola scala , multilingue e multiculturali”, che “soddisfano criteri di bibliodiversità” e, dunque, “sono eque per natura e progettazione”⁷. Le linee di azione sono concentrate su quattro aspetti fondamentali (efficienza, *standards* di qualità, potenziamento di competenze e sostenibilità), tutti funzionali allo sviluppo ed al potenziamento di un sistema di comunicazione accademica gestito dalle stesse comunità scientifiche. Le sfide principali riguardano la condivisione di infrastrutture e buone prassi che consentano di realizzare economie di scala, nel rispetto delle differenze culturali e disciplinari; lo sviluppo di strumenti di autovalutazione per determinare *standards* di qualità condivisi per le riviste *Diamond*; la sensibilizzazione di tutti i potenziali attori del sistema (in primo luogo i docenti-ricercatori) al fine di renderli consapevoli del ruolo che possono svolgere e delle opportunità offerte dalla disponibilità di riviste e piattaforme per la pubblicazione *Open Access Diamond*; da ultimo (ma non per importanza), la promozione di pratiche finanziarie ed amministrative responsabili e trasparenti che garantiscano la sostenibilità del sistema.

Si tratta, evidentemente, di un piano piuttosto ambizioso, cui va riconosciuto il pregio di aver indicato una *road map* che merita di essere seguita in vista, soprattutto, della creazione di reti e sinergie strumentali ad un gestione più efficiente e ad una maggiore visibilità dei lavori pubblicati. E', questo, un percorso che può essere intrapreso, o meglio proseguito, anche dai nostri *Annali*, con la fiducia e l'orgoglio di chi ha contribuito, e continua a contribuire, ad un sistema multiculturale ed aperto di comunicazione scientifica creato dalle comunità di ricerca per le comunità di ricerca.

Camerino, ottobre 2024

⁷ Le citazioni si riferiscono al testo italiano dell'*Action Plan*, tradotto a cura dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (INFN).

MARIA PAOLA MANTOVANI*

Il contributo dei nuovi Annali giuridici camerti allo sviluppo della scienza giuridica

1. Nicolò Lipari, di recente scomparso, in un intervento pronunciato in occasione della giornata europea della giustizia civile, il 25 ottobre 2022, ha ricordato la vera e propria rivoluzione nell'esperienza giuridica odierna, in cui «siamo passati dal monismo di una scienza teoretica, che definisce a priori il proprio oggetto, al pluralismo di una scienza pratica, che ha riguardo alle modalità di svolgimento di una prassi, che non può essere letta secondo schemi classificatori predefiniti»¹. Lipari traccia un chiaro disegno delle dimensioni del diritto, verticale e orizzontale, riportando il diritto a contatto con il tessuto relazionale. È evidente qui il richiamo a Paolo Grossi², il quale, con un'espressione incisiva, avvertiva che il diritto è mentalità, esprime un costume e lo ordina e sostanzia i valori di una civiltà, «il diritto, anche se le sue manifestazioni più vistose sono in solenni atti legislativi, appartiene alla società e quindi alla vita, esprime la società più che lo Stato, è il tessuto invisibile che rende ordinata la nostra esperienza quotidiana, consentendo la convivenza pacifica delle reciproche libertà»³.

Negli ultimi Cinquant'anni si è consumato un rivoluzionario processo trasformativo del diritto, da scienza teorica a scienza pratica, ma non una scienza che si misura, quali che siano le modalità dei suoi svolgimenti, con la puntuale consistenza di un oggetto previamente definibile nei suoi confini, ma che ha riguardo all'articolato svolgimento di una prassi, necessariamente soggetta alle multiformi contingenze della storia⁴.

* Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Camerino.

¹ N. LIPARI, *Che cosa significa fare il giudice oggi*, in *Quest. giust.*, 7 novembre 2022, secondo cui la scienza giuridica «non è un sapere veritativo e descrittivo, ma un sapere fluido, in linea con il metodo di quelle scienze che assumono a loro oggetto la realtà di un'esperienza vissuta, la storia nel suo farsi». ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

² P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, 2003, XXXII, p. 40, «afferma che se al carattere potestativo, verticale, si unisce il carattere orizzontale del diritto, vi è la possibilità di raggiungere il risultato di una osservanza fondata più sulla persuasione che sull'ossequio passivo».

³ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, 2016, XI ristampa, 2023, pp. 9 e 10.

⁴ N. LIPARI, *Le fonti di produzione oggi e il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, I, p. 1043 ss.

Rivitalizzare la dimensione orizzontale del diritto non è solo una responsabilità della scienza giuridica, ma anche di ogni giurista, che nel lavoro quotidiano può contribuire a porre un tassello per promuovere un connubio fra dimensione teorica e realtà pratica, recuperando le forze vitali che circolano nell'esperienza, come momento d'incontro tra le due dimensioni. Così, il comando della norma si attiva a contatto con la vita, ritrovando la sua umanità, la sua socialità e la sua storicità.

2. Nello strumentario del giurista, nella scatola degli attrezzi che egli deve portare sempre con sé, occorre un doppio ancoraggio: alla realtà attuale e, poiché tale realtà non si può leggere e interpretare senza il suo divenire, a quella storica. Il giurista padroneggia una specifica tecnica di "interpretazione" ed uno specifico metodo razionale che permette di operare sugli istituti e sulle categorie giuridiche facendo uso di uno specifico apparato concettuale. Così, non solo assume contorni meno rigidi la contrapposizione fra approccio tecnico, definito così per l'attenzione riservata prevalentemente alle regole giuridiche, e approccio culturale, la cui enfasi tende invece a spostarsi più sul contesto socio-culturale, in cui il tessuto normativo è chiamato ad operare.

Decisivo, per promuovere lo sviluppo della scienza giuridica, è stato l'avvento dell'impianto costituzionale, che ha fatto emergere nuovi valori, che ha prospettato un diritto non già statico e caratterizzato da fissità, ma dinamico, espressione di una giuridicità per attuare la quale ciascuno di noi diventa soggetto attivo. Ed invero, la Costituzione non si pone come una legalità superiore, che si tratta semplicemente di collocare in un gradino più alto nella teoria delle fonti, ma una legalità qualitativamente diversa che si misura non in funzione di precetti dati, ma di valori da attuare. Da qui la rilettura dei rapporti fra diritto e società, cioè fra testo, il complesso ordinamentale costituito da ogni sistema giuridico, e tessuto sociale nel quale il primo si colloca e spiega efficacia.

3. Nel quadro del discorso si innesta una questione fondamentale, se il giurista possa limitarsi ad attingere al sistema giuridico nazionale, o se sia auspicabile gettare lo sguardo oltre la dimensione domestica, valorizzando il contributo particolare proprio del diritto comparato quale componente essenziale nella formazione del giurista, rappresentando uno strumentario che, nella complessità dell'esperienza giuridica contemporanea, si richiede all'interprete, sia esso giurista o giudice.

Il termine formazione, nel lessico corrente, rappresenta più il fare che l'essere, più il mero trasferimento di conoscenze, competenze e *standards* tecnici, che l'acquisizione critica

di saperi che preparano all'esercizio di un'attività, i quali poi verranno declinati nel campo professionale. Si paleserebbe, dietro all'apparenza di una questione meramente definitoria, un netto binomio: da un lato una formazione al fare, dall'altro un'educazione all'essere. La questione interessa almeno un duplice ordine di problemi: il metodo con cui condurre il processo di formazione del giurista, ed il contesto culturale, l'*humus* scientifico entro il quale si colloca tale percorso. Una solida formazione, per un verso è indispensabile al fine dell'apprendimento dei saperi giuridici che possono costituire il metro delle conoscenze, delle competenze e delle capacità tecniche acquisite, anche nell'ottica dello svolgimento della professione forense, per altro verso il percorso formativo appare indispensabile al fine di istituire nuovamente il ruolo fondamentale del giurista all'interno della comunità, che non è un ruolo meramente tecnico ma di indirizzo culturale.

4. La rivista "Annali della Facoltà giuridica camerte" vuole essere una Rivista animata dall'idea che la formazione del giurista debba essere caratterizzata da un solido impianto metodologico, e debba essere in grado di leggere e interpretare il diritto anche beneficiando del proficuo apporto che promana da altre esperienze giuridiche.

Riaffiorano alla mente le parole di un grande Maestro, dai natali camerti, Emilio Betti, «profondamente convinto [...] del beneficio che alla scienza del diritto può derivare dalla viva intuizione del fenomeno giuridico che si coglie nella pratica, e del vantaggio reciproco di scambi intellettuali non solo fra teorici e pratici del diritto, ma anche fra cultori del diritto positivo di un paese e cultori di un altro diritto contemporaneo appartenente ad un ambiente culturale affine»⁵.

Camerino, ottobre 2024

⁵ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2. ed., Roma, 1936, p. X.

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO*

*Donazione obbligatoria di dare e adempimento traslativo***

Sommario: 1. La pretesa nullità del contratto preliminare di donazione, quale «coazione all'adempimento», che contrasterebbe con il requisito della spontaneità, tipico dell'atto di liberalità. – 2. I tentativi della dottrina di superare il dogma della nullità della promessa di donazione: il contratto con obbligazioni del solo proponente e le donazioni indirette. I dubbi sulla donazione “liberatoria” che, invece, rientra nelle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. – 3. Il c.d. contratto preliminare di donazione quale donazione obbligatoria di dare. – 4. L'adempimento traslativo non donativo, come atto dovuto *solvendi causa*. – 5. L'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni del donante e del donatario. La forma della donazione obbligatoria.

1. Com'è noto, ed a prescindere da orientamenti ormai datati¹, se v'è una differenza chiara tra gratuità e spirito di liberalità² questa non consiste soltanto nel carattere gratuito dell'attribuzione *ex parte donantis*³ o nel requisito dell'arricchimento del donatario, cui corrisponde il depauperamento del donante, quanto nella volontà di effettuare un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo⁴ caratterizzata da spontaneità e, quindi,

* Professore ordinario di Diritto civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Criticati, per tutti, da A. MARINI, *Il “modus” come elemento accidentale del negozio gratuito*, Milano, 1976, p. 39 ss.

² Sul punto, ora, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002.

³ A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 125, anche in nt. 173.

⁴ Già G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942, p. 70 ss.

dalla regola “nullo iure cogente”⁵. Mentre la dottrina concorda sulla struttura contrattuale della donazione⁶, e tale dato non può essere revocato in dubbio in virtù del preciso riferimento testuale, assai più controversa è la nozione di “spirito di liberalità”, quale «impulso di beneficenza, di generosità, di altruismo», come «libera scelta del donatario da parte del donante»⁷ o, più in generale, quale interesse non patrimoniale del soggetto che dispone di un diritto o che assume un’obbligazione⁸. Quindi, da un lato, l’assunzione di un’obbligazione rientra a pieno titolo nel contratto di donazione; dall’altro, l’area comune tra gratuità e liberalità va intesa soltanto «nel senso che se è vero che tutti gli atti di liberalità sono gratuiti, non è vero il contrario»⁹.

Malgrado in dottrina si sia già da tempo tentato di contestare la nozione di “spirito di liberalità”, affermando che rappresenterebbe ora una superfetazione dottrinale¹⁰, ora una formula di chiusura dell’ordinamento giuridico ormai priva di significato concreto¹¹, ora un dato estraneo allo schema causale della donazione, riducendosi, l’*animus donandi*, ad un fattore squisitamente psicologico che rimarrebbe confinato nell’area dei motivi¹², la giurisprudenza pressoché unanime conviene sull’idea che l’attribuzione debba essere spontanea e, quindi, compiuta *nullo iure cogente*¹³, tant’è che continua a considerare integralmente nullo¹⁴ il contratto «preliminare di donazione, perché incompatibile con lo spirito di liberalità, che è elemento essenziale della donazione; la presenza di un futuro obbligo negoziale a contrarre comporta, in capo al donante, l’obbligo di manifestare in un successivo definitivo atto la propria determinazione alla liberalità che, viceversa, nel contratto di donazione è frutto di una volontà spontaneamente ed istantaneamente

⁵ Oltre alla *Relazione al codice civile*, n. 144; già A.C. JEMOLO, *Lo spirito di liberalità. Riflessioni su una nozione istituzionale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, p. 980; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino, 1982, p. 443.

⁶ Per tutti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 441 ss.; A. MARINI, *Il “modus” come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 16 ss.

⁷ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Donazioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 6 ss.

⁸ A. CHECCHINI, *L’interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 262 ss.; C. MANZINI, «*Spirito di liberalità*» e controllo giudiziario sull’esistenza della causa donandi, in *Contr. impr.*, 1985, p. 409 ss.

⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed. agg., Napoli, 2009, p. 833.

¹⁰ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XII, 4, Torino, 1961, p. 101.

¹¹ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 236.

¹² G. BISCONTINI, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 582 s.

¹³ Già Cass., 9 aprile 1980, n. 2273, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Donazione*, c. 748, n. 3; Cass., 3 giugno 1980, n. 3621, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1583, con nota di A. LENER; in dottrina, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 186.

¹⁴ Ad es., Cass., 8 giugno 2017, n. 14262, in *Diritto.it*, 2017.

manifestata»¹⁵. Quindi la Cassazione, per un verso, ribadisce che la donazione è un *actus legitimus* che non ammette il preliminare; per altro verso, afferma che la «promessa di donazione non è giuridicamente produttiva di obbligo a contrarre, perché la coazione all'adempimento, cui il promittente sarebbe soggetto, contrasta con il requisito della spontaneità della donazione, il quale deve sussistere al momento del contratto»¹⁶. Ma, nella quasi totalità dei casi, la nullità è dichiarata sulla base dell'«assenza dei requisiti di forma richiesti dalla legge», allorché si tratta «di scrittura privata e non di atto pubblico, privo dell'accettazione del donatario e della presenza di due testimoni»¹⁷.

Pur sottacendo la fonte legale, forse perché evidente (ma non sempre) ai più, questo orientamento giurisprudenziale trova il suo fondamento nel comma 3 dell'art. 782 c.c., il quale così recita: «Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione». Ciò significa che, pur ammettendosi, per ipotesi, la legittimità di un preliminare di donazione (che donazione non sia), sia il donante sia i donatari potrebbero revocare, in ogni tempo e *ad nutum* il proprio consenso fin quando la donazione non sia perfetta. Non di inadempimento di un obbligo a contrarre si tratterebbe, ma di una legittima facoltà che la legge riconosce a donante e donatario fino al «perfezionamento» della donazione.

Anche la giurisprudenza più recente, là dove l'accettazione dei donatari non sia contestuale, continua a pronunziarsi con indubbio rigore in ordine alla notifica al donante dell'atto di accettazione dei donatari (art. 782, comma 2, c.c.): oltre alla forma vincolata dell'atto pubblico posteriore, esplicitamente prevista dalla norma, la Cassazione richiede che la notifica debba essere «solo ed esclusivamente quella disciplinata dagli artt. 137 e ss. c.p.c., da compiersi a mezzo di ufficiale giudiziario», essendo del tutto da escludere «che tale incumbente sia sostituito da altre diverse modalità, ancorché idonee a rendere il donante consapevole dell'intervenuta accettazione»¹⁸. La notifica dell'accettazione a mezzo di ufficiale giudiziario sarebbe «l'unico strumento idoneo a garantire la certezza legale in ordine alla conoscenza dell'atto di accettazione *indispensabile per il perfezionamento di un negozio solenne*, permeato di formalismo, quale la donazione»¹⁹.

¹⁵ Di recente, Cass., 4 marzo 2020, n. 6080, in *DeJure*, che riproduce un indirizzo assolutamente costante della giurisprudenza di legittimità. Cfr., tra le tante, Cass., 12 novembre 1971, n. 3247, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1291; Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 726; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 982; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1702.

¹⁶ Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *DeJure*.

¹⁷ Ancora, Cass., 4 marzo 2020, n. 6080, cit.

¹⁸ Cass., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9476, in *DeJure*.

¹⁹ Ancora, Cass., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9476, cit.

Tale disciplina può sorprendere, non tanto per quanto riguarda la facoltà di revoca concessa al donante, per le ragioni di spontaneità e incoercibilità della sua manifestazione di volontà, quanto per l'estensione di tale regola anche al donatario, che si arricchisce gratuitamente incrementando il suo patrimonio senza dovere alcun corrispettivo. Secondo la vulgata, infatti, il rigore formale della donazione, a cominciare dal diritto romano classico, è stato giustificato in ragione delle esigenze di tutela del donante, «per evitare che potesse compiere atti particolarmente incisivi sul suo patrimonio senza un'adeguata e ponderata riflessione»²⁰. Mal si comprende, quindi, perché il legislatore abbia voluto estendere uno *ius poenitendi* così ampio ed esteso anche al donatario, il quale, pur obbligandosi ad accettare la donazione, ha la possibilità di frustrare le legittime aspettative del donante, e soprattutto degli altri eventuali donatari, fin quando la donazione non sia perfetta. Probabilmente il legislatore ha voluto intendere la donazione come contratto unitario, istituendo un formalistico “parallelismo” tra i pur divergenti interessi che connotano le due diverse dichiarazioni di volontà, così estendendo le caratteristiche di spontaneità e di incoercibilità anche all'accettazione del donatario. Diversamente, soltanto la volontà del donante, in quanto espressione di liberalità, dovrebbe essere spontanea e incoercibile, mentre l'obbligazione del donatario di accettare sarebbe suscettibile di esecuzione in forma specifica.

2. A fronte di un orientamento così consolidato e pervicace della giurisprudenza, che considera affetto da nullità qualsiasi contratto preliminare di donazione (*recte*, promessa di donazione), pur stipulato nelle forme prescritte dall'art. 782 c.c. – ma questo caso è difficilmente rinvenibile nella prassi, stante il divieto, per il notaio, ai sensi del temibile art. 28 l. not., di rogare atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume e all'ordine pubblico –, pare legittimo chiedersi se sia ragionevole un'interpretazione che pretende di porre nei nulla accordi talvolta difficili, laboriosi e molto spesso equilibrati, per il solo fatto che tra i molteplici atti che le parti si impegnano a compiere vi sia una donazione che, semmai, vede concorde il donante ma non più qualche donatario, che talvolta può utilizzare strumentalmente la disciplina di favore prevista per la donazione al solo fine di rimettere in discussione l'intero assetto d'interessi (le quote della divisione, ad es.) che si era obbligato ad eseguire.

²⁰ O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, Camerino-Napoli, 2019, p. 161 s.

Si pensi, ad esempio, ad un verbale di un procedimento di mediazione, sottoscritto dal mediatore, il quale certifica (autenticandone le sottoscrizioni) la presenza di tutte le parti e dei rispettivi avvocati, dal quale risulti una promessa di donazione di una madre a favore dei suoi figli nonché successive cessioni di quote di proprietà e di nuda proprietà tra i fratelli al fine di poter procedere alla divisione del patrimonio (tra i fratelli), con riserva di usufrutto su alcuni cespiti a favore della donante e previo pagamento di un conguaglio a carico di un donatario a favore degli altri fratelli. Atto, dal quale emerge un collegamento tra più atti giuridici tipici (donazione, cessione di quote di piena e nuda proprietà al fine della divisione), che tuttavia conservano la loro autonomia tipologica, precedendo la promessa di donazione, logicamente e cronologicamente, la successiva cessione di quote, concordemente e specificamente individuate, in funzione della divisione. In presenza della disponibilità della donante di procedere alla stipula degli atti necessari ad eseguire gli impegni assunti e, viceversa, della sopravvenuta indisponibilità di uno soltanto dei tre fratelli donatari, il quale oppone (forse strumentalmente) il suo dissenso al fine di modificare le quote della divisione a suo vantaggio, pur qualificandosi la promessa di donazione come donazione obbligatoria di dare, la mancata osservanza della forma prescritta per la donazione (atto pubblico con la presenza di due testimoni) determina la nullità dell'intera operazione (e delle clausole penali, forse improvidamente previste per l'inadempimento). È possibile ritenere, a tutt'oggi, che pur in assenza delle forme prescritte dall'art. 782 c.c., le parti non fossero sufficientemente avvertite degli impegni che stavano assumendo, alla presenza dei loro legali, in sede di mediazione?

Un primo indirizzo²¹ propone di esaminare la questione del c.d. contratto preliminare di donazione alla luce dell'art. 1333 c.c. Il contratto con obbligazioni (o, meglio, con prestazioni)²² del solo proponente consentirebbe di realizzare, previo il "non-rifiuto" del destinatario (art. 1333, comma 2), un'attribuzione spontanea, dunque caratterizzata da spirito di liberalità. Questa attribuzione potrebbe avere ad oggetto anche un diritto reale, se si accede all'opinione - che non sembra controvertibile - che interpreta il termine "obbligazioni" riferito anche all'obbligazione di dare, e quindi ai contratti ad efficacia reale²³. Sotto il profilo della forma, il contratto con obbligazioni del solo proponente, che non sia qualificato come donazione, secondo il comune giudizio,

²¹ A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 207 ss.; B. TASSONE, *Qualche apertura sul preliminare di donazione?*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3424.

²² Così, F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2005, p. 64 s.

²³ F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, cit., p. 59 ss.

non è soggetto al vincolo dell'atto pubblico, che dovrebbe desumersi dal collegamento tra gli artt. 782 e 1351 c.c.

Tuttavia, «Dai rari approfondimenti che hanno avuto ad oggetto il profilo funzionale del contratto con obbligazioni del solo proponente si ricava decisamente l'impressione che, fino ad oggi, non siano pervenuti a risultati soddisfacenti gli sforzi compiuti dalla dottrina per individuare il criterio in base al quale discernere quando l'assunzione di un impegno da parte di chi abbia intenzione di gravarsene gratuitamente vada ricondotta alla fattispecie contemplata dall'art. 1333 c.c. e non all'area della donazione obbligatoria ex art. 769»²⁴.

Il *discrimen* riguarda, ancora una volta, la distinzione tra liberalità e gratuità²⁵, rappresentando lo "spirito di liberalità" un elemento essenziale che qualifica il tipo riconducibile al contratto di donazione: «il donante non si limita a conferire un diritto al donatario ma giustifica la sua attribuzione come una liberalità»; se «l'attribuzione non ha il significato sociale della liberalità, essa non è una donazione»²⁶. D'altronde il nostro codice esplicitamente (e assai opportunamente) prevede ipotesi che, pur essendo atti di liberalità, non siano donazioni (cc.dd. donazioni indirette: art. 809 c.c.). La norma sulla formazione del contratto mediante mancato rifiuto, quindi, può trovare applicazione solo «relativamente ai contratti a titolo gratuito che non siano donazioni», con esclusione di qualsiasi obbligazione modale a carico del beneficiario²⁷. Vengono ricondotti allo schema dell'art. 1333 c.c. gli atti nei quali «si ha unicità di prestazione e così nel caso, ad esempio, di gratuità del mandato senza rappresentanza o del patto fiduciario, ad iniziativa del mandatario o del fiduciario, di fideiussione [...], accollo, espromissione, prelazione» ecc.²⁸.

Riguardo alla forma, poi, pur ammesso il ricorso all'art. 1333 per il trasferimento di ricchezza immobiliare realizzato gratuitamente da un soggetto in adempimento di una precedente obbligazione²⁹, un consolidato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ritiene necessario un atto rivestito della forma della donazione, affinché si produca l'effetto traslativo (per gli immobili e i beni ad essi equiparati) ogni qualvolta l'attribuzione patrimoniale non sia giustificata da una causa corrispettiva o accompagnata dalla *traditio*³⁰.

²⁴ F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, cit., p. 36 s.

²⁵ Ad es., Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237 ss.

²⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 468.

²⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 263.

²⁸ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XVIII ed. agg., Napoli, 2018, p. 873 s.

²⁹ Così, Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.

³⁰ Cfr. M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237 ss., in nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500.

Così, anche la giurisprudenza che forse non intendeva dichiarare la nullità della promessa di donazione, in concreto ha poi accertato la nullità del contratto per la mancata osservanza delle forme previste dall'art. 782 c.c. Nella specie, la Cassazione ha dichiarato nulla, per difetto di forma, la donazione contenuta in una scrittura privata, denominata "transazione", con cui una parte si era obbligata a versare al beneficiario una determinata somma mensile per tutta la durata della vita di quest'ultimo³¹.

In presenza di tali orientamenti della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza di legittimità, non sembra utile la strada del contratto con obbligazioni del solo proponente. Nei casi giurisprudenziali caratterizzati dal contratto con obbligazioni del solo proponente o da fattispecie di donazione c.d. indiretta, le parti – che ben si guardano dal dichiarare una donazione – pongono in essere atti caratterizzati da un proprio schema tipico (ad es., fideiussione; espromissione cumulativa; rinuncia ad un diritto reale di godimento; remissione del debito; rinuncia all'azione di regresso in caso di espromissione o di adempimento del terzo; acquisto di un bene con intestazione a nome altrui; co-intestazione di un conto corrente bancario con versamenti da parte di un solo soggetto, ecc.) che determina, quale conseguenza ulteriore, «un arricchimento altrui, in termini economici, giustificato dall'interesse non patrimoniale di chi attribuisce il bene o rinuncia al diritto»³².

La tipizzazione dei modelli di donazione disposta dal nostro codice (art. 769 c.c.: contratto ad effetti reali o ad effetti obbligatori), le differenze strutturali e soprattutto funzionali, evidenti anche sotto il profilo della «minima unità effettuale»³³ tra il contratto di donazione e la c.d. «remissione con funzione di liberalità»³⁴, da ultimo, la considerazione del formalismo donativo – se non come un «relicto storico»³⁵, un «arcaismo legislativo destinato, in quanto tale, ad un più o meno prossimo tramonto»³⁶ (si pensi, ad es., alla necessaria presenza dei due testimoni)³⁷, quanto meno – come una regola dettata per il solo contratto di donazione, inducono a dubitare che nel diritto

³¹ Cass., 29 novembre 1986, n. 7064, in *Foro it.*, 1987, I, c. 805 ss.; alla quale *adde* Trib. Pistoia, 8 maggio 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 307 ss.

³² Per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 547.

³³ Considera inammissibile la c.d. donazione liberatoria anche sulla base di questo fattore, G. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 164 ss.

³⁴ Per tale espressione, O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, cit., p. 15.

³⁵ A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 11 s.

³⁶ A. MARINI, *Il "modus" come elemento accidentale del negozio gratuito*, cit., p. 52.

³⁷ In proposito, v. il caso cit. *retro* nel § 3, 2° cpv.

italiano possa essere rinvenuto, in via d'interpretazione, un terzo tipo di donazione, definita "liberatoria"³⁸, riconducibile direttamente all'art. 769 c.c. piuttosto che alle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. La remissione, infatti, rappresenta una vicenda puramente e semplicemente estintiva del rapporto obbligatorio che, a differenza della donazione, ontologicamente esclude qualsiasi efficacia traslativa o costitutiva³⁹. Diversamente, il "contratto di donazione" rappresenta un modello che il nostro codice ha inteso rigorosamente tipizzare sotto i profili della struttura e della funzione. La specifica previsione di «altri atti di liberalità» «diversi da quelli previsti dall'art. 769» (art. 809 c.c.), cui estendere soltanto specifiche norme previste per le donazioni, ma non le prescrizioni in tema di forma, da un lato, testimonia la consapevolezza del nostro legislatore circa l'esistenza di ulteriori figure tipiche (o atipiche) caratterizzate non soltanto dalla gratuità ma anche dallo "spirito di liberalità", dall'altro si giustifica proprio al fine di dettare una disciplina generale per questi atti che, pur non essendo donazioni, sono gratuiti e, soprattutto, caratterizzati da finalità di liberalità, a prescindere dalla struttura giuridica impiegata per conseguirla. Proprio la specifica previsione di cui all'art. 809 c.c. impedisce di riconoscere una eccessiva "elasticità" dello schema donativo⁴⁰, all'interno del quale ricomprendere fattispecie che invece il legislatore ha inteso collocare nell'ambito dell'art. 809 c.c.

3. Non solo per ragioni di *policy*, ma anche sulla base di un saldo fondamento dogmatico⁴¹, è possibile, invece, proporre una diversa ricostruzione del c.d. contratto preliminare di donazione (*recte*, della promessa di donazione), che sia maggiormente appagante della soluzione seguita dall'orientamento che ne afferma apoditticamente la nullità, il quale tralascia di considerare alcuni aspetti essenziali della teoria dell'obbligazione e del contratto, pur riguardando, sotto il profilo casistico-giurisprudenziale, quasi sempre scritture private di dubbio valore, sotto i profili sia del contenuto, sia della forma.

³⁸ Così, invece, O. CLARIZIA, *La donazione «liberatoria»*, cit., p. 15 ss., 168 ss.; *contra*, tra i tanti, già A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 219.

³⁹ Lo sottolinea, con decisione, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 168 s.

⁴⁰ *Contra*, A.A. CARRABBA, *Le donazioni*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, t. III, *Le donazioni*, II ed., Napoli, 2015, p. 1421.

⁴¹ L'insegnamento, appunto, di R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, III ed., Torino, 2004, p. 274.

La dottrina italiana, soprattutto dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 e della generalizzazione iscritta nell'art. 1376 c.c. ("contratto con effetti reali"), professando, forse con eccessiva enfasi⁴², l'opposto principio che, depurato da ogni riferimento trascendente al diritto naturale, trova fondamento nella concezione storico positivista del diritto espressa nella teoria del *Rechtsschein*⁴³, ha attribuito la massima espansione al principio del "consenso traslativo", ereditato dal diritto francese⁴⁴, dimenticando che il contratto non è altro che una «convenzione mediante la quale una o più persone *si obbligano* [...] a dare, a fare o a non fare qualche cosa» (art. 1101 cod. Nap.), ovvero «l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere tra loro un vincolo giuridico» (art. 1098 c.c. 1865) o un «rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 c.c.). Così il codice italiano del 1865, dopo aver dedicato la norma introduttiva (capo I) del titolo IV del libro III alle obbligazioni ed alle loro "cause" (art. 1097: «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto»), riferisce, sulla scia del codice d'oltralpe, la causa all'obbligazione e non al contratto, disponendo che «L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita non può avere alcun effetto» (art. 1119 c.c. 1865, che traduce letteralmente l'art. 1131 *code civ.*). Anche a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti, il diritto francese conserva la definizione del contratto come accordo di volontà tra due o più persone destinato a creare, modificare, trasmettere «obbligazioni» (art. 1101 *code civ.* nuovo testo)⁴⁵. Questa

⁴² R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 8.

⁴³ Formidabile, sul punto, il pensiero di R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 355.

⁴⁴ Una illuminante spiegazione è resa proprio da R. SACCO, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1387, per il quale «L'errore dei redattori del Code Napoléon fu quello di aver identificato le piccole regole sulla tradizione finta come elemento naturale della vendita e della donazione con la grande regola giusnaturalistica che lega il passaggio della proprietà al consenso: e di aver poscia enunciato cumulativamente l'una e le altre regole senza scegliere tra di esse con consapevole chiarezza». In argomento v., altresì, G. GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro di consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255 ss.; R. SACCO, *Modificazione (soggettiva) della proprietà e dissociazione del diritto*, in *Studi Scaduto*, vol. III, Padova, 1970, pp. 115 ss. e 170; ID., *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.* Vassalli, Torino, 1975, p. 686 ss.; P.G. MONATERI, *La sineddوحة. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, p. 358 ss.; ID., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 227; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 80 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 25 ss. In argomento, per ulteriori svolgimenti, si rinvia ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, «Consenso traslativo» e obbligazione di dare nel trasferimento della proprietà immobiliare, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 231 ss.; e già ID., *Teorie del contratto, pubblicità e apparenza nel trasferimento della proprietà immobiliare*, in *Annuario dir. comp.*, 2011, p. 382 ss.

⁴⁵ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il rapporto obbligatorio*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 22 ss.

centralità dell'obbligazione fu chiara al legislatore delle codificazioni, ma anche alla più autorevole dottrina italiana⁴⁶: non a caso il libro IV del nostro codice è intitolato alle "obbligazioni", mentre il contratto e l'illecito sono considerati (e qualificati) quali mere "fonti" di obbligazioni, al pari delle promesse unilaterali, dei titoli di credito, della gestione di affari, del pagamento dell'indebitato e dell'arricchimento senza causa. Questo collegamento funzionale tra l'obbligazione e la sua fonte è lumeggiato ancor più chiaramente dal codice tedesco il quale, dopo aver conferito l'opportuna centralità al rapporto obbligatorio (nel Libro II), considera il contratto come uno strumento per la costituzione e la modificazione del rapporto obbligatorio (§ 311 BGB)⁴⁷.

Quindi, malgrado la figura del contratto ad effetti reali (art. 1376 c.c.) rappresenti la generalizzazione della disciplina disposta dal codice francese (art. 1583, tutt'oggi vigente) e dal codice civile del 1865 (art. 1448) per la vendita, espressione ultima di un lungo processo storico durante il quale il *modus acquirendi* viene ad incorporarsi nel *titulus*⁴⁸, l'originaria obbligazione di dare non scompare né dalle definizioni generali del contratto, né da talune figure tipiche. Un esempio eloquente è proprio quello rappresentato dall'art. 769 c.c. in tema di donazione, ove si statuisce che la stessa «è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione». Oggetto del contratto di donazione, quindi, può essere sia la disposizione (il trasferimento o la costituzione) di un diritto reale o di credito del donante in favore del donatario, sia l'assunzione di un'obbligazione di dare (o di fare) da parte del donante nei riguardi del donatario (donazione obbligatoria). E se si ammette che il donante, con la stipulazione della donazione, possa obbligarsi a dare, a maggior ragione deve ammettersi che il donatario possa obbligarsi ad accettare. Donante e donatario, «al pari di ogni altro debitore», devono «eseguire le obbligazioni che discendono dal contratto: vuoi consegnando il bene donato, vuoi eseguendo la prestazione dedotta ad oggetto dell'obbligazione contratta *donandi causa*»⁴⁹, vuoi prestando il consenso, in sede di adempimento dell'obbligo a contrarre convenzionalmente assunto. L'evidente differenza tra le posizioni del donante e del donatario in merito

⁴⁶ V., infatti, già E. GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1895.

⁴⁷ Per tutti, V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, II, München, 2019, Rdnr. 1.

⁴⁸ In argomento, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, "Consenso traslativo" e obbligazione di dare nel trasferimento della proprietà immobiliare, cit., p. 232 ss.

⁴⁹ G. BONILINI, *Le donazioni*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 1995, p. 289.

all'adempimento delle rispettive promesse è sancita dall'art. 789 c.c., là dove stabilisce che il donante (e soltanto il donante), in caso di inadempimento o di ritardo nell'esecuzione della donazione, è responsabile solo per dolo o per colpa grave. E così, se la cosa donata è difettosa, il donante può essere tenuto alla garanzia per vizi soltanto in caso di dolo (art. 798 c.c.). Del pari, la garanzia per evizione è circoscritta entro limiti ben precisi: la garanzia deve essere stata espressamente promessa; l'evizione deve dipendere da dolo o da fatto personale del donante; nei casi di donazione modale o di donazione remuneratoria, la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante (art. 797).

4. Non pare discutibile, quindi, che, al fianco di una donazione che produce effetti reali al momento e per effetto del consenso, operando sulla base del principio del "consenso traslativo", il codice ponga una donazione obbligatoria o ad effetti obbligatori, in cui il contratto di donazione si perfeziona con l'assunzione di obbligazioni. Questo dato non è sfuggito a quella dottrina, la quale ritiene «del tutto pacifico» che rientri nel tipo donativo l'assunzione di un'obbligazione di dare, attraverso cui si realizza l'arricchimento del donatario⁵⁰ e, conseguentemente, l'assunzione, da parte del donatario, dell'obbligo di prestare il consenso affinché, nella fase di attuazione dell'obbligo, si produca l'effetto reale. Nella gran parte dei casi esaminati, trattasi di assunzione di un'obbligazione di dare, ovvero di trasferire la proprietà. Ma ciò non toglie che un'avvertita dottrina abbia esaminato la più dibattuta questione relativa all'assunzione, con il contratto di donazione, delle obbligazioni di fare, propendendo per la soluzione affermativa⁵¹.

Allora, più che di contratto preliminare di donazione, come continua a fare la giurisprudenza, deve parlarsi di un contratto di donazione obbligatoria, concluso validamente sulla base dell'ultimo inciso dell'art. 769 c.c. Il contratto preliminare, infatti, è istituito introdotto dal codice del 1942 al fine di ricreare quella antica scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, tra effetti obbligatori ed effetti reali, che «astratte idee,

⁵⁰ Per tutti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., p. 436.

⁵¹ Ad es., D. RUBINO, *L'appalto*, II ed., Torino, 1954, p. 109; B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 389 ss.; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 166 ss.; ID., *Donazione e liberalità*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, I, Milano, 1998, p. 173; ampiamente, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, cit., p. 45 ss.; in tema di rapporto di lavoro, R. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 219 ss.

totalmente avulse dalla realtà dei traffici commerciali»⁵², avevano contribuito a superare. L'istituto rileva sul solo piano strutturale di un collegamento necessario tra contratti (con il c.d. definitivo), tant'è che l'interesse (generale e astratto) che il preliminare consente di realizzare non ne rappresenta la causa, la quale, invece, «si identifica principalmente nella stessa causa del definitivo»⁵³. Nel diritto francese, ancor oggi, «*la promessa di vendita vale vendita*, allorché vi sia il consenso reciproco delle due parti sulla cosa e sul prezzo» (art. 1589 *code civ.*).

Che non si tratti di un contratto preliminare di donazione, ma di donazione obbligatoria⁵⁴, è affermazione che è confermata dalla più autorevole dottrina. Proprio Rodolfo Sacco⁵⁵, con la chiarezza di pensiero e l'eleganza dello stile che caratterizzano la sua Opera, afferma che «il preliminare di donazione non deve essere dichiarato nullo. Il donante si è obbligato a trasferire in futuro, e deve adempiere. Ma peraltro il negozio, che le parti chiamano contratto definitivo di donazione, merita una riqualificazione: l'intento di donare è caratteristico della donazione, e manca nell'alienazione in questione; ciò che le parti chiamano contratto definitivo di donazione è un normale atto di trasferimento solutorio, come quello con cui il mandatario trasferisce al mandante l'immobile acquisito. In breve: il preliminare di donazione è valido, ma, in sede concettuale, deve essere riqualificato come donazione mediante la quale “una parte arricchisce l'altra ... assumendo verso la stessa una obbligazione” (preleviamo le parole dall'art. 769 c.c. it.)».

L'intuizione del Maestro, fondata sulla approfondita conoscenza sincronica e diacronica degli itinerari percorsi dall'obbligazione di dare nei principali diritti euro-continentali, è seguita dalla più avvertita dottrina. Se, da un lato, nell'affrontare la questione, peraltro in un testo istituzionale, si afferma che deve riconoscersi che «in pratica un preliminare di donazione equivale ad una donazione obbligatoria, perfettamente legittima accanto a quella reale (art. 769)»⁵⁶. Dall'altro, nel ribadire quella dottrina che individuava il dato della spontaneità proprio al momento ed in funzione dell'assunzione della promessa di donare⁵⁷, e proprio sulla scia del pensiero di Rodolfo

⁵² F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, III ed., Torino, 2010, p. 1.

⁵³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 186.

⁵⁴ Un'isolata giurisprudenza distingue le due fattispecie, affermando che vi sarebbe contratto preliminare di donazione allorché, dall'interpretazione del complessivo regolamento contrattuale, emerga la chiara volontà del donante di creare soltanto un vincolo meramente preparatorio, rimandando al futuro la definitiva manifestazione dell'*animus donandi* (Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 2071).

⁵⁵ Ora R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 274.

⁵⁶ A. DI MAJO, *Il contratto preliminare*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, cit., p. 542.

⁵⁷ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, p. 21.

Sacco, si individua, «in realtà», nel c.d. contratto preliminare di donazione della proprietà una donazione obbligatoria di dare, alla quale segue un (pagamento, *recte*) adempimento traslativo *solvendi causa*⁵⁸. «Solo assumendo la prospettiva dell'atto dovuto, cioè della funzione solutoria del definitivo», può risolversi il dubbio circa l'ammissibilità della promessa di donazione. Ma «anche in tale caso non appare corretto escludere la possibilità di ravvisare nella vicenda preliminare una donazione, se si considera che l'obbligo a contrarre nasce pur sempre dalla volontà delle parti che liberamente si vincolano»⁵⁹. Anche nell'ipotesi di donazione traslativa, senza dover ricollegare necessariamente gli effetti reali al preliminare ipotizzando la conversione del preliminare nel definitivo⁶⁰, «è sufficiente ricostruire la vicenda secondo lo schema dell'obbligo di dare per risolvere ogni problema di spontaneità: la liberalità va ravvisata nella c.d. promessa, che si configura dunque alla stregua di una donazione obbligatoria di dare, seguita da un atto di adempimento traslativo non donativo, perché dovuto»⁶¹.

Questa soluzione è pienamente appagante «nel caso in cui l'attribuzione finale sia traslativa», ma non nel caso in cui essa sia, nell'intenzione del donante, a carattere obbligatorio. Lo schema dell'obbligo di dare non sarebbe infatti in tal caso utilizzabile ed allora non si potrebbe giustificare una donazione che obbliga a contrarre, seguita dalla conclusione di una successiva donazione con la quale si assumerebbe l'obbligo»⁶².

5. Così ricostruita la vicenda con riguardo alla donazione obbligatoria di dare, donante e donatari «possono revocare la loro dichiarazione» soltanto «prima che la donazione» obbligatoria «sia perfetta» (art. 782, comma 3, c.c.). Il “perfezionamento” della donazione obbligatoria non può non riguardare la conclusione del contratto, quindi la fattispecie, non certo gli effetti reali, che si produrranno al momento in cui viene posto in essere il *modus*, ovvero l'atto di adempimento traslativo non donativo che le parti si sono obbligate a concludere. In caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre da parte del donante o di alcuno dei donatari, la parte non inadempiente potrà senz'altro ottenere la sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Poiché, nella specie, si tratta

⁵⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 879; ID., *Il contratto preliminare*, cit., p. 89, ove cita, in nt. 340, proprio R. SACCO, in SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 274.

⁵⁹ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

⁶⁰ Così, invece, B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 1007.

⁶¹ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89; in giurisprudenza, Trib. Bergamo, 10 dicembre 2002, cit. in nt. 54.

⁶² F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

di un obbligo a contrarre che ha ad oggetto (l'adempimento di) un'obbligazione di dare, lo strumento giuridico più appropriato è quello dettato dall'art. 2932 c.c., rispetto a quello disciplinato dagli artt. 2930 e 2931 c.c., che fanno riferimento ad obbligazioni aventi ad oggetto un consegnare o un *facere fungibile*, a conegni piuttosto che a dichiarazioni di volontà.

A questo punto, però, si pone un problema di forma.

La stessa dottrina che opportunamente ricostruisce il c.d. preliminare di donazione, o meglio la promessa di donazione, come donazione obbligatoria di dare afferma che quest'ultima dovrà osservare la forma dell'atto pubblico, sotto pena di nullità, «non già *per relationem ex art. 1351* in quanto preliminare, ma *ex art. 782* in quanto donazione (definitiva) obbligatoria»⁶³. Al contrario, il successivo atto traslativo, in quanto mero *modus acquirendi*, «dovrà osservare la forma ordinariamente pretesa e quindi quella scritta *ex art. 1350* solo in caso di trasferimenti immobiliari. Conseguenza ovvia se si considera che in tal caso l'attribuzione traslativa è operata *solvendi* e non già *donandi causa*»⁶⁴.

Se è vero che il diritto è anche forma, soprattutto per quei contratti per i quali la legge impone formalità particolarmente complesse e solenni, quasi sempre a tutela degli interessi sostanziali quantomeno di una parte⁶⁵, potrà essere rilevata la nullità d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, per la mancata osservanza della forma richiesta *ad substantiam* per il contratto di donazione, anche là dove lo stesso produca effetti soltanto obbligatori. Anche la giurisprudenza di merito richiede che i requisiti di forma propri del contratto di donazione siano assolti con indubbio rigore. Pur in presenza della redazione del contratto per atto pubblico, si è dichiarata la nullità di una vendita che dissimulava una donazione, a causa dell'assenza dei due testimoni⁶⁶. E ciò conformemente a quanto disposto dalla Cassazione secondo la quale, «se in un negozio di trasferimento [...] non è avvenuto alcun pagamento di prezzo, si configura una vendita dissimulante una donazione e non una donazione indiretta, con conseguente necessità della forma di atto pubblico con la presenza di due testimoni ai fini della validità dell'atto»⁶⁷, giusta il

⁶³ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

⁶⁴ F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 89.

⁶⁵ Sul punto, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, pp. 12 ss., 20 e 60. Sulle cc.dd. forme convenzionali, R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli, 1994, p. 17 ss. e *passim*.

⁶⁶ Trib. Napoli, Sez. VIII, 10 luglio 2019, Camera di cons., in R.G.A.C. n. 36722/2013.

⁶⁷ Cass., Sez. II, 2 luglio 2014, n. 15095, in *DeJure*.

STUDI

disposto dell'art. 48, comma 1, l. 16 febbraio 1913, n. 89, come modificato dall'art. 12, comma 1, l. 28 novembre 2005, n. 246.

Napoli, aprile 2024

Abstract

Chiarite le nozioni, pur controverse, di gratuità e di liberalità, si ricostruisce il contratto preliminare di donazione - dichiarato sempre nullo in giurisprudenza, quale «coazione all'adempimento», che contrasterebbe con il requisito della spontaneità, tipico dell'atto di liberalità - come donazione obbligatoria di dare (ai sensi dell'art. 769, ult. inciso, c.c.). Le differenze strutturali e soprattutto funzionali, evidenti anche sotto il profilo della minima unità effettuale, tra il contratto di donazione e la c.d. "remissione con funzione di liberalità" inducono a dubitare che nel diritto italiano possa essere rinvenuto, in via d'interpretazione, un terzo tipo di donazione, definita "liberatoria", riconducibile direttamente all'art. 769 c.c. piuttosto che alle liberalità non donative di cui all'art. 809 c.c. Nella donazione obbligatoria di dare il dato della spontaneità deve sussistere al momento ed in funzione dell'assunzione della promessa di donare, la quale è seguita da un atto di adempimento traslativo non donativo, perché dovuto. E in caso di inadempimento dell'obbligo a contrarre da parte del donante o di alcuno dei donatari, la parte non inadempiente potrà senz'altro ottenere la sentenza (*ex art. 2932 c.c.*) che produca gli effetti del contratto non concluso. Soltanto la promessa di donazione dovrà osservare, sotto pena di nullità, il rigore della forma legale solenne, non già *per relationem ex art. 1351* in quanto preliminare, ma *ex art. 782* in quanto donazione (definitiva) obbligatoria. Al contrario, il successivo atto traslativo, in quanto mero *modus acquirendi*, dovrà osservare la forma ordinariamente prescritta e, quindi, quella scritta *ex art. 1350* soltanto in caso di trasferimenti immobiliari.

Once the notions, albeit controversial, of gratuity and liberality are clarified, the preliminary contract of donation is reconstructed - always declared null and void in case law, as a "coercion to perform", which would contrast with the requirement of spontaneity, typical of the act of liberality - as a obligatory donation of giving (pursuant to art. 769, last clause, Civil Code). The structural and, above all, functional differences, which are also evident from the perspective of the minimum effective unity, between the contract of donation and the so-called "remissione con funzione di liberalità" lead to doubts as to whether a third type of donation, defined as "releasing", can be found in Italian law, by way of interpretation, which can be directly ascribed to art. 769 of the Civil Code rather than to the non-donative liberalities referred to in art. 809 of the Civil Code. In the obligatory donation of giving the element of spontaneity must exist at the time and in function of the assumption of the promise to donate, which is followed by an act of

STUDI

non-donative transfer performance, because it is due. In the event of non-performance of the obligation to contract on the part of the donor or any of the donees, the non-performing party may certainly obtain a judgement (pursuant to Art. 2932 of the Civil Code) that produces the effects of the unfinished contract. Only the promise of donation will have to observe, under penalty of nullity, the rigour of the solemn legal form, not per relationem under Art. 1351 as a preliminary, but under Art. 782 as a (final) obligatory donation. On the contrary, the subsequent deed of transfer, as a mere *modus acquirendi*, will have to observe the ordinary prescribed form and, therefore, the written form under Art. 1350 only in the case of real property transfers.

Keywords

Contratto preliminare di donazione - promessa di donazione - donazione obbligatoria di dare - adempimento traslativo.

Preliminary contract of donation - promise of donation - obligatory donation of giving - non-donative transfer performance.

GIOVANNI VARANESE*

*Lesione dell'interesse del terzo estraneo al contratto, liquidazione del danno e Superbonus**.*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La liquidazione del danno del terzo in Germania. – 3. I confini con il contratto con effetti protettivi per terzi – 4. Uno sguardo prima del BGB. – 5. Casistica giurisprudenziale e giustizia commutativa. – 6. Liquidazione del danno del terzo nel caso del Superbonus 110%. – 7. Brevi cenni alla liquidazione del danno del terzo in Francia.

1. Il presente contributo non riguarda tutte le possibili implicazioni dei rapporti tra il contratto e i terzi, ma è focalizzato su alcuni fenomeni emersi recentemente nella dottrina e nella giurisprudenza italiane. Del resto che il principio di relatività degli effetti del contratto «non ha mai voluto significare esclusione assoluta di effetti contrattuali nella sfera di terzi»¹.

Infatti non verrà trattato il classico «contratto a favore di terzi» che il codice civile disciplina negli articoli 1411, 1412 e 1413. Questo tipo di contratto consente agli stipulanti di attribuire un diritto a un terzo. Tuttavia, il terzo può rifiutare l'attribuzione in qualsiasi momento, a meno che non abbia dichiarato di volerne profittare, estinguendo così il potere di revoca dello stipulante. La disciplina del contratto a favore di terzi non esaurisce tutte le ipotesi di contratti che prevedono conseguenze favorevoli per il terzo, ma qualifica come contratto a favore del terzo soltanto quello in cui i contraenti assumono gli specifici ruoli di promittente e stipulante. La validità della stipulazione a

* Professore ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università del Molise.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 220.

favore di un terzo richiede che lo stipulante vi abbia interesse, e salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione.

Tuttavia, la revoca o la modifica della stipulazione è possibile fino a quando il terzo non abbia dichiarato di volerne profittare².

Si tratta di uno schema generale tendenzialmente applicabile a ogni contratto tipico qualora le parti abbiano previsto e voluto attribuire un vantaggio al terzo beneficiario (ad es. assicurazione per il caso di morte, deposito, rendita vitalizia ecc.). Il potere del beneficiario di rifiutare l'attribuzione unilaterale in suo favore è previsto anche in altre fattispecie rispetto alle quali la stessa unilateralità ha formato oggetto di discussione, come, ad esempio la remissione del debito e il c.d. contratto unilaterale³.

L'attenzione riguarda invece il caso in cui al terzo non venga attribuito un vantaggio da un negozio, ma tuttavia l'inadempimento di un contratto nei confronti di una parte sia fonte di responsabilità nei confronti del terzo, che ne riceva un danno. Ciò allora esclude subito l'ipotesi del contratto «a danno del terzo», nel quale è l'adempimento del contratto a essere produttivo di effetti dannosi per il terzo (ad esempio, la doppia alienazione immobiliare, lo storno dei dipendenti o dei collaboratori e l'induzione alla violazione del patto di non concorrenza)⁴.

L'inadempimento dell'obbligazione può essere fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della controparte e di responsabilità aquiliana nei confronti di terzi che subiscano danni a causa dell'inadempimento⁵. Nella responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, il debitore ha l'obbligo di eseguire esattamente la prestazione e, in caso di inadempimento, dovrà provare in sede di giudizio che questo è dovuto a cause a lui non imputabili. La responsabilità contrattuale è conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione preesistente, e la parte inadempiente è tenuta a risarcire i danni patiti dall'altra parte, anche se il fatto non costituisce un illecito. La responsabilità aquiliana, invece, si configura quando un soggetto cagioni ad altri un danno ingiusto. Pertanto l'inadempimento dell'obbligazione può generare responsabilità non solo verso la

² U. MAJELLO, *Contratto a favore di terzo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., IV*, Torino, 1989, p. 237.

³ L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 55 ss.

⁴ In termini generali in relazione al principio di relatività degli effetti contrattuali, ma con specifico riferimento al terreno del diritto della concorrenza, G. GRISI, *Principio di relatività degli effetti contrattuali*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, p. 917. Recentemente anche I.L. NOCERA, *Il contratto «a danno del terzo»: identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 443 ss., che propone di ricostruire tale figura giuridica in termini unitari mediante dei principi che consentano di assommare diverse fattispecie normative.

⁵ C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 787 ss.

controparte, ma anche verso terzi che subiscano danni a causa di tale inadempimento. Il principio di relatività degli effetti del contratto afferma che il contratto produce i suoi effetti solo tra le parti contraenti e non nei confronti dei terzi. Tuttavia, ci sono due eccezioni a questo principio: il contratto a favore di terzi e il contratto con obblighi di protezione per terzi. Il primo prevede il terzo come beneficiario della prestazione, mentre nel secondo contempla in suo favore l'obbligo di protezione. In assenza di tali presupposti, il principio di relatività degli effetti del contratto rimane invariato, e i terzi non possono invocare direttamente i diritti derivanti dal contratto.

Diversa è la «liquidazione del danno del terzo» (*Drittschadensliquidation*), che «è una figura tipicamente tedesca, nella quale il terzo, in quanto tale, non può domandare il risarcimento per il danno subito ma questo è rilevante come oggetto della domanda di un altro soggetto che, in qualità di legittimato formale, ne domanda il risarcimento per conto del danneggiato»⁶.

Entrambe queste figure non sono nate nel diritto italiano e vi è stata una «circolazione di modelli», provenienti entrambi dal diritto tedesco. Probabilmente la vera novità è la «liquidazione del danno del terzo» perché il «contratto con effetti protettivi per i terzi» è stato studiato a fondo dalla dottrina da lungo tempo⁷ e anche in giurisprudenza il *leading case* risale ormai al 1993 nel quale il nascituro era stato considerato terzo del contratto concluso dalla madre⁸. Si tratta di una figura giuridica che ha assunto una certa rilevanza nel campo della responsabilità sanitaria, in particolare per responsabilità del medico per cd. «nascita indesiderata» (*wrongful birth* e *wrongful life*), laddove la giurisprudenza di legittimità ha affermato che terzo protetto dal contratto concluso dalla gestante non è solo il nascituro, ma anche il padre⁹. Mentre nel contratto a favore di terzi, il beneficiario acquista il diritto all'esecuzione del contratto, nel contratto con effetti protettivi in realtà l'unico diritto che il terzo acquista dal contratto è quello al risarcimento di un danno, che si è verificato quando il danneggiato è entrato in contatto

⁶ C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, cit., p. 800.

⁷ Fondamentale, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss. Per ulteriori riferimenti, v. G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004; R. FAVALE, *Violazione dell'obbligazione e protezione dei terzi*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, p. 607 ss.

⁸ Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 690 ss., con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*.

⁹ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 117 ss., con nota di M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*.

con una prestazione contrattuale¹⁰. Ciò è possibile perché «il vincolo instaurato tra le parti del rapporto obbligatorio costituisce la base espansiva sul piano soggettivo, oltre le parti, per gli obblighi generati dalla buona fede»¹¹.

2. Nel suo ordinamento di origine la *Drittschadensliquidation* è una figura giuridica che consente di risarcire contrattualmente il danno cagionato a un soggetto che non è parte contrattuale. Se una contraente cagiona un danno a un terzo, solo quest'ultimo può chiedere il risarcimento del danno, mentre la controparte non agisce al posto della vittima. L'idea alla base è che il diritto di chiedere un risarcimento spetta in primo luogo alla persona che ha subito il danno. Ciò tuttavia nel diritto tedesco è tutt'altro che scontato. Se la parte contrattuale non ha subito alcun danno, si suol dire che – *iniuria sine damno* – la sua richiesta appare vuota di contenuti. Solo in alcune situazioni particolari si può liquidare il danno subito dal terzo su base contrattuale, ma in via del tutto eccezionale. In questi casi la responsabilità giuridica e quella economica appaiono essere separate in via del tutto accidentale. Così, ad esempio, nell'esenzione obbligatoria dal rischio, l'obbligato per legge a trasferire la proprietà può essere liberato se l'oggetto viene smarrito prima dell'adempimento per colpa di terzi ma in questo caso il proprietario può chiedere il risarcimento del danno nei confronti del terzo nell'interesse della persona che si assume il rischio¹².

La *Drittschadensliquidation* condivide con il contratto con effetti protettivi per terzi (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*) la funzione di risarcire il danno mediante la responsabilità contrattuale. Come il contratto con effetti protettivi per terzi, ha una struttura trilaterale che consente di attribuire tutela contrattuale a un terzo. Anch'essa, pur essendo difficilmente collocabile nella struttura sistematica del BGB, si è affermata da decenni nella prassi giuridica e ha riguardato una casistica eterogenea e differenziata¹³.

¹⁰ G. VARANESE, *Contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 513.

¹¹ C. CASTRONOVO, *Effetti di protezione per i terzi al contrario?*, in *Foro it.*, 2022, I, c. 2067.

¹² H.J. AHRENS e A. SPICKHOFF, *Deliktsrecht*, München, 2022, p. 536, precisano che «se il proprietario ha venduto e consegnato un oggetto con riserva di proprietà ma non lo ha ancora trasferito, il rischio è passato all'acquirente ai sensi del § 446 BGB. Se nel frattempo la cosa viene danneggiata da un terzo, il proprietario è danneggiato ma non subisce alcun danno a causa del trasferimento del rischio e l'acquirente è danneggiato anche se non è ancora proprietario». Anche se dal punto di vista economico il proprietario non ha subito effetti negativi, tuttavia può liquidare il danno subito dall'acquirente nell'interesse di quest'ultimo.

¹³ W. SELB, *Kritik formaler Drittschadensthesen*, in *NJW*. 1964, p. 1765 ss.

Entrambe le figure riguardano una pretesa risarcitoria. Nel caso della liquidazione del danno a terzi, il creditore è chiamato a liquidare il danno e il terzo può quindi avanzare la richiesta nei confronti del debitore stesso in base a una cessione. Nel rapporto obbligatorio con effetto protettivo per terzi, invece, il terzo è autorizzato a far valere direttamente il proprio diritto nei confronti del debitore. Ciò significa che l'obbligazione con effetti protettivi per i terzi precede logicamente la liquidazione dei danni dei terzi: la parte che vanta un credito proprio non è legata alla partecipazione indiretta al credito di un altro soggetto¹⁴.

3. Le basi della *Drittschadensliquidation* furono gettate già dopo pochi anni dall'entrata in vigore del BGB. Riguardo al fondamento giuridico di questa figura, emergono subito delle difficoltà nel delimitare il confine con l'istituto giuridico affine del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. Il problema si pone allorché uno dei due istituti giuridici non risulti sufficiente - almeno in parte - a coprire certi diritti contrattuali al risarcimento del danno. Il fatto che *Drittschadensliquidation* e contratto con effetti protettivi per terzi abbiano molto in comune ha posto agli interpreti la questione di individuare i confini del rispettivo ambito applicativo¹⁵.

Nella giurisprudenza recente e in dottrina, la tutela contrattuale dei terzi è stata estesa oltre misura. Si è sostenuto che il contratto con effetti protettivi a favore di terzi, la *Drittschadensliquidation* e la *culpa in contrahendo* dovrebbero limitare a vicenda il loro campo di azione e, per evitare indebite estensioni ingiustificate, si è proposto di ricorrere alla figura giuridica omnicomprensiva del «contratto con liquidazione dei danni a favore di terzi»¹⁶.

Questa idea prende le mosse da un'impostazione dottrinale diventata ormai classica. Joachim Gernhuber ha espresso l'opinione che la tutela del terzo, nell'ambito degli obblighi accessori di condotta, dovrebbe intendersi come evoluzione giudiziale del diritto avente lo stesso fondamento di altri doveri nei confronti di terzi, nel frattempo riconosciuti dalla *Rechtsfortbildung*; insomma, la necessità di tener conto degli effetti sociali del rapporto obbligatorio nella complessiva situazione economica. In tale situazione diventa sempre più chiaro che dei rapporti obbligatori potrebbero mettere in pericolo i terzi, in quanto provocano dei fenomeni che non restano limitati al creditore e al

¹⁴ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, p. 462.

¹⁵ S. LORENZ, *Drittschadensliquidation*, in *JuS*, 2022, p. 13 ss.

¹⁶ J. NEUNER, *Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen*, in *JZ*, 1999, p. 126 ss.

debitore; ma d'altra parte i terzi, nei rapporti obbligatori, giocherebbero un ruolo la cui importanza potrebbe essere pari, se non superiore, a quella del creditore e del debitore¹⁷. A tal riguardo si ritiene che tutte le ipotesi di *Drittwirkungen* siano un prodotto non della legge ma del *Richterrecht* con tutto il suo «repertorio classico di vizi e virtù»¹⁸.

Questa tesi non potrebbe essere confutata facendo esclusivo riferimento ad un gran numero di problemi singoli sicuramente controversi¹⁹ e Gernhuber si pronuncia contro l'ipotesi di un rapporto obbligatorio unitario di protezione legale²⁰. Quanto alla tutela del terzo per violazione di un obbligo di prestazione (seconda categoria di casi), anche in queste ipotesi Gernhuber come giustificazione plausibile accetta l'idea dell'evoluzione giudiziale del diritto. Per quanto riguarda la differenza tra il contratto con effetti protettivi per i terzi e la *Drittschadensliquidation*, l'insigne autore ritiene che questa sia meno complicata da ravvisare nei casi in cui emerga la violazione di un obbligo accessorio²¹, mentre diviene più problematica nel caso di violazione dell'obbligo di prestazione²².

¹⁷ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 462, ove si parla di *Sozialwirkungen der Schuldverhältnisse* con riferimento a tutte le ipotesi di inserimento del terzo in un rapporto obbligatorio altrui, e poi a p. 529, con specifico riferimento al contratto (*rectius*, rapporto obbligatorio) con effetti protettivi per i terzi.

¹⁸ Secondo J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 463 s., «il diritto dei giudici spesso (se non quasi sempre) inizialmente non è sicuro della propria legittimità; rifugge dall'appellarsi a sé stesso, si sottrae a finte giustificazioni positiviste che dovrebbero dimostrare l'affidabilità del diritto nel momento stesso in cui viene abbandonato. Il prezzo tende a essere l'autoimposizione di limiti che non resistono a successive intuizioni. Inoltre, il *Richterrecht* è di solito un diritto che si sviluppa gradualmente, a scatti che spesso rompono confini precedentemente considerati sacrosanti; ciò che sembrava inaccettabile ieri può essere all'ordine del giorno domani. Meno significativi per la pratica sono i segnali di inquietudine che non si riflettono nel risultato finale: il passaggio da un livello di argomentazione a un altro, per esempio, o anche la rottura di un quadro argomentativo che si è rivelato insostenibile. In quanto diritto non consolidato, il diritto dei giudici manca dell'affidabilità che caratterizza il diritto legislativo prima della sua definitiva stabilizzazione. Nel diritto degli effetti dei terzi non sono state associate conseguenze socialmente dannose. È inevitabile che l'uguaglianza giuridica venga meno ogniqualvolta si afferma un nuovo sviluppo di rilevanza pratica. Ma può essere confortante sapere che tali perdite si verificano anche in seguito a modifiche del diritto legislativo».

¹⁹ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit. p. 529.

²⁰ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 26 ss.

²¹ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit. p. 515 s.

²² J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 540 s. La tutela del terzo per violazione di un obbligo di prestazione si avvicinerebbe molto all'inversione della liquidazione del danno del terzo: «se in questo caso il danno di un terzo viene "introdotto" in un diritto al risarcimento del danno a lui estraneo, allora in quell'altro (la tutela del terzo per violazione di un obbligo di prestazione) al terzo, per risarcire il danno subito, gli viene "accordato" un diritto (di per sé estraneo)». Anche se nel rapporto obbligatorio con efficacia protettiva per il terzo «il creditore non rappresenta in via mediata il terzo, tuttavia la prestazione che è dovuta a lui solo, incide sugli interessi del terzo in modo simile» alla *Drittschadensliquidation*. Pur rilevando la difficoltà di una distinzione tra contratto con effetti protettivi per i terzi e liquidazione del danno al terzo, l'A. dà atto della impossibilità di ricondurre la casistica in una sola delle due figure giuridiche.

L'opinione di Gernhuber non è rimasta isolata e molti altri autori hanno aderito all'idea che il fondamento dogmatico del contratto con effetti protettivi per terzi consisterebbe nella evoluzione giudiziale del diritto (senza le difficoltà della teoria del rapporto obbligatorio di protezione unitario), tanto che si è anche parlato di una «opinione dominante»²³.

Dopo la riforma del diritto delle obbligazioni ci si è chiesti se il nuovo § 311, c. 3, fr. 1, BGB nello statuire che «un rapporto obbligatorio con gli obblighi di cui al (nuovo) comma 2 del § 241» e cioè limitato agli obblighi accessori «può sorgere anche nei confronti di persone che non sono destinate a divenire parti del contratto» non potesse offrire lo spunto per trovare un fondamento legale al contratto con effetti protettivi per i terzi²⁴. Prescindendo dalle possibili interpretazioni, al riguardo sembra condivisibile l'opinione che il legislatore ha soltanto riconosciuto un principio largamente affermato (e non limitato solo al contratto con effetti protettivi per i terzi) mentre non detta alcun presupposto. Per questo risulta decisivo riferirsi alla casistica e alle valutazioni antecedenti alla riforma²⁵.

In realtà i problemi di inquadramento derivano dal fatto che se la giurisprudenza ha riconosciuto ipotesi di responsabilità contrattuale a favore di terzi, lo ha fatto essenzialmente per un «principio di giustizia materiale» in base al quale «se nell'attuazione di un rapporto obbligatorio viene lesa un diritto in modo che secondo la fattispecie ne debba seguire un risarcimento è giusto far gravare sul danneggiante, alla stregua di un criterio di adeguatezza e prevedibilità, i relativi effetti sanzionatori, quale che sia il soggetto – parte del rapporto o terzo, il cui danneggiamento fosse ugualmente prevedibile e risulti perciò adeguato al tipo di rapporto – che ha effettivamente subito il danno»²⁶. Il problema consiste allora nel fatto che spesso nella variegata casistica è difficile scorgere un principio giuridico unitario e sistematicamente coerente.

²³ Cfr., per es., H.-D. ASSMANN, *Gründfälle zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, in *JuS*, 1986, p. 887; R. GEISLER, *Vertrags- und Gesetzesprivilegien mit Wirkung für Erfüllungsgehilfen*, Berlin, 1983 p. 70; G. HOHLOCH, *Vorvertragliche Haftung nach culpa-in-contrahendo-Grundsätzen Dritter?*, nota a BGH, 28 gennaio 1976, in *JuS*, 1977, pp. 302 ss., spec. 304; H. BERG, *Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation*, in *NJW*, 1978, p. 2018; ID., *Verträge mit Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation*, in *JuS*, 1977, p. 366; W. PUHLE, *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 1982, p. 44 s.

²⁴ P. GOTTWALD, § 328, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2a, 4ª ed., München, 2003, p. 2099.

²⁵ P. GOTTWALD, § 328, cit., p. 2099.

²⁶ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 127.

La questione del rapporto tra i due istituti si è complicata quando il contratto con effetti protettivi per i terzi ha iniziato ad essere uno strumento per risarcire il c.d. danno meramente economico. Fino alla decisione del *Bundesgerichtshof* nel c.d. «caso del testamento»²⁷, al terzo veniva accordato il diritto al risarcimento del danno, proprio in virtù della violazione da parte del debitore di un obbligo di protezione che, rispetto alla prestazione principale, è accessorio. Anche se da un altro punto di vista si potrebbe sostenere che gli obblighi di protezione costituiscano un insieme chiuso rispetto agli altri obblighi accessori²⁸, il dato di partenza della comune differenza con gli obblighi di prestazione non era mai venuto meno. È soltanto con il *Testamentfall* che questa figura giuridica acquista una «nuova qualità»²⁹.

In questo caso un anziano si rivolge ad un avvocato perché vuole far redigere un testamento al fine di attribuire alla figlia una quota di eredità maggiore di quella che le spetterebbe in base alla disciplina della successione legittima. Il cliente muore ma siccome l'avvocato non ha adempiuto al suo mandato, non è stato redatto alcun testamento, e la figlia eredita così una quota minore di quella che avrebbe conseguito se il professionista avesse svolto diligentemente il suo incarico. L'avvocato viene condannato al risarcimento del danno nei confronti della figlia del cliente perché questa viene considerata inclusa nella sfera protettiva del contratto concluso dal padre. L'elemento di novità consiste nel fatto che non c'è stata la lesione di un obbligo accessorio, ma è venuto a mancare proprio l'adempimento della prestazione principale. Se il terzo viene ad essere tutelato per l'inadempimento di una prestazione principale, secondo una certa opinione, i confini tra contratto a favore di terzo e contratto con effetti protettivi per i terzi non sarebbero così netti come riteneva la dottrina prevalente³⁰. In realtà anche qui il punto non è quello di attribuire al terzo il diritto a pretendere la prestazione – assolutamente fuori discussione – ma di risarcire secondo la *lex contractus* un danno difficilmente risarcibile in via aquiliana. Nel contratto a favore di terzo si opera un «cambiamento di direzione», perché la prestazione dovuta viene attribuita dalle parti ad un terzo, invece che ad una di esse; il

²⁷ BGH, 6 luglio 1965, in *NJW*, 1965, p. 1955 (c.d. *Testamentfall*, anche in *BB*, 1965, p. 1082; *MDR*, 1965, p. 900; *LM*, Nr. 29, sub § 328 BGB); *JZ*, 1966, p. 141 con nota di W. LORENZ, p. 143 ss., che prevede: «se questa sentenza dovesse essere applicata al di là di questa fattispecie, si rafforzerebbe la notevole tendenza del diritto tedesco a includere nella responsabilità contrattuale fatti che in realtà appartengono alla responsabilità extracontrattuale» (p. 145).

²⁸ J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 22 ss.

²⁹ W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tübingen, 1995, p. 185.

³⁰ Cfr. E. VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, p. 315 ss.

contratto con effetti protettivi per i terzi ha una funzione completamente diversa: produce una «dilatazione della responsabilità»³¹.

Nel «caso del testamento» il terzo protetto dal contratto è certamente un soggetto strettamente legato al contraente, ma due elementi vanno rilevati. In primo luogo, non era stato violato un obbligo accessorio di protezione, ma risultava inadempita la prestazione principale e poi, soprattutto, il risarcimento aveva riguardato un danno meramente economico. Si era aperta così la via affinché il contratto con i protettivi per terzi potesse costituire lo strumento per risarcire un danno che incontra limiti spesso insormontabili nella responsabilità extracontrattuale tedesca.

Si è fatta strada allora l'idea che rispetto al *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* la *Drittschadensliquidation* abbia sviluppato dei criteri peculiari per la tutela contrattuale del terzo e che pertanto entrambi gli istituti abbiano una propria ragion d'essere e si delimitino reciprocamente³². Nel contratto con effetti protettivi per terzi il danno può colpire più soggetti, ciascuno dei quali può farlo valere in via autonoma. Invece nella liquidazione del danno al terzo c'è solamente un danno – quello subito dall'effettivo danneggiato – e c'è soltanto un soggetto legittimato a richiederne il risarcimento. Nel contratto con effetti protettivi per terzi si verifica l'espansione della responsabilità contrattuale del danneggiante nei confronti di terzi; nella liquidazione del danno al terzo il danneggiante non subisce un aumento del rischio perché avviene una sorta di compensazione del trasferimento del danno³³. Non sembra aver avuto seguito la proposta dottrinale di trovare un fondamento extracontrattuale per la *Drittschadensliquidation*³⁴.

Nonostante l'ampio riconoscimento giurisprudenziale, non si ritiene che la *Drittschadensliquidation* sia assorta al rango di diritto consuetudinario³⁵. Già pochi anni dopo l'entrata in vigore del BGB, la giurisprudenza ha dimostrato di non sentirsi avvinta dal dogma concettuale-giuridico della completezza e le corti tedesche sono state fin da subito il motore dell'evoluzione del diritto tedesco³⁶. Gli esempi sono numerosissimi,

³¹ W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, Tübingen, 1995, p. 185.

³² J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 540 ss.

³³ C. W. CANARIS, *Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischen und Rechtspolitischer Sicht*, in *JZ*, 1968, p. 494 ss.

³⁴ J. STAMM, *Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 844 Abs. 1 BGB*, in *AcP*, 203, 2003, p. 366 ss.

³⁵ J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 13^a ed., München, 2023, p. 24.

³⁶ C. FISCHER, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht*, Tübingen, 2007, p. 152 ss.

basti pensare alle violazioni positive del contratto, che hanno completamente rivisitato la disciplina codicistica dell'inadempimento³⁷.

Il contratto con effetti protettivi per i terzi e la *Drittschadensliquidation* dimostrano in modo chiaro che «se il legislatore non ha dettato alcuna prescrizione per un preciso bisogno, allora è la giurisprudenza che individuerà le regole necessarie. Così in questo diritto compariranno norme o istituti nuovi, che vengono elaborati non dalla legge ma dagli interpreti»³⁸. Se alla base della nascita del contratto con effetti protettivi per i terzi³⁹ può ravvisarsi la «insufficienza della disciplina legale»⁴⁰ allora, come si è accennato, considerazioni non dissimili valgono per la *Drittschadensliquidation*. In Germania si è verificato un vero e proprio squilibrio tra la disciplina della responsabilità extracontrattuale e quella della responsabilità contrattuale, ove l'una appare «complessa e insufficiente» e l'altra «più semplice e soddisfacente» e perciò dotata della tendenza a «“comprimere” il campo delittuale: numerose forme di danno sorte al di fuori di un rapporto a contenuto determinato sono disciplinate dalla giurisprudenza secondo i principi della responsabilità contrattuale». Il contratto con effetti protettivi per i terzi è una delle possibili manifestazioni nelle quali il danno viene risarcito secondo le regole della *lex contractus* e «la preferenza per tale modello trova fondamento nell'esigenza di salvaguardare i bisogni della vita pratica attraverso una regola che offra una migliore salvaguardia giuridica. Così, la giurisprudenza ha elaborato l'istituto dei contratti con effetti di protezione a favore dei terzi per riparare gli eventi lesivi subiti da quei soggetti che non sono legati all'autore da alcun vincolo negoziale e che non possono ottenere un risarcimento con i principi della responsabilità delittuale. Questo istituto è nuovo ed è proprio dell'esperienza germanica»⁴¹. Tra il campo della responsabilità contrattuale e quello della responsabilità extracontrattuale il sistema giuridico sviluppa dei meccanismi

³⁷ RG, 18 febbraio 1903, in *RGZ*, 54, 1903, p. 98. Su questa essenziale figura giuridica i riferimenti classici sono ormai disponibili anche in italiano: v. H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001, e H. STOLL, *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, in R. FAVALE, M. FEOLA, A., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, e H. STOLL, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 1 ss.

³⁸ L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000 (ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale basata sulla versione tedesca del 1971, francese del 1972 e spagnola del 1981), p. 244.

³⁹ Sul punto sia consentito rinviare a G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 53 ss.

⁴⁰ Sull'insufficienza della disciplina legale come causa che spiega le somiglianze o le differenze dei termini da comparare v. L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 244 ss.

⁴¹ L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 245.

per ridurre determinati «deficit contenutistici» di un settore, che si reputano ineliminabili dal suo interno, ripiegando sull'altro⁴².

Quanto ai deficit contenutistici della responsabilità extracontrattuale rispetto alla responsabilità contrattuale, nello sviluppo del contratto con effetti protettivi per i terzi essi influiscono in momenti differenti e con diversa intensità. Quando il 1° gennaio del 1900 il BGB entra in vigore, la responsabilità contrattuale è disciplinata in modo più favorevole per il danneggiato rispetto alla responsabilità aquiliana sotto diversi aspetti. Così, fino all'entrata in vigore dello *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*⁴³ per la responsabilità extracontrattuale il § 852 prevedeva un termine di prescrizione di soli tre anni in luogo dei trent'anni previsti dal § 195 BGB. Poi, nonostante entrambi gli ambiti disciplinari fossero dominati dal principio della colpa, non era prevista nella responsabilità extracontrattuale una presunzione di colpa a carico del danneggiante-debitore come disposto dai §§ 282 e 285 BGB. Per quanto riguarda, in particolare, le prime applicazioni del contratto con effetti protettivi per i terzi, al suo sviluppo ha senz'altro contribuito la differente disciplina della responsabilità del preponente in ambito contrattuale ed extracontrattuale; alla piena responsabilità del debitore che si avvale di ausiliari nell'adempimento dell'obbligazione secondo il § 278 BGB, si contrappone nel campo dell'illecito l'ampia possibilità di esonero del preponente se questi riesce a dimostrare l'assenza di *culpa in eligendo* o *in vigilando* ai sensi del § 831, comma 1, secondo periodo. Infine, per comprendere gli sviluppi più attuali va ricordato che l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale permette di superare agevolmente i limiti posti nel diritto tedesco al risarcimento del danno meramente patrimoniale in ambito aquiliano⁴⁴.

4. Ma si può aggiungere un ulteriore spunto di riflessione. Nonostante l'entrata in vigore del BGB le corti talvolta si sono collocate sulla scorta della giurisprudenza tradizionale continuando ad attenersi ai suoi precedenti. Un chiaro esempio è costituito proprio dalla *Drittschadensliquidation*, riconosciuta dalle corti prima dell'entrata in vigore

⁴² C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996, p. 410.

⁴³ Si tratta della fondamentale legge del 26 novembre 2001 sulla modernizzazione della disciplina delle obbligazioni del codice civile tedesco, entrata in vigore il 1° gennaio 2002. Nonostante l'intitolazione la riforma non ha riguardato soltanto il secondo Libro del BGB, ma anche altre norme del codice, tra cui quelle dedicate alla prescrizione contenute nella Parte Generale. Il tema è ben noto al lettore italiano e, tra i numerosi e pregevoli contributi che ne hanno approfondito i punti fondamentali, basti ricordare quelli pubblicati nella *Rivista di diritto civile*, 2004, fasc. 2.

⁴⁴ G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., pp. 47 ss. e 86 ss.

del codice civile, ma che è stata applicata anche successivamente⁴⁵. Per di più il legislatore ha consapevolmente rifiutato di codificare questa figura giuridica proprio perché «anche senza un'espressa esplicita disposizione, la giurisprudenza giungerebbe comunque al giusto risultato come in precedenza»⁴⁶.

Analogamente al contratto con effetti protettivi per i terzi, la *Drittschadensliquidation* storicamente nasce nell'ambito della responsabilità contrattuale. Ancor prima che il BGB vedesse la luce, l'*Oberappellationsgericht* di Lubeca in una sentenza del 1855 nell'ambito di un contratto di trasporto aveva condannato il debitore a risarcire il danno a un terzo, l'effettivo danneggiato⁴⁷. I riferimenti nella sentenza a Ulpiano, 30 *ad edictum*, D. 16.3.1.11 e Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.8.10 hanno spinto i romanisti a indagare se già il diritto romano classico conoscesse la *Drittschadensliquidation*⁴⁸.

Un produttore di sughero di Delmenhorst, città non lontana da Brema, ordinò una partita di legno di sughero in Portogallo e incaricò del trasporto una società di spedizioni. Non essendo disponibile alcun bastimento per trasportare la merce direttamente da Oporto a Brema, lo spedizioniere imbarcò il sughero sulla nave diretta ad Amburgo del capitano Vos, che era allo stesso tempo vettore ed armatore. Concordò con lui, tra l'altro, che il carico potesse essere scaricato all'arrivo della nave nel porto di Cuxhaven. Il porto di Amburgo si estende tra le ramificazioni dell'Elba, e poiché si era in inverno, era prevedibile che non potesse essere accessibile per il congelamento del fiume. La nave avrebbe comunque toccato il porto di Cuxhaven, che si trova sul Mare del Nord alla foce dell'Elba e per questo la società portoghese fece inserire nella polizza di carico la seguente clausola: «qualora il capitano sia costretto ad approdare a Cuxhaven, il sughero potrà quivi essere sbarcato contro pagamento del nolo». La nave arrivò a Cuxhaven, tuttavia il comandante si rifiutò di scaricare il carico perché temeva che un carico di vino di porto che giaceva sotto il tappo potesse essere danneggiato a causa del freddo intenso. Il produttore di sughero subì un danno considerevole a causa del ritardo nella consegna. La società di spedizione era stata ritenuta autorizzata a liquidare tale danno.

⁴⁵ J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 87.

⁴⁶ *Prot.* I S. 299; *Mugdan* II p. 518.

⁴⁷ OAG Lübeck, 20 gennaio 1885, in *Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichten den Deutschen Staaten*, II, 1857, n. 36.

⁴⁸ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadenssatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1993. Questa monografia è stata recensita da K. HACKL, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1997, p. 107 ss. e F. STURM in *ZRG RA*, 1998, p. 538 ss. In Italia l'opera di Reichard ha costituito l'occasione per l'ampio contributo di C.A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, in *Labeo*, 41, 1995, p. 387 ss.

Per Reichard la *Drittschadensliquidation* va riferita essenzialmente a questo caso giurisprudenziale e, soprattutto, al contributo dottrinale di uno dei giudici della sentenza, il consigliere della Corte d'appello di Lubeca Zimmermann⁴⁹, con un'impostazione relativa alle ipotesi di rappresentanza indiretta. La *Drittschadensliquidation* è un parto del pensiero pandettistico che non trova fondamento nel diritto romano o nel diritto comune⁵⁰. Infatti a decretarne il successo definitivo fu soprattutto l'adesione alla teoria di Zimmermann da parte di Windscheid⁵¹. Questi è stato l'ultimo dei grandi pandettisti e la sua fama è indissolubilmente legata al suo capolavoro, i tre libri del manuale del diritto delle Pandette⁵². Si trattò di un'opera fortunatissima che nelle sue diverse edizioni godette di un'immensa autorità ed ebbe una diffusione straordinaria⁵³. Già nella prima edizione dell'opera, Windscheid richiamando e citando fonti romane (D. 2.11.14 e D. 45.1.81.1) ha dato forma generale alla *Drittschadensliquidation* enunciandola nel senso che «se il creditore si è reso tale nell'interesse di un terzo, il danno sofferto da questo terzo va a costituire il contenuto della sua pretesa al risarcimento. Per il fatto di concludere un contratto nell'interesse di un terzo, egli fa dell'interesse di costui un interesse proprio»⁵⁴. L'illustre teorico dal 1874 al 1883 fece parte della famosa *Erste Kommission* incaricata di redigere il codice civile tedesco. Nonostante abbia partecipato soltanto per alcuni anni ai lavori preparatori del BGB la sua influenza è stata ritenuta profonda⁵⁵, anche se in tempi più recenti si è cercato di smitizzare il suo ruolo⁵⁶. Windscheid peraltro, dimessosi in precedenza dalla *Erste Kommission*, non fece parte della decisiva seconda commissione che predispose il progetto del nuovo codice⁵⁷.

⁴⁹ E. ZIMMERMANN, *Ueber die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne daß dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens*, in *Neues Archiv für Handelsrecht*, 1, 1858, pp. 48-82.

⁵⁰ F. STURM, Recensione a I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, cit., p. 539.

⁵¹ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, cit., p. 9.

⁵² B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1ª ed., Düsseldorf, 1862-1870.

⁵³ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, p. 145 s.

⁵⁴ In tutte le edizioni e da ultimo in *Pandekten*, 9ª ed., II, § 258, p. 65, in C.A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, cit., p. 392, testo e nota 8.

⁵⁵ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 179 ss.

⁵⁶ R. SCHRÖDER e J. THIESSEN, *Von Windscheid zu Beckenbauer – die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag*, in *JZ*, 2002, p. 325 ss.

⁵⁷ Le motivazioni che spinsero Windscheid a dimettersi dalla commissione legislativa non ebbero nessun intento polemico, come sembra testimoniare la corrispondenza col suo amico Planck dalla quale sappiamo che seguì con grande interesse i lavori della Seconda commissione. Molto probabilmente, con l'incedere dell'età, un ruolo non secondario è stato ricoperto dalla volontà di tornare alla Facoltà di Lipsia e riprendere a tempo pieno la sua intensa attività di studioso. Cfr. W. SCHUBERT, *Windscheids Briefe an Planck*

Durante la redazione del BGB venne discussa l'inserimento nel testo legislativo di due norme ispirate a questa concezione della *Drittschadensliquidation*. Una prima norma era destinata ad essere introdotta nel primo del libro delle obbligazioni, dopo il § 253 del testo definitivo basata su D. 17.1.8.3 e giustificata col richiamo alla giurisprudenza del *Reichsgericht* e del *Reichsoberhandelsgericht*⁵⁸. Sarebbe dovuta essere formulata nei seguenti termini: «se la circostanza che fa sorgere l'obbligo al risarcimento ha causato un danno a un terzo per il quale quest'ultimo ha il diritto di chiedere la cessione della pretesa risarcitoria al soggetto avente diritto, l'obbligo di risarcimento si estende al danno subito dal terzo». Come si è già detto, alla fine il legislatore ritenne superflua una codificazione della *Drittschadensliquidation* perché ritenne che la giurisprudenza potesse operare «anche senza un'espressa esplicita disposizione». Inoltre era convinta che la dottrina non avesse ancora maturato una posizione comune in ordine a una materia che ancora presentava margini di incertezza. In definitiva, la teoria della *Drittschadensliquidation* «come categoria generale» non era consolidata al punto tale da costituire la base di disposizioni legislative generali.

Stessa sorte toccò anche a una seconda norma di ambito più limitato, basata su D. 17.1.8.3, che riguardava il caso del mandatario che, col consenso del mandante e senza *culpa in eligendo*, si fosse fatto sostituire da un terzo nell'esecuzione del mandato: «se il mandatario è autorizzato a effettuare tale trasferimento, egli, se non è in colpa, sarà esonerato dalla responsabilità per le violazioni del terzo trasferendo al mandante il suo diritto al risarcimento nei confronti del terzo»⁵⁹.

Ai compilatori probabilmente non sembrò giusto «gravare il danneggiante del risarcimento dei danni del terzo, quando questi danni fossero maggiori di quelli che il suo comportamento avrebbe potuto produrre al suo partner contrattuale (come nel caso del capitano Vos, che si vide gravare dell'inoperosità di 200 operai del terzo per 12 giorni); d'altra parte si pensava che il fatto di concedere a quel partner una pretesa contro il danneggiante per i danni al terzo avrebbe potuto tradursi in un arricchimento ingiustificato ove quest'ultimo non esercitasse poi i suoi diritti alla cessione dell'azione. La norma generale in materia di risarcimento del danno da fatto illecito (§ 823 BGB), che accorda al terzo azione diretta contro il danneggiante, poteva magari ritenersi appropriata

und seine für Planck bestimmten Stellungnahmen zum Schuldrechtssystem und zum Besitzrecht der 1. BGB-Kommission, in ZRG RA, 95, 1978, pp. 283 ss., spec. 284 s.

⁵⁸ Richiami in C.A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, cit., p. 392.

⁵⁹ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, cit. pp. 12-231.

e sufficiente»⁶⁰. La conseguenza certa fu che il *conditor iuris* preferì non codificare la *Drittschadensliquidation* per lasciarla alla sperimentazione del foro e della scienza.

L'idea già avanzata da Zimmermann che in casi di questo tipo il rappresentante indiretto potesse far valere i danni del rappresentato era stata accolta anche dalla giurisprudenza del *Reichsoberhandelsgericht*⁶¹. Già prima dell'entrata in vigore del BGB, anche il *Reichsgericht* aveva stabilito che il commissionario potesse far valere gli interessi del committente come se fossero i propri⁶².

Dopo l'entrata in vigore del BGB la prassi non è cambiata e già nel 1906 il RG parlava di un «principio riconosciuto, soprattutto nel diritto commerciale, secondo il quale l'incaricato che conclude un contratto per conto di un terzo, ma in nome proprio, può chiedere un risarcimento alla controparte in caso di violazione del contratto da parte di quest'ultima, non solo per il danno che ha subito personalmente, ma anche per quello che è incorso al suo committente»⁶³. Questa opinione è stata confermata dalla giurisprudenza successiva in numerose sentenze⁶⁴ e non è neppure rimasta limitata ai negozi di commissione e di spedizione, ma è stata estesa anche ad altri casi di agenzia indiretta⁶⁵.

Le aspettative del legislatore sono state in gran parte deluse. In luogo di un principio giuridico unitario si sono formate soltanto categorie di casi nei quali applicare di volta in volta la figura giuridica, come nelle ipotesi di rappresentanza tacita, dell'esonero dal rischio o della custodia di beni di terzi. Poiché nel frattempo si è sviluppato l'istituto giuridico della tutela contrattuale dei terzi, si è anche cercato di concedere al terzo danneggiato un'azione contrattuale diretta nei confronti dell'autore del fatto illecito anziché la liquidazione da parte di terzi⁶⁶.

5. Attualmente nella *Drittschadensliquidation* si possono annoverare quattro *Fallgruppen*: a) *obligatorische Gefahrenentlastung* con riferimento agli obblighi di

⁶⁰ C.A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, cit., p. 393.

⁶¹ ROHG, 11, 1873, p. 256 ss.; 14, 1874, p. 400 ss.; 17, 1875, p. 78 ss.; 22, 1877, p. 248 ss.

⁶² RG, 31 gennaio 1891, in RGZ, 27, 1891, pp. 118 ss., spec. 126.

⁶³ RG, 29 gennaio 1906, in RGZ, 62, 1906, pp. 331 ss., spec. 334 s.: «si tratta piuttosto di stabilire se l'attore, che comunque era già creditore al momento dell'inadempimento, possa chiedere al convenuto il risarcimento del danno causato al primo creditore dall'inadempimento».

⁶⁴ Vedi, ad es., RG, 16 maggio 1917, in RGZ, 90, 1917, pp. 240 ss., spec. 246; RG, 11 maggio 1918, in RGZ, 93, 1918, pp. 39 ss. (spec. 40); RG, 6 dicembre 1924, in RGZ, 109, 1925, pp. 288 ss., spec. 292.

⁶⁵ RG, 10 aprile 1923, in RGZ, 107, 1924, p. 132 ss., spec. 135.

⁶⁶ H. BERG, Recensione a *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, in JR, 1973, p. 41.

trasferimento della proprietà; b) *mittelbare Stellvertretung*, quando chi subisce la perdita patrimoniale non è il soggetto legittimato formalmente ad agire in base al negozio (per es., il commissionario), ma quello per conto del quale sin dall'inizio il negozio è posto in essere (per es. il committente); c) rapporti di *Treuhandenschaft*; d) rapporti di *Obhut*, ove si accorda al possessore di cose – che non gli appartengono ma che si limita a custodire – di far valere il danno che è stato cagionato dalla sua controparte contrattuale in base alla disciplina della responsabilità contrattuale nell'interesse del proprietario⁶⁷.

Il primo gruppo appartiene alla casistica «classica» della *Drittschadensliquidation* e riguarda le ipotesi che vengono dette di «esonero obbligatorio dal rischio». Vi rientrano casi di vendita analoghi a quello storico deciso dall'*Oberappellationsgericht* di Lubeca. Sotto l'impero del codice civile la disciplina del rapporto obbligatorio (ad esempio ai sensi del § 447, comma 1, BGB) imporrebbe che sia il creditore a risarcire il danno se il danno si sposta sul terzo. Situazione analoga può verificarsi ai sensi del § 644, comma 2, BGB, nel caso di un contratto d'opera e di servizi (contratto di servizi per la spedizione) o nel caso di un lascito testamentario, se la distruzione dell'oggetto del legato ha liberato l'erede onerato. Un caso di «esonero obbligatorio dal rischio» può sorgere anche da un contratto tra il creditore e il terzo, in base al quale quest'ultimo deve sopportare i danni conseguenti⁶⁸.

La seconda categoria riguarda i casi di rappresentanza indiretta, caratterizzati dal fatto che una persona acquista un bene in nome proprio, ma per conto di un terzo. Qui la disciplina delle obbligazioni prevede un obbligo di consegnare il bene al terzo (ad es., ex § 667 BGB). Se l'oggetto acquistato in questo modo viene distrutto presso l'acquirente per colpa di un'altra persona, l'acquirente è esonerato dall'obbligo di consegnarlo al terzo ai sensi del § 275, comma 1, e pertanto normalmente non ha subito alcun danno. Anche in questo caso può chiedere il risarcimento del danno al terzo⁶⁹.

Nel terzo gruppo di casi il rapporto fiduciario è caratterizzato dal fatto che il fiduciante trasferisce un diritto al fiduciario, ma questi deve esercitarlo nell'interesse del disponente o ritrasferirlo a quest'ultimo. La situazione è molto simile a quella della rappresentanza indiretta. Anche in questo caso, si può parlare di *Drittschadensliquidation* se

⁶⁷ Così, J. ESSER e E. SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 2, 6ª ed., Heidelberg, 2000, p. 265 ss. Sul tema, v. anche J. STAMM, *Rechtsfortbildung der Drittschadensliquidation im Wege eines originären und rein deliktsrechtlichen Drittschadensersatzanspruchs analog § 844 Abs. 1 BGB*, cit., p. 366 ss. Più di recente, S. LORENZ, *Drittschadensliquidation*, cit., p. 14 ss.

⁶⁸ S. LORENZ, *Drittschadensliquidation*, cit., p. 14.

⁶⁹ S. LORENZ, *Drittschadensliquidation*, cit., p. 14 s.

l'oggetto trasferito fiduciariamente viene danneggiato da un terzo presso il fiduciario. Tuttavia se il disponente ha una propria posizione giuridica, come nel caso di un trasferimento a scopo di garanzia, la violazione da parte di un terzo può dare origine a delle proprie richieste di risarcimento danni (ad esempio, il possesso diretto e l'aspettativa dopo una cessione a scopo di garanzia). Qui la *Drittschadensliquidation* non è necessaria. Invece nel caso di cessione in garanzia, il cessionario può utilizzare la *Drittschadensliquidation* per richiedere al cedente il risarcimento dei danni causati dal ritardo (cfr. §§ 280, commi 1 e 2, e 286 BGB)⁷⁰.

Nell'ultima serie di casi viene in rilievo un obbligo di custodia. Chiunque detiene un bene altrui e sia obbligato, in virtù di un contratto, a custodirlo, e nel farlo stipuli un contratto con un terzo, tramite la *Drittschadensliquidation* può far valere il danno del proprietario⁷¹.

La mancanza di un fondamento legislativo non ha frenato l'opera delle corti. La violazione di un obbligo contrattuale cagiona un danno a un soggetto che è terzo rispetto al rapporto contrattuale. In questo caso il danneggiato può chiedere il risarcimento direttamente al responsabile del danno, anche se il contratto è stato stipulato solo tra quest'ultimo e un altro soggetto.

Il BGB tende a limitare la responsabilità civile ai titolari di un diritto o interesse giuridico o a coloro che sono soggetti allo scopo protettivo della norma violata. Il risarcimento danni a terzi è considerato un'eccezione. In generale, la responsabilità per danni da fatto illecito è limitata ai titolari dei diritti ai sensi § 823 del BGB. Mentre l'obbligo di risarcire i danni da un rapporto obbligatorio in genere è limitato al creditore di tale rapporto. La legge lega strettamente il diritto al risarcimento alla persona del creditore. Questo contribuisce a gestire il rischio e facilita altresì l'assicurabilità delle attività commerciali. Nel caso della *Drittschadensliquidation*, tuttavia, il creditore può richiedere il risarcimento del danno subito da un terzo, che non può farlo da solo. Questa pratica infrange il dogma dell'interesse del creditore, ma è giustificata dalla limitazione del rischio. La questione della giustificazione dogmatica della liquidazione dei danneggiati di terzi è oggetto di controversia, tuttavia l'obiettivo di limitare il rischio è considerato raggiunto anche quando si risarcisce un danno causato da circostanze particolari. La discussione esiste da oltre centocinquanta anni ed è tutt'ora oggetto di dibattito. In breve, il diritto tedesco mira a limitare la responsabilità civile ai titolari di diritti o interessi

⁷⁰ S. LORENZ, *Drittschadensliquidation*, cit., p. 15.

⁷¹ S. LORENZ, *Drittschadensliquidation*, cit., p. 15 s.

giuridici e la *Drittschadensliquidation* ancora oggi rappresenta un'eccezione a questo principio⁷². Pertanto, è difficile aspettarsi che attualmente possa affermarsi un principio unitario per la liquidazione dei danni a terzi o addirittura per il problema dei danni a terzi nel suo complesso.

Nel caso della liquidazione del danno del terzo c'è soltanto un danno (quello subito dall'effettivo danneggiato) e una sola persona che può farlo valere. La *Drittschadensliquidation* ha come obiettivo soltanto la compensazione di un trasferimento del danno, indifferente dal punto di vista del danneggiante; il rischio a carico del danneggiante non viene aumentato. Invece, nel caso del contratto con efficacia protettiva per i terzi, se pur si vuole evitare il rischio del possibile cumulo del danno, tale rischio aumenta a seguito dell'espansione della responsabilità contrattuale verso i terzi⁷³.

Abbandonate le sue (vere o presunte) basi romanistiche nel diritto vigente la *Drittschadensliquidation* è espressione del principio di buona fede ai sensi del § 242 BGB, in quanto impedisce un ingiusto esonero da responsabilità del danneggiante a causa di un accidentale «spostamento del danno». A causa di questo obiettivo limitato, orientato esclusivamente alla *iustitia commutativa*, è necessario determinare il danno in ogni caso dal punto di vista dell'intermediario e procedere a una liquidazione «per vie traverse»⁷⁴.

Come in tanti altri casi anche nella *Drittschadensliquidation* il riferimento al diritto romano evocherebbe una sorta di «autoproiezione del presente sul passato» che permetterebbe di scoprire nel diritto romano, allo stato latente, istituti moderni, di tal che «il diritto moderno non sarebbe altro che un revival, un ritorno a nozioni e istituti romani per oltre un millennio e mezzo ingiustamente dimenticati»⁷⁵.

A buon diritto la *Drittschadensliquidation* è stata considerata in modo esemplare un meccanismo mediante il quale dottrina e giurisprudenza hanno elaborato un meccanismo volto a garantire il risarcimento in taluni casi nei quali la mancata concessione di un rimedio avrebbe portato a risultati palesemente ingiusti.

⁷² STAUDINGER/HÖPFNER (2021) *Vorbemerkungen zu §§ 249 ff*, Rn. 49 ss. e 62 ss.

⁷³ C.-W. CANARIS, *Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischen und Rechtspolitischer Sicht*, cit., p. 494 ss., spec. p. 499; P. SCHWERTNER, *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Jura*, 1980, p. 493 ss.; W. HADDING., *Anhang zu § 328*, in *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12^a ed., Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, p. 1586 s.

⁷⁴ J. NEUNER, *Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätze*, cit., p. 135.

⁷⁵ A. GUARNERI, *Diritto romano, tradizione romanistica e storia universale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 674 s.

6. Ultimamente la «liquidazione del danno del terzo» è stata tirata in ballo anche nel diritto italiano nella materia del cd. «Superbonus 110%». Il Superbonus 110% è un'agevolazione fiscale disciplinata dall'art. 119 d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (cd. «decreto rilancio»), che consente una detrazione del 110% delle spese sostenute a partire dal 1° luglio 2020 per la realizzazione di specifici interventi finalizzati all'efficienza energetica, al consolidamento statico o alla riduzione del rischio sismico degli edifici. Tra gli interventi agevolati rientra anche l'installazione di impianti fotovoltaici e delle infrastrutture per la ricarica di veicoli elettrici negli edifici. Per alcune tipologie di immobili questa misura resterà in vigore fino al 31 dicembre 2025 per il 110% per le spese sostenute fino al 31 dicembre 2023. È stato previsto che, in alternativa alla fruizione diretta della detrazione, è possibile optare per un contributo anticipato sotto forma di sconto praticato dai fornitori dei beni o servizi (sconto in fattura) o per la cessione del credito corrispondente alla detrazione spettante. La cessione può essere disposta in favore dei fornitori dei beni e dei servizi necessari alla realizzazione degli interventi, di altri soggetti (persone fisiche, anche esercenti attività di lavoro autonomo o d'impresa, società ed enti) e di istituti di credito e intermediari finanziari.

Questo beneficio fiscale consente al committente di cedere i crediti fiscali derivanti dai lavori all'appaltatore, che a sua volta può cederli a una banca. Il processo di cessione dei crediti fiscali funziona in questo modo: il committente, che ha diritto al Superbonus, può decidere di cedere questi crediti all'appaltatore come forma di pagamento per i lavori svolti. L'appaltatore, a sua volta, può cedere i crediti a una banca in cambio di un importo corrispondente al valore nominale dei crediti, deducendo una percentuale come guadagno. Questa pratica consente all'appaltatore di ottenere liquidità immediata e mitigare il rischio legato all'attesa dei tempi di recupero dei crediti fiscali. La banca, d'altro canto, può beneficiare della cessione dei crediti ottenendo un rendimento, anche se deduce una percentuale come guadagno.

Questo meccanismo ha contribuito a rendere più accessibile e interessante per gli operatori del settore edilizio la realizzazione di interventi di ristrutturazione e riqualificazione energetica, poiché ha offerto una soluzione finanziaria immediata e ha ridotto la necessità di investimenti iniziali da parte dei committenti.

È una procedura molto complessa che ha indotto il legislatore a introdurre, per il suo funzionamento, una figura che si interpone tra i beneficiari del bonus e tutti i soggetti che partecipano alla realizzazione dei lavori. Si tratta del cd. *General Contractor*, una novità per gli appalti privati. Sul piano civilistico, è considerato un mandatario senza

rappresentanza, che per la parte di lavori che si è assunto di eseguire, anche un appaltatore⁷⁶. È una figura ben nota nell'edilizia pubblica che nel Codice degli Appalti Pubblici (art. 194) è definito «come il soggetto che, in qualità di unico referente nei confronti del committente dei lavori, si impegna a realizzare l'intervento oggetto dell'incarico in tutti i suoi aspetti essendo dotato delle competenze necessarie per garantire la obbligazione di risultato, ovvero il corretto completamento dell'opera commissionata, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori»⁷⁷. Il ruolo del *General Contractor* è di estrema importanza, considerando la complessità della procedura e la necessità di coordinare varie fasi e attori coinvolti nella realizzazione dell'opera. Egli assume il ruolo di coordinatore, gestendo e supervisionando tutti gli appaltatori e sub-appaltatori che partecipano al progetto. Ciò contribuisce a evitare ritardi, sovrapposizioni e conflitti tra le diverse fasi del cantiere. Seleziona i «sub contractor», il che è fondamentale per il successo del progetto perché il *General Contractor*, grazie alla sua esperienza e conoscenza del settore, li seleziona in base alla loro affidabilità, qualità del lavoro e competitività nei prezzi. Questo assicura che tutte le parti coinvolte siano all'altezza degli standard richiesti. Il *General Contractor*, inoltre, mira a ottimizzare i processi di costruzione per ridurre i tempi di esecuzione. Questo è particolarmente importante nel contesto del Superbonus 110%, dove la tempestiva esecuzione del progetto è cruciale per ottenere i benefici fiscali. Infine il *General Contractor* si impegna a completare l'opera secondo gli standard richiesti, garantendo così il corretto completamento dell'intero intervento, assumendosi la responsabilità per la qualità del lavoro svolto. Non c'è dubbio che il vantaggio principale sia rappresentato dal rapporto unico con il committente. Il *General Contractor* infatti agisce come unico referente nei confronti del committente, semplificando la comunicazione e garantendo una maggiore chiarezza nel processo decisionale. Questo può contribuire a evitare malintesi e facilitare una gestione più efficiente del progetto. In sintesi, è la figura più adatta a gestire la pratica burocratica legata alla richiesta del Superbonus 110% e svolge un ruolo chiave, assicurando che il progetto sia eseguito in modo efficiente, rispettando gli standard di qualità e conformità richiesti.

⁷⁶ A. ALBANESE, *Il più moderno tra i contratti più antichi: le nuove sfide dell'appalto*, in *Giur. comm.*, 2023, p. 694 ss.

⁷⁷ A. PINORI, *La qualificazione del rapporto contrattuale tra committente e "General Contractor" e dei contratti collegati nel quadro della disciplina del "Superbonus"*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, p. 2119.

Sono venute in rilievo problematiche che sorgono dalla scissione tra il soggetto che ha subito il danno, ma non ha la legittimazione a pretendere il risarcimento (il proprietario dell'immobile), e il soggetto che ha la legittimazione a pretendere il risarcimento ma non ha subito danno (il *General Contractor*). Poiché questa scissione non può andare a beneficio del terzo danneggiante ed escludere qualunque suo obbligo risarcitorio, la dottrina ha proposto vari argomenti per concedere al mandatario (cioè al *General Contractor*) un'azione volta ad ottenere una sentenza che condanni il suo contraente diretto a risarcire il danno che costui ha arrecato al mandante⁷⁸.

Anche se la figura del contratto con effetti protettivi per i terzi nel diritto tedesco è stata utilizzata per risarcire il danno meramente patrimoniale, in queste ipotesi ricorrerebbe invece una «liquidazione dei danni nell'interesse del terzo»⁷⁹.

In tema di mandato, l'art. 1715 c.c. ha evocato la discussione tedesca sulla «liquidazione del danno per un interesse altrui», allorché stipulato il contratto gestorio in nome proprio dal mandatario, il terzo è tenuto ad eseguire la prestazione ivi dedotta nei confronti del suo creditore, il mandatario⁸⁰. È significativo come si colga l'autonomia di tale figura rispetto al campo della responsabilità aquiliana⁸¹ e che pertanto «la lesione del credito del mandante, ed il pregiudizio determinatosi nella sua sfera giuridica, costituiscono (particolarmente in materia di mandato senza rappresentanza, allorché il cooperatore deve tacere d'agire per un altrui interesse) una conseguenza ulteriore, imprevedibile per il terzo contraente; sicché il suo inadempimento, con la conseguente responsabilità, non può travalicare i principi della responsabilità contrattuale: trova

⁷⁸ U. CARNEVALI, *Il General Contractor e il bonus 110%*, in *Contratti*, 2021, p. 619, che richiama L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 168 ss.; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1952, p. 111 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984, p. 224, nota 94 e p. 317, nota 322; C. SANTAGATA, *Del mandato - Art. 1710-1721*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1998, p. 211 ss.

⁷⁹ M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 61.

⁸⁰ C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 209 ss.; L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, cit., p. 168 ss.; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., p. 111 ss.

⁸¹ Per C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 210, «il tema da esaminare in questa sede assume una sua autonoma caratterizzazione sotto un duplice profilo: per la circostanza che il terzo, qui, è legato da un rapporto negoziale nei confronti del mandatario (debitore, a sua volta, del mandante) e, quindi, deve rispondere a titolo di responsabilità contrattuale; inoltre, per la conseguente diversa prospettiva, correlata alla circostanza che il terzo contraente pone in essere, qui, un comportamento idoneo a produrre quella lesione particolarmente qualificata, che consiste nell'inadempimento di un rapporto obbligatorio che lo lega all'altro contraente, il mandatario. Pertanto, la lesione del credito del mandante costituisce un effetto ulteriore, indiretto e mediato, rispetto al comportamento del terzo, che esplica la sua incidenza non già in immediata proiezione verso il pregiudizio del diritto del mandante, bensì all'interno del rapporto contrattuale, all'effetto della lesione del credito vantato dal mandatario».

pertanto piena esplicazione, tra gli altri, il principio dell'art. 1225 per cui, "se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione"⁸².

Non sembra accettabile l'idea che il terzo inadempiente non dovrebbe risarcire alcun danno al mandatario a causa della carenza di interesse da parte di quest'ultimo. Il mandatario, in rappresentanza del mandante, potrebbe comunque chiedere il risarcimento del danno nell'interesse di quest'ultimo. Tuttavia costituirebbe un «salto logico dedurre da ciò la pretesa, da parte del mandatario, di esigere dal terzo inadempiente il risarcimento del danno subito realmente dal mandante, non reperendosi nel nostro sistema alcuna norma o consuetudine in tal senso»⁸³. Inoltre l'entità dell'interesse del mandatario pregiudicato potrebbe essere esorbitante e difficilmente prevedibile per il terzo. Per il diritto italiano una soluzione in grado di contemperare gli interessi in gioco sarebbe quella di concedere al mandatario una pretesa risarcitoria basata su una valutazione oggettiva del danno, con riferimento all'interesse tipico dell'uomo medio, utilizzando criteri di equità ai sensi dell'art. 1226 c.c.⁸⁴.

Questa equa soluzione contempererebbe gli interessi delle parti in gioco, ma il fenomeno economico-sociale potrebbe essersi avviato verso il tramonto. Infatti il Superbonus 110% è stato ritenuto estremamente oneroso per le finanze pubbliche e non è stato più prorogato. Le ultime tipologie di immobili per le quali è stato possibile godere dell'incentivo sono stati gli edifici unifamiliari e le unità immobiliari funzionalmente indipendenti che al 30 settembre 2022 avevano effettuato lavori per almeno il 30% dell'intervento complessivo, per i quali il cd. «Decreto Asset» ha fissato il termine finale del 31 dicembre 2023⁸⁵.

L'effetto del Superbonus 110% sul bilancio pubblico è stato oggetto di diverse analisi. Secondo i dati dell'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA), il Superbonus 110% ha comportato una spesa di

⁸² C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 210.

⁸³ C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 213, «all'assunzione di un obbligo giuridico corrisponde la consapevolezza (o, quanto meno, il dovere di sapere) che dall'inadempimento imputabile consegue il risarcimento del danno; sicché sarebbe contrario alla buona fede contrattuale invocare l'irresponsabilità perché il contraente non è l'interessato e l'interessato non è il contraente».

⁸⁴ C. SANTAGATA, *Del mandato*, cit., p. 214.

⁸⁵ D.l. 10 agosto 2023, n. 104, recante «Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici», pubblicato nella G.U., Serie Generale, n.186 del 10 agosto 2023, entrato in vigore l'11 agosto 2023. Il decreto legge è stato poi convertito, con modifiche, nella l. 9 ottobre 2023, n. 136, pubblicata nella G.U., 9 ottobre 2023, n. 236, ed è entrato in vigore il 10 ottobre 2023.

68,7 miliardi di euro, anche se ha attivato 62,5 miliardi di investimenti fino a dicembre 2022⁸⁶. Tuttavia, secondo uno studio pubblicato dall'Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani (Ocpi) dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, il bilancio per lo Stato è ben lungi dal pareggio, in quanto su questa spesa sono rientrati, sotto forma di maggiori imposte e contributi sociali, poco meno di 14 miliardi di euro⁸⁷.

Sembra comunque che il Superbonus 110%, se è stato un veleno per i conti pubblici, sia stato un ricostituente per l'economia. Grazie alla sua introduzione e, soprattutto alla possibilità della cessione del credito o dello sconto in fattura (non solo per il Superbonus, ma anche per altre misure ordinarie di incentivazione), il comparto del recupero abitativo ha continuato ad avere un ruolo decisivo per lo sviluppo per il settore edilizio fino a tutto il 2023. Secondo una stima dell'Osservatorio Congiunturale dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) l'addio al Superbonus 110% determinerà una flessione del 7,4% degli investimenti nel settore dell'edilizia⁸⁸.

Il Superbonus 110% ha avuto un impatto significativo sul mercato immobiliare italiano e sull'economia nel suo complesso contribuendo, ad esempio, a un aumento delle attività di ristrutturazione, all'aumento dei prezzi delle proprietà immobiliari ad alta efficienza energetica e a una spinta nelle attività del settore delle costruzioni. La Fondazione e il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (FNC) ha pubblicato uno studio in cui si evidenzia che la spesa indotta dal Superbonus 110% per gli anni 2021 e 2022, cioè gli investimenti aggiuntivi nel settore costruzioni e in tutti gli altri settori dell'economia, è stato pari a 96 miliardi di euro. A tale spesa indotta corrisponde un costo lordo per lo Stato, rappresentato dalle detrazioni fiscali maturate in aggiunta a quelle ordinarie, pari a poco più di 97 miliardi di euro. Tuttavia, considerando l'effetto di retroazione fiscale, l'impatto del Superbonus 110% sulle finanze pubbliche è addirittura positivo, in quanto l'incremento del PIL generato sarebbe superiore all'impatto sul debito, migliorando il rapporto debito/PIL. Infatti il documento evidenzia che, a regime, il costo netto per lo Stato del Superbonus 110% è stimato pari a 60 miliardi di euro e, quindi, nettamente inferiore all'incremento del PIL. Ciò indicava che, nonostante la spesa iniziale, l'effetto complessivo sul PIL e sul debito pubblico fosse stato

⁸⁶ ENEA, *Dati mensili ENEA al 31 dicembre 2022*, https://www.energiaenergetica.enea.it/images/detrazioni/Avvisi/Report_dati_mensili_31_12_2022.pdf.

⁸⁷ G. GALLI, F. SCINETTI e N. SCUTIFERO, *Gli effetti del superbonus 110% sull'economia e sul bilancio pubblico*, in *Ocpi*, 7 marzo 2023, <https://osservatoriocpi.unicatt.it/ocpi-pubblicazioni-gli-effetti-del-superbonus-110-sull-economia-e-sul-bilancio-pubblico>.

⁸⁸ ANCE, *Osservatorio congiunturale sull'industria delle costruzioni*, Roma, gennaio 2024, p. 26 ss.

positivo⁸⁹. Soltanto nel Documento di Economia e Finanza approvato il 9 Aprile 2024 dal Consiglio dei Ministri è stata avallata con chiarezza la stima che il debito pubblico italiano sarebbe in risalita perché condizionato dai riflessi per cassa del Superbonus 110%⁹⁰.

7. Anche nel diritto francese il tema della *Drittschadensliquidation* sembra avere una certa rilevanza. Nel 2006 nella sentenza *Myr'ho*, l'*Assemblée plénière* della Corte di cassazione aveva stabilito che il terzo contraente potesse invocare, sulla base della responsabilità per fatto illecito, una violazione contrattuale se tale violazione gli avesse cagionato un danno. In questo caso era stato stipulato un contratto per la gestione di un'impresa tra due società, una delle quali era affittuaria dell'immobile ove si svolgeva l'attività commerciale. I proprietari dell'immobile erano persone fisiche. Tuttavia, la società contraente, terza rispetto al contratto di locazione, era stata pregiudicata dalla mancata manutenzione dell'immobile e aveva citato in giudizio i proprietari per ottenere l'esecuzione delle necessarie opere e il risarcimento dei danni⁹¹. La Corte sarebbe giunta a una sorta di assimilazione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale, contraria alla tradizione della responsabilità civile francese.

Va segnalato che in Francia era stata anche prevista una nuova riforma del *code civil* che si basasse su una concezione unitaria della responsabilità civile (*Projet de réforme de la responsabilité civile* del marzo 2017)⁹². Il progetto non si è concretizzato ma è significativo che al nuovo art. 1234 prevedesse una sorta di anti-*Myr'ho*, stabilendo che i terzi che agiscono in via extracontrattuale dovessero rispettarne il regime probatorio provando l'esistenza di un atto illecito ed eliminando l'automatismo con l'inadempimento contrattuale⁹³. Il terzo che avesse «un legittimo interesse alla buona esecuzione di un contratto» e che non avesse «altra azione per il risarcimento del danno subito a causa della sua non corretta esecuzione» secondo il Progetto poteva agire a titolo di responsabilità contrattuale, invocando un inadempimento contrattuale se quest'ultimo avesse cagionato

⁸⁹ FNC, *Gli effetti macroeconomici e di finanza pubblica del superbonus 110%*, 5 giugno 2023, https://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/filemanager/active/01639/2023_06_05_Gli_effetti_macroeconomici_e_di_finanza_pubblica_del_Superbonus_110_def.pdf?fid=1639.

⁹⁰ *Documento di Economia e Finanza (Def) 2024*, <http://www.dt.mef.gov.it/it>.

⁹¹ Cour de cass., ass. plen., 6 ottobre 2006, n. 05-13.255 in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2825 ss.

⁹² *Projet de la chancellerie du 13 mars 2017, suivi de l'enregistrement de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n. 678 à la présidence du Sénat le 29 juillet 2020*.

⁹³ Art. 1234, comma 1: «Quando l'inadempimento del contratto cagiona un danno a un terzo, quest'ultimo può chiedere al debitore il risarcimento delle sue conseguenze solo in base alla responsabilità extracontrattuale, a condizione che questi fornisca la prova di uno degli eventi determinanti menzionati nella sezione 2 del capitolo II del presente sottotitolo».

un danno, tuttavia nei suoi confronti erano «opponibili le condizioni ed i limiti di responsabilità vigenti nei rapporti tra le parti contraenti»⁹⁴.

Recentemente nel caso *Sucrierie de Bois rouge* l'Assemblée plénière ha stabilito che il terzo di un contratto può invocare, a titolo di fatto illecito, un inadempimento contrattuale purché tale inadempimento gli abbia cagionato un danno. Di conseguenza, il terzo rispetto a un contratto di somministrazione di energia, che, a causa dell'interruzione della fornitura di energia perdurata per diverse settimane da parte dell'azienda con cui era in relazioni, abbia subito un danno operativo, può invocare l'inadempienza contrattuale imputabile al fornitore di energia a ottenere un risarcimento⁹⁵.

Appare significativo che dal punto di vista tedesco questa giurisprudenza, che pure evoca il contratto con effetti protettivi per i terzi, andrebbe ricondotta alla *Drittschadensliquidation*. Infatti questa rileva quando il danno che, normalmente colpisce il partner contrattuale, invece, a causa di un rapporto giuridico tra il partner contrattuale e un terzo (nel caso *Sucrierie de Bois rouge* il patto di mutua assistenza tra due società), ricade su un terzo. Affinché il danneggiante non tragga vantaggio da questo «spostamento del danno», che dal suo punto di vista è meramente accidentale, la giurisprudenza tedesca riconosce al partner contrattuale del danneggiante la possibilità di agire per la prestazione per sé stesso o per i terzi e il danno costituisce il fondamento dell'azione⁹⁶.

Campobasso, maggio 2024

⁹⁴ Cfr. art. 1234, comma 2, *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*.

⁹⁵ Cour de cass., ass. plén., arrêt n° 651 du 13 janvier 2020, aff. *Société QBE Insurance Europe Limited v. Société Sucrierie de Bois rouge*, n° du pourvoi 17-19.963 - ECLI:FRCCASS:2020:AP00651 - *Sucrierie de Bois rouge*.

⁹⁶ T. KADNER GRAZIANO, *Der „Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im französischen Recht“ - Auf dem Weg zu einer Annäherung zwischen französischem und deutschem Recht?*, in *ZEuP*, 2022, pp. 198 ss., spec. 208 s.

Abstract

Nella giurisprudenza tedesca la *Drittschadensliquidation* è una peculiare figura giuridica che ha la funzione di risarcire il danno cagionato a un soggetto che non è parte contrattuale. Questo articolo vuole vedere se questo modello possa essere utile anche nel diritto italiano nella gestione di alcuni rapporti di diritto privato nascenti nel campo del cd. «Bonus 110%».

In German jurisprudence, *Drittschadensliquidation* is a peculiar legal figure whose function is to compensate the damage caused to a party who is not a contractual party. This article aims to see whether this model can also be useful in Italian law in the management of some private law relationships arising in the field of the so-called “Bonus 110%.”

Keywords

Liquidazione del danno a terzi - Risarcimento del danno contrattuale - Bonus 110%
Doctrines of transferred loss - Compensation for contractual damage - Bonus 110%

GIORGIO SICA*

*La jouissance légale e l'usufrutto legale dei genitori:
una microcomparazione di recenti metamorfosi funzionali***

Sommario: 1. *Exceptionalism* del diritto di famiglia e rilevanza della comparazione giuridica. – 2. Usufrutto legale dei genitori: ispirazione originaria e progressiva “costituzionalizzazione” dell’istituto. – 2.1. Convergenza funzionale con la responsabilità genitoriale e il dovere di contribuzione del figlio. – 3. Statuto “unitario” della filiazione, pluralità di modelli familiari e perimetro applicativo dell’usufrutto legale. – 4. Usufrutto legale e usufrutto ordinario: quanto oltre la “somiglianza” lessicale? – 5. Contenuto dell’usufrutto legale e valorizzazione dell’autonomia privata nelle dinamiche familiari. – 6. Il principio di *coparentalité* e la multipla vocazione della *administration légale* francese. – 7. La *raison d’être* della *jouissance légale*: struttura e “giustificazione” dell’istituto. – 7.1. Le clausole di esclusione della *jouissance* e l’approccio “*deux enun*” con l’*administration légale*. – 8. Rilievi conclusivi.

1. La crescente internazionalizzazione del diritto di famiglia, diretta filiazione dei profili caratterizzanti la globalizzazione, tra cui si annoverano a titolo esemplificativo gli incessanti flussi migratori, la diffusa contrazione di matrimoni misti e l’adozione di minori stranieri, pone il gius-comparatista dinanzi a sfide e quesiti interpretativi di assoluto rilievo¹. Difatti, la *modernisation* del diritto di famiglia², più di recente accentuata

* Dottore di ricerca dell’Università di Napoli “Federico II”.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *single blind peer-review*.

¹ In tal senso W. PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in S. PATTI, M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 89 ss.; K. KAESLING, *Family Life and EU Citizenship: The Discovery of the Substance of the EU Citizen’s Rights and its Genuine Enjoyment*, in K. BOELE-WOELKI, W. GEPHART (a cura di), *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 293 ss.

² Per M.R. MARELLA, *The Contractualisation of Family Law in Italy*, in F. SWENNEN (a cura di), *Contractualisation of Family Law. Global Perspectives*, Cham, 2015, p. 241, l’espansione della *freedom of contract* nell’alveo familiare costituisce il principale fattore della modernizzazione del diritto di famiglia, tale che “the

dall'impatto delle nuove tecnologie³, ha progressivamente imposto il superamento delle "architetture" tradizionali⁴ in favore di una eterogeneità di modelli familiari⁵, tale da rendere particolarmente attuale la massima di Jean Carbonnier "à chacun sa famille à chacun son droit".⁶ Di talché, se il diritto di famiglia mostra una spiccata apertura verso le istanze provenienti da nuovi schemi relazionali⁷, al contempo ciò implica una maggiore complessità dell'apparato normativo che rende impervia la strada della armonizzazione giuridica⁸.

In questa direzione, il *family law* è stato oggetto della comparazione giuridica⁹,

contract/status opposition mirrors the modernity/tradition dichotomy". In termini non dissimili già A. MIRANDA, *State Intervention and "New Families" in the Italian Law: "come back to the past" shifting from status to contract*, in P. LODRUP, E. MODVAR (a cura di), *Family Life and Human Rights*, Oslo, 2004, p. 496 ss.

³ Interessanti, in proposito, le riflessioni di S. WINKLER, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto della famiglia*, in questa *Rivista*, 2021, p. 1 ss. e, per quanto concerne la disciplina divorzile, C. EICHENBERG, J. HUSS, C. KÜSEL, *From Online Dating to Online Divorce: An Overview of Couple and Family Relationships Shaped Through Digital Media*, in *Cont. Fam. Ther.*, 2017, p. 249 ss.

⁴ K. BOELE-WOELKI, *Why and How to Accommodate an Optional European Family Law*, in AA. VV. (a cura di), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2014, p. 28, ove si allude ai "deep social and demographic changes" che hanno inciso sul diritto di famiglia.

⁵ Per una panoramica, P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia Zatti*, I.1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 22.

⁶ Il richiamo è a J. CARBONNIER, *A chacun sa famille, à chacun son droit*, in *Essai sur les lois*, 1995, p. 181 ss.

⁷ Secondo G. AUTORINO, *Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistemica)*, in www.comparazionedirittocivile.it (luglio 2018), p. 1, a fronte della proliferazioni di nuovi modelli familiari (monoparentale, biparentale, multiparentale), "tutte queste famiglie hanno in comune di essere di volta in volta luogo degli affetti o del dissidio; di costruzione o di distruzione della persona; di solidarietà o d'individualismo egoista, di espansione o di oppressione". Ancora AA. VV., *Nuovi modelli familiari*, Napoli, 2016; G. RECINTO, F. ROMEO, *Genitori e figli nel quadro del pluralismo familiare*, Napoli, 2018.

⁸ Per una panoramica storica sull'*harmonisation* del *family law* e sui risultati raggiunti in ambito europeo M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Cambridge, 2006; K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Oxford, 2003, *passim*; G. ALPA (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo – New borders of european private law. Atti del convegno (5-6 giugno 2015)*, Milano, 2015. Più in generale, rispetto alla armonizzazione del diritto privato europeo M. BUSSANI, U. MATTEI, *Making European Law. Essay on the "Common Core"*, Trento, 2020.

⁹ Sulla progressiva rilevanza dell'approccio comparativo rispetto allo studio degli istituti familiari, efficaci le parole di M.R. MARELLA, G. MARINI, *Famille*, in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (a cura di), *Traité international de droit constitutionnel*, 2012, p. 489: "l'idée d'un droit de la famille comparé a cependant percé chez ceux qui voient dans le juriste, et dans le comparatiste en particulier, un ingénieur social qui a un objectif politique – par exemple la modernisation de la famille à travers l'adoption d'un régime juridique fondé sur la parité entre les époux – et qui met en place cet objectif en adoptant les instruments juridiques adéquats, éventuellement en se fondant sur une enquête comparée destinée à identifier les fonctions équivalentes qui, dans les autres ordres juridiques, permettent d'obtenir la parité, pour sélectionner ensuite le meilleur instrument ou le plus adapté à son cas". Ancora M.A. GLENDON, *Family Law in a Time of Turbulence*, in A. CHLOROS, M. RHEINSTEIN, M.A. GLENDON (a cura di), *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2007, 4, p. 3 ss.; E. JAYME, *Die Entwicklung des europäischen*

seppur quest'ultima abbia fronteggiato resistenze più intense¹⁰ a causa di regimi familiari inevitabilmente *local*¹¹. A titolo esemplificativo, non stupisce allora che la ben nota riforma italiana del diritto di famiglia del 1975 non sia tanto ispirata al prestigio scientifico di un dato modello legale, quanto piuttosto rappresenti il culmine di istanze sociali e culturali, pur comuni a diversi sistemi della tradizione giuridica occidentale¹².

È quindi significativo che il *tòpos* che ispira le riflessioni di dibattito, si rinviene nella *quaestio* concernente, su un primo versante interpretativo, la concezione di *exceptionalism*¹³ del diritto di famiglia delle singole esperienze giuridiche allogene in termini di profili impermeabili¹⁴ alla armonizzazione, *in primis* legislativa, a causa della stretta correlazione esistente tra *law* e *culture* rispetto alla definizione della fisionomia degli

Familienrechts. Eine rechtsvergleichende Betrachtung, in *FamRZ*, 1981, p. 221 ss. Al contempo il diritto comparato è sovente utilizzato dal formante giurisprudenziale rispetto a questioni concernenti il diritto della famiglia. Si veda in tal senso A. FUSARO, *L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia*, in ID. (a cura di), *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2020, p. 161 ss. Più in generale G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 223 ss.

¹⁰ Di assoluto interesse le riflessioni compiute da G. MARINI, *I modelli costituzionali*, in ID., M.R. MARELLA (a cura di), *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014, p. 57 il quale, dopo aver rilevato che “l'estrema eterogeneità del quadro che le carte costituzionali oggi offrono in materia di famiglia non rende certo facile impostare una comparazione a livello di formante legale di rango costituzionale”, sul piano della tecnica utilizzata dal legislatore costituzionale enuclea tre tipologie di sistemi: *in primis* “modelli che con varie gradazioni, declamano il ruolo fondamentale della famiglia, spesso insieme a quello del matrimonio, e li elevano a fondamenti costitutivi dell'ordine giuridico e sociale (Irlanda, Italia, Grecia e Lussemburgo)”; cui si contrappongono sistemi definiti dall'A. “laconici”, tra cui quello tedesco e francese, in cui la tutela della famiglia è incentrata su aspetti economici e sociali; infine sistemi in cui è assente un diretto riferimento costituzionale alla famiglia (a titolo esemplificativo Belgio e Stati Uniti), aspetto che non ha ad ogni modo ostacolato la creazione di un vero e proprio diritto costituzionale della famiglia.

¹¹ Cfr. D. BRADLEY, *A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, in *Glob. Jur. Front.*, 2004, p. 1535 ss. Parimenti emblematiche già le osservazioni di L.J. KENNEDY, *The Unification of Law*, in *J. Soc'y. Comp. Legis. New series*, 1909, 10, p. 216 per il quale: “*The practical questions still remain, Is the unification of law feasible? What, if anything, has been already done in that direction? I am afraid that in regard to the personal law, so far as regards the most important questions of marriage and divorce, there is no immediate or even near prospect of success. Differences of traditional usage, religious and ecclesiastical discipline, and popular sentiment in regard to the rights and duties which are involved in the family tie, prevail so widely and are so closely cherished that any attempt to unify law in this direction by international agreement has at present a poor prospect of success.*”

¹² Calzanti le parole di S. FERRERI, *Retorica e sostanza: leggi straniere sul regime patrimoniale della famiglia*, in *Familia*, 2009, p. 38 ss.

¹³ Ne danno conto J. HALLEY, K. RITTICH, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *Am. Jou. Comp. Law*, 2010, 4, p. 753 ss. e F. NICOLA, *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, *ivi*, p. 777 ss.

¹⁴ In termini ancor più chiari P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, p. 1: “la famiglia, tra le formazioni sociali, è senza dubbio quella contrassegnata dal massimo di immunità, e cioè di impenetrabilità all'invadenza della regolamentazione giuridica”.

istituti familiari¹⁵; viceversa, se si sdogana l'idea di un diritto di famiglia aperto e sensibile alla ricezione del diritto straniero, si abilita un'indagine di più ampio respiro volta a rilevare le contaminazioni e i *legal transplants* che pur hanno esercitato una indiscutibile forza motrice sul varo di riforme legislative, nonché sulle soluzioni elaborate dal *case law*.

Indubbiamente, il contemperamento delle predette istanze rinviene nel crescente trend di europeizzazione in materia una rilevante coordinata di indagine quanto meno per due ordini di ragioni¹⁶. *In primis*, l'incidenza del diritto europeo si riverbera sulla possibilità di ottenere pareri dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui attività interpretativa funge da catalizzatore per la fissazione di taluni principi essenziali¹⁷. Al contempo, la proiezione di *general principles* su scala europea consente ai singoli Stati membri di integrare il *corpus* normativo statale, senza per ciò solo dover addivenire alla creazione di un diritto di famiglia *in toto* uniforme.

Ciò posto, per quanto concerne il peculiare rapporto che lega i genitori ai figli, nel panorama non soltanto europeo si registra una convergente e crescente sensibilità per i diritti dei figli che si pone quale naturale risvolto del tramonto del principio di autorità e della transizione dalla tradizionale potestà genitoriale alla *parental responsibility* inglese, al concetto di *elterliche Sorge* tedesca, o ancora, alla espressione *child support* tipizzante la sfera

¹⁵ In questo senso M.R. MARELLA, *Critical Family Law*, in *Jou. Gend. Soc. Pol. & Law*, 2011, 2, pp. 6-7, la quale segnala la distinzione tra *family law* inteso come “*periphery of private law*” e *legal structures of the market*, costitutive del “*core of private law*”. Sulla falsariga di tale dicotomia secondo l'A. sussistono rilevanti divergenze: “*First of all, the political character of family law, its contiguity to morals and religious beliefs and the subsequent lack of those jural technicalities which, on the contrary, make the law of the market the elective site of legal science*”. Di qui la combinazione tra *political moves*, *moral attitudes* e *traditional customs* rende il diritto di famiglia “*inevitably local, and localism juxtaposes family law to law of obligations and its universalistic aspiration*”.

¹⁶ Si vedano, *ex multis*, pur con talune riserve N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 447 ss.; S. PATTI, *Note sulla formazione del diritto europeo della famiglia*, in M.C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, p. 159 ss.; ID., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, p. 231 ss.; E. IORIATTI, *È auspicabile l'armonizzazione del diritto di famiglia?*, in G. PASCUZZI (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006, p. 169 ss.; S. WINKLER, *Il diritto di famiglia*, in G.A. BENACCHIO, F. CASUCCI (a cura di), *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, p. 293 ss.

¹⁷ Si pensi alla sua importanza rispetto alla elaborazione dell'interesse del minore che, pur non espressamente menzionato nel testo della Cedu, è valorizzato dalla corte come declinazione del onnicomprensivo diritto al rispetto della propria vita privata e familiare di cui all'art. 8, comma 1, Cedu. Sul punto si rinvia alle recenti riflessioni di L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Tratt. dir. priv. Iudica e Zatti*, Milano, 2021, p. 93. Parimenti influente è l'attività della Corte di Giustizia dell'Unione europea: sul tema, G. DE BAERE, K. GUTMAN, *The impact of the European Union and the European Court of Justice on European family law*, in J.M. SCHERPE (a cura di), *European Family Law*, vol. 1, 2016, p. 5 ss.

oltreoceano¹⁸. Difatti, l'approccio sempre più “*pédocentrique*” si erige sul primato dell'interesse dell'*enfant* che deve orientare tutte le situazioni che lo coinvolgono¹⁹. Emblematico, in tal senso, appare il più recente intervento normativo del 2022 con cui il legislatore francese ha istituito un apparato rinforzato di tutele a vantaggio del minore, concernente, tra i vari, i meccanismi di adozione e di cambiamento del nome²⁰. O, ancora, su scala europea il *welfare of the child* assurge a criterio ispiratore dei principi sanciti dalla *Commission on European Family Law* (CEFL)²¹.

Proprio rispetto alle rilevanti modifiche intervenute in ambito familiare negli ordinamenti di matrice continentale, l'istituto dell'usufrutto legale dei genitori costituisce fecondo laboratorio di ricerca, atteso che, per un verso, si denota per la sua fisionomia resiliente alle metamorfosi normative e più in generale ideologiche succedutesi nel corso degli anni; per altro verso, se calato nel prisma della comparazione giuridica con l'ineluttabile qualità “riflettente” di quest'ultima²², restituisce un'immagine attenuata del segnalato *exceptionalism* del diritto di famiglia, come di qui a breve si vedrà sulla scorta del raffronto con l'affine istituto francese della *jouissance légale*.

2. Nel descritto *background* di riferimento, il tema dell'usufrutto legale dei genitori presenta molteplici profili di interesse, giacché coniuga aspetti patrimonialistici intrinsecamente connessi ai risvolti personalistici sottesi. Eppure, se si ripercorre

¹⁸ La convergenza terminologica è rilevata da A.G. CIANCI, *La “responsabilità genitoriale”*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, Padova, 2022, p. 799. *Ivi* per le note bibliografiche essenziali rispetto alle singole opzioni lessicali.

¹⁹ Emblematica in tal senso la riflessione di A. GOUTTENNOIRE, Y. FAVIER, *Évolutions de la famille et du droit de la famille*, in *Recherches familiales*, 2023, p. 107, per cui “*l'intérêt et les droits de l'enfant sont devenus incontournables*”. Di qui, “*ce prisme a permis une évolution formelle du droit de la famille dont les textes sont marqués du sceau de l'intérêt de l'enfant*”. Ugualmente in dottrina italiana M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, 11, p. 763 ss.

²⁰ Si allude all'*ordonnance* n. 2022-1292 del 5 ottobre 2022, consultabile su <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000046368405>.

²¹ Per una panoramica C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Agreements in European Family Law. The Findings, Theoretical Assessments*, in *Eur. Contr. L. Rev.*, 2022, p. 159 ss.; AA. VV., *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Cambridge, 2007; M. ANTOKOLSKAIA, *The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2003, p. 30 ss.; K. BOELE-WOELKI, D. MARTINY, *The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, in *Era Forum*, 2007, p. 125 ss.; A. PERA, *Searching for a common core of family law in Europe*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2019, p. 17 ss.

²² L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, pp. 95-96.

l'evoluzione del paradigma familiare, si osserva che l'istituto in esame si è contraddistinto per una costante linea di continuità²³.

Segnatamente, la sua fisionomia è rimasta pressochè insensibile alle pur rilevanti modifiche intervenute nel corso del tempo, detenendo un'indubbia centralità, non soltanto per il suo portato storico, ma ancor più per la sua rilevanza pratico-applicativa notevolmente influente sulle dinamiche familiari.

Dunque, non è improprio sostenere che si tratti di un istituto "resiliente", grazie anche all'apporto del formante dottrinale, così da assecondare l'evolversi del rapporto genitori-figli, del quale, in ultima analisi esso è riflesso.

L'usufrutto legale dei genitori, allora, costituisce un *trait d'union* tra i modelli di famiglia susseguitisi nel tempo e forse uno degli esempi maggiormente paradigmatici rispetto al più esteso processo di "costituzionalizzazione" del diritto civile²⁴.

²³ In questi termini V. D'ANTONIO, G. GIANNONE CODIGLIONE, *L'usufrutto legale dei genitori: novità e costanti dell'istituto*, in www.comparazionedirittocivile.it (giugno 2013), p. 1.

²⁴ Sul ricorso alle norme costituzionali come strumento di riconduzione a sistema degli istituti familiari, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. 3, Napoli, 2020, in cui risulta cristallizzata la linea ermeneutica già sancita in ID. (a cura di), *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 1, p. 414, ove si allude ad un diritto civile costituzionale diretta filiazione del superamento della dicotomia diritto privato e diritto pubblico. Secondo E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 5, p. 643, "la condivisione degli studi è resa necessaria dallo stesso assetto delle fonti, dall'imporsi della Costituzione, quale fonte primaria, al civilista così come a ogni studioso del diritto. Al contempo, la presenza nella Costituzione di norme, che espressamente menzionano categorie civilistiche la proprietà e la famiglia - e di disposizioni che implicitamente coinvolgono il contributo ermeneutico del privatista, vincola il diritto costituzionale ad una comparazione imprescindibile con il diritto privato". Specifica però P. RESCIGNO, *Il codice civile italiano: un inventario di un mezzo secolo (1992)*, in ID. (a cura di), *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, p. 56 che "termini come "famiglia" o "contratto", ad esempio, al di là delle aperture della Carta costituzionale, sono da chiarire attraverso il codice civile poiché la Costituzione del '48 (e qualsiasi Costituzione, per quanto voglia porsi in un rapporto dialettico col codice civile) non era in grado di riscrivere nozioni che hanno una tradizione ed una intrinseca positività nei codici civili".

Più in generale, sulla interpretazione promozionale della Costituzione, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 1, pp. 119-120 segnala che essa non rappresenta "sempre e soltanto regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole a nuovi valori". Di qui si giustifica la rilettura dei paradigmi fondanti il diritto civile che pur superficialmente insensibili ai valori costituzionali, risultano secondo M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 848, "innervati da una logica "relazionale" riconducibile, in quanto tale, proprio alla dimensione assiologica della solidarietà costituzionale"; A. ZOPPINI, *Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2022, p. 315 ss. Ancora rispetto alla costituzionalizzazione della famiglia, G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto di famiglia*, Bologna, 2016.

Il processo di costituzionalizzazione del diritto privato, volto a permeare il sistema civilistico *tout court* con i principi cardine della Costituzione, si registra anche nel panorama comparatistico ove si discorre di *Constitutionalization of Private Law*. Si vedano in tal senso H. MICKLITZ (a cura di), *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014; AA. VV., *Costituzione, Europa e diritto privato*.

Il primo tratto saliente dell'istituto, la cui ispirazione ed il cui funzionamento sono di chiara genesi romanistica post-classica²⁵, si rinviene nella correlazione tra l'usufrutto *ex lege* e l'obbligazione genitoriale per le spese nell'interesse del figlio, tale da evocare un'idea di sinallagmaticità, in stregua alla quale il riconoscimento dell'usufrutto sui beni del figlio si poneva, nel disegno originario del codice del '42, come "controprestazione", vale a dire una sorta di sostegno ed un ristoro in favore del genitore per il dovere di mantenimento nascente dall'esercizio della *patria potestas*²⁶.

Al contempo, la correlazione con l'ideologia familiare del tempo si ricavava anche dalla circostanza per cui l'usufrutto legale era espressamente escluso nelle ipotesi di filiazione naturale e destinato a cessare in caso di contrazione di nuovo vincolo matrimoniale da parte del genitore.

Tuttavia, tale apparente limitazione funzionale, nel senso della segnalata connessione tra titolarità ed interesse del minore²⁷, consacrata nell'art. 325 c.c., ha probabilmente assicurato longevità alla figura nel passaggio progressivo da diritto

Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica, Torino, 2018; C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, The Netherlands, 2008.

²⁵ Rilievi in tal senso si scorgono sia nel *Code Civil* francese che nel codice civile italiano del 1865: si pensi alla originaria formulazione dell'art. 324 c.c. che riconosceva il diritto al godimento sui beni del figlio in capo al padre, unico titolare della *patria potestas*. Per una disamina analitica dell'evoluzione storica dell'istituto e della sua correlazione con le ideologie familiari succedutesi nel tempo, F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova, 1943, p. 74 ss.; F.D. BUSNELLI, *La tutela della vita familiare nel nuovo diritto di famiglia*, in *Studi Coviello*, Napoli, 1978, p. 39 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, p. 569 ss.; F. RUSCELLO, *Origini ed evoluzione storica dell'usufrutto legale dei genitori*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1329 ss.

²⁶ In questi termini F. INVREA, *La patria potestà*, in *Foro it.*, 1935, p. 203 ss.; R. TRIOLA, *L'usufrutto legale del genitore*, in *Riv. not.*, 1973, p. 126 ss. Più di recente V. D'ANTONIO, *La potestà dei genitori*, in G. AUTORINO (a cura di), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, II ed., vol. IV, Torino, 2011, p. 491 ss.; A. SPATUZZI, *L'usufrutto legale dei genitori, tra tradizione funzionale e nuove frontiere legislative*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 932 ss.

²⁷ Sulla concezione dell'interesse del minore la letteratura è sterminata. Si vedano, quantomeno, P. STANZIONE, *Capacità e minore d'età nella problematica della persona umana (1975)*, rist., Napoli, 2018, *passim*; F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984 che pone in evidenza la transizione dal paradigma della soggezione a quello della partecipazione del minore; U. SALANITRO, *Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, in *Familia*, 2019, p. 525; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 413; E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore d'età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 34 ss.; M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, *passim*; B. AGOSTINELLI, *Informazione e minori, una rilettura integrata per una tutela uniforme*, in *Jus civ.*, 2022, p. 334 ss.; F. DANONI, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore (per un definitivo rifiuto della sindrome di alienazione parentale)*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 910 ss.

soggettivo ad *officium* di diritto privato²⁸, ponendo altresì un nesso di interrelazione tra essa e la responsabilità genitoriale.

Tale processo si è, difatti, sviluppato e consolidato negli ultimi decenni, a seguito della riforma del 1975 e maggiormente con la riforma dello *status filiationis* di cui alla legge n. 291 del 10 dicembre 2012²⁹.

In particolar modo, l'intervento riformatore del 1975 ha impresso nel suo disegno complessivo modifiche sostanziali sulla disciplina dell'usufrutto legale dei genitori sia per ciò che concerne la formulazione normativa, sia con riguardo all'accentuazione del legame con taluni istituti basilari del diritto di famiglia riformato.

Sonora conferma si rinviene nel dettato dell'art. 324 c.c., nella misura in cui l'usufrutto sui beni del figlio risulta riferito ad entrambi i genitori, onerati di destinare i frutti percepiti al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione del figlio.

Di talché, il perimetro della titolarità dell'usufrutto si estende nei confronti di entrambi i genitori quale inevitabile conseguenza dell'affermazione di parità ed uguaglianza in capo al padre e alla madre, e, pertanto, del tramonto della *patria potestas* di matrice romanistica in favore di una potestà genitoriale "congiunta"³⁰.

Parimenti significativa appare inoltre la formulazione di nuovo conio del secondo comma dell'art. 324 c.c. laddove, nell'"inglobare", modificandola, la disposizione precedentemente collocata all'art. 325 del codice del 1942, prevede che i frutti percepiti vengano destinati al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli,

²⁸ Sul punto, F. MILANI, *Natura giuridica dell'usufrutto legale del genitore*, in *Riv. trim.*, 1949, p. 580 ss.; M. DOGLIOTTI, *Intervento del giudice e diritti del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 1, p. 139 ss.; A.C. PELOSI, *L'"usufrutto legale" come funzione familiare di godimento*, in *Riv. dir. matr. e fam.*, 1965, p. 71; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, 4, Torino, 1982, p. 650 ss.;

²⁹ Si allude, ovviamente, alla riforma realizzata dal legislatore con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, volta a introdurre la nozione di responsabilità genitoriale in luogo di quella di potestà genitoriale e a riorganizzare sul piano sistematico l'impianto normativo che regola la relazione genitori-figli in seno al Titolo IX del Libro I. La letteratura in proposito è vastissima: si vedano, quantomeno, C.M. BIANCA, *Note introduttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 437 ss.; ID., *La legge italiana conosce solo i figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *Nuova Filiazione: la delega al Governo*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 279 ss.; G. CHIAPPETTA, *Lo stato unico di figlio*, Napoli, 2014; U. SALANITRO, *La riforma della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 540 ss.; P. SCHLESINGER, *Il D.lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 443 ss.; G. RECINTO, *Responsabilità genitoriale, rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 895 ss.; M. RIZZUTI, *Che cosa rimane delle potestà familiari?*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità private" di C.M. Bianca*, Roma, 2018, p. 191 ss.

³⁰ Una efficace ricostruzione storico-sistematica sino all'attuale concetto di responsabilità genitoriale è offerta da S. PATTI, *Die Reform des Kindschaftsrecht in Italien*, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2013, p. 451 ss.

senza alcuna distinzione³¹. A ben vedere, soltanto una opzione ermeneutica superficiale può far ritenere che si tratti di una sfumatura lessicale. Piuttosto, la nuova dizione, perfino oltre la *voluntas legis*, sottintende una prospettiva solidaristica³² propria della nuova idea di famiglia, in cui l'attribuzione dell'usufrutto ai genitori risulta orientata all'obiettivo ultimo del mantenimento dell'intero nucleo familiare, ben oltre la ristretta sfera dell'originario rapporto figlio-proprietario genitore-usufruttuario ed a favore della parità tra fratelli-proprietari e fratelli-non proprietari in relazione al vincolo di destinazione dei frutti.

Infine, rispetto alla progressiva evoluzione dell'istituto non può passare inosservata la previsione dell'art. 328 c.c. che elimina ogni riferimento alla "cessazione" del diritto di usufrutto (come prevedeva la precedente formulazione della medesima disposizione), per dare accesso a una rinnovata prospettiva animata dalla permanenza dell'usufrutto legale anche nel caso in cui il genitore passi a nuove nozze, seppur appositamente delimitata con l'espressa menzione di un obbligo di natura squisitamente patrimoniale, quale è l'accantonamento in favore del figlio di quanto risulti eccedente rispetto alle spese connesse al mantenimento.

2.1. Sul piano funzionale, i criteri ispiratori della riforma in materia familiare hanno invero amplificato il collegamento tra usufrutto e potestà genitoriale e le riflessioni di dibattito in seno all'art. 324 c.c. hanno finito per contemplare i due profili, con diverse sensibilità, specie dottrinali.

Invero, da ultimo, sembra consolidarsi la soluzione interpretativa in stregua alla quale l'istituto dell'usufrutto legale si denoterebbe per caratteristiche e finalità del tutto distinte rispetto alla odierna responsabilità genitoriale³³. In particolare, il primo, calato

³¹ Sull'irrelevanza del vincolo matrimoniale rispetto alla definizione del rapporto tra genitori e figli non può che rinviarsi a Corte Cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Fam. dir.*, 1998, p. 205, con nota di V. CARBONE.

³² In dottrina si tende a rimarcare la dimensione solidaristica dell'istituto coniugandolo ora come diritto reale, talvolta come potere dovere. In questi termini G. TAMBURRINO, *La filiazione*, in *Giur. sist. civ. e comm. Bigiavi*, Torino, 1984, p. 388 ss.; A.C. PELOSI, *L'usufrutto legale del genitore*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975.

³³ Rispetto alla modifica lessicale si veda la relazione illustrativa della riforma in cui dopo aver precisato che con il sintagma responsabilità genitoriale si rinvia ad "una situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione che viene a sostituire il tradizionale concetto di potestà", si legge che il cambiamento terminologico "dà risalto alla diversa visione prospettica che nel corso degli anni si è sviluppata ed è ormai da considerare patrimonio condiviso". Sul mutamento di prospettiva in dottrina si vedano, per tutti, E. AL MUREDEN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1266 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità*

nel prisma del regime contributivo, risulta funzionalizzato al soddisfacimento dei bisogni della famiglia intesa nella sua dimensione complessiva, mentre l'interesse sotteso alla responsabilità genitoriale è unicamente quello del figlio³⁴. Eppure, una simile ripartizione non esclude del tutto il legame di strumentalità dell'usufrutto rispetto alla responsabilità genitoriale.

In altri termini, se si abilita la ricostruzione dell'istituto in veste di *officium* riconducibile in via esclusiva ai genitori, esso tende a ricongiungersi al novero di doveri di "cura delle situazioni di natura patrimoniale delle quali il figlio minore è titolare"³⁵, dovendosi al contempo inserire nel quadro più generale di solidarietà, unità e mutua collaborazione, presupposti indefettibili della moderna concezione del legame familiare³⁶.

Gli è che la tendenza interpretativa volta a declinare il rapporto tra le due figure in chiave di *genus – species*, non appare del tutto peregrina, sol che si consideri lo stretto legame di strumentalità tracciato dall'art. 324 c.c.³⁷. Il che, tuttavia, non abilita la piena reciprocità degli istituti in parola, atteso che la posizione di usufruttuario e la titolarità della responsabilità genitoriale possono non coincidere, come testimoniato dalla esclusione dell'usufrutto rispetto a determinati beni ex art. 324, comma 3, c.c.³⁸.

A medesime conclusioni conduce la lettura sistematica della disciplina di cui all'art. 315 c.c., sia per come ridisegnata a seguito dell'intervento riformatore del 1975 sia, in termini ancor più emblematici, alla luce della modifica della stessa disposizione per effetto della legge n. 219 del 2012, che ha ricondotto il dovere di contribuzione del figlio

genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile, in *Nuove leggi civ. comm.*, p. 782 ss.; F. CARIMINI, *Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?*, in R. PANE (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, Napoli, 2014, p. 111 ss.; E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Torino, 2021, p. 45 ss.; L. AMBROSINI, *Dalla "potestà" alla "responsabilità": la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 687 ss.; profondi dubbi rispetto alla variazione terminologica e, quindi, nel senso di preferire "potestà" in luogo di "responsabilità", sono invece avanzati da G. BALLARINI, P. SIRENA, *Il diritto del figlio a crescere in famiglia e di mantenere i rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 538, nonché da G. DE CRISTOFARO, sub art. 316 c.c., in *Comm. c.c. Cian, Oppo, Trabucchi*, Padova, 2014, p. 388 per il quale "non si vede come una responsabilità possa essere... esercitata".

³⁴ Condividono questo rilievo, L. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1297 ss.; A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 384; ID., *L'usufrutto legale" come funzione familiare di godimento*, cit., p. 65;

³⁵ Così F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto legale*, cit., p. 26.

³⁶ Cfr. V. D'ANTONIO, G. GIANNONE CODIGLIONE, *L'usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 9.

³⁷ A. BELVEDERE, *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 11.

³⁸ In questi termini A. SOBBRIO, sub art. 324 c.c., in *Comm. c.c. Gabrielli*, Torino, 2010, p. 324; G. LISELLA, *Nuova disciplina della filiazione e usufrutto legale dei genitori*, in *Vita notarile*, 2017, p. 14, individua l'unidirezionalità del collegamento tra le due figure sulla scorta dell'attuale formulazione dell'art. 334 c.c.

nella più ampia previsione dell'art. 315-bis c.c.

Segnatamente, l'art. 315 c.c. così come novellato a seguito della riforma del 1975 introduceva il dovere di contribuzione del figlio al mantenimento della propria famiglia, complementare al dovere di rispetto già sancito nel codice del 1942. Siffatta novità sostanziale, si poneva a detta di un primo orientamento dottrinale, in aperto contrasto con l'usufrutto legale, restringendone inevitabilmente il perimetro applicativo, se non addirittura riconducendolo nel più generale dovere di contribuzione del figlio al mantenimento della famiglia³⁹.

Eppure, ad uno sguardo più analitico, la chiave di compatibilità tra i due istituti sarebbe ravvisabile nella diversa ricostruzione interpretativa per cui il riformato art. 315 c.c. allude ad un dovere generale in capo al figlio, la cui durata risulta subordinata alla perdita dello *status* di figlio convivente.

Tuttavia, l'indagine in merito ai profili funzionali dell'usufrutto legale non si esaurisce nel mero raffronto con i doveri incombenti in capo al figlio, atteso che le coordinate dell'istituto si pongono al crocevia della responsabilità genitoriale con il suddetto obbligo di contribuzione. Difatti, se da un lato le disposizioni normative sono emanazione di tale obbligo, da un altro concretizzano taluno dei contenuti della responsabilità genitoriale. Ragion per cui appare indubitabile la compatibilità, teorica e pratica, dei due istituti.

Semmai, si può sostenere che l'usufrutto legale palesa ormai inequivocabilmente la specifica doppia dimensione "patrimonial-solidaristica" assurgendo a peculiare strumento di attuazione delle istanze di corretta gestione del patrimonio del minore nella prospettiva di una "solida" comunione e collaborazione economica e morale all'interno del nucleo familiare⁴⁰.

Una simile ricostruzione non soltanto si pone in piena sintonia con la transizione dalla potestà genitoriale alla "responsabilità" genitoriale, bensì nella medesima traiettoria interpretativa, si muovono le modifiche introdotte dal legislatore con la c.d. riforma della filiazione.

In particolare, il significato sistematico della nuova disciplina dell'art. 315-bis c.c.⁴¹,

³⁹ Cfr. S. PATTI, *Diritto al mantenimento e prestazione di lavoro nella riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 1364.

⁴⁰ In questi termini F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto Legale*, cit., p. 30; V. D'ANTONIO, G. GIANNONE CODIGLIONE, *L'usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 6.

⁴¹ Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, p. 331, la norma in esame "ha proclamato lo statuto dei diritti del figlio".

in seno al quale è ricollocata la previa formulazione dell'art. 315 c.c. con la contestuale aggiunta di tre nuovi commi, disvela, in maniera ancor più nitida la prospettata convergenza, nella misura in cui l'espressione "Diritti e doveri del figlio", assurgendo a *lex generalis* della responsabilità genitoriale, ingloba nella relazione tra genitori e figli situazioni giuridiche soggettive sia di natura attiva che di natura passiva⁴².

Pertanto, l'architettura dell'art. 315-bis c.c., con il dovere morale di rispetto e quello patrimonial-solidaristico di contribuzione del figlio connessi al diritto del figlio ad essere mantenuto, istruito e assistito moralmente⁴³, tende a combaciare con la struttura dell'art. 324 c.c., caratterizzata dal bilanciamento tra l'istruzione e l'educazione dei figli e il mantenimento della famiglia⁴⁴.

In termini ancora più chiari e considerato l'istituto in chiave funzionale, la formulazione prescelta dal legislatore consacra il collegamento, per l'appunto funzionale, tra responsabilità genitoriale ed usufrutto legale, con la visione solidaristica della famiglia a fare da sfondo e giustificazione di entrambi⁴⁵.

3. Nel solco del percorso ermeneutico tracciato, può allora agevolmente cogliersi il senso dell'estensione della disciplina dell'usufrutto legale dei genitori al c.d. genitore naturale⁴⁶, consolidatasi con la l. 219/2012.

Esemplificativa rispetto al definitivo superamento degli ostacoli ideologici frapposti alla equiparazione tra genitori legittimi e naturali, appare la vigente versione dell'art. 315

⁴² Il collegamento tra i due istituti, a detta di A. SOBBRIO, *op. cit.*, p. 846, si giustifica alla luce della circostanza per cui essi "rispondono ad un comune principio di natura familiare, ispirato alla logica della contribuzione".

⁴³ Si vedano, tra gli altri, M. MORETTI, *Diritti e doveri del figlio e potestà dei genitori*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI (a cura di), *La riforma della filiazione, Aspetti personali, successori e processuali*, L. 10 dicembre 2012, n. 219, Bologna, 2013, p. 57 ss.; A. BELELLI, *I doveri del figlio*, in *Leggi civ. comm.*, 2013, p. 555.

⁴⁴ Cfr. V. D'ANTONIO, G. GIANNONE CODIGLIONE, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Più in generale sul mutamento di prospettiva in ambito familiare, C. MANZÙ, *La nuova famiglia dalla struttura alla funzione*, in www.comparazionediritto civile, 2015, p. 4 ss. che rimarca come "nella relazione genitoriale è passata in seconda fila la struttura (da intendersi come relazione biologica genitori-figli) ed è emersa, diventando preminente, la funzione, senza alcun riguardo alla genesi della filiazione, ma al solo profilo assorbente della tutela del figlio, in quanto persona". Di qui può ben comprendersi il significato sistematico della Novella rispetto all'istituto dell'usufrutto legale che risente di un ampliamento del perimetro applicativo sino a coinvolgere tutti i genitori esercenti la responsabilità genitoriale: in tal senso, A. SPATUZZI, *L'usufrutto legale dei genitori, tra tradizione funzionale e nuove frontiere legislative*, cit., pp. 945-947.

c.c., in cui risulta cristallizzato lo statuto unitario della filiazione⁴⁷, a maggior ragione confortato dalla legge n. 76 del 2016 (c.d. “legge Cirinnà”)⁴⁸, che ha ormai accreditato la pluralità dei modelli familiari⁴⁹.

Sicché, seguendo questa traiettoria, il dovere di contribuzione al mantenimento della famiglia, per come disegnato dall’art. 315-bis c.c., non soltanto non può conoscere attenuazioni o declinazioni distinte a seconda che la famiglia sia basata o meno sul presupposto matrimoniale, ma avalla altresì la segnalata interpretazione della contribuzione ad opera dei figli in termini di dovere generale in cui confluisce funzionalmente l’usufrutto legale dei genitori⁵⁰.

Così come non pare revocabile in dubbio che analoga sorte interpretativa ricevono il secondo comma dell’art. 324 c.c., che vincola la destinazione dei frutti dei beni del figlio proprietario al mantenimento della famiglia e all’istruzione ed educazione dei figli e l’intera disciplina dell’usufrutto legale, da applicarsi indiscriminatamente a tutti i genitori gravati di responsabilità genitoriale, a prescindere dal tipo di vincolo tra essi instaurato.

In questo contesto ed in tale prospettiva lascia perplessi la permanente discriminazione emergente dall’art. 328 c.c. che attiene sia alla posizione dei figli “nati dal

⁴⁷ Con particolare efficacia C.M. BIANCA, *La riforma della filiazione: alcune note di lume*, in *Giust. Civ.*, 2013, p. 439 ss., ravvisa nell’art. 315 c.c. un principio di ordine pubblico. Ancora per G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus civile*, 2013, p. 135 la condizione giuridica di figlio è tutelata sul piano valoriale a prescindere dal vincolo di diritto o di fatto intercorrente tra i genitori.

⁴⁸ Tra i primi commenti alla riforma legislativa si vedano, quantomeno, M.R. MARELLA, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 231 ss.; M. D’AMICO, *L’approvazione della legge Cirinnà: fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in *Notizie di Politeia*, 2016, pp 38-49; S. PARISI, *Famiglia “di diritto”: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 567 ss.; AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, p. 60 ss.; G. OBERTO, *La famiglia di fatto. Introduzione alla «Riforma Cirinnà»*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 709 ss.; T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 398 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 846; F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *Giust. civ. comm.*, 2016, p. 2 ss.; C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze*, Torino, 2017, *passim*.

⁴⁹ In dottrina si discorre altresì di “pluralismo familiare” (N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 440). Con ulteriori terminologie, ma nella medesima direzione, V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.; P. ZATTI, *Familia, familiae. Declinazione di un’idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 13 ss. Altresì efficace in proposito il parallelismo con il paradigma proprietario ad opera di S. PATTI, *La famiglia: Dall’isola all’arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 513, il quale richiamando l’espressione pugliattiana (“dalla proprietà alle proprietà”), specifica che in ambito familiare il fenomeno è maggiormente articolato, atteso che “nel caso della famiglia forme diverse di comunità di affetti, anche con vincoli di sangue, sono sempre esistite, ma erano state relegate ai margini dell’esperienza giuridica, o perfino escluse dal sistema giuridico e da esso condannata”.

⁵⁰ Cfr. G. LISELLA, *Nuova disciplina della filiazione e usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 8.

matrimonio” che a quella dei figli “nati fuori dal matrimonio”.

In realtà, anche ove il genitore “naturale” contragga matrimonio con altra persona, fondando una famiglia “legittima” nella quale il figlio è inserito, potrebbe trovare applicazione la “restrizione” di cui al citato articolo, che comporta l’obbligo di accantonare in favore del figlio proprietario soltanto quanto risulti eccedente alle spese per il mantenimento, per l’istruzione e l’educazione.

In ogni caso la sopravvivenza della descritta discriminazione, a mente dell’art. 328 c.c., è certamente ascrivibile all’idea del legame tra l’istituto in esame e l’esercizio della responsabilità genitoriale, ma da tempo la dottrina ha manifestato seri dubbi sulla legittimità costituzionale della norma, ad esempio con riferimento all’incidenza della stessa sulla figura del c.d. “terzo genitore”⁵¹ nella disciplina del c.d. affidato condiviso. Ragion per cui a fronte della piena equiparazione tra filiazione legittima e naturale e dinanzi alla consacrazione del polimorfismo familiare, la portata dell’art. 328 c.c. necessita di una rilettura costituzionalmente orientata e di una attualizzazione in chiave evolutiva.

4. Di assoluto fascino teorico, sebbene non senza ricadute pratico-applicative, è il raffronto dell’istituto in parola con la disciplina dell’usufrutto ordinario, atteso che l’art. 325 c.c. riconduce in seno all’usufrutto legale gli obblighi propri dell’usufruttuario.

Sulla scorta del dettato normativo e in una visione sistematica, v’è allora da chiedersi se il prospettato richiamo alluda alla qualificazione dell’usufrutto genitoriale come mera *species* del *genus* usufrutto ordinario⁵², oppure, per converso, a fronte della *littera legis*, sussista una sostanziale distinzione tra le due figure giuridiche⁵³.

Tuttavia, nonostante la potenziale fascinazione teorica⁵⁴, risulta certamente più utile

⁵¹ Sul tema si rimanda a M.G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010; EAD., *Rapporti di filiazione e "terzo genitore: le esperienze francese e italiana*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 201 ss.

⁵² Così, C. GRASSETTI, *Della patria potestà*, in *Comm. D'Amelio*, Firenze, 1940, p. 630 s.; G. DE CRISTOFARO, *L'usufrutto legale*, in *Tratt. fam. Zatti*, II, Milano, 2002, p. 1456 ss.

⁵³ Si vedano M. CAVANNA, *Incapaci e impresa. Un tema classico, con diverse questioni irrisolte. L'impresa individuale dell'incapace*, in *Giur. it.*, 2021, p. 732 ss.; G. LISELLA, *Usufrutto legale e contribuzione filiale al mantenimento della famiglia*, Napoli, 2003, p. 61 s.; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto legale*, cit., p. 154 ss.

⁵⁴ Ben sintetizzata da D. POLETTI, *Decadenza o metamorfosi dell'usufrutto? Spunti per una riflessione*, in *Le Società*, 2016, p. 931 la quale rimarca la “capacità dell’usufrutto di attraversare tutti i libri del codice”.

prendere atto, in un'ottica funzionale, delle divergenze⁵⁵ sussistenti tra le due fattispecie, diretta filiazione del peculiare ambito in cui l'usufrutto legale opera e della relazione innanzi sottolineata con la responsabilità genitoriale.

In realtà il richiamo della norma in oggetto alla disciplina dell'usufrutto ordinario va interpretato in senso restrittivo, ritenendo estensibili soltanto talune disposizioni dell'usufrutto ordinario purché compatibili con la natura dell'istituto familiare.

È appena il caso di sottolineare la diversità in tema di fonte dell'usufrutto, che, quanto a quello genitoriale, si rinviene esclusivamente nella legge senza che ne sia possibile una costituzione volontaria e, più in particolare, nei due presupposti configurativi della responsabilità genitoriale e della condizione di figlio-proprietario, vale a dire l'appartenenza dei beni al figlio.

Invero, sebbene di non poco conto, siffatto elemento discretivo non resta il solo, atteso che, se si trasla il focus sul perimetro di azione riconosciuto ai genitori, l'usufrutto legale non conferisce a questi ultimi il diritto di “trarre dalla cosa ogni utilità che questa può dare” di cui all'art. 981, comma 2, c.c.⁵⁶.

Ancora, sul piano rimediabile, l'eventuale abuso dei genitori usufruttuari in termini di cattiva amministrazione del patrimonio del minore, risulta sanzionabile con la privazione del diritto in conformità all'art. 334 c.c.⁵⁷.

Al contempo, la tendenza ad interpretare l'usufrutto genitoriale in qualità di diritto di natura familiare piuttosto che di diritto soggettivo in senso stretto⁵⁸, costituisce la *ratio* giustificativa della assoluta indisponibilità e delle sue correlate declinazioni dettate dall'art. 326 c.c.⁵⁹.

In tal senso, l'indisponibilità si traduce, quale regola generale, nella impossibilità alienare, di costituire in pegno, di ipotecare o di rivalersi in via esecutiva sull'usufrutto dei genitori, potendo i beni divenire oggetto soltanto di pegno ed ipoteca, nella misura in cui la relativa costituzione sia ricondotta agli atti di disposizione espressione del potere di amministrazione dei beni del figlio a mente dell'art. 320 c.c.: in questo caso, tuttavia,

⁵⁵ La medesima traiettoria ermeneutica è percorsa da A. SPATUZZI, *L'usufrutto legale dei genitori, tra tradizione funzionale e nuove frontiere legislative*, cit., p. 937.

⁵⁶ A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2015, p. 492.

⁵⁷ Cfr. Cass. civ., 14 giugno 2017, n. 14803, in *Giur. it.*, 2018, p. 1598 ss. con nota di F. TINTI, *Abusi dell'usufruttuario e rimedi*.

⁵⁸ A. SOBBRIO, *op. cit.*, p. 851.

⁵⁹ Sulla scorta delle medesime caratteristiche A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *op. cit.*, p. 492 optano per la qualificazione dell'istituto in termini di diritto fiduciario.

resta fermo il presidio della verifica che tali atti risultino strumentali alla realizzazione degli interessi del figlio, poiché necessari e di evidente utilità. Ed in effetti, a ben riflettere, come è stato fatto notare, tali vincoli riguarderebbero la proprietà del bene e non l'usufrutto o la nuda proprietà⁶⁰.

Ci si interroga inoltre sull'ammissibilità degli atti di disposizione sui frutti, e la risposta può essere in senso affermativo, sebbene ristretti ad un ambito limitato, alla luce del peculiare obiettivo cui risulta funzionalizzato l'istituto.

Sempre dal primo e dal secondo comma dell'art. 326 c.c. sono ricavabili, infine, l'inespropriabilità dell'usufrutto legale e, ancora, la parziale inespropriabilità dei frutti dei beni del figlio.

Quanto alla prima, l'inespropriabilità attiene al solo usufrutto legale e non ai singoli beni di proprietà del figlio: l'esecuzione sui beni, pertanto sarebbe ammessa solo in favore dei creditori del figlio e per i debiti contratti dai genitori quali suoi legali rappresentanti⁶¹.

Viceversa, per ciò che concerne l'inespropriabilità dei frutti, il secondo comma dell'art. 326 c.c. impedisce l'esecuzione ad opera dei creditori dei genitori o di quello di essi che ne è titolare esclusivo, in riferimento a debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

In sostanza la sola posizione soggettiva legittimata a rivalersi sui frutti sarebbe quella del creditore dei genitori, seppur limitatamente ai debiti insorti per la gestione del nucleo familiare.

Di là dai riferimenti normativi, il *discrimen* tra le due figure può ricavarsi da ulteriori osservazioni analitiche che promanano dalla lettura appena proposta.

Se si prende in esame l'ipotesi di alienazione dei beni del figlio, l'usufrutto dei genitori diviene vincolato all'esclusivo ricavato dell'alienazione, a conferma dell'inscindibilità dell'usufrutto dalla proprietà dei beni. Inoltre, nonostante ai genitori sia riconosciuta la qualifica di amministratori, essi non hanno diritto all'indennità per i miglioramenti della cosa, aspetto caratterizzante l'usufrutto ordinario alla luce degli artt. 985 - 986 c.c.⁶².

Dalla disciplina dell'usufrutto ordinario è invece mutuabile l'ipotesi di estinzione

⁶⁰ F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto Legale*, cit., p.198.

⁶¹ A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 2169.

⁶² Cfr., per ulteriori differenziazioni, V. D'ANTONIO, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 12.

per totale perimento della cosa ex art. 1014 c.c., mentre sembrano incompatibili l'estinzione per prescrizione, confusione, non uso, rinuncia totale o parziale.

Si discute sull'applicabilità dell'obbligo di rendere il conto della propria gestione, anche se pare convincente l'opzione ermeneutica volta a rilevare che il rendiconto è il solo rimedio di cui dispone il genitore in caso di censure sulla sua corretta amministrazione.

Non mancano, invero, vari profili di analogia tra le figure in esame; il genitore, nel godere della cosa, deve attenersi ai parametri richiamati dall'art. 1001, comma 2, c.c., adottando la diligenza del buon padre di famiglia. Tuttavia, coglie nel segno chi rileva che, per un'ironia della sorte, l'esonero da responsabilità del genitore per *mala gestio* non può conseguirsi in base ad un parametro "medio" alla luce delle finalità sottese all'istituto⁶³.

In definitiva, le "ragioni" dell'usufrutto legale, così strettamente intricate con l'istituto familiare inducono a sostenere che il tentativo di ricostruzione sistematica, si è detto in chiave di *genus-species*, non è destinato al successo e che le affinità tra le due figure esaminate non va molto oltre l'assonanza terminologica.

5. Di estremo interesse, quanto alla morfologia dell'istituto in esame, ma con lo sguardo sempre rivolto ai profili funzionali, è il perimetro applicativo dell'usufrutto legale.

In tal senso, appare significativo il disposto dell'art. 324 c.c. che, similmente a quanto accade nella prospettiva ordinamentale francese, provvede a definire le ipotesi di esclusione dell'usufrutto. In prima battuta esulano dalla cornice operativa dell'istituto i beni che il figlio abbia acquistato con i proventi del proprio lavoro, sul presupposto della valorizzazione dell'attività svolta dal figlio minore rispetto all'esercizio di una professione. Alla medesima *ratio* giustificativa di tutela del figlio lavoratore, si ricollega la successiva fattispecie che esclude dall'usufrutto i beni lasciati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione. Tuttavia, rispetto a questa seconda ipotesi, si pone agli occhi dell'interprete il quesito centrale relativo alla sorte dei beni allorquando sia venuto meno lo scopo cui gli stessi risultano destinati. Ebbene, a fronte dell'opzione ermeneutica volta ad ammetterne l'inclusione nel perimetro dell'usufrutto legale⁶⁴, l'inversa soluzione

⁶³ Il condivisibile rilievo è sollevato da F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto Legale*, cit., p. 174 e ivi per ampia bibliografia a sostegno.

⁶⁴ A. CICU, *La filiazione*, cit. p. 400 s.

interpretativa tende ad ampliare la portata del dettato normativo anche alla fase di esercizio dell'attività professionale e non soltanto a quella iniziale⁶⁵.

Ancor più interessanti, anche per ciò che concerne la successiva comparazione con la *jouissance légale* francese, risultano le lettere c) e d) della disposizione in esame.

Segnatamente, la prima coordinata normativa, esclude l'operatività dell'usufrutto rispetto ai "beni lasciati o donati con la condizione che i genitori esercenti la potestà o uno di essi non ne abbiano l'usufrutto".

Come *funditus* si vedrà, un simile scenario realizza una peculiare deroga all'impianto di responsabilità genitoriale, nell'ottica di agevolare gli atti di liberalità in favore del minore: viene in sostanza ad amplificarsi l'autonomia privata nell'alveo delle dinamiche familiari, seppur ascrivibile alla necessità di tutelare la posizione del minore⁶⁶.

Infine maggiori perplessità desta l'ipotesi dell'esclusione dei "beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione e accettati nell'interesse del figlio contro la volontà dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale", ancor più se si considera la ricostruzione in chiave "patrimonial-solidaristica" dell'istituto. Taluno vi scorge un carattere sanzionatorio nei confronti del genitore che abbia rifiutato il lascito⁶⁷, per altri costituirebbe una forma di "rinunzia" tacita dell'usufrutto legale⁶⁸, invero, scarsamente compatibile con la natura di *officium* dell'istituto. Probabilmente è da condividere l'opinione che scorge il fondamento della disposizione esclusivamente in una "mera ragione di opportunità"⁶⁹, pur non mancando perplessità perfino di legittimità costituzionale, quantomeno per il profilo di ragionevolezza della norma.

6. L'originaria influenza del *Code civil* sulla delimitazione dell'istituto nel Codice civile del 1865, già di per sé giustificherebbe il raffronto comparativo tra le due esperienze giuridiche. Nondimeno, si rinvengono molteplici ragioni che inducono all'approfondimento dell'omologa figura francese della *jouissance légale*, soprattutto per verificare se le traiettorie strutturali ed in particolar modo funzionali della figura coincidano in entrambi gli ordinamenti; e ancora se il modello italiano possa ormai dirsi "affrancato" dalla fonte ispiratrice iniziale.

Tuttavia, è bene inquadrare anzitutto la fisionomia dell'istituto nel contesto

⁶⁵ Di questa opinione GIUS. M. RICCIO, *L'usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 626.

⁶⁶ Cfr. V. D'ANTONIO, G. GIANNONE CODIGLIONE, *L'usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 16

⁶⁷ A. CICU, *La filiazione*, cit. p. 402.

⁶⁸ F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, Torino, 1922, p. 703.

⁶⁹ A.C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 362.

francese, assumendo quale punto di partenza dell'indagine comparativa i lineamenti evolutivi dell'*autorité parentale*, di cui l'*administration légale* e la *jouissance* rappresentano le declinazioni di maggior rilievo, in *primis* sotto il profilo patrimoniale.

Orbene, proprio con riguardo al sintagma *autorité parentale*, appare ancor più stimolante il confronto con l'impostazione e l'evoluzione del concetto di responsabilità genitoriale nell'ordinamento italiano, secondo le coordinate in precedenza tracciate.

Difatti, l'*autorité parentale* allude al binomio indissociabile di *droits* e *devoirs* che la legge attribuisce congiuntamente ai genitori sui beni del figlio minore o non emancipato, al fine di adempiere ai propri doveri di cura, educazione e mantenimento dell'*enfant*.

È viepiù significativo che nella sfera giuridica francese, la distinzione lessicale tra *puissance*, *autorité* e *responsabilité* abbia scandito l'itinerario evolutivo del *droit de famille*⁷⁰: similmente alla traiettoria percorsa nell'ordinamento italiano, la legge francese del 4 giugno del 1970, ha rimpiazzato l'originaria formulazione della *puissance paternelle* tipizzante il codice napoleonico, con la definizione di *autorité parentale*⁷¹. Ed è facile immaginare che il ricorso a tale neologismo abbia comportato un duplice cambio di prospettiva: per un verso, il lemma *autorité* evoca l'idea di una funzione esercitata nell'interesse altrui, diversamente dal termine *puissance* che allude ad un potere illimitato, senza particolari vincoli al suo esercizio.

Per altro verso, la specificazione dell'aggettivo *parentale*, ha sancito il definitivo commiato alla lunga tradizione della antica *patria potestas* romana, per approdare al riconoscimento della *coparentalité* (cristallizzatasi in seguito con maggior enfasi nella legge francese del 2002⁷²), per essa inteso il principio di responsabilità genitoriale attribuita ad entrambi i coniugi che, di norma, la esercitano congiuntamente⁷³. Siffatto principio, che

⁷⁰ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, 2023, p. 789.

⁷¹ Su cui F. BOULANGER, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant*, Paris, 2008; già R. LEGEAIS, *L'autorité parentale. Etude de la loi n. 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ent complètent*, Paris, 1973.

⁷² Sulla portata di tale riforma H. FULCHIRON, *L'autorité parentale rénovée*, in *Defrénois*, 2002, p. 959 ss.; F. BOULANGER, *Modernisation ou utopie? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1571 ss.; A. GOUTTENOIRE, *La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, in *AJ Famille*, 2002, p. 124 ss.; J. ROCHFELD, *Droits-fonctions versus droit subjectifs: quale modèle pour la famille?*, in *RTD civ.*, 2002, p. 377 ss.

⁷³ Per una definizione di tale neologismo si rinvia a G. CORNU, voce *Coparentalité*, in *Vocabulaire juridique*, Paris, IV ed., 2022, ove si allude a "le nom donné à l'organisation idéale de l'autorité parentale fondée sur le respect en chacun de ses parents, de sa vocation parentale et la faveur de leur collaboration, que se réalise plus ou moins parfaitement selon le cas, pour l'exercice conjoint de l'autorité parentale chaque fois que soi possible (en mariage) ou hors de mariage et ainsi, si possible, en l'absence de vie commune ou ainsi dans l'exercice unilatéral (par visite, hébergement, consultation, concertation)"; F. VAUVILLÉ, *Du principe de coparentalité*, in *Petite affiches*, 2002, p. 4 ss. In giurisprudenza d'oltralpe emblematica App. Paris, 18 giugno 2015, n. 15/00864, in *Dr. Famille*, 2015,

in realtà assume una portata universale essendo pacificamente estensibile ad ogni *genus* di famiglia, ha così allineato il *droit de famille* francese alle esperienze giuridiche continentali, agli ideali sottesi alla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e alle prescrizioni normative europee in materia.

All'indomani della riforma del 1970 il concetto di *autorité* parentale ha poi subito una profonda evoluzione non tanto rispetto alla scelta terminologica, rimasta tale, quanto piuttosto nei suoi lineamenti funzionali.

Difatti, la posizione del legislatore francese, una volta sancito il tramonto della *paternalité* per dare accesso alla *autorité*, è rimasta insensibile alle successive indicazioni che il Consiglio d'Europa e gli organi unionali hanno tracciato rispetto alla necessità di un'ulteriore transizione terminologica dal concetto di potestà al sintagma di *responsabilité parentale*⁷⁴. Così, in occasione dei lavori preparatori del 4 marzo 2002, il legislatore francese non esitò a rilevare che una simile scelta lessicale avrebbe posto enfasi esclusivamente sul novero degli obblighi gravanti sui genitori, obliterando in tal modo il carattere dinamico e complesso dell'attività genitoriale in cui si intersecano inevitabilmente diritti, poteri e doveri. Eppure, nonostante la soluzione terminologica, l'intervento riformatore del 2002, lo si accennava, si pone in linea di continuità con le modifiche di maggior rilievo varate sino a tal momento, nella misura in cui di là da ogni distinzione dell'unione tra i genitori sul piano della struttura giuridica, la *coparentalité* affiora in qualità di regola generale dell'organizzazione verticale dei rapporti familiari⁷⁵.

Nel solco della progressiva trasformazione dell'istituto familiare, con i suoi inevitabili risvolti sulla disciplina della *jouissance*, è più di recente paradigmatica l'*ordonnance* n. 2015-1288 del 15 ottobre 2015 che ha profondamente revisionato il tessuto della *administration légale*, il cui referente normativo è individuato nell' art. 382 del

con nota di J.R. BINET: “*Le partage de l'autorité parentale entre les parents n'est pas un concept déconnecté de toute réalité, imaginé pour satisfaire les revendication égalitaires des adultes, mais la traduction juridique de l'intérêt pour les enfants d'être élevé par leurs deux parents*”.

⁷⁴ A tal proposito, A. BÉNABENT, *Droit civil. Droit de la famille*, Paris, 2010, p. 434, specifica che “*si la tâche éducative des parents est pour eux une charge et une responsabilité, il est nécessaire pour leur permettre de l'assurer de mettre entre leurs mains une autorité*”. Ancor più emblematici il rapporto della Commissione presieduta da Irène Théry nel 1988 che sottolinea come “*parents n'ont pas que des responsabilités, mais aussi un devoir d'exigence à l'égard des enfants permettant leur socialisation. Dévaloriser ce devoir serait affaiblir la signification du lien de filiation*” e il rapporto della Commissione presieduta da Françoise Dekeuwer-Défossez del 1999 in cui si legge: “*pour responsabiliser les père et mère, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité : il convient aussi d'insister sur les pouvoirs qui leur appartiennent pour mener à bien leur mission: il y a responsabilité parce qu'il y a autorité*”.

⁷⁵ Lo rileva M.G. STANZIONE, *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*, cit., p. 110.

Code civil, a mente del quale non soltanto “*l’administration légale appartient aux parents*”, ma ancor più “*si l’autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, chacun d’entre eux est administrateur légal*”.

In particolar modo, in ordine al perimetro di azione dei *parents*, l’intervento legislativo appare certamente orientato ad ampliarne i confini laddove, per converso, restringe il margine di controllo dell’autorità giudiziaria rispetto alla gestione che i genitori abbiano sui beni del minore⁷⁶.

La *ratio* di semplificazione legislativa si è in tal senso concretizzata nell’abolizione oltre che del regime di *administration légale sous contrôle judiciaire*, altresì del regime di *administration légale pure et simple* in favore di un regime unico, permeabile al controllo del giudice soltanto nelle situazioni considerate a maggior rischio⁷⁷. E se si opera il raffronto con la disciplina previgente alla emanazione dell’*ordonnance* del 2015, le conseguenze sono tutt’altro che irrilevanti e ben visibili nel nuovo sistema di *administration légale* delineato agli artt. 382-387-6 del *Code civil*. Difatti, la natura “*pure et simple*” prima della novella legislativa era riconosciuta al regime di *administration* in cui entrambi i genitori esercitavano congiuntamente l’*autorité parentale*. Ne derivava che in caso di morte di uno dei genitori e più in generale in caso di esercizio unilaterale della *autorité*, subentrava *ipso iure* il controllo giudiziario.

Viceversa, dal novato art. 382 del *Code civil* emerge *ictu oculi* il significato sistematico della riforma, laddove il riconoscimento di un modello unico di *administration* rende superflua la necessaria coesistenza dell’*autorité parentale* in capo ad entrambi i genitori. Di talché, se quest’ultima è esercitata soltanto da uno dei *parents*, (ipotesi che viene a concretarsi allorquando sia deceduto uno dei genitori o in caso di privazione della *autorité parentale* nei confronti di uno dei *parents*) anche l’*administration légale* sarà ad egli attribuita in via esclusiva, con il definitivo venir meno del controllo ad opera dei giudici, il cui ruolo risulta relegato a quello di “*juge du danger patrimonial*”⁷⁸. Ed è parimenti significativo che, nella medesima direzione, per assicurare la certezza giuridica delle operazioni compiute nei confronti dei terzi, l’art. 382-1 stabilisce la presunzione secondo

⁷⁶ D’altronde nella relazione introduttiva alla riforma, in merito agli obiettivi cui la stessa risulta ispirata, si legge testualmente: “*mettre fin à un système stigmatisant pour les familles monoparentales qui (...) devaient être soumises systématiquement au contrôle du juge*”, al fine di “*une égalité de traitement (...) en réservant en principe le contrôle du juge aux seuls actes qui pourraient affecter de manière grave le patrimoine du mineur*”.

⁷⁷ Concorda M. MONTEIL, *Les orphelins mineurs confrontés à la monoparentalité et le droit*, in *Recherches familiales*, 2020, p. 30, che discorre di “*modernisation*” operata dall’*ordonnance* in vista di assicurare “*plus de liberté et de confiance à l’administrateur légal unique*”.

⁷⁸ Efficacemente H. LANSIAUX-MORNET, *Du juge du danger patrimonial*, in *Aj Famille*, 2016, p. 364.

cui si ritiene che ciascuno dei genitori abbia ricevuto dall'altro il potere di compiere in autonomia gli atti di amministrazione concernenti i beni dei figli.

Ricostruita in questi termini, l'attuale fisionomia della *autorité parentale* si riconnette ad ogni modo sul piano funzionale ad almeno quattro prospettive.

In primo luogo, la formulazione dell'articolo 371-1, comma 2 del *Code civil*, intende rimarcare la vocazione primaria dei *parents* ad assicurare la tutela e l'educazione del figlio. Ad essa si associa la c.d. *vocation égalitaire*, diretta filiazione degli interventi legislativi succedutisi nel corso degli anni con cui si è progressivamente approdati, al pari dell'esperienza italiana, al riconoscimento della piena uguaglianza dei *parents*; la *vocation exclusive*, in guisa alla quale la *autorité parentale* spetta in via esclusiva ai genitori e la *vocation temporaire* che allude alla interconnessione tra *autorité* e *status* di incapacità del minore, tale che la prima dispiega la sua portata applicativa sino al momento in cui il figlio raggiunge la maggiore età o l'emancipazione⁷⁹.

7. In siffatto *background* normativo, la *jouissance légale* costituisce una specificazione del regime di amministrazione legale, consentendo ai genitori di gestire e soprattutto di beneficiare dei *biens* facenti parte del patrimonio del minore, altresì nell'ottica di adempiere ai doveri di educazione e mantenimento nei suoi confronti nel prisma più generale di *solidarité familiale*⁸⁰.

Nell'ordinamento giuridico transalpino la norma cardine dell'art. 386 del *Code civil* risulta rubricata con il sintagma della *jouissance légale*. La disposizione in esame al primo comma, definisce l'alveo dei soggetti cui compete l'usufrutto sui beni del figlio, specificando un nesso di stretta interrelazione proprio tra la *jouissance légale* e l'*administration légale*, tale che la prima "*appartient solt aux parents en commun, soit à celui d'entre eux qui a la charge de l'administration*". Di qui, la *ratio* giustificativa dell'istituto in parola si rinviene in una duplice argomentazione. Da un lato, si tende a riconoscere ai genitori una sorta di *compensation*, come *salaire* per gli sforzi legati al mantenimento e all'educazione del minore; sul versante strettamente pratico, invece, l'attribuzione della *jouissance légale* impedisce ai genitori di essere destinatari dei redditi provenienti dal patrimonio del minore quando il figlio raggiunge la maggiore età.

Al contempo, la *jouissance légale* disvela anche nella prospettiva francese

⁷⁹ In questi termini, P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, cit., pp. 802-803.

⁸⁰ H. FULCHIRON, *Les Solidarités entre générations*, Bruxelles, 2013.

l'interferenza con i paradigmi fondanti il *droit de propriété*⁸¹, sol che si consideri la stretta assonanza letterale con il *droit réel de jouissance spéciale*⁸². A ben vedere, quest'ultimo è dai più interpretato come il *couteau suisse*⁸³ dei diritti reali, atteso che consente di dar forma ad un diritto "su misura" i cui lineamenti applicativi sono stati progressivamente affinati dall'*ars interpretandi* del formante giurisprudenziale⁸⁴. Centrale, in tal senso, appare la pronuncia del 2012 con cui la Terza Sezione della Cassazione francese⁸⁵ ha riconosciuto, in deroga al rigido paradigma del *numerus clausus*⁸⁶, la possibilità di costituire diritti reali *sui generis* caratterizzati dal godimento limitato nel tempo e ristretto ad una o più tipologie di utilizzo, alimentando la tensione tra la difesa della proprietà intesa in senso tradizionale⁸⁷ e la libertà contrattuale nella creazione di nuovi *droits*. Posizione, quest'ultima, che è stata ribadita dalla *Cour de Cassation* in diverse occasioni, facendo ricorso all'espressione "*droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien*"⁸⁸, seppur realizzabili nel pieno rispetto delle regole di ordine pubblico.

Di là dalle singole fattispecie con cui la giurisprudenza francese si è confrontata nel corso dell'ultimo decennio, assume tanto più valore ai fini della indagine ermeneutica qui proposta la adattabilità di simili diritti rispetto alla gestione del patrimonio del minore. E se si analizza la temporaneità della gestione del patrimonio del minore che connota la

⁸¹ Più in generale sulle potenzialità applicative della *jouissance* nella architettura familiare, già P.D. SAINT-HILAIRE, *Usufruit et famille: incidences successorales*, in *Petite affiches*, 1999, p. 89 ss.

⁸² Si vedano sul punto, più di recente, le interessanti riflessioni di J.F. BARBIÈRI, *Un «droit de jouissance spéciale» réduit au droit d'usage: à la recherche du temps perdu?*, in *Petites affiches*, 2021, 4, p. 53 ss.; Cass., III Ch. civ., 6 avril 2023, n. 21-19851, in *Recueil dalloz*, 2023, p. 1300 ss. con nota di J.F. BARBIÈRI, *Affaire Maison de la poésie: confortement du «droit réel de jouissance spéciale»?*

⁸³ Cfr. J. LAURENT, *Le droit réel de jouissance spéciale ne peut sauver une servitude irrégulière*, in *Defreonois*, 2019, p. 20.

⁸⁴ Si veda in tal senso R. POUX, *Les droits réels de jouissance spéciale peuvent-ils être un outil au service d'une communauté? Réflexions à partir du droit français*, in *RDUS*, 2020, pp. 198-199, il quale restringendo il focus sulla formulazione dell'art. 543 del *Code civil* (a mente del quale "*on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre*"), sostiene che "*du point de vue grammatical, l'emploi du «ou» indique une disjonction inclusive, c'est à dire quel es éléments mis en conjonction peuvent cohabiter comme être dépassés*". Ne deriva che i diritti citati nel dato normativo rappresentano soltanto taluni esempi di possibili diritti reali e non gli unici diritti reali ammessi.

⁸⁵ Cass., III Ch. civ., 31 octobre 2012, n. 11-16304, in *RTD civ.*, 2013, p. 141 ss., con nota di W. DROSS.

⁸⁶ Sul dibattito sorto a seguito di tale pronuncia, *ex multis*, J.F. BARBIÈRI, *Tribulations prétorienne et doctrinales du «droit de jouissance spéciale»*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tomasin*, Paris, 2022 p. 199 ss.

⁸⁷ Tra i primi sostenitori di questa posizione si veda N.M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes) suivant le droit naturel, le droit roman et le droit français*, Paris, 1858, pp. 9-10; L. AULAGNON, *La pérennité de la propriété*, in *Rev. Crit. législ. et jur.*, 1934, p. 284; P. PINLON, *Essai sur la notion de perpétuité en droit civil*, Poitiers, 1952.

⁸⁸ Si allude a Cass., III Ch. civ., 28 janvier 2015, in *Bull. Civ.*, III.

jouissance légale, la analogia prospettata trova ulteriore fondamento sistematico.

Il ricorso al *droit de jouissance spéciale* a tal proposito, se per un verso costituisce una deroga alla logica primaria di affidare la funzione di gestione dei beni del minore ai *parents*, per l'altro può rappresentare un inedito strumento per rafforzare la tutela in favore dei figli, con particolare riguardo alle situazioni in cui i genitori non siano in grado di amministrare correttamente i *biens*, a quelle in cui siano richieste particolari competenze di gestione o, ancora, nelle ipotesi in cui vi sia disaccordo tra i genitori.

La coordinata della gestione patrimoniale nell'interesse del minore figura in sostanza quale denominatore comune sia alla *jouissance légale* così come tradizionalmente intesa, sia alle più recenti fattispecie dirette ad "isolare" la posizione di uno dei coniugi attraverso, ad esempio, una donazione eseguita con riserva di un *droit réel de jouissance spéciale*⁸⁹.

7.1. Invero, per quanto concerne la puntuazione dell'oggetto della *jouissance* e sulla falsariga di quanto osservato rispetto alla impostazione ordinamentale italiana, l'art. 386-4 del *Code civil*, in ossequio al principio di *totalité du patrimoine*, non cristallizza *apertis verbis* il contenuto del godimento, bensì ne definisce il perimetro di riferimento mediante l'individuazione dei beni che non vi rientrano⁹⁰. Di qui, la lettura del dettato normativo consente di estendere la *jouissance* su tutti i *biens*, ad eccezione di quelli che il figlio abbia ottenuto con l'esercizio della propria attività lavorativa (*que l'enfant peut acquérir par son travail*), allorché sia ammessa l'assunzione lavorativa del minore prima dei sedici anni, o di taluni beni oggetto di donazione o di eredità in favore del figlio, con l'espressa esclusione della *jouissance* in favore dei genitori (*qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les parents n'en jouiront pas*) e infine dei *biens* che il figlio abbia ottenuto a titolo risarcitorio per eventuali danni subiti (*qu'il reçoit au titre de l'indemnisation d'un préjudice extrapatrimonial dont il a été victime*).

Ebbene, con riguardo al secondo regime di esclusione, la riflessione diviene ancor più stimolante non soltanto per la tangibile tensione che si innesca tra meccanismi derogatori e rigidità dell'impianto familiare, ma ancor più per la intima connessione che si instaura tra *jouissance* e *administration légale*. In particolare, il dato codicistico allude

⁸⁹ Per un ampio approfondimento, N. KILGUS, *Le droit réel de jouissance spéciale au service de la gestion du patrimoine du mineur*, in *La semaine juridique. Notariale et immobilière*, 2020, p. 1106 ss.

⁹⁰ D. BOULANGER, *L'efficacité totale des clauses d'exclusion de la jouissance ou de l'administration légale*, in *JCP*, 1994, p. 363.

implicitamente ai casi tutt'altro che infrequenti e sovente oggetto di pronunce della Cassazione francese, in cui il genitore prossimo al decesso intenda svincolare l'eredità destinata al figlio minorenni dall'amministrazione e dal godimento del genitore superstite, dal quale può essere legalmente separato o, più in generale, sul quale non vi ripone fiducia⁹¹. Al contempo, la medesima causa di esclusione risponde in una logica affine all'esigenza per cui la famiglia del genitore premorto possa voler privare il genitore sopravvissuto, con il quale è in disaccordo, della *gestion* e della *jouissance* sui beni donati o lasciati in eredità al minore⁹².

Sul piano sistematico, tuttavia, l'ammissibilità di una simile clausola suggerisce una duplice chiave interpretativa.

In primo luogo, lo si accennava, se si restringe il focus sull'art. 386-1 del *Code civil*, emerge la chiara interconnessione esistente tra l'*administration* e la *jouissance*, in un approccio "*deux enun*" ribadito a più riprese dal formante giurisprudenziale⁹³. Di talché, la stessa Prima Sezione della *Cour de Cassation* non ha esitato a rilevare che la clausola di esclusione dell'*administration légale*⁹⁴, comporta il venir meno altresì della *jouissance*⁹⁵. Di conseguenza, la clausola di cui all'art. 386-4, comma 2 del *Code civil* assume autonoma rilevanza, nella misura in cui l'obiettivo del genitore donante o testatore sia quello di privare l'altro genitore esclusivamente della *jouissance légale*⁹⁶.

Sicché ad ulteriore conferma della correlazione tra i due istituti, la lettura dell'art. 386 non può che avvenire in combinato disposto con la disposizione ex art. 384

⁹¹ Esemplificative in tal senso Cass., I Ch. civ., 11 février 2015, n. 12-27586 e Cass., I Ch. civ., 10 juin 2015, n. 14-20146, in *Petite affiches*, 2017, p. 21 ss., con nota di A. CHAMOULAUD-TRAPIERS. La prima pronuncia stabilisce che la clausola con cui il padre dichiara di essere contrario a che la sua ex moglie amministri e gestisca i beni destinati in eredità al figlio in caso di morte, attribuendo l'*administration* alla sorella, realizza un "*legs*". Nella medesima prospettiva, la seconda decisione individua un "*legs*" con esclusione della *jouissance légale* nella disposizione testamentaria con cui si è inteso istituire la moglie del defunto come legataria universale, specificando che su "*tout le reste de biens et œuvres*" la madre del minore non avrebbe "*ni l'administration légale ni la jouissance légale*".

⁹² In questi termini M. MONTEIL, *op. cit.*, p. 29.

⁹³ In dottrina, L. MAUGER-VIELPEAU, *La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale*, in *Petite affiches*, 2017, p. 19 ss.; A. BATTEUR, T. DOUVILLE, *Présentation critique de la réforme de l'administration légale. Ordonnance du 15 octobre 2015*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2330 ss.; I. MARIA, G. RAOUL-CORMEIL, *La nouvelle administration légale: 1+1=1?*, in *Droit de la famille*, 2016, dossier 4.

⁹⁴ Chiara la dicitura dell'art. 384, così come riformata con l'*ordonnance* del 2015, ove espressamente si prevede: "*Ne sont pas soumis à l'administration légale les biens donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils soient administrés par untiers. Le tiers administrateur a les pouvoirs qui lui sont conférés par la donation, le testament ou, à défaut, ceux d'un administrateur légal. Lors quele tiers administrateur refuse cette fonction ouse trouve dans une des situations prévues aux articles 395 et 396, le juge des tutelles désigne un administrateur ad hoc pour le remplacer*".

⁹⁵ Così Cass., I Ch. civ., 11 février 2015, in *RTD civ.* 2015, p. 354, con nota di J. HAUSER.

⁹⁶ Cfr. L. MAUGER-VIELPEAU, *La nouvelle clause d'exclusion de l'administration légale*, cit., pp. 20-21.

introdotta con l'*ordonnance* del 2015 nonché sostitutiva del precedente art. 389, comma 3, dovendo ampliare il perimetro di indagine alle ipotesi di esclusione dell'*administration*, da cui consegue inevitabilmente il venir meno dello stesso usufrutto genitoriale.

A tal proposito è bene chiarire che l'operatività di una clausola di tal specie è in primo luogo subordinata ai profili ontologici dell'atto posto in essere dall'interessato. In altri termini, soltanto i beni che siano oggetto di donazione o di *voluntas testantis* rientrano nel novero di cui all'art. 384 *Code civil*. Ed è alquanto significativo che la specificazione della natura dell'atto, esaltandone il carattere di stretta volontarietà, appaia come il contrappeso rispetto al disegno del legislatore, volto nella riforma del 2015 ad affidare al genitore superstite l'amministrazione dei beni del figlio minore.

Una volta soddisfatto il requisito della volontarietà, la validità della clausola di esclusione dell'*administration légale* si perfeziona con la nomina di un terzo amministratore che di norma viene individuato in uno dei componenti della famiglia, al quale sono attribuiti i medesimi poteri riconosciuti all'*administrateur légal*, salva diversa disposizione del donante. Ne deriva che la volontà del disponente può altresì essere finalizzata ad ampliare il raggio d'azione del terzo amministratore al punto da consentirgli di compiere in piena autonomia atti normalmente sottoposti alla preventiva autorizzazione da parte del giudice tutelare.

Ad una indagine più analitica, clausole di tale portata, oltre a smentire integralmente il tradizionale disegno del legislatore volto ad attribuire fiducia indiscriminata nei confronti dei *parents*⁹⁷, parrebbero porsi in contrasto con le norme che disciplinano l'*autorité parentale*, atteso che escludono l'*administration* in capo ad uno dei genitori, nonostante la legge gli attribuisca tale prerogativa. Orbene, una simile limitazione risulta per un verso giustificata nei casi in cui il genitore destinatario della clausola sia propenso a *mala gestio* dei beni del figlio. Per altro verso, il raffronto tra le due tipologie di clausole attesta la configurazione di un denominatore comune che legittima l'esclusione della gestione sui beni del figlio, vale a dire il principio di più ampia portata dell'*intérêt de l'enfant*⁹⁸.

⁹⁷ M. MONTEIL, *Les orphelins mineurs confronté à la monoparentalité et le droit*, cit., p. 29.

⁹⁸ Per un inquadramento anche in chiave critica, *ex multis*, A.C. RÉGLIER, C. SIFFREIN-BLANC, *L'intérêt de l'enfant: mythe ou réalité?*, Varenne, 2018; P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, III ed., Paris, 2021, p. 95 ss.; B. BRAUCKMANN, S. BEHLOUL, *L'intérêt de l'enfant: Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance*, Paris, 2017; P. VERDIER, *De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant*, Toulouse, 2009; A. GOUTTENOIRE, *Les droits de l'enfant*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2014, p. 565 ss.; EAD., *L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des systèmes*, in B. BONNET (diretto da), *Traité des rapports entre orders juridiques*, Paris, 2016, p. 1209 ss.

La disamina dei profili di esclusione della *jouissance légale* restituisce in tal senso un primo significativo indicatore che denota il *droit de la famille*, vale a dire la crescente contrattualizzazione delle dinamiche familiari, direttamente proporzionale alla diffusione del ricorso a clausole con oggetto definito *ex art. 386-4*, comma 2, del *Code civil*.

Parallelamente alla *contractualisation*⁹⁹, l'istituto della *jouissance* al pari di quanto osservato nella prospettiva ordinamentale interna, offre conferma della assonanza con i paradigmi del *droit de propriété*. Difatti, il godimento giuridico nei suoi tratti essenziali conferisce al titolare i diritti normalmente attribuiti all'usufruttuario, con la naturale conseguenza per cui egli è abilitato a ricevere i frutti civili e naturali, così come a gestire e utilizzare la proprietà. Tuttavia, se come in precedenza si è osservato, l'*autorité parentale* si risolve nella coesistenza di *droit* e *devoirs*, i genitori titolari della *jouissance* sono al contempo onerati degli obblighi che gravano sull'usufruttuario.

Eppure, sulla falsariga della comparazione tra usufrutto ordinario e usufrutto legale dei genitori in seno all'impostazione codicistica italiana, la somiglianza letterale e contenutistica tra *jouissance* e *usufruit* si attenua sol che si consideri la indisponibilità del diritto che risulta intrinsecamente connesso alla *autorité parentale*. Al contempo, sul versante degli obblighi di gestione, la divergenza rispetto alla disciplina generale dell'usufrutto si rinviene nella circostanza per cui il titolare della *jouissance* è esonerato dal prestare garanzie, mentre è tenuto a sostenere il costo delle riparazioni più rilevanti.

8. In definitiva, l'indagine in merito agli aspetti funzionali dell'istituto con la sua fisionomia pressoché invariata nel tempo, offre conferma, semmai ve ne fosse necessità, dell'icastico "*marriage isn't really the important issue, children are*"¹⁰⁰. Al contempo, l'analisi comparativa ha restituito la cifra dei profili che vengono a condensarsi nell'istituto della *jouissance légale*, obliterando la pur efficace immagine della famiglia in termini di arcipelago familiare¹⁰¹. Di qui è viepiù significativo ricavare una seconda convergenza

⁹⁹ Seppur il ricorso a tale terminologia abbia destato profonde perplessità. Ad avviso di F. SWENNEN, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective, Contractualisation of Family Law. Global Perspectives*, cit., p. 53, "*the word 'contractualisation' cannot be used in its legal-technical meaning as enforceable rights and obligations with civil effect, with a view of describing trends in family law*". Ne consegue che risulta preferibile discorrere di "*private ordering*", così come optare per i termini di "*agreement*" o "*pact*" piuttosto che di *contract* in senso stretto.

¹⁰⁰ Le parole sono di H.D. KRAUSE, *Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex – or Not at All?*, in *Family Law Quarterly*, 2000, 34, p. 271.

¹⁰¹ L'espressione si deve a F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss., che a sua volta ricalca l'efficace metafora di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in ID. (a cura di),

circa la morfologia dei due istituti *in comparatione*. Segnatamente, la contaminazione degli schemi familiari con i paradigmi del diritto di proprietà e del diritto successorio, soprattutto nella prospettiva francese, ottiene nella *jouissance* una chiara esemplificazione dell'accentuato processo di privatizzazione del *droit de famille*. Depongono, in tal senso, le esaminate pronunce della Cassazione francese che avallano la possibilità di far ricorso al *droit de jouissance spéciale* per la gestione del patrimonio del minore, e ancor prima, le clausole di esclusione della *administration* o della *jouissance légale*¹⁰².

Pertanto, se la disputa più altisonante che orienta le linee di dibattito attiene alla dicotomia pubblico-privato e se già autorevole dottrina acutamente rilevava l'attrazione della famiglia nel dominio privatistico alla luce dell'ammissibilità di negozi di diritto privato aventi natura familiare, si può allora aderire a siffatta prospettiva interpretativa¹⁰³ che dalle riflessioni sin qui svolte sembra consolidarsi alla luce della intersezione tra schemi squisitamente afferenti il *droit privat*. Gli è che la prospettiva evolutiva di progressiva contrattualizzazione del diritto di famiglia¹⁰⁴, non più soltanto procedurale, ma anche sostanziale in senso stretto¹⁰⁵, rinviene nell'istituto della *jouissance* una delle sue

Pagine sparse di diritto e storiografia, Milano, 1957, p. 241: "la famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto".

¹⁰² E difatti rimarca M. MONTEIL, *Les orphelins mineurs confrontés à la monoparentalité et le droit*, cit., p. 29, che "ces clauses attestent de la montée en puissance de la contractualisation en droit de la famille".

¹⁰³ Il dibattito sulla collocazione della famiglia e sulla contesa pubblico-privato è fin troppo noto. Per una meditata riflessione, A. MIRANDA, *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di common law*, in *Alambicco del comparatista II: Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000, p. 369 ss., il quale disegna un modello in cui "l'ordinamento si preoccuperebbe di intervenire nei rapporti familiari a garanzia di alcune esigenze fondamentali, generalmente in funzione di riequilibrio dei rapporti a favore di soggetti deboli (figli, coniuge separato), lasciando i componenti del nucleo familiare liberi, per tutto il resto, di plasmare i rapporti (sia economici sia personali) nel modo ritenuto più congeniale". Si vedano altresì F. SANTORO-PASSERELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss.

¹⁰⁴ Sul trend di contrattualizzazione del diritto di famiglia, G. ALPA, *La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni*, in *Riv. trim., dir. proc. civ.*, 2023, p. 363 ss.; A. SPADAFORA, *Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio?*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 516 ss.; A. MENDOLA, *La "contrattualizzazione" delle relazioni familiari*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 826 ss.; ancora, M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 573 ss. specifica che il percorso di privatizzazione risulta indirizzato ad "una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali dei membri della famiglia, degli individui *uti singuli*, apparentemente a scapito di quelli dell'istituzione familiare nel suo insieme, e, quindi, ridimensionandone la funzione sociale". In Francia siffatta prospettiva è sapientemente indicata da A.M. LEROYER, *Autorité parentale et contrat*, in D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La contractualisation de la famille*, Paris, 2001, p. 153 ss.; nonché da A. ETIENNEY DE SAINTE-MARIE, *Contrat et autorité parentale: l'alliance des contraires?*, in *RTD civ.*, 2019, p. 9.

¹⁰⁵ Secondo F. SWENNEN, *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective*, cit., p. 53, "the trend towards contract concerns the content of parenthood or partnerships than their formation and dissolution" Tuttavia, a detta dell'A. "procedural contractualisation seems further reaching than substantive contractualisation".

più chiare e attuali esemplificazioni, abilitando la disponibilità degli assetti “interni” sotto il profilo economico e patrimoniale. Il che sembra avallare su un piano più generale il processo di armonizzazione volto a rendere il *family law* affine ad un *market rationale*, tale da garantire ai componenti del nucleo familiare la disponibilità dei reciproci diritti e doveri mediante il ricorso ad *agreements* alternativi al regime legale, emanazione del principio della *freedom of contract*¹⁰⁶.

Al contempo, nonostante si siano avanzate nel panorama comparatistico profonde perplessità in merito alla portata sistematica e applicativa di un istituto di tal specie¹⁰⁷, esso per certo costituisce espressione più profonda del denominatore comune che lega i sistemi di tradizione giuridica europea, vale a dire la polarizzazione del nucleo familiare verso una prospettiva fortemente paidocentrica¹⁰⁸. Cosicché, il *best interest of the child* lungi dal rappresentare un argine alla crescente contrattualizzazione¹⁰⁹, contribuisce ad ogni modo ad alimentare una rinnovata tensione che connota la famiglia moderna tra esaltazione della *private autonomy* e tutela dello *status* del minore denotata da un evidente *public law rationale*¹¹⁰, essendo quest’ultima assicurata, anche nel caso in cui si ricorra a clausole di esclusione della *administration légale* o della *jouissance*, da meccanismi rimediali posti a tutela di una prudente gestione del patrimonio del minore.

Napoli, aprile 2024

¹⁰⁶ Cfr. M.R. MARELLA, *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in *Eur. L. Jou.*, 2006, p. 80.

¹⁰⁷ In Francia si veda, per tutti, F. JULIENNE, *Le droit de jouissance légale des parents sur les biens des enfants en question*, in *Droit & Patrimoine*, 2020. Nella prospettiva domestica, simili dubbi erano già stati avanzati a seguito della riforma del 1975 da A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 2155 ss., per poi essere confermati più di recente da G. LISELLA, *Nuova disciplina della filiazione e usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 21, che discorre di “un problematico istituto che, inserito nel generale dovere di contribuzione del figlio al mantenimento della famiglia finché convive con essa, individua soltanto una specifica modalità di gestione di alcuni beni del figlio proprietario”.

¹⁰⁸ Più di recente, sulla centralità dell’interesse del minore nelle dinamiche familiari, E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in R. SENIGAGLIA (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pisa, 2019, p. 13 ss.; L. LENTI, *Uguaglianza fra tutti i figli, famiglia e matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2022, p. 1078; M. SESTA, *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 1054 ss.

¹⁰⁹ Concorda R. SENIGAGLIA, *Il dovere di rispettare i genitori nella coercibilità dell’ordinamento italiano*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, p. 841, allorché evidenzia che il ruolo decisivo attribuito al *best interest of the child* non deve sfociare in “tirannia dell’interesse del figlio” (rinviando a sua volta a P. PERLINGIERI, “*Dittatura del relativismo*” e “*tirannia dei valori*”, in *Iustitia*, 2011, p. 225 ss.) o in una “formula magica”.

¹¹⁰ Calzanti, a tal proposito, le riflessioni di M.R. MARELLA, *The privatization of Family Law: limits, gaps, blackashes*, in *Familia*, 2017, pp. 632-633.

Abstract

Il presente contributo intende sondare in chiave comparativa i profili evolutivi dell'usufrutto legale dei genitori e le metamorfosi funzionali che in particolar modo l'affine istituto della *jouissance légale* ha ottenuto nella prospettiva francese.

Segnatamente, muovendo dal tradizionale *exceptionalism* che connota il diritto di famiglia, si esaminano la convergenza dell'usufrutto legale con la responsabilità genitoriale e l'interrelazione tra *raison d'être* della *jouissance légale* e la multipla vocazione dell'*administration légale*.

L'analisi del perimetro applicativo e delle clausole di esclusione dei due istituti in comparazione restituisce, infine, una nitida conferma del crescente trend di contrattualizzazione delle dinamiche familiari, seppur scandito dall'ineludibile principio del *best interest of the child*.

The present essay intends to explore in a comparative view the evolutionary profiles of the “*usufrutto legale dei genitori*” and the functional metamorphoses that above all the related institution of “*jouissance légale*” has obtained in the French perspective.

In particular, moving from the traditional “*exceptionalism*” that characterises family law, the convergence of legal usufruct with parental responsibility and the interrelation between the *raison d'être* of the *jouissance légale* and the multiple vocation of the *administration légale* are examined.

Finally, the analysis of the scope of application and the exclusion clauses of the two institutions under comparison provides clear confirmation of the growing trend of contractualisation of family dynamics, albeit marked by the inescapable principle of the best interest of the child.

Keywords

Usufrutto legale - responsabilità genitoriale - famiglia - autonomia privata.

Legal usufruct - parental responsibility - family - private autonomy.

FRANCESCO ARCARIA*

«Zurück zu Wlassak!»**

Sommario: 1. Wlassak ed il processo civile romano. – 2. Wlassak ed il processo criminale romano. – 3. Il processo civile romano da Keller a Wlassak. – 4. Wlassak e la trattatistica di diritto processuale criminale romano dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento. – 5. L'eredità del Wlassak e la perdurante attualità delle sue opere.

1. Come bene è stato sottolineato in dottrina¹ e, in particolare, dal Talamanca², un momento di forte cesura negli studi sul processo civile romano fu certamente rappresentato, oltre che dalla ricostruzione leneliana dell'editto perpetuo, dalla copiosa produzione scientifica del Wlassak³, che dedicò gran parte delle numerose

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano e di Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Catania.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 17 s.

² M. TALAMANCA, *Processo civile (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 2.

³ Nato a Brno nel 1852, il Wlassak fu professore straordinario di diritto romano a Czernowitz nel 1897, a Graz nel 1882, diventandovi ordinario nel 1883, per poi passare ad insegnare a Breslavia nel 1884, a Strasburgo nel 1895 ed a Vienna nel 1900 (e fino al 1925), dove morì nel 1939. Sulla vita, la carriera, le opere ed il pensiero scientifico di tale autore v. E. BETTI, *Moriz Wlassak*, in *BIDR.*, 46, 1939, p. 445 ss.; L. WENGER, *Moriz Wlassak*, in *ZSS.*, 60, 1940, p. IX ss.; E. ALBERTARIO, *Moritz Wlassak*, in *Enc. ital.*, 35, Roma, 1950, p. 781; A. BÄR, *Moriz Wlassak. Leben und Werk*, Erlangen, 1953, *passim*; E. SCHÖNBAUER, *Wlassaks römische Prozesslehre in der Kritik der Gegenwart*, in *Anz. philos.-hist. Klass. Öster. Akad. Wiss.*, 99, 1962, p. 130 ss.; ID., *Vorwort*, in *Moriz Wlassak Rechtshistorische Adhandlungen*, Wien, 1965, p. 5 ss.; G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, Graz, 1978, p. 60 ss.; M. RAINER, *Dieter Nörr e la romanistica tedesca*, in *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005*, a cura di E. Stolfi, Torino, 2006, p. 11; K. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Moriz Wlassak*, in T. OLECHOWSKI – T. EHS – K. STAUDIGL-CIECHOWICZ, *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918 – 1938*, Göttingen, 2014, p. 264 ss.; T. BEGGIO, *A obra centenária: Moriz Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, in *Inter. Prud.*, 2, 2, 2017, p. 17 ss. (ivi altra letteratura citata); I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano. Il dissidio scientifico tra Moriz Wlassak e Philipp Lotmar*, in *MEP.*, 24, 26, 2021, *La villa del*

indagini che connotarono peculiarmente la sua laboriosa vita di studioso appunto all'esperienza processuale romana, della quale è stato, senza alcun dubbio, il più profondo conoscitore o, comunque, «uno de los mayores concedores que han existido nunca»⁴.

In realtà, il rinnovamento di tutta la concezione odierna del processo civile romano operato dal Wlassak è il frutto di una elaborazione che procedette per gradi e che trovò esplicazione in diversi articoli e lavori monografici⁵ pubblicati nel corso di quasi un sessantennio, e cioè quello che va dal 1882, anno in cui veniva pubblicata a Jena la monografia *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, ed il 1939, anno che vedeva apparire nel cinquantanovesimo volume della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* il suo ultimo e polemico lavoro, cioè l'*Abwehr gegen H. Ermans Miszelle Z. 58, 164 und Kritik von Kellers Fassung der klassischen Prozessformel*⁶.

Stante questa imponente produzione scientifica, non è perciò affatto facile ricostruire in tutte le sue linee il pensiero del suo autore, sicché ci si dovrà limitare a richiamare gli aspetti del processo civile romano oggetto dell'attenzione di tale eminente studioso. Vanno così ricordati, in primo luogo, i rapporti fra editto e formula⁷ e, pertanto, tra *ius civile* e *ius honorarium* e, in correlazione a ciò, il ruolo e la funzione del pretore nella creazione e nello svolgimento del diritto⁸, ciò che dimostra in maniera inequivocabile quanto il tema della formazione del diritto nel processo fosse presente nella letteratura ottocentesca⁹.

In secondo luogo, il problema generale del rapporto tra *lex* ed *imperium* con specifico riferimento alle leggi regolatrici dell'ordinamento processuale formulare¹⁰ e, in

giurista sull'Aniene e i suoi affreschi. *La formula di Mucio Scevola: scrittura e certezza del diritto alle origini del processo civile romano. Atti del Convegno Interdisciplinare: Archeologia & Architettura - Storia & Diritto romano - Epigrafia & Papirologia, Roma 19 settembre 2019*, a cura di F. Costabile, p. 309 s. Inoltre, si veda la breve voce, non firmata, Moritz Wlassak, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 1086.

⁴ J. PARICIO, *La 'lex Aebutia', la 'lex Iulia de iudiciis privatis' y la supuesta 'lex Iulia municipalis'*, in *Labeo*, 49, 2003, p. 132.

⁵ Vedili scrupolosamente citati in M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 2, nt. 6, e passati velocemente, ma efficacemente, in rassegna dal BETTI, *Moriz Wlassak*, cit., p. 445 ss.

⁶ P. 582 ss.

⁷ Sul punto v. C. GIACHI, *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, Milano, 2011, p. 128, e nt. 25.

⁸ In argomento v. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 36 ss.

⁹ Così, giustamente, anche M. BRUTTI, *Il processo civile romano negli studi di Mario Talamanca*, in *Ricordo di Mario Talamanca*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e G. Finazzi, Napoli, 2012, p. 71.

¹⁰ Sul punto v. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., pp. 181 s., 199 e 441 s.

particolare, alla *lex Aebutia*¹¹ e, ancora, ai *iudicia legitima*¹², indagati anche in relazione alla giurisdizione municipale¹³. In terzo luogo, in aperta critica alla ricostruzione del Keller¹⁴, l'essenziale identità di struttura della *litis contestatio* nelle *legis actiones* e nel procedimento formulare, quale atto bilaterale, imperniato sempre sull'uso di formulari destinati ad impostare la controversia, con il quale le parti manifestano, sotto il controllo del magistrato, l'accordo previamente raggiunto nel suo concreto tenore in ordine alla posizione dei termini della lite¹⁵. E, da qui, la derivazione del processo privato da un primitivo procedimento arbitrale¹⁶, inteso però non come arbitrato in senso proprio e,

¹¹ In argomento v. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., pp. 146 s. e 420; M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 32, e nt. 220; R. FIORI, 'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano, Milano, 2003, pp. 125 s. e 173 ss., il quale rispolvera l'orientamento wlassakiano che ravvisa nella *lex Aebutia*, attraverso l'individuazione dei *iudicia legitima*, il fondamento della 'civiltà' dell'accordo stretto tra le parti con la *litis contestatio* (p. 140 ss.).

¹² Sul punto v. R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., p. 124 s.

¹³ In proposito, la FARGNOLI, 'Si eam rem in urbe Roma ... iudicari iussisset'. Sulla 'legittimità' dei giudizi nella 'lex Imitana', in *Iura*, 60, 2012, p. 246 ss., ha riesaminato, alla luce della *lex Imitana*, la tesi del Wlassak, in ordine appunto al complesso rapporto tra i *iudicia legitima* e la giurisdizione municipale, secondo la quale non vi sarebbe stata la possibilità di instaurare nelle *civitates romanae* dei *iudicia imperio continentia*, fondando questo suo convincimento sulla duplice argomentazione che sarebbe stato inconcepibile che *iudicia imperio continentia* potessero svolgersi nei municipi davanti a magistrati locali privi d'*imperium* e che la qualifica di 'legittima' dovesse essere attribuita a qualsiasi regime disciplinato da una *lex* e, quindi, non solo ai procedimenti regolamentati dalla *lex Iulia*, ma anche a quelli che si svolgevano nei *municipia*, concludendo così che i *iudicia legitima* sarebbero stati in sostanza giudizi rientranti nella giurisdizione dei *magistratus populi Romani* sia a Roma e sia nelle *civitates romanae*.

¹⁴ E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 503; ID., *Moriz Wlassak*, cit., p. 447; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, pp. 3 ss., 17 e 21 s.; G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 1951, p. 37 ss.; F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della 'litis contestatio' nel processo formulare*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, p. 64 ss.; ID., *Studi sul processo formulare romano*, I, 'Translatio iudicii', Napoli, 1956, p. 29 s.; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., p. 26 s.; M. NARDOZZA, *Storiografia e cultura del processo civile tra Ottocento e Novecento*, in *Riv. dir. proc.*, 76, 3, 2021, p. 935; ID., *Pensiero giuridico e coscienza storica*, Torino, 2023, p. 266.

¹⁵ Sul punto v. R. DE RUGGIERO, *Teorie vecchie e nuove intorno alla 'litis contestatio'*, in *BIDR.*, 17, 1905, p. 150 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 188 s.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, cit., p. 17 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, p. 205; A. BISCARDI, *Quelques observations sur la 'litis contestatio'*, in *RIDA.*, 4, 1950, p. 159; G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio'*, cit., pp. 40 e 51; G. JAHR, 'Litis contestatio'. *Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren*, Köln-Graz, 1960, *passim*; G.I. LUZZATTO, *Recensione di G. Jahr, 'Litis contestatio'. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren*, Köln-Graz, 1960, in *SDHI.*, 26, 1960, pp. 407 s., 411 e 413; A. BISCARDI, *Recensione di G. Jahr, 'Litis contestatio'. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren*, Köln-Graz, 1960, in *Iura*, 12, 1961, p. 410 s.; ID., *Lezioni sul processo romano*, cit., pp. 27 s., 39 s. e 45 s.

¹⁶ Sull'ipotesi che le *legis actiones* e, in generale, il processo privato romano sarebbero nati dalla legalizzazione di procedure arbitrali, che, in tal modo, da facoltative diventavano obbligatorie, v. G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, *Introduzione - Nozioni fondamentali - I soggetti del processo*, Torino, 1948, p. 57 s.; G. BROGGINI, 'Iudex arbitere'. *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrechts*, Köln-Graz, 1957, p.

quindi, non precisamente processo, ma come soluzione d'iniziativa privata che sostituiva il processo oppure che permetteva la soluzione di controversie per le quali un processo non esisteva¹⁷.

In quarto luogo, prendendo lo spunto dalle tre pronunce di competenza del magistrato giudicante (*do, dico, addico*), il potere di quest'ultimo, riconosciuto anche nelle *legis actiones*, di controllare gli atti preparatori della *litis contestatio* e di *denegare* eventualmente l'*actio* postulata, in relazione alla quale viene illustrata la fondamentale differenza di struttura a seconda che si tratti di *actio in rem* (in particolare, la *rei vindicatio*) ed *actio in personam* e dimostrata l'essenziale bilateralità tanto nel caso che l'*actio* provochi una *defensio*, quanto nel caso in cui ad essa corrisponda una *confessio in iure*. In quinto luogo, l'*editio actionis*¹⁸, i *iudicia bonae fidei*¹⁹, lo svolgimento storico della difesa del convenuto, la genesi dell'*exceptio* formulare dalla *denegatio actionis*²⁰ e la derivazione della *praescriptio pro reo* – considerata come una condizione negativa dell'*agere* delle parti, da intendersi nel senso di *litem contestari*, ed avente identità di funzione con la *praescriptio pro actore*, dal momento che entrambe indicavano l'oggetto dell'*agere*, rilevando ai fini della determinazione degli effetti estintivi e preclusivi della *litis contestatio*²¹ – dalla sua posizione intermedia tra *denegatio* ed *exceptio*²².

Infine, la coesistenzialità al sistema delle *legis actiones* della bipartizione di tale

7, nt. 14; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini. Corso di diritto romano*, Torino, 1986, pp. 49 ss. e 168 ss.; M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 6, e nt. 38.

¹⁷ Su questa specificazione v. C.A. CANNATA, *Giovanni Nicosia: insegnamento e ricerca*, in *Iura*, 56, 2006-2007, p. 75.

¹⁸ Sulla cui ricostruzione v. E. METZGER, *Civil Procedure in Classical Rome: Having an Audience with the Magistrate*, in *Spaces of Justice in the Roman World*, edited by F. de Angelis, Boston, 2010, p. 32 s.

¹⁹ Sulla cui ricostruzione v. le condivisibili perplessità e critiche del FIORI, '*Ius civile*', '*Ius gentium*', '*Ius honorarium*': il problema della «rezezione» dei '*iudicia bonae fidei*', in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, pp. 166 s., 170 ss., 177 s. e 188.

²⁰ Sul punto v., ampiamente, L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, p. 121s., nt. 52.

²¹ Ricostruzione, questa, che non è stata sostanzialmente mai abbandonata ed è ora condivisa dal PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit., p. 119, nt. 47, e dal VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008, pp. 15, 18, 28 e 107. In ordine all'ancora aperta questione degli effetti estintivi e preclusivi della *litis contestatio* v. l'assai recente e persuasiva ricostruzione della LONGO, *La 'litis contestatio' formulare nelle 'Institutiones' di Gaio*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo.*, 66, 2023, p. 219 ss., che, esaminando approfonditamente Gai. 3.180, distingue l'opinione di Gaio da quella dei «*veteres*» menzionati in tale passo, del quale chiarisce l'essenza dell'affermazione iniziale «*Tollitur obligatio litis contestatione*» ed il significato degli incisi «*teneri reus litis contestatione*» e «*condemnari oportere*».

²² Sul punto v. L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'*, cit., p. 118 s., e nt. 47.

processo nella fase *in iure* ed in quella *apud iudicem*²³ e, in relazione a quest'ultima, la *translatio iudicii*²⁴, le salienti differenze di struttura tra processo privato e processo criminale e, ancora, la configurazione del processo provinciale romano come un giudizio di cognizione magistratuale bipartita nel quale ravvisare la figura di transizione nell'involuzione storica del processo formulare, che si sarebbe appunto 'statalizzato' nelle province e, in tale nuova forma, si sarebbe poi impiantato in Italia ed in seguito, grazie al decisivo impulso dato dalla nuova carica dei *iuridici*, anche a Roma²⁵.

L'armoniosa architettura del processo privato romano edificata dal Wlassak trova la sua matura espressione in due monografie che costituiscono, anche temporalmente, la sintesi conclusiva o, forse, meglio, il coronamento delle ricerche condotte in campo processuale da questo indiscusso Maestro del diritto romano.

Nella prima di esse, pubblicata a Vienna nel 1921 con il titolo *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes* e recensita elogiativamente dal Lenel²⁶, che giudicò «unanfechtbar»²⁷ la ricostruzione complessiva proposta dal suo autore²⁸, egli indaga la collaborazione che il magistrato

²³ Sul punto v. M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 22 s., e nt. 151.

²⁴ In ordine a tale strumento, con il quale il pretore interveniva per disporre la sostituzione di una parte in un processo giunto appunto alla fase *apud iudicem*, il Wlassak ritiene che si trattasse di una 'ripetizione' della *litis contestatio* con una formula non 'nuova', ma 'modificata', sottolineando non solo che la differenza tra *contestatio* e *translatio* risieda nel fatto che, mentre la prima era posta a fondamento di un nuovo rapporto processuale, la seconda ne modificava invece uno già esistente senza annullarlo, ma anche che il *transfere iudicium* era il prodotto dell'attività delle parti e, insieme, di una *permissio* del pretore quale componente della sua *causae cognitio*, e ciò pur nella consapevolezza che questa ricostruzione incorresse nella contraddizione di un processo che veniva sì traslato, ma non rinnovato, suscitando così il dubbio sul 'se' e sul 'come' un sistema processuale quale quello romano, connotato dal principio dell'intangibilità della *formula post litem contestatam*, potesse accettare l'unità del vecchio e del nuovo rapporto processuale: G. TURELLI, 'Transferre iudicium'. *Linee ricostruttive di uno strumento pretorio*, Torino, 2020, p. 15 s., e ntt. 48-52, il quale puntualizza che l'interesse del Wlassak per la *mutatio iudicis*, cioè l'intervento del pretore per la sostituzione del *iudex*, fu invece assai più sfumato, assumendosi come dato della giurisprudenza romana la riconduzione del *iudicium mutare* nel più ampio concetto di *iudicium transferre*.

²⁵ E, in questo contesto di modificazione della procedura, si inseriscono i rilievi del Wlassak sulla *denuntiatio* introduttiva d'istanza, che è propria appunto del processo formulare 'statalizzato' e che trova applicazione in tutte le tipologie di controversie, sui quali v., ampiamente, U. AGNATI, *Costantino abolisce la 'privata testatio'* (CTh. 2.4.2), in *TSDP.*, 5, 2012, p. 28 ss.

²⁶ In *ZSS.*, 43, 1922, p. 567 ss.

²⁷ P. 574.

²⁸ Sui contenuti dell'opera e sulle conclusioni alle quali in essa si perviene v. E. BETTI, *Sulla genesi storica del processo formulare (Testimonianze e ipotesi)*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia*, a cura di P. Ciapessoni, Pavia, 1934, p. 417; ID., *Diritto romano*, I, cit., pp. 449, nt. 1 e 505 s.; L. WENGER, *Moriz Wlassak*, cit., p. XXIX s.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, cit., pp. 2, e nt. 1, 20 s., 121 ss., 155 e 162; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, II, cit., pp. 222, 228 e 314; ID., *Procedura civile romana*, III, *La genesi del processo formulare*,

giudicante prestava alla costituzione del processo, puntualizzando come questi controllasse ed ammettesse, o ricusasse, la concreta formulazione dei termini della controversia proposta dalle parti (*dare iudicium*) e, soprattutto, conferisse al giudice designato il potere-dovere di pronunciare la propria decisione con un *iussum iudicandi* a sé stante²⁹ e distinto dalla *litis contestatio* – intesa come «bedingte Prozessobligation» che influenzò enormemente la dottrina successiva e, in particolare, lo Scialoja³⁰ – alla quale esso seguiva. Proprio tale *iussum iudicandi*, al quale si accompagnava la comunicazione della formula al giudice, costituiva il necessario anello di congiunzione tra la fase *in iure* e quella *apud iudicem*, imprimendo così al processo romano la peculiare configurazione di un arbitrato statualizzato, pur lasciandone intatta la fondamentale natura privata. E, come si è or ora ricordato, tale fisionomia ibrida del processo privato romano, a metà tra un processo arbitrale – nel quale la *litis contestatio* aveva un valore ed una struttura essenzialmente identici al *compromissum*, in quanto entrambi fissavano solennemente i termini della controversia imponendo al giudice un tema preciso di decisione e vincolando le parti alla sua *sententia*³¹ – ed un processo vero e proprio, avrebbe trovato la sua spiegazione in quel procedimento arbitrale volontario praticato nell'età precivica per comporre le liti fra le *gentes* o fra le *familiae*, ma anche fra i membri di uno stesso gruppo, e che veniva affidato dalle parti per la composizione alla saggezza del capo del gruppo stesso, il quale indicava loro i criteri direttivi da seguire.

Costituitasi poi la *civitas*, siffatto procedimento rimase fermo nella sua struttura originaria, ma da facoltativo diventò obbligatorio, ed attraverso la sua legalizzazione si provvide a sottoporre l'atto di compromesso all'alto controllo di un magistrato (prima del

Bologna, 1950, p. 124; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 185 nt. 9; E. SCHÖNBAUER, *Wlassaks römische Prozesslehre*, cit., p. 132 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, I, Milano, 1963, pp. 86 ss., 196 e 238; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., p. 36 s.

²⁹ Sull'utilizzo, in tale opera, del concetto di '*mandatum iurisdictionis*' v. L. WINKEL, '*Mandatum*' im römischen öffentlichen Recht?, in '*Mandatum*' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, herausgegeben von D. Nörr und S. Nishimura, Berlin-Heidelberg, 1993, p. 58 s.

³⁰ Sul punto v. A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *BIDR.*, 105, 2011, p. 118 s., che sottolinea come la riflessione scialojana sulla *litis contestatio* – configurata come un duplice rapporto giuridico, in parte di natura pubblicistica, con riferimento al decreto del magistrato ed all'accettazione di sottoporsi al giudizio, ed in parte di natura privatistica, con riferimento agli effetti sostanziali che scaturiranno dalla sentenza del *iudex* – fosse debitrice nei confronti della peculiare concezione wlassakiana della *litis contestatio*.

³¹ Così, ampiamente, G. LA PIRA, '*Compromissum*' e '*litis contestatio*' formulare, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, IV, Palermo, 1936, pp. 187 ss., spec. 190 s., 202 ss. e 224 s. e, più limitatamente, A. POLAČEK, *I principi del processo civile romano e le teorie moderne (Saggio d'interpretazione strutturalistica)*, in *Studi urbinati sc. giur. pol. econ.*, 43, 1974-1975, p. 227.

re, poi del console e, per ultimo, del pretore)³², che ne esercitava quella funzione – direttiva e non decisoria – svolta in precedenza dal capo del gruppo sull'accordo delle parti³³.

Nella seconda opera, edita sempre a Vienna nel 1924 con il titolo *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit* – alla cui prima parte avrebbe dovuto seguirne una seconda, della quale è stato però pubblicato solamente qualche breve stralcio³⁴ – e recensita encomiasticamente dallo Steinwenter³⁵, che profeticamente si disse sicuro dell'enorme influenza che avrebbero avuto «die grundlegenden Lehren des Verf. für jede Forschung in den antiken Prozeßordnungen»³⁶, e poi dal DeVisscher³⁷, che ne sottolineò la «contribution capitale»³⁸ apportata alla storia della procedura civile romana, il Wlassak delinea la formazione, la struttura e la funzione della *formula* quale strumento della *litis contestatio*.

E ciò, a tal punto da affermare recisamente che nei processi in cui non aveva luogo la *litis contestatio* non vi era la *formula* in senso tecnico, appunto perché quest'ultima aveva come suo presupposto necessario la *litis contestatio*³⁹, quale documento dell'atto di

³² Sul *rex*, quale magistrato e giudice, v. C. PELLOSO, 'Giudicare' e 'decidere' in *Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, p. 94 ss., che giudica aprioristico e non avente più ragione di esistere lo scetticismo che ha condotto i seguaci del Wlassak non solo a svalutare, ma addirittura ad ignorare gli indizi, se non addirittura le prove offerte dagli autori antichi, tanto giuristi quanto storici, in favore dell'esistenza di 'giudizi regi'.

³³ Su tale ricostruzione v. L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In *ricordo di Mario Talamanca*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 853 s., e nt. I, la quale cita un'ampia letteratura che passa in rassegna le critiche mosse a tale ricostruzione da parte della dottrina successiva, specialmente quella francese più datata, che accentuò invece il momento magico o religioso-sacrale nel processo di formazione.

³⁴ In *Anz. philos.-hist. Klass. Öster. Akad. Wiss.*, 25-27, 1926, pp. 159-162.

³⁵ In *ZSS.*, 46, 1926, p. 373 ss.

³⁶ P. 383.

³⁷ In *Revue belge philol. hist.*, 7, 2, 1928, p. 722 ss.

³⁸ P. 724.

³⁹ Cfr. G. LA PIRA, *Contenuto processuale del 'Senatus' consulto di Augusto ai Cirenei [1929]*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira*, II, 1, *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, a cura di P. Giunti, Firenze, 2019, p. 16, nt. 43, secondo il quale, in specifico riferimento alla natura del procedimento introdotto dal *senatus consultum Calvisianum*, era tuttavia innegabile che quelle particolari istruzioni del processo di cognizione bipartito nelle quali non ricorreva la nomina del giudice ad opera delle parti e nemmeno la *litis contestatio* avessero una struttura identica a quella che presenta la *formula* in senso tecnico, sicché, per quanto tali istruzioni non possano essere qualificate come *formulae* in quanto non svolgono la funzione caratteristica della *formula* consistente nell'essere strumento del compromesso giudiziale tra le parti, ad esse si adattano comunque perfettamente il nome e l'idea della *formula*. E ciò, sulla scorta della considerazione che la nomina del giudice e la *litis contestatio* sono «due elementi non inerenti

compromesso destinato a fissare i termini della lite ed a designare la persona del giudice alla cui decisione si assoggettavano concordemente le parti, la cui iniziativa viene dall'autore disegnata e delimitata a fronte dell'ingerenza del magistrato nelle trattative aventi luogo nella fase *in iure*, con particolare riguardo al compito riconosciuto ai giuristi di curare la redazione di nuove formule da sottoporre all'approvazione dell'organo giudicante⁴⁰.

Ora, come bene è stato rimarcato ancora una volta dal Talamanca⁴¹, «la forte impronta data agli studi sull'esperienza processuale romana dall'opera del Wlassak ha comportato, nei primi trent'anni del nostro secolo, una sorta di appagata acquiescenza della dottrina sulle grandi linee del pensiero dello studioso austriaco», sicché è solo «verso la fine degli anni Trenta che comincia a manifestarsi in letteratura un'ondata di riflusso nei confronti delle concezioni fondamentali del Wlassak, come non di rado avviene rispetto a dottrine per troppo tempo dominanti: e, ripercorrendo ancora tratti ricorrenti in situazioni siffatte, la reazione si è appalesata più volte come eccessiva».

E, in effetti, numerosi sono stati i contributi scientifici – soprattutto di scuola italiana (Betti, De Martino, Pugliese, Carrelli, Luzzatto, Gioffredi, Bonifacio, Biscardi)⁴² – che hanno operato un profondo ripensamento di diverse opinioni del Wlassak, contribuendo non poco a proporre un quadro certamente più articolato di quello derivante dall'insieme delle diverse soluzioni interpretative da quest'ultimo proposte. Ciò che è avvenuto, ad esempio, in riferimento agli eccessivamente accentuati caratteri e fondamenti esclusivamente privatistici del processo dell'*ordo iudiciorum*⁴³ – frutto di una «valorizzazione dogmatica», più che «storica», della natura privata del soggetto giudicante e della sentenza definitiva⁴⁴, delle modalità di scelta del *iudex*, nonché della *litis contestatio*,

alla struttura della formula, la quale risulta costituita solamente dalle note parti caratteristiche: *demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio* (GAI., IV, 39)».

⁴⁰ Sui contenuti della monografia e sulle conclusioni alle quali in essa si perviene v. E. BETTI, *Sulla genesi storica del processo formulare*, cit., p. 467 s.; ID., *Diritto romano*, I, cit., pp. 502 e 504; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 190 ss.; G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, Milano, 1939, pp. 45, e nt. 1, 109 ss. e 116; L. WENGER, *Moriz Wlassak*, cit., p. XXX s.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, cit., pp. 21 s., 24 ss., 30 ss., 185 ss., 191 ss. e 204; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano*, cit., pp. 36 s. e 448 s.

⁴¹ *Processo civile*, cit., p. 2 s.

⁴² Citati, *supra*, nelle note 8, 10-11, 14-16, 28 e 40. Per un'acribica ricostruzione, in particolare, dell'opinione del Carrelli v. A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, p. 302 ss.

⁴³ G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo 'extra ordinem'*, I, *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, p. 29.

⁴⁴ Come è stato rimarcato dal CARDILLI, *'Damnus esto' e 'manus iniectio' nella 'lex Aquilia': un indizio paleografico?*, in *Fundamina*, 20, 1, 2014, p. 115, il Wlassak evidenziò «come quella che nelle fonti più antiche sembra esprimere una originaria differenza tra *damnari* e *iudicari* (e che successivamente viene

interpretata quale ‘contratto formale endo-processuale’ generatore di obblighi civilistici»⁴⁵ – e, ancora, in relazione al mai veramente affrontato in profondità problema delle origini del processo privato romano⁴⁶.

Tuttavia, come è stato sottolineato dal Nicosia⁴⁷ proprio in ordine a quest’ultimo problema, il Wlassak, nell’evidenziare l’origine privata del processo romano, ciò che costituisce probabilmente il risultato più sicuro delle sue ricerche, «si è avvicinato alla verità assai più di quanto oggi comunemente si creda. In proposito, resta grande merito del Wlassak l’essersi reso conto che la bipartizione del processo in due fasi (*in iure* e *apud iudicem*) non derivò dall’aggiunta successiva della distinta fase *apud iudicem* (cioè dell’autonomizzazione e attribuzione ad un *iudex* della funzione del *iudicium*, prima ricompresa nella pretesa “piena giurisdizione” del capo politico nell’ambito di un supposto processo monofasico), ma al contrario dalla circostanza che a una certa epoca storica il *iudicium* venne fatto precedere da un intervento di controllo di un organo “statale”, che determinò la scissione di questa fase introduttiva (*in iure*), ora sottoposta al controllo “statale”, rispetto alla fase del *iudicium*, rimasta “privata”. Fin qui la diagnosi è sostanzialmente esatta: il *iudicium* è nato come *iudicium privatum*». Con la conseguenza che, a differenza di quanto aveva ritenuto il Keller, «la procedura *per formulas* non nasce dall’interno delle *legis actiones*, non è il prodotto di uno sviluppo endogeno delle controversie tra *cives*. Sorge invece nell’ambito della *iurisdictio peregrina*. È qui che l’*imperium* del magistrato rompe le forme tradizionali, se ne libera e crea schemi inediti di giudizio»⁴⁸.

Se poi ci si sposta dal piano contenutistico a quello metodologico, si comprenderà appieno perché il Wlassak sia stato giustamente considerato dalla storiografia successiva ed a tutt’oggi il Maestro insuperato del processo civile romano ed uno dei più grandi specialisti del processo in generale della romanistica di tutti i tempi⁴⁹ e, insieme, un modello di studioso al quale fare costantemente riferimento per chiunque si accinga ad indagare l’esperienza giuridica romana e, in particolare, quella processuale.

Infatti, al fervore della propria ricostruzione del processo privato romano egli

edulcorata in un uso sinonimico tra i due verbi) riposa su una diversa qualifica della sentenza di condanna (*iudicari*) dal risultato della stima in denaro (*arbitrium litis aestimandae*).

⁴⁵ C. PELLOSO, ‘Giudicare’ e ‘decidere’, cit., p. 86 s.

⁴⁶ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le ‘legis actiones’*. Corso di diritto romano, Roma, 1962, p. 78 s., e M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 6, nt. 38.

⁴⁷ *Il processo privato*, I, cit., p. 52.

⁴⁸ M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p. 78.

⁴⁹ Sul punto v. anche T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 35 ss.

accompagnò un ardore critico demolitorio di non pochi pregiudizi risalenti alla consolidata dottrina ottocentesca e, in particolare, come si è già ricordato, al suo capotistipite, il Keller⁵⁰, che avevano dato luogo ad «un'immagine autoritaria della procedura formulare romana, con le parti subordinate rispetto al magistrato, elaboratore della formula»⁵¹ e, quindi, ad una concezione assolutamente pubblicistica del processo civile romano, che, a ben vedere, era l'emblema di un pensiero giuridico – quello appunto dell'epoca di Keller ed immanente non solo nell'opera di quest'ultimo, ma anche in quelle degli storici del diritto ancora di fine Ottocento – del tutto impreparato a comprendere e concepire un sistema processuale nel quale, come poi dimostrerà appunto il Wlassak, tutta l'iniziativa era riservata alle parti, che diventano i veri «protagonisti del processo»⁵², ed il magistrato, per dirla con Cicerone, contribuiva in definitiva solo con la sua presenza fisica. Anche se – come bene è stato messo in luce dal Brutti⁵³ – pure «in Wlassak, nonostante prevalga l'idea di un 'processo di parti' e di una struttura contrattuale del giudizio, resta aperto il problema della 'Rechtsfindung' pretoria. Si può dire che egli non ignori le questioni poste da Keller, pur riconducendole all'interno di una struttura consensuale. Rimane aperta una domanda. Fin dove giunge l'attività del

⁵⁰ Del manuale del Keller, dal titolo *Der römische Civilproceß und die Actionen in summarischer Darstellung zum Gebrauche bei Vorlesungen*, esistono diverse edizioni, delle quali la prima venne stampata a Lipsia nel 1852 e l'ultima, pubblicata a Lipsia nel 1883, fu approntata dal Wach, che rivide il testo ed ampliò notevolmente l'apparato delle note, contribuendo così ad aumentare i pregi dell'opera e la sua ulteriore diffusione nella comunità scientifica ottocentesca. Si tratta di un'opera, recante una ricostruzione sistematica del processo romano destinata, come si è ricordato nel testo, ad esercitare un'enorme influenza sugli studi dell'epoca ed a suscitare subito entusiasti giudizi perduranti anche a notevole distanza di tempo dalla sua apparizione, che si connota come profondamente originale a causa della novità metodologica introdotta dal Keller. Questa consisteva infatti nel prendere in esame i diversi elementi e momenti della procedura romana e seguirli, fin dove è possibile, nei suoi talvolta complicati sviluppi, e però avendo cura di considerarli non singolarmente ed avulsi l'uno dall'altro, ma, al contrario, l'uno in funzione dell'altro, come se fossero delle 'monadi' aventi ciascuna sì una propria funzione e, tuttavia, armoniosamente concatenata con quella delle altre, dando così all'interprete la precisa impressione che in ognuna di esse si rispecchiasse l'intera realtà processuale di cui erano parte. L'effetto indotto da siffatto *modus procedendi*, che trova il suo fondamento nella precisa convinzione del Keller che le regole astratte si intrecciano con le esigenze concrete della vita, in un continuo alternarsi di posizioni, è allora quello di presentare l'intero processo romano come una sorta di complesso organismo vivente in perenne movimento, che si ingrandisce, si modifica e si trasforma sulla scia delle sempre mutevoli esigenze sociali ed economiche che ne stanno alla base e, tuttavia, senza quelle brusche battute di arresto che avrebbero potuto comprometterne la linearità, la coerenza e l'equilibrio, e cioè, in altre parole, il sistema. Su questo manuale v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo nella trattatistica di diritto romano dell'Ottocento e del primo Novecento*, Napoli, 2017, p. 75 ss.

⁵¹ M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p. 76.

⁵² M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p. 76.

⁵³ *Il processo civile romano*, cit., p. 77.

magistrato relativa alla formula, quell'attività che in qualche caso le fonti indicano con *curare?*».

E, in eguale maniera, il Wlassak si scagliò con foga polemica contro gli eccessivi attacchi critici e, soprattutto, le frequenti incomprensioni rinvenibili in molti giuristi-filologi della sua epoca e di quella precedente «intesi, più che a rendersi conto della logica degli istituti, a 'räsonnieren' sui testi spulciando questa o quella frase secondo i canoni più o meno arbitrari di una c.d. psicologia dell'espressione puramente impressionistica e atomistica»⁵⁴.

Tuttavia, «se si osservano da vicino i suoi scritti, si può notare come l'aspetto sistematico-dogmatico si combini sempre con una notevole sensibilità storica e filologica»⁵⁵ e, ancora, quanto la sua metodologia fosse informata «ad un'analisi accurata delle fonti, che traeva ispirazione dal metodo elaborato dagli interpolazionisti»⁵⁶.

Pertanto, pienamente convinto che si potesse giungere ad una piena comprensione dell'esperienza giuridica romana attraverso l'utilizzo non solo delle fonti giuridiche, ma anche di quelle letterarie, papirologiche ed epigrafiche, che, spesso, più delle prime, riuscivano ad illuminare, se adoperate con equilibrio, l'evoluzione storica degli istituti processuali, il Wlassak portò sempre nello studio delle testimonianze di volta in volta esaminate «un indirizzo mentale di logica costruttiva volto a cogliere i nessi meno appariscenti e ad integrare le inevitabili lacune col sussidio di una facoltà inventiva prudente e felice»⁵⁷. Che, unita, per un verso, alla precisione ed alla chiarezza dell'argomentazione e, per altro verso, all'acutezza dell'analisi ed alla forza della sintesi, diede vita a quelle sue vaste elaborazioni storico-dogmatiche che ci appaiono, appunto laddove combinano un solido impianto dogmatico-sistematico, gli strumenti della critica testuale - costituente non il punto di arrivo dell'indagine, come riteneva il Gradenwitz, bensì il punto di partenza⁵⁸ - e lo studio delle fonti più disparate, non solo come modelli e pietre miliari degli studi sul processo civile romano, ma anche come veri e propri capolavori di costruzione giuridica e, insieme, di profondità storica degni ancor oggi di ammirazione e, insieme, di imitazione.

⁵⁴ E. BETTI, *Moriz Wlassak*, cit., p. 448.

⁵⁵ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 20.

⁵⁶ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 21.

⁵⁷ E. BETTI, *Moriz Wlassak*, cit., p. 448.

⁵⁸ Così L. MAININO, 'Confessio' e 'indefensio' nella 'lex Rubria de Gallia Cisalpina'. Spunti per l'interpretazione di un testo legislativo epigrafico, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi*. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano, 2011, p. 169, e *Studi sul 'caput' XXI della 'Lex Rubria de Gallia Cisalpina'*, Milano, 2012, p. 44 s.

E ciò, a tal punto, che il Talamanca⁵⁹, nel tratteggiare diffusamente e compiutamente il riordinamento augusteo del processo privato romano e pur non risparmiando critiche – peraltro già avanzate dal Bonifacio – alla ricostruzione dei *iudicia legitima* operata dal Wlassak⁶⁰, ha affermato che l’epigrafe più appropriata per giudicare il suo operato scientifico sarebbe stata certamente «Zurück zu Wlassak!» E quello che, all’inizio, sembrava preannunciarsi come un ritornare alle grandi linee della più magistrale ricostruzione della storia del processo civile romano fatta nella letteratura di quest’ultimo secolo, si è man mano appalesato, pur nelle inevitabili differenze, sempre più puntuale».

E quanto veritiero sia il giudizio del Talamanca è testimoniato dal fatto che è proprio dalla natura strettamente contrattuale della *litis contestatio*, sulla quale è imperniata, in ultima analisi, la ricostruzione wlassakiana del processo romano, che ha tratto fondamento la teoria del ‘contratto giudiziario’, imperante fino alle soglie del diciannovesimo secolo nella maggior parte degli ordinamenti processuali europei ed in quello canonico, che qualificava il processo quale accordo tra le parti di sottomettere al giudice il proprio conflitto con l’intesa di accettarne la soluzione e che venne poi superata dall’avvento delle teorie dell’azione e del rapporto giuridico processuale, affermandosi, agli albori del ventesimo secolo, la centralità del ruolo dell’organo pubblico giudicante nel rendere giustizia quale espressione del rilevante interesse dello Stato per il modo in cui viene amministrata la lite e determinandosi così la nascita dell’odierno concetto di giurisdizione e, quindi, della funzione pubblicistico-sociale del processo nelle sue articolate connotazioni⁶¹.

2. Prima delle due fondamentali opere ora ricordate, il Wlassak aveva dato alle stampe, a Vienna nel 1917, un’opera, «acuta e suggestiva»⁶² e «toujours fondamentale»⁶³,

⁵⁹ *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. ‘Princeps’ e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert» (Copanello 5-8 giugno 1996)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1999, p. 64.

⁶⁰ Sul punto v. I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 320.

⁶¹ Così, ampiamente, E. DI BERNARDO, *La natura contrattuale della ‘litis contestatio’ classica e la teoria del contratto giudiziario. Gli albori della concezione pubblicistica del processo e della funzione sociale della giustizia*, in *Vergentis*, 7, 2018, p. 151 ss.

⁶² B. SANTALUCIA, *Francesco Maria de Robertis penalista*, in *Francesco Maria de Robertis. L’Uomo il Docente lo Studioso. Atti di un Incontro di studio, Bari 20 novembre 2004*, a cura di D.A. Musca, Bari, 2007, p. 148.

⁶³ Y. THOMAS, ‘Parricidium’. I. *Le père, la famille et la cité (La ‘lex Pompeia’ et le système des poursuites publiques)*, in *MEFRA.*, 93, 1981, p. 699 s., nt. 205.

dal titolo *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, che costituì un'eccezione all'assenza pressoché totale del diritto e processo penale nelle indagini romanistiche del primo scorcio del ventesimo secolo, nel quale vi era stato spazio solamente per saggi di indagatori occasionali interessati all'aspetto storico-filologico più che a quello giuridico dei problemi o per lavori di grande erudizione, come quelli dell'Hitzig⁶⁴ e dello Strachan-Davidson⁶⁵, rinnovando così anche il sopito interesse degli storici del diritto per gli studi criminalistici.

«Capolavoro di costruzione giuridica imperniata su una visione sintetica della logica degli istituti e sviluppata con una coerenza concettuale mirabile frutto maturo di lunghi anni di tenace meditazione»⁶⁶ ed «opera veramente insigne dovuta all'instancabile tenacia critica di un grande giurista»⁶⁷ e ad «una profonda sensibilità filologica e giuridica, accompagnata dalla consapevolezza che ogni attività di ricerca di interpolazioni non può, come egli scrive, fermarsi alla individuazione dei glossemi»⁶⁸, la monografia del Wlassak, nella quale venivano indagati e delineati i caratteri e la struttura dei processi che si svolgevano dinanzi alle corti permanenti, era, in realtà, un lavoro essenzialmente privatistico, che costituiva una sorta di appendice all'importante saggio pubblicato dall'autore alcuni anni prima negli studi in onore di Bernhard Windscheid sulla natura della *litis contestatio*⁶⁹, nel quale il riferimento al processo delle *quaestiones* aveva l'unico scopo di mettere in luce il carattere rigorosamente unilaterale dell'*accusatio*, sottolineandone così la netta contrapposizione con l'azione privata⁷⁰.

⁶⁴ *Die Herkunft des Schwurgerichts im römischen Strafprozess. Eine Hypothese*, Zürich, 1909. Su questa breve (58 pagine) ma densa monografia, dedicata al processo delle *quaestiones* tardorepubblicane, v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 207 ss.

⁶⁵ *Problems of the Roman criminal law*, I-II, Oxford, 1912. Su questa corposa trattazione, che rappresenta un *unicum* all'interno della trattatistica di diritto processuale criminale romano dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento in quanto opera impostata in maniera del tutto singolare, cioè come un complesso di postille allo *Strafrecht* del Mommsen e, quindi, come una recensione, o forse meglio, una revisione critica dei vari capitoli di questo trattato così densa ed articolata da strutturarsi in una completa ed autonoma ricerca di oltre 500 pagine, disorganica per scelta in quanto appunto fondata sul riesame di vari punti della ricostruzione del grande Maestro tedesco e finalizzata, in ultima analisi, a mettere in discussione la sovranità del sistema mommseniano in ambito criminalistico, v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 213 ss.

⁶⁶ E. BETTI, *Moriz Wlassak*, cit., p. 447.

⁶⁷ G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici*, in *RIDA.*, 4, 1950, p. 27.

⁶⁸ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 25.

⁶⁹ *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888, p. 55 ss.

⁷⁰ B. SANTALUCIA, *Francesco Maria de Robertis*, cit., p. 148.

Pertanto, se è innegabile che, con questo scritto, furono colti alcuni caratteri essenziali del procedimento accusatorio romano tipico delle *quaestiones perpetuae*, «è anche vero che il motivo profondo, che animò e guidò quella felice indagine, fu di carattere privatistico, visto che fu come un coronamento della dottrina, che il Wlassak proprio in quegli anni veniva precisando intorno alla *litis contestatio* del processo civile romano»⁷¹.

Il Wlassak, confutando la configurazione mommseniana del *iudicium publicum*, intese quindi recidere o, almeno, attenuare fortemente il legame tra processo privato e giudizi di multa, negando la ricorrenza, nei secondi, della formula e della *litis contestatio* ed affermando invece una loro più marcata natura pubblicistica, che li qualificava come una sorta di *tertium genus* tra i *iudicia privata* ed i *iudicia publica* delle *quaestiones*⁷².

A tali processi, raffigurati dal Mommsen come giudizi penali privati ed inseriti nella sua visione relativa all'esistenza di un 'processo civile rafforzato' che avrebbe fatto da tramite tra il giudizio privato vero e proprio e quello delle *quaestiones*, veniva allora conferita un'autonoma fisionomia, dal momento che la procedura – imperniata sulla *datio recuperatorum* da parte del magistrato, il quale avrebbe provveduto pure a fornire al collegio specifiche istruzioni – era considerata idonea a diversificarli anche rispetto alle *quaestiones perpetuae*, nelle quali la *nominis delatio* rappresentava il momento iniziale di un rito connotato effettivamente dalle confliggenti attività dell'accusato e del *reus*, ma anche dal ruolo centrale del magistrato, al quale spettava tanto il compito di sovrintendere alla fase istruttoria quanto l'onere – ritenuto, in linea di massima, inesistente nell'ambito del *iudicium recuperatorium* – di presiedere il collegio giudicante⁷³.

Chiarendo che '*iudicium publicum*' fosse solamente il processo che si svolgeva con il precipuo carattere dell'unilateralità, e cioè quello avente i suoi due elementi distintivi nel prescindere dall'accordo delle parti e nel dispiegarsi di fronte ad un magistrato, il Wlassak

⁷¹ G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano*, cit., p. 27 s.

⁷² Per una critica a tale ricostruzione in specifico riferimento ai processi per multa municipali v. B. SANTALUCIA, *Osservazioni sulla giustizia penale nei 'municipia'*, in *Gli Statuti Municipali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi ed Emilio Gabba, Pavia, 2006, p. 554, il quale, sulla scia delle ricerche di altri autori, ha dimostrato invece che tali giudizi fossero, almeno nella loro fase di cognizione, di tipo formulare sulla scorta del fatto che le fonti a noi pervenute attestano che il magistrato era fornito di *iurisdictio*, cioè del potere di *ius dicere* di cui erano forniti i magistrati che presiedevano allo svolgimento dei processi tra privati, che nell'esercizio di questa *iurisdictio* egli doveva *dare iudicium*, cioè accordare la *formula*, e, infine, che la devoluzione del giudizio ai *recuperatores* era subordinata alla *litis contestatio*, il che confuta definitivamente la visione wlassakiana dell'appartenenza dei processi per multa ad uno speciale tipo pubblicistico, dovendosi ritenere, al contrario, che essi rientrassero a pieno titolo entro lo schema dei *iudicia privata*.

⁷³ M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 3 e 221 ss.: C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano, 1979, p. 144, nt. 39 e D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989, p. 118, e nt. 4.

dimostrò, contrariamente a quanto avevano sostenuto il Mommsen e, soprattutto, il Naber⁷⁴, che la *litis contestatio* non potesse avere luogo nel processo criminale, stanti, da un lato, il carattere prettamente contrattuale della prima – ciò che «costituisce veramente una pietra miliare sulla via del progresso relativo alle nostre conoscenze in materia di procedura civile romana»⁷⁵ – e, dall'altro, la natura appunto sostanzialmente unilaterale del secondo.

Alla luce di ciò, era dunque inconcepibile un accordo giudiziario tra l'accusatore e l'imputato, sicché le allusioni delle fonti ad una *litis contestatio* penale si potevano giustificare solamente nell'epoca in cui la *litis contestatio*, perduta la sua caratteristica essenziale convenzionale, era ormai ridotta quasi ad un *nudum nomen*.

Da qui, il più che fondato dubbio che le fonti estendenti la *litis contestatio* anche al processo penale non fossero autentiche, in quanto frutto delle interpolazioni dei compilatori giustiniane⁷⁶, i quali non avrebbero prestato attenzione al fatto che i classici non avessero mai impiegato l'espressione '*litis contestatio*' al di fuori del processo civile⁷⁷.

E, a supporto della sua ricostruzione, il Wlassak, che pure non aveva mancato di segnalare diverse testimonianze giuridiche, come D. 43.29.3.13⁷⁸, 48.2.20⁷⁹ e 48.5.19⁸⁰,

⁷⁴ Per la citazione di questi due autori e la loro ricostruzione della *litis contestatio* come istituto presente anche nel processo penale – in quanto legittimato dalla giurisprudenza del III sec. d.C. secondo il Mommsen, che aveva peraltro giustificato tale innovazione con ragioni fiscali, ed ammesso nei *iudicia publica* ordinati dalla *lex Iulia repetundarum* secondo il Naber – v. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 24, nt. 19, e C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 135, nt. 16.

⁷⁵ A. BISCARDI, *La 'litis contestatio' nel processo penale romano*, in *Studi senesi [In memoria di Ottorino Vannini]*, 66-67, 1954-1955, p. 640 e *Sur la 'litis contestatio' du procès criminel*, in *RIDA.*, 7, 1960, p. 308 s.

⁷⁶ Per un'accurata rassegna delle opinioni favorevoli e contrarie a tale tesi v. L. FANIZZA, *Il crimine e la morte del reo*, in *MEFRA.*, 96, 1984, p. 689, e nt. 46.

⁷⁷ Per una completa e dettagliata illustrazione della tesi del Wlassak sull'inesistenza della *litis contestatio* nel processo penale romano v., per tutti, A. BISCARDI, *La 'litis contestatio'*, cit., p. 641 ss.; ID., *Sur la 'litis contestatio'*, cit., p. 308 ss.; ID., *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana. Note ed appunti*, Milano, 1973, p. 102 ss.

⁷⁸ Ulp. 71 *ad ed.*: *Si tamen, posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. Itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum. Nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator. Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri vel eidem sine exceptione vel alii.*

⁷⁹ Mod. 2 *de poen.*: *Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur: adeo ut divus Severus et Antoninus rescripserunt, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.*

⁸⁰ Mac. 1 *de publ. iud.*: *vel antequam cum eo agi coepit,*

nelle quali il verbo ‘agere’ era utilizzato in riferimento al diritto penale⁸¹, indagò ampiamente alcuni istituti del processo criminale delle *quaestiones*, quali la *delatio nominis*⁸², la *petitio*⁸³, la *receptio nominis*⁸⁴, la *praescriptio*⁸⁵, non disdegnando di occuparsi anche del rapporto tra *litis contestatio* ed *appellatio*⁸⁶ e di porsi altresì il quesito dell’applicazione, o meno, della *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem* dell’epoca classica⁸⁷.

Come era prevedibile, l’ampia ed originale indagine dell’insigne Maestro austriaco suscitò non poco interesse nella dottrina coeva, che, recensendo l’opera, si divise però tra chi, come il Koschaker⁸⁸, ne approvò le conclusioni lodando, a fronte di una puntuale critica testuale delle fonti, l’approccio costruttivo⁸⁹, e, chi, come il Lotmar⁹⁰, che pure

⁸¹ *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, p. 29, nt. 53, e 33 s. Cfr. J.-L. FERRARY, ‘Patroni’ et *accusateurs dans la procédure ‘de repetundis’* [1998], in ID., *Recherches sur les lois comitiales et sur le droit public romain*, Pavia, 2012, p. 403, e nt. 29.

⁸² Secondo il WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 6 ss., 18 ss., e nt. 33, 25 ss. e 37 s., l’espressione ‘*nomen deferre*’, che, nel suo significato letterale, indica la comunicazione del nome dell’accusato rivolta al magistrato, non poteva intendersi in altro modo che in senso pregnante, cioè come comprensiva in sé dell’indicazione sommaria dei capi d’accusa, identificandosi nel primo gradino dell’accusa stessa e sostanziandosi nel parallelo ‘*reum aliquem facere*’: C. VENTURINI, *Studi sul ‘crimen repetundarum’*, cit., p. 131, nt. 5; D. MANTOVANI, *Il problema d’origine dell’accusa popolare*, cit., pp. 191, e nt. 208, e 194, e nt. 216. Ma v. pure R. FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhundert, dargestellt am Brief des Plinius an Trajan und den Reskripten Trajans und Hadrians*², München, 1969, p. 74, e nt. 118; H. MAIHOLD, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln, 2005, p. 329 e nt. 65; C.G. PAULUS, *Der Prozess Jesu – aus römisch-rechtlicher Perspektive*, Berlin-Boston, 2016, p. 30, e nt. 24.

⁸³ A giudizio del WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 29, nt. 53, vi sarebbe stato un dualismo terminologico e funzionale, all’interno del giudizio, tra questo istituto e la *delatio nominis*: C. VENTURINI, *Studi sul ‘crimen repetundarum’*, cit., p. 132, e nt. 9.

⁸⁴ Avente, secondo il WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 7, nt. 4, 9 ss., 15 ss. e 21 ss., natura di atto di accertamento necessitato: C. VENTURINI, *Studi sul ‘crimen repetundarum’*, cit., p. 136, nt. 17. Ma v. pure R. FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden*, cit., p. 74, e nt. 118.

⁸⁵ Secondo il WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 12 ss., ove l’accusato avesse voluto opporre delle eccezioni, appunto le *praescriptiones*, avrebbe dovuto farlo prima di essere iscritto nel registro dei rei: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*², Milano, 1998, p. 191, e nt. 13.

⁸⁶ Il WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 163, nt. 58, e 170 ss., ritenne infatti di potere addurre un altro argomento in favore dell’inammissibilità della *litis contestatio* nel processo criminale dal fatto che, se essa vi fosse stata, sarebbe stato inverosimile che i suoi effetti venissero anch’essi travolti dall’appello: U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 339 s., e nt. 29.

⁸⁷ Interrogativo, questo, risolto dal WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., pp. 146 ss. e 181 ss., in senso negativo: S. DI PAOLA, *La ‘litis contestatio’ nella ‘cognitio extra ordinem’ dell’età classica*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Catania.*, 2, 1947-1948, p. 253 s., e nt. 4.

⁸⁸ In ZSS., 40, 1919, p. 364 ss.

⁸⁹ T. BEGGIO, *Paul Koschaker (1879-1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg, 2018, p. 208, nt. 127.

⁹⁰ *Die Litiskontestation im römischen Akkusationsprozess*, in *Schweiz. Zeitschr. Strafrecht*, 31, 1918, p. 249 ss. Sulla vita, la carriera, le opere e la personalità scientifica del Lotmar v. M. VARVARO, *Riflessioni sui*

aveva ritenuto di grande valore i due volumi del Wlassak sulle *leges* introduttive del processo formulare (*Römische Prozessgesetze. Ein Beiträge zur Geschichte des Formularverfahrens*) editi a Leipzig nel 1888 e 1891⁹¹, ne fece invece oggetto del più completo disaccordo⁹².

In quest'ultima *Besprechung* di ben 31 pagine, seppure con argomenti in verità «non troppo convincenti»⁹³ ed anche con la prospettazione di «singolari ipotesi»⁹⁴, venivano attaccate tanto l'idea della natura contrattualistica della *litis contestatio* quanto la tesi centrale dell'inesistenza della *litis contestatio* nel processo criminale romano, la quale sarebbe stata necessaria non solo per interrompere i tempi processuali, ma anche per fissare la contesa.

rapporti fra dogmatica giuridica e storia del diritto nel pensiero di Philipp Lotmar, in *Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, a cura di I. Fagnoli, Frankfurt am Main, 2014, p. 23 ss.; I. FARGNOLI, *Einleitung*, in *Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, a cura di I. Fagnoli, Frankfurt am Main, 2014, p. VII ss.; EAD., *Tra 'error' e 'locatio conductio'. Il percorso scientifico di Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, p. 1173 ss.; EAD., *L'errore in diritto romano di Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, a cura di L. Gagliardi, Milano, 2018, pp. 293 ss.; EAD., *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 310 ss.; EAD., *Philipp Lotmar e la critica della teoria interpolazionistica*, in *'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano*, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 17 ss.; EAD., *Philipp Lotmar e la 'litis contestatio' nel processo criminale*, in *'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano*, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 97 ss.; U. FASEL, *Philipp Lotmar nella facoltà dell'Università di Berna e all'ombra di Eugen Huber*, in *'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano*, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 41 ss.; S. LO IACONO, *'Ea quae in testamento deleta sunt' nella dottrina di Philipp Lotmar*, in *'Heimat di tutti i giuristi'. Il contributo di Philipp Lotmar al diritto romano*, a cura di I. Fagnoli, Roma, 2021, p. 79 ss.

⁹¹ Sul punto v. I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 313 ss.

⁹² Secondo la FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 317, Koschaker avrebbe si preso posizione a favore del Wlassak, ma - diversamente da quanto sostenuto dal BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 32 s. - non scrivendo, in realtà, una recensione di segno opposto a quella del Lotmar.

⁹³ A. BISCARDI, *La 'litis contestatio'*, cit., p. 642 ed *Aspetti del fenomeno processuale*, cit., p. 103.

⁹⁴ A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale*, cit., p. 117, che, tra queste ipotesi, annovera, criticandole, quella (*Die Litiskontestation*, cit., pp. 269 s.) che, in relazione a D. 48.16.15.5 (Macer 2 *iud. publ.*: *Qui post inscriptionem ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint variis praesidium occupationibus vel etiam civilium officiorum necessitatibus districti, in senatus consultum non incident*), congetturava la presenza di una glossa (¶nt^ litem contestatam), alterata per errore (*ante litem contestatam*) e scivolata poi nel testo per colpa di un copista (p. 118) e, ancora, quella (*Die Litiskontestation*, cit., p. 274 s.) che, supponendo che le due menzioni della *condemnatio* contenute in D. 48.2.20 (Mod. 2 *de poen.*: *Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur: adeo ut divus Severus et Antoninus rescripserunt, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta*) fossero dei glossemi pregiustiniani imputabili ad un malinteso di qualche lettore postclassico, attribuiva ai compilatori giustiniani la sciocchezza di essersi messi in contraddizione con sé stessi laddove non avevano eliminato l'antinomia tra le due frasi del testo contenenti l'allusione appunto alla *condemnatio* (p. 131).

E ciò, come è stato evidenziato dal Di Paola⁹⁵, partendo dal presupposto che, discorrendo le fonti di *litis contestatio* anche nella *cognitio extra ordinem*, ci si dovesse necessariamente riferire ad un istituto identico a quello del processo formulare, e tuttavia capovolgendo il ragionamento, giacché, invece di far discendere dalla concezione wlassakiana l'inesistenza della *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem*, si sosteneva invece l'esistenza della *litis contestatio* in questo tipo di processo e se ne deduceva l'erroneità della ricostruzione del Wlassak, in quanto la *litis contestatio* non poteva avere, nella *cognitio* ufficiale, quei caratteri attribuiti da questo autore.

Le riserve e le critiche espresse con toni talvolta eccessivamente duri dal Lotmar indussero allora il Wlassak a replicare fermamente ad esse con uno scritto, pubblicato nel 1920 ancora a Vienna, che, sia per l'ampiezza (57 pagine) e sia per il titolo, *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, che non a caso nella prima parte riprendeva quello della monografia recensita dal Lotmar e nella seconda parte appalesava la natura appunto di *Abwehr* contro gli attacchi di quest'ultimo, per un verso si configurava come la risposta puntuale – articolata in nove diversi punti, che sono stati oggetto di un'accurata rassegna da parte del Beggio⁹⁶ e, soprattutto e più di recente, di un'acribica ricostruzione da parte della Fagnoli⁹⁷ – ai rilievi mossi alla sua monografia, le cui tesi non ne uscivano perciò nemmeno scalfite⁹⁸, e, per altro verso, costituiva l'occasione per ritornare sulla ricostruzione in essa proposta, per meglio chiarirla e specificarla e, se del caso, rettificarla in qualche suo aspetto ritenuto poco convincente.

Il Wlassak ebbe così modo di riprendere, in generale, il problema della *litis contestatio*, ribadendosene la sua configurazione come atto bilaterale con il quale le parti manifestavano l'accordo raggiunto circa i termini della lite⁹⁹, e di rintracciare le salienti differenze di struttura tra *iudicium privatum* e *iudicium publicum*¹⁰⁰, deducendosene la conferma dell'idea dell'impossibilità che la *litis contestatio* potesse trovare applicazione nel processo criminale¹⁰¹ e, in particolare, nelle *quaestiones*. Delle quali puntualizzò anche qualche aspetto di dettaglio, come, ad es., quello dell'intrasmissibilità passiva dell'*actio ex lege repetundarum*, in relazione alla quale, contrariamente a quanto aveva immaginato il

⁹⁵ La 'litis contestatio', cit., p. 255, e nt. 11.

⁹⁶ A obra centenária, cit., p. 30 ss.

⁹⁷ Nel prisma degli studi sul processo romano, cit., p. 318 s.

⁹⁸ Così T. BEGGIO, A obra centenária, cit., p. 29 s.

⁹⁹ Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar, cit., pp. 16 ss., 24 ss.

¹⁰⁰ Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar, cit., p. 30 ss.

¹⁰¹ Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar, cit., pp. 41 ss. e 51 ss.

Mommsen¹⁰², dubitò fortemente che le leggi *de repetundis* si fossero uniformate, appunto in materia di trasmissibilità, al modello del diritto penale privato ed avessero prodotto perciò effetti analoghi alla *litis contestatio* attraverso la *nominis delatio*¹⁰³.

Inoltre, ribadì la convinzione dell'esistenza dell'*accusatio* anche nella *cognitio extra ordinem*¹⁰⁴ e, in riferimento ad essa, reiterò l'idea che fosse improbabile l'utilizzo del termine '*litis contestatio*' già da parte dei giuristi classici¹⁰⁵, finendo anche per ammettere che il *litem contestari* nelle *legis actiones* non avrebbe mai assunto la forma di un accordo¹⁰⁶.

Ora, la ricostruzione del processo penale romano del Wlassak non è stata esente da critiche riguardanti sia il carattere unilaterale del *iudicium publicum*, sia la netta distinzione tra quest'ultimo ed il *iudicium privatum*, sia l'assenza della *litis contestatio* nel processo criminale e sia la configurazione di singoli momenti ed istituti procedurali.

Così, il Brasiello¹⁰⁷ ha affermato che dall'inesistenza della *litis contestatio* nel processo criminale classico non deve necessariamente dedursi che, nel diritto romano, vi fosse una profonda differenza di natura tra il processo privato ed il processo penale e che quest'ultimo fosse assolutamente unilaterale, giacché, con specifico riferimento alle *quaestiones*, l'eventuale derivazione dalla *lex Calpurnia*, la necessità della presenza dell'accusatore in tutto il dibattito e lo svolgimento di taluni atti, analogo a quello del processo privato, fanno supporre non solo che proprio il processo privato abbia dato le direttive informatrici a quello criminale, ma anche che il processo delle *quaestiones* avesse il carattere della bilateralità¹⁰⁸.

Ancora, il Biscardi¹⁰⁹ ha osservato che, ove si ritenesse che la *litis contestatio* nel processo dell'*ordo* non sia stata sempre una convenzione od un 'contratto' nel senso

¹⁰² Sulla diversa opinione di tale autore v. i rilievi critici del VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 149.

¹⁰³ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 49 nt. 4: C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum'*, cit., p. 149, e nt. 148.

¹⁰⁴ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 37: A. BISCARDI, *Aspetti del fenomeno processuale*, cit., p. 158 s., e nt. 130.

¹⁰⁵ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 15: S. DI PAOLA, *La 'litis contestatio'*, cit., p. 254, e nt. 4.

¹⁰⁶ *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar*, cit., p. 8 ss. Sul punto v. M. SCIORTINO, '*Res acta*' e potere magistratuale di interrompere una '*legis actio*' irregolare, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo.*, 57, 2014, p. 226, e nt. 45.

¹⁰⁷ *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del Diritto Penale Romano*, in *Arch. Giur.*, 120, 1938, p. 63, e nt. 4; *Processo penale romano*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1940, p. 637; e *Processo penale (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1159.

¹⁰⁸ Cfr., su quest'ultimo punto, D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 192, e nt. 210.

¹⁰⁹ *La 'litis contestatio'*, cit., pp. 642 e 645 ss.; *Sur la 'litis contestatio'*, cit., pp. 309 e 312 ss.

moderno del termine e che l'espressione '*litem contestari*' non indicasse in origine l'accordo delle parti, mentre il significato in cui essa è usata nell'età classica non sarebbe che il risultato di un adattamento posteriore, apparirebbe indispensabile una completa revisione del problema della *litis contestatio* criminale. Con la conseguenza che, pur dovendosi accettare la tesi del Wlassak sulla natura convenzionale della *litis contestatio* nel processo formulare classico, occorre domandarsi se l'uso delle espressioni '*litis contestatio*' e '*litem contestari*' non possa trovare comunque un'adeguata giustificazione storica nel processo criminale, in relazione al quale deve escludersi, come lo stesso Wlassak è riuscito a dimostrare, che esse abbiano mai potuto alludere ad un qualsiasi accordo delle parti. Pertanto, si può ritenere che il linguaggio del processo penale abbia mutuato assai tardi da quello del processo civile le suddette espressioni, sicché i giuristi classici, ponendo l'accento sul fatto che la *litis contestatio* civile era vista come il momento nel quale aveva origine il rapporto che vincolava reciprocamente le parti assoggettandole al giudice in relazione ai termini non più modificabili della formula, giunsero a concepire il rapporto nascente dalla *litis contestatio* come un rapporto di carattere eminentemente processuale e, quindi, a considerare per antonomasia la *litis contestatio* come l'atto costitutivo di tale rapporto. Una siffatta configurazione della *litis contestatio* permetteva allora di trasferire la terminologia del '*contestari litem*' anche al processo criminale. E, invero, se si intende l'espressione '*litis contestatio*' nel suo significato generico, cioè come espressione usata per indicare l'atto costitutivo irrevocabile di un qualsiasi rapporto processuale, l'adozione di questa terminologia in relazione al processo penale diviene giustificabile già verso la fine dell'età classica, senza bisogno di dovere necessariamente pensare a glossemi od interpolazioni. Dunque, non fu Giustiniano ad introdurre l'espressione '*litis contestatio*' nel linguaggio del processo criminale, come riteneva il Wlassak, potendosi immaginare che egli, mosso dalla sua nota *reverentia antiquitatis*, si fosse tutt'al più limitato ad adottarne l'uso. E, del resto, questa ricostruzione alternativa a quella prospettata dal Wlassak sarebbe confermata tanto dall'esistenza della *litis contestatio* nella *cognitio extra ordinem* dell'età classica (benché non consistesse affatto in un accordo delle parti paragonabile a quello dell'*ordo*) quanto dall'assoluta inspiegabilità dell'interesse che avrebbe potuto spingere le scuole postclassiche od i compilatori giustiniani ad introdurre la *litis contestatio* nel linguaggio del processo penale.

Inoltre, la Bianchini¹¹⁰, sulla scia dei rilievi dello stesso Biscardi¹¹¹ in ordine

¹¹⁰ *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964, pp. 64, 119, nt. 100.

all'impossibilità di identificare la *litis contestatio* con le *testationes* che venivano compiute all'atto della *delatio nominis* nella procedura delle *quaestiones perpetuae* ed all'utilizzo dell'espressione '*litis contestatio*' nel processo penale di epoca classica per indicare i *sollemnia accusationis* successivi all'*inscriptio inter reos* dell'accusato ed idonei a costituire il rapporto processuale, ha dimostrato che la sintetica espressione '*sollemnia accusationis*' fosse appunto l'atto costitutivo del rapporto processuale (determinato, sostanzialmente, dall'incontro dei due atti del magistrato e di parte, quali erano, rispettivamente, l'*inscriptio* e la *subscriptio*) e - confutando la contraria opinione del Wlassak¹¹² - che, per analogia, tale espressione venisse accostata dai giuristi tardoclassici alla *litis contestatio* nel processo privato.

Infine, il Santalucia¹¹³ ha contestato l'idea del Wlassak¹¹⁴ - condivisa, questa volta, dalla Bianchini¹¹⁵ - che la firma del *libellus inscriptionis* da parte dell'accusatore continuasse ad essere apposta, ancora nelle *quaestiones perpetuae* definitivamente ed organicamente organizzate da Augusto con la *lex Iulia iudiciorum publicorum* del 17 a.C., sulle *tabulae publicae*, specificando che la nuova regola della *subscriptio* sullo stesso libello costituisse un'evidente conseguenza del fatto che tale documento sostituì il verbale relativo alla *delatio nominis*, che, in età repubblicana, veniva redatto dal magistrato e sottoscritto dall'accusatore.

Tuttavia, nonostante i summenzionati rilievi del Biscardi, la tesi principale del Wlassak, e cioè l'assenza della *litis contestatio* nel processo criminale e, in particolare, nelle *quaestiones*, «dimostrata magistralmente»¹¹⁶ dal suo propugnatore, non è mai stata sostanzialmente messa in discussione¹¹⁷ e rimane ancor oggi valida, dal momento che il Mantovani¹¹⁸, uno dei più autorevoli studiosi del processo delle *quaestiones*, ha avuto modo, più di recente, di trarre nuovi argomenti in favore della sua fondatezza «per la

¹¹¹ La '*litis contestatio*', cit., p. 642 ss. e *Sur la 'litis contestatio*', cit., pp. 309 ss., 320, 336 ss. e 359.

¹¹² *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 30 ss.

¹¹³ *Diritto e processo penale*, cit., p. 191, e nt. 11.

¹¹⁴ *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht*, cit., p. 19, nt. 32.

¹¹⁵ *Le formalità costitutive del rapporto processuale*, cit., p. 104 ss., e nt. 78.

¹¹⁶ D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 147, nt. 86.

¹¹⁷ Così, giustamente, I. FARGNOLI, *Nel prisma degli studi sul processo romano*, cit., p. 320 s., che ricorda come diversi autori, in passato ed anche assai di recente, abbiano tenuto in grande considerazione l'ipotesi del Wlassak sull'inesistenza della *litis contestatio* nei *iudicia publica*. Tema, questo, che, tuttavia, secondo tale autrice (p. 321), meriterebbe maggiore approfondimento, non foss'altro perché «dopo Wlassak e Lotmar nessuno si è cimentato con eguale intensità con l'interrogativo dell'esistenza, o meno, nel processo criminale, di un momento paragonabile alla *litis contestatio* del processo privato».

¹¹⁸ *Il problema d'origine dell'accusa popolare*, cit., p. 191, nt. 207.

quaestio della *Lex Tabulae Bembinae* dalla r. 19 ss., dove la costituzione del rapporto processuale che si manifesta nella scelta dei giudici è subordinata alla *delatio nominis* e dal sistema della preclusione dell'azione, che, nel rinunciare alla nozione di *eadem res* a favore di un criterio cronologico, mostra l'inutilizzabilità della *litis contestatio* come momento di fissazione dei termini della controversia».

Ecco allora che il contributo fondamentale dato dal Wlassak alla storia del processo criminale romano costituisce il momento iniziale di quell'effettiva rinascita degli studi criminalistici, rimontante al periodo immediatamente successivo alla prima guerra mondiale e perdurante fino agli anni precedenti alla seconda, che, per il rifiorire delle indagini romanistiche in Europa, può essere considerato come uno stato di grazia.

È in questo periodo, infatti, che, venutisi determinando meglio nelle polemiche fini e limiti del nuovo metodo, la scienza romanistica allarga il campo delle sue indagini e sente come non mai l'esigenza di considerare da un punto di vista unitario tutta l'esperienza giuridica romana. Messisi su questa linea, era inevitabile che anche gli istituti sostanziali e processuali del diritto criminale dovessero essere posti sotto revisione¹¹⁹.

E, in questo senso, la grande intuizione e, insieme, l'innegabile merito del Wlassak furono certamente quelli di approfondire e delineare gli istituti ed i principi del processo penale romano in connessione con quelli del processo civile, e ciò perché «una precisa soluzione di questi ultimi imponeva una revisione e soluzione degli altri»¹²⁰.

Con la conseguenza, allora, di «rimarcare in maniera convincente la diversità sussistente tra il processo criminale, di diritto pubblico, e quello civile, facendo emergere le peculiarità del primo, che ottiene pertanto dignità di materia di studio autonoma e non solo ancillare, rispetto al procedimento di natura privatistica»¹²¹, anche se poi è lo stesso Wlassak «a riconoscere come sia necessario, al fine di impostare adeguatamente il problema, partire da un'analisi dell'istituto della *litis contestatio*, così come esso si presenta nell'ambito del processo formulare di diritto privato»¹²².

E, da qui, la sua condivisibile convinzione che, se per un verso bisogna evitare di condurre ricerche per 'compartimenti-stagni', per altro verso tali indagini non devono «indulgere nella facile tentazione di rappresentare il fenomeno processualcriminalistico come mera trasposizione, in ambito pubblicistico, di una costruzione privatistica»¹²³.

¹¹⁹ Così G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano*, cit., p. 28.

¹²⁰ G.G. ARCHI, *Gli studi di diritto penale romano*, cit., p. 28.

¹²¹ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 26.

¹²² T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 26.

¹²³ T. BEGGIO, *A obra centenária*, cit., p. 26.

3. L'enorme influenza esercitata sulla manualistica e trattatistica dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento dalla dottrina del Wlassak e, prima di lui, di quella del Keller, ai quali va anche riconosciuto il grande merito di avere fatto assumere al processo civile un'importanza che va ben al di là della rilevanza del fenomeno in sé considerato, ha però prodotto la singolare e, per certi aspetti, inevitabile conseguenza che, della letteratura che si è occupata in questo periodo di tempo di poco più di cento anni dell'esperienza processuale civile romana, si finisce per ricordare quasi esclusivamente due autori, appunto il Keller ed il Wlassak, considerati rispettivamente come il punto di partenza e quello di arrivo della pur complessa e variegata vicenda storiografica del periodo storico ora ricordato¹²⁴.

Ora, nessun dubbio esiste in ordine al fatto che le loro opere costituiscano, come si è già detto, delle vere e proprie pietre miliari nella ricostruzione del fenomeno processuale romano e, tuttavia, in esse non si esaurisce certo la grande tradizione storiografica del processo civile romano, all'interno della quale disparate furono le tendenze metodologiche che innovarono il panorama degli studi dell'epoca e che appalesano non pochi profili di attualità per la storiografia contemporanea, che risulta esserne debitrice per diversi aspetti.

Allo studioso del processo civile romano si manifesta allora la necessità di ricostruire, nella maniera più completa possibile ed al tempo stesso senza pretese di esaustività, il percorso svolto dalla grande tradizione storiografica ottocentesca e dei primi del Novecento per cercare di comprendere non solo le motivazioni ideologiche e culturali e le sollecitazioni metodologiche che le hanno consentito di pervenire a risultati per lungo tempo inattaccati od insuperati dalla storiografia successiva o, addirittura, da quella odierna, ma anche perché questa tradizione storiografica sia stata e sia ancor oggi spesso inquadrata nel rigido schema dell'antitesi Keller-Wlassak, tralasciando o, comunque, non tenendo in sufficiente considerazione tutti quegli autori che pure ebbero modo di scrivere manuali e trattati di diritto processuale romano prima del Keller e dopo il Wlassak e, soprattutto, nel periodo ricompreso tra la pubblicazione del manuale del primo e quella

¹²⁴ Così, per tutti, M. TALAMANCA, *Processo civile*, cit., p. 1 s.; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 16 ss., che ricordano pure il Lenel ed il Bethmann-Hollweg; M. BRUTTI, *Il processo civile romano*, cit., p. 74 ss., che menziona anche il Windscheid, alla cui impostazione sarebbero stati legati i saggi del Wlassak, il quale ne avrebbe sviluppato «l'aspetto più problematico: l'azione può sorgere *ex novo*, assegnando così al processo la funzione di creare diritto. Il *decretum* del pretore è decisivo, proprio quando l'azione è nuova, quando non ha alle spalle un diritto già fissato nello *ius civile* o nell'*edictum*» (p. 77).

delle numerose opere del secondo.

Basti pensare, per il processo civile, ai manuali ed ai trattati dello Zimmern (le *actiones* come strumento di comprensione del diritto privato romano), del Bethmann-Hollweg (un'opera che apre una nuova stagione di studi sul processo civile romano), del Bekker (l'*actio* come punto di osservazione privilegiato del processo civile romano), del Karlowa (un'originale esposizione del processo civile arcaico romano), del Baron (un manuale istituzionale in omaggio alla lezione dei grandi Maestri del passato), dell'Hartmann e dell'Ubbelohde (una ricostruzione della 'macchina giudiziaria' romana), del Buonamici (il processo civile arcaico romano come sistema di *actiones*), dello Zocco-Rosa (l'approccio comparatistico di un manuale caduto nell'oblio), dell'Eisele (l'incontro tra la filologia e la riflessione storico-giuridica), del Jobbé-Duval (dal processo civile arcaico alla *lex Aebutia*), del Samter (una suggestiva interpretazione dei rapporti tra *ordo* e *cognitio*), dello Steinwenter (il processo civile contumaciale romano), del Bertolini (un trattato additabile come mirabile esempio di ricerca e didattica), del Costa (la struttura privatistica dell'*ordo* e quella pubblicistica della *cognitio*), del Wenger (l'ausilio della papirologia giuridica per la ricostruzione del processo civile romano) e dell'Arangio-Ruiz (il processo civile romano alla luce nei documenti della prassi giudiziaria).

Il perdurante oblio di queste ricostruzioni sistematiche del processo romano prospettate nel diciannovesimo secolo ed ancora nei primi decenni del ventesimo, determinato dall'enorme influenza esercitata dall'indiscussa autorità del Keller prima e del Wlassak dopo, impone perciò di riprendere nuovamente in considerazione, come in parte ho già cercato di fare¹²⁵, le opere di tutti quegli autori che caddero nel dimenticatoio proprio a causa della polarizzazione dell'attenzione della storiografia più risalente e di quella più recente solamente sugli apporti scientifici di questi due Maestri del diritto processuale romano.

E ciò, non solo per verificare se tale concentrazione sia condivisibile, ma anche, e soprattutto, per accertare quale sia stato l'apporto originale degli autori che scrissero le proprie opere sulla scia del Keller ed in concomitanza o dopo il Wlassak, consentendo così all'interprete di delineare il possibile itinerario di quella tradizione storiografica che, partendo dai risultati delle indagini del primo, anticipa quelli ai quali perverrà il secondo.

4. E quanto ora evidenziato vale anche per il processo criminale romano, dal

¹²⁵ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 73 ss.

momento che, se è innegabile che la manualistica e la trattatistica dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento abbiano dedicato particolare attenzione ai diversi tipi di processo penale succedutisi nel tempo, è altrettanto vero però che, di siffatta letteratura, si finisce per ricordare quasi esclusivamente quattro autori, il Geib¹²⁶ e lo Zumpt¹²⁷ da un lato e lo Strachan-Davidson ed il Wlassak dall'altro, considerati rispettivamente come il punto di partenza e quello di arrivo della pur composita e variegata vicenda storiografica di tale periodo storico. Non tenendo così nella giusta e doverosa considerazione alcuni manuali e trattati di diritto e processo criminale scritti in quell'arco temporale di settantacinque anni ricompreso tra la pubblicazione del prezioso manuale del Geib e quella della magistrale opera del Wlassak incentrata sull'assenza della *litis contestatio* nel processo criminale romano, come quelli del Laboulaye (il processo criminale romano come emblema della civiltà di un popolo)¹²⁸, del Di Marzo (il processo criminale romano tra dogmatica e sociologia)¹²⁹ e dell'Hitzig (dal processo penale greco al processo criminale romano), o subito dopo, come la trattazione del Lengle (il processo criminale romano come strumento di lotta per la supremazia politica)¹³⁰.

Tradizione storiografica, questa ora richiamata, che, come ho già tentato di dimostrare¹³¹, pur avendo ben presente quanto in Roma «la procedura fosse più essenziale

¹²⁶ Nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che la vicenda storiografica della processualistica criminale di diritto romano ha inizio con la pubblicazione, nel 1842 a Lipsia, del manuale di tale autore, dal titolo *Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinian's*, che - unico, nel panorama storico-giuridico del XIX secolo, ad affrontare sistematicamente ed organicamente il processo criminale nelle diverse epoche storiche, circostanza assai significativa, questa, che è debitamente sottolineata dal BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei 'publica iudicia'*, Cagliari, 1996, p. 17, nt. 1 - constitui, in realtà, una tappa intermedia della sua produzione scientifica criminalistica, dal momento che, cinque anni prima, il Geib aveva già avuto modo di occuparsi di un particolare istituto della procedura criminale romana dando alle stampe un volume sulla *confessio* dal titolo '*De confessionis effectu in processu criminali Romanorum*', Zürich, 1837, e, quasi vent'anni dopo, avrebbe editato due pregevoli volumi dedicati alla storia ed alle dottrine generali del diritto penale tedesco, dal titolo *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, Leipzig, 1861 - II, Leipzig, 1862. Sul manuale del Geib v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 171 ss.

¹²⁷ Il quale, nel 1871 a Leipzig, diede alle stampe un'opera dal titolo *Der Criminalprocess der römischen Republik*, che è comunemente ritenuta, dopo il manuale del Geib, la più significativa della trattatistica ottocentesca di diritto processuale penale romano, seppure, a differenza di quest'ultima trattazione, non riuscì a soddisfare le esigenze di un'esposizione generale e completa del processo criminale romano, dal momento che la sua analisi è limitata alla fase più matura del processo per *quaestiones* di età repubblicana. Sull'opera dello Zumpt v. F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 189 ss.

¹²⁸ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 179 ss.

¹²⁹ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 196 ss.

¹³⁰ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 235 ss.

¹³¹ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 167 ss.

del diritto»¹³², la forma superasse la sostanza e l'inadempimento di un rito producesse la perdita del diritto, fu tuttavia consapevole del fatto che la repressione dei crimini esigeva comunque una completa tutela dei diritti della difesa e che proprio questa non sempre facile conciliazione tra le garanzie necessarie alla conservazione dell'ordine della società e quelle reclamate dalla libertà civile si configurava come uno dei problemi più difficili che le legislazioni di ogni epoca abbiano dovuto affrontare e risolvere.

Ciò spiega allora «come le regole procedurali partecipino della natura delle istituzioni politiche e ne riflettano lo spirito. Si trovano nella storia del diritto non pochi istituti mantenutisi in una quasi immobilità. Foggiate una volta nella pratica e nella dottrina, poco dall'una o dall'altra sono stati alterati e perfezionati. Gli avvenimenti storici, i rivolgimenti sociali e religiosi sono passati sopra essi lasciandoli inalterati. Invece, una procedura, la penale, è stata sensibile a quanto modificava il diritto pubblico del quale era una parte, riproducendo i differenti principii delle costituzioni politiche, assumendone lo spirito e le tendenze, divenendone il corollario, modificandosi più o meno sensibilmente per seguirle nei suoi cambiamenti»¹³³.

Perfettamente conscia di tale intimo legame, esistente anche nell'esperienza giuridica romana, tra la procedura criminale ed il diritto pubblico, la manualistica ottocentesca ebbe dunque ben presente che il processo penale fosse il complemento necessario delle libertà pubbliche e che le sue formalità e regole fossero destinate a tutelare i diritti più preziosi dei cittadini (quali l'onore, la vita e la sicurezza) ed a preservarli da qualsiasi atto arbitrario e da ogni eccesso di potere, sicché «ad ogni conquista nelle politiche libertà corrispose un rinvigorimento nelle garanzie procedurali; ad ogni reazione dispotica, oligarchica o demagogica una svalutazione di esse, cioè l'arbitrio dei tribunali statali e rivoluzionari»¹³⁴.

Ed è appunto siffatta stretta connessione tra diritto pubblico e procedura penale che spiega, peraltro, la profonda differenza che esiste tra questo tipo di procedura e la procedura civile, che «si presenta nelle sue grandissime linee quasi immobile»¹³⁵.

Inoltre, la trattatistica ottocentesca si rese perfettamente conto della circostanza che l'indagine sul processo criminale romano non poteva essere condotta solamente sul piano della sua ricostruzione storica, giacché, in tale precipuo ambito, la separazione tra

¹³² In questi termini si esprime il SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, III, 1, sotto la direzione di P. Del Giudice, Milano, 1925, p. 1.

¹³³ G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile*, cit., p. 3.

¹³⁴ G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile*, cit., p. 4.

¹³⁵ G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile*, cit., p. 4.

l'approccio meramente storico-evolutivo degli istituti ed il loro studio dommatico non costituiva, a differenza di altri campi dell'esperienza giuridica romana, un'esigenza scientifica imprescindibile.

E, in questo senso, deve allora condividersi l'opinione di chi¹³⁶ ha ritenuto che lo studioso del processo penale moderno «non resta appagato dinanzi a quelle mere elaborazioni storiche e si avvede che ai cultori del diritto romano con solo metodo storico, non integrato da un esame dogmatico pieno e profondo, sfuggono l'anima viva, la vita limpida e la realtà operante del diritto, pur potendosi ammirare in quei cultori profondità e vastità di indagini storiche».

Pertanto, proprio per la specificità che connota il processo criminale romano, «occorre, sì, rivivere istituti e dottrine spiegandosi le ragioni, ricollegate alla 'civiltà' dell'epoca, che li crearono e confermarono o abbandonarono, ma con l'avvertenza che le vicende della 'civiltà' (la storia 'politica' eccetera) sono solo un presupposto per la ricostruzione delle soluzioni tecnico-giuridiche»¹³⁷, evitando così pericolose antistoriche 'attualizzazioni'.

E questo deve dirsi, a maggior ragione, ove si pensi che, a dispetto della circostanza che oggi è ormai impossibile non distinguere tra diritto penale sostanziale e diritto processuale penale, nell'esperienza romana l'individuazione dei comportamenti da vietare e reprimere fu a lungo così strettamente connessa con l'attività diretta a punire i malfattori che è arduo, e storiograficamente nient'affatto conducente, trattare separatamente delle fattispecie dei reati e dell'applicazione giudiziale delle sanzioni¹³⁸. E ciò proprio perché, come bene è stato rimarcato dal Brasiello¹³⁹, «tutta la evoluzione storica dei singoli crimini è in funzione della evoluzione del processo, e anche della repressione, al processo strettamente collegata, onde la ricostruzione storica della evoluzione del crimine non può prescindere appunto dalla conoscenza del processo e della repressione».

5. La rassegna di alcune delle opere più importanti del Wlassak non ha certo la

¹³⁶ G. F. FALCHI, *Diritto penale romano*, III, *Procedura*, Padova, 1937, p. 2.

¹³⁷ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale romana nell'esperienza romana. Profili*⁵, Napoli, 1998, p. XV.

¹³⁸ In questo senso v. i condivisibili rilievi del GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., p. XII, che ha modo di ricordare l'immeritato giudizio del Carrara, uno dei padri fondatori della penalistica italiana, secondo cui i Romani sarebbero stati giganti per quanto attiene alla costruzione del diritto privato, ma pigmei nella repressione criminale.

¹³⁹ *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, in *SDHI.*, 12, 1946, p. 155 s.

pretesa di offrire al lettore conclusioni definitive, ma, più semplicemente, costituisce un invito a rileggere una serie di lavori che ancora oggi appaiono utili allo studioso del diritto processuale civile e criminale romano, dal momento che suggeriscono nuovi angoli di visuale dai quali guardare alcuni dei problemi ancora aperti ed insoluti dell'odierna ricerca romanistica processualistica.

E, invero, sulla scorta dello stretto collegamento, colto nella sua compiutezza e concretezza dal Wlassak, tra storia, società, economia, politica e diritto, si comprende l'enorme differenza che intercorre tra quella maniera di intendere il diritto processuale romano e quella che connota non di rado gli studi più recenti.

Infatti, a differenza di autori come il Wlassak, noi moderni siamo portati spesso ad impostare il diritto processuale romano non solo in termini talora eccessivamente dommatici, con la conseguenza di far prevalere, facendosene suggestionare più del dovuto, la tecnica giuridica sulla ricostruzione storico-politica, dando così luogo non di rado a ricostruzioni nelle quali cogliamo sì il funzionamento dei diversi organi giurisdicenti della complessa organizzazione giudiziaria romana e la struttura dei singoli istituti processuali, ma non riusciamo tuttavia ad afferrare e, spesso, nemmeno ad intravedere quali fossero le forze vive e reali che animavano l'esperienza processuale romana nella sua evoluzione storica, politica, sociale ed economica¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Si pensi, ad esempio, alla ricostruzione wlassakiana della giurisdizione civile degli edili curuli ed alle *actiones aediliciae*, sulla quale v., ampiamente, N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, p. 7 ss., e, più limitatamente, F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, 2015, p. 25 s. Al contrario, il Wlassak non colse il significato dell'espressione «*iubere iudicare*» – richiamante, come è noto, il potere pretorio nell'ambito del processo formulare di rinviare il giudizio davanti ad un *iudex privatus* – che ricorre, in riferimento al *praefectus urbi*, in un passo di Ulpiano proveniente dal secondo dei libri *ad edictum* (D. 1.12.3: *Praefectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet: extra urbem potest iubere iudicare*), affermando che tale locuzione si sarebbe riferita ai *praefecti ob ferias*, ai quali era anticamente attribuita, in rappresentanza dei due pretori, la giurisdizione civile. Ma la fondatezza delle molteplici argomentazioni addotte a supporto di tale conclusione è stata convincentemente confutata dalla SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della 'giurisdizione civile' del 'praefectus urbi' nell'età severiana*, in *Labeo*, 39, 1993, p. 200 ss., che ha interpretato il testo ulpiano – da leggersi in combinazione con un altro passo dello stesso Ulpiano proveniente dal primo dei libri *de appellationibus* (D. 49.3.1pr.: *Quod dicitur eum appellari, qui dedit iudicem, sic accipiendum est, ut et successor eius possit appellari. Proinde et si praefectus urbi iudicem dederit vel praetorio, ipse erit provocandus, qui eum dederit iudicem*), nel quale il giurista discorre della nomina di una *datio iudicis* da parte del *praefectus urbi* – ritenendo che il *praefectus urbi* potesse, rimanendo a Roma, delegare un funzionario affinché giudicasse, in sua vece, *extra ordinem*. E ciò, sulla scorta della condivisibile opinione dello stesso Wlassak secondo la quale, nel processo formulare, il pretore ed il prefetto in quanto suo rappresentante avessero il potere di *iubere iudicare* anche fuori Roma. Facoltà, questa, di cui poteva dunque essere titolare anche il *praefectus urbi*, anche se esercitata con le modalità della *cognitio extra ordinem*, specie nell'epoca nella quale questo funzionario risulta avere assunto una posizione gerarchica più elevata rispetto alle magistrature repubblicane. E, da qui, la conclusione che la giurisprudenza severiana assimilò il potere-dovere dei tradizionali magistrati repubblicani di nominare un *iudex privatus* deputato ad

Si può perciò affermare che opere di diritto processuale civile e criminale come quelle del Wlassak ci appaiono come punti di riferimento per l'ulteriore sviluppo di una storiografia che sia in grado di evidenziare, più di quanto sia avvenuto fino ad oggi, i nessi esistenti tra storia, politica e diritto.

E si tratta di una precisa scelta metodologica volta ad evitare di rappresentare la storia del processo civile romano nei termini, che spesso sono divenuti consueti nella manualistica odierna, di una mera successione cronologica che vede affermarsi, in ambito civile, prima le *legis actiones*, poi il processo formulare ed infine la *cognitio extra ordinem* e, in ambito, criminale, inizialmente il processo regio, dopo il processo comiziale e le *quaestiones* e, da ultima, la *cognitio extra ordinem*.

E, ancora, meritevole di essere ripresa in considerazione sul piano metodologico è l'idea del Wlassak, poi fatta propria ed ampliata in modo significativo dal Wenger¹⁴¹, secondo cui non può addivenirsi mai ad una piena comprensione del processo civile romano senza una correlazione con l'intera esperienza processuale romana e, quindi, anche con quella criminale e, soprattutto, in maniera sganciata ed avulsa dal mutato contesto costituzionale nel quale si inserirono i diversi sistemi processuali conosciuti dalla più che millenaria esperienza giuridica romana, per la cui comprensione è necessario stabilire diversi nessi con le indagini compiute dalle altre scienze dell'antichità e da tutte le discipline storico-antiquarie, in quanto tutte momenti di un unico processo scientifico della conoscenza e della ricostruzione del diritto processuale romano.

In questo senso, può allora ben dirsi che, non di rado, gli odierni studiosi del processo romano, soprattutto, quello criminale, hanno dimenticato un importante ammonimento del Wlassak, cioè quello di guardare con sospetto ad indagini storiografiche sopravvalutanti gli aspetti giuridico-formali a discapito di tutti quei fattori e moventi storico-politici che costituiscono il presupposto, più o meno immediato, di tutti gli istituti giuridici processuali, con la necessitata conseguenza di un'eccessiva rigidità nella ricostruzione delle loro vicende e fisionomie.

Questa visione del processo criminale romano assurge così ad indicatore storico emblematico della civiltà di un popolo, da additare quale esempio anche per gli stati moderni, e, inoltre, rimarca la necessità di trattare unitariamente il diritto penale ed il processo criminale, dovendosi ritenere, con il Wlassak, che la storia del diritto criminale,

emanare la sentenza alla facoltà del *praefectus urbi* di designare un funzionario di rango inferiore per l'intera cognizione della controversia oppure per il compimento di singoli atti processuali.

¹⁴¹ F. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit., p. 142 ss.

sostanziale e processuale, vada vista come storia di trasformazione e di sviluppo determinati da profonde tensioni sociali e politiche.

Se il processo penale è dunque l'espressione di quelle lotte, ne discende allora che lo sviluppo storico può essere segnato solamente dalla trasformazione degli istituti giuridici, per cui la storia del diritto è essenzialmente storia dei problemi più che successione cronologica.

Da questo punto di vista, le opere del Wlassak ci appaiono pertanto come un fondamentale punto di snodo del percorso della processualistica criminale romana ottocentesca e, insieme, come uno dei più importanti anelli di una 'catena' storiografica molto lunga che, iniziata con il Geib e proseguita con il Mommsen, è giunta fino ai giorni nostri e che si manifesta attraverso il dipanarsi di una trama, a volte manifesta ed altre volte occulta, contrassegnante la processualistica criminale di diritto romano dell'Ottocento come un percorso culturale ed intellettuale che lega tra di loro opere solo *prima facie* assai distanti l'una dall'altra.

Alla luce di quanto ora detto, non vi può essere allora alcun dubbio che il vero Maestro, a tutt'oggi insuperato, del processo romano sia stato appunto il Wlassak, il quale, tra gli altri, ebbe il grande ed innegabile merito di considerare da un punto di vista unitario tutta l'esperienza giuridica romana e, quindi, di approfondire e delineare gli istituti ed i principii del processo penale romano in connessione con quelli del processo civile, e ciò sulla scorta della consapevolezza che una soluzione dei problemi posti da quest'ultimo tipo di processo avrebbe condotto alla revisione e soluzione di quelli del processo criminale. Il tutto supportato, naturalmente, dalla precisa convinzione che, come si è già ricordato, solo attraverso lo studio indistinto delle fonti giuridiche, letterarie, epigrafiche e papirologiche si può leggere correttamente e cogliere appieno il rapporto tra storia e processo criminale.

Catania, aprile 2024

STUDI

Abstract

Il contributo, che passa in rassegna alcune delle opere più importanti di Moriz Wlassak dimostrandone la loro perdurante attualità, costituisce un invito a rileggere una serie di lavori che ancora oggi appaiono utili allo studioso del diritto processuale civile e criminale romano, dal momento che suggeriscono nuovi angoli di visuale dai quali guardare alcuni dei problemi ancora aperti ed insoluti dell'odierna ricerca romanistica processualistica.

The contribution, which reviews some of Moriz Wlassak's most important works, demonstrating their continuing relevance, constitutes an invitation to reread a series of works that still today appear useful to the scholar of Roman civil and criminal procedural law, since they suggest new angles of vision from which to look at some of the still open and unsolved problems of today's Roman procedural research.

Keywords

Wlassak – Processo civile romano – Processo criminale romano

Wlassak – Roman civil procedural law – Roman criminal procedural law

FABIANA TUCCILLO*

*Rapporti di vicinato e immissioni: dall'approccio casistico alla disciplina codicistica***

Sommario: 1. Immissioni e rapporti di vicinato nell'Italia postunitaria. – 2. D. 8.5.8.5: un esempio di 'immissione' nell'esperienza giuridica romana classica. – 3. I criteri della 'normalità' e della 'necessità' delle immissioni nelle pronunce della giurisprudenza. – 4. Labilità dei criteri ed esigenze disciplinari: l'art. 844 del codice civile del 1942.

1. Movendo dalla ben nota lacuna del codice civile del 1865 in ordine a rapporti di vicinato e immissioni, si intende qui porre l'accento sull'oscillanza delle relative pronunce giurisprudenziali: pronunce costantemente ispirate alle soluzioni dei giuristi romani per effetto dell'impiego di un procedimento di astrazione per induzione dei principi fattisi strada in epoca classica, segnatamente di quelli contenuti in Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.8.5, 6, e 7.

Dunque, il codice civile del 1865, così come quello francese e tutti i codici che su di esso si sono modellati¹, redatto in un momento in cui la grande industria era sul nascere,

* *Professoressa ordinaria di Storia della costituzione romana presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

** Pubblico con lievi modifiche, grazie all'ospitalità degli *Annali*, un contributo destinato agli Scritti in onore di Letizia Vacca, nelle more dell'uscita dei volumi.

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review

¹ Ampia e dettagliata ricostruzione dei rapporti di vicinato nei sistemi di Common Law e nelle codificazioni di Civil Law in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984, p. 52 ss. Commentando le pagine dedicate da Wieacker alle ripercussioni dello stato sociale nel diritto privato tedesco, G. LIBERATI, *Introduzione*, in F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, trad. it., Napoli, 2001, p. XIX, sottolinea come «le 'tendenze sociali' erano 'penetrate nell'ordinamento privatistico classico' dalle 'zone ... esterne della codificazione': esse avevano dimostrato l'inadeguatezza dei codici 'classici' di fronte ad una società profondamente mutata, e determinato la 'perdita del centro', la fine della coerenza sistematica».

non comprendeva una norma che disciplinasse la materia². Ma, nel primo trentennio del '900, a causa dell'incremento delle industrie, dell'impiego delle macchine³ e del moltiplicarsi del fenomeno delle immissioni nocive⁴, – si pensi ai casi di diffusione di odori ed esalazioni malsane, di propagazione di rumori che rendevano inhabilitabili le case vicine, di scuotimenti che mettevano in pericolo la sicurezza degli edifici, di emanazioni di vapore acqueo e di gas nocivi che peggioravano le condizioni di abitabilità – venne formandosi una copiosa giurisprudenza intorno al problema delle immissioni.

La base legislativa cui si ispiravano le pronunce dei tribunali, tese a salvare la logica stessa del diritto di proprietà, era l'art. 574 c.c. 1865⁵ contenente solo un richiamo alle esalazioni nocive, disciplinate secondo lo strumento delle distanze⁶: di qui l'idea che l'attività delle piccole industrie, il cui disturbo non eccedesse la cerchia di quegli incomodi che le relazioni di buon vicinato o la necessità della sociale convivenza obbligano a sopportare, fosse ammessa. La diminuzione di valore, la privazione di una comodità non erano infatti considerati effetti tali da determinare una illiceità dell'esercizio dell'attività industriale.

Le certezze dogmatiche erano scosse dalla difficoltà di inquadrare nelle consolidate categorie del codice i nuovi rapporti sociali maturati in un impetuoso sviluppo economico. La tematica delle immissioni, in particolare, sollevava un problema di

² V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*. Lezioni ordinate, curate, edite da P. BONFANTE, I, Roma, 1933, p. 425, riteneva deplorabile che una norma regolatrice della materia delle immissioni non fosse espressamente contenuta nel codice civile.

³ Per un inquadramento generale della disciplina nei rapporti proprietari e della tutela civilistica cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni*, cit., p. 170 ss.; R. PICARO, *Il divieto di immissioni tra relazioni economiche e bisogni esistenziali*, Napoli, 2000, anche con disamina dei rapporti di vicinato nel diritto romano (pp.1-70). Più di recente si v. M.A. MAZZOLA, *Immissioni intollerabili*, Frosinone, 2015, p. 15 ss.; C. LAZZARO, *Le immissioni nelle rinnovate logiche della responsabilità civile*, Torino, 2021, p. 5 ss.

⁴ Le immissioni hanno «risuscitato, in una forma grave e nuova, il problema dei rapporti di vicinanza» (P. BONFANTE, *Nota a Trib. Perugia*, 31 dicembre 1909, in *Foro it.*, 1910, I, c. 1424).

⁵ Art. 574: «Chi vuole fabbricare contro un muro comune o divisorio, ancorché proprio, camini, forni, fucine, stalle, magazzini di sale o di materie atte a danneggiarlo, ovvero stabilire in vicinanza della proprietà altrui macchine messe in moto dal vapore, od altri manufatti, per cui siavi pericolo d'incendio o di scoppio o di esalazioni nocive, deve eseguire le opere e mantenere le distanze, che secondo i casi siano stabilite dai regolamenti, e, in loro mancanza, dall'autorità giudiziaria, affine di evitare ogni danno al vicino». L'art. 574 c.c. trova la sua origine immediata e mediata nei codici preesistenti, corrisponde infatti all'art. 598 del Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna del 1838, all'art. 525 del Codice civile per gli Stati parmensi del 1820, all'art. 595 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, all'art. 674 del Code Napoléon.

⁶ Come osserva P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1911, p. 519, il problema dei rapporti di vicinanza è di quelli che «non possono essere risolti né con la pura esegesi degli articoli del codice (benché nelle leggi romane per la formazione particolare del *Corpus iuris* aiuti molto) né con le leggi dell'analogia».

equilibrio di domini e di bilanciamento del diritto di proprietà con la libertà delle industrie⁷. L'interprete cioè era chiamato a individuare quando l'uso del proprio fondo implicasse anche l'uso del fondo altrui ed entro quali limiti il proprietario confinante potesse tollerare l'«immissione» derivante dall'attività, industriale o non, altrui, poiché nessun nocumento o incomodo ha carattere assoluto «potendosi sempre immaginare un tale concorso di circostanze oggettive o soggettive per cui quello che è ordinariamente innocuo torna nocivo e quello che è ordinariamente nocivo torna innocuo»⁸.

2. Punto di partenza nell'elaborazione delle pronunce dei tribunali, delle Corti di appello e della Cassazione sono le decisioni dei giureconsulti romani.

Il diritto giurisprudenziale romano, da non assimilare «né ad una 'interpretazione dottrinale', né ad una "interpretazione-applicazione" giudiziaria, né infine ad un diritto di "precedenti vincolanti"»⁹, rivive nella sua dimensione fortemente dinamica, non come sistema unitario da applicarsi al diritto attuale, ma come sistema da cui trarre elementi metodologici e ideologici, fonte di ispirazione della *ratio decidendi*, in materia di immissioni nocive.

Nei rapporti di vicinato i giuristi romani erano attenti a conciliare gli interessi individuali con le esigenze sociali connesse con l'economia, soprattutto agricola: da un lato incoraggiavano la tolleranza per utilizzare al meglio le possibilità connesse all'esercizio

⁷ Come illustrato da G. LIBERATI, *Introduzione*, cit., p. XIII, nel secondo dopoguerra anche in Germania si palesava un forte timore che il codice non riuscisse «ad assorbire con la stessa "elasticità" le tensioni e le contraddizioni della società industriale avanzata, i nuovi conflitti sociali, il radicale mutamento nelle concezioni nei compiti dello stato».

⁸ C. FERRINI, G. PULVIRENTI, *Delle servitù prediali* I, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* V/3, Napoli-Torino, 1908, p. 172; diversi gli esempi: la fragranza dei fiori del giardino vicino, che torna gradevole a me, può ad altri cagionare il mal di testa; il suono del pianoforte che non dà nessun disturbo al cuoco che lavora in cucina, reca somma molestia allo scienziato che sta meditando o alla signora malaticcia che soffre di nervi, e ancora l'esercizio di un'industria che non provoca danno alla salute del vicino di media condizione di salute, cagiona invece nocumento a una persona debole e malaticcia.

⁹ Secondo L. Vacca, «nel sistema romano il giurista 'suggerisce' con i suoi responsi le soluzioni, ma queste non hanno, in nessun momento storico, contenuto di per sé precettivo, né per la decisione del caso singolo, né, tantomeno, generale per la decisione degli altri casi simili» (*Diritto giurisprudenziale romano e tradizione romanistica*, in *Diritto@storia*, 20, 2007, <https://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Vacca-Ius-Antiquum-20-2007.htm> online, ora in L. VACCA, *Controversialità del diritto e impianto casistico*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno [Firenze, 21-23 ottobre 2010]*, a cura di V. MAROTTA, E. STOLFI, Roma, 2012, p. 64 s.). Secondo L. VACCA, *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, p. 271 s., nel diritto odierno le Corti devono procedere ad estrarre il principio giuridico, la *ratio decidendi*, dal rapporto tra la decisione e i fatti considerati 'qualificanti' ai fini della decisione e solo «compiuta questa operazione sarà possibile applicare il principio di diritto alla nuova fattispecie».

del diritto di proprietà e ammettevano le immissioni ordinarie sorgenti a seguito di un normale esercizio del proprio diritto¹⁰, dall'altro consideravano rilevante il comportamento socialmente dannoso, «lästig, beschwerlich»¹¹ e quindi un *facere* produttivo di immissione nella proprietà altrui (come un fumo maggiore dell'ordinario¹² scaturente da attività industriale primordiale) lesivo del principio dell'*alterum non laedere*.

«Le L. 8 §§ 5,6,7, VIII dei *Digesta* hanno avuto la loro grande e benefica influenza sopra tutte le legislazioni posteriori, attraverso la storia del diritto»¹³.

Il «celebre apostegma»¹⁴ di Aristone riferito da Ulpiano: *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*, «una fra le più celebri e discusse leggi delle Pandette»¹⁵, risolve il caso di Cerellio Vitale che ha preso in affitto dalla città di Minturno un locale per farne un caseificio la cui attività provoca esalazioni maleodoranti:

¹⁰ Non risulta tuttavia facile individuare il *discrimen* per le immissioni intollerabili. Aristone e Alfeno non pensano nemmeno alla possibilità di discutere se l'immissione di fumo *ex taberna casiarum* fosse lecita, anzi ne presuppongono l'illiceità e si preoccupano di accertare il rimedio processuale (in tal senso cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 421 ss.; F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù*, in *SDHI*, 8, 1942, p. 138, ora in *Diritto e società nell'antica Roma*, I, Napoli, 1995, p. 523).

¹¹ Così R. VON JHERING, *Zur Lehre von Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 6, 1863, p. 122, ora in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II, Jena, 1882, p. 59.

¹² Solo la produzione eccessiva di fumo provoca un'immissione, non anche quella «mäßige» (cfr. R. VON JHERING, *Zur Lehre von Beschränkungen des Grundeigentümers*, cit., p. 122, ora in *Gesammelte Aufsätze*, cit., p. 59).

¹³ Trib. Perugia, 31 dicembre 1909, cit., c.1434.

¹⁴ Così, Cass. Firenze, 22 novembre 1915, in *Foro it.*, 41, 1916, I, c. 21.

¹⁵ In tal senso L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 224 [ripubblicato nella Collana *Antiqua*, con una nota di lettura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Napoli, 2017, p. 236]. Sull'analisi di questo testo, secondo diverse prospettive, si è sviluppata una vastissima bibliografia specialistica, rinvio qui solo alla storiografia più recente su punti specifici. Cfr. C. LÁZARO GUILLAMÓN, *Von Ulpian bis Accursius: Responsa über D.8.5.8.5*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3^e série, 57, 2005, p. 233 ss.; P. STARACE, *Aristone e i fumi della «taberna casiarum»*, in *Fides, humanitas, ius. Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli, 2007, p. 5403 ss.; N. TRAN, *Tabernae publicae: boutiques et ateliers dans le patrimoine des cités de l'Occident romain*, in *CahGlottz.*, 20, 2009, p. 327 ss.; C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *La teoría de las inmisiones. Algunas perspectivas para la protección de lugares de uso público*, in *Ius publicum*, 22, 2009, p. 37 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010, p. 272 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato*, Torino, 2013, p. 193 ss.; F.M. CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 609 s., la quale legge il testo di Ulpiano in connessione con Giavoleno (Iav. 9 *ex post. Lab. D. 47.10.44*), che sembra modificare i termini del problema delle immissioni sino a quel momento impostato su un elemento quantitativo, quale la *gravitas* o meno dell'immissione, introducendo un elemento qualitativo e cioè l'*animus iniuriandi*; I. FARGNOLI, *I piaceri della tavola in Roma antica. Tra alimentazione e diritto*, Torino, 2016, p. 48, nell'ambito della più ampia tematica dei prodotti alimentari menzionati nell'*edictum de pretiis*; G.

D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 ad ed.)¹⁶. *Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiarum fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet*¹⁷, *quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere.*

Il caso è di non trascurabile rilevanza se si tiene conto del fatto che secondo il costume romano, i formaggi venivano essiccati con un procedimento di affumicazione dal quale derivavano inevitabilmente fumi gradevoli¹⁸ che si propagavano agli edifici

SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*², Bologna, 2018, p. 34 s.; L. SOLIDORO, *Ulp. 17 ad ed. D. 8.5.8.5-7. Immissioni e conflitti di vicinato: il caso della taberna casiarum*, in *Il diritto romano caso per caso*, L. SOLIDORO, M. SCOGNAMIGLIO, P. PASQUINO (a cura di), Torino, 2018, p. 45 ss., soprattutto con riguardo ai criteri di tutela anche nell'ottica della ricaduta della disciplina romana sugli inquadramenti moderni; M. FIORENTINI, *I Romani e i paesaggi un rapporto conflittuale*, in *Iura*, 69, 2021, p. 73 ss.

¹⁶ Il testo è stato oggetto di ampio dibattito in storiografia soprattutto in merito alla sua autenticità: sul rimaneggiamento e sulla non genuinità si v. E. LEVY, E. RABEL, *Index Interpolationum*, I, Weimar, 1929, p. 110; *Supplementum I*, Weimar, 1929, p. 142; G. SEGRÈ, *La denominazione di 'actio confessoria' in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P. Girard*, II, Paris, 1912, p. 526 nt. 2; O. LENEL, *Textkritische Miscellen*, in *ZSS*, 39, 1918, p. 169 s.; G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in *SDHI*, 3, 1937, p. 285 ss., ora in *Scritti storico giuridici II. Diritto privato cose e diritti reali*, Torino, 2001, p. 207 s.; J. WOLFF, *Zur frühnachklassischen Kommentierung der Klassikerschriften*, in *Iura*, 3, 1952, p. 135 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, p. 185, nt. 72. Nonostante i sospetti di interpolazione, propendono per la sostanziale genuinità del pensiero di Aristone: F. DE MARTINO, *Uso normale e località industriale*, in *Giur. comp. dir. civ.*, VI, 1941, p. 55 ss.; ID., *Immissiones in alienum e il criterio della necessità*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 6, 1941, p. 79; ID., *D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato e la tipicità delle servitù*, cit., p. 138, ora in *Diritto e società*, I, cit., p. 523; L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., p. 226; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 511 s. e nt. 15; A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 186 s.; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, pp. 72 s.; M. RAINER, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 103 ss.; ID., *Die Immissionen. Zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB*, in *Vestigia Iuris Romanis. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag*, G. KLINGEBERG, J.M. RAINER hrsg., Graz, 1992, p. 358 ss.; M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999, pp. 298 ss., in part. 300; P. STARACE, *Aristone e i fumi della 'taberna casiarum'*, cit., p. 5412 ss.; F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto*, cit., p. 197.

¹⁷ Proprio dalla glossa *facere licet ad D. 8.5.8.5*, in *Pandectarum seu Digestum Vetus Iuris Civilis*, I, Venetiis, 1591, p. 681, si sarebbe cominciata ad elaborare la teoria del divieto di abuso del diritto da parte del proprietario: ciascuno poteva fare su cose proprie ciò che voleva ma non su cose altrui («in suo facit quod vult quilibet non in alieno»).

¹⁸ Sulla natura delle immissioni rinvio a A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, cit., p. 75 ss.; S. SEYED-MAHDAVI RUIZ, *Die rechtlichen Regelungen der Immissionen im Römischen Recht und in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen. Unter besonderer Berücksichtigung des geltenden deutschen und spanischen Rechts*, Göttingen, 2000, p. 50 nt. 177; G. VAN DERGH, *Cheese or Lavender? Elegantiæ circa D. 8.5.8.5*, in *Essays in honour of B.*

superiori. L'imprenditore rivolge un quesito per sapere se i proprietari delle abitazioni soprastanti avrebbero potuto costringerlo a interrompere la sua attività. Aristone, senza esitazione, chiarisce che non è possibile immettere¹⁹ il fumo nell'edificio soprastante a meno che non esista una specifica servitù a suo carico. Inoltre, secondo il giurista, dall'edificio soprastante non è lecito immettere acqua o qualsiasi cosa nell'edificio inferiore, in quanto nel proprio fondo si può fare qualsiasi cosa purché nulla sia immesso nella proprietà altrui (*in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*).

Il responso di Aristone, in linea con la tecnica interpretativa giurisprudenziale romana, non fornisce una risposta certa per quel caso, ma declina «il diritto in termini di una razionalità al tempo stesso sostanziale, perché ispirata ai contesti di vita e formale, perché sviluppata attraverso schemi logici»²⁰: la valutazione dell'immissione in termini di illiceità e l'entità del danno risarcibile sono ricondotti ad un *facere in suo* che si propaga in modo rilevante rispetto all'uso normale *in alienum*²¹.

Il vicino doveva tollerare le immissioni che derivavano dai bisogni della vita quotidiana, *ergo* il *fumum non gravem*²² emesso da un focolare domestico per il riscaldamento o per le necessità della cucina era considerato lecito perché rientrava nel normale uso del proprio immobile; mentre il fumo prodotto da speciali manufatti adibiti a un uso straordinario, come l'affumicazione di formaggi²³ o l'immissione di vapori dai

Beinart, III, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1979, p. 185 s., ipotizza l'emissione di odori non piacevoli prodotti da un tipo di lavanda. Ma questa soluzione è rimasta isolata.

¹⁹ Per M. FIORENTINI, *I Romani e i paesaggi*, cit., p. 74, «il fumo non viene immesso ma emesso: si immette qualcosa dall'alto in basso, mentre dal basso in alto si emette».

²⁰ Così, C. BEDUSCHI, *Il ius controversum fra razionalità e giustizia*, in *Ius controversum*, cit., p. 3.

²¹ R. VON JHERING, *Zur Lehre von Beschränkungen des Grundeigentümers*, cit., p. 108 ss., ora in *Gesammelte Aufsätze* cit., p. 22 ss., considerava illecite e vietate «der directen Eingriffe», mentre quelle indirette erano vietate solo se nocive alla cosa o moleste per la persona, tali da «jedes Wohnen in der Nachbarschaft unmöglich machen» (p. 112 = 49).

²² Pomponio accenna al *fumus non gravis* in quanto il fumo è effetto di un atto di esercizio quotidiano rientrante nell'uso normale della proprietà. Vi è infatti differenza (come osserva V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 423), tra l'immissione di fumo che si sprigiona dal caseificio, per impedire la quale si dà azione, e l'immissione di *fumus non gravis* prodotta dagli usi normali della proprietà, sia rustica, sia urbana, contro la quale immissione non si dà azione, ancorché il fumo vada a toccare le finestre del vicino, oppure venga contro di queste portato dal vento.

²³ D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*). Si v. anche Giavoleno (D. 47.10.44 [Iav. 9 *ex post. Lab.*]. *Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut, proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur*) il quale riferisce l'avversione di Labeone circa l'esperibilità dell'*actio iniuriarum* qualora il fumo prodotto dall'attività di *fumigatio* invadesse il fondo superiore, o qualora l'attività compiuta nel fondo superiore determinasse la caduta di solidi (*proiecerit*) o liquidi (*infuderit*) in quello inferiore, salvo che l'immissio fosse realizzata *iniuriae faciendae causa*.

bagni termali²⁴ attraverso condotti sporgenti sulla proprietà altrui era considerato una intromissione intollerabile e *gravis*²⁵.

D. 8.5.8.6 (Ulp. 17 *ad ed.*). *Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare.*

3. «L'urto con la realtà di nuovi ordinamenti sociali ed economici, qui soprattutto il sistema della produzione così radicalmente diverso da quello del mondo antico, posero chiaramente un problema, che ha lungamente tormentato la giurisprudenza e la scienza»²⁶. La giurisprudenza muoveva dalla evidente carenza di una disciplina codicistica in tema di immissioni e dalla considerazione che spesso le ripercussioni, sebbene moleste e nocive per il vicino, potevano rivelarsi socialmente utili. Di qui il tentativo di ricercare un criterio obiettivo per stabilire se e fino a qual punto il proprietario dovesse tollerare le immissioni, bilanciando il principio di liceità dell'*immissio* con le esigenze della proprietà privata, in specie quella della piccola proprietà e dell'agricoltura²⁷.

²⁴ D. 8.5.8.7 (Ulp. 17 *ad ed.*). *Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iulii instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.* Di recente A. GRILLONE, *Nuove riflessioni sugli impianti termali privati nei primi secoli dell'impero: conflittualità interprediali e oneri organizzativi nella loro messa a profitto*, in *Roma e America*, 40, 2019, pp. 391 ss., in part. 397 ss., occupandosi dell'edificazione di strutture termali pubbliche e private, si è soffermato sui problemi giuridici che emergono nel *ius controversum* classico relativamente alle situazioni di conflittualità tra proprietari di fondi contigui soprattutto per la eccessiva misura delle immissioni di fumo, calore e vapore provenienti dai *balnea*.

²⁵ Era ammessa l'azione negatoria contro quelle turbative che avrebbero potuto costituire normalmente il contenuto di una servitù. L'azione si ricollega, per V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 421 s., al principio secondo cui il proprietario può impedire ogni atto di estranei che turbi l'esercizio della sua proprietà. Così già W. WERENBERG, *Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 6, 1863, p. 57 ss.; F. DE MARTINO, *D. 8.5.8.5: i rapporti di vicinato*, cit., p. 138 ss., ora in *Diritto e società*, I, cit., p. 523 ss., distingue il caso del *fumum* proveniente dalla *taberna casiarum*, considerando il *fumum immittere* il contenuto di una servitù e dunque tutelato con un'*actio negativa*, dal caso di un condotto sporgente in un condotto altrui (D. 8.5.8.7), che non configurava una servitù di immettere vapori e dunque la turbativa poteva essere repressa con un'*actio negatoria*; cfr. di recente anche M. FIORENTINI, *I Romani e i paesaggi*, cit., p. 23.

²⁶ F. DE MARTINO, *Uso normale e località industriale*, cit., p. 59.

²⁷ I redattori del BGB, come sottolinea F. WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, in *Diritto privato e società industriale*, cit., p. 30, non avevano voluto sentir parlare di obblighi di diritto privato del proprietario terriero. La giurisprudenza però aveva accettato già molto presto «una responsabilità 'per lo stato di fatto' del proprietario», per i pericoli determinati dal suo fondo. Per le immissioni ritenute normali in una determinata zona, il BGB (§ 906) seguiva il principio romano *qui suo iure utitur neminem laedit*; «la giurisprudenza si pronunciava invece – nel caso delle grandi immissioni provocate dalla produzione di materie prime e dall'industria chimica – per un obbligo reciproco di riguardo e di indennizzo a carico dei fondi vicini: l'industria doveva limitare quanto più possibile le immissioni,

Mi limiterò in questa sede a portare all'attenzione solo alcune decisioni utili per tracciare un quadro degli orientamenti emersi nella prassi, punto di partenza per la formulazione di una disposizione specifica nel codice civile del 1942.

Il Tribunale di Perugia nel 1909 – chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento dei danni alla salute provocati da cospicue immissioni di fumo e pulviscolo derivanti dall'esercizio dell'industria e sul deprezzamento del valore locativo dell'immobile situato nelle vicinanze di una fabbrica di carburanti e derivati –, si rifà al criterio oggettivo, ricavato dal responso di Aristone, della normalità dell'uso. «Si devono o permettere o vietare quegli atti di proprietà che ledono in qualche modo il fondo vicino, secondo che abbiano o no la caratteristica della normalità»²⁸.

Il principio regolatore della vita sociale, ora come allora, in tema di immissioni di fumo o di altre esalazioni nocive nel fondo del vicino, imponeva che ogni proprietario nel suo fondo potesse fare quello che era normale per l'uso di quel fondo, e non anche ciò che era giusto e utile, o espressione di un abuso del diritto di proprietà²⁹. Secondo il Tribunale di Perugia la parte resistente era tenuta a tollerare nel suo fondo tutto quanto fosse conseguenza di un normale esercizio del diritto di proprietà, e non tutto quello che fosse effetto di un uso anormale, «avendo di mira i criteri posti nella L. 8, §§ 5, 6, 7, VIII, 5, del Digesto, che forma il miglior commento, e dal punto di vista storico e dal punto di vista teorico e dal punto pratico, dell'art. 574 cod. civile»³⁰.

Qualche anno dopo, la Corte di Cassazione di Firenze³¹ torna a pronunciarsi sui rapporti di vicinato e sui limiti all'uso del proprio fondo in una controversia originata dalla costruzione e messa a regime – da parte della Società alti forni (con sede a Piombino) – di impianti industriali la cui refrigerazione era realizzata mediante il ricorso

l'agricoltura danneggiata doveva a sua volta scegliere forme di coltivazione il più possibile resistenti» (p. 30). In nessun altro ambito del diritto privato, secondo Wieacker, si esprime meglio il mutamento delle concezioni, dalla proprietà individuale illimitata alla proprietà fondiaria come funzione sociale in un determinato spazio economico (p. 30). Cfr. H.P. WESTERMANN, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1951, p. 287 s.; R. PICARO, *Il divieto di immissioni*, cit., p. 147 ss., il quale si sofferma sul pensiero di Jhering per poi analizzare nello specifico il § 906 del BGB.

²⁸ Trib. Perugia, 31 dicembre 1909, cit., c. 1434.

²⁹ Cfr. in tal senso P. BONFANTE, *Nota a Trib. Perugia, 31 dicembre 1909, cit.*, c. 1435.

³⁰ Trib. Perugia, 31 dicembre 1909, cit., c. 1437. La pronuncia è stata parzialmente riformata in grado d'appello (24 novembre 1910, in *Foro it.*, 36, 1911, I, c. 118 ss.), laddove i giudici di seconde cure hanno affermato che l'art. 574 c.c. non esclude che nei rapporti di vicinato si debbano considerare come normali e quindi tollerabili lievi danni o incomodi prodotti dall'uso che il vicino faccia della sua proprietà, e che sopportare certi danni costituisce sempre un criterio oggettivo per giudicare della normalità e tollerabilità del danno lamentato.

³¹ Cass. Firenze, 22 novembre 1915, cit., c. 19 ss.

all'acqua marina: acqua che veniva attinta con l'impiego di grandi pompe, quindi rimessa in mare grazie all'operatività di appositi manufatti. Ciò, in quanto il 'circolo idrico' avviato da una dinamica siffatta aveva cagionato infiltrazione di acqua salza nei confinanti pozzi di acqua dolce della Società La Magona, arrecandole ingenti danni nell'esercizio della sua attività e inducendola quindi a convenire dinanzi al tribunale di Firenze³² la Società alti forni allo scopo di ottenere un adeguato risarcimento e la rimozione delle cause di inquinamento.

La Suprema Corte toscana³³, attraverso un'operazione euristica di tipo induttivo, e quindi attraverso un procedimento di astrazione della *ratio decidendi* dal rapporto tra la decisione e i fatti qualificanti ai fini della decisione (ispirandosi al responso di Aristone contenuto in D. 8.5.8.5 al fine di individuare una 'Rechtsfindung' idonea a risolvere il caso concreto), dispose che la Società La Magona avrebbe dovuto tollerare le immissioni, anche se nocive, purché riconducibili ad un uso normale, a quella che Jhering definiva una 'gewöhnliche Benutzung'³⁴, ma non le immissioni che eccedessero la misura ordinaria.

Dalla idea condivisa che il proprietario dovesse tollerare le immissioni che fossero esplicazione di un uso normale della proprietà, si passò, nelle pronunce dei tribunali, ad elaborare il principio per cui l'uso normale³⁵ doveva essere valutato in funzione della

³² Condannata in primo grado, la Società alti forni aveva proposto appello adducendo che, seppure l'inquinamento fosse derivato dall'uso da lei fatto dell'acqua del mare, tale rapporto di causa-effetto non era sufficiente a determinare una sua responsabilità, considerato che l'uso dell'acqua del mare era indispensabile per la propria industria, ed era stato attuato in condizioni per le quali i danni non sarebbero stati neppure prevedibili per la distanza dei pozzi. Più nel dettaglio, essa dichiarava di aver fatto «un uso normale di un suo pieno diritto, senza intento emulativo, senza colpa, entro i limiti del proprio terreno» (App. Firenze, 29 dicembre 1914, in *Foro it.*, 40, 1915, I, c. 120) e dunque che il danno non integrava una lesione dei diritti del vicino (in quanto tale risarcibile ex art. 574 del c.c.), ma una mera perdita di utilità economica. Tuttavia, i giudici d'appello avevano confermato la sentenza di prime cure, sottolineando che chi «nell'esercizio del suo diritto di proprietà altri danneggia, non può invocare il *damnum non facit qui jure suo utitur*, ché diritto non ha, la proprietà immobiliare dell'uno dovendo contemperarsi coll'uguale diritto dell'altro. Non compie pertanto, come alla Società alti forni piacque di affermare, fatto lecito, e non è esente da colpa, chi, usando della propria cosa, viene a portare nocimento alla proprietà del vicino» (App. Firenze, 29 dicembre 1914, cit., c. 121). Contro questa sentenza la parte (nuovamente) soccombente aveva proposto ricorso in Cassazione.

³³ Cass. Firenze, 22 novembre 1915, cit., cc. 21 e 23.

³⁴ R. VON JHERING, *Zur Lehre von Beschränkungen des Grundeigentümers*, cit., p. 115, ora in *Gesammelte Aufsätze*, cit., p. 53. Sull'influenza del pensiero di Jhering nell'ordinamento germanico si v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni* cit., pp. 33 ss., spec. 74 ss.

³⁵ Per uso normale si intende ogni attività che risponde alle esigenze industriali di tempo e luogo, anche se cagioni danni lievi e imprescindibili dall'uso necessario e consueto nella zona in cui i fondi sono posti. F. DE MARTINO, *Della proprietà*, Art. 810-956, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca,

normale tollerabilità dell'uomo medio. Sul punto appare rilevante una pronuncia della Corte di Cassazione del Regno propensa a qualificare l'immissione, fonte di pregiudizio a cose e persone, «non soltanto in rapporto a materie corporali, ma ... in relazione con ogni fatto fisico (anormale e non imposto da ragioni di umana convivenza) il quale, iniziatosi ed insorto entro la sfera di proprietà dell'agente si propaghi poi, e continui ad essere dannosamente operoso nel fondo del vicino, per modo da produrre *in alienum* non semplici fastidi, ma molestie, inconvenienti e disturbi intollerabili»³⁶.

Nella specie il vicino, costretto ad assistere al non edificante spettacolo di meretrici raccolte nel giardino, a sopportare il contegno «a percepire lo spettacolo turpe del concorso continuo di gente avviata ad un postribolo», aveva subito una *immissio* anormale e intollerabile dalla proprietà confinante, per la particolare qualità delle persone e per la speciale natura dei luoghi³⁷ – perché l'attività era esercitata in una zona di villini, abitata da gente di buona e onesta condizione sociale e di delicata sensibilità morale, e perché era impossibile impedirla, dato che limitazioni di regolamenti edilizi e servitù imposte dal Comune di Milano vietavano di isolare con strutture murarie o con altri mezzi le diverse proprietà contigue –. Secondo la Corte da tale *immissio* anormale sarebbe derivato non già un danno potenziale ma certo, concreto e attuale, alle persone costrette a subire entro la sfera del proprio dominio le insopportabili molestie e offese che si propagavano dal fondo del vicino, e un danno alla villa, di cui si era ridotto il valore e la possibilità di uso

Roma-Bologna, 1959, p. 167, sottolinea come «la normalità veniva spostata dal lato attivo dell'uso della cosa propria a quello passivo della ripercussione che l'uso determini sul vicino».

³⁶ Cass. Regno, 25 luglio 1934, in *Foro it.*, 49, 1934, I, c. 1750.

³⁷ In tal senso già App. Venezia, 12 marzo 1912, in *Foro it.*, 37, 1912, I, c. 1046 ss., che aveva ritenuto uso anormale della propria casa, l'esercitarvi o il permettere che vi si esercitasse meretricio pubblico o clandestino. Di diverso orientamento App. Torino, 12 aprile 1880, in *Foro it.*, 5, 1880, I, c. 1040 ss., che aveva escluso il risarcimento del danno al proprietario di una casa vicina a un'altra locata a donna di cattivi costumi. V. SCIALOJA, annotando la sentenza della Corte torinese (in *Foro it.*, 5, 1880, I, c. 1040 ss.), rilevava come il punto di partenza dovesse essere il concetto del danno giuridico, da non intendersi in ogni diminuzione nel valore della cosa propria, «anche in seguito del fatto altrui». Dunque perché il proprietario della casa vicina potesse chiedere il risarcimento dei danni prodottigli dallo stabilimento di prostitute nella casa altrui, non essendo questo per sé stesso proibito da alcuna legge, avrebbe dovuto provare che aveva diritto che quella attività non avesse luogo. Ma questa prova era impossibile escluso il caso di rapporti contrattuali o quasi contrattuali tra i due proprietari (c. 1041). Anche P. BONFANTE, *Nota* a Trib. Perugia, 31 dicembre 1909, cit., c. 1426, mostra chiaramente di non condividere quelle decisioni tese a obbligare i gestori di case di tolleranza a indennizzare i proprietari degli stabili finitimi per la diminuzione di valore subita dalle loro proprietà e sottolinea come «con lo stesso criterio alcuno potrebbe reclamare nelle vie civili l'allontanamento di un imbalsamatore di cadaveri, di un negoziante di casse da morto, di un gabinetto medico chirurgico, di una cenciosa famiglia, o quanto meno pretendere il risarcimento del danno, perché anche questo vicinato deprezza il suo fondo». La diminuzione di valore economico è il criterio, per lo studioso, più erroneo cui si possa far ricorso per stabilire la lesione del diritto.

proficuo per la continuità e per la intollerabilità di tale *immissio* contrastante con ogni plausibile motivo di necessità sociale³⁸.

Anche il principio della normale tollerabilità risultava insoddisfacente, conduceva ad applicazioni aberranti in quanto si finiva in taluni casi per vietare «lo sfruttamento più naturale della propria cosa»³⁹ e in altri «ad imporre la tolleranza di ripercussioni, che per il singolo [erano] intollerabili, anche se non lo [erano] per l'uomo medio»⁴⁰. Nell'intento di adattare i principi ai casi sempre mutevoli e difforni che la pratica offriva all'attenzione del giurista, una meditata e progressiva elaborazione sembra emergere nelle pronunce giurisprudenziali, inclini a ravvisare il criterio logico per stabilire l'obbligo di tollerare o respingere l'immissione, nella necessità⁴¹. Quella necessità che costituiva forse il vero principio in base al quale il *fumus ex foco* doveva essere tollerato⁴² e il *fumus ex taberna casiarum* no⁴³, ravvisabile quando l'attività si rivelava essenziale alle esigenze generali della vita sociale, e dunque tale da imporre la tolleranza anche di una immissione anormale, vale a dire eccessiva e nociva, quando cioè l'esercizio dell'industria «in quelle condizioni e in quel luogo corrispond[eva] agli interessi vitali di un centro esclusivamente o essenzialmente industriale»⁴⁴.

La Corte di Cassazione del Regno⁴⁵, nel temperare il conflitto sempre crescente tra l'aspirazione del proprietario al godimento pieno e assoluto della cosa e l'interesse, di ordine collettivo e sociale, della produzione e dell'industria, affermava il criterio della necessità quale prodotto della vita sociale per la determinazione del limite di tolleranza nei rapporti tra vicini. Veniva dunque esclusa l'azione di danni per il fastidio che i vicini risentissero da una quantità di fumo, né grave, né dannosa, che da uno stabilimento industriale si immetteva nella colonna di aria sovrastante alla proprietà dei medesimi che dovevano subirla *iure vicinitatis*. «Il semplice fastidio non conferisce titolo a promuovere una azione di danni, perché, nei rapporti di vicinanza il medesimo deve essere tollerato, quando il titolare faccia un uso normale del suo diritto. Ciò che è un prodotto necessario della coesistenza sociale, apparisce come un fenomeno naturale, per cui si deve

³⁸ Cass. Regno, 25 luglio 1934, cit., c. 1751.

³⁹ Così F. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 168.

⁴⁰ In tal senso, F. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 168.

⁴¹ Cfr. su questo aspetto P. BONFANTE, *L'azione negatoria e l'azione dei danni nei rapporti di vicinanza*, in *Foro it.*, 51, 1926, I, c. 24.

⁴² D. 8.5.8.6 (Ulp. 17 *ad ed.*).

⁴³ D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*).

⁴⁴ P. BONFANTE, *Nota a Trib. Perugia*, 31 dicembre 1909, cit., c. 1431.

⁴⁵ Cass. Regno, 13 febbraio 1932, in *Foro it.*, 57, 1932, I, c. 321 ss.

concludere che non sia voluto quel che è ineluttabile. La necessità costituisce il limite a qualunque diritto soggettivo, secondo [quanto] si desume dal fr. 8 § 6 Dig. *si serv. vind.*»⁴⁶.

La Corte di Appello di Venezia, nel 1935⁴⁷, confermava che il «principio giustificativo del dovere di tolleranza è quello della necessità che, con maggior precisione scientifica dell'altro della normalità, risponde ad un criterio giuridico»⁴⁸. La tolleranza, tuttavia, non può essere delimitata in confini fissi e assoluti, ma subisce la legge della relatività, è in funzione dei molteplici riflessi delle esigenze sociali il cui sviluppo mutevole e progressivamente precipitoso dà luogo a espressioni svariatissime corrispondenti a nuovi bisogni che assumono carattere di imperiose ed inderogabili necessità⁴⁹. Quando le conseguenze superino il fastidio, il disturbo, l'incomodo personale e pervengano a un vero e proprio danno alla proprietà così da svalorizzarla, «come per la sterilità del terreno causata da emanazioni tossiche o per la inabitabilità di una casa, sarà aperto l'adito alla domanda di risarcimento, pur sussistendo quel dovere di tollerare che deriva dalla necessità che giustifica la manifestazione, anche se lesiva del diritto altrui»⁵⁰.

4. Nonostante le pronunce dei tribunali e della Cassazione, ispirandosi ai principi generali del diritto e alle ragioni di solidarietà sociale, si sforzassero di bilanciare gli opposti interessi – quello privato del proprietario vicino e quello dell'immittente – cercando di conciliare la tradizione giuridica con le mutevoli esigenze sociali ed economiche⁵¹, le soluzioni apparivano insoddisfacenti. La denominazione di uso normale – «troppo vaga, dovendosi per *uso normale* intendere un uso permesso dalla legge (*norma*)»⁵², con la conseguenza che, siccome l'immissione era in via generale proibita dalla legge, così in ogni caso di immissione vi era uso anormale e quindi obbligo di indennizzo – era priva di ogni base positiva e dommatica. «L'esercizio di un'industria è uso normale o uso anormale della proprietà? La domanda può avere tante risposte quanti sono i punti di vista da cui si vuol considerare il problema»⁵³. Di qui le incertezze interpretative in ordine

⁴⁶ Cass. Regno, 13 febbraio 1932, cit., c. 323.

⁴⁷ App. Venezia, 17 maggio 1935, in *Foro it.*, 60, 1935, I, c. 1221 ss.

⁴⁸ App. Venezia, 17 maggio 1935, cit., c. 1224.

⁴⁹ Cfr. App. Venezia, 17 maggio 1935, cit., c. 1225.

⁵⁰ App. Venezia, 17 maggio 1935, cit., c. 1225.

⁵¹ Secondo F. DE MARTINO, *Immissiones in alienum*, cit., p. 79, occorre conciliare il rigoroso sistema romanistico che vietava ogni immissione grave con le esigenze dell'industria moderna.

⁵² Cass. Firenze, 22 novembre 1915, cit., c. 23.

⁵³ F. DE MARTINO, *Immissiones in alienum*, cit., p. 75.

al concetto di uso normale del diritto di proprietà riferibile all'esercizio di un'industria⁵⁴ e in ordine al temperamento dei criteri di solidarietà e coesistenza sociale con il principio della tollerabilità. De Martino rilevava come proprio in virtù della solidarietà sociale la grande industria non poteva sopprimere la piccola proprietà privata, sottolineando che l'indirizzo della politica fosse quello di «controllare e disciplinare le grandi forze economiche, perché esse [fossero] al servizio dei supremi interessi della Nazione»⁵⁵, senza distruggere i singoli interessi che costituivano la gran rete di energie economiche del popolo. La nuova legislazione avrebbe dovuto risolvere questo problema 'secolare' conciliando, con ampia visione storica, i grandi interessi economico-sociali dell'industria con gli opposti interessi privati⁵⁶.

I principi romanistici, ancorati a un concetto di proprietà come signoria esclusiva, per cui illecita era qualsiasi immissione notevole, rappresentavano un grave ostacolo allo sviluppo dell'industria e si ponevano in netta antitesi con la funzione solidaristica della proprietà. D'altro canto il principio della liceità di ogni tipo di immissione avrebbe comportato una soppressione della proprietà privata a vantaggio della grande industria.

Nel 1937 la Commissione Reale per la riforma dei codici presentò un Progetto con la redazione del libro dedicato alle cose e ai diritti reali, affrontando in maniera specifica il problema delle immissioni. Il progetto all'articolo 31 recitava testualmente: «il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili derivanti dal fondo del vicino, quando tali immissioni siano l'effetto dell'uso normale che il vicino faccia della cosa propria e non impediscano al proprietario del fondo il normale godimento di esso. Nella valutazione della normale tollerabilità dell'uso il giudice deve tener conto anche delle esigenze e delle necessità dell'industria⁵⁷ temperandole coi riguardi dovuti alla proprietà. Può tener conto altresì della priorità di un determinato uso rispetto alle proprietà vicine»⁵⁸.

⁵⁴ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, I, cit., p. 424, sottolineava come non si potesse impedire in modo assoluto ogni immissione, perché ne sarebbe derivato un limite al normale esercizio della proprietà, ma si potevano frenare le sole immissioni effetto di un uso anormale della proprietà: «ogni proprietario può fare nel suo fondo quello che è normale per l'uso di quel fondo (non quello che è giusto e utile, si noti bene, ma quello che è normale): se dai fatti che rientrano nella vita normale si produrrà qualche invasione del fondo altrui, questa dovrà essere tollerata (come accade per esempio pel fumo proveniente dal fuoco che si fa per cucinare): ma non vi è questa necessità di tolleranza per gli usi che esorbitino dalla sfera della normalità dell'uso della proprietà». La tolleranza è un 'principio di vita sociale'.

⁵⁵ F. DE MARTINO, *Uso normale e località industriale*, cit., p. 55.

⁵⁶ F. DE MARTINO, *Uso normale e località industriale*, cit., p. 55.

⁵⁷ La Corte di Cassazione del Regno (in *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo. Cose e diritti reali*, I, Roma, 1938, p. 346) considerava più adatta una formulazione della norma nella quale il

Con il suo riferimento alle condizioni dei luoghi, ai requisiti irrinunciabili dell'uso normale e del pregiudizio del godimento del fondo, l'art. 31 rifletteva con ogni evidenza le indicazioni giurisprudenziali, così come pure la tradizione romanistica nelle sue tendenze generali, ma riproponeva il problema dell'esatta individuazione del cosiddetto uso normale. L'ambiguità terminologica rifletteva, ancora una volta, nonostante il tono fiducioso, le contraddizioni della giurisprudenza e della dottrina, costrette nei rigidi schemi di una dogmatica consolidata. Già Bonfante aveva evidenziato l'ostacolo pratico, oltre che concettuale, alla limitazione dell'esercizio del proprio diritto a una misura normale, misura che poteva in talune circostanze impedire lo sfruttamento più naturale del proprio fondo, in altre imporre al proprietario la tolleranza di immissioni dannose per lui, ma non per l'uomo medio⁵⁹.

La Commissione delle assemblee legislative⁶⁰ sulla base delle proposte del Consiglio di Stato⁶¹, delle osservazioni di Barbero⁶², Biagi⁶³, Cariota Ferrara⁶⁴, Giaquinto⁶⁵,

richiamo «alle esigenze dell'industria» più che semplice criterio qualificatore della normalità dell'uso fosse elevato a elemento concorrente di valutazione per la liceità dell'immissione. La Corte suggeriva quindi di formulare l'art. 31 in questi termini: «nella valutazione della liceità dell'immissione oltre che della normalità dell'uso, il giudice deve tener conto anche delle esigenze e della necessità dell'industria, contemperando le cose coi riguardi dovuti alla proprietà».

⁵⁸ La Commissione delle assemblee legislative propose di riformulare la seconda parte dell'art. 31 in questi termini: «Nella valutazione della illiceità delle molestie il giudice, tuttavia, può tenere conto della priorità di un determinato uso rispetto alle proprietà vicine e può inoltre ordinare che vengano prese quelle misure che servano ad attuarne le molestie» (*Atti della Commissione delle assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Codice civile, Libro delle cose e dei diritti reali*, Roma, 1940, p. 129).

⁵⁹ P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, cit., p. 526.

⁶⁰ *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, cit., p. 125 ss.

⁶¹ I criteri della 'normalità dell'uso' del proprio fondo da parte dell'immittente, e quello della normalità dell'uso e del godimento del proprio fondo da parte del vicino molestato, ad avviso del Consiglio di Stato, avrebbero dovuto rappresentare una guida sicura per il giudice. Tuttavia quanto al secondo comma, il Consiglio di Stato dubitava che l'interprete potesse «rinvenire anziché un criterio per valutare la normalità dell'uso, l'autorizzazione a far prevalere le esigenze e le necessità dell'industria sui riguardi dovuti alla proprietà non industriale, in quanto che tali esigenze sarebbero *in fatto* tenute presenti due volte: una prima volta in virtù del primo comma dell'articolo in esame, in quanto vanno a costituire e concretare la normalità dell'uso, e una seconda volta in virtù della prima parte del secondo comma. Si ritiene pertanto che la detta prima parte debba essere opportunamente modificata» (in *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, cit., p. 349).

⁶² *Osservazioni sul titolo secondo Della proprietà*, in *Osservazioni intorno al secondo libro del Progetto di Codice Civile (Agosto 1937-XV)*, Milano, 1938, p. 80 s.

⁶³ Proponeva di inserire in luogo di «valutazione della normalità dell'uso», «valutazione della liceità dell'immissione», in *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, cit., p. 125.

⁶⁴ In *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, cit., p. 350.

⁶⁵ In *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, cit., p. 126. A. CICU, *Osservazioni su l'intero progetto*, in *Osservazioni intorno al secondo libro del Progetto di Codice Civile*, cit., p. 2, osservava che in base all'art. 31 del Progetto il problema delle immissioni immateriali andava risolto col concetto di limitazione

Grassetti⁶⁶, Salis⁶⁷ riformulò il testo dell'art. 31 nella parte relativa all'uso normale⁶⁸, elemento equivoco che apriva in effetti il varco a gravi incertezze interpretative⁶⁹, subordinando l'effettiva portata di questa disposizione all'applicazione che di esso avrebbe fatto la pratica giurisprudenziale.

Secondo Barbero non era chiaro se la 'normalità dell'uso' fosse comprensiva anche del godimento normale del fondo gravato. Con una semplice *argumentatio a contrariis* il giurista rilevava il difetto di struttura dell'art. 31: «se le immissioni non possono essere impedito quando siano l'effetto dell'*uso normale* ecc. e non impediscano al proprietario del fondo il *normale godimento* di esso, consegue che potranno essere impedito solo che venga meno una di queste due circostanze e cioè non solo se siano effetto di un *uso anormale*, ma, pur restando effetto di un *uso normale*, impediscano all'altro proprietario il *normale godimento*. Ci sarebbe allora un *uso normale* della cosa, che dovrebbe essere proibito, perché impedisce il *normale godimento* di un'altra cosa»⁷⁰. Egli riteneva dunque opportuno prevedere e disciplinare il rapporto fra l'uso normale di una proprietà e la coartazione che questo potesse recare al godimento normale di un'altra, in quanto un conflitto tra gli usi normali, a rigore, non poteva giuridicamente nascere, e dato ma non concesso questo, doveva «essere risolto con la reciproca tolleranza degli inconvenienti dell'uso»⁷¹.

Cariota Ferrara dubitava dell'opportunità di conservare nella norma il principio per cui le immissioni non dovevano impedire al proprietario del fondo 'il normale godimento', osservando che il solo criterio sicuro per giudicare la legittimità o meno

alla proprietà quando l'immissione era conseguenza dell'uso normale del fondo collegato con la normale destinazione di essa e invece col concetto di servitù legale quando si eccedeva il limite e ricorreva una ragione di necessità o utilità sociale.

⁶⁶ In *Osservazioni particolari (Titolo I e III)*, in *Osservazioni e proposte sul progetto del secondo libro del codice civile*, Milano, 1938, p. 21, condivideva il principio informatore della disposizione, conforme agli insegnamenti della giurisprudenza, ma proponeva l'inserimento di una distinzione tra il regime relativo alle immissioni materiali e quello delle immissioni immateriali, inoltre giudicava superflua la presenza dei due sostantivi 'esigenze e necessità dell'industria'.

⁶⁷ In *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, cit., p. 352.

⁶⁸ G. TEDESCHI, in *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, cit., p. 352, sosteneva che la formula 'uso normale' *sic et simpliciter* appariva in contrasto «con lo spirito del divieto e dell'abuso del diritto e del divieto degli atti emulativi qualora la si intendesse nel senso che le immissioni derivanti da un uso normale devono essere tollerate, ancorché non rispondano ad esigenze o necessità del vicino».

⁶⁹ Per A. BERIO, in *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, cit., p. 125, era difficile comprendere le modalità per cui un proprietario di un fondo potesse arrecare molestie al fondo del vicino se usava normalmente della cosa propria e dunque proponeva di eliminare l'inciso «siano effetto dell'uso normale che il vicino faccia della cosa propria». Questa proposta era condivisa dai senatori BIAGI e ANDRIANI (in *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, cit., p. 125 s.).

⁷⁰ D. BARBERO, *Osservazioni sul titolo secondo Della proprietà*, cit., p. 80.

⁷¹ D. BARBERO, *Osservazioni sul titolo secondo Della proprietà*, cit., p. 80.

dell'*immissio in alienum* fosse quello dell'uso normale. «Se il proprietario del fondo per usare normalmente della cosa propria deve dar luogo ad immissioni nel fondo altrui, queste immissioni sono giustificate pel sol fatto che egli usa *normalmente* della sua cosa. Esigere anche che le immissioni non impediscano al proprietario del fondo vicino il normale godimento, significa escludere o limitare l'affermato principio, che cioè basta a giustificare le immissioni nel fondo altrui l'uso normale della cosa propria»⁷².

Anche Giaquinto contestava la formulazione dell'art. 31 del Progetto della Commissione Reale, osservando che la coesistenza dei criteri della 'normalità dell'uso del fondo' dal quale provenivano le immissioni e del 'normale godimento del fondo' che riceveva le immissioni sarebbero stati causa di incertezze nell'applicazione della norma. Ciò che rilevava erano gli effetti che dall'uso sarebbero derivati al proprietario del fondo che subiva l'immissione e non la normalità o la anormalità dell'uso che altri facesse del proprio fondo⁷³. Il criterio da adottare era dunque quello del pregiudizio arrecato al vicino che superasse i limiti della tollerabilità.

Salis suggeriva invece una formulazione della norma che lasciasse al magistrato la possibilità di decidere caso per caso⁷⁴, rilevando le gravi difficoltà dell'interprete nell'ipotesi in cui «dall'*uso normale* che il vicino faccia della cosa propria, derivi impedimento al 'normale godimento' del fondo da parte del proprietario di questo»⁷⁵.

Nell'art. 31, modificato al primo comma⁷⁶, venne quindi eliminato il riferimento al criterio 'dell'uso normale' del fondo e previsto solo 'il normale godimento'. Perché fosse consentita l'immissione era sufficiente cioè che al proprietario non fosse impedito il normale godimento del proprio fondo. Questo criterio permetteva di risolvere i singoli casi concreti secondo il senso di equità del giudice al quale veniva attribuito il potere di decidere se le immissioni impedissero o meno al proprietario del fondo il normale godimento.

I molteplici impulsi dati da eminenti romanisti come Scialoja, Bonfante, De Martino, - particolarmente sensibili alle problematiche connesse con il diritto di proprietà e inclini a leggere nelle fonti classiche il principio fondamentale della esclusività

⁷² In *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, cit., p. 350.

⁷³ In *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, cit., p. 126.

⁷⁴ In tal senso anche C. TUMEDEI, in *Atti della Commissione delle assemblee legislative*, cit., p. 128.

⁷⁵ In *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Secondo*, I, cit., p. 352.

⁷⁶ Art. 31 riformulato: «il proprietario di un fondo deve tollerare le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e altre simili molestie derivanti dal fondo vicino, quando non gli impediscano il normale godimento del proprio fondo».

e assolutezza del *dominium*, limitato solo in casi eccezionali da *immissiones* lievi e tollerabili, da personalità di rilievo, componenti della Commissione delle assemblee legislative, studiosi, giuristi e soprattutto professori (tutti formati in una stagione di grande 'consapevolezza storica') e il travaglio della giurisprudenza che, in assenza di un riferimento legislativo in tema di immissioni, non era riuscita a formulare un indirizzo unanime con pronunce che oscillavano tra gli obblighi di vicinato, il criterio dell'uso normale, la normale tollerabilità, la necessità dell'immissione sono alla base della formulazione del testo definitivo, confluito nel vigente art. 844 c.c. 1942⁷⁷: «Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione del luogo. Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso»⁷⁸.

Il legislatore del 1942 evidentemente si è sforzato di salvare la logica dell'istituto del diritto di proprietà, ammettendo le immissioni nei limiti della 'normale tollerabilità'⁷⁹, eliminando il riferimento al 'normale godimento' previsto nell'art. 31, e riprendendo così la teoria jheringhiana secondo la quale il proprietario doveva subire le molestie normalmente tollerabili, cioè tollerabili da un uomo normale⁸⁰. «Il criterio non deve

⁷⁷ L'art. 844 c.c. ha ad oggetto le immissioni, immateriali o indirette, consistenti nel fumo, nel calore, nelle esalazioni, nei rumori, negli scuotimenti o vibrazioni che non sono conseguenza di una diretta intrusione nella sfera altrui, bensì dell'attività che ciascuno pone in essere nella sua proprietà e che si ripercuote inevitabilmente sui fondi vicini. La struttura geomorfologica del terreno e la condizione dei luoghi possono avere quale effetto quello della riduzione o incremento della soglia della normale tollerabilità. Una recente pronuncia di Trib. Lecce, 6 luglio 2020, n. 1601, nel ribadire che la tollerabilità delle immissioni rumorose deve essere compiuta tenendo conto della situazione locale e ambientale, ha stabilito che «appare davvero impensabile che in un luogo di villeggiatura, notoriamente frequentatissimo, in particolare da giovani, per cui, già di per sé, la quiete e la tranquillità non sono certo aspettative ragionevoli, considerato che nelle località turistiche, tipo quella in questione, lo svago, il divertimento, i giochi di ogni genere sono le attività per le quali le stesse sono normalmente ed essenzialmente frequentate e si tratta di attività ludiche appositamente programmate per l'intrattenimento di turisti e villeggianti, tutto ciò possa accadere senza un'ineliminabile e generale produzione di suoni, musica, balli, voci, canti, urla e risate di tutti coloro che durante la stagione estiva affollano tali luoghi proprio per siffatti tipi di divertimento».

⁷⁸ Sulla condizione dei luoghi e il 'preuso', criteri ermeneutici rivolti al giudice, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni*, cit., p. 257 ss.

⁷⁹ Come opportunamente rilevato da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni*, cit., p. 240 ss., la normale tollerabilità è la regola di condotta che stabilisce il limite di non illiceità delle immissioni.

⁸⁰ Per una teorizzazione della 'normale tollerabilità' si v. R. VON JHERING, *Zur Lehre von Beschränkungen des Grundeigentümers*, cit., p. 112 ss., ora in *Gesammelte Aufsätze*, cit., p. 49 ss.; W.

essere desunto da considerazioni astratte o teoriche, ma da categorie economico-sociali; la tollerabilità deve essere quella normale in un determinato momento storico ed in un luogo determinato e deve essere sentita come tale dalla coscienza sociale»⁸¹. Il secondo comma dell'art. 844 c.c. disciplina il contemperamento tra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà e prevede la possibilità di subordinare le ragioni proprietarie a quelle produttive⁸². Evidentemente si è inteso garantire la stabilità e prevedibilità oggettiva del valore del bene, rinunciando a un controllo penetrante sull'attività dell'immittente⁸³ al fine di evitare da un lato che un'interpretazione troppo rigida potesse costituire un freno allo sviluppo dell'industria⁸⁴, dall'altro per salvaguardare il concetto di proprietà piena ed esclusiva, conforme a una concezione largamente permeata di esigenze sociali⁸⁵. Si è così realizzata quella esigenza avvertita da De Martino, di tutelare la solidità del sistema contro «l'irrompere di forze disgregatrici le quali partono dallo smarrirsi del sano equilibrio che un lungo sviluppo del senso giuridico aveva determinato nella disciplina di opposti interessi»⁸⁶.

Napoli, novembre 2024

WERENBERG, *Ueber die Collision der Rechte*, cit., p. 56 s., note 38-39; P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, cit., pp. 785 ss. e 792 ss., il quale esamina la teoria Jheringiana mostrandone i punti controversi; ID., *L'azione negatoria*, cit., p. 25, il quale indica la «misura ordinaria dell'uso e la misura media della tollerabilità ragguagliata alla sensibilità del tipo dell'uomo normale foggato da Jhering».

⁸¹ F. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 169.

⁸² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni*, cit., p. 180 ss., parla di 'proprietà' (al plurale) e 'discipline' delle immissioni, sottolineando la loro variabilità secondo la funzione del rapporto.

⁸³ Cfr., in tal senso, A. JANNARELLI, F. MACARIO, *Della proprietà. Artt. 810-868*, Torino, 2012, p. 521.

⁸⁴ Così, G. VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato. Studio comparativo del diritto francese e italiano II. L'esperienza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 40. La ambiguità dell'art. 844 c.c. - che non riposa nel testo normativo «ma nel dogmatismo delle 'regole' giurisprudenziali e nella prassi ermeneutica che di questo è stata offerta» - ha contribuito a generare una «reinterpretazione della norma da parte della giurisprudenza non sempre corretta» (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni*, cit., p. 97).

⁸⁵ Nell'art. 412 della Relazione al codice civile sul libro Terzo della proprietà, è richiamato proprio il principio di socialità, da cui l'istituto della proprietà è pervaso, che si riflette sulla disciplina delle immissioni. «Il duplice criterio del grado di intensità delle immissioni e del carattere particolare della zona è coordinato a quello delle esigenze della produzione: si prescrive al giudice di contemperare nell'applicazione della norma le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Un ulteriore criterio è indicato al giudice per agevolare la risoluzione dei delicati conflitti nei rapporti di vicinato, autorizzandolo a tener conto della priorità di un determinato uso» (*Codice civile. Testo e relazione Ministeriale*, Roma, 1943, p. 87).

⁸⁶ F. DE MARTINO, *Immissiones in alienum*, cit., p. 79.

STUDI

Abstract

Per colmare il vuoto legislativo del codice civile del 1865, soprattutto a seguito dell'aumento dei casi di immissioni arrecate a danno del prossimo, il legislatore italiano nel 1942 ha introdotto nel un nuovo articolo, l'articolo 844, sulla base delle diverse pronunce giurisprudenziali, dei pareri e dei suggerimenti di eminenti giuristi e studiosi italiani. Il legislatore ha cercato di stabilire criteri per regolare i casi di immissioni intollerabili, cercando di contemperare gli interessi della proprietà privata piena ed esclusiva e gli interessi dell'economia e dell'industria.

In order to fill the legislative gap of italian civil code of 1865, especially following the increase in the number of cases of immissions causing damage to neighbours, the Italian legislator in 1942 introduced a new article in the Civil Code, the article 844, based on the various case law pronouncements and the views and suggestions of eminent Italian jurists and scholars. The legislator tried to establish criteria to regulate the cases of intolerable immissions, trying to balance the interest of full and exclusive private property and the interests of economy and industry.

Keywords

Rapporti di vicinato - immissioni - casi giurisprudenziali.
Neighborhood relations - Immissions - Case Law.

*Diritto di superficie e usucapione: diritto romano e diritto italiano vigente***

Sommario: 1. La *possessio dei iura in re aliena* e l'*usucapio* in diritto romano. - 2. Il problema della *possessio* e dell'*usucapio* nella *superficies*. - 3. L'usucapibilità del diritto di superficie nell'ordinamento italiano. Inquadramento dogmatico. - 4. Casi in cui può verificarsi l'usucapione del diritto di superficie. - 5. Riflessioni conclusive.

1. Riveste particolare interesse il tema della usucapibilità del diritto reale di superficie nel confronto tra diritto romano e diritto italiano vigente, che discordano¹.

In diritto romano, in relazione agli atti traslativi, l'usucapione, biennale per gli immobili e annuale per i beni mobili², era un istituto di *ius civile*, che permetteva,

* Lorenzo Gagliardi, Professore associato di Istituzioni di diritto romano nell'Università degli Studi di Milano; Maria Miazzi, Cultore della materia di Istituzioni di diritto romano nell'Università degli Studi di Milano.

** Benché concepite unitariamente, le diverse parti del contributo sono così da attribuirsi agli autori: Gagliardi §§ 1, 3, 5; Miazzi §§ 2, 4.

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Si v. quanto scrisse già Pugliese a proposito della pubblicazione, nel 1946, della sua trattazione *Della superficie*, commento agli artt. 592-596 per il *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja, G. Branca (III.4 [Bologna-Roma, 1946, I ed.; 1976, IV ed.], pp. 555-636: «pur collegandosi a una problematica antica, [gli articoli] erano sostanzialmente nuovi e non avevano dietro di sé, a differenza di quelli sulle servitù, la sedimentazione di dottrine e decisioni giurisprudenziali ultramillinarie». V. anche G. PUGLIESE, *Giuseppe Branca*, in *Foro it.*, 115, 7-8, 1990, II, c. 273 ss. [= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cur. L. VACCA, Napoli, 2007, pp. 219 ss., 225]. Sul tema L. GAGLIARDI, *Gli anni milanesi di Giovanni Pugliese*, in I. FARGNOLI (cur.), *Un secolo di sapere storico-giuridico all'Università Statale. I Maestri del Diritto romano e della Storia del diritto*, Torino, 2024, p. 188 ss.

² XII Tab. 6.4. P. NOAILLES, *L'auctoritas dans la loi des Douze tables*, in *Fas et ius. Études de droit romain*, Paris, 1948, p. 223 ss.; Th. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der Usucapio II*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 78, 1961, p. 221 ss.; ID., *Usucapio*, in *PWRE*, XLVII, 1961, p. 1094 ss.; R. YARON, *Reflections on usucapio*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 35, 1967, p. 191 ss.; A. WATSON, *Rome of the XII Tables*, New Jersey, 1975, p. 150 ss.; ID., *The Origins of usus*, in *RIDA*, 3^a S., 1976, p. 265 ss.; G. NICOSIA, *Il possesso*, I, *Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-96*, Catania, 1997, p. 47 ss. [= ID., *L'usus regolato dalle XII tavole e le sue sopravvivenze tracce*, in ID., *Silloge. Scritti 1956-1996*, II,

attraverso *possessio* e *tempus*, l'acquisto della proprietà quando questa non fosse stata conseguita per carenza di legittimazione in capo al dante causa (acquisto *a non domino*)³, o per mancanza del negozio formale richiesto (*traditio* di *res Mancipi*). Nel regime classico dell'istituto occorre un *titulus* (o *iusta causa*)⁴, ma ciò non era sufficiente, in quanto

Catania, 1998, p. 717 ss.]; B. ALBANESE, *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6.3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo* 45, 1998, p. 5 ss.; M. HUMBERT, *Il valore semantico e giuridico di usus nelle Dodici Tavole*, in ID. (cur.), *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, p. 381 ss.; E. POOL, *Die Erbschaftsersitzung in Gai. 2,54 und Theo Mayer-Malys Thesen zum Ursprung der usucapio*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 129, 2012, p. 113 ss.

³ L. VACCA, *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento nella casistica della giurisprudenza romana*, in M. LUPOI (cur.), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, p. 77 ss. [= EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova 2006, p. 601 ss.]; EAD., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, in I. PIRO (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino*, VIII, Tricase, 2016, p. 317 ss. [= EAD., *Possesso e acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, a cura di G. ROSSETTI, Torino, 2015, p. 33 ss.]; M. FRUNZIO, *Gli acquisti a non domino. Antiche matrici e prospettive attuali*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 7, 2020, p. 1 ss.; S. CRISTALDI, *In tema di doppia vendita a non domino: alcune considerazioni su D.19.1.31.2 e D.6.2.9.4*, *ivi*, p. 25 ss.; M. FRUNZIO, *Aequitas. Il ragionamento equitativo nell'ermeneutica di Nerazio Prisco*, Torino, 2022, 7 ss.

⁴ R. STINTZING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre*, Heidelberg, 1852, p. 45; P. BONFANTE, *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto con la bona fides*, in *RISG*, 15, 1892, p. 161 ss. [= ID., *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino 1918, p. 469 ss.]; ID., *Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo*, in *RISG*, 17, 1894, p. 126 ss. [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 552 e ss.]; ID., *I limiti originari dell'usucapione*, in *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1917 [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 683 ss.]; G. DONATUTI, *Iusta possessio*, in *AIV*, 80, 1920-1921, p. 1075 ss.; P. VOCI, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 15, 1949, p. 141 ss. [= ID., *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1998, p. 55 ss.]; ID., *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano, 1952, pp. 159 ss., 179; L. VACCA, *Derelictio e traditio in incertam personam*, in *Studi in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, p. 87 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 55 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 23 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, cit., p. 145 ss.]; EAD., *Osservazioni in tema di iusta causa e bona fides in relazione all'usucapio pro derelicto*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 775 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 55 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 23 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 165 ss.]; EAD., *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Incontro con Giovanni Pugliese. 18 aprile 1991*, Milano, 1992, p. 43 ss., nota 15 [EAD., *Appartenenza*, cit., p. 165 ss.]; M. KASER, *Altrömisches Eigentum und usucapio*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 105, 1988, p. 122 ss.; E.H. POOL, *Zur Bedeutung und Stellung der 'causa' im System klassischer Ersitzungsvoraussetzungen*, in J. SONDEL, J. RESZCZYŃSKI, P. ŚCIŚLICKI (cur.), *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems, Studies in Honour of Wiesław Litewski*, Krakow, 2003, p. 37 ss.; ID., «Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss»: *Erwerbsgrund (emptio) oder Besitztitel (pro emptore)?*, in *Fundamina*, 16, 2010, p. 299 ss.; ID., *D. 41,2,3,21: Titulerte Besitzarten, Erwerbsgründe und das unum genus possidendi*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 81, 2013, p. 529 ss.; ID., *D. 41.2.3.21 (Paul. 54 ad ed.). Rapporti e differenze fra causae acquirendi (emptio ecc.) e titoli di possesso (pro emptore ecc.)*, in I. PIRO (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino*, VI, Tricase, 2016, p. 57 ss. [i titoli del possesso qualificato (*pro emptore*, *pro donato*, *pro suo...*) non coincidono con i (f)atti giuridici sottostanti ma li presuppongono; per contro, le cause di acquisto, come l'*emptio*, costituiscono il requisito primario ai fini dell'acquisto di tale possesso intitolato; il loro carattere specifico è che giustificano l'acquisto del possesso *uti dominus* e così rendono possibile l'acquisto della proprietà: critiche in A.J.B. SIRKS, *Causae acquirendi eius quod nostrum non sit (D. 41,2,3,21): 'rechtmäßiger Eigenbesitz'?*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 82, 2014, p. 209 ss.]; E. POOL, *Significati diversi di causa in tema di possessio e di usucapio: interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 59, 2016, p. 61 ss.; ID., *Significati diversi di causa in tema di possessio e di usucapio: interpretazioni di qualche testo chiave. Parte II*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 60, 2017,

altresi la *res* doveva essere *habilis* (ovvero principalmente⁵ non *furtiva*⁶)⁷. Inoltre, in relazione agli acquisti *a non domino*, non poteva mancare la *bona fides* dell'acquirente⁸. Il requisito della *possessio* comportò per tutta l'età classica che non si potessero usucapire le *res incorporales*⁹ e tra esse i *iura in re aliena*, che non erano suscettibili di possesso¹⁰. Ad esempio, chi esercitava un usufrutto o una servitù prediale non possedeva la *res*, perché il relativo possesso rimaneva nel primo caso al nudo proprietario e nel secondo al

p. 95 ss.; ID., *Causa und titulus: die Qualifikation von Besitzlagen und ein terminologischer Wandel in Ulp. D. 5, 3, 13, 1*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 138, 2021, p. 83 ss.

⁵ Per altri tipi di *res* (*sacrae, sanctae* ecc.), Gai. 7 *ad ed. prov. D. 41.1.43.1*.

⁶ XII Tab. 8.17. P. BĚLOVSKÝ, *Usucapio of stolen things and slave children*, in *RIDA*, 3^a S., 49, 2002, p. 57 ss.; A. CALZADA GONZÁLEZ, *Reversio in potestatem de las res furtivae et vi possessae*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 78, 2012, p. 167 ss.

⁷ G. D'ANGELO, *Civiliter vel naturaliter possidere*, Torino, 2022, p. 169, nota 473.

⁸ TH. MAYER-MALY, *Studien*, cit., p. 221 ss.; F. WUBBE, *Die Interessenlage bei traditio und usucapio*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 32, 1964, p. 558 ss.; L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in E. CORTESE (cur.), *La proprietà e le proprietà*. Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985, Milano 1988, p. 39 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 129 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 97 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 1 ss.]; C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *El problema de la buena fe en la usucapio pro donato*, in *Index*, 29, 2001, p. 339 ss. V. anche L. VACCA, *Osservazioni in tema di iusta causa*, cit., p. 775 ss.; EAD., *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana. A proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, p. 1955 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 79 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 47 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 187 ss.]; E. GÓMEZ-ROYO, *Bona fides und usucapio pro herede*, in *RIDA*, 3^a S., 39, 1992, p. 167 ss.; P. APATHY, *Vermächtnis einer fremden Sache und Ersitzung pro legato*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.P. MEINCKE (cur.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, p. 655 ss.

⁹ Gai. 7 *ad ed. prov. D. 41.1.43.1*; Gai. 4 *ad ed. prov. D. 41.3.9*; Paul. 15 *ad Sab. D. 8.1.14*. Cfr. Paul. 54 *ad ed. D. 41.2.3 pr. e 41.3.4.6*. G. PUGLIESE, *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *RISG*, 5, 1951, p. 237 ss. [= ID., *Scritti giuridici scelti*, cur. G. SACCONI, I. BUTI, Napoli, 1985, p. 225 ss.]; B. BIONDI, *Cosa corporale ed incorporale (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 1014 ss.; G. GROSSO, *La distinzione tra res corporales e res incorporales e il secondo capo della lex Aquilia*, in A. GUARINO, L. LABRUNA (cur.), *Syntelesia. Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, pp. 791 ss. [= ID., *Scritti storico giuridici*, II, Torino, 2001, p. 669 ss.]; G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1974, p. 39 ss.; R. ORESTANO, *Gaio e le res incorporales*, in *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 297 ss.; P. MAROTTOLI, *Res incorporales (Premesse)*, Roma, 1989; A. BURDESE, *Considerazioni sulle res corporales e incorporales quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in Gaetano Scherillo. *Atti del Convegno (Milano, 22-23 ottobre 1992)*, Milano, 1994, p. 23 ss. [ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, p. 177 ss.]; M. BRETONI, *Res incorporalis*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero. Atti del convegno internazionale (Roma, 27-28 aprile 1995)*, Roma, 1996, p. 117 ss.; ID., *I fondamenti del diritto romano. La natura e le cose*, Bari, 1998, p. 124 ss.; A. BURDESE, *Res incorporalis quale fondamento culturale del diritto romano*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 98 ss.; W. DAJCZAC, *Der Ursprung der Wendung res incorporalis im römischen Recht*, in *RIDA*, 3^a S., 50, 2003, p. 97 ss.; M.F. CURSI, *Res incorporales e modello proprietario nella tutela dell'informazione globale*, in A.C. AMATO MANGIAMELI (cur.), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia, filosofia*, Milano, 2004, p. 173 ss.; G. NICOSIA, *Ea quae iure consistunt*, in *Scritti in onore di Generoso Melillo*, II, Napoli, 2009, p. 821 ss.; G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res improbables*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 55, 2012, p. 125 ss.; G. NICOSIA, *Possessio e res incorporales*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 56, 2013, p. 275 ss.

¹⁰ Gai. 2.12-14. Cfr. Gai. 2.17, 19, 28, 38; 3.83, 85; 4.3; Gai. 2. inst. D. 1.8.1.1; Ep. Gai 2.1.2; Paul. Sent. 3.6.11; Tit. Ulp. 19.11, 19.15; I. 2.2.2.

proprietario del fondo servente; né egli aveva un diritto, perché, appunto, si trattava di *res incorporalis*¹¹.

È vero che negli scritti dei classici si accenna talvolta a ‘*possessio usus fructus*’ e a ‘*possessio servitutis*’ (o a ‘*possessio iuris*’)¹², ma tali espressioni erano prive di valore tecnico e venivano impiegate prevalentemente per ragioni esplicative, dato che i giuristi dell’età classica furono consci dell’indefettibilità della norma che non rendeva possibile la *possessio* delle *res incorporales*¹³.

Un caso particolare, sia per la posizione di contrasto che assume all’interno dell’ordinamento giuridico romano preclassico, sia perché è l’unico di cui abbiamo informazioni più affidabili, riguarda le servitù. Queste non avrebbero potuto costituirsi né per usucapione né per *traditio*, in quanto *res incorporales*. Tuttavia abbiamo notizia da Paolo della *lex Scribonia*¹⁴, risalente alla metà del I secolo a.C. o a epoca anteriore¹⁵, che abolì l’usucapione acquisitiva delle servitù¹⁶, probabilmente con riferimento alle sole servitù che erano state fino ad allora usucapibili, ovvero quelle rustiche¹⁷. Esse erano

¹¹ M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III ed., Palermo, 2006, p. 395.

¹² Per l’usufrutto: Iul. 7 dig. D. 7.6.3; Ulp. 70 ad ed. D. 43.17.4; per le servitù: Paul. 15 ad Sab. D. 8.1.14 pr.; Ulp. 17 ad ed. D. 8.4.2; Cels. 25 dig. D. 43.19.7.

¹³ Paul. 15 ad Sab. D. 8.1.14 pr. Cfr. Gai. 7 ad ed. prov. D. 41.1.43.1.

¹⁴ Paul. 54 ad ed. D. 41.3.4.(28)29. F. TUCCILLO, *Lex Scribonia o lex Voconia? Sulla tradizione manoscritta di D.41.3.4.28*, in A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZÁLEZ, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (cur.), *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, 2016, p. 1219 ss.

¹⁵ C. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia de usucapione servitutum*, in *RIDA*, 3^a S., 17, 1970, p. 329 ss. (216 a.C.); L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell’età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 451 (149 a.C.); J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der Lex Scribonia*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 104, 1987, p. 631 ss. Non ci sembra decisivo Cic. Att. 15.26.4 per affermare una data successiva al 44 a.C.

¹⁶ Biennale (Paul. sent. 1.17.1; Paul. 54 ad ed. D. 41.3.4.26(27)): B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, II ed., Milano, 1954, p. 274; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo. Derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y furs de València*, Castelló, 2002, p. 64. Per l’annualità si sono espressi, C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino, 1895, p. 236; A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù nel diritto romano*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 38, 1887, p. 53 ss.; F. FABBRINI, *Usucapione (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 280 ss.; G. NICOSIA, *L’usus*, cit., p. 722 ss. Sulle fonti citate, G. D’ANGELO, *Un’ipotesi sull’origine del non usus*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 55, 2012, p. 293 ss.

¹⁷ Si cfr. Paul. sent. 1.17.1. Nel senso indicato S. PEROZZI, *Problemi di origini*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Milano, 1905, pp. 167 ss., 208, 216; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, pp. 347, 412; G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1966, p. 223 s.; A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh, 1971, p. 63; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., p. 450 ss.; ID., *La lex Scribonia e la usucapione delle res incorporales*, in ID., *Ai margini della proprietà fondiaria*, III ed., Roma 1998, p. 17 ss. [= ID., *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, p. 91 ss.]; ID., *Alle origini di un divieto legislativo: la lex Scribonia*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I,

considerate *res Mancipi*, anche in virtù di un'empirica costruzione che ricollegava alla posizione di vantaggio del titolare del fondo dominante la proprietà sulla parte di fondo servente oggetto dell'esercizio del proprio potere¹⁸. La natura di *res Mancipi* concrete e tangibili delle servitù rustiche, intese come *portiones fundi* fin dall'età arcaica, e la loro costituibilità mediante *Mancipatio* avranno reso originariamente possibile, presenti gli altri requisiti, la loro usucapione mediante possesso protratto nel tempo. Partendo da questi presupposti, sembra verosimile che il divieto di usucapione delle servitù rustiche sia stato introdotto anche per non gravare eccessivamente di rischi il diritto dominicale sui fondi serventi¹⁹. Le servitù urbane, sorte tra III e II secolo a.C., quando ormai si era affinato il pensiero giuridico e si era superata l'idea della comproprietà sulla zona interessata del fondo servente, furono classificate invece dai giuristi²⁰ *ab origine* come *res nec Mancipi, iura in re aliena*²¹ e non usucapibili. Col tempo, con la *lex Scribonia*, probabilmente intorno alla metà del I secolo a.C. (ma è possibile pensare anche a una datazione anteriore), si affermò l'orientamento che contribuì al formarsi della concezione delle stesse come *iura in re*

Napoli, 1997, pp. 76 ss., 84. Altri autori ritengono invece che la legge abbia riguardato anche le servitù urbane: G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 244 ss.; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica. Lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in H. TEMPORINI (cur.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung. Joseph Vogt zu seinem 75. Geburtstag gewidmet*, I, *Von den Anfängen Roms bis zum Ausgang der Republik*, 2, *Recht, Religion, Sprache und Literatur (bis zum Ende des 2. Jhs. v. Chr.)*, Berlin, 1972, pp. 134 ss., 271; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., pp. 276, 285; F. TUCCILLO, *Note minime sulla Lex Scribonia*, in M. GARRIDO-HORY, A. GONZALÈS (cur.), *Histoire, Espaces et Marges de l'Antiquité. Hommages à Monique Clavel-Lévêque*, IV, Besançon, 2005, p. 132 ss.; C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen, 2010, p. 242 ss.; G. D'ANGELO, *Sulla lex Scribonia de usucapione servitutum*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 56, 2013, p. 9 ss.

¹⁸ M. VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, in *Berichte über die Verhandlungen der Königlich Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig. Philologisch-historische Klasse*, 26.4, 1874, p. 159 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 20, 1949, pp. 127 ss., 371; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1971, p. 109; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., p. 453; L. VACCA, *Usucapione (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1986, p. 989 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 183 ss. = EAD., *Possesso e tempo*, cit., p. 131 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 79 ss.]. Diverso avviso da parte di G. GROSSO, *Sulla servitù di aquae haustus*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 40, 1932, p. 401 ss. [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 1 ss.]; ID., *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 70, 1967, p. 105 ss. [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 683 ss.].

¹⁹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, p. 182 ss.; ID., *Ancora sulla lex Scribonia*, in *Index*, 22, 1994, p. 211 ss.

²⁰ Altro è il discorso per Cic. *Top.* 5.27.

²¹ Nel II secolo a.C.: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche*, cit., p. 192, nota 315; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei iura in re aliena ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992, p. 213;

aliena. Quest'ultimo inquadramento dogmatico delle servitù rustiche fu successivo alla *lex Scribonia*, perché, se esso fosse stato precedente, avrebbe implicitamente già sancito la loro inusucapibilità²²; in alternativa, al limite, si dovrebbe ritenere che, al tempo di tale legge, esso inquadramento non si fosse ancora imposto agli occhi della giurisprudenza in tutte le sue implicazioni²³. Su queste innovazioni dovette infine impersi la distinzione tra *res corporales* e *incorporales*, che è attestata nella giurisprudenza dal II secolo d.C.²⁴.

²² F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. Usus, scientia, patientia*, Napoli, 2009, p. 93. Diverso inquadramento cronologico da parte di R. LA ROSA, *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, 2008, p. 84.

²³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., p. 451.

²⁴ Gai. 2.12-14 (≈ D. 1.8.1.1); 2.17. Cfr. Gai. 7 *ad ed. prov. D.* 41.1.43.1; Ep. Gai 2.1.2, 3. G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano, I, Le cose. Parte prima. Concetto di cosa. Cose extra patrimonium*, Milano, 1945, p. 16 ss.; K. KAGAN, *Res corporalis et res incorporalis. A comparison of Roman and English law and interests for life*, in *Tulane Law Review*, 20, 1945-1946, p. 98 ss.; M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 24-25, 1946-1947, p. 209 ss.; R. MONIER, *La date d'apparition du dominium et de la distinction juridique des res en corporales et incorporales*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, 1948, p. 357 ss.; ID., *Res corporales et res incorporales*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 26, 1948, p. 374 ss.; B. ALBANESE, *La successione*, cit., p. 356 ss.; G. PUGLIESE, *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *RISG*, 5, 1951, p. 237 ss. [= ID., *Scritti giuridici scelti*, cur. G. SACCONI, I. BUTI, Napoli, 1985, p. 225 ss.]; G. SCHERILLO, *Res Mancipi et nec Mancipi. Cose immobili e mobili*, in A. GUARINO, L. LABRUNA (cur.), *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, p. 83 ss. [= ID., *Scritti giuridici*, II.2, *Studi di diritto romano*, Milano, 1995, pp. 245 ss., 246, nota 4; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione tra res corporales e res incorporales*, in *Labeo*, 20, 1974, p. 362 ss.; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni res corporales-res incorporales e res Mancipi-res nec Mancipi nella sistematica gaiana*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, p. 409 ss. [= ID., *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova, 2003, p. 1091 ss.]; F. BALDESSARELLI, *A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra res corporales e res incorporales nel diritto romano classico*, in *RIDA*, 3^a S., 37, 1990, p. 87 ss.; M. TALAMANCA, *Diatribè e paralipomeni*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 96-97, 1993-1994, pp. 652 ss., 679, nota 118; J.W. TELLEGEN, *Res incorporalis et les codifications modernes du droit civil*, in *Labeo*, 40, 1994, p. 35 ss.; M. BRETONNE, *Res incorporalis*, in *Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'impero* (Atti Convegno Accademia Lincei, Roma, 27-28 aprile 1995), Roma, 1996, p. 117 ss.; W. DAJCZAC, *Der Ursprung der Wendung res incorporalis im römischen Recht*, in *RIDA*, 3^a S., 50, 2003, p. 97 ss.; P. PICHONNAZ, *Res incorporales et possessio iuris. Questions choisies sur les relations entre choses et droits*, in *Orbis iuris romani* 9, 2004, p. 105 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 99 ss.; G. TURELLI, *Res incorporales e beni immateriali: categorie affini, ma non congruenti*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 5, 2012 [= in A. SCIUMÉ, E. FUSAR POLI (cur.), *Afferrare l'inafferrabile. I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra Otto e Novecento*, Milano, 2013, p. 71 ss.]; C. BALDUS, *Res incorporales im römischen Recht*, in S. LEIBLE, M. LEHMANN, H. ZECH (cur.), *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*, Tübingen, 2011, p. 7 ss.; ID., *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 55, 2012, p. 41 ss.; G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, *ivi*, p. 125 ss.; G. NICOSIA, *Possessio*, cit., p. 275 ss.; M. VARVARO, *La definizione della possessio nel Festo Farnesiano fra tradizione manoscritta, edizioni e interpretazione storiografica*, in I. PIRO (cur.), *Scritti per Alessandro Corbino*, VII, Tricase, 2016, p. 401 ss.; G. TURELLI, *Res incorporales, objetos corporales, objetos inmatereales. Nota sull'itinerario moderno di un concetto antico*, in *Roma e America*, 37, 2016, p. 171 ss.; G. NICOSIA, *La nascita postdecemvirale della Mancipatio e quella ancora posteriore della distinzione tra res Mancipi e res nec Mancipi*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 59, 2016, p. 303 ss.; ID., *Breve nota sull'integrazione nisi in nella voce 'possessio' di Festo*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 60, 2017, p. 371 ss.; G. FALCONE, *La definizione di obligatio tra diritto e*

L'usucapione delle servitù (e dell'usufrutto) ricomparve in periodo giustiniano nella forma della *longi temporis praescriptio*²⁵, che si compiva con la *possessio* di dieci anni *inter praesentes* e, altrimenti, di vent'anni²⁶. Erano inoltre richieste *bona fides* e *iusta causa*. Alle innovazioni della teoria giustiniana, è probabilmente da collegarsi la recezione nel *Digesto* del concetto di *possessio iuris* con una tendenza tecnicistica.

In dottrina si è sostenuto²⁷, probabilmente a ragione, che anche l'usufrutto inizialmente fosse considerato come oggetto di dominio, concepito come una 'proprietà sui frutti'; dalla proprietà sui frutti si sarebbe poi passati, in modo analogo allo sviluppo registrato in riferimento alle *servitutes*, a un diritto vero e proprio, il *ius fruendi*.

2. Non si hanno altrettante informazioni per quanto riguarda, nell'ordinamento giuridico romano, la *superficies*. L'analisi del caso della superficie deve necessariamente iniziare con la menzione del principio *superficies solo cedit*, che implicava che ogni cosa che si trovava al di sopra di un certo terreno appartenesse al proprietario del suolo stesso, senza che fossero ammissibili patti contrari²⁸; tale dogma fa parte di quel nucleo di

morale. *Appunti didattici*, Torino, 2017, p. 92 ss.; P. POLITO, *Some Considerations on the Relationship between res incorporales and Immaterialgüterrechte*, in U. BABUSIAUX, M. IGINI (cur.), *Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates*, Köln, 2019, p. 33 ss.; R. CARDILLI, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2021, p. 265 ss.; M. BEGHINI, I. ZAMBOTTO, *Res corporales e res incorporales: radici romane e sviluppi contemporanei di una bipartizione*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 16, 2023, [= EAED., *Res corporales and res incorporales. Roman Foundation and Current Development of a Bipartition*, in *Roma Tre Law Review*, 4, 2022, p. 7 ss.].

²⁵ CI. 7.33.12.4 (a. 531); Bas. 50.11.12. L'inquadramento dell'intera materia dell'*usucapio/longi temporis praescriptio* da parte di Giustiniano si trova in CI. 7.31.1 (a. 531). P. BONFANTE, *La longi temporis praescriptio delle servitù*, in *RISG*, 16, 1893, p. 177 ss. [= ID., *Scritti*, II, cit., p. 956 ss.]; L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi temporis praescriptio: fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 55, 1998, p. 147 ss. [= EAD., *Appartenenza*, cit., p. 445 ss. = EAD., *Possesso*, cit., p. 205 ss. = EAD., *Possesso e acquisto*, p. 233 ss.]; EAD., *Dominium, in bonis, proprietà provinciale*, in F. MILAZZO (cur.), *Città, territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 2002)*, Soveria Mannelli, 2010, p. 58 ss. [= EAD., *Possesso e acquisto*, p. 284 ss.]; EAD., *La proprietà e le proprietà nell'esperienza giuridica romana*, in EAD. (cur.), *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers. Dedicate alla memoria di Jean Beauchard. Roma 13-14 giugno 2014*, Napoli, 2015, p. 1 ss. [= EAD., *Possesso e acquisto*, p. 303 ss.].

²⁶ CI. 7.33.12.4 (a. 531).

²⁷ B. BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938, p. 665.

²⁸ [J.] BIERMANN, *Superficies solo cedit*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 34, N.S. 22, 1895, p. 169 ss.; L. WENGER, *Superficies solo cedit*, in *Philologus*, 88, 1933, p. 254 ss.; F. MAROI, *La proprietà degli alberi separata da quella del fondo*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1, 1935, p. 349 ss.; M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Römianistische Abteilung*, 65, 1947, p. 219 ss.; C.A. MASCHI, *Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio superficies solo cedit*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, IV, Napoli, 1953, p. 135 ss.; ID., *Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di*

postulati fondamentali che fin dalle origini di Roma informavano il pensiero giuridico: veniva ricondotto dai Romani al *ius naturale*²⁹ o alla natura³⁰, essendo a loro parere intrinseco alla natura delle cose³¹ e perciò operante senza bisogno di giustificazioni³². La regola dell'accessione comportava che non fosse ammissibile la proprietà separata per piani orizzontali, essendo impossibile che il proprietario del terreno fosse diverso dal proprietario della superficie. Anche il termine '*superficies*' subì un'evoluzione: in senso materialistico, indicava tutto ciò che insiste o è stabilmente incorporato al suolo³³, però quando si manifestò l'esigenza di destinare le accessioni di un fondo a un soggetto diverso

proprietà superficiaria, in *Atti dell'VIII Congresso internazionale di Studi Bizantini (Palermo, aprile 1951)*, II, *Agiografia, Archeologia, Arte, Diritto, Liturgia, Musica*, Roma, 1953, p. 350 ss. [= in *Munera Friburgensia Fritz Pringsheim oblata*, Athena, 1953, p. 94 ss.]; I. PUHAN, *Superficies solo cedit*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1, 1953, p. 332 ss.; J.P. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 88, 1971, p. 136 ss.; F. MUSUMECI, *Inaedificatio*, Milano, 1988; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 417 ss.; T. JOSIPOVIC, *Der Grundsatz superficies solo cedit und die rechtliche Einrichtung des Grundbuchs (unter besonderer Berücksichtigung des kroatischen Grundbuchsrechts)*, in *Wiener Konferenz über Grundbuch und Kataster, II. Session 1998*, Wien, 1999, p. 109 ss.; V.M. GARRIDO DE PALMA, *¿Superficies sólo cedit?*, in ID. (cur.), *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, Madrid, 2007, p. 143 ss.; A.B. ZAERA GARCÍA, *Superficies solo cedit*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, p. 1007 ss.; M. KAMBIČ, *Preživetje rimskega prava v ODZ in usoda načela superficies solo cedit*, in *Podjetje in delo: revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo. A Journal for Commercial, Labour and Social Law*, 38.1, 2012, p. 58 ss.; N. ZIHA, *Croatian Property Law between Tradition and Transition: A Revival of the Roman Principle superficies solo cedit*, in Z. PRIMORAC, C. BUSSOLI, N. RECKER (cur.), *Economic and Social Development. 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World. Book of Proceedings*, Split 2016, p. 73 ss.; L. GRIESE, *Die Nutzung von Land ernach römischem Recht. Ordnungsmodelle für die Kolonien und für die Provinz*, Baden-Baden, 2019, p. 187; E. CALORE, *Superficies solo cedit: il legame naturale tra superficie e suolo nel diritto romano e la scelta dei codificatori latinoamericani del XIX secolo sul diritto di superficie e sulla proprietà orizzontale*, in L.M. VELÁZQUEZ ARROYO, J.A. GODDARD (cur.), *Estudios de derecho romano y derecho civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*, México, 2022, p. 113 ss.

²⁹ Gai. 2.73; Ulp. 6 opin. D. 9.2.50; Gai. 25 ad ed. prov. D. 43.18.2.

³⁰ Paul. 74 ad ed. praet. D. 44.7.44.1.

³¹ Riporta B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 450, che esso era così saldamente ancorato alla coscienza sociale che perfino Seneca (*epist.* 88.28), volendo dimostrare la intima connessione fra la matematica e la filosofia, ricorreva a una comparazione giuridica: sosteneva infatti che tra queste intercede la stessa inseparabilità che nel campo del diritto c'è tra suolo e superficie (*Non est autem ars sui iuris, cui precarium fundamentum est. philosophia nil ab alio petit, totum opus a solo excitat. mathematicae, ut ita dicam, superficiaria est, in alieno aedificat*). Sul punto v. anche F. PASTORI, *Prospettiva storica della superficie nel sistema dei diritti*, Milano, 1988, p. 121.

³² F. SITZIA, *Superficie (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1459 ss.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 160; C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 296 s.; ID., *Proprietà*, cit., p. 138; P. SANTINI, «*De loco publico fruendo*». *Sulle tracce di un interdetto*, Napoli, 2016, p. 84.

³³ In questo senso cfr. la definizione di *superficies* in A. PALADINI, *Superficie (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 941 ss.; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1459; H. VOGT, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg-Lahn, 1950, p. 3.

dal *dominus soli*, lo stesso termine iniziò ad essere utilizzato per riferirsi sia alla cosa oggetto di godimento che si trovava su suolo altrui, sia al diritto di godere della stessa³⁴, e difatti le primitive relazioni superficiali vennero inquadrare nello schema della *locatio conductio*³⁵. L'analisi della tutela interdittale pretoria concessa ai superficiali porta a sostenere che questi, in epoca classica, non erano considerati *possessores*, mentre la *possessio* della *superficies* pare pacificamente ammessa in epoca giustiniana, data l'insistenza con cui i compilatori inserirono in vari paragrafi il riferimento al possesso del superficario. Il confronto tra il testo della formula dell'interdetto *de superficibus*, che troviamo in Ulp. 70 *ad ed. D. 43.18.1. pr.*, e il relativo commento dei giureconsulti, è proprio testimonianza di questo cambio di orientamento. Nel primo, infatti, non v'è alcun riferimento al possesso, anzi il riferimento alla *lex locationis* induce a pensare che presupposto per la concessione dell'interdetto fosse proprio la *lex contractus*, in base alla quale si doveva realizzare il *frui* oggetto di tutela; il commento, invece, contiene le parole «*quia melius est possidere*» nel paragrafo 1 e «*quam causam possidendi habeat*», «*num forte vi clam precario ab adversario possideat*» nel paragrafo 2. In particolare pare che Ulpiano ritenesse l'interdetto *de superficibus* modellato sull'*uti possidetis*³⁶, ma la stretta connessione tra questi due interdetti è stata fortemente messa in dubbio da G. Falcone³⁷: la rilevanza del possesso *nec vi nec clam nec precario* era difatti perfettamente ammissibile in riferimento all'*uti possidetis*, non invece per il *de superficibus*, che andava a tutelare unicamente il godimento esercitato nel rispetto di quanto appositamente stabilito in sede di conclusione del contratto di locazione. Tale considerazione pare avallata non solo dal testo dell'interdetto ma anche da un altro frammento del Digesto, ossia Ulp. 69 *ad ed. D. 43.17.3.7*³⁸, che dimostra la

³⁴ V. S. SOLAZZI, Recensione a H. VOGT, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, in *Iura*, 2, 1951, p. 224 ss.

³⁵ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 452; L. GAGLIARDI, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiali: dalle azioni in personam alle azioni in rem*, in L. GAROFALO (cur.), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, 2011, pp. 5 ss., 21. Testimoniano la costituzione della superficie tramite locazione: Ulp. 70 *ad ed. D. 43.18.1. pr.*, 1, 3; Gai. 25 *ad ed. prov. D. 43.18.2*; Ulp. 69 *ad ed. D. 43.17.3.7*; Paul. 48 *ad ed. D. 39.2.18.4*; Paul. 21 *ad ed. D. 6.1.74*; Ulp. 52 *ad ed. D. 39.1.3.3*.

³⁶ Ulp. 70 *ad ed. D. 43.18.1.2*: «*Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti uti possidetis. tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat: unum tantum requirit, num forte vi clam precario ab adversario possideat. omnia quoque, quae in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur*».

³⁷ G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto 'Uti possidetis'*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 44, 1996, pp. 1 ss., 147 ss.

³⁸ *Sed si supra aedes, quas possideo, cenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum qui in cenaculo moretur: semper enim superficiem solo cedere. Plane si cenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo videri non ab eo aedes possideri, qui kruptas possideret, sed ab eo, cuius aedes supra kruptas essentiarum verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit: ceterum superficialium proprio interdicto et*

consapevolezza di Ulpiano della centralità della *lex contractus* nel caso di tutela realizzata attraverso l'interdetto *de superficibus*³⁹. In questo testo le parole «*tuebitur secundum legem locationis*» non devono essere interpretate come un'allusione all'esistenza di una *exceptio* a favore del superficiario - nel dettato dell'*uti possidetis* - che rende inoperante l'interdetto, perché, se così fosse, sarebbe in palese contraddizione con quanto detto prima dal giurista, in merito al prevalere del *dominus soli* (anche) nei confronti del superficiario in sede di *uti possidetis*⁴⁰; invece devono essere lette come un riferimento al fatto che il superficiario poteva ottenere tutela grazie all'interdetto, *ad hoc, de superficibus*, mentre il *dominus soli* era protetto con l'*uti possidetis*.

Falcone si sofferma su alcuni rilievi di carattere formale che consentono di scorgere l'origine giustiniana di Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.2: l'espressione «*petere superficiem*» sembra derivare da una concezione dominicale della superficie, propria del periodo giustiniano; «*requirit*» non è un verbo che un giurista classico avrebbe riferito al pretore; il «*vi clam precario*» è privo di particella disgiuntiva ('*vel*', '*aut*', '*nec*'); sospetti paiono altresì l'uso del tempo futuro e il ripetersi di '*quoque*'⁴¹. Anche tutte queste incongruenze concernenti l'aspetto stilistico rendono possibile affermare che il commento conservato in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.2 sia di mano compilatoria, probabilmente scritto al fine di sottolineare la dimensione possessoria della *superficies*, consolidatasi in epoca postclassico-giustiniana⁴². La rappresentazione fornita in Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.2 è fuorviante, perché raffigura l'interdetto - trascurando il chiaro richiamo alla fonte contrattuale - come posto a tutela di un mero godimento di fatto della superficie: per questo possiamo dichiararne con ampia probabilità la natura compilatoria.

actionibus a praetore utetur. Dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdico uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat. A favore della sua classicità si sono espressi E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, in *Cose, diritti reali e possesso*, Studi di diritto romano, II, Milano, 1941, pp. 409 ss., 427; L. LABRUNA, '*Vim fieri veto*'. *Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 223; G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 149 s.

³⁹ Concordano P. SANTINI, «*De loco publico fruendo*», cit., p. 95; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies en derecho romano*, Madrid, 2017, p. 97 ss.

⁴⁰ G. FALCONE, *Ricerche*, cit., pp. 149 s., 149, nota 21. La stessa posizione assume C.A. MASCHI, *Proprietà*, cit., p. 152.

⁴¹ G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 150 s.

⁴² G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 152. *Contra* F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 283 ss.; J.M. RAINER, *Superficies und Stockwerkseigentum im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 106, 1989, pp. 327 ss., 333 ss.

La dimensione possessoria della superficie viene rimarcata anche da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.1⁴³: Ulpiano informa che la ragione per l'introduzione dell'interdetto *de superficiebus* stava nell'inadeguatezza delle sole *actiones in personam* a una efficace tutela dei superficiari qualora fosse incerto «*an locati existeret*». Albertario⁴⁴ ritiene debba considerarsi interpolato l'intero tratto «*sed longe visum est ... et quasi in rem actionem polliceri*», sostenendo che fossero i compilatori a voler affermare che il superficiario possedeva. In particolare soffermiamoci sulle parole «*quia et incertum erat an locati existeret*»; quantomeno, sembra corretto sostituire «*locati*» con «*locator*»⁴⁵: così facendo, si capisce che Ulpiano si stava riferendo alle ipotesi in cui il superficiario non riusciva a farsi cedere le azioni dal locatore e dunque l'interdetto *de superficiebus* e l'*actio in rem* avrebbero avuto la funzione di risolvere proprio questa complicazione.

L'interdetto *de superficiebus* aveva dunque struttura e funzioni simili a quelle dell'*uti possidetis* ma non necessitava del requisito del possesso per poterne usufruire: è anzi possibile che nella versione originale del commento Ulpiano avesse effettivamente collegato l'interdetto a tutela della superficie con il *de loco publico fruendo*⁴⁶, dal quale deriva⁴⁷, anche perché, oltre ad essere accomunati dal richiamo alla *lex locationis*, sono connessi da un punto di vista storico, essendo le concessioni di diritto pubblico l'antecedente della superficie intesa come istituto privatistico⁴⁸.

⁴³ Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.1: «*Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri*». Il paragrafo è ritenuto interamente giustiniano da H. VOGT, *Das Erbbaurecht*, cit., pp. 30 s., 91; ne difendono l'integrale genuinità B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 470 e R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. BELLOCCI (cur.), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano. Siena, 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, pp. 83 ss., 117 s.

⁴⁴ E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 420 s.

⁴⁵ Così O. LENEL, *Zu fr. 1 § 1 de superficiebus (43, 18)*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 1, 1880, p. 91 ss.; J.M. RAINER, *Superficies*, cit., p. 334; G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 152, nota 28; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 19.

⁴⁶ Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.9.1 pr.: *Praetor ait: 'Quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius ex lege locationis frui liceat, vim fieri veto'*.

⁴⁷ A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, p. 129 s.; E. ALBERTARIO, *Il possesso dell'ager vectigalis*, in *Cose, diritti reali e possesso, Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, pp. 387 ss., 400; ID. *Il possesso della superficie*, cit., p. 414; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., pp. 143 ss. spec. 162 ss., G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 148; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 3 ss.

⁴⁸ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 451 ss.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 162 ss.; G. FALCONE, *Ricerche*, pp. 5 ss., spec. 147; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1459 ss.; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 6 ss.; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies*, cit., p. 17 ss.; P. SANTINI, «*De loco publico fruendo*», cit., p. 83 ss.

Vi sono dei passi dei *Digesta* che parlano di ‘*possidere*’ a proposito della superficie, ma una analisi più approfondita potrebbe rivelarne l’intervento compilatorio che ha determinato il riferimento. Consideriamo ad esempio Marcian. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.1.13.3⁴⁹: il paragrafo è da ritenere interpolato soprattutto per l’accenno all’istituto dell’*hypotheca*, che certamente è giustiniano; sospetto è anche l’uso della forma «*sive... sive*», che compare solitamente nei testi interpolati⁵⁰. Altro frammento sospetto è Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.4, 5⁵¹: nel paragrafo 3⁵² si avverte che l’interdetto *unde vi* è concesso a coloro che sono espulsi dal fondo o dall’edificio; nei paragrafi 4 e 5, però, si afferma che è dato anche a coloro che sono espulsi da un’area e ai superficiari, così come nel paragrafo 8⁵³ lo si concede anche a chi è stato espulso da *res solo coharens*. È probabile che la ripetizione sia dovuta alla mano compilatoria, che lavorava per estendere l’*unde vi* al superficiario⁵⁴.

I testi appena considerati sembrano trattare del possesso del superficiario, ma una analisi più approfondita permette di scorgere le possibili interpolazioni; *a fortiori*, non mancano esempi nel Digesto di frammenti dai quali è desumibile l’inesistenza del possesso del superficiario in epoca classica. Come già visto sopra, Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.17.3.7, che concede l’*uti possidetis* al *dominus soli* tanto contro i terzi quanto contro il superficiario stesso, costituisce ulteriore dimostrazione dell’assenza del possesso in capo al superficiario. Oltre a questo è da ricordare Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.15.12⁵⁵: nel testo si legge chiaramente che la *missio in possessionem damni infecti causa* è da farsi *in totas aedes*, in

⁴⁹ *Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit.*

⁵⁰ E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 424 s.; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I, Tübingen, 1910, p. 103 ritiene il testo interpolato sostenendo che Marciano in realtà trattasse dell’*ager vectigalis*.

⁵¹ 4. *Et si quis de area deiectus sit, sine dubio interdicto locus est: et generaliter ad omnes hoc pertinet interdictum, qui de re solo cohaerenti deiciuntur: qualisqualis enim fuerit locus, unde quis vi deiectus est, interdicto locus erit.* 5. *Proinde et si superficiaria insula fuerit, qua quis deiectus est, apparet interdicto fore locum.*

⁵² *Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione deiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo deiciuntur, ut puta de fundo sive aedificio: ad alium autem non pertinet.*

⁵³ *Plane si quis de ligneis aedibus deiectus fuerit, nemo ambigit interdicto locum fore, quia qualequale sit quod solo cohaereat, inde qui vi deiectus est habet interdictum.*

⁵⁴ E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 425 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* III, *Diritti reali*, Roma, 1933, p. 173; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* I, II ed., Roma, 1928, p. 863, nota 2; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 281, nota 19. *Contra* B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 476 ss., che propende per la classicità dell’estensione utile dell’*unde vi* al superficiario.

⁵⁵ *An vero in totas aedes missio locum habeat, videamus. Et extat Sabini sententia in totas aedes mittendum: alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum, nec profuturum in possessionem eius rei mitti, quam quis possidere non possit aut ei non expediat: et verior est sabini sententia.*

quanto il principio *superficies solo cedit* impedisce il possesso della superficie separato da quello del suolo.

Alla luce delle precedenti considerazioni, pare ragionevole ritenere che il possesso del superficiario non fosse riconosciuto in età classica, ma che sia entrato a far parte della Compilazione tramite le interpolazioni dei giuristi giustiniani.

L'interdetto *de superficiebus* non era però l'unico mezzo a tutela dei *superficiarii* esistente in epoca classica: fu introdotta dal pretore anche l'*actio de superficie*⁵⁶, concessa *causa cognita*. Effettivamente, la tutela civilistica e quella interdittale non coprivano interamente le situazioni bisognose di protezione in cui poteva trovarsi il superficiario: la condizione dei *superficiarii emptores* non veniva tutelata dal meccanismo dell'interdetto, il quale era appunto basato sull'esistenza di un rapporto di locazione. Se accettassimo la tesi che dà rilevanza al possesso, per cui l'interdetto serviva a proteggere l'esercizio di fatto della superficie, la creazione dell'*actio* sarebbe spiegabile con la necessità di garantire una tutela anche contro chiunque avesse ottenuto in modo non vizioso il godimento della superficie al posto del superficiario⁵⁷. Invece nel nostro caso è la rilevanza della fonte contrattuale che giustifica pienamente l'introduzione della tutela reale. Perciò la ragione dell'introduzione dell'*actio in rem* si rintraccia considerando il limitato ambito di

⁵⁶ L'orientamento decisamente maggioritario sostiene la classicità dell'azione: G. SEGRÉ, *Sulla distinzione delle actiones in rem e in personam per rapporti estranei al ius civile nel diritto romano classico*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 41, 1933, p. 81 ss.; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, III ed., Leipzig, 1927, pp. 185, nota 3, 476 s.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., pp. 144 ss., 216 ss.; ID. *Sulla struttura dell'"actio de superficie"*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, VI, Milano, 1897, p. 325 ss.; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1461; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, p. 352 ss.; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies*, cit., p. 120 ss.; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 21 ss. *Contra* G. BAVIERA, *La legittimazione passiva nell'"actio aquae pluviae arcendae" in diritto romano classico. Note storiche esegetiche*, in G. BAVIERA (cur.), *Scritti giuridici I, Diritto romano*, Palermo, 1909, p. 143 ss., 177 ss.; A. SCHMIDT, *Das Recht der Superficies*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 11, 1890, pp. 121 ss., 136; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig, 1901, p. 1260; G. VON BESELER, *Beiträge*, I, cit., p. 10 ss.; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 169 ss.; H. VOGT, *Das Erbbaurecht*, cit., p. 106. Sono passati dal sostenerne la natura compilatoria P. BONFANTE, *Teoria del possesso e degli istituti possessori*, Pavia, 1905-1906, p. 47 ss.; E. ALBERTARIO, *Actio e interdictum (Nota esegetica)*, Pavia, 1911, p. 15; ID., *Il possesso della superficie*, cit., p. 473; B. BIONDI, *Le servitù prediali*, Milano, 1933, p. 55, al difenderne la classicità P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, Roma, 1926, p. 219; ID. *Istituzioni di diritto romano*, X ed. (ristampa corretta a cura di G. BONFANTE e G. GRIFÒ, Milano 1987), Torino, 1946, p. 163; E. ALBERTARIO, *Recensione a G. VON BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, in *Studi di diritto romano*, VI, *Saggi critici e studi vari*, Milano, 1953, pp. 515 ss., 524 ss.; B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 445 ss. Viceversa, il cambio di opinione si registra in senso opposto nel caso di V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 81, p. 361 ss., e ID. *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli, 1994, p. 260.

⁵⁷ Questa spiegazione viene data da M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 372; V. GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., p. 178 s.

applicazione dell'interdetto: questo, abbiamo visto, tutelava solo i conduttori, fossero essi *conductores ad tempus* – come si ricava *a contrario* da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.3, che li esclude invece della tutela reale⁵⁸ - o *conductores in perpetuum*, in quanto anch'essi infatti inizialmente non potevano usufruire dell'azione reale pretoria e difatti fu la giurisprudenza, con il tempo, a estenderla anche a loro⁵⁹.

Ciò porta a ritenere⁶⁰ che l'*actio in rem* sia stata introdotta per dare protezione giudiziale a quei diritti di superficie che non erano stati costituiti con una locazione, bensì con una compravendita, e fu dunque lo strumento con cui il pretore garantì la protezione anche ai superficiali *emptores*. Tra il II e il I secolo a.C., infatti, l'unico possibile negozio costitutivo del rapporto superficario era la locazione⁶¹, ma a questa si aggiunse, successivamente, la possibilità di far sorgere il diritto di superficie mediante compravendita⁶². Naturalmente, introdotta la vendita della superficie, inevitabilmente si doveva ammettere anche la *traditio*, come atto di esecuzione della vendita⁶³: anche in questo caso, come in ogni compravendita, il *dominus soli* doveva, nei confronti dell'acquirente, necessariamente *tradere ut habere liceret*. Appare problematico il fatto che la *traditio* comportava che l'accipiente diventasse *possessor* ma, di nuovo, il possesso della superficie non era configurabile in epoca classica. Al fine di dare una giustificazione giuridica alla possibilità di *traditio* di superficie sono allora da considerare due ipotesi. Secondo la prima, di B. Biondi⁶⁴, la *traditio* in questione permetteva al compratore di procurarsi il pacifico godimento della cosa, non il possesso della superficie

⁵⁸ (...) *si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio* (...).

⁵⁹ Ciò si desume da Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.3: «*ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*».

⁶⁰ G. FALCONE, *Ricerche*, cit., p. 157, nota 38; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 21.

⁶¹ L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 21.

⁶² Sulla compravendita della superficie cfr. B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 454 ss.; C.A. MASCHI, *Proprietà*, cit., p. 157 ss.; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 183 ss.; F. SITZIA, *Superficie*, cit., p. 1460; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 11; A. ZAERA GARCÍA, *La superficies*, cit., p. 104 ss.; L. GAGLIARDI, *Rec. a A.Z. García*, *op. cit.*, in *Interpretatio prudentium*, 5.2, 2020, p. 356 ss. Avendo l'*emptio venditio* effetti obbligatori, tra *locatio* e *venditio* non c'era quella significativa differenza di struttura ed effetti che c'è oggi, tant'è che Gaio (3.145-147) attestava che i due contratti «*familiaritatem aliquam inter se habere videntur*», al punto che a volte «*quaeri soleat utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio*». F. PASTORI, *op. cit.*, pp. 188 ss., considerando i passi di Gaio, ritiene che il giurista intendesse semplicemente domandarsi se fosse possibile interpretare come locazione dei negozi anomali, studiando le caratteristiche di contratti tipici come la locazione e la vendita, senza però alcuna intenzione di avvicinarle; di conseguenza nessun argomento dovrebbe essere tratto da questi passi a sostegno della possibilità che il godimento superficario derivi anche dalla vendita oltre che dalla locazione.

⁶³ L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 11.

⁶⁴ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 496 ss.

intesa come entità indipendente dal suolo (e difatti, precisa, l'interdetto *uti possidetis*, posto a tutela del possesso, veniva accordato al *dominus soli* e non al superficiario). La *traditio*, a parere dell'Autore, serviva a far sì che il compratore prevalesse in un'eventuale lite sul possesso⁶⁵; non poteva essere messa in discussione l'ammissibilità della *traditio* anche per via del fatto che altrimenti i classici avrebbero dovuto ritenere invalida la vendita della superficie, in quanto l'impossibilità di *tradere ut habere liceat* ne avrebbe comportato la nullità per impossibilità della prestazione. L'altra teoria che consideriamo è quella di F. Pastori⁶⁶, che segue invece il percorso, per così dire, opposto: egli ammette la vendita solo nel momento in cui la superficie acquisì una autonoma configurazione giuridica; parimenti, riconosce la possibilità di *traditio* solo quando essa si affermò come rapporto indipendente. Egli spiega che il *ius civile* ammetteva unicamente la locazione della superficie, mentre escludeva la *possessio* e la *traditio*; tuttavia, la prassi giurisprudenziale permise, con il tempo, il riconoscimento di queste figure, con una serie di limitazioni e precisazioni, anche con riferimento al diritto di superficie, in modo da consentire altre modalità di costituzione della stessa. Nello specifico, secondo l'Autore⁶⁷, prima venne ammessa la *traditio* e solo in conseguenza della fattibilità della stessa fu possibile dar luogo ai negozi che la presuppongono, come appunto la vendita, ma anche il pegno⁶⁸, il legato *per damnationem*⁶⁹ e la donazione⁷⁰. Tali negozi sarebbero ricollegabili alla

⁶⁵ Ulp 32 *ad ed.* D. 19.1.11.13: «*Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit (...)*»

⁶⁶ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 193 ss.

⁶⁷ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 320 ss.

⁶⁸ V. Paul. 68 *ad ed.* D. 20.4.15, Marcian. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.1.13.3, Paul. 52 *ad ed.* D. 13.7.16.2. Ammettono il pegno nell'età classica F. PASTORI, *Prospettiva*, p. 295 ss., B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 506 ss.: lo nega invece E. ALBERTARIO, *Il pegno della superficie*, in *Cose, diritti reali e possesso*, *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, p. 457 ss.

⁶⁹ V. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.7, Iul. 34 *dig.* D. 30.86.4, Iul. 32 *dig.* D. 30.81.3, B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 459 ritiene del tutto ammissibili per costituire il diritto di superficie, nell'ordinamento di *ius civile*, i legati *per damnationem* e *sinendi modo*. Naturalmente, afferma, non consistevano di certo nell'obbligo di trasferimento del *dominium* della *superficies*, dal momento che il legato si sarebbe dovuto ritenere nullo per impossibilità della prestazione. L'effetto, a suo parere, consisteva nel mero obbligo posto in capo all'erede di procurare il godimento della superficie al legatario, in maniera conforme alla disposizione testamentaria: tutto ciò, per l'Autore, era perfettamente in linea con il sistema civilistico. Allo stesso modo la pensa anche C.A. MASCHI, *Proprietà*, cit., p. 159, che sottolinea che la costituzione mediante legato *per damnationem* di un rapporto superficiario obbligatorio era «cosa ovvia e ammessa in conformità al *ius civile*», giacché la facoltà attribuita dal *dominus* non andava a violare il principio *superficies solo cedit*. Contra F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 200 s., che nel sistema di *ius civile* esclude l'ammissibilità del legato *per damnationem*, poiché esso generava un rapporto obbligatorio che si estrinsecava nell'obbligo dell'erede di *dare superficiem*, inconcepibile sia dal punto di vista materiale, perché suolo e superficie sono inseparabili, sia dal punto di vista del diritto, perché in questo sistema la superficie non era un rapporto autonomo.

superficie solo quando divenne possibile configurare una forma, pur se anomala, di possesso superficario, diverso dal possesso del suolo, e ciò avvenne, nell'opinione di Pastori, a seguito di uno sviluppo storico, che rese la superficie un rapporto suscettibile di una tipologia peculiare di possesso, grazie al quale si poté concepire l'atto traslativo. La natura anomala del possesso del superficario è da ricondurre, a parere dell'Autore⁷¹, a una *quasi corporis possessio*, che non è un possesso vero e proprio perché il superficario, così come l'usufruttuario, possedeva la cosa *alieno nomine*, eppure la figura della *quasi corporis possessio* è sufficiente per delinearne la situazione di fatto rispetto all'esercizio del diritto.

Non v'è dubbio, ad ogni modo, che il possesso in senso tecnico della superficie non fosse ammesso in età classica. Ciò comporta che fosse inconcepibile l'usucapione della superficie indipendentemente dal suolo, dato che uno dei requisiti per l'operare di questo istituto era proprio la *possessio*, come testimonia Paul. 19 *ad ed.* D. 6.2.12.2, 3⁷²: Lenel⁷³ ha ritenuto che il paragrafo 2 sia stato modificato dai compilatori, i quali avrebbero capovolto l'orientamento classico; anche a parere di Biondi la decisione in relazione ai fondi provinciali era indubbiamente negativa e l'«*idem*» iniziale del paragrafo 3, relativo alla superficie, si ricollegava proprio alla negazione della *Publiciana* effettuata nel paragrafo precedente⁷⁴. I classici infatti non avrebbero potuto concedere l'*actio Publiciana* per il caso degli *agri vectigales* e dei *praedia stipendiaria* e *tributaria* (gli *alia praedia*), in quanto non era possibile che l'acquirente di cose non usucapibili potesse essere tutelato dalla *Publiciana*⁷⁵;

⁷⁰ V. Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.18.1.7. B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 496 ritiene che il generico «*donari*» presente nel commento ulpiano sia incompatibile con i principi classici, poiché anche in questo caso sarebbe stato necessario «distinguere tra effetti reali ed effetti obbligatori dell'atto, ammettendo la nullità dell'atto nel primo caso e l'efficacia dello stesso nel secondo»; N. COVIELLO, *Della superficie*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 49, 1892, pp. 3 ss., 56 sostiene che non può sorgere alcun problema nell'ammettere la donazione nell'ambito di *ius civile*, in quanto la donazione doveva essere considerata solo come un rapporto di carattere obbligatorio. F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 204 riconosce alla donazione la qualifica di negozio costitutivo solo quando il regime pratico della superficie si avvicinò a quello dei diritti reali, ossia quando la giurisprudenza permise l'estensione analogica alla superficie di alcuni istituti come il possesso e la *traditio*.

⁷¹ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 300 ss.

⁷² 2. *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.* 3. *Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.*

⁷³ O. LENEL, *Palingenia iuris civilis I*, Leipzig, 1889, p. 999, nota 2; ID., *Das 'Edictum perpetuum'*, cit., p. 173. Sulla stessa scia si pongono S. PEROZZI, *L'editto publiciano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 7, 1894, pp. 45 ss., 82; B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 497 ss.

⁷⁴ B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 498. Dello stesso parere è E. ALBERTARIO, *Il possesso della superficie*, cit., p. 436 s.; ID., *Il pegno della superficie*, p. 468 s.

⁷⁵ Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.9.5.

di conseguenza, perciò, l'azione non si applicava alla superficie in quanto non usucapibile⁷⁶.

L'usucapibilità della superficie era dunque negata in età classica e anche il diritto giustiniano non attesta che il godimento di fatto della superficie da parte di chi non ne era titolare comportasse l'acquisto del relativo diritto per usucapione.

3. È solo con il codice civile del 1942 che il legislatore italiano prende una posizione precisa sulla configurazione giuridica dell'istituto della superficie. Difatti, una volta ammessa la derogabilità al principio dell'accessione – come accade negli ordinamenti moderni, i quali, pur non riuscendosi a svincolare dal postulato di tradizione romanistica '*superficies solo cedit*', non attribuiscono più allo stesso il carattere che aveva nell'antica Roma – si introduce anche la possibilità di configurare la proprietà per piani orizzontali, con conseguente assottigliamento della differenza tra superficiario e proprietario, in quanto questi si comportano allo stesso modo e godono, con riguardo alla costruzione, delle stesse facoltà. La difficoltà avutasi da sempre nel riconoscere e incasellare la superficie deriva proprio dalla regola romanistica di *ius civile* della accessione necessaria: se già durante la vigenza del diritto romano questo dogma non è stato formalmente mai rinnegato – né dal pretore né tantomeno da Giustiniano, che anzi l'ha ribadito con forza nella compilazione giustiniana – gli ordinamenti di tradizione romanistica hanno successivamente sperimentato lo stesso problema e la stessa riluttanza.

A tal proposito, è da ricordare che il codice civile italiano del 1865 – tanti erano i dubbi a proposito dell'istituto – neppure contemplava il diritto di superficie con una normativa specifica, tant'è che a livello formale esso, pur se in concreto esistente da circa duemila anni, era estraneo al sistema giuridico delineato dal codice, che invece trattava già di tutti gli altri diritti reali. Difatti nel nostro precedente codice civile continuava a essere ribadito il principio *superficies solo cedit*, il quale ben si rapportava con l'ideologia

⁷⁶ È tuttavia probabile che fosse ammessa una applicazione utile dell'*actio Publiciana*. Cfr., sul tema, B. BIONDI, *La categoria*, cit., p. 498; F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 315 s.; L. GAGLIARDI, *La tutela*, cit., p. 37 s., il quale, sulla base delle considerazioni di V. MANNINO, *La tolleranza dell'usus servitutis nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1996, p. 33 ss., e ID., *La tolleranza dell'usus iuris nell'esperienza giuridica romana. Forme di tutela e sviluppi teorici*, Torino, 2001, p. 30 ss., riflette sull'analogia tra superficie e usufrutto (in particolare soffermandosi sulla *traditio usufructus* richiamata in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.11.1) e propende per un'applicazione utile dell'*actio Publiciana* plasmata sulla principale azione in materia di superficie, quella petitoria - e certamente non sulla *Publiciana* intesa come azione utile modellata sulla *rei vindicatio* - che poteva essere accordata qualora taluno avesse acquistato con *emptio venditio* un'*aedes superficiaria* da un *non dominus*, naturalmente in buona fede, come viene palesato in Paul. 19 *ad ed.* D. 6.2.12.3.

illuministica-liberale che, essendo stata la fonte d'ispirazione delle codificazioni dell'Ottocento, bramava una proprietà fondiaria libera da pesi⁷⁷ che però mal si conciliava con un istituto come la superficie, il quale per definizione va a limitare le attribuzioni del *dominus soli*. Pur mancando una menzione espressa dell'istituto e quindi anche un qualsiasi tipo di definizione o di regolamentazione, l'istituto superficario nel 1865 poteva ritenersi ancora vigente sulla base dell'articolo 448 del codice civile: «qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese e appartenergli, finché non costi del contrario»⁷⁸. Ecco che in realtà la regola dell'accessione necessaria era sì in vigore, ma con possibilità di deroga. Un soggetto poteva dimostrare che appartenevano a lui - e non al proprietario del suolo - costruzioni, piantagioni od opere situate sul suolo in questione: era quindi implicitamente ammessa la proprietà suddivisa per piani orizzontali. Il riconoscimento della proprietà staccata dal suolo, tuttavia, comporta una serie di problemi, che il codice civile del 1865 cercava di ignorare evitando di trattare dell'istituto della superficie.

Anche il *Code civil* del 1804 aveva adottato questa strategia: pure in esso non si rinviene alcuna disciplina del diritto in questione, ma gioca un ruolo particolarmente pregnante l'accessione (artt. 552 ss. c.c.), ribadita principio naturale concepito come necessario completamento della proprietà del suolo⁷⁹, tant'è che nei lavori preparatori del codice si era specificato che essa riguardava sia i frutti industriali che quelli naturali⁸⁰. Come per il codice civile italiano, l'articolo 553 francese, pur ribadendo la presunzione di appartenenza di costruzioni e piantagioni a favore del proprietario del terreno, faceva (e fa) sì che vi fosse (e vi sia) una possibilità di deroga; inoltre, l'articolo 664 (ora abrogato⁸¹) dello stesso codice stabiliva espressamente che potevano appartenere a soggetti differenti i vari piani di un immobile⁸². Si può quindi dire che, sebbene fosse ribadito fortemente il principio *superficies solo cedit*, per il legislatore napoleonico esso era disponibile dalle parti, le quali potevano avvalersi della facoltà di disporre della superficie secondo i propri

⁷⁷ F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 101.

⁷⁸ V. sul punto Cass., sez. II, 16 settembre 1981, n. 5130. A. BARCA, in A. BARCA, C. MARVASI, *La superficie*, Milano, 2004, p. 37 ss.

⁷⁹ I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, *Superficie (Diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1464 ss., 1470.

⁸⁰ I. BIROCCHI, M.C. LAMPIS, *Superficie*, cit., p. 1470, nota 53.

⁸¹ L. 1938-06-28, art. 13 JORF del 30 giugno 1938.

⁸² P. GALLO, *Evoluzione storica e disciplina attuale del diritto di superficie*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020.

interessi⁸³. Ad ogni modo, dato che il diritto di superficie non era regolato - e che l'art. 543 *code civil* diceva che i beni potevano essere oggetto di usufrutto, o di servitù, oppure di proprietà - c'è stato persino chi ha sostenuto che in Francia, visto il vuoto legislativo, l'istituto doveva essere disciplinato dalle leggi romane, in quanto erano le uniche che lo avevano regolamentato⁸⁴.

Come accade da sempre, anche nel codice civile del 1942 vige il principio dell'attrazione necessaria, regola ormai parte di una tradizione e di un pensiero giuridico talmente radicato che pare impossibile venga abbandonato, esplicitato all'articolo 934, che però ne ammette la derogabilità. Una delle deroghe legittimate al principio di cui si parla nell'articolo è proprio il diritto di superficie, del quale per la prima volta il nostro codice si occupa, nel titolo III, libro III, con pochi articoli (dal 952 al 956)⁸⁵.

Particolare importanza deve essere attribuita all'art. 952, che, sia al primo sia al secondo comma⁸⁶, impiega il termine 'proprietà' per designare il rapporto che viene a costituirsi tra superficiario e costruzione. Ciò comporta che, nei limiti della compatibilità, il diritto del superficiario sulla costruzione deve essere disciplinato dalle disposizioni generali sulla proprietà⁸⁷. Questo implica che esso può essere alienato, ipotecato e in ogni caso assoggettato autonomamente ad atti di disposizione. È la prima volta che da parte del legislatore italiano il diritto del superficiario sulla costruzione non solo non rimane innominato, ma anzi viene esplicitamente classificato come un rapporto di proprietà e quindi certamente come diritto reale⁸⁸, mentre rimane più incerto in base al codice il rapporto che il superficiario ha col suolo.

Essendo la superficie un diritto reale, e dovendo permettere che il superficiario acquisti la proprietà della costruzione, sia questa già esistente o ancora da costruire, essa deve essere necessariamente costituita con un contratto ad effetti reali ai sensi

⁸³ F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, VIII, trad. it di G. TRONO, Napoli-Roma-Milano-Torino, 1833, p. 643, nota 410.

⁸⁴ F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, cit., p. 643, nota 410.

⁸⁵ Essi risultano in parte ispirati al § 1225 ABGB e ai §§ 1012-1017 BGB.

⁸⁶ Essi qualificano il diritto di superficie come 'diritto a costruire' (c. 1) e come diritto avente a oggetto un edificio già costruito (c. 2).

⁸⁷ G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie (Diritto Privato)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1471 ss., 1472.

⁸⁸ Si considerino anche gli artt. 2810 n. 3, 2812 comma 3 e 2816 c.c., che, trattando della possibilità di costituire un diritto di ipoteca sulla superficie, implicitamente la riconducono alla categoria dei diritti reali, in quanto sono ipotecabili solo i diritti reali trasferibili, e l'art. 954 comma 4 c.c., che stabilisce la prescrittibilità del diritto di superficie in venti anni, termine tipico di prescrizione dei diritti reali. F. PASTORI, *Prospettiva*, cit., p. 129; G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie*, cit., p. 1472.

dell'articolo 1376 c.c., o con legato testamentario. È dunque manifesta la profonda differenza tra l'istituto della superficie nel diritto vigente e nel diritto romano: per quest'ultimo, data l'inderogabilità del principio *superficies solo cedit* e la conseguente impossibilità di configurare una proprietà o un possesso separati di superficie e suolo, non era concepibile la costituzione di un diritto di superficie se non per contratti o atti aventi efficacia obbligatoria.

4. Ciò detto circa l'inquadramento dogmatico generale dell'istituto, rimane da affrontare la questione più spinosa⁸⁹ per il nostro ordinamento: quella che riguarda la possibilità di usucapire il diritto di superficie.

L'attuale codice consente l'usucapione dei diritti reali di godimento sui beni immobili (art. 1158), anche in forma abbreviata (art. 1159, comma 2). Ai fini dell'usucapione ordinaria l'unico requisito consiste nel possesso continuato per vent'anni; l'usucapione abbreviata richiede l'acquisto in buona fede da un soggetto non titolare del diritto in reale in questione in forza di un titolo che però sia astrattamente idoneo a trasferirlo e che sia stato debitamente trascritto.

Nel caso del nostro diritto la questione si presenta particolarmente delicata, poiché risulta molto difficile distinguere il possesso che porta all'usucapione della proprietà dal quello che conduce all'usucapione del solo diritto di superficie⁹⁰, in quanto, come già ricordato, il superficario si comporta come il proprietario e la possibilità di derogare al principio dell'accessione prevista nell'art. 934 c.c. consente la proprietà di costruzioni al di sopra o al di sotto del suolo altrui. Dunque, qualora il possesso del suolo sia indistinguibile dal possesso della superficie, anche il suolo sarà oggetto di usucapione, portando all'acquisto della proprietà e non del solo diritto reale minore.

Sembra nondimeno possibile individuare almeno quattro casi nei quali si verifichi l'usucapione della sola superficie.

⁸⁹ A essa non giova la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942: MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma 1943, p. 114. Trattazione discretamente ampia e alquanto analitica, senza però pervenire a tutti i risultati qui proposti, è quella di G. BALBI, *Il diritto di superficie*, Torino 1947, p. 145 ss. V. anche G. MUSOLINO, *Superficie. Sopraelevazione*, Bologna, 2018, p. 130 ss.; R. CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, Torino, 2009, p. 197.

⁹⁰ A. MONTEL, *La disciplina del possesso nel codice civile*, Torino, 1951, p. 162; A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, p. 153; G. PALERMO, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, VIII.2, *Proprietà*, II ed., Torino 2002, p. 8 ss.; E. RUSSO, G. DORIA, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, V ed., Padova, 2014, p. 413.

1) Il caso più immediato si riscontra con l'analisi dell'art. 1159 c.c. in tema di usucapione abbreviata, il cui testo precisa tutti gli elementi necessari all'operatività di questo meccanismo acquisitivo.

L'usucapione della superficie può verificarsi nel caso di acquisto da chi non abbia la titolarità a costituirlo o trasferirlo, o perché non sia *dominus* del suolo e non abbia dunque titolo per costituire il diritto di superficie, o perché non sia titolare a sua volta di un diritto di superficie da poter alienare. Se tale acquisto è compiuto da parte di un soggetto in buona fede, con titolo astrattamente idoneo a costituire il diritto, che viene trascritto presso l'ufficio dei registri immobiliari a norma dell'articolo 2643 n. 2 c.c., esso consente l'usucapione del diritto di superficie decorso il termine di dieci anni dalla data della trascrizione.

Nell'usucapione decennale il titolo riesce quindi a qualificare il possesso, limitandolo alla costruzione e facendo in modo che l'usucapione si verifichi⁹¹. Questa conclusione è confermata dalla Cassazione⁹², che nel 1985 ha ravvisato l'usucapione del solo diritto di superficie nell'ipotesi del trasferimento o della costituzione del diritto da parte di chi non abbia la titolarità per farlo. Riformando la sentenza di merito - nella quale il giudice aveva ritenuto che una sentenza che aggiudicava il diritto di proprietà del bene gravato dall'esito di una procedura espropriativa costituisse titolo idoneo all'usucapibilità del diritto di superficie - ha affermato che è necessaria la perfetta corrispondenza tra il contenuto del titolo proveniente *a non 'domino'* (ma astrattamente idoneo al trasferimento del diritto reale) e l'oggetto del possesso, affinché si possa avere l'usucapione abbreviata *ex art. 1159 c.c.*

Più incerto e oggetto di discussioni è se possa, a norma del medesimo articolo, configurarsi l'usucapione decennale del diritto a costruire, non essendovi in tal caso il possesso di un diritto immateriale⁹³ (a meno che, ovviamente non si sia già costruito),

⁹¹ G. BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., p. 146 ss.; G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., pp. 478, 592 ss.; S. RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, p. 103; G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie*, cit., p. 1480; G. GIACOBBE, *La superficie*, Milano, 2003, p. 124 s.; G. MUSOLINO, *Lo spazio aereo ed il diritto di sopraelevazione fra proprietà e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 2, 2005, p. 239 ss., nota 13. *Contra* L. SALIS, *La superficie*, II ed., Torino, 1958, p. 81; ID., *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1977, p. 950.

⁹² Cass., 6 giugno 1985, n. 3362.

⁹³ Cass., 23 luglio 1983, n. 5086, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Superficie*, n. 3.

sicché parte della dottrina⁹⁴ e della giurisprudenza⁹⁵ si è espressa in senso negativo. Tuttavia altri ha osservato che si dovrebbe ritenere che nel caso di specie il possesso possa essere considerato sussistente anche *solo animo*, «purché il soggetto abbia la possibilità, in ogni momento, di intraprendere la sua attività di costruzione»⁹⁶. Preferibile è però l'opinione di chi ha sostenuto che è necessario che il soggetto che intende usucapire abbia intrapreso, subito dopo l'acquisto, e poi abbia periodicamente ripetuto, alcune attività preparatorie alla costruzione, anche se, decorsi dieci anni, la costruzione non sia di fatto iniziata e purché, beninteso, non siano state sollevate contestazioni circa il suo preteso diritto da parte dell'effettivo titolare⁹⁷.

2) Il fatto che il codice vigente inserisca il diritto di superficie nella categoria dei diritti reali comporta che in linea teorica se ne possa ammettere l'usucapibilità, ex art. 1158 c.c. Più difficile è però individuare casi concreti in cui sicuramente il possesso di un soggetto si riferisca solo alla superficie, senza coinvolgere il suolo. Ciò che deve essere escluso è l'*animus domini* sul suolo, che potrebbe manifestarsi sia sull'intera estensione di questo sia sulla quota ideale di spettanza in comproprietà sulla base delle norme sul condominio (artt. 1117 ss. c.c.). Sebbene la questione non sia stata affrontata frequentemente, alcuni rilievi importanti sono stati proposti⁹⁸.

L'articolo 1158 c.c. richiede, per l'operatività del meccanismo dell'usucapione, unicamente un possesso continuato per vent'anni. Nel cercare di individuare gli elementi che consentono di riferire con sicurezza il possesso alla sola superficie, il ragionamento muove le basi dal caso appena analizzato, relativo all'usucapione decennale, nel quale è il titolo idoneo che qualifica il possesso. Allora, in caso di acquisto con titolo astrattamente idoneo a costituire o trasferire la superficie, conseguito *a non domino* del suolo o da chi non sia titolare di un diritto di superficie già precedentemente costituito, in mancanza di uno o di entrambi i requisiti richiesti dall'articolo 1159 c.c. (trascrizione e buona fede), è

⁹⁴ G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 589; L. SALIS, *Superficie (diritto vigente)*, cit., p. 950; A. LISERRE, *Lezioni di diritto privato*, II ed., Milano, 2009, p. 407; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, II ed., Milano, 2016, p. 556.

⁹⁵ App. Palermo, 1° settembre 1955, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1968; App. Palermo, 18 marzo 1955, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Usucapione*, n. 12; Trib. Venezia, 23 luglio 1964, in *Corti Brescia Venezia Trieste*, 1965, p. 199.

⁹⁶ G. MUSOLINO, *Usucapione e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 4, 2020, p. 700 ss. (nota a Corte appello Napoli, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 793).

⁹⁷ R. CATERINA, *Usufrutto*, cit., p. 219; P. GALLO, *La superficie*, Torino, 2001, p. 10.

⁹⁸ V. G. BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., p. 146.

possibile configurare un secondo caso di usucapione (in questo caso ventennale) del diritto di superficie⁹⁹. Analogamente l'usucapione si verificherà nel caso di costruzioni elevate su terreno inalienabile, per esempio un terreno pubblico¹⁰⁰. Ancora, una recente (2022) pronuncia della Corte d'Appello di Palermo¹⁰¹ ha affermato che il comproprietario che costruisce sul suolo comune può divenire titolare esclusivo del fabbricato che egli stesso abbia edificato mediante usucapione. La pronuncia è molto interessante perché va oltre la (di poco anteriore) sentenza con la quale nel 2018 le Sezioni Unite¹⁰² avevano affermato che, in caso di costruzione edificata da uno solo dei comproprietari, l'operare dell'accessione (*ex art. 934 c.c.*) non era precluso, salvo solo diverso accordo traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, avente forma scritta *ad substantiam*.

È dubbio se possa configurarsi l'acquisizione di un diritto *ad aedificandum* mediante decorso del tempo di vent'anni, poiché, come è stato giustamente osservato, l'attività corrispondente all'esercizio del diritto (art. 1140 c.c.) in questo caso si confonderebbe con l'esercizio del diritto di proprietà del suolo, così che l'usucapione si produrrebbe in relazione a quest'ultimo¹⁰³. L'obiezione è fondata e quindi l'usucapione di una concessione *ad aedificandum* sembra nella pratica difficile a verificarsi, a meno che non si voglia seguire, in un'ipotesi che ci sembra però piuttosto di scuola, G. Balbi, il quale ha osservato che «non sembra da escludere la possibilità di un esercizio di fatto del diritto di costruire distinto dal comportamento proprio del proprietario del suolo: la distinzione vi sarebbe se la persona che esercita di fatto il diritto di costruire ammettesse di dovere un canone al proprietario del suolo in riconoscimento di tale sua qualità»¹⁰⁴.

⁹⁹ A. MONTEL, L. SERTORIO, *Usucapione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 299 ss.; G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 589 s.; B. DUSI, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., I, cur. S. MAIORCA, Torino, 1978, p. 621, nota 8; R. CATERINA, *Usufrutto*, cit., p. 218; G. MUSOLINO, *La costituzione del diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 2, 2015, p. 280 ss. (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 3 marzo 2015, n. 1034); ID., *Usucapione e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2019, p. 599 ss. (Nota a Tribunale Torino, 6 febbraio 2019, n. 568, sez. II); ID., *Usucapione*, cit., in *Riv. not.*, fasc. 4, 2020, p. 700 ss.

¹⁰⁰ Cfr. Cass., 10 gennaio 2019, n. 467; Corte Conti, sez. contr., 8 marzo 1996, n. 53.

¹⁰¹ Sentenza n. 3469 del 25 agosto 2022.

¹⁰² Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2018, n. 3873.

¹⁰³ G. PUGLIESE, *Della superficie*, cit., p. 589; O. FANELLI, *In tema di usucapione del diritto di superficie*, in *Foro it.*, 1955, I, c. 473 (Osservazioni a sent. Cass., 9 febbraio 1955, n. 370); L. SALIS, *Superficie (diritto vigente)*, cit., p. 950; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 556. Si consideri anche l'estinzione del diritto per non uso, che si verifica, in caso di concessione *ad aedificandum*, se nel ventennio la costruzione, pur cominciata, non sia stata portata a termine: G. MUSOLINO, *Superficie. L'estinzione per non uso*, in *Riv. not.*, fasc. 5, 2014, p. 955 ss. In giurisprudenza, Cass., 20 novembre 2019, n. 30246.

¹⁰⁴ G. BALBI, *Il diritto di superficie*, cit., p. 145. Nel medesimo senso, G. BRANCA, G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., Bologna, 1992, p. 193; P. GALLO, *La superficie*, cit., p. 10.

3) Un terzo caso si concentra sull'invalidità dell'atto con cui si costituisce il diritto di superficie: l'usucapione della superficie è da ammettere qualora l'atto riesca a dare indicazione del fatto che il soggetto stia possedendo a titolo di superficiario e non a titolo di proprietario, come può accadere ad esempio nel caso di nullità per mancanza di forma scritta *ad substantiam* (richiesta dall'art. 1350 n. 2 c.c.). Qualora l'acquirente di una proprietà superficiaria venga immesso nel possesso del suolo in virtù di un contratto nullo e su di esso costruisca un edificio che posseda per vent'anni, non è possibile negare che questo terzo abbia usucapito sia il diritto di costruire sul suolo e di mantenere dunque la costruzione, sia la costruzione stessa¹⁰⁵. Lo stesso varrà per il caso di vendita con atto nullo del diritto di superficie su una costruzione già esistente.

4) L'ultimo caso in cui l'usucapione del diritto di superficie pare configurabile emerge dall'osservazione delle norme regolatrici del condominio. L'art. 1117 c.c. statuisce che le parti comuni dell'edificio sono oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, procedendo poi a elencarle. Sebbene sia certo che un singolo condomino non possa usucapire la proprietà sulle parti comuni, nulla vieta che vi possa essere, sulle stesse, l'usucapione del diritto di superficie. Nel 2020 la Corte d'Appello di Napoli¹⁰⁶ ha affermato che è configurabile l'usucapione di una terrazza con funzione di copertura e protezione dei vani sottostanti (dunque, data la sua funzione di copertura, di proprietà condominiale) a seguito dell'utilizzo diuturno e ultraventennale da parte di uno dei condomini, l'unico ad avere accesso diretto alla terrazza sulla quale insiste anche un bagno, connesso esclusivamente alla proprietà del condomino, la cui unica via di accesso è la terrazza in questione. Allo stesso modo, la Cassazione nel 2009¹⁰⁷ aveva riconosciuto l'usucapibilità della superficie, confermando la sentenza di merito oggetto di ricorso, che aveva riconosciuto l'usucapione del diritto di superficie di un lastrico solare in favore della parte che aveva chiesto l'accertamento dell'usucapione del diritto di proprietà sul lastrico stesso. La Corte aveva affermato che il diritto di superficie

¹⁰⁵ R. ALBANO, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ. UTET, Della proprietà*, III.1, Torino, 1968, p. 621 ss., 634; G. MUSOLINO, *La costituzione*, cit., p. 280 ss.; ID., *Usucapione*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2019, cit., p. 599 ss.; ID., *Usucapione*, in *Riv. not.*, fasc. 4, 2020, cit., p. 700 ss.

¹⁰⁶ App. Napoli, Sez. II, 19 febbraio 2020, n. 793.

¹⁰⁷ Cass., 15 ottobre 2009, n. 21930, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 1336. Cfr. anche Cass., 20 luglio 2007, n. 16085. G. MUSOLINO, *La proprietà superficiaria: proprietà o diritto reale su cosa altrui?*, in *Riv. not.*, fasc. 3, 2018, p. 582 ss., nota 25.

costituisce un *minus* rispetto al diritto di proprietà e che dunque non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato il fatto che il giudice di merito riconosca l'esistenza di un diritto di superficie invece che del diritto di proprietà.

5. Il diritto di superficie, le cui radici affondano nelle dinamiche migratorie verso l'Urbe¹⁰⁸ e nelle innovazioni delle tecniche abitative della tarda repubblica romana¹⁰⁹, quando non era ammissibile la proprietà per piani orizzontali, ha avuto uno sviluppo singolare che l'ha portato a esistere ancora oggi in via di eccezione rispetto al principio dell'accessione e in coesistenza con la proprietà per piani. Il passaggio dal diritto romano ai diritti moderni presenta alcune peculiarità che meritano di essere notate.

La dicotomia tra antico e moderno si collega alla concettualizzazione classica delle *res incorporales*, tra le quali il diritto di *superficies* fu sussunto. Non venendo mai ammesso dai giuristi il possesso in senso tecnico della superficie, rimase necessariamente inconcepibile l'usucapione di essa indipendentemente dal suolo.

Il salto dogmatico si è registrato nei codici moderni, quando essi, distaccandosi dalla tradizione romanistica dalla quale dipendono, hanno ammorbidito il principio dell'attrazione necessaria, rendendolo in linea di massima derogabile (si consideri, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'art. 934 c.c.). Il passaggio successivo è poi consistito nell'appellare proprietà la superficie (art. 952 c.c.). L'atto finale è stato quindi quello di prevedere l'usucapibilità dei *iura in re aliena*, ammettendosi il possesso degli stessi (art. 1158 c.c. cui si aggiunge l'art. 1159, in relazione agli effetti della trascrizione e ai fini dell'usucapione abbreviata).

In questo modo, la separazione dall'antico modello è stata perfettamente raggiunta. Oggi, in Italia, dopo i ricchi contributi della dottrina che si sono qui considerati e dopo le numerose pronunce giurisprudenziali in materia, ci sembra che si possa dire che il dibattito inerente all'usucapibilità del diritto di superficie sia da ritenersi risolto. Senza dubbio rimane complicato distinguere il possesso che porta all'usucapione della proprietà dal possesso che porta all'usucapione del diritto reale in questione, ma ci pare che un

¹⁰⁸ C. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Migraciones en la antigüedad. Reflexiones comparativas con su tratamiento jurídico en el presente*, in *Revista Chilena de Derecho*, 40, 2013, p. 1035 ss.

¹⁰⁹ L. GAGLIARDI, A. DI PORTO, *Prohibitions Concerning Polluting Discharges in Roman Law*, in A. GRIECO, S. IAVICOLI, G. BERLINGUER (cur.), *Contributions to the History of Occupational and Environmental Prevention*, Amsterdam, 1999, p. 121 ss.; A. GRILLONE, *La gestione immobiliare urbana tra la tarda Repubblica e l'età dei Severi. Profili giuridici*, con prefazione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Torino, 2019; F. PROCCHI, *Profili giuridici delle insulae a Roma antica*, Torino, 2020.

esame delle norme e della casistica permetta di individuare dettagliatamente e, diremmo, chirurgicamente le singole fattispecie rilevanti ai fini dell'acquisto della proprietà superficiaria mediante il decorso del tempo.

L'“evoluzione” del sistema ha poi portato ad ammettere in dottrina, seppur non unanimemente, addirittura l'usucapibilità della concessione *ad aedificandum* sia *ex art. 1158*, sia *ex art. 1159*. Si tratta tuttavia di situazioni in relazione alle quali il possesso è difficilmente configurabile, anche stressando al massimo le categorie moderne, che già si distaccano dalle antiche. Rispetto alla tradizione, l'usucapione di un diritto che non ha nulla di materiale configura tutto sommato un'aberrazione, che deve essere considerata con prudenza, nell'attesa che il tema sia eventualmente stabilizzato da un chiaro indirizzo della Corte regolatrice.

Milano, novembre 2024

Abstract

Il contributo mira a confrontare il diritto di superficie al tempo dei Romani e al tempo attuale, specialmente con riferimento all'usucapione. Emerge che in età antica il diritto di superficie non era mai usucapibile, difettandogli il carattere di *res corporalis*. In base al codice civile vigente in Italia il diritto di superficie è considerato un *ius in re aliena*, usucapibile sia *ex art. 1158*, sia *ex art. 1159*. Si esaminano analiticamente i casi in cui ciò sia possibile. Attualmente è considerata usucapibile anche la concessione *ad aedificandum*, ma su questo occorrerebbe maggiore cautela.

The contribution aims to compare the right of superficies in Roman times and today, especially with reference to usucapion. It emerges that in ancient times the right of superficies was never usucapible, lacking the character of *res corporalis*. According to the Civil Code in force in Italy, the right of superficies is considered a *ius in re aliena*, usucapible under both art. 1158 and art. 1159. The cases in which this is possible are examined analytically. At present, the concession *ad aedificandum* is also considered usucapable, but more caution should be exercised on this.

Keywords

superficie, usucapione, diritto romano, diritto vigente
Right of superficie, usucapion, Roman law, existing law

STEFANIA ROMEO*

*La cittadinanza spazio del diritto. Le parole nella costruzione di un'idea.***

Sommario: 1. La cittadinanza tra dimensione sociale e dimensione giuridica. - 2. La cittadinanza come storia di parole: a) *patria naturae* e *patria civitatis*. - 3. b) *societas*. - 4. c) *communitas*. - 5. *Patria communis* e *societas*. L'ideologia della *civitas*. 6. Roma *communis patria* nell'impero.

1. Il ruolo della cittadinanza nell'esperienza giuridica romana rappresenta un tema indispensabile per chi voglia indagare i molteplici volti che la cittadinanza assume nell'esperienza contemporanea. Il confronto tra le "cittadinanze", conseguente alla diffusione di inarrestabili processi di globalizzazione, come i diversi aspetti che essa assume e le svariate funzioni cui essa oggi assolve, possono giovare del modello storico offerto dal mondo romano nel quale la cittadinanza, lungi dal presentarsi come un modello organico¹, propone profili, linguistici e concettuali, intersezioni, correlazioni utili per rivedere la sostanza universale di un tema tanto ampio quanto eterno.

Come bene avverte attenta dottrina, una ricostruzione dei modelli storici di riferimento - e quello romano è, unitamente al modello greco della *politèia*, indispensabile - può «rappresentare il punto di partenza per incominciare a costruire uno

* Ricercatrice nell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹Per un sistema flessibile, di «rappresentazioni variegata che rompono lo schema monolitico, caro ai moderni, della cittadinanza antica», v. A. CALORE, *Cittadinanze nell'antica Roma*, Torino, 2018, p. VII.; ID., *Cittadinanze variabili*, in A. CALORE, F. MAZZETTI (a cura di), *I confini mobili della cittadinanza*, Torino, 2019, p. 2 ss. Sul punto v. anche C. NICOLET, *Citoyenneté française et citoyenneté romaine: essai de mise en perspective*, in *La nozione di «Romano» tra cittadinanza e universalità [Da Roma alla terza Roma, Studi II]*, Napoli, 1984, p. 164 ss. Per la «continuità, dalla più antica repubblica fino all'età giustiniana, delle nozioni di *civitas* e *civis*, nonostante le progressive differenze derivanti dalla *constitutio Antoniniana*, dalle varie "figure di *cives*" o, per meglio dire, dai diversi significati che il termine *civis* assume, e infine dall'eliminazione giustiniana del concetto di *peregrinus*», v., invece, M.P. BACCARI, *Il concetto giuridico di civitas augescens: origine e continuità*, in *SDHI*, 61, 1995, p. 765.

spettro non troppo parziale e superficiale dei diversi volti che la cittadinanza assume nella realtà giuridica contemporanea»².

Il necessario rapporto tra socialità del diritto e giuridicità del sociale impone di guardare alla cittadinanza nella duplice dimensione giuridica e sociale: la cittadinanza come istituto e la cittadinanza come valore. In questa prospettiva, il linguaggio quale espressione sociale del fenomeno giuridico appare uno strumento di lettura privilegiato.

Una ricerca linguistica sulla cittadinanza ruota attraverso i termini impiegati per esprimere il concetto. Anzitutto il termine *civitas*, la cui polisemia, specularmente alla varietà concettuale del termine cittadinanza nel diritto pubblico, rende particolarmente interessanti le fonti antiche, soprattutto latine, che consentono di cogliere la nascita di questa nozione. Ma con *civitas* si intrecciano anche i termini *patria* e *communitas* che esprimono profili meno indagati ma non meno rilevanti. Si tratta di parole significative nel mondo antico, ma che hanno ricevuto una peculiare declinazione anche nella cultura contemporanea. A testimonianza della rilevanza di certi temi che, senza pretese di forzata attualizzazione, attraversano trasversalmente la società: le parole illuminano questo percorso, tracciano le coordinate culturali la cui resistenza ne testimonia la indispensabilità per una corretta comprensione dei grandi temi del nostro tempo.

2. Il primo posto in questa storia di parole merita il termine “patria”.

“Patria”, da “patrius”, aggettivo derivato da *pater*, indica la terra del padre/dei padri, il luogo legato agli avi. L’analisi del vocabolario relativo alla parentela rivela l’assenza di un aggettivo corrispondente derivato dal nome della madre: non esiste un “matrius”

² E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici e i modelli storici di riferimento*, Padova, 1997, p. 5, il quale mette in luce la complessità del termine e del tema nell’ambito del diritto pubblico, evidenziando come la cittadinanza non è un fenomeno unitario: «si potrebbe anzi dire che un concetto di cittadinanza non esiste e pretendere di studiare la cittadinanza come un fenomeno unitario e coerente è sforzo vano e inutile». Premessa dunque la eterogeneità concettuale del tema, l’individuazione delle radici del termine e dei modelli storici di riferimento serve per «studiare intersezioni e correlazioni, che consentano di stabilire se determinate nozioni di cittadinanza, assai complesse o elaborate, che oggi vengono proposte, non siano in realtà che il risultato della combinazione di nozioni semplici, di più antica origine. Ritengo in particolare che si possano rintracciare due grandi radici, le quali si sono diversamente sviluppate a seconda del luogo e del momento storico, ed infine si sono intrecciate tra loro, dando origine a quella complessità di cui oggi siamo testimoni» (p. 5). Per una ricostruzione «archeologica» del concetto di cittadinanza e della sua evoluzione, v., tra i numerosi studi, P. COSTA, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione «archeologica»*, in D. Zolo (a cura di) *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, p. 47 ss. Le “dimensioni” che accompagnano il problema della cittadinanza sono anche illustrate, in una rappresentazione che muove dalle celebri definizioni aristoteliche contenute nel terzo libro della *Politica*, da P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell’inclusione e dell’esclusione*, Firenze, 2014.

corrispondente al “patrius”. Aggettivo derivato da *pater*, *patrius* indica tutto ciò che si riferisce al mondo del padre, che gli appartiene, che lo riguarda, e si giustifica in ragione di un ruolo primario rispetto alla madre³. D'altronde, «nella società, il “padre” solo può possedere». L'aggettivo *maternus* indica infatti «una relazione di appartenenza fisica: è letteralmente, secondo il suffisso, “della stessa materia della madre”». Il doppione *paternus*, creato sul modello di *maternus*, indica una relazione con il padre fisico, «con il genitore personale di colui che parla o di cui si parla», ed ha dunque un valore descrittivo e personale, laddove *patrius*, facendo riferimento al padre nella sua qualità, ha un valore classificatorio e concettuale⁴.

La rilevanza della “patria” nel mondo latino corre dunque parallela alla natura patriarcale del mondo romano⁵, e si fonda su un legame tra i suoi componenti cementato dalla famiglia. La patria è la terra di appartenenza ed è legata alla paternità ed alla famiglia. Il significato topografico della parola si precisa, dunque, per via dell'etimo della stessa, in un esito semantico che si muove entro uno spettro affettivo, emozionale: la patria è un luogo, anzi è quel luogo nel quale si precisa il rapporto tra la persona ed il territorio, è l'appartenenza qualificata dalla discendenza⁶.

Nella pluralità di sollecitazioni provenienti dalle fonti romane, una particolare efficacia rivestono quelle ciceroniane. Cicerone utilizza il concetto di *patria* e, valorizzando il legame che essa genera, distingue in ragione della fonte tra *germana patria* e *communis patria*: la prima è la terra degli avi alla quale si appartiene e nella quale ci si identifica; la seconda, la *communis patria*, è quella che unisce in forza di un legame più ampio, fondato sulla identità culturale, sociale, storica⁷.

³ E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, I Economia, parentela, società* (1969), ed. italiana a cura di M. LIBORIO, Torino, 2001, p. 167 ss., 204 ss.

⁴ Sempre E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, I*, cit., p. 206, 208.

⁵ Sul primato del concetto di paternità v. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, I*, cit., p. 167 ss.

⁶ Sull'idea di patria in relazione alla stirpe, alla lingua, ai costumi e, più in generale, sul patriottismo greco e romano v. P. VEYNE, *Y a-t-il eu un impérialisme romain?*, in *MEFRA*, 87, 1975, p. 806 ss. Una disamina del termine *patria* attraverso le fonti letterarie dal I al V secolo d.C. si legge in A. PELLIZZARI, *Roma communis nostra patria est. Costanti e variabili del patriottismo romano nei secoli dell'impero*, in *AAS*, 133-134, 1999-2000, p. 3 ss.

⁷ Sebbene la più nota delle ricorrenze sia quella ciceroniana del *de legibus*, la locuzione *communis patria* trova ulteriori riscontri nelle fonti. Per un'analisi più approfondita dell'utilizzo della formula *communis patria* nei testi giuridici, e sul suo rilievo non solo encomiastico, ma anche giuridico-istituzionale, v. V. MAROTTA, *Tre riflessioni sulla cittadinanza: da Roma antica al mondo attuale*, in *IAH* 5, 2013, 53 ss.; nonché, anche per un quadro più generale, Id., *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009, p. 91 ss. Sul *topos* giuridico-argomentativo di Roma quale *patria communis* di tutti i cittadini dell'impero come utilizzato nelle fonti del IV e V secolo v. anche G. ZANON, *La patria*

Cicerone, oratore e politico con una formazione filosofica eclettica, vive attivamente l'esperienza politica degli ultimi anni della *respublica*. Verosimilmente sensibilizzato dalla sua provenienza "periferica"⁸, l'*homo novus* di Arpino in più luoghi della sua produzione riflette sul tema dell'appartenenza e del rapporto con Roma, la Città dalle radici antiche, archetipo di civiltà, che attraverso la contaminazione con la realtà provinciale ottiene il necessario risanamento morale del costume politico.

Il libro secondo del *de legibus* (2, 5-6) ospita il dialogo tra Cicerone, il fratello Quinto e l'amico Attico, ambientato ad Arpino, *germana patria* da cui i fratelli traggono origine, il luogo di quell'antica discendenza nella quale ritrovano i culti familiari, la stirpe e le tracce dei loro antenati. In quella villa, ricostruita ed addobbata dal padre, che qui trascorse la vita nelle occupazioni letterarie, nacque Cicerone quando, vivo ancora il nonno, la villa era piccola *more antiquo*: per questa ragione, ad essa è legato da un sentimento profondo, paragonabile a quello che ebbe Ulisse nei confronti di Itaca, per la quale rinunciò al dono della immortalità⁹.

Germana patria è la patria naturale: da *germen*, germe, germoglio, essa indica la comunità di nascita che unisce i fratelli che provengono dagli stessi genitori. *Germana patria* di Cicerone e del fratello Quinto è Arpino, il piccolo municipio al quale Cicerone è legato da vincoli di sangue e di sentimento assai forti, paragonabili appunto al legame di Ulisse con Itaca, per rivedere la quale rifiutò l'immortalità.

Il termine *patria* assume qui una connotazione non solo e non tanto spaziale, quanto affettiva: *germana patria* definisce un legame affettivo che si fonda sulla stirpe, sugli insopprimibili *sacra privata* (*de leg.* 2.22), allude alla condivisione familiare nel rilievo che Cicerone attribuisce alla famiglia nel *de officiis* (1.53), ove espone i modelli che storicamente hanno caratterizzato l'organizzazione della società, a fondamento dei quali la

«immaginata». *Cives e barbari tra IV e V secolo d.C.*, in *JUS- ONLINE*, 6, 2021. Sul tema anche A. SACCOCCIO, *Una alternativa alla globalizzazione è possibile: Roma communis patria*, in D. D'ORSOGNA, G. LOBRANO, P.P. ONIDA (a cura di), *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un "Codice" per Curitiba*, Napoli, 2017, p. 105 ss.; C. CORBO, *Constitutio antoniniana. Ius philosophia religio*, Napoli, 2018.

⁸ Catilina, appartenente ad una antica famiglia patrizia, lo addita quale *inquilinus civis urbis Romae*, invitando il Senato a non dargli ascolto (Sallustio, *Bellum Catilinae* 31.7).

⁹ Cic. *de leg.* 2.3: *quia si verum dicimus, haec est mea et huius fratris mei germana patria. Hic enim orti stirpe antiquissima sumus, hic sacra, hic genus, hic maiorum multa vestigia. Quid plura? Hanc vides villam, ut nunc quidem est, lautius aedificatam patris nostri studio, qui cum esset infirma valetudine, hic fere aetatem egit in litteris. Sed hoc ipso in loco, cum avos viveret et antiquo more parva esset villa, ut illa Curiana in Sabinis, me scito esse natum. Qua re inest nescio quid et latet in animo ac sensu meo, quo me plus hic locus fortasse delectet, si quidem etiam ille sapientissimus vir Ithacam ut videret immortalitatem scribitur repudiasse.*

natura pone la famiglia, “*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”, base della *respublica*, luogo di coesione su cui si fonda la comunità.

Attico commenta che è buona ragione elogiare e restare legato ai luoghi dei propri antenati per la condivisione affettiva che questi luoghi generano (leg. 2, 4)¹⁰. Pone, tuttavia, una domanda: se Arpino è la vostra *germana patria*, avete forse due patrie? O Roma è la patria comune?¹¹

Cicerone risponde che coloro che non sono originari di Roma, i *municipes*, hanno due patrie, «*unam naturae, alteram civitatis*». Catone, infatti, nato a Tuscolo, fu assunto nella cittadinanza romana ed ebbe dunque Tuscolo come patria naturale e Roma come patria di diritto. Patria, dunque, è sia quella in cui siamo nati, sia quella che ci ha accolti. Ma dobbiamo amare quella da cui tutta la comunità prende il nome di stato: per essa dobbiamo morire, ad essa dobbiamo integralmente dedicarci, in essa dobbiamo riporre tutto il nostro bene e ad essa consacrarci. Anche la patria che ci ha generati è dolce non meno di quella che ci ha accolti. Essa è ricompresa nella maggiore dalla quale ciascun municipale riceve il diritto di una seconda cittadinanza e che considera l'unica patria¹².

Il passo è forse tra i più importanti tra quelli, tanti, nei quali Cicerone affronta la questione della cittadinanza romana.

Il termine che utilizza per descrivere il rapporto del cittadino con la comunità è *patria*. E poiché siffatto rapporto si sviluppa su due livelli, uno affettivo e l'altro politico e giuridico, ad esso è attribuita una duplice aggettivazione: *germana patria*, *communis patria*.

Da un lato vi è la *patria* come luogo di nascita, la terra natia che genera un legame emotivo ed affettivo. E poi vi è la *patria comune*, che genera un legame politico e giuridico

¹⁰ Cic. de leg. 2.4: *ego vero tibi istam iustam causam puto, cur huc libentius venias atque hunc locum diligas. Quin ipse, vere dicam, sum illi villae amior modo factus atque huic omni solo, in quo tu ortus et procreatus es. Movemur enim nescio quo pacto locis ipsis, in quibus eorum quos diligimus aut admiramur adsunt vestigia. Me quidem ipsae illae nostrae Athenae non tam operibus magnificis exquisitisque antiquorum artibus delectant, quam recordatione summorum virorum, ubi quisque habitare, ubi sedere, ubi disputare sit solitus, studioseque eorum etiam sepulcra contemplor. Quare istum ubi tu es natus plus amabo posthac locum.*

¹¹ Cic. de leg. 2.5: *sed illud tamen quale est quod paulo ante dixisti, hunc locum – id enim ego te accipio dicere Arpinum – germanam patriam esse vestram? Numquid duas habetis patrias, an est una illa patria communis?*

¹² Cic. de leg. 2.5: *ego mehercule et illi et omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis: ut ille Cato, quom esset Tusculi natus, in populi Romani civitatem susceptus est, ita<que> quom ortu Tusculanus esset, civitate Romanus, habuit alteram loci patriam, alteram iuris; ut vestri Attici, priusquam Theseus eos demigrare ex agris et in astu quod appellatur omnis conferre se iussit, et sui erant idem et Attici, sic nos et eam patriam dicimus ubi nati, et illam <a> qua excepti sumus. Sed necesse est caritate eam praestare <e> qua rei publicae nomen universae civitati est, pro qua mori et cui nos totos dedere et in qua nostra omnia ponere et quasi consecrare debemus. Dulcis autem non multo secus est ea quae genuit quam illa quae excepit. Itaque ego hanc meam esse patriam prorsus numquam negabo, dum illa sit maior, haec in ea contineatur. duas habet civitatis, sed unam illas civitatem putat.*

per effetto del quale tutti i cittadini partecipano ad una comunità e condividono una identità culturale e sociale.

Cicerone vive la realtà municipale attraverso la quale Roma organizza amministrativamente i nuovi domini. E si tratta di una sistemazione territoriale e politica lungimirante per la capacità di integrare le nuove componenti nella vita politica e nella gestione delle funzioni e delle attività della *civitas*, senza fare perdere ad essa la sua centralità. L'estensione del territorio, con la trasformazione dei vinti in alleati e poi in cittadini, si accompagna, sul piano giuridico, ad una diversa declinazione dei diritti che derivano dalla cittadinanza. Com'è stato ben rilevato, Roma introduce un «originale concetto di cittadinanza non doppia, ma a due livelli; quello inferiore, che rispettava le tradizioni della società locale, e quello superiore, che inglobava il precedente livello e implicava la partecipazione alla vita nazionale, rappresentata dallo stato romano»¹³.

La comunità cittadina, annessa territorialmente ed incorporata nella cittadinanza romana, perde la piena sovranità, pur conservando un certo livello di autonomia quale organismo all'interno del territorio romano¹⁴. I *municipes*, pur sempre cittadini di un'altra città, senza perdere le radici della propria appartenenza, diventano concittadini dei cittadini romani, tenuti a sopportare gli oneri a favore dello Stato romano, com'è evidente anche dalla denominazione che allude alla sottoposizione ad un *munus*¹⁵. Se il *suffragium* e, dunque, la partecipazione alla vita politica consacrata dal diritto voto decide dell'intensità della concessione¹⁶, l'estensione dello *status* di *civis romanus* importa il

¹³ Così R. SCUDERI, *Significato politico delle magistrature nelle città italiche del I sec. a.C.*, in *Athenaeum*, 77, 1989, p. 123.

¹⁴ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² II, Napoli, 1973, p. 82, che descrive i municipi quali «comunità cittadine, con una più o meno grande autonomia interna, incorporate nella cittadinanza romana; essi avevano perduto la piena sovranità di stati, mantenuto una relativa libertà comunale».

¹⁵ Per la derivazione etimologica da *munera capere*, che significava che «a tali comunità erano imposti da Roma certi servizi e prestazioni», v. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1998, p. 114; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino, 1965, rist., p. 242 ss., per il quale l'opinione che ravvisa in essa l'allusione a prestazioni e servizi al popolo romano si presta alla condivisibile obiezione per la quale si sarebbe dovuto piuttosto parlare di *munifices* anziché di *municipes*, «onde il tentativo di ricollegare l'origine della parola piuttosto a rapporti di amicizia con comunità indipendenti, con scambio di doni; origine che comunque non avrebbe lasciato traccia, in quanto i Romani usavano questo termine proprio per le comunità assorbite nella cittadinanza, per lo più come *cives sine suffragio*».

¹⁶ La partecipazione alla vita politica della città rappresenta il contenuto politico della cittadinanza e riflette il «carattere comunitario» che caratterizza l'ordinamento politico dei Romani, che, evidente nella terminologia usata di *res publica*, *populus*, *civitas*, bene esprime la concezione romana che vi è sottesa e che ruota intorno ai canoni della partecipazione e della inclusione nella vita della città. Concessa in ragione dei meriti delle popolazioni incorporate, la *civitas optimo iure*, implica la possibilità di esercitare a Roma tutti i diritti civili e politici, e rappresenta una ricompensa per i servizi resi, mentre la più limitata *civitas sine suffragio*, che attribuisce *commercium*, *connubium* e *ius migrandi*, manca del diritto di voto, e rappresenta una

riconoscimento della capacità giuridica e, dunque, della titolarità di rapporti giuridici con i romani e della relativa tutela giurisdizionale.

La politica di romanizzazione condotta da Roma nel III secolo, ispirata ai più tradizionali principi dell'apertura e della mescolanza, se, da punto di vista politico, produce una comunità territorialmente estesa ed unificata intorno ad una potente e superiore guida quale si presentava Roma, dal punto di vista giuridico, si confronta con lo *status* di *civis* e con i privilegi ad esso connessi, che non possono non essere estesi anche agli italici che di quella comunità ed unità politica ed economica erano ormai parte integrante. L'esito della guerra sociale sana questa antinomia tra l'unità politica ed economica conseguente alla romanizzazione e la diseguaglianza giuridica tra cittadini e gli italici. La *lex Iulia de civitate Latinis et sociis danda* del 90 a.C. concede la cittadinanza ai popoli latini ed agli italici fedeli a Roma che avevano depresso le armi. La *lex Plautia Papiria de civitate sociis danda* dell'89 concede la cittadinanza ai soli *adscripti* di città alleate di Roma, in esse non domiciliati¹⁷.

Gellio presenta i *municipes* come i cittadini romani dei municipi, che usufruiscono di proprie leggi e di un proprio diritto, che condividono col popolo romano il soltanto il

punizione nei confronti della città. Lo *status* di *civis Romanus*, fondato sulla *libertas*, si concreta in una molteplicità di garanzie giuridiche dei diritti individuali e benefici sociali da parte dello stato, tra i quali non secondaria era l'esenzione, a partire dal 167 a.C., dall'onere dell'imposta diretta. Sul tema, nella sterminata bibliografia, v. E. GABBA, *Dallo stato-città allo stato municipale*, in A. Schiavone (diretto da), *Storia di Roma*, 2. *L'impero mediterraneo. I. La repubblica imperiale*, Torino, 1990, p. 697 ss.; A. N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, Oxford, 1973; M. HUMBERT, *Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquete jusqu'à la guerre sociale*, Roma, 1978 (rist. 1993), p. 156 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della "civitas Romana"*, Roma, 2000, p. 75 ss.; nonché, sul valore non solo morale ed ideologico, ma anche materiale ed economico della cittadinanza, v. anche ID., *L'idea di cittadinanza dalle sue radici nell'antichità classica agli orizzonti contemporanei* (2003), in *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, p. 963 ss. Un percorso attraverso le vicende della cittadinanza romana, dall'età repubblicana alla *constitutio Antoniniana*, e per la funzione politica della sua concessione, quale strumento funzionale allo sviluppo ed al consolidamento del potere, in Italia e nelle province, v. S. RANDAZZO, *Gli equilibri della cittadinanza romana, fra sovranità e impatto sociale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 5, 2012, p. 3 ss.; P. LAMBRINI, *Riflessioni in tema di cittadinanza in Roma antica*, in F. FASOLINO (a cura di), *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, II, Torino, 2022, p. 1084 ss. Per una lucida prospettiva di comparazione, E. STOLFI, *Polites e civis: cittadino, individuo e persona nell'esperienza antica*, in C. TRISTANO, S. ALLEGRIA (a cura di), *Civis/civitas. Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna. Atti del Seminario internazionale Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008*, Montepulciano, 2008, p. 17ss.

¹⁷ Sulle *leges de civitate*, nella vasta bibliografia, v. G. LURASCHI, *Sulle leges de civitate* (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria), in *SDHI*, 44, 1978, p. 321 ss.; L. GAGLIARDI, *L'assegnazione dei novi cives alle tribù dopo la lex Iulia de civitate del 90 a.C.*, in *Quaderni Lupiensi*, 3, 2013, p. 43 ss.; *Lex Iulia de civitate e lex Plautia Papiria. Contenuto e datazione*, in *BIDR*, 115, 2021, p. 155 ss., nonché, per una più generale impostazione del problema, ID., *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romano. Aspetti giuridici, I La classificazione degli incolae*, Milano, 2006.

«servizio» onorario, e dall'assunzione di questo *munus* traggono il nome, sottoposti a nessun altro obbligo ed a nessuna legge del popolo romano che non sia stata ratificata (*fundus fieri*) dal loro popolo¹⁸.

La testimonianza gelliana in ordine all'autonomia normativa e giuridica goduta dai *municipia civium Romanorum*, che consente loro di godere, a differenza delle *coloniae civium Romanorum*, di propri *mores* e di proprie *leges* e dunque di propri *iura/instituta*, deve calarsi all'interno di un processo graduale per effetto del quale la sovranità e l'autonomia municipale si incontrano con la città stato quale era stata sino ad allora Roma. L'assoggettamento dei nuovi cittadini al diritto romano (*qui fundi populi facti non essent, civitatem non habent*) consacra una osmosi culturale tra la realtà centrale e le realtà periferiche, già raggiunta nella pratica dell'incontro tra diritto romano e diritti locali.

Dall'incontro tra la comunità territoriale di appartenenza e la nuova comunità dei *cives* in cui tutti sono accolti nasce quella nuova *civitas* che *rei publicae nomen universae civitati est* (Cic., *de leg.* 2.5). Nella giustapposizione tra *germana patria*, la patria municipale, e *communis patria*, Roma, la *res publica*, si esprime la dialettica tra Roma e le città italiche che ha segnato la storia repubblicana, con la lotta per la cittadinanza, generando una identità italica destinata a rimanere "incompiuta"¹⁹.

¹⁸ Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, 16.13.6 (traduzione a cura di G. BERNARDI-PERINI, vol. II, Torino, 2017): *municipes ergo sunt cives Romani ex municipiis legibus suis et suo iure utentes, muneris tantum cum populo Romano honorari participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus est*. Sulla testimonianza gelliana si rinvia al dettagliato esame critico condotto da M. TALAMANCA, *Aulo Gellio ed i "municipes". Per un'esegesi di 'Noctes Atticae' 16.13*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli statuti municipali*, Pavia, 2006, p. 443 ss. Alla bibliografia già richiamata sul tema, va aggiunto, con specifico riferimento alle definizioni festive di *municeps* e *municipium*, U. LAFFI, *La definizione di municipium in Paolo-Festo (155L.)*, in *Athenaeum*, 63, 1985, p. 131 ss. (anche in ID., *Studi di storia romana e diritto*, Roma, 2001, p. 137 ss.); *Colonie e municipi nello Stato romano*, Roma, 2007. Sull'assetto istituzionale dei municipi, v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, rist., Napoli, 1999, p. 65 ss. e 119 ss. con particolare riferimento al rapporto tra gli ordinamenti locali e quello romano. La complessità dei profili legati al difficile processo di romanizzazione delle istituzioni e delle pratiche giuridiche, nonostante l'effetto unificante della estensione della cittadinanza, è messa in luce da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della "civitas Romana"*, cit., p. 174 ss.; *L'idea di cittadinanza dalle sue radici nell'antichità classica agli orizzonti contemporanei*, cit., p. 963 ss.; *Storia di Roma tra diritto e potere. La formazione di un ordinamento giuridico*, Bologna, 2014, p. 285 ss.

¹⁹ Sulle ragioni della incompiutezza dell'identità italica, destinata a soccombere di fronte all'idea più forte, espressa dall'impero, cfr. A. GIARDINA, *L'identità incompiuta dell'Italia romana*, in *L'Italie d'Auguste à Dioclétien. Actes du colloque international de Rome (25-28 mars 1992)*, Rome, 1994, p. 1 ss.; *L'Italia romana. Storie di un'identità incompiuta*, Roma-Bari, 1997. Secondo F. LAMBERTI, *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica*, in B. PERINÁN GÓMEZ (a cura di), *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 52, le affermazioni contenute nel *de legibus* relative all'*origo*, «che in qualche modo «appaiono tirare le somme» dell'ormai intervenuta

La nozione di *patria* che accomuna, ad un duplice livello, quella di nascita, la *germana*, e quella di adozione, la *communis*, elevando la prima al livello della seconda e trasformando al contempo quest'ultima, la *communis patria* Roma, nella forza maggiore inclusiva della prima, bene esprime, dunque, il fondamento dell'idea di cittadinanza espressa dal mondo romano, declinata diversamente nelle varie epoche, in ragione delle contingenze economiche e sociali, eppure sempre capace di conciliare l'esclusività e la superiorità della cittadinanza romana con i tradizionali principi della integrazione e della mescolanza²⁰.

Non va dimenticato, infatti che appartiene alla fondazione della città l'incorporazione di genti ed etnie diverse: Romolo, per primo, dopo aver sconfitto i Sabini, ne fa altrettanti cittadini romani. E si tratta di un processo che, con fasi alterne, continua nei secoli successivi. Agevolato dalla elaborazione di strumenti giuridici di cui i Romani sono maestri (*commercium, conubium, ius gentium, paetor peregrinus*)²¹, il rapporto

unificazione italaica nel nome di Roma», vanno lette in «un'ottica propagandistica»: assorbendo nella propria cittadinanza i *latini* ed i *socii* italici, Roma era assunta a «"protettorato" comune dell'intera Italia, a punto di riferimento politico, giuridico e culturale, a *patria* quanto al profilo dell'«appartenenza». Opportuno, politicamente, lasciare ai non romani l'illusione di un'autonomia geografica, etnica, *lato sensu* culturale: è quanto si ravvisa, direi, nell'allusione ad una *patria naturae*. Al di là dell'illusione, restava la realtà dei fatti: dal punto di vista di Roma l'*urbs*, con la sua *civitas*, era ormai punto di riferimento giuridico-politico per l'Italia intera». In termini adesivi O. LICANDRO, *Doppio domicilio e doppia cittadinanza. Strumenti di governo ed egemonia politica tra 'leges' e 'prudentes' nell'età tardorepubblicana*, in *AUPA*, 61, 2018, p. 179, che però precisa: «ma bisogna pure ammettere che, sia pure con riferimento ai *municipia* e all'Italia, l'impianto di Cicerone cominciava a fare i conti con il nuovo fenomeno diffuso di un *civis* dall'*origo* diversa da quella squisitamente romana. È vero, non si tratta di doppia cittadinanza e ci troviamo in ambito occidentale e con particolare riguardo al rapporto tra Roma e *municipia*, in cui questi esprimevano comunità di *cives* aggregati al *populus Romanus*. Eppure, siamo dinanzi a un cambio di passo notevole. Il varco teorico era aperto e Cicerone del *De legibus* è ben diverso dal perentorio e tuonante oratore della *pro Caecina* e della *pro Balbo*. La posteriorità cronologica del trattato rispetto alla *pro Balbo* di almeno un quinquennio, «cioè in una spirale vorticosissima di trasformazioni politiche e istituzionali ... svela l'ormai piena consapevolezza di un anziano statista che osserva con sgomento il 'tramonto' della sua repubblica, dei suoi orizzonti politici, culturali e giuridici, mentre spazio si dava alla ricerca di forme nuove di dominio mondiale». Su tutti questi temi, M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, p. 500 ss.; *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 110 ss.; *I mutamenti della cittadinanza*, in *MEFRA*, 103, 1991, p. 703 ss.

²⁰ Sull'esclusivismo della città antica v. F. DE MARTINO, *La costituzione della città - stato*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (dir.), *Storia di Roma, I Roma in Italia*, Torino, 1988, p. 359 ss., nonché, più in generale, sul concetto stesso di città-stato v. ID., *Il modello della città-stato*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (dir.), *Storia di Roma, IV Caratteri e morfologie*, Torino, 1989, p. 433 ss.

²¹ Un ruolo assolutamente centrale va ascritto al *ius gentium*, quale diritto romano «condiviso con tutte le genti»: P. LAMBRINI, *Riflessioni in tema di cittadinanza in Roma antica*, cit., p. 1081. Sul *ius gentium*, v. R. FIORI, *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, in I. Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 3, Tricase, 2016, p. 109 ss., e la bibliografia ivi richiamata. Sui diritti connessi alla cittadinanza, nel quadro dei profili giuridici legati all'immigrazione di stranieri a Roma. V. F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Napoli, 2020.

dei Romani con gli stranieri, orientato all'assimilazione ed alla integrazione nel tessuto sociale e politico della *civitas*, viene consacrato sul piano istituzionale dalla estensione della cittadinanza a tutti gli abitanti di un impero esteso su tre continenti. Il politeismo religioso, come anche le prassi commerciali con gli stranieri, sono il riflesso di un percorso non sempre lineare, talvolta anzi contraddittorio, ma in linea di massima orientato alla integrazione, alla costruzione di relazioni capaci di superare le etnie e le distanze che queste creano²².

La formula ciceroniana *communis patria* riflette la costruzione romana della organizzazione municipale: lo stato romano italico, quale risultante dal rapporto tra *germana patria* e *communis patria*, si fonda su una integrazione tra gli appartenenti alla comunità che non si arresta al profilo meramente politico, ma si fonda sul diritto: lo *status civitatis* consolida l'unificazione politica e civile tra gli appartenenti alla comunità. Al legame affettivo consacrato dalla *patria naturae* si affianca quello giuridico, la *patria civitatis*. E poiché la *civitas* segna il perimetro dei diritti e dei doveri, *communis Roma* è la formula che consacra un legame giuridico, a prescindere dalla effettività dell'esercizio.

Come ha ben rilevato Capogrossi Colognesi, l'immagine di una nuova *civitas* che accoglie tutta la comunità col nome di Stato, va oltre «l'aspetto meramente politico per investire, come del resto è pacifica idea, la condizione giuridica dei singoli cittadini. Essi, infatti, sono tutti uniti all'interno dello stesso ordinamento e sottoposti alle stesse leggi: quelle, appunto, di Roma, e tuttavia, conservano le loro radici locali, in una identità che può spingersi ad assicurare a ciascuno di essi l'accesso peculiare ad un insieme di tradizioni municipali, anche di carattere legale, non contraddittorie ma supplementari e subalterne ormai a quelle romane»²³.

3. b) Societas

Una seconda parola che è significativa del lessico costituzionale in tema di cittadinanza è *societas*. È nota la qualificazione ciceroniana del consorzio umano quale *societas*, che si stratifica in gruppi diversi in ragione delle dimensioni.

²² Sul tema v. E. TODISCO, *La comunità cittadina e "l'altro": la percezione del forestiero a Roma tra tardarepubblica e altoimpero*, in *Le vie della storia. Migrazioni di popoli, viaggi di individui, circolazione di idee nel Mediterraneo antico*, Roma, 2006, p. 93 ss.; M. LENTANO (a cura di), *Stranieri. Storie e immagini dell'altro nella cultura romana*, Bologna, 2023.

²³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della "civitas Romana"*, cit., p. 183.

Nel *de officiis*, il trattato filosofico in tre libri, del 44 a.C., che acuta dottrina ha definito come «il manuale destinato alla classe dirigente romana»²⁴, Cicerone discute dei “gradi della società umana”, dall’intera umanità fino alla famiglia, passando per la nazione, la città, l’amicizia, muovendo dalla comunità più ampia di quelli che condividono la stessa razza, nazione e lingua, per approdare alla comunità più ristretta dei cittadini di una stessa città. Poi passa a parlare dei legami familiari, inclusi il matrimonio, i figli e la famiglia che considera l’embrione della città e dell’intera società²⁵.

L’elemento che trasforma un legame tra uomini in “gruppo”, *gradus societatis*, è rappresentato dalla condivisione dei motivi che definiscono l’appartenenza.

Nel valorizzare l’importanza dei legami familiari, Cicerone costruisce intorno alla condivisione dei costumi e dell’etica la fondazione della società e della comunità²⁶.

Dal gruppo più ristretto, che è la famiglia, si giunge, in una espansione concentrica, alla *res publica*, *societas hominum*, *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communionem sociatus* (*de rep.* 1.39²⁷).

Il termine *societas* e l’uso di esso negli scritti ciceroniani è stato ampiamente studiato dalla dottrina, che si è interrogata sull’impiego della figura privatistica della

²⁴ S. MAZZARINO, *L’Impero romano*, 1, Roma-Bari, 2004, p. 38.

²⁵ Cic. *de off.* 1.53: *gradus autem plures sunt societatis hominum. Ut enim ab illa infinita discedatur, prior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines coniunguntur. Interius etiam est eiusdem esse civitatis; multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates multisque cum multis res rationesque contractae. Artior vero colligatio est societatis propinquorum; ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur. 54 Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae. Sequuntur fratrum coniunctiones, post consobrinorum sobrinorumque, qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Sequuntur conubia et affinitates ex quibus etiam plures propinqui; quae propagatio et suboles origo est rerum publicarum. Sanguinis autem coniunctio et benivolentia devincit homines [et] caritate. 55 Magnum est enim eadem habere monumenta maiorum, eisdem uti sacris, sepulchra habere communia. Sed omnium societatum nulla praestantior est, nulla firmior, quam cum viri boni moribus similes sunt familiaritate coniuncti; illud enim honestum, quod saepe dicimus, etiam si in alio cernimus, [tamen] nos movet atque illi in quo id inesse videtur amicos facit.*

²⁶ La stretta connessione tra *familia* e comunità politica quali gradi della società umana è d’altronde evidente se si considera che il titolo principale per accedere alla cittadinanza romana è la nascita da genitori romani che abbiano contratto *matrimonium legitimum*. La componente “sociale” mantiene intatto il suo rilievo anche nei criteri ulteriori elaborati per entrare nella cittadinanza romana. Ciò che, ad esempio è evidente nell’acquisto della stessa per domiciliazione da parte di chi abbia esercitato il *ius migrandi* ed era sufficiente alla prova della cittadinanza anche l’iscrizione nelle liste controllate dai censori. Per un inquadramento generale sui modi di acquisto della cittadinanza romana v. U. COLI, s.v. *Civitas*, in *NDI*, 3, Torino, 1959, p. 341 ss.

²⁷ Cic. *de rep.* 1.39: *est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communionem sociatus. Eius autem prima causa coeundi est non tam inbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec solivagum genus hoc, sed ita generatum ut ne in omnium quidem rerum affluentibus copiis.*

societas ovvero sull'utilizzo della stessa come evocativo di un solidarismo di matrice giusnaturalistica che a Cicerone, politicamente impegnato nelle tormentate vicende repubblicane, appariva particolarmente utile per richiamare i punti di riferimento culturali, ideali ed etici avvertiti come particolarmente necessari all'interesse dello stato di fronte alla violenza delle armi.

Oltre a richiamare gli esiti degli studi sul tema²⁸, appare interessante porre a confronto i due termini utilizzati da Cicerone per esprimere il medesimo concetto della condivisione quale essenza della organizzazione "per gradi" della società umana, nelle sue diverse rappresentazioni: società e patria.

Nella definizione del concetto di *populus* quale essenza della *res publica*, Cicerone rappresenta due livelli del consorzio umano, uno disegnato dalla natura, l'altro configurato dal diritto: è naturale per gli uomini associarsi (*congregatio*), mantenendo la propria individualità (*solivagus*); diventa necessario condividere interessi e precetti giuridici comuni affinché ci sia uno stato, una *res publica* quale cosa del popolo.

Nella contrapposizione tra la *congregatio hominum*, che risponde ad una inclinazione naturale, ed il *populus*, che è invece *societas iuris*, si evidenzia bene il carattere fondativo del *populus* e della *res publica* che di esso si sostanzia. È la condivisione, espressa dal vocabolo *societas*, avente ad oggetto le norme e l'organizzazione che su di esse si costruisce, che determina la rilevanza politica e giuridica di una comunità umana.

Con questa qualificazione, Cicerone vuole valorizzare l'importanza della condivisione politica e giuridica: il *populus* è una *societas* nella quale la partecipazione dei cittadini alla vita politica ed alla gestione della cosa pubblica, attraverso diritti e doveri, ne garantisce l'unità e la collaborazione al bene comune. *Res publica* è il *populus* e questo è una società politica organizzata e regolata da leggi²⁹.

Il motivo della comunione fondata sul diritto ritorna nel *de legibus*³⁰ ove Cicerone, ribadito il vincolo che unisce gli uomini in società³¹, cerca di dare veste dogmatica al

²⁸ Per una sintesi, mi sia consentito di rinviare al mio *Populus e res publica. Riflessioni sulle categorie politiche del mondo antico*, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 3, p. 33 ss., con gli essenziali riferimenti bibliografici.

²⁹ Cic., *de rep.* 1.49: *quid est enim civitas nisi iuris societas civium*. Sulla rappresentazione della *civitas* fondata sulle leggi v. C. CASCIONE, *Osservazioni brevi su "civitas legibus fundata"*, in F. FASOLINO (a cura di), *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, I, Torino, 2023, p. 383 ss.

³⁰ Cic., *de leg.* 1. 23: *inter quos porro est communio legis, inter eos communio iuris est. Quibus autem haec sunt inter eos communia, ei civitatis eiusdem habendi sunt*.

³¹ Cic., *de leg.* 1.16: *et recte quidem; nam sic habetote, nullo in genere disputandi <p>o<t>est magis patefieri, quid sit homini a natura tributum, quantam vim rerum optimarum mens humana contineat, cuius muneris colendi*

rapporto tra *cives* e *municipes*. La crescente realtà municipale esige una nuova sistemazione dei rapporti tra cittadini romani e cittadini municipali. Attraverso una prospettiva più filosofica che giuridica, la logica partecipativa che contraddistingue la *societas* politica si estende alla considerazione di un contesto sociale ulteriore, quello locale, municipale, nella consapevolezza - che è poi il presupposto ideologico che guida la logica politica - che l'interazione tra i diversi livelli garantisce la superiorità della *civitas*.

Questa prospettiva relazionale che guida il confronto tra realtà politica centrale e realtà municipale è espressa attraverso uno sdoppiamento terminologico: *patria* e *societas*.

La *societas* quale partecipazione alla vita politica fondata sulla condivisione di norme ed interessi è la patria comune nella quale si esprimono i valori che fondano una identità.

La logica identitaria sta al termine *patria* quanto la logica partecipativa sta al termine *societas*: *societas* è la *res publica*, la comunità politica e giuridica che condivide leggi e doveri; *communis patria* è la comunità politica nella quale i cittadini condividono una identità sociale e culturale e da questa si sentono uniti. La logica paternalistica che soggiace al termine *patria* attribuisce all'aggettivo *communis* un valore sociologico, relazionale. La patria comune genera un legame che riguarda la società nel suo insieme e crea un rapporto tra livello centrale e periferico che riguarda i diritti ed i doveri e garantisce la tenuta della identità individuale e collettiva.

Questo intreccio cittadinanza, società, diritto è importante per più ragioni.

Anzitutto perché evidenzia, fuori di ogni dubbio, che la cittadinanza segna uno spazio non territoriale ma giuridico: cittadino non è colui che occupa un territorio, ma che possiede uno *status*, ossia quei requisiti richiesti per soggiacere ad un dato ordinamento giuridico. La cittadinanza rappresenta dunque il profilo spaziale dell'ordinamento giuridico: essa si estende a tutti coloro sono riconosciuti titolari di diritti e doveri nei confronti dell'ordinamento. Rappresenta anzi una condizione per il godimento dei diritti e l'attribuzione dei doveri. La nozione giuridica di cittadinanza si conferma, per tale via, una creazione autenticamente romana: solo a Roma il diritto pubblico e privato passa attraverso lo *status civitatis* quale condizione per l'attribuzione dei diritti.

I modi di acquisto della cittadinanza rivelano la stretta connessione che esiste tra la cittadinanza e la comunità: la cittadinanza è il perimetro della comunità, segna lo spazio riservato ai *cives* ed il contenuto di questo spazio è dato dai diritti.

efficiendique causa nati et in lucem editi simus, quae sit coniunctio hominum, quae naturalis societas inter ipsos. His enim explicatis, fons legum et iuris inueniri potest.

Ne deriva – è questo è il secondo profilo di rilevanza e l'altra faccia della medaglia – che il diritto ha una sua estensione segnata, appunto, dalla cittadinanza. Come rileva Irti, «il diritto ha bisogno del “dove”»³². La cittadinanza venne concepita dai Romani come il profilo spaziale del diritto, da intendersi come il contesto non tanto o non solo geografico, ma socio-culturale in cui essa trova applicazione. Il diritto quale insieme di regole utili a regolamentare il comportamento umano riflette l'identità culturale, morale, politica, economica di determinato dove. È significativa in questa direzione l'esperienza romana, nella quale l'estensione della cittadinanza non seguì l'espansione territoriale e fu ad essa conseguente, ma obbedì a criteri diversi, sganciati dal territorio, eppure costitutivi di uno spazio occupato e governato dal diritto.

Che lo stretto legame tra cittadinanza e comunità corra lungo il filo del diritto – anzi dei diritti o della capacità giuridica legata al concetto di *status* – è confermato dalla considerazione ciceroniana della *civitas* quale *iuris societas civium* (*de rep.* 1.32.49).

Questa rappresentazione della cittadinanza quale spazio giuridico della comunità, condensato di valori e di identità che superano la stretta dimensione territoriale, trova efficace espressione nella locuzione *communis patria*, con la quale Cicerone definisce Roma al confronto con le realtà municipali. Roma *communis patria* definisce l'identità di un popolo misto e plurale che condivide la romanità non quale dato etnico o territoriale, ma come requisito culturale, fondato sul diritto, e dunque, potenzialmente accessibile a tutti.

La locuzione ciceroniana merita un ulteriore approfondimento perché rinvia ad un sostantivo - *communitas*, derivato di *communis* – che esprime un concetto denso di significato. Elemento fondamentale in molte discipline, tra cui la sociologia, l'antropologia, la filosofia e le scienze politiche, la *communitas* rappresenta una categoria centrale del pensiero politico romano e lente privilegiata da cui muovere per esplorare i successivi sviluppi del concetto in relazione alla natura della identità collettiva nelle società umane.

4. c) *Communitas*

³² N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 3: «soggetti, cose, atti abitano nello spazio. Ognuno di essi è individuato da un luogo e riceve un predicato di posizione. Il linguaggio giuridico è tutto intriso di richiami spaziali: dimora, residenza, domicilio delle persone fisiche; sede delle persone giuridiche; confini di terre e di altri beni immobili; contiguità o vicinanza di fondi; luoghi di conclusione di accordi, di adempimenti di doveri, di esercizio di diritti. L'applicazione di una o altra norma appare congiunta ai luoghi dell'aria e del mare, sui quali la superficie terrestre quasi si espande e irradia. C'è, nel profondo nascere e svolgersi del diritto, un legame terrestre, un'originaria necessità dei luoghi». V. anche ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 3.

La terza parola nella definizione dell'idea di cittadinanza è dunque *communitas*.

L'interesse per il concetto di *communitas* nasce nell'ambito dell'antropologia per indicare un senso di comunità e di solidarietà che va oltre le differenze sociali e culturali, che genera un legame più profondo tra gli individui, segnato dalla solidarietà, dall'uguaglianza e dall'appartenenza condivisa.

La sua introduzione si deve a Victor Turner, uno dei principali antropologi culturali del XX secolo, che, nell'ambito dell'antropologia simbolica e dell'antropologia dei rituali, ha con esso indicato un tipo particolare di esperienza sociale e rituale che si verifica durante i riti di passaggio e in altre situazioni di transizione nella vita delle persone³³. La "communitas" è così rappresentata quale stato di comunità e di solidarietà che emerge durante le fasi di transizione o liminalità, come riti di passaggio, cerimonie o situazioni di crisi e di rottura con la normale struttura sociale, nelle quali le distinzioni sociali e le gerarchie vengono temporaneamente annullate, ed emerge un senso di comunanza e di uguaglianza tra i partecipanti.

Nel pensiero dell'antropologo britannico, dunque, la *communitas*, in quanto associata a esperienze di intensa solidarietà e connessione emotiva, quali appunto quelle nelle quali gli individui sperimentano situazioni di pericolo, di celebrazione, di sofferenza o di scoperta, e si sentono parte di qualcosa di più grande di loro stessi, svolge un ruolo importante nel rafforzare i legami sociali e nel promuovere la coesione all'interno di una società. La profondità di queste esperienze di solidarietà e appartenenza condivisa può, peraltro, influenzare le identità individuali e collettive e contribuire alla coesione sociale ed alla creazione di nuove norme culturali e relazioni sociali.

Nell'ambito delle scienze sociali, l'uso del concetto di *communitas* risale a Ferdinand Tönnies, che, nel suo lavoro principale *Gemeinschaft-Gesellschaft*³⁴, rimasto un classico della sociologia di cui Tönnies viene annoverato tra i padri fondatori, inquadra le relazioni umane entro le due forme fondamentali di organizzazione sociale della

³³ Noto per i suoi studi sulla ritualità ed i processi di trasformazione culturale nelle società tradizionali e moderne, Turner ha sviluppato e raffinato il concetto di *communitas* principalmente negli anni '60 e '70, basandosi sulle sue ricerche etnografiche. Ha esaminato le pratiche rituali, i riti di passaggio e le cerimonie nelle società tradizionali, osservando come queste esperienze collettive possono generare un senso di profonda solidarietà e connessione tra i partecipanti. Tra i lavori dell'antropologo scozzese, divenuti capisaldi dell'approccio antropologico: *Forest of symbols. Aspects of Ndembu ritual*, Ithaca and London, 1967, trad. it. *La foresta dei simboli. Aspetti del rituale Ndembu*, Brescia, 1976; *The drums of affliction. A study of religious processes among the Ndembu of Zambia*, Oxford, 1968; e soprattutto *The Ritual Process. Structure and anti-structure*, Chicago, 1969; trad. it. *Il processo rituale. Struttura e anti-struttura*, Brescia, 1972.

³⁴ L'opera più nota del sociologo tedesco è *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Berlin, 1887, trad. it. *Comunità e società*, a cura di M. RICCIARDI, Roma -Bari, 2011.

comunità e della società e, attraverso il concetto di comunità/comunità-società analizza le trasformazioni sociali e culturali che hanno accompagnato l'industrializzazione e l'urbanizzazione: la transizione dalla *Gemeinschaft* alla *Gesellschaft* porta a cambiamenti significativi nelle relazioni sociali, nell'organizzazione economica e nella struttura della società nel suo complesso.

Per Tönnies, una “*Gemeinschaft*” è una comunità basata su legami sociali stretti, di solidarietà e di coesione sociale: le persone si sentono parte di un insieme organico, e i rapporti sono caratterizzati da fiducia reciproca, interdipendenza e senso di appartenenza. Le norme sociali sono spesso tradizionali e radicate nella cultura locale, e il cambiamento avviene lentamente. Questo tipo di comunità, tipico delle società preindustriali e delle piccole comunità rurali, è evidente nei nuclei familiari, i clan, le sette religiose. Una “*Gesellschaft*” è, invece, una società caratterizzata da rapporti sociali più distaccati e impersonali, le relazioni sono spesso basate su calcoli razionali e interessi personali piuttosto che su legami affettivi. Le norme sociali sono spesso codificate e formalizzate, e il cambiamento è più rapido e dinamico. Questo modello di società è tipico delle moderne strutture burocratiche e industriali, dinamiche e soggette a rapidi cambiamenti, rispetto alla stabilità e coesione nel tempo che caratterizza le comunità.

Le forme di tipo comunitario sarebbero espressioni di una volontà naturale (*Wesenville*), mentre quelle di tipo societario riposerebbero su una volontà razionale (*Kurville*). Mentre le forme sociali del primo tipo si fonderebbero su legami profondi e originari di natura affettiva e sentimentale (autorità, pietà, ecc.), quelle del secondo tipo si basano invece su considerazioni di tipo utilitaristico, hanno a fondamento contratti e leggi ed evolvono verso l'istituzionalizzazione³⁵.

³⁵ Muove dalla distinzione fra comunità e società formulata da Tönnies, il sociologo contemporaneo Zygmunt Bauman, che analizza il concetto di comunità alla luce dei cambiamenti sociali e culturali nell'era della modernità liquida, caratterizzata dalla velocità del cambiamento e dall'incertezza. La frammentazione delle relazioni sociali si associa alla crisi delle comunità tradizionali, alla erosione dei legami comunitari ed al prevalere dell'individualismo. La solidarietà nelle società contemporanee è “debole” o “liquida”, sopraffatta e da un'attenzione crescente al soddisfacimento dei bisogni individuali. Alla frammentazione delle comunità tradizionali si accompagna l'emergere di nuove forme di comunità, meno stabili e significative di quelle tradizionali, basate su legami digitali e virtuali. Tra le opere nelle quali il sociologo polacco affronta il tema della comunità nell'era della modernità liquida v. in particolare *Voglia di comunità*, Roma-Bari, 2001; *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002; *Communitas. Uguali e diversi nella società liquida*, a cura di C. Bordoni, Reggio Emilia, 2013.

Nell'ambito della filosofia e della teoria politica, le implicazioni del concetto sono state indagate in un lavoro di Esposito³⁶ che, attraverso l'analisi di alcuni pensatori cardine della storia della filosofia (Hobbes, Rousseau, Kant, Heidegger e Bataille), analizza le dinamiche della comunità, dell'identità e dell'inclusione.

Esposito rovescia il senso comune del concetto di "comunità" quale comune appartenenza: i membri di una comunità non sono uniti da una proprietà, dal fatto di possedere qualcosa che li accomuna, ma da un debito, da una mancanza che consiste nel donare qualcosa di sé agli altri. Avvalendosi dell'etimo latino *communitas*, e dell'idea di *munus* che ne compone la struttura semantica, perviene al significato opposto allo schema classico della comunità come bene comune, comune appartenenza: «il *munus* che la *communitas* condivide non è una proprietà o un'appartenenza. Non è un avere, ma, al contrario, un debito, un pegno, un dono-da-dare. E dunque ciò che determinerà, che sta per divenire, che virtualmente già è, una mancanza»³⁷.

Se, da un lato, comune, «(*commun*, *comun*, *common*, *Kommun*) è ciò che non è proprio; che comincia là dove il proprio finisce: *quod commune cum alio est desinit esse proprium* (Quint. *inst.*, 7,3,24)»³⁸, dall'altro, il termine *munus*, di cui l'aggettivo si compone, allude ad un momento di «reciprocità, o "mutualità" (*munus-mutuus*), del dare che consegna l'uno all'altro in un impegno, e diciamo pure in un giuramento, comune: *iurare communiam* o *communione* nel vincolo sacrale della *coniuratio*»³⁹, che attribuisce al termine «una valenza inedita rispetto alla classica bipolarità "pubblico"/"privato"...»⁴⁰. Poiché

³⁶ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, Torino, 1998. Sul tema v, anche il successivo lavoro *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002.

³⁷ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., p. XVI.

³⁸ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., p. XII.

³⁹ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., p. XV: «il *munus* è l'obbligo che si è contratto nei confronti dell'altro e che sollecita una adeguata disobbligazione. La gratitudine che esige una nuova donazione» (p. XIV). Valorizza l'"ottica relazionale" nell'aggettivo *communis*, di cui analizza le occorrenze nelle testimonianze letterarie relative in particolare al regime delle acque pubbliche, E. CANGELOSI, *Publica e communis. Acqua, mondo romano e beni comuni*, Roma, 2014, p. 80 ss., per la quale la connotazione specifica della *communitas* da un punto di vista antropologico e linguistico quale insieme di uomini uniti da un legame di reciprocità conferisce una particolare rilevanza al concetto di scambio nei rapporti interni alla società e, per tale via, alla condivisione di alcune categorie di beni.

⁴⁰ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., p. XV: «è qui che prende corpo l'ultima, e più caratterizzante, delle coppie oppositive che affianca o subentra alla alternativa pubblico/privato: vale a dire quella che mette a contrasto *communitas* e *immunitas*: se *communis* è colui che è tenuto all'espletamento di un ufficio – alla elargizione di una grazia – al contrario *immunis dicitur qui nullo fungitur officio* (P.F., 127,7) e può perciò restare *ingratus*. Può conservare integra la propria sostanza attraverso una *vacatio muneris*. Mentre la *communitas* è vincolata al sacrificio della *compensatio*, l'*immunitas* implica il beneficio della *dispensatio*. L'"immune" «non è semplicemente diverso dal "comune", ma il suo opposto –

munus, nel lessico latino, indica l'obbligo, il debito, ma anche il dono particolare, il dono «che si dà perché si *deve* dare e non si può non dare»⁴¹, che importa un debito ed un dovere, allora *communitas* non indica lo spazio “comune”, ma quello in cui gli uomini sono tenuti insieme da un onere, sono tenuti a condividere un dovere, un carico⁴², in cui dunque, per paradosso, l'unica cosa che accomuna i membri è quella di non avere nulla in comune.

L'analisi filosofica di Esposito, che giunge ad attribuire a tale categoria «un rilievo tanto marcato da poter essere assunta come chiave esplicativa dell'intero paradigma moderno»⁴³, consente, tra i tanti spunti, di individuare nel principio della reciprocità «l'elemento più interessante che l'aggettivo *communis* porta con sé: *cum-munis* implica responsabilità individuale e responsabilità collettiva, doveri reciproci, relazioni»⁴⁴. Se il *munus* fonda l'agire comunitario, la comunità non si caratterizza per l'appartenenza identitaria, ma per la reciprocità dell'obbligo, del dono: *communitas* è il dare ed il darsi, la rinuncia all'io e l'apertura all'altro.

Quelli appena accennati sono i principali rami di un'idea le cui radici profonde affondano proprio nella cultura romana e nel pensiero politico repubblicano di cui un interprete privilegiato fu proprio Cicerone. Muovere dalle manifestazioni attuali e multidisciplinari del concetto, invertendo la logica lineare del tempo, serve per verificare la profondità di questo pensiero e la sua perdurante utilità per far fronte alle questioni problematiche che la complessità dei fenomeni della modernità pone di fronte. Il ricorso alle strategie linguistiche e concettuali approntate dall'antichità per far affrontare temi che hanno un notevolissimo carattere di continuità con il presente, invita la ricerca storica a superare le barriere specialistiche, ed a riscoprirsi quale contenitore inesauribile di soluzioni e modelli ermeneutici.

La prospettiva linguistica adottata nei recenti studi sul tema della *communitas* ha dimostrato la sua utilità nel momento in cui, isolando i significanti e relativi significati, ha attribuito alla parola un dato perimetro semantico utilizzato quale premessa ontologica delle costruzioni concettuali via via elaborate nell'ambito delle diverse discipline.

ciò che lo svuota fino all'estinzione completa non solo dei suoi effetti, ma del suo medesimo presupposto» (p. XXIV).

⁴¹ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., p. XIV.

⁴² R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., p. XVI: «i soggetti della comunità sono uniti da un “dovere” - nel senso in cui si dice “ti devo qualcosa”, ma non “mi devi qualcosa” - che li rende non interamente padroni di se stessi».

⁴³ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., p. XXIII.

⁴⁴ E. CANGELOSI, *Publica e communis. Acqua, mondo romano e beni comuni*, cit., p. 128.

Le suggestioni linguistiche legate alla *communitas* o all'aggettivo *communis* sono particolarmente intense se applicate alla locuzione *communis patria*, affiancata da Cicerone alla *germana patria*.

Se l'aggettivo *communis* rinvia alla nozione di *munus* come dono, fonte di obblighi reciproci tra i membri della *communitas*⁴⁵, allora la *patria* si qualifica *communis* in quanto, e nella misura in cui, possiede una vocazione relazionale e solidaristica - doveri reciproci e reciproca responsabilità - che rappresenta un profilo ulteriore rispetto a quello sociale e giuridico proprio della *societas*. La *communis patria* non importa solo, com'è nella concezione della *res publica*, la partecipazione e l'inclusione nella vita della città, ma anche quella reciprocità e mutualità - l'idea del "dono da dare" - che rappresenta un primo tassello verso l'universalità.

Questo condensato di dovere-debito-dono genera forme di solidarietà che appartengono geneticamente al tessuto sociale della comunità. Basti pensare alla solidarietà contenuta nella proprietà arcaica, nel *mancipium*, o alla stessa solidarietà che è sottesa alla organizzazione "comunitaria" che presiede al meccanismo di formazione delle decisioni politiche. Nei *comitia*, siano essi *curiata*, *centuriata* o *tributa*, la volontà del cittadino non si esprime in forma individuale, ma collettiva, ossia all'interno del gruppo sociale nel quale è inserito e che contribuisce, ciascuno con un peso diverso, alla formazione finale della volontà del gruppo come «vivente unità»⁴⁶. E sulla matrice collettiva delle decisioni politiche, che non sono frutto della somma di volontà individuali, ma dei gruppi organizzati per ordini e classi, Cicerone fonda, come noto, la

⁴⁵ La valenza del dono è stata descritta dall'antropologo francese M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche* (*Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, 1924), trad. di F. ZANNINO, Torino, 2002, che, individuando le caratteristiche fondamentali del dono nel "dare, ricevere, ricambiare", lo considera come un *fatto sociale obbligatorio, un vincolo comunitario*.

⁴⁶ U COLI, s. v. *Civitas*, cit., p. 338: «per lo meno da quando è esistito l'ordinamento centuriato la somma dei cittadini in esso inquadrati è stata concepita come una vivente unità, il *populus*. Alla nozione astratta di *civitas* si è sovrapposta quella concreta di *populus*... Ciò ha reso più perspicua la personificazione, permettendo di attribuire una volontà all'ente (*populus iubet*) e contrapponendo nel modo più netto la collettività ai singoli». In generale, sui comizi e sul loro funzionamento v. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, cit., p. 207 ss. Sul rilievo della volontà politica del cittadino non in quanto soggetto di diritto, dotato di una autonoma capacità di diritto privato, ma quale componente dal gruppo sociale nel quale è inserito v. C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*³, cit., p. 275: «il cittadino, che sul piano della capacità giuridica civile è un'entità perfetta, non lo è sul piano della politico, In altri termini la *civitas* non risulta soltanto dall'addizione di individui uguali in termini di diritto, ma è costituita, propriamente parlando, da gruppi intermedi che sono i soli a potersi esprimere per contribuire all'espressione della volontà del popolo». Da ciò deriva che «il popolo romano, in quanto insieme di tutti i cittadini, esiste dunque come entità indipendentemente dall'esistenza di ciascuno dei suoi componenti» (p. 274).

fortuna del modello romano in confronto a quello greco. Richiamando una riflessione di Catone il Censore, l'Arpinate evidenzia la netta differenza tra il modello della *civitas Romana* e quello delle *civitates* greche: mentre in queste ultime la costituzione è frutto dell'ingegno di un solo legislatore, che con proprie *leges atque instituta* fonda la *polis*, come Minosse per Creta, Licurgo per Sparta e Teseo, Draconte, Solone e Clistene per Atene, a Roma, la *res publica* non sorge per l'ingegno di un uomo solo, ma grazie a quello di molti, né nel tempo di una vita, ma *saeculis et aetatibus* (Cic. *de re publ.* 2.1.2⁴⁷). L'*auctoritas* della tradizione consolidata nel tempo, ed il popolo, quale insieme concreto dei cittadini, fondano la comunità politica, la *civitas* quale *constitutio populi*.

D'altronde, proprio l'elemento "comunitario" siccome strutturale all'etica pubblica⁴⁸ consente un ordinamento politico così organizzato in maniera diseguale entro la cornice del *census* e della *dignitas*⁴⁹, che importa un naturale bilanciamento

⁴⁷Cic. *de re publ.* 2.1.2: *is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe commutata esset, tum Theseus tum Dracotum Solo tum Clisthenes tum multi alii, postremo exanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut quem res nulla fugeret quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate.*

⁴⁸ Il valore "etico" della convenzione posta a fondamento del consorzio civile e della legge è indagato nella complessità e storicità dei suoi profili da U. VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Bari, 2010, p. 33 ss., in un percorso che dalla classicità greco-romana giunge alla modernità occidentale attraverso i "paradigmi" della storia e le loro prospettive. Discutendo del concetto romano di libertà, F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Firenze, 1949, p. 140, evidenzia che «caratteristico della libertà romana è il fatto che l'amministrazione statale e comunale poggia largamente sull'iniziativa e sul sentimento civico dei cittadini ... Il vivace sentimento civico dei romani sa che l'interesse del singolo è legato indissolubilmente con quello dello Stato». Come sintetizza G. VALDITARA, *La familia all'origine della civitas: le basi della libertà dei Romani*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli, 2007, p. 5765, «Roma è stata anche senso del dovere, capacità di subordinare gli interessi individuali a quelli comuni, sacrificio del singolo, controllo sulla vita privata di ciascun cittadino, idea del bene comune, ma questo fu tanto più vero, sentito e fecondo in quanto maturò in un terreno che aveva della libertà e della autonomia una concezione forte ed originaria. La consapevolezza dell'interesse dello stato era niente altro che la consapevolezza del proprio interesse personale. Quando venne a mancare una concezione alta di libertà e l'autonomia dei gruppi fu irrimediabilmente schiacciata, cadde anche l'idea forte del dovere e del bene comune».

⁴⁹ Se, da un lato, lo *status* di *civis*, decidendo dell'attribuzione della soggettività giuridica, realizza una sostanziale eguaglianza nel diritto e nella legge, dall'altro, si determina in concreto una profonda diseguaglianza politica nella misura in cui l'esercizio dei diritti e l'adempimento dei doveri connessi allo *status* di *civis* sono graduati in ragione della collocazione all'interno della comunità, effettuata, come noto, dai censori nelle solenni operazioni cui il cittadino si sottoponeva periodicamente, all'esito delle quali solo i più ricchi godevano del monopolio nell'accesso alla vita politica e, in cambio, sopportavano i maggiori oneri di servire nell'esercito e di contribuire alle spese pubbliche. Sulla differenziazione dei cittadini in base al *census* la cui iscrizione è segno della integrazione del cittadino nella collettività v. C. NICOLET, *Il mestiere di*

dell'uguaglianza e della differenza⁵⁰: l'uguaglianza vera e giusta è quella che attribuisce a ciascuno secondo il merito, che è censo, virtù, *dignitas*. Obbedisce insomma allo spirito del collettivo che su tutti i *cives*, solo i ricchi e virtuosi siano capaci di diritti e *munera* perché in concreto idonei ad operare per il benessere della collettività.

5. *Communitas* (*patria communis*) e *societas* rappresentano, dunque, le categorie attraverso le quali Cicerone rappresenta i modelli della organizzazione sociale e politica utilizzata da Roma. La dialettica tra *municipes* e *cives* è espressa attraverso i due binari della *germana patria*, il luogo di origine della stirpe, e della *patria communis Roma* (*de leg.* 2, 5); lo Stato, Roma *res publica*, è definito *societas hominum, coetus multitudinis coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (*de rep.* 1.25.39).

Roma *res publica* è dunque *societas iuris*, ma è anche *patria communis* rispetto ai *municipes*. Il senso di questa duplice qualificazione passa attraverso la diversa significazione di società e comunità.

La solidarietà che caratterizza la *communitas* quale condivisione di un *munus*, fondata su un'affiliazione condivisa, si affievolisce nella *societas* ove prevale il profilo della formalizzazione delle istituzioni politiche e della giuridicizzazione della organizzazione sociale capace di gestire la complessità.

Adottando una sorta di rappresentazione concentrica delle sfere sociali, già utilizzata nel *de officiis*⁵¹, Cicerone, secondo un modello espositivo dei *gradus societatis* mutuato dalla dottrina stoica dell'*οικείωσις*⁵², rappresenta il tessuto sociale dell'Italia repubblicana all'esito della guerra sociale: la comunità sembra porsi come il primo gradino della società, ne rappresenta la base.

cittadino nell'antica Roma³, Roma, 1999, p. 64 ss. Sulla *dignitas* rinvio ai rilievi ed alla bibliografia richiamata nel mio *Dignitas ed aequabilitas. Poteri e valori nella res publica romana*, in *IAH*, 11, 2019, p. 63 ss.

⁵⁰ Sui tre «valori di riferimento della *res publica* ciceroniana: uguaglianza, merito, differenza», v. G. VALDITARA, *Attualità del pensiero politico di Cicerone*, in F. SALERNO (a cura di), *Cicerone e la politica. Atti del convegno di Diritto romano, Arpino 29 gennaio 2004*, Napoli, 2004, p. 92. Per un inquadramento più generale delle questioni legate al tema della cittadinanza v. anche ID., *Civis romanus sum*, Torino, 2018, su cui la rec. di F. MERCOGLIANO in *Index*, 47, 2019, p. 291 ss.

⁵¹ Cic., *de off.* 1.16.50-1.17.54, ove la società è rappresentata come «una piramide capovolta, o una serie di cerchi concentrici: i due estremi sono l'umanità intera e la famiglia, la cellula minima di cui il singolo individuo fa parte; fra questi estremi si situa lo stato, una istituzioni insieme naturale e storica»: M. BRETONI, *Storia del diritto romano*¹², Roma-Bari, 2008, p. 38 ed ivi, p. 37 ss., sui «gradi della società umana», da Panezio a Cicerone.

⁵² Sulla dottrina stoica dell'*οικείωσις*, che ricostruiva la struttura del vivere sociale immaginando differenti cerchie (*κύκλοι*), concentriche, costruite intorno alla mente, e sulla riproduzione ciceroniana dei *gradus societatis*, v. R. FIORI, *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, cit., p. 109 ss.

Successivamente alla promulgazione nel 90 a.C. della *lex Iulia de civitate*, con la generalizzata municipalizzazione della penisola, il “cittadino romano” del municipio, che pure conserva, entro la propria organizzazione politica, proprie specificità culturali, la sua *societas*, è parte - e si sente parte - della *patria communis* Roma. La *communitas* rappresenta la costruzione ideologica che, accomunando nella diversità, garantisce la stabilità.

Roma *communis patria* esprime la condivisione della ideologia della *civitas*, il modello di città espresso dal mondo romano nel quale, come evidenzia Benveniste, il cittadino fonda la città, a differenza della prospettiva adottata nel mondo greco, dove è dalla *pólis* che nasce il cittadino: «in greco *pólis* denuncia ancora in epoca storica il senso di “fortezza, cittadella”, come nota Tucidide... Si tratta quindi di un antico termine indoeuropeo, che ha assunto in greco - e solo in greco - il senso di “città” poi di “Stato”. Le cose sono diverse in latino. Il nome di “città”, *urbs*, è di origine sconosciuta; si è congetturato - senza prova comunque - che derivasse dall’etrusco. Il fatto è in ogni caso che *urbs*, designando la “città”, non è correlativo del gr. *pólis*, ma di *ástu*, di cui ricalca le sfumature di senso nei suoi derivati: *urbanus* “della città” (opposto a *rusticus* “della campagna”), da cui “fine, raffinato” sul modello del gr. *asteios*. Per corrispondere al greco *pólis*, il latino ha il termine secondario *civitas*, che indica alla lettera l’insieme dei *cives* “concittadini”. Ne segue che il rapporto che il latino stabilisce tra *civis* e *civitas* è l’inverso di quello che ci mostra il greco tra *pólis* “città” e *polítês* “cittadini”»⁵³.

Questo diverso rapporto e approccio tra mondo greco e mondo latino appartiene al mito delle origini. Secondo la leggenda, i primi re, Cecrope ed Erittonio, addirittura per metà serpenti, creature terrestri, erano venuti direttamente dalla terra. Gli Ateniesi, dunque, consideravano sé stessi *autochthones*, ossia (ancora una volta) “venuti su dalla terra”⁵⁴.

Se, dunque, ad Atene è la terra che produce gli uomini, a Roma sono gli uomini che producono la terra.

Nella rappresentazione del corretto rapporto etimologico che corre tra *civis* e *civitas*, proposta dal linguista francese, non è, dunque, *civis* che deriva da città, ma è la città che deriva per astrazione dal cittadino. *Civitas* «designa propriamente la qualità di cittadino e,

⁵³ E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, I Economia, parentela, società*, cit., p. 281. Su tali questioni linguistiche e concettuali v. anche G. CRIFÒ, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma - Bari, 2000, p. 26 ss.; ID., s.v. *Cittadinanza*, in *Enc. dir* 7, Milano, 1960, p. 127 ss.

⁵⁴ Sull’autoctonia e sulla costruzione ateniese del concetto di cittadinanza, v. N. LORAUX, *Nati dalla terra. Mito e politica ad Atene*, introduzione a cura di L. FARANDA, traduzione di A. CARPI, Roma, 1998.

collettivamente, l'insieme dei cittadini, la città stessa»⁵⁵. In una significazione che condensa nozioni sociali e valori di sentimento, *civis* gli appare «un termine cameratesco che implica la comunanza dell'*habitat* e dei diritti politici. Il senso autentico di *civis* non è “cittadino”, come vorrebbe una tradizione abitudinaria, ma “concittadino”. Molti usi antichi mostrano il valore di reciprocità che è inerente a *civis*, e che solo può rendere conto di *civitas* come nozione collettiva. Bisogna riconoscere in *civis* la designazione che si scambiavano, all'origine, i membri di un gruppo detentore dei diritti d'indigenato, in opposizione alle diverse varietà di “stranieri”, *hostes*, *peregrini*, *aduenae*... Si ristabilisce così il legame tra la “casa”, il cerchio della famiglia, got. *heiwa*, e il raggruppamento all'interno del quale l'uomo che ne fa parte è qualificato in quanto *civis*. Questa associazione ristretta fa nascere delle relazioni di amicizia ... Non solo questo accostamento è inattaccabile, ma, inoltre, esso illustra la natura propria dell'“amicizia” allo stadio antico delle società dette indoeuropee, in cui il sentimento non si separa da una coscienza viva dei gruppi e delle classi»⁵⁶.

Le occorrenze in cui il sostantivo *civis* è abbinato a un pronome possessivo (*civis meus*, *cives nostri*) attestano un valore relazionale del termine: il suo significato contiene una relazione, allude ad un fenomeno di reciprocità, mutualità, dipendenza. Di qui la proposta di tradurre *civis* con “mio con-cittadino”: *civis* è il cittadino “libero”⁵⁷ che vive nel rapporto con altri *cives*; *civitas* è il luogo “comune” in cui questa relazione si svolge. Il diritto, civile appunto, è la trama di questi rapporti, in antitesi al diritto pubblico, che è il diritto della *polis*, e non dei *polites*.

Il diverso approccio tra mondo latino e mondo greco è valorizzato anche da Claude Nicolet, nell'opera, ormai un classico della letteratura romanistica, nella quale lo storico francese analizza il contenuto quotidiano della cittadinanza romana e i modi in cui si esplicava la partecipazione nelle varie declinazioni, politica, militare, fiscale, elettorale e deliberativa.

Muovendo dal valore etimologico dei due termini, *polis* e *civitas*, Nicolet osserva che «mentre la parola greca equivalente (*politeia-polites*) è formata sulla parola *polis* (anticamente *ptolis*), che propriamente significa ‘cittadella’, il che implica che per i greci il cittadino è fondamentalmente l'abitante, la parola latina *civis* etimologicamente si

⁵⁵ E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, I Economia, parentela, società*, cit., p. 258.

⁵⁶ E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee, I Economia, parentela, società*, cit., p. 258.

⁵⁷ Così anche A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*⁴, Paris, 1959, p. 124, per il quale *civis*, strettamente correlato ai concetti di amicizia, ospitalità, famiglia, designa il membro libero di una città alla quale appartiene per la sua origine o per adozione.

riallaccia a parole indoeuropee che, come ci dice E. Benveniste, indicano l'idea di famiglia, di ospite ammesso nella famiglia, di amico. *Civis* è un termine che contiene l'idea di compagno: "propriamente significa non cittadino ma concittadino"⁵⁸.

Anche Nicolet condivide il carattere comunitario della *civitas*, che si innesta su legami familiari, e che trova nel *ius civile* le sue regole ordinatrici. Significativo di questo legame tra *civitas* e famiglia è l'acquisto della cittadinanza da parte dello schiavo manomesso secondo le forme legali: egli diventa cittadino di pieno diritto «soltanto entrando in una famiglia ... quella del suo vecchio padrone e nuovo patrono, di cui prende il nome e adotta i culti. Allo stesso modo un individuo può entrare in una famiglia e può uscirne soltanto all'interno della comunità, e col suo consenso: l'adozione è un atto pubblico che riguarda l'insieme del corpo civico»⁵⁹.

Le suggestioni offerte dall'origine e dalla storia della parola *civitas* attribuiscono ad essa un rilievo anzitutto sociale e giuridico quale luogo che accomuna per lo svolgimento dei diritti e dei doveri: *civis* è colui che può essere ammesso alla condivisione di uno *status*.

Civitas non è il luogo fisico, delimitato da mura. La dimensione topografica della città è espressa dai termini *urbs*, che è lo spazio su cui insistono gli edifici, o *oppidum*, che è, invece, l'area delineata da mura e da fortificazioni⁶⁰.

⁵⁸ C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*³, cit., p. 32.

⁵⁹ C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*³, cit., p. 33.

⁶⁰ Il significato del termine *urbs* dovette occupare la riflessione giurisprudenziale riflessa in alcuni frammenti contenuti nel cinquantesimo libro dei Digesta, al titolo XVI sotto la rubrica "De verborum significatione". Si tratta di D. 50.16.239, Pomp. lib. sing. ench.: 6. *Urbs* ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. Et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet. 7. *Oppidum* ab ope dicitur, quod eius rei causa moenia sint constituta. 8. "Territorium" est universitas agrorum intra fines cuiusque civitatis: quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratus eius loci intra eos fines terrendi, id est summovendi ius habent; D. 50.16.87, Marc. 12 dig.: ut Alfenus ait, "urbs" est "Roma", quae muro cingeretur, "Roma" est etiam, quae continentia aedificia essent: nam Romam non muro tenus existimari ex consuetudine cotidiana posse intellegi, cum diceremus Romam nos ire, etiamsi extra urbem habitaremus; D. 50.16.2 pr., Paul. 1 ad ed.: "Urbis" appellatio muris, "Romae" autem continentibus aedificiis finitur, quod latius patet. Marcello e Paolo evidenziano come l'*urbs* Roma si definisce in relazione alla cinta muraria ed agli edifici che contiene. Pomponio fa derivare *urbs* da *urbum*: *urbare* significa *aratro definire*, cioè tracciare i confini con un solco d'aratro. Il giurista adrianeo richiama il rito di fondazione dell'*urbs* anche nel successivo paragrafo, dove ricorda il pensiero di Alfenus Varo, il quale aveva affermato chiamarsi *urbum* la curvatura dell'aratro utilizzato per tracciare il solco del pomerio dell'*urbs*. Viene dunque collegata l'etimologia di *oppidum* alla fortificazione delle mura: *oppidum ab ope dicitur*, poiché per ragione di difesa sono appunto costruite le mura, *moenia sint constituta*. *Territorium*, infine si definisce l'insieme delle campagne (*universitas agrorum*) che si trova dentro i confini (*intra fines*) della *civitas*. Per l'analisi di questi testi e dell'endiadi *urbs Roma* v. F. CASAVOLA, *Il concetto di «urbs Roma»: giuristi e imperatori romani*, in *Labeo*, 38, 1992, 1, p. 20 ss.

Nella legenda della fondazione di Roma, il rito del solco delimita il territorio urbano: lo spazio di terreno tracciato dall'aratro definisce il circuito della città da fondare e, al contempo, costruisce una unità organizzata collettiva. La dimensione spaziale della città definita dall'*urbs*, dall'attività di *aratro definire*, è esclusiva: mura e fortificazioni proteggono ciò che sta dentro, "escludono" ciò che sta fuori.

Civitas è dunque lo spazio della città, segna un perimetro non topografico - la città quale *urbs* - ma sociale e giuridico.

Da un punto di vista sociale, *civitas* è *communitas*, una relazione tra *cives* che, come ha dimostrato Benveniste, nella mutualità e reciprocità, creano la *civitas*.

Da un punto di vista giuridico, *civitas* è *societas*: il contenuto della relazione tra i *cives* è dato dai diritti dei e per i cittadini. La dimensione giuridica della *civitas* è appunto la cittadinanza, spazio comune per lo svolgimento dei diritti, statuto giuridico della comunità, rappresentazione giuridica di un rapporto sociale⁶¹.

Le diverse sfumature di significato che il termine assume nelle fonti⁶² non impediscono di individuare una costante semantica sottesa al termine *civitas*: essa è una *koinonia* di *cives* che condividono uno *status* giuridico. Il fondamento di siffatta istanza associativa - la *koinonía*, il *koinón* aristotelico⁶³ - è sociale, consiste in un dare/darsi. Il *consensus (iuris)* e la *communio (utilitatis)* convergono semanticamente ad esprimere l'unità

⁶¹ La dimensione giuridica della *civitas* è evidente anzitutto nella circostanza che l'organizzazione del diritto a Roma si fonda sulla condizione di *cittadino*, che è indispensabile per partecipare alla vita della comunità e compiere gli atti dello *ius civile*. *Civis* è colui che ha la capacità giuridica, la quale spetta all'individuo non in quanto tale ma in quanto *civis*. Lo *status civitatis* decide dunque dell'individuo come soggetto di diritto, a cui solo - con esclusione degli stranieri - sono applicabili le norme del *ius civile*. Sulla cittadinanza nella dinamica di *status*, v. A. PALMA, *Civitas romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, 2020, p. 75 ss. Per una duplice significazione del termine - *civitas* come "complesso dei *cives*" e "condizione del *civis*" -, v. U COLI, s.v. *Civitas*, cit., p. 338 ss. Sui tre diversi concetti rappresentati dall'espressione *civitas* (complesso dei *cives*; cittadinanza; territorio dello stato) v. G. LOMBARDI, *Su alcuni concetti del diritto pubblico romano: civitas, populus, res publica, status rei publicae*, in *Archivio giuridico*, quinta serie, vol. VI, fasc. 1, 1941, p. 192 ss.

⁶² Per i principali riferimenti delle fonti e della letteratura sul tema v. A. CALORE, *Cittadinanze nell'antica Roma. Vol. I L'età regia*, Torino, 2018, p. 20 ss.

⁶³ Sul concetto aristotelico di *koinonia politike* (Aristotele, *Politica*, 1.1252a1: *ogni stato è una comunità e ogni comunità si costituisce in vista di un bene*), S. CATALDI, *La polis in Aristotele*, in M. INTRIERI, P. SINISCALCO, *La città. Frammenti di storia dall'antichità all'età contemporanea. Atti del Seminario di studi (Università della Calabria, 16-17 novembre 2011)*, Roma, 2013, p. 15 ss.; E. BERTI, *La nozione di società politica in Aristotele*, in M. MIGLIORI (a cura di), *Dibattito Etico e Politico in Grecia tra il V e il IV Secolo*, Napoli, 2000, p. 511 ss. Sulla *koinonia politike* greca e sull'equivalente latino di *societas civilis*, retroterra concettuale del modello sociologico di cittadinanza, v. P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, cit., p. 204 e nota 194. V. anche EAD., *Chi deve essere cittadino? La teoria della cittadinanza nella Politica di Aristotele*, in *Teoria politica*, 8, 2018, p. 105 ss.

della *multitudo* che si fa *civitas*. La *communio* è garanzia di coesione sociale tra le diverse componenti dei *cives* e dei *non cives*.

In quanto *koinonia* che nasce per effetto del progressivo amalgama tra diverse etnie, l'inclusione nella *civitas* prescinde dal dato etnico e geografico e si fonda sulla sola condivisione che fonda la *communitas*.

In questa idea dell'appartenenza ad una comunità che prescinde dalla purezza etnica risuona la leggenda relativa alla istituzione, da parte di Romolo, dell'*asylum* sul Campidoglio, nel quale poterono rifugiarsi tutti gli esuli delle città vicine, che vennero inseriti come *cives* nella comunità che si stava formando e venne loro concesso un appezzamento di terreno strappato ai nemici.

Come riferisce Livio, Romolo, al fine di incrementare la popolazione della nuova città da lui fondata, individuò un avvallamento *inter duos lucos*, tra l'*Arx* e il *Capitolium*, ed offrì, secondo l'antico accorgimento dei fondatori di città, tale luogo circondato da una siepe tra due boschi come *asylum* destinato ad accogliere una folla di gente di ogni provenienza e condizione, senza distinzione alcuna tra liberi e servi. Questo fu il primo nerbo dell'incipiente grandezza⁶⁴.

Roma, dunque, è presentata come comunità aperta, pronta a raccogliere il contributo di uomini di diverse origini, condizioni giuridiche e sociali. Romolo, infatti, non si limitò a scavare il solco che doveva segnare il perimetro delle mura, ma, al centro del tracciato, scavò una fossa e ciascuno degli stranieri vi gettò dentro una zolla della propria terra d'origine affinché il suolo della futura Città risultasse da una vera e propria mistione di terre, quella del Lazio e quella nativa di ciascuno degli uomini che con lui si allearono⁶⁵.

Osserva Palma che «il gesto della mescolanza della terra è caratterizzato da una fortissima significatività (*Bedeutsamkeit*), in quanto, come ha scritto acutamente il Bettini: «creare la propria terra, costruirla, è quasi un atto di carattere cosmogonico, che va ben al di là delle pratiche usuali di fondazione. L'atto di rimescolare queste zolle portate da

⁶⁴ Liv. 1.8.4-6. Un riferimento all'*asylum* si trova anche in Plutarco, *Rom.* 9.2-3, secondo il quale esso precede la creazione del pomerio ed è attribuibile a Romolo e Remo, quale luogo sacro per i ribelli intitolato al dio Asilo, nel quale si accoglievano tutti. Dionigi di Alicarnasso 2.15.3-4 definisce l'*asylum* luogo sacro in ragione dell'accoglienza, «santuario per supplici, che, se avessero voluto, sarebbero stati resi partecipi della cittadinanza». Lo storico e retore greco vede lo scopo della fondazione dell'asilo romuleo sul Campidoglio nella sottrazione dei cittadini fuggiti dalla tirannide nelle loro città di origine. La figura di Romolo viene così nobilitata e, al contempo, si giustifica la presenza di schiavi nella originaria popolazione di Roma, che costituiva motivo di accusa nella storiografia greca.

⁶⁵ Liv. 1.13.5; Dion. 2.7.2-3; 2.35.6; 2.46.2.

lontano rispecchia l'analogo rimescolamento di uomini venuti d'ogni luogo che Romolo raccoglie nell'*asylum* al momento di fondare la nuova città»⁶⁶.

Mentre ad Atene, la città di autoctoni, sono cittadini solo coloro che sono figli a loro volta di cittadini ateniesi, a Roma è sufficiente portare una zolla della terra d'origine. La politica romana sulla cittadinanza, riflessa nelle affermazioni ciceroniane sulla doppia patria, nasce in qualche modo dal mito della zolla di terra: i *municipes* hanno una patria di sangue, un luogo originario legato alla nascita ed alla famiglia, ed una patria comune, quella nella quale hanno fatto confluire la propria zolla.

Nella *civitas* ciceroniana, la *societas* quale insieme di *cives* che costituiscono la *res publica* partecipando alla vita politica della collettività, ha alla base una *communitas*, una comunanza fondata sull'accordo che significa reciprocità, socialità, concordia, equilibrio. L'unità dei *polites* (*politikè koinonia*) che li rende *communitas* identifica la città ed il suo contenuto.

Poiché la *communitas* fonda la *societas*, e senza la *communitas* la *societas* crollerebbe, *societas* e *communitas* si identificano.

Communitas e *societas* definiscono il senso della cittadinanza in età repubblicana. Essa è "spazio del diritto", patria comune di tutti coloro che condividono il *ius* ed i valori che ad esso sottesi, «luogo preferenziale per lo svolgimento dei diritti e dei doveri della nuova vita associata»⁶⁷.

Non può parlarsi a questo stadio di cittadinanza come "appartenenza", qualcosa di corrispondente alla odierna nazionalità. Essa è uno *status*, cioè una posizione giudica comprensiva di diritti e di doveri, che accomuna a prescindere dal vincolo etnico o di nascita⁶⁸.

Il *civis Romanus* gode di diritti ed è tenuto all'osservanza di precisi doveri, e la sua posizione si definisce non tanto in relazione al profilo politico della relazione verticale tra l'individuo ed il potere – giacché il potere risiedeva nei cittadini medesimi⁶⁹ –, quanto in

⁶⁶ A. PALMA, *Civitas romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, cit., p. 5. Il saggio di M. BETTINI richiamato è *Homo sum. Esseri "umani" nel mondo antico*, Torino, 2019, p. 115. V. anche M. BETTINI, *Romolo. La città, la legge, l'inclusione*, Bologna, 2022. Sul tema v. anche G. VALDITARA, *L'immigrazione nell'antica Roma. Una questione attuale*, Soveria Mannelli, 2015.

⁶⁷ E. GABBA, *Dallo stato-città allo stato municipale*, cit., p. 709.

⁶⁸ Sulle nozioni di «cittadinanza» e di «nazione» nel loro sviluppo temporale v. L. GAGLIARDI, D. KREMER (a cura di), *Cittadinanza e nazione nella storia europea*, Milano, 2020.

⁶⁹ Manca, come noto, a questa fase, una nozione di Stato quale detentore della sovranità e garante dei cittadini, da questi distinto: il potere sovrano non è fuori della società, ma la città è la società ed in essa risiede il potere sovrano. Non vi è in altre parole, differenziazione tra pubblico e privato, tra Stato e società, poiché società civile e società politica coincidono e si identificano nella e con la città. Sulla impossibilità di

relazione al profilo sociale del rapporto orizzontale tra gli individui-cittadini. I romani si sentivano cittadini e vivevano solo nella prospettiva di questo ruolo. Lo *status* di *civis* viene dunque vissuto nella prospettiva di un'etica pubblica per la quale il cittadino opera per l'attuazione dell'interesse comune e nell'ossequio delle leggi⁷⁰.

6. Con il passaggio dalla *res publica* all'impero si ridimensiona, come noto, il ruolo del *civis* e di conseguenza, la città, nella sua dimensione collettiva, regredisce, nel rapporto con la nuova figura politica del *princeps*, «da protagonista a mera comparsa»⁷¹. Sul *populus/res publica/communitas-societas* prevale ora l'imperatore, l'uno-persona fisica al quale «venivano riferite le relazioni giuridiche con le persone dei sudditi e con qualunque elemento dell'ordinamento stesso»⁷².

impiegare per il mondo romano la moderna nozione di Stato ed i moderni schemi della statualità, v. anzitutto R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 185 ss. Sul tema anche di P. CATALANO, *'Populus Romanus Quirites'*, Torino, 1974, p. 5 ss.; ID., *Diritto e persone*, I, Torino, 1990, p. 163 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*³, Bologna, 2021, p. 17 ss.

⁷⁰ Questo valore etico della cittadinanza quale spazio del diritto sembra ritornare nel significato sociologico precisato da THOMAS H. MARSHALL, che nel 1950 pubblicò l'ormai celebre studio *Cittadinanza e classe sociale* (trad. it. di P. MARANINI, Torino, 1976). Secondo il sociologo inglese, la cittadinanza è uno *status* che viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una comunità, e tutti coloro che posseggono questo *status* sono uguali rispetto ai diritti e ai doveri ad esso relativi. La cittadinanza marshalliana, dunque, si sostanzia in una pluralità di *status* - e, dunque, in un insieme di "diritti di cittadinanza" - da quelli civili, funzionali alla libertà individuale, a quelli politici relativi al diritto a partecipare all'esercizio del potere politico, fino a tutta una serie di diritti sociali -, che determinano una forma di uguaglianza umana fondamentale, derivante dall'esser tutti "membri a pieno diritto di una comunità. Nella vasta bibliografia sulla teoria marshalliana, v. G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile*, Bologna, 1992; D. ZOLO, *La strategia della cittadinanza*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, p. 3 ss.; nonché, per un approccio critico, L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017, p. 124 ss.

⁷¹ A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, p. 41, ed ivi, p. XIX, sulla conseguente alterazione della nozione originaria di *publicus*, che si svuota «progressivamente dall'idea di "comune"», perdendo quella dimensione collettiva, ossia inclusiva e partecipativa, che aveva in età repubblicana, nella quale l'imputazione soggettiva ed il profilo funzionale si confondevano nella prospettiva unificante del *populus* come tutti i cittadini. Sul punto v. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*³, cit., p. 18 ss. Proprio in relazione alle travagliate vicende politiche che si aprono con i Gracchi e si concludono con Augusto, G. LOMBARDI, *Su alcuni concetti del diritto pubblico romano: civitas, populus, res publica, status rei publicae*, in *Archivio giuridico*, quinta serie, vol. VI, fasc. 1, 1941, p. 198, aveva evidenziato quanto, per effetto della progressiva generalizzazione, Roma aveva compiuto «un doloroso autosuperamento», preparandosi ad «essere anche costituzionalmente ciò che era già materialmente: non più *civitas* ma impero».

⁷² R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, cit., p. 279.

Il passaggio dalla realtà civica della *civitas* a quella ecumenica dell'impero è giuridicamente sanzionata dall'editto di Caracalla del 212 d.C.⁷³, per effetto del quale il diritto di Roma diventa anche ufficialmente il diritto dell'impero, e la sua universalità è riflessa nella espansione della sua influenza culturale, rafforzata dalla diffusione del latino nelle province orientali⁷⁴.

Ulpiano, maestro di Modestino, esprime la nuova realtà giuridica dell'impero dopo che la Costituzione di Caracalla aveva reso tutti *cives* Romani attraverso la immedesimazione dell'*urbs* Roma all'*orbis Romanus*: *in orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt* (D. 1.5.17, Ulp. 22 *ad ed.*). *Urbs* e *Orbis* si identificano e la dimensione collettiva "comunitaria" sfuma in quella globale dell'impero.

⁷³ Il tema ed i problemi interpretativi legati alla *Constitutio antoniniana* del 212 d.C. giustificano la grande mole di studi sul tema. Il papiro che ne riporta il testo in lingua greca (papiro di Giessen I, 40), forse una traduzione greca dell'editto, è mutilo e lacunoso. Pubblicato per la prima volta da P. M. MEYER nel 1910 (*Griechische Papyri im Museum des Oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen*, I, 2, Leipzig, 1910, p. 25 ss.; *Juristische Papyri: Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin, 1920, n. 1), e, successivamente, tra gli altri, anche da L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig-Berlin, 1912, *Chrest.*, n. 377, e da S. RICCOBONO, FIRA I², n. 88, è stato da ultimo esaminato da G. PURPURA *Constitutio Antoniniana de civitate* (212 d.C.) in ID. (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniiani (FIRA) Studi preparatori*, I Leges, Torino, 2012, p. 695 ss.; *Il P. Giss. 40, I*, in *IAH*, 5, 2013, p. 73 ss. Tra i numerosi studi, v. V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.) Una sintesi*, cit., p. 109 ss.; A. MASTINO, *Constitutio Antoniniana: la politica della cittadinanza di un imperatore africano*, in *BIDR*, 107, 2013, p. 37 ss.; C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio*, Napoli, 2018; O. LICANDRO, *La Constitutio Antoniniana del 212 d.C. e il paradigma urbano. Una "diversa" lettura di P. Giessen 40.I*, in *Annuario della Scuola Archeologica di Atene e delle Missioni italiane in Oriente*, 98, 2020, p. 467 ss.; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in *Koinonia* 38, 2014, p. 279 ss.; *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, 2020, p. 14 ss.

⁷⁴ L'immagine della unitarietà del diritto prodotta dalla *Constitutio Antoniniana* è espressa dallo stile colossale delle terme di Caracalla: «nello stesso stile colossale delle terme di Caracalla si volle creare di colpo anche l'unità giuridica della nuova nazione». Così F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., p. 117. Gli aspetti onomastici di questa teoria di governo sono analizzati da A. MASTINO, *Antonino Magno, la cittadinanza e l'impero universale*, in *Atti del II Seminario Internazionale di Studi storici. Da Roma alla terza Roma*, Roma, 1982, p. 559 ss. Altra e più complessa questione è quella relativa al rapporto tra il profilo politico e quello giuridico: tutti diventano cittadini, non esistono più peregrini. Ma la *civitas* universale non realizza una effettiva universalità giuridica per la evidente difficoltà di imporre ad un popolo il diritto romano, abrogando quello locale, che, anzi, finisce per influenzare il diritto romano. Il tema del rapporto tra diritto imperiale e diritto locale, affrontato per la prima volta da L. MITTEIS, nella sua celebre opera *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Mit Beitr. zur Kenntnis des griechischen Rechts und der spät-römischen Rechtsentwicklung*, edita a Lipsia nel 1891, a proposito delle province orientali dell'Impero, è stato sviluppato ed approfondito avendo riguardo, da un lato, alla configurazione di questo rapporto successivamente alla *Constitutio Antoniniana*, e, dall'altro, alla misura dell'influenza dei diritti locali sul diritto romano. Per essenziali ragguagli sulla questione ed anche per gli i principali riferimenti bibliografici si rinvia a F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, parte seconda, Napoli, 1975, p. 777 ss.; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*¹², cit., p. 443 ss.; M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*², cit., p. 520 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico*, Roma, 2007, p. 71 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.) Una sintesi*, cit., p. 133 ss.

Pure a fronte di questo ribaltamento di prospettiva - e nella distanza che corre tra la concessione della cittadinanza agli italici ed ai provinciali tutti -, l'immagine ciceroniana di Roma *communis patria* è ancora forte nei giuristi e viva nella mente di tutta la società se i giuristi severiani Callistrato e Modestino continuano ad impiegarla combinandola con l'altra idea, imposta dalla nuova realtà politica, del *princeps*, *unus pater patriae*.

Il risultato è una nuova rappresentazione sociale della città di Roma, *patria communis*, personificata nella figura del *princeps*, immagine concreta dello stato.

Discutendo della condanna alla pena della relegazione, Callistrato dice che chi è stato condannato non può sostare a Roma anche se la sentenza non contiene esplicitamente tale divieto, poiché Roma è *patria communis*, e non può sostare neppure in quella città nella quale il principe dimori o transiti perché possono contemplare il *princeps*, che è *pater patriae*, solo coloro che possono entrare in Roma⁷⁵.

Callistrato, dunque, applica la tradizionale concettualizzazione della *patria communis* alla nuova realtà imperiale nella quale il *princeps* si erge a *pater patriae*: Roma *communis patria* si estende oltre la realtà materiale dell'*urbs* Roma fin dove si trova il principe, *quia princeps pater patriae est*⁷⁶.

Superata l'ideologia della città stato, l'impero diventa geograficamente e politicamente un insieme di città, di cui Roma *urbs* è la capitale. Per effetto di questo cambiamento, comunità e società si scindono, e si afferma la prospettiva verticale della separazione governanti-governati che qualificherà la moderna idea di stato.

Nella figura del signore dell'impero si identificano i *cives* della città di Roma, personificata ed espressa attraverso la figura della patria comune.

In conseguenza di questo ribaltamento di prospettiva, la cittadinanza, spazio del diritto e perimetro dei diritti e delle prerogative che qualificano il cittadino e lo differenziano dallo straniero sottoposto al dominio di Roma, è svuotata della sua essenza. Tutti sono cittadini romani e sudditi dell'imperatore e la *civitas*, oramai universale, individua il corpo sociale: «il contenuto identitario della cittadinanza diventa molto debole e giunse quasi a stemperarsi in quell'idea - nata sotto il forte influsso della filosofia stoica - di cosmopolitismo che permette di considerare tutti gli uomini

⁷⁵ D.48.22.18 pr., Call.6 cogn.: *relegatus morari non potest Romae, etsi id sententia comprehensum non est, quia communis patria est: neque in ea civitate, in qua moratur princeps vel per quam transit, iis enim solis permissum est principem intueri, qui Romam ingredi possunt, quia princeps pater patriae est.*

⁷⁶ Per l'analisi del passo v. F. CASAVOLA, *Il concetto di «urbs Roma»: giuristi e imperatori romani*, cit., p. 25 ss. Su Callistrato v. S. PULIATTI, *Callistratus*. Opera, Roma, 2020, p. 3 ss. e 15 con specifico riguardo al tema in discussione.

appartenenti a un'unica popolazione e di fare dell'umanità stessa un soggetto collettivo, titolare anche di propri beni, le famose *res communes omnium*, e tutelato dal diritto naturale, un diritto comune a tutti gli esseri viventi, persino agli animali»⁷⁷.

Ancora più efficacemente Modestino, allievo di Ulpiano, ultimo importante giurista romano dell'epoca classica nonché uno dei cinque giureconsulti indicati nella legge delle citazioni, scrive: *Roma communis nostra patria est* (D. 50.1.33, Mod. *lib. sing. de manumiss.*).

Il frammento apparteneva al *liber singularis de manumissionibus*, nel quale il giurista si occupava appunto delle manomissioni, e venne collocato dai Compilatori nel cinquantesimo libro al titolo primo, *ad municipalem et de incolis*.

Come evidente dalla rubrica, si affronta il tema della divisione della popolazione della città in cittadini legittimi e coloro i quali sono solo residenti e non possiedono la cittadinanza della città, con l'effetto di avere solo una limitata capacità di agire. La centralità di Roma, patria comune, consente di mantenere questa distinzione e sancisce la prevalenza del diritto romano su quello locale.

L'impiego concettuale della immagine della patria comune in un giurista forse di origine provinciale⁷⁸, ed in un momento storico – III sec. d.C. – nel quale l'*urbs* era stata già giustapposta all'*orbis*, evidenzia la resistenza di un materiale retorico tradizionale, penetrato nell'impianto ideologico della società, ed il suo adattamento di fronte ad un cambiamento politico innegabilmente importante: la forma cittadina cede al posto allo stato territoriale, e Roma stessa «è ormai, come *civitas*, alla pari delle altre, e se ne distingue soltanto in relazione al fatto che si tratta della capitale dell'impero, ormai chiaramente sentito come uno stato territoriale, al di là della ideologia della città stato»⁷⁹.

L'immagine di Roma patria comune resiste e supera la contrapposizione tra le cittadinanze, romana e italica, romana e provinciale. Roma è l'anima universale e

⁷⁷ P. LAMBRINI, *Riflessioni in tema di cittadinanza in Roma antica*, cit., p. 1085. L'incidenza sul diritto privato del carattere romano universale dell'impero è analizzata da F. Sitzia, *Romanità dell'impero: ius civile e ius gentium*, in *La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità*, Atti del II seminario internazionale di studi storici "Da Roma alla terza Roma", Napoli, 1984, p. 263 ss.

⁷⁸ Sul giurista v. G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profilo Biografici*, Torino, 2010; *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto*, Torino, 2013.

⁷⁹ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d.C.)*. Atti di un incontro tra storici e giuristi, Milano, 1976, p. 203. Critico rispetto al «tòpos del declino delle città nel quadro di uno «Stato» sempre più burocratico», V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli III d.C.)*. Una sintesi, cit., p. 93.

cosmopolita della città, è la “patria” sovraterritoriale, è “città” e “mondo”, centro dello stato territoriale.

Che il ruolo di Roma come *communis patria* di tutti i popoli dell’Impero rappresenti un *topos* culturale, prima di prestarsi ad un impiego politico ed istituzionale, è all’evidenza attestato dal celebre *Elogio di Roma*, nel quale un giovane e brillante retore, Elio Aristide, intorno alla metà del II secolo d.C., celebra Roma *urbs* e *orbis*.

Greco dell’Asia minore⁸⁰, erede della civiltà Ateniese ma cittadino di quell’impero che aveva conquistato la Grecia incorporandone la ricca cultura, Elio Aristide esalta, secondo gli schemi retorici del genere encomiastico, Roma, “città” e allo stesso tempo “mondo”, come il faro della civiltà, verso il quale tutti volgono naturalmente il proprio sguardo ammirato proprio per il suo modello culturale, per la ricchezza dei costumi e delle abitudini, la bontà delle istituzioni e del governo che le assegnano il primato al confronto con gli imperi del passato: tutto il mondo è per questa cittadinanza universale quasi un’unica città, un’unica casa e famiglia. L’Urbe si identifica con l’Orbe, terra e patria comune (*ásty koinón*) di tutti gli uomini.

Roma si presenta come il *koinòn ergasterion*, officina multiculturale, bacino di una rete densa e condivisa di uomini che mettono in comune le proprie specificità culturali, che Roma sintetizza e dei quali, in una dinamica centripeta, assurge a sintesi e simbolo. La ricchezza di Roma, frutto di un pluralismo culturale senza precedenti, la rende “unico principio” e “unica fine”: «un impero delle città...una sorta di pluralismo culturale ed istituzionale che il lieve e fecondo primato di Roma non offusca, anzi favorisce»⁸¹.

Investito di una missione universale, l’impero romano diventa il paradigma dell’organizzazione politica ed istituzionale e della stessa civiltà, capace di garantire il consenso e la pace secondo uno schema che integra conquistatori e conquistati,

⁸⁰ Il retore, nato in Misia, in Asia Minore, pronuncia l’elogio forse nel 144 d.C. - o nel 143 (C. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell’antica Roma*³, cit., p. 26; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell’impero romano*, cit., p. 30), se non in una data diversa -, quando sull’impero regna Antonino Pio, figlio adottivo di Adriano e fondatore della dinastia antonina. Sul retore si rinvia a F. FONTANELLA (a cura di), *Elio Aristide, A Roma*, Pisa, 2007. V. anche P. DESIDERI, F. FONTANELLA (a cura di), *Elio Aristide e la legittimazione greca dell’impero di Roma*, Bologna, 2013.

⁸¹ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell’impero romano*, cit., p. 31: «di quest’impero di città i Romani si propongono come coordinatori, non dominatori, di ciascuna rispettando una sfera di autonomia paragonabile alla propria. Ed anche perché ciascuna è in certa misura partecipe del governo mondiale attraverso l’assimilazione ai Romani dei propri ceti superiori: qualunque abitante dell’impero, se colto, nobile, potente, può infatti aspirare ad essere ammesso alla cittadinanza romana ed anche ai suoi ordini superiori, quelli più direttamente impegnati nell’amministrazione della cosa pubblica».

“dividendo” le comunità non secondo la forza ma secondo quel merito che già Cicerone aveva additato quale criterio che fonda la differenza e giustifica la fortuna: *ma c'è una caratteristica che più di tutte merita di essere osservata ed ammirata, poiché al mondo non esiste niente di simile, ed è la grandezza dell'organizzazione politica e della sua concezione: avendo distinto in due parti tutti gli abitanti dell'impero - e dicendo impero ho detto tutta l'ecumene - ovunque avete reso partecipi della vita politica o addirittura facenti parte del vostro stesso popolo gli uomini migliori, più nobili e più potenti, mentre tutti gli altri li avete resi sudditi e sottoposti al vostro governo. Né il mare, né le enormi distanze di terre impediscono di essere cittadini romani, né, a questo riguardo, c'è più differenza tra l'Asia e l'Europa, ma tutte le opportunità sono a disposizione di tutti: nessuno che sia degno di posti di comando o di fiducia è infatti considerato uno straniero*⁸².

La romanizzazione come consapevolezza di appartenenza alla romanità - che è una identità plurale - è condizione per il godimento del modello cittadino. La cittadinanza diventa lo snodo centrale di quel progetto ideologico e culturale sul quale si fonda la grandezza dell'impero romano⁸³.

La storia dell'impero romano appare così come la storia di una *communitas*, che fa della *communitas* il fondamento della globalità: un insieme di gruppi, anche geograficamente distanti, ma “cittadini” di un impero unico da punto di vista politico, in sentimento collettivo di orgogliosa identità ed in una visione comune di partecipazione al potere e di condivisione dei presupposti culturali e giuridici.

La peculiarità del progetto romano si coglie allora nella dimensione multidimensionale e circolare del concetto di cittadinanza, nel quale *societas* e *communitas* convergono a segnare una sintesi non limitata al profilo politico, ma esteso a quello giuridico, etico e culturale.

La misura in cui parole chiave del mondo antico si prestano ad una declinazione contemporanea esprime in ultimo il senso attuale dello studio e della riscoperta dei

⁸²Ael. Aristid., εἰς Ῥώμην, 60 (Elio Aristide, *A Roma*, traduzione e commento di F. FONTANELLA, introduzione di P. Desideri, Pisa, 2007). Nella riflessione ciceroniana l'assunzione del merito quale criterio regolatore della differenza è evidente solo considerando l'ideale della *aequabilitas* che sarebbe *iniqua, cum habet nullos gradus dignitatis* (*de rep.* 1.27.43). L'eguaglianza dunque è tale solo ove distingua i meriti individuali.

⁸³Come osserva P. LAMBRINI, *Riflessioni in tema di cittadinanza in Roma antica*, cit., p. 1084: «a monte della presunta meritocrazia, presupposto preliminare e fondamentale per la concessione della cittadinanza era l'integrazione nei valori identitari, una sufficiente “romanizzazione: veniva accolto chi avesse già acquisito in un certo grado la lingua, la cultura, la mentalità romane, anche se col tempo il contenuto identitario minimo richiesto si andrà riducendo».

preziosi bacini testuali dell'antichità, nella convinzione che, com'è stato ben detto, «la storia aiuta a ritrovare le coordinate in un panorama sempre più difficile da decifrare, a prendere le distanze dal contingente, a ripercorrere il corso degli avvenimenti e a proiettarsi verso il futuro (...) Quella storica è la sola prospettiva dalla quale è possibile sviluppare un'analisi critica dell'esperienza giuridica, della cultura giuridica dominante e dell'evoluzione della giurisprudenza»⁸⁴.

Reggio Calabria, giugno 2024

⁸⁴ Così A. CERVATI, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, 2000, vol. I, p. 525.

Abstract

Il contributo si propone di analizzare il concetto di cittadinanza nel mondo romano attraverso tre parole considerate particolarmente significative: *patria*, *societas*, *communitas*. Il vocabolario delle fonti antiche consente non solo di illuminare il significato della cittadinanza, ma anche di verificare la resistenza di certi concetti, e, con loro, l'importanza dei bacini testuali ereditati dal mondo antico, anche nella cultura contemporanea.

The essay aims to analyze the concept of citizenship in the Roman world through three words considered particularly significant: *patria*, *societas*, *communitas*. The vocabulary of ancient sources allow us not only to illuminate the meaning of citizenship, but also to verify the resistance of some concepts, and, with them, the importance of the texts inherited from the ancient world, even in contemporary culture.

Keywords

Patria, societas, communitas

ANTONIO LEO DE PETRIS*

Riscontri del pluralismo normativo nell'epistolario pliniano.

*Il caso di Plin. epist. 10.108 e Plin. epist. 10.109***

Sommario: 1. Tracce di una antinomia in Ulp. 25 ad ed. praet. D. 47.12.3.5. - 2. Il problema dell'ambito di applicazione del *rescriptum* contenuto in Ulp. 25 ad ed. praet. D. 47.12.3.5. - 3. Il *rescriptum* adrianeo in rapporto a Plin. epist. 10.108 e Plin. epist. 10.109. - 4. Riflessioni conclusive.

1. Il sintagma *lex civitatis*, che indica nel suo complesso l'ordinamento di una data comunità locale¹, è poco frequente nelle fonti², al pari di *lex municipalis*³, *lex municipii*⁴ o *lex loci*⁵. Scopo di queste riflessioni è vedere in che modo l'esame di alcuni luoghi tratti dal

* Abilitato alle funzioni di professore di II fascia in Diritto romano e diritti dell'antichità.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Intorno alla questione dell'esistenza di una *lex municipalis* di carattere generale risalente all'età tardo-repubblicana si v. la puntuale ed esaustiva discussione svolta, anche con riguardo al dibattito storiografico, da F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*». *Municipalità e «Ius romanorum*», Napoli, 1993, p. 201 ss. Incerto è, poi, se la *lex civitatis* ricomprendesse i *mores*. In proposito cfr. Arc. Char. *l.s. de mun. civ. D. 50.4.18.27: Sed ea, quae supra personalia esse diximus, si hi qui funguntur ex lege civitatis suae vel more etiam de propriis facultatibus impensas faciant vel annonam exigentes desertorum praediorum damna sustineant, mixtorum definitione continebuntur*. Il tenore dell'escerto, almeno per la parte che nell'immediato interessa, «*si hi qui funguntur ex lege civitatis suae vel more ...*», potrebbe far ritenere i *mores* come non inclusi nella nozione di *lex civitatis*. Ciò che, tra l'altro, si dovrebbe dedurre dall'uso del disgiuntivo 'vel'. Sul *liber singularis de muneribus civilibus* di Arcadio Carisio cfr. F. GRELLE, Arcadio Carisio, l'«*officium*» del prefetto del pretorio e i «*munera civilia*», in *Index*, 15, 1987, p. 68 s.; cui adde ID., *I munera civilia e le finanze cittadine*, in *Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente ed in Oriente. Actes de la X^e rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romaine*, Rome, 1999, p. 148 ss.

² Nei *digesta*, più in particolare, esso si individua così esattamente formulato in Arc. Char. *l.s. de mun. civ. D. 50.4.18.27*. Esso si incontra pure in Epit. Ulp. 20.14 e in CI. 4.63.6, CI. 8.10.6 e CI. 11.30.4. Tuttavia, come è stato sottolineato da F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 240, nt. 145, alla *lex civitatis* fanno riferimento Ulp. 9 ad ed. D. 3.4.3 e Papin. 10 resp. D. 42.5.37.

³ Il sintagma *lex municipalis* si incontra, tra l'altro, in Ulp. 71 ad ed. D. 43.24.3.4, Ulp. 25 ad ed. praet. D. 47.12.3.5, Ulp. 1 ad ed. praet. D. 50.1.25, Ulp. 3 de off. proc. D. 50.3.1 pr., Mod. 11 pandect. D. 50.4.11.1, oltre che, come osserva F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 240, nt. 144, in Ulp. 3 de appellat. D. 50.9.3 e Scaev. 1 dig. D. 50.9.6. Fuori dai *digesta*, invece, v. pure CTh. 12.1.5 e CI. 7.9.1.

⁴ Utilizzato in Paul. 9 ad ed. D. 3.4.6 pr. e Scaev. 1 dig. D. 50.8.6. Altra occorrenza è in CI. 8.48.1.

⁵ Che si incontra, peraltro, in Terent. Clem. 4 ad l. Iul. et Pap. D. 35.1.62.2, Terent. Clem. 5 ad l. Iul. et Pap. D. 35.1.64 pr., Paul. *l.s. ad l. Falc.* D. 35.2.1.4, Afric. 5 quaest. D. 35.2.88 pr., Ulp. 56 ad ed. D. 47.10.5.2 e, infine, Call. 1 de cogn. D. 50.6.6(5).1. Si considerino altresì CTh. 5.14.36, CTh. 10.10.15, CI. 4.35.22.3, CI. 10.12.1.1, Nov. 119.11. Inoltre, v. Coll. 12.7.4, Coll. 12.7.5.

decimo libro dell'epistolario pliniano consenta di precisare in che termini debba essere inquadrata la specifica problematica del rapporto tra tali ordinamenti locali e quello romano⁶.

Prima di soffermare l'attenzione su Plin. *epist.* 10.108 e Plin. *epist.* 10.109, converrà discutere, per quanto di interesse, un noto e disputato luogo ulpiano, vale a dire Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5:

Divus Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepehant, quam fisco inferri iussit, et in magistratus eadem qui passi sunt, et locum publicari iussit et corpus transferri. quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepehant? post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus, quia generalia sunt rescripta et oportet imperialia statuta suam vim optinere et in omni loco valere.

«Il Divo Adriano, mediante rescritto, stabilì che si dovesse irrogare una pena pari a quaranta aurei a coloro che seppelliscono <i propri defunti> in città, che dispose si incamerasse al fisco, e che <alla stessa fossero condannati> i magistrati che ciò avessero consentito, e ordinò che il luogo <della sepoltura> fosse sequestrato e il corpo traslato. Cosa, tuttavia, <dovrebbe dirsi>, se la *lex municipalis* consenta che si seppellisca in città? Vedremo se dopo i rescritti degli imperatori si sia deviato da ciò, poiché i <predetti> rescritti hanno carattere generale ed è opportuno che le costituzioni imperiali abbiano la loro forza e valgano in ogni luogo».

L'escerto⁷, tratto dal venticinquesimo dei *libri ad edictum*⁸, riferisce della proibizione di seppellire i corpi dei defunti *in civitate*⁹. La storiografia ha per lungo tempo discusso

⁶ Cfr. in proposito le puntualissime osservazioni di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e Impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'Impero romano*, Napoli, 1996, p. 119 ss.

⁷ Che, come si avrà modo di vedere, non è esente da problematiche di natura interpolazionistica.

⁸ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889 [rist. Graz, 1960], p. 563, Pal. 741.

⁹ Sulla complessa problematica del rituale funerario, e con specifico riferimento al luogo della sepoltura, cfr., oltre alla approfondita indagine di M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani de his, qui in*

intorno all'origine e alle motivazioni sottese a tale divieto, la cui prima formulazione è fatta risalire alla Tab. 10.1¹⁰ che, come è stato osservato¹¹, vietando l'inumazione e la cremazione *in urbe*, avrebbe di fatto costituito il superamento di pratiche ancestrali che consentivano, peraltro, il seppellimento entro le mura stesse delle dimore in cui i defunti erano vissuti¹².

Più in particolare, nella prima parte di Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5, e si noti intanto l'immotivato iato tra quest'ultima e la seconda che principia con l'interrogativa introdotta da 'quid', Ulpiano rende conto di un *rescriptum* – premessa la necessità di distinguere, in dipendenza delle modalità con cui si forniva risposta all'interrogante, in base alla forma dallo stesso assunta tra *subscriptio* ed *epistula*¹³, si continuerà nelle pagine che seguono a discorrere di rescritto, conformemente al fatto che Ulpiano, per riferirsi al provvedimento, utilizza in modo certamente non casuale il verbo 'rescripsit'¹⁴ – del

civitate sepeliunt, in A.F. URICCHIO, M. CASOLA (a cura di), *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona, il diritto*, I, Bari, 2019, p. 296 ss., anche L. D'AMATI, *Dis Manibus (sacrum). La sepoltura nel diritto della Roma pagana*, Bari, 2021, p. 86 ss. e specialmente p. 92 ss.

¹⁰ Per l'analisi del precetto decemvirale, anche con riesame della letteratura, è sufficiente un rimando a M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 296 ss.; cui adde L. D'AMATI, *Dis Manibus (sacrum)*, cit., p. 88 ss.

¹¹ L. D'AMATI, *Dis Manibus (sacrum)*, cit., p. 86 s.

¹² Sull'esame, anche per i profili archeologici, delle pratiche ancestrali di sepoltura nel bacino del Mediterraneo cfr. da ultimo i contributi riversati nel volume *Il diritto alla sepoltura nel Mediterraneo antico*, R.-M. BÉRARD (a cura di), Rome, 2021.

¹³ Sul punto, conviene richiamare la finissima analisi di T. Spagnuolo Vigorita, in T. SPAGNUOLO VIGORITA, V. MAROTTA, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti*, in A. SCHIAVONE (direzione di), *Storia di Roma*, II.3, *L'impero mediterraneo. La cultura e l'impero*, Torino, 1992, p. 100 ss. a cui si aggiunga ID., *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli, 1992, p. 65 ss., ove si mette in evidenza come almeno sino a tutto il I sec. d.C. fosse particolarmente ridotta l'attività rescrittiva dei principi, ma, e questo è particolarmente interessante, come per i pochi rescritti documentati in tale intervallo di tempo, e sia pure al netto della natura particolarmente insidiosa dei criteri atti a distinguere *epistulae* e *subscriptioes*, non sia possibile stabilirne la forma, pur se «fin da età augustea sono attestati entrambi i tipi che saranno poi caratteristici dell'attività rescrittiva nel medio e tardo Principato: l'*epistula* in risposta ad una lettera di magistrati, funzionari, comunità, personaggi di rango; e la *subscriptio* in calce alle richieste (*preces*) avanzate da privati o, talora, da comunità meno importanti, attraverso l'inoltro di un documento scritto (*libellus*)»; cui adde F. ARCARIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, 2000, p. 3 ss.

¹⁴ Secondo M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 303, «Anche se è definito "rescritto", la circostanza che il principe disponga una pena contro chi aveva seppellito entro la *civitas* e contro i magistrati locali che avevano autorizzato la sepoltura mi induce a pensare che il richiedente fosse un giudice, forse alle prese con una controversia in cui qualcuno avesse contestato l'avvenuta sepoltura. La variabilità terminologica non è di ostacolo: è ben noto che provvedimenti che le fonti chiamano *rescripta* ad una più attenta analisi si rivelano delle *epistulae*». Sul punto della natura del provvedimento adrianeo mi pare, poi, si possa formulare qualche altra considerazione, che giustifica altresì la scelta di continuare a utilizzare il lemma '*rescriptum*'. Occorre premettere come il testo ulpiano, per lo stato in cui è giunto, non consenta di immaginare con quale forma (*epistula* o *subscriptio*) sia stata fornita risposta all'interrogante, della cui

defunto e divinizzato Adriano¹⁵ attraverso cui si comminava¹⁶ una pena pecuniaria, da incamerarsi al fisco, a coloro che seppellissero i propri defunti *in civitate*, sanzione che, peraltro, si sarebbe altresì comminata al magistrato che a ciò avesse consentito. Il rescritto, inoltre, avrebbe imposto il sequestro del luogo ove era avvenuta la sepoltura e che, rimosso il cadavere, esso fosse traslato altrove.

È la seconda parte del testo, però, che qui interessa. Le disposizioni del rescritto adrianeo, difatti, avrebbero suscitato, per quel che risulterebbe da una piana lettura della fonte, una antinomia per il caso in cui un determinato statuto municipale avesse consentito la sepoltura entro il recinto cittadino. A tale conflitto Ulpiano avrebbe posto rimedio invocando il carattere della generalità di cui sarebbero stati provvisti i *rescripta*. Essa, dunque, almeno nella forma in cui è giunta, si caratterizza per l'essere esemplificativa di uno specifico sistema di fonti – un vero e proprio “catalogo” di atti normativi dotati di *vis legis* oramai consolidatosi sia pure in un contesto, quello del brano, che denota una indiscutibile stratificazione temporale – evidentemente frutto di una già

identità pure si dubita. D'altro canto, l'unico dato certo che si può trarre dal frammento è l'uso di '*rescripsit*', sicché, a prescindere dal destinatario della statuizione di Adriano – che potrebbe essersi tanto rivolto al giudice investito della controversia (e, allora, il provvedimento avrebbe potuto assumere la forma dell'*epistula*), quanto al privato (sicché esso si sarebbe sostanziato in una *subscriptio*) – appare comunque corretto identificare alla stregua di rescritto la statuizione adrianea, mutando, al più, la forma di essa in dipendenza del destinatario concreto. Peraltro, il fatto che mediante il provvedimento si fosse irrogata una sanzione potrebbe consentire di ipotizzare, come sostenuto da Fiorentini, che il rescritto avesse effettivamente assunto la forma di una *epistula*. Non è invece condivisibile l'osservazione di E. DAALDER, *Aequum putavit imperator. Imperial representation and juristic self-fashioning in the Decreta and Imperiales Sententiae of Julius Paulus*, in ZSS, 139, 2022, p. 151, secondo cui Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5, farebbe riferimento a più *rescripta*, tutti «providing that persons who bury a corpse within the city walls will be fined a penalty of forty gold pieces and that the place of burial should be expropriated and the corpse should be moved». In realtà, solo uno è il *rescriptum* adrianeo, e ciò è chiaramente desumibile dal tenore del testo («*Divus Hadrianus rescripto poenam statuit ...*»). La confusione nasce perché poi, nella seconda parte del testo, si discorre senza veruna palese motivazione di '*rescripta principalia*'. Nulla, però, consente di inferire che anche tali rescritti si occupassero della materia relativa alla proibizione delle sepolture *in civitate*. In realtà, ma lo si vedrà in dettaglio più oltre, Ulpiano utilizza la concreta fattispecie risolta da Adriano per affrontare una questione più generale: se, cioè, a fronte di una *lex municipalis* contenente una certa disposizione, dovesse (o meno) prevalere quella di differente tenore contenuta in determinate costituzioni imperiali. In questi termini, condivisibilmente, F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 245; M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 300; L. DI CINTIO, *Archivio di Babatha: un'esperienza ai confini dell'Impero romano*, Milano, 2021, p. 157, che giustamente parla di «questione generale incentrata sul conflitto di norme».

¹⁵ Non ci sono dubbi intorno alla paternità del provvedimento. Sul punto è sufficiente un rimando a G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963, p. 47.

¹⁶ Ma sul punto è possibile una differente interpretazione. Deve quantomeno essere considerata la possibilità che Adriano non sia intervenuto *ex post* – come vorrebbe trarsi dal '*poenam statuit*' utilizzato da Ulpiano – cioè, a sepoltura già avvenuta, per comminare una pena. Il verbo '*stāũĕre*', difatti, potrebbe essere inteso anche nel significato di 'stabilire/fissare'.

cristallizzatasi concezione gerarchica ordinante le stesse, incompatibile con quella cronologicamente anteriore di cui è testimonianza implicita la controversia di cui dà conto Ulpiano che, nello specifico caso, avrebbe riguardato la “collocazione” del *rescriptum*¹⁷ in questo differente sistema¹⁸.

2. Il primo punto che deve essere affrontato è quello riguardante l’ambito di applicazione del *rescriptum*. Il provvedimento, come è stato ben evidenziato in storiografia, dovette incidere su una delle fattispecie riconducibili al caso di *leges datae* che avessero recepito specifici usi locali¹⁹, come conferma indirettamente l’interrogativa che chiude la prima parte dell’escerto²⁰.

D’altro canto, che il rescritto si fosse limitato a risolvere una questione effettivamente presentatasi nella prassi può inferirsi non solo dal mezzo allo scopo prescelto dal *princeps*, appunto il *rescriptum*, ma anche dalla circostanza per cui quest’ultimo, e le fonti in tal senso sono piuttosto esplicite, non avrebbe costituito²¹ – né, invero, sarà l’ultima disposizione a regolare questo specifico aspetto²² – la prima

¹⁷ Intorno ai caratteri del *rescriptum*, oltre alla storiografia richiamata nel corso dell’indagine, si aggiunga anche la ancora magistrale ricostruzione di F.C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. Scialoja, I, Roma-Napoli, 1886, p. 144 ss., il quale, peraltro, riferendosi a Ulp. 25 *ad ed.* D. 47.12.3.5, e alla specifica forma assunta dalla statuizione di Adriano, quella cioè di rescritto “generale”, afferma (p. 146, nt. d): «le disposizioni contenute si prestavano facilmente a questa forma di redazione per la loro natura di polizia. Questi rescritti erano ciò che noi chiamiamo circolari dirette contemporaneamente a molti funzionari». Mi sembra di poter tuttavia osservare, in proposito, come il Savigny attribuisca questa natura al *rescriptum* adrianeo in considerazione dello specifico contenuto dello stesso, non come conseguenza della intrinseca natura del provvedimento. Intorno alla esistenza di costituzioni “generali” cfr. anche *infra*, note 26 e 34.

¹⁸ Si potrebbe discorrere, sia pure con molta cautela, di «Verhältnis zwischen einer höheren und einer niederen Stufe der Rechtsordnung», in questo modo facendo propria la categorizzazione di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960² [rist. come *Studienausgabe* a cura di M. Jestaedt, Tübingen, 2017], p. 346 [p. 597 della ristampa].

¹⁹ Così, F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 245.

²⁰ Non vanno tuttavia sottaciuti i dubbi sollevati da S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928² [rist. Roma, 2002], p. 637, nt. 2, che ritenne di dover espungere il periodo da ‘*quid*’ sino a ‘*valere*’, in tal modo giungendo alla conclusione per cui Adriano avrebbe deciso di non incidere sulla validità degli statuti municipali che permettevano di ‘*in civitate sepeliri*’. Ma, si noti, alla medesima conclusione si potrebbe pure giungere senza ricorrere alla critica interpolazionistica, e ciò, come si vedrà, proprio inquadrando il frammento nella sua giusta dimensione storica.

²¹ Sul punto cfr. M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 301 ss., e L. D’AMATI, *Dis Manibus (sacrum)*, cit., p. 94 ss., ove vengono adottati ulteriori esempi. A una diversa prospettiva, che riconduce invece al successivo influsso cristiano sul tessuto urbano l’uso di seppellire *in civitate*, fa riferimento M.-J. BRAVO BOSCH, *Urbanismo y territorio en la Antigüedad tardía en Hispania*, in *Revista digital de derecho administrativo*, 16, julio-diciembre 2016, p. 154 ss.

²² Si vedano, tra gli altri, i casi ricordati *infra*, nt. 31.

statuizione ad avere tale oggetto. Il fatto che vi fossero aree, specie quelle grecofone, dove ancora diffuso era l'uso di seppellire *intra moenia*²³, non solo avvalorava l'opinione previamente espressa, ma conferma la circostanza per cui il rescritto non avrebbe potuto che incidere, almeno in origine, su normative locali pur se "codificate" in una *lex municipalis*²⁴.

Né, poi, va sottaciuto come la presenza di ordinamenti locali che già proibivano la sepoltura intramuraria avrebbe in principio lasciata impregiudicata la possibilità per il *princeps* di adottare misure volte a regolamentare in una specifica comunità locale le pratiche funerarie, specie perché differenti potevano essere le circostanze fattuali (che, comunque, il brano non lascia neppure intuire) che avrebbero richiesto uno specifico intervento normativo. In questo senso si potrebbe addurre proprio l'impiego da parte di Adriano di un rescritto che, certo provvisto di valore normativo²⁵, è pensabile potesse avere validità esclusivamente locale²⁶, forse proprio in ragione della natura del luogo in

²³ M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 302. Cfr., per l'esame delle evidenze archeologiche riferibili a un caso specifico confinato territorialmente alla Lidia occidentale, S. DARDAINE, E. FRÉZOULS, *Sydima: étude topographique*, in *Ktéma*, 10, 1985, pp. 211 ss., spec. 216.

²⁴ M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 303.

²⁵ Che i rescritti avessero valore normativo già prima di Adriano è stato evidenziato da T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, cit., p. 72 s.

²⁶ D'altronde, intorno alla questione del *vigor legis* attribuibile a rescritti e decreti T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, cit., p. 73 ss., osservava come «La soluzione enunciata dal principe non era solo vincolante per il caso concreto a lui sottoposto: essa racchiudeva un prestigio che la destinava ad essere invocata ed applicata al di là di quello», e ciò perché rescritti e decreti potevano fungere da *exempla*. Peraltro, il Maestro napoletano ricorda il molto significativo caso di Plin. *epist.* 10.65 (ed. R.A.B. Mynors): *Magna, domine, et ad totam prouinciam pertinens quaestio est de condicione et alimentis eorum, quos uocant θρεπτούς. In qua ego auditis constitutionibus principum, quia nihil inueniebam aut proprium aut uniuersale, quod ad Bithynos referretur, consulendum te existimaui, quid obseruari uelles; neque putauit posse me in eo, quod auctoritatem tuam posceret, exemplis esse contentum. Recitabatur autem apud me edictum, quod dicebatur diui Augusti, ad Andaniam pertinens; recitatae et epistulae diui Vespasiani ad Lacedaemonios et diui Titi ad eosdem et Achaeos et Domitiani ad Auidium Nigrinum et Armenium Brocchum proconsules, item ad Lacedaemonios; quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei uidebantur, et quia uera et emendata in scriniis tuis esse credebam*; cui si accompagna la paradigmatica risposta di Traiano in Plin. *epist.* 10.66: *Quaestio ista, quae pertinet ad eos qui liberi nati expositi, deinde sublata a quibusdam et in seruitute educati sunt, saepe tractata est, nec quicquam inuenitur in commentariis eorum principum, qui ante me fuerunt, quod ad omnes prouincias sit constitutum. Epistulae sane sunt Domitiani ad Auidium Nigrinum et Armenium Brocchum, quae fortasse debeant obseruari: sed inter eas prouincias, de quibus rescripsit, non est Bithynia; et ideo nec adsertionem denegandam iis qui ex eius modi causa in libertatem uindicabuntur puto, neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum*. Per quanto interessa in questa sede, cioè a ulteriore riprova del fatto che potesse darsi il caso di *constitutiones principum* che avessero applicazione spazialmente limitata, valga la lamentela di Plinio il quale, per risolvere il caso a lui sottoposto, aveva condotto una infruttuosa ricerca di *constitutiones* – quanto al problema della «assenza di garanzie circa l'autenticità dei testi prodotti» cfr., con specifico riguardo alla prassi della *recitatio*, I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli sententiae*, Milano, 2017, p. 164 ss. e nt. 61 con bibliografia – ed è questo il punto che va evidenziato, di portata particolare o generale, che

cui i *cives* erano usi seppellire²⁷. D'altro canto, un indizio ulteriore a conferma della portata limitata a un preciso contesto municipale del *rescriptum* si trae da Hist. Aug. Pius 12.3 (ed. E. Hohl)²⁸:

*intra urbes sepeliri mortuos vetuit. sumptum muneribus gladiatoris instituit. vehicularium cursum summa diligentia sublevavit. omnium, quae gessit, et in senatu et per <e>dicta rationem reddidit*²⁹.

«<Antonino Pio> proibì che i defunti si seppellissero entro i recinti cittadini. Stabili <un limite> di spesa per gli spettacoli gladiatori. Con la massima coscienza sostenne il servizio di posta. Di tutto quanto fatto, <egli> offrì un resoconto in Senato e per avvisi pubblici».

Secondo la narrazione di Giulio Capitolino, Antonino Pio avrebbe vietato che si seppellissero i defunti entro i recinti cittadini. Non si accenna, sempre che si voglia

potesse effettivamente applicarsi ai Bitini («*In qua ego auditis constitutionibus principum, quia nihil inueniebam aut proprium aut uniuersale, quod ad Bithynos referretur*»). Di ciò, peraltro, si trova indiretta conferma in Plin. epist. 10.66 ove si afferma: «*nec quicquam inuenitur in commentariis eorum principum, qui ante me fuerunt, quod ad omnes prouincias sit constitutum*». D'altro canto, R. ORESTANO, *Gli editti imperiali. Contributo alla teoria della loro validità ed efficacia nel diritto romano classico*, in *BIDR*, 44, 1936-1937, p. 238, ha addotto il tenore delle due epistole a conferma dell'esistenza di costituzioni con portata universale. Sulla risposta adrianea v., poi, F. ARCARIA, *Referre ad principem*, cit., p. 220, il quale osserva come la stessa dovette essere un mero parere, sprovvisto dei caratteri della definitività, ciò che si conclude tenendo conto della terminologia impiegata dal *princeps*, oltre che dai dubbi che egli aveva manifestato nel fornire la risposta stessa.

²⁷ Come è stato osservato da M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 303, la *publicatio* indicherebbe in ogni caso la natura privata del luogo.

²⁸ La fonte è segnalata anche da M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 301, nt. 23, che, però, la considera sintomo di semplice reiterazione del divieto che sarebbe derivato dal *rescriptum* di cui si accenna in Ulp. 25 *ad ed. praet. D. 47.12.3.5*. Sul testo tratto dalla *Historia Augusta* cfr. in aggiunta, oltre a L. D'AMATI, *Dis Manibus (sacrum)*, cit., p. 98, pure il meno recente contributo di A. SIMONELLI, *Considerazioni sull'origine, la natura e l'evoluzione del pomerium*, in *Aevum*, 75.1, gennaio-aprile 2001, 145 e nt. 227, la quale, poi, precisando come il divieto sancito nella Tab. 10 non sarebbe stato largamente osservato, continuandosi a seppellire, oltre che nel territorio urbano, *in domo sua*. A tale riguardo, la studiosa ricorda, sulla scorta di Serv. Aen. 11.206, come il Senato, console C. Duilio, dovette proibire, attraverso un provvedimento normativo, le sepolture *in civitatibus*. Sul corretto inquadramento della procedura cui fa riferimento il passo serviano v., tuttavia, le osservazioni di M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 298, con discussione della letteratura.

²⁹ Non interessa, invece, Hist. Aug. Aur. 13.4: *tunc autem Antonini leges sepeliendi sepulchrumque asperrima<s> sanxerunt, quando quidem caverunt, ne quis <ut> velle<t> [ab]f<ab>ricaretur sepulchrum. quod hodieque servatur*, che si inserisce nel quadro della c.d. peste antonina ma che non fa esplicito riferimento a un preciso divieto di seppellire i morti entro i confini cittadini.

prestar fede alla notizia³⁰, ad alcun divieto già precedentemente sancito in via generale e, va pure notato, a ulteriori proibizioni si riporterebbero, come accennato, tutta una serie di provvedimenti ascrivibili a principi successivi³¹. In ogni caso, e per quel che interessa, è sufficiente evidenziare come Hist. Aug. Pius 12.3 varrebbe a corroborare l'opinione per cui il rescritto adrianeo non avrebbe che inciso su una fattispecie specifica, ciò che, peraltro, si inferisce considerando il prosieguo di Ulp. 25 ad ed. praet. D. 47.12.3.5.

³⁰ Anche la testimonianza di Hist. Aug. Pius 12.3 va assunta, per molte ragioni, con cautela. Qui si osservi solo che per essa vale la medesima considerazione già formulata per il rescritto menzionato in Ulp. 25 ad ed. praet. D. 47.12.3.5, vale a dire la presenza di statuizioni, riferibili a imperatori cronologicamente successivi ad Antonino Pio, attraverso cui si sanciva il medesimo divieto. Sulle problematiche più in generale suscitate dalla *Historia Augusta* cfr. R. SYME, *The Historia Augusta. A call of clarity*, in *Antiquitas*, IV.8, *Beiträge zur Historia-Augusta-Forschung*, J. STRAUB (unter Mitwirkung von), A. ALFÖLDI (herausgegeben), Bonn, 1971, specialmente p. 9 ss., con riguardo alle fonti.

³¹ Si veda quanto è detto in Paul. Sent. 1.21.2-3: 2. *Corpus in civitatem inferri non licet, ne funestentur sacra civitatis: et qui contra ea fecerit, extra ordinem punitur*. 3. *Intra muros civitatis corpus sepulturae dari non potest vel ustrina fieri*. In prosieguo di tempo, poi, vi furono interventi di Diocleziano e Massimiano, come si deduce chiaramente da Cl. 3.44.12: *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Victorino. Mortuorum reliquias, ne sanctum municipiorum ius polluat, intra civitatem condi iam pridem vetitum est*. PP. III k. Oct. *Ipsius III et III AA. Conss.* (dove comunque, valga notare, si dice «*iam pridem vetitum est*»), di Graziano, Valentiniano e Teodosio, come può leggersi in CTh. 9.17.6: *Imp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Pancratio P(raefecto) U(rbi). Omnia quae supra terram urnis clausa vel sarcophagis corpora detinentur, extra urbem delata ponantur, ut et humanitatis instar exhibeant et relinquunt incolarum domicilio sanctitatem. Quisquis autem huius praecepti ausus fuerit moliri, tertia in futurum patrimonii parte multetur. Officium quoque, quod tibi parat, quinquaginta librarum auri affectum despoliatione maerebit. Ac ne alicuius fallax et arguta sollertia ab huius se praecepti intentione subducatur || atque apostolorum vel martyrum sedem humanis corporibus aestimet esse concessam, || ab his quoque, ita ut a reliquo civitatis, noverint se atque intellegant esse submotos*. Dat. III kal. Aug. Heracl(eae) Eucherio et Syagrio conss. Su Paul. Sent. 1.21.2-3 è sufficiente un rimando a M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 299 s.; cui adde L. D'AMATI, *Dis Manibus (sacrum)*, cit., p. 95 s., mentre per l'esame del *titulus* 1.21 cfr., oltre a J. ADAME GODDARD, *Sobre los sepulcros en las Sentencias de Paulo. Análisis crítico de PS 1,21*, in *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 15, 2003, pp. 639 ss., l'approfondita analisi di I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., pp. 214 ss. Sugli altri testi cfr. altresì A. SIMONELLI, *Considerazioni sull'origine*, cit., p. 145 s. Non credo possa ricavarsi molto da Plin. *epist.* 10.68: *Potentibus quibusdam, ut sibi reliquias suorum aut propter iniuriam vetustatis aut propter fluminis incursum aliaque his similia quocumque secundum exemplum proconsulum transferre permetterem, quia sciebam in urbe nostra ex eius modi causa collegium pontificum adiri solere, te, domine, maximum pontificem consulendum putavi, quid obseruare me uelis*, e dalla risposta di Traiano che si legge in Plin. *epist.* 10.69: *Durum est iniungere necessitatem provincialibus pontificum adeundorum, si reliquias suorum propter aliquas iustas causas transferre ex loco in alium locum uelint. Sequenda ergo potius tibi exempla sunt eorum, qui isti provinciae praefuerunt, et ut causa cuique, ita aut permittendum aut negandum*. Plinio si era interrogato su quale dovesse essere la corretta procedura da seguire per l'eventualità che si dovesse procedere allo spostamento dei sepolcri. Tuttavia, limitatamente a quanto qui di interesse, valga notare come nel citato luogo non si faccia alcun riferimento alla precedente collocazione spaziale delle sepolture, né, mi pare, molto può congetturarsi intorno alla questione interpretando la frase «*aut propter iniuriam vetustatis aut propter fluminis incursum aliaque his similia*», che potrebbe fornire qualche coordinata per il riferimento allo straripamento del fiume che in essa si contiene. Né, d'altro canto, di molto aiuto è la risposta di Traiano («... *transferre ex loco in alium locum* ...»). Sulla disciplina relativa al trasferimento del cadavere è sufficiente un rimando ad A. PATURET, *Les transferts de morts dans l'antiquité romaine: aspects juridiques et religieux*, in *RIDA*, 54, 2007, p. 349 ss.

Diversamente ragionando, infatti, si dovrebbe concludere per la superfluità della domanda, innegabilmente di gusto generalizzante, «*quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri?*».

D'altronde, si è detto in precedenza, e proprio con riguardo all'interrogativa ulpiana, come non sia necessario pensare, almeno limitatamente a questo specifico luogo dell'escerto³², a qualche successivo intervento per concludere che Adriano avrebbe in ogni caso consentito, data la limitata valenza della costituzione, che si continuasse a seppellire *in civitate*³³. Per giungere a questa conclusione è sufficiente attribuire la giusta portata applicativa al rescritto.

Ben più complesso è, invece, spiegare la restante parte del frammento, ove dovrebbe contenersi la soluzione del giureconsulto di Tiro all'antinomia³⁴. Non credo possa essere revocato in dubbio, e lo si è già fatto notare, il sapore di forte (e non del tutto motivata) cesura che separa la prima parte del frammento – quella, in sostanza, dove Ulpiano dà conto del rescritto adrianeo – e la seconda, che principia con l'interrogativa (genuina)³⁵ e

³² Che, giustamente, viene ritenuto genuino da F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*», cit., p. 249.

³³ È, come si diceva, la ricostruzione di S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 637, nt. 2, che, valga precisarlo, conclude in tal senso ritenendo però interpolato tutto il periodo da 'quid' sino a 'valere'.

³⁴ Cioè, che «*post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus, quia generalia sunt rescripta et oportet imperialia statuta suam vim optinere et in omni loco valere*». Secondo S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 637, nt. 2, come si è già accennato, sarebbe interpolato il periodo da 'quid' sino alla fine. Per P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, Roma 1926 [rist. corr. Milano, 1966], p. 23, nt. 1 [= p. 29, nt. 1], invece, l'interpolazione riguarderebbe il periodo da 'quia' in fine, poiché l'ultima parte dell'escerto sarebbe: «viziata nel costruito (il *quia* è un brusco attacco che suppone decisa la questione), compilatoria nella dizione, falsa per il diritto classico nella asserzione (*generalia sunt rescripta!*), enfatica nella esaltazione dell'autorità imperiale [...]»; dello stesso avviso G. SEGRÈ, *L'editto di Caracalla sulla concessione della cittadinanza romana e il papiro Giessen 40, 1*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, p. 158, nt. 1. Invece, a mende meno estese pensava E. ALBERTARIO, «*Actio de universitate*» e «*actio specialis in rem*», Roma, 1919, p. 37, nt. 1; cui *adde* ID., *rec. a 'Vocabularium iurisprudentiae romanae. Tomus V fasciculus III (sortior-tantus) edidit Bernhardus Kuebler, Berolini, Walter de Gruyter e Co. 1931'*, in *BIDR*, 40, 1932, p. 250, secondo il quale il rimaneggiamento si sarebbe dovuto limitare al periodo da 'post' sino alla fine. Secondo W. KALB, *Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten. Sprachliche Beiträge zur Digestenkritik*, Nürnberg, 1897, p. 20 s., il periodo interpolato si estenderebbe da 'et oportet' fino alla conclusione dell'escerto. Di contro, G.I. LUZZATTO, *Ricerche sull'applicazione delle costituzioni imperiali nelle province*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano, 1946, p. 278, nt. 1, non ipotizza alcun intervento compilatorio, ma pensa che perlomeno sino all'età di Ulpiano dovesse pur sempre permanere la distinzione tra costituzioni con valore generale e particolare.

³⁵ È stato molto ben posto in luce da F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*», cit., p. 249, come «l'andamento del testo perde di linearità, si passa dalla discussione su un singolo (e ben individuato *rescriptum*) ad un discorso relativo (genericamente) a *rescripta principalia*». La studiosa, poi, evidenzia (e il modo di esprimersi del frammento è effettivamente peculiare) come «ben difficilmente un giurista classico avrebbe usato l'espressione *imperialia statuta* per indicare i *rescripta principum*». Intorno a tale ultima questione di diverso avviso è M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 304, che segue sul punto R. ORESTANO, *Gli editti imperiali*, cit., p. 237 s., il quale, adducendo pure Mod. 2 excus. D. 27.1.6.2: [...] ὄπτερ

che, almeno a partire da 'post', ha un tono palesemente generalizzante. Sicuramente, si percepisce una certa incoerenza tra la prima parte del testo, ove si parla di un solo rescritto (quello di Adriano) e la seconda, ove si discorre di *rescripta principalia*³⁶, il che, come si è accennato, ha condotto parte della storiografia a ritenere che nella seconda parte del brano si facesse riferimento a più rescritti, tutti però del medesimo contenuto³⁷.

Non penso, tuttavia, che ciò corrisponda a realtà. Sono diversi gli elementi che potrebbero condurre a una diversa interpretazione. In primo luogo, sotto il profilo testuale, c'è da credere che gli interventi effettuati sull'ultima parte dell'escerto abbiano intaccato la sostanza del discorso, che con ogni probabilità deve aver riguardato esclusivamente il caso in cui a confliggere fossero uno specifico *rescriptum* e una determinata *lex municipalis*³⁸. I compilatori, poi, forse allo scopo di risolvere un punto che era ancora percepito da Ulpiano alla stregua di *ius controversum*, devono aver generalizzato la soluzione da egli prospettata, estendendone il discorso a ogni specie di *constitutio principis*³⁹.

La soluzione prospettata da Ulpiano, quindi, si sarebbe con ogni probabilità riferita alla sola fattispecie da questi considerata. Ciò è confermato da una lettura diacronica di

δηλοῦται ἐξ ἐπιστολῆς Ἀντωνίνου τοῦ Εὐσεβοῦς γραφείσης μὲν τῷ κοινῷ τῆς Ἀσίας, παντὶ δὲ τῷ κόσμῳ διαφερούσης [...], inferisce nel senso della esistenza di disposizioni imperiali provviste di validità generale. Secondo T. Spagnuolo Vigorita, in T. SPAGNUOLO VIGORITA, V. MAROTTA, *La legislazione imperiale*, cit., p. 111, nt. 135, inoltre, l'espressione 'generale *rescriptum*', e ogni altra simile, potrebbe derivare o dalle parole del rescritto o, anche, dalla interpretazione operata dai giureconsulti.

³⁶ F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 249; M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 304.

³⁷ Cfr. *supra*, nt. 14.

³⁸ E non è da escludere, come evidenzia F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 249, che Ulpiano sia giunto alla soluzione per via interpretativa.

³⁹ È forse utile spendere qualche parola sul "contesto" nel quale si inserisce D. 47.12.3.5. Il frammento è collocato, infatti, nel Titolo 47.12 (*de sepulchro violato*), formato da Ulp. 2 *ad ed. praet.* D. 47.12.1, Ulp. 18 *ad ed. praet.* D. 47.12.2, Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3 pr.-1-2-3-4-5-6-7-8-9-10-11-12, Paul. 27 *ad ed. praet.* D. 47.12.4, Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 47.12.5, Iul. 10 *dig.* D. 47.12.6, Marcian. 3 *inst.* D. 47.12.7, Macer 1 *publ.* D. 47.12.8, Macer 2 *publ. iudic.* D. 47.12.9, Papin. 8 *quaest.* D. 47.12.10 e, infine, Paul. 5 *sent.* D. 47.12.11. E tuttavia, solo in D. 47.12.3.3 («*ut rescripto imperatoris Antonini*»), D. 47.12.3.4 («*edicto divi Severi continetur*» e «*divus tamen Marcus rescripsit*»), D. 47.12.3.5 («*divus Hadriano rescripto poenam statuit*») e D. 47.12.3.7 («*ut divus Severus rescripsit*») si fa menzione di provvedimenti imperiali, tutti, si noti, fatta eccezione per il caso di D. 47.12.3.4 ove viene ricordato un *edictum* di Settimio Severo, *rescripta*. Inoltre, e la cosa assume notevole interesse per il caso che ci occupa, solo un *rescriptum* viene ricordato dopo la precisazione generalizzante contenuta in D. 47.12.3.5, cioè quello attribuito a Settimio Severo in D. 47.12.3.7. Potrebbe darsi, dunque, che i compilatori, dopo una sostanziosa serie di *rescripta* di cui Ulpiano aveva fatto menzione, avessero ritenuto opportuno, anche considerando le problematiche prospettatesi con riguardo al rescritto adrianeo in contrasto con la *lex municipalis*, di evitare dubbi intorno alla loro validità generale, così come intorno a quella di ogni *constitutio principis*, affermando: «*post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus, quia generalia sunt rescripta et oportet imperialia statuta suam vim optinere et in omni loco valere*».

Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5 che ne colga e valorizzi le “stratificazioni temporali”. E così, la prima parte del frammento si potrebbe riferire a un momento – quello del principato di Adriano – in cui ancora poteva porsi il dubbio intorno, non alla *vis legis* del *rescriptum*, ma alla sua portata (generale o meno), specialmente quando la *lex municipalis* contenesse previsioni di senso opposto⁴⁰. Intorno a tale questione, poi, si doveva essere agitata al tempo di Ulpiano una disputa che aveva preso le mosse da un caso effettivamente verificatosi, che era stato risolto, verosimilmente, in via di interpretazione⁴¹. In ultimo, erano intervenuti i giustinianeî che, prese le mosse dalle dottrine ulpianee (sia pure limitate a quella fattispecie), avevano ritenuto necessario risolvere ogni dubbio che in proposito si sarebbe ancora potuto agitare, interpolando il brano del commentario all’editto non solo aggiungendo la conclusione generalizzante, ma pure eliminando ogni riferimento, oltre che ai formanti il caso risolto dal rescritto, al “legante” tra esso e la domanda posta dal giureconsulto di Tiro.

3. D’altro canto, il rescritto di cui si discute in Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5 deve essere inquadrato in un discorso necessariamente più ampio, specie perchè, come è stato pure evidenziato, il processo di adattamento degli ordinamenti locali non dovette presentare cesure così nette come l’escerto ulpiano lascerebbe intendere⁴². Di ciò si può avere una tangibile prova, per il periodo immediatamente precedente al principato adrianeo, in Plin. *epist.* 10.108:

⁴⁰ F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 247, nota come il potere imperiale non fosse infatti aduso a «livellare indiscriminatamente le situazioni giuridiche locali». Non ritengo, peraltro, di dover aderire all’opinione di G.I. LUZZATTO, *Ricerche*, cit., p. 277 s. intorno all’esistenza di rescritti particolari e generali che presuppone, già per l’età di Adriano, che i rescritti avessero oramai tale efficacia.

⁴¹ Come ha ipotizzato F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 249. Secondo M. FIORENTINI, *Rescriptum divi Hadriani*, cit., p. 305, occorrerebbe rifiutare la lettura interpolazionistica dell’ultima parte del frammento e ritenere, di contro, che fosse stato Ulpiano a conferire al provvedimento adrianeo «una portata generale e astratta che forse in origine non aveva avuto». Secondo lo studioso – che segue su questo punto J.-L. HALPÉRIN, *Lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali. Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée sur ces deux solutions concurrentes*, in *TR*, 80, 2012, p. 368 – Ulpiano avrebbe combinato due regole differenti per la risoluzione del conflitto, cioè quella per cui la norma successiva avrebbe abrogato la precedente e una seconda, diretta conseguenza della prima, secondo cui sarebbe esistita «una gerarchia delle fonti per la quale gli *statuta imperialia*, avendo validità generale, devono comunque avere validità territoriale generale e sovraordinata alle normative di grado inferiore».

⁴² F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 251.

Quid habere iuris uelis et Bithynas et Ponticas ciuitates in exigendis pecuniis, quae illis uel ex locationibus uel ex uenditionibus aliisque causis debeantur, rogo, domine, rescribas. Ego inueni a plerisque proconsulibus concessam iis protopraxian eamque pro lege ualuisse. Existimo tamen tua prouidentia constituendum aliquid et sancendum per quod utilitatibus eorum in perpetuum consulatur. Nam quae sunt ab illis instituta, sint licet sapienter indulta, breuia tamen et infirma sunt, nisi illis tua contingit auctoritas.

«Ti interrogo, mio Signore, affinché tu mi risponda, con un rescritto, <intorno alla questione> di quale diritto⁴³ tu voglia che le città di Bitinia e Ponto applichino nella riscossione delle somme che, alle stesse, sono dovute o per le *locationes* o per le *uenditiones* o a cagione di ogni altra causa. Trovai che da parecchi proconsoli fu loro accordato <di valersi della> protopraxia, e che la stessa avesse vigore in luogo di <una> norma <non altrimenti presente nei loro statuti municipali?>⁴⁴. Nondimeno, e in ragione della tua oculutezza, io ritengo che <tu> debba stabilire e sanzionare una <qualche norma> a mezzo della quale, in perpetuo, si provveda ai loro interessi. Infatti, le preue risoluzioni, benché siano state saggiamente concesse, sono tuttavia di breve durata e inefficaci, a meno che non siano avallate dalla tua *auctoritas*»,

e alla risposta di Traiano contenuta in Plin. *epist.* 10.109:

⁴³ Ho ritenuto di dover rendere ‘*ius*’ con ‘diritto’, sebbene, come si chiarisce nel prosieguito, le città della Bitinia e del Ponto avrebbero goduto, tecnicamente, di un ‘privilegio’ che avrebbe reso la loro pretesa poziore rispetto a quella di altri creditori.

⁴⁴ Ho qui reso il sintagma ‘*pro lege*’ riferito alla *πρωτοπραξία* – che potrebbe pure tradursi con ‘valore/forza di legge’ – attribuendo una sfumatura differente alla costruzione della preposizione con l’ablativo, attraverso la quale Plinio avrebbe anche potuto esprimere il concetto della sostituzione rispetto a qualcosa di assente. La *πρωτοπραξία*, quindi, avrebbe funto da espediente per garantire la poziortà del credito ‘in luogo di’ una norma che si potrebbe ragionevolmente pensare assente in almeno alcuni degli statuti locali delle *civitates* di Bitinia e Ponto. Il tutto è indirettamente confermato dalla risposta di Traiano in Plin. *epist.* 10.109, che, come si vedrà, fa dipendere la concessione del privilegio dal contenuto della *lex municipalis*.

Quo iure uti debeant Bithynae uel Ponticae ciuitates in iis pecuniis, quae ex quaque causa rei publicae debebuntur, ex lege cuiusque animaduertendum est. Nam, siue habent priuilegium, quo ceteris creditoribus anteponantur, custodiendum est, siue non habent, in iniuriam priuatorum id dari a me non oportebit.

«<Per stabilire> quale diritto debbano <applicare> le città di Bitinia o Ponto limitatamente alla < riscossione > delle somme che alle stesse siano dovute per qualsiasi pubblica ragione, è necessario che si osservino < le norme che si traggono > dallo statuto < municipale > di ciascuna. Infatti, sia che abbiano il privilegio che consenta loro di essere preferite ad altri creditori, e < che > va rispettato, sia che non lo possiedano, non è opportuno che < esso > sia da me concesso a danno dei particolari».

Dal primo testo traspare l'esigenza, ancora una volta avvertita in modo pressante da Plinio, di provocare una risposta "ufficiale" da parte di Traiano⁴⁵ affinché egli indicasse quale diritto – che si sarebbe, nei fatti, risolto in un *privilegium exigendi* come appunto la

⁴⁵ E si noti la coppia 'rogo'-'rescribas', ove 'rescribere' va inteso nel senso di 'rispondere mediante riscritto'. Cfr. molto significativamente, sul punto, anche Plin. *epist.* 10.106: *Rogatus, domine, a P. Accio Aquila, centurione cohortis sextae equestris, ut mitterem tibi libellum per quem indulgentiam pro statu filiae suae implorat, durum putavi negare, cum scirem quantam soleres militum precibus patientiam humanitatemque praestare*; con la risposta di Traiano in Plin. *epist.* 10.107: *Libellum P. Accii Aquilae, centurionis sextae equestris, quem mihi misisti, legi; cuius precibus motus dedi filiae eius ciuitatem Romanam. Libellum rescriptum, quem illi redderes, misi tibi*. Intorno alle problematiche legate al ruolo del *praeses* come intermediario tra l'imperatore rescrivente e il privato richiedente cfr. A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, reiss. whit corr. Oxford, 1985, p. 716 s.; F. ARCARIA, *Referre ad principem*, cit., pp. 126 ss. Sulla lezione '*Libellum rescriptum*' e sulla variante '*Libellum rescripti*' – che compare ad esempio nel più risalente commento di E.G. HARDY, *C. Plinii Caecilii Secundi epistulae ad Traianum imperatorem cum eiusdem responsis. Edited, with notes and introductory essays*, London-New York, 1889, p. 222 – cfr. più recentemente le osservazioni di F. BRACCI, *Plinio il Giovane, Epistole, Libro X. Introduzione, traduzione e commento*, Pisa, 2019, p. 283. Inoltre, sull'uso di "initial summaries", come appunto nel caso di Plin. *epist.* 10.108, cfr. sempre A.N. SHERWIN-WHITE, *Trajan's replies to Pliny: Authorship and Necessity*, in *JRS*, 52.1-2, 1962, p. 118 s., secondo cui essi sarebbero «the commonest form of opening in the rescripts, may be a secretarial device. It is very frequent in rescripts dealing with technical aspects of municipal government—notably in Epp. 109, 111, 113, 115, and less markedly in Epp. 80 and 119».

πρωτοπραξία⁴⁶ cui egli si riferisce nel prosieguito della missiva e di cui i provinciali avevano già goduto (ma, sarebbe meglio dire, che era già stata loro riconosciuta in considerazione, è possibile congetturare, di un uso tipico, cristallizzato o meno negli statuti municipali, delle province orientali)⁴⁷ - avrebbero dovuto avere le *civitates* di Bitinia e Ponto per fare fronte all'esazione di alcune specifiche somme loro dovute «*causa rei publicae*».

Egli, infatti, aveva constatato come molti proconsoli avessero a esse concesso appunto la πρωτοπραξία, e che la stessa «*pro lege ualuisse*»⁴⁸. E però, Plinio aveva ritenuto necessario un intervento di Traiano affinché egli stabilisse e sanzionasse⁴⁹ una norma atta a tutelare in perpetuo gli interessi delle *civitates* di Bitinia e Ponto, e ciò perché tutte le precedenti risoluzioni, che pure furono 'saggiamente' assunte, sarebbero state, proprio in considerazione di chi le adottò, inefficaci e di breve durata mancando il sugello dell'*auctoritas* del principe.

⁴⁶ Sull'istituto cfr. F. WIEACKER, *Protopraxie und "jus pignoris" im klassischen Fiskalrecht*, in *Festschrift P. Koschaker zum 60. Geburtstag überreicht von seinem Fachgenossen*, I, *Römisches Recht*, Weimar, 1939, p. 218 ss.; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, III, Napoli, 1940, p. 141 ss.; R. TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 332 B. C. - 640 A. D., Warszawa, 1955², p. 60, nt. 15; G. WESENBERG, s.v. 'πρωτοπραξία', in *RE*, XXIII.1, Stuttgart, 1957, c. 986 s.; F. MILLAR, *The Fiscus in the first two Century*, in *JRS*, 53.1-2, 1963, p. 33 e nt. 65; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, in I. von Müller (begründet), W. Otto (erweitert), H. Bengtson (fortgeführt), *Handbuch der Altertumswissenschaft*, X.3.3.1, München, 1971², p. 306. Per alcuni ulteriori rilievi nella prassi cfr. A. CONNOR, T. COUGHLANE, *Antichresis and Dioikesis: Negotiating Public and Private Debt in the Egyptian Delta*, in *ZPE*, 205, 2018, pp. 217 ss., che pubblicano P.Mich. inv. 4000.

⁴⁷ E cfr. altresì Marcian. *l.s. de delat.* D. 50.1.10: *Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit*.

⁴⁸ Sulla resa del sintagma '*pro lege ualuisse*' v., oltre che la traduzione di Plin. *epist.* 10.108, *supra*, nt. 44. Secondo A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny*, cit., p. 718, che si basa su Plin. *epist.* 10.108.4-6, gli *exempla proconsulum* non sarebbero stati sufficienti in una provincia trasferita sotto il controllo imperiale, mostrando peraltro il citato luogo pliniano una «weakness of proconsular government». Non sembra, però, che tale osservazione colga del tutto nel segno. Il problema, invero, non parrebbe doversi connettere alla debolezza del governo proconsolare, quanto piuttosto, c'è da pensare, al fatto che presso le città della Bitinia e del Ponto doveva essere abbastanza diffuso l'uso della πρωτοπραξία. E dunque, il periodo «*a plerisque proconsulibus concessam ... eamque pro lege ualuisse*» non dovrebbe indicare una concessione *tout court*, quanto piuttosto il riconoscimento di una prassi che d'altronde '*pro lege ualuisse*'. Ma se così è, il *princeps* non avrebbe dovuto supplire, attraverso l'*auctoritas*, alle mancanze dei proconsoli, quanto piuttosto introdurre una disposizione, attraverso un *rescriptum* provvisto di *vis legis*, che, supplendo a una lacuna, fosse '*in perpetuum*' idonea a tutelare gli interessi delle *civitates* in punto di riscossione delle somme loro dovute. E ciò, è opportuno chiarire, tanto più ove si affermi, come lo Sherwin-White (*op. loc. cit.*) che le risoluzioni dei precedenti proconsoli non sarebbero state vincolanti per i successivi.

⁴⁹ E, valga osservare, Plinio impiega due verbi che hanno un chiaro significato tecnico-giuridico, vale a dire '*constitūēre*' e '*sanctēre*', specie se posti in correlazione, come di fatto avviene, con il riferimento alla '*auctoritas*' che compare nella chiusa del testo.

Ed è a questo punto che interviene Traiano, il quale, seguendo una linea di “politica legislativa” di cui vi è chiara manifestazione pure per il principato adrianeo – e lo si evince proprio dal *rescriptum* di cui si discute in Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5 – adotta, per il caso portato alla sua attenzione, una soluzione che è frutto di quella tendenza del potere centrale volta a non imporre per via autoritativa l’insieme di regole e norme in qualche modo confliggenti con gli ordinamenti locali⁵⁰.

D’altronde, che si ammettesse la coesistenza di una pluralità di soluzioni normative, è reso evidente proprio in Plin. *epist.* 10.109, dato che non solo il *princeps* ribadiva la necessità che si tenesse in considerazione quanto disposto dagli ordinamenti locali, ma pure che potessero esistere *civitates* ove si riconoscesse la *πρωτοπραξία* e altre, al contrario, ove tale specifico *privilegium exigendi* non solo non era in uso, ma sarebbe rimasto estraneo poiché il principe, per timore di recare danno ai privati, si era rifiutato (pur se sollecitato in tal senso) di operarne autoritativamente una estensione per fattispecie analoghe che pure dovevano porsi all’attenzione della prassi⁵¹.

La storiografia ha altresì osservato come la risposta di Traiano tradirebbe una maggiore vicinanza del *princeps* «to the spirit of the early empire», avendo egli di frequente preferito le costumanze locali, c’è da credere almeno quando esse fossero effettivamente “codificate” in una *lex municipalis*, rispetto a una regola generale valevole per l’intera provincia⁵².

⁵⁰ F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*», cit., p. 242.

⁵¹ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e Impero*, cit., p. 120, ricorda, peraltro, come un privilegio in qualche modo assimilabile alla *πρωτοπραξία* fosse stato concesso – ma cfr. TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, II, Berolini, 1870, *ad h.l.*, il quale ha proposto di espungere il periodo «*ius persequendi pignoris*», in ciò seguito anche da J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, in *Mn.*, 25, 1897, p. 285, nt. 2; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, cit., pp. 150 ss. e, pure, dagli editori che hanno predisposto la c.d. edizione milanese dei *Digesta Iustiniani Augusti, ad h.l.* – agli abitanti di Antiochia di Siria, come si può leggere in Pap. 10 *resp.* D. 42.5.37: *Antiochensium Coelae Syriae civitati, quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit, ius persequendi pignoris durare constitit*. Altre volte, invece, come si ricava da Plin. *epist.* 10.83 e dalla risposta di Traiano in Plin. *epist.* 10.84, la decisione intorno alla possibilità di applicare uno specifico privilegio pur riconosciuto – nel caso di specie quello di rivendicare i beni dei concittadini morti intestati che sarebbe stato concesso ai niceni da Augusto – era demandata alla discrezione dei funzionari locali. Ciò dimostra, ancora una volta, come il potere centrale rifiutasse di operare imposizioni persino quando ciò avrebbe significato agire in accordo con gli usi locali.

⁵² Le parole riportate nel testo, così come l’orientamento che esse esprimono, sono di A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny*, cit., p. 718. Lo studioso adduce quali esempi, oltre alle già ricordate Plin. *epist.* 10.65 e Plin. *epist.* 10.66 (sulle quali v. *supra*, nt. 26), pure Plin. *epist.* 10.68 e Plin. *epist.* 10.69, delle quali anche si è fatto cenno (*supra*, nt. 31) ma che, per vero, non mi sembrano esprimere alcuna forma di preferenza per le usanze locali – Traiano, difatti, si limita a sottolineare l’eccessiva durezza di una decisione che avesse imposto ai provinciali il ricorso al collegio dei Pontefici, raccomandando a Plinio di conformarsi agli *exempla* di quanti furono in precedenza a capo della Provincia – la celebre Plin. *epist.*

Tali *leges* erano dunque atte a regolamentare la vita delle comunità locali, imponendosi agli organi che rappresentavano il potere centrale, pure quando fossero in contrasto con prescrizioni romane o, e il caso della *πρωτοπραξία* costituisce certo un esempio paradigmatico, anche se potessero recare, sia pure potenzialmente, pregiudizio al fisco imperiale⁵³.

4. È giunto il momento di formulare qualche conclusione. Per un verso, si è visto come Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5 si presti a una indagine, condotta diacronicamente, volta a contestualizzare non solo lo specifico elenco di fonti normative che compare nel frammento, ma anche (e come conseguenza) il criterio di risoluzione dell'antinomia che ne costituisce l'oggetto finale. E così, si è ritenuto di dover delimitare l'originaria portata applicativa del *rescriptum* di Adriano - con la conseguenza per cui anche il contenuto normativo che lo stesso esprime si sarebbe riferito originariamente alla sola concreta fattispecie risolta - a un contesto territorialmente limitato.

È solo in prosieguo di tempo, allora, che si sarebbe imposta a Ulpiano una riflessione (forse suscitata dalla pratica) intorno al contrasto tra un *rescriptum* e una data *lex municipalis*, che egli potrebbe aver poi risolto per via di interpretazione.

Solo da ultimo i giustinianeî, probabilmente anche a cagione delle specificità di Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3⁵⁴, avrebbero deciso di risolvere in radice ogni possibile questione intorno alla portata generale delle *constitutiones principum*.

Peraltro, ed è proprio a questo fine che si è ritenuto opportuno porre in relazione il frammento ulpiano con Plin. *epist.* 10.108 e Plin. *epist.* 10.109, l'epistolario pliniano, e segnatamente il decimo libro, testimoniano una tendenza di politica legislativa del potere centrale, che si riscontra anche per il periodo successivo (come appunto testimonia Ulp.

10.97.1 («*Neque enim in uniuersum aliquid, quod quasi certam formam habet, constitui potest*»), Plin. *epist.* 10.111 e, infine, Plin. *epist.* 10.113. E tra queste, penso sia estremamente significativa, tra le altre testimonianze che si ricavano dal decimo libro dell'epistolario pliniano, proprio la coppia Plin. *epist.* 10.112-Plin. *epist.* 10.113.

⁵³ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e Impero*, cit., p. 120, il quale aggiunge, e il rilievo meriterebbe certamente ulteriore approfondimento, che tali prescrizioni avevano forza tale da vincolare non solo i cittadini delle *civitates* che fossero privi della cittadinanza romana, ma pure gli stranieri, anche se cittadini romani, che rientravano nella giurisdizione di quella specifica *civitas*. Quanto, invece, alla forza della normativa locale di vincolare gli organi del governo romano, il Maestro napoletano adduce pure la notizia che si ricava da Ulp. 2 *opin.* D. 49.1.12: *Si constet nullo actu ex lege habito duumvirum creatum, sed tantum uocibus popularium postulatum eisque tunc proconsulem, quod facere non debuit, consensisse: appellatio in re aperta supervacua fuit.*

⁵⁴ Cfr. *supra*, nt. 39.

25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5), volta a non imporre autoritativamente alcuna soluzione normativa alle comunità locali, il che evidenzia, e nell'epistolario, e nel brano ulpiano, tracce di un evidente pluralismo normativo motivato dalla necessità di adottare soluzioni anche più confacenti agli usi giuridici dei particolari.

Macerata, gennaio 2024

Abstract

Il presente contributo si sofferma sull'antinomia contenuta in Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5 che si sostanzia nel contrasto tra *rescriptum* e *lex municipalis* e sulla soluzione alla stessa offerta. Il frammento di Ulpiano è stato inserito in un contesto più ampio costituito da Plin. *epist.* 10.108 e Plin. *epist.* 10.109 per mostrare come, in realtà, esso debba essere cronologicamente suddiviso e come quindi il *rescriptum* dovesse avere in origine una efficacia territorialmente limitata, conformemente alle tendenze di politica legislativa che si manifestano nell'età di Traiano e poi di Adriano.

This essay focuses on the antinomy contained in Ulp. 25 *ad ed. praet.* D. 47.12.3.5 that takes the form of the contrast between a *rescriptum* and a *lex municipalis* and on its resolution. The Ulpian fragment has been placed in a broader context consisting of Plin. *epist.* 10.108 and Plin. *epist.* 10.109 to show how, in fact, it must be chronologically divided and how the *rescriptum* must have had originally a territorially limited effectiveness, in accordance with the trends of legislative policy that manifested themselves in the age of Trajan and then of Hadrian.

Keywords

Antinomia; lex municipalis; rescriptum; vis legis

Antinomy; lex municipalis; rescriptum; vis legis.

NOTE

LUIGI MARUOTTI *

L'influenza dei valori cristiani sulle regole giuridiche in Europa **

Sommario: 1. Premessa. Il periodo del 'diritto romano cristiano'. 2. Il periodo del diritto comune: dal Rinascimento giuridico alle prime codificazioni. 2.a. Il periodo del Rinascimento giuridico. 2.b. Il periodo dell'Umanesimo giuridico. 3. Il Giusnaturalismo, l'Illuminismo e l'affermazione dei diritti fondamentali.

1. Il mio fine è quello di evidenziare brevemente come, nel corso del tempo, i valori cristiani abbiano notevolmente influito in Europa sull'evoluzione delle regole giuridiche.

Una rapida panoramica di carattere storico consente di cogliere come tali valori siano stati una spinta propulsiva per la progressiva affermazione di principi universalmente accettati, divenuti il fondamento di molte regole delle Costituzioni degli Stati moderni dell'Europa occidentale, nonché delle Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo.

Per comodità di esposizione, distinguerei tre periodi:

a) il periodo del 'diritto romano cristiano', seguito cronologicamente dal periodo romano-barbarico, nel corso dei quali i valori cristiani hanno cominciato ad avere un ruolo primario;

b) il periodo del diritto comune, che va dal XII al XVIII secolo, dall'epoca del Rinascimento giuridico sino a quella della Rivoluzione francese e dunque sino all'età delle prime codificazioni;

c) il periodo successivo alla Rivoluzione francese, caratterizzato dal progressivo riconoscimento e dalla tutela nei sistemi giuridici dei diritti fondamentali, consacrati nelle Costituzioni nazionali e nelle Convenzioni internazionali.

L'illustre romanista Biondo Biondi ha definito come periodo del 'diritto romano cristiano' quello che comincia con l'imperatore Costantino e termina con l'imperatore Giustiniano.

* *Presidente del Consiglio di Stato.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review*

Per Riccobono, in questo periodo vi è stato “l’impatto della religione nel campo del diritto”.

Sino al terzo secolo dopo Cristo, infatti, il diritto romano ancora si ispirava – sia pure con sempre minore convinzione – alle tradizioni più antiche ed ai *mores maiorum*, ad esempio sui poteri del *pater familias*.

L’influsso del cristianesimo comportò l’affermazione dei nuovi valori che furono posti a base di riforme normative e dell’interpretazione dei giureconsulti.

L’*aequitas*, la *benignitas*, la *caritas*, l’*humanitas* divennero fondamentali canoni di riferimento, da applicare per la protezione dei più deboli, dei minori, dei malati, delle donne e anche degli schiavi.

Innovando rispetto alle regole tradizionali sul *mancipium* e sul *dominium*, per le quali il *pater familias* aveva un incontrollato potere sui sottoposti ed il *dominus* poteva liberamente punire o uccidere il suo schiavo, si affermarono regole limitative del potere del *pater* e protettive per i suoi sottoposti e si dispose che la pubblica autorità poteva sanzionare il *dominus* che avesse abusato del suo schiavo.

Erano le prime ipotesi di ‘abuso del diritto’, che nel diritto moderno costituisce una figura generale di illecito.

Le regole protettive degli schiavi indussero nel XVII secolo il francese Pothier a dare una definizione del diritto di proprietà che ha avuto poi una generale condivisione, proprio per il richiamo ai limiti connaturati al suo esercizio, attualmente previsti dall’articolo 843 del codice civile italiano e dall’articolo 42 della nostra Costituzione.

Anche nei settori delle obbligazioni e dei contratti, i valori cristiani indussero alla introduzione di regole protettive dei soggetti più deboli ed in particolare dei debitori.

Nel diritto romano più antico e nell’epoca classica, rilevavano due principi fondamentali:

- a) le parti potevano concordare qualsiasi clausola anche se squilibrata, ad esempio la previsione di interessi molto elevati nel caso di mutuo o un prezzo particolarmente basso nel caso di vendita;
- b) l’obbligazione doveva essere comunque adempiuta.

Progressivamente, furono introdotte regole per la protezione dei più deboli.

Per quanto riguarda la fase della nascita dell’obbligazione, furono previsti strumenti di tutela per chi fosse in stato di bisogno e dunque fosse ‘disposto a tutto’, anche a concludere un contratto a condizioni particolarmente inique.

Questa tutela si indirizzò lungo tre direttrici (cui ancora si ispira il vigente codice civile italiano), in tema di mutuo, di patto commissorio e di contratti rescindibili per lesione *ultra dimidium*.

Innanzitutto, vi furono importanti riforme in tema di interessi, che i Romani chiamavano *usurae* (dovute quando, oltre ad esservi il *mutuum*, vi era la *stipulatio usurarum*).

Nel diritto classico, non erano mancate regole volte a limitare la libertà delle parti di concordare con la *stipulatio usurarum* altissimi tassi di interesse, ad esempio quella decemvirale del divieto dell'*usura ultra duplum* in un anno e quella introdotta da Cicerone del limite dell'uno per cento mensile.

La successiva legislazione romano-cristiana fu molto più stringente.

La Costituzione di Teodosio del 385 d.C. limitò il tasso degli interessi anche per il *foenus nauticum* (cioè per le operazioni economiche particolarmente rischiose, come il prestito per l'acquisto di merci trasportate per nave) e dispose l'infamia per chi avesse comunque violato i limiti sui tassi di interesse.

La *Generalis sanctio* di Giustiniano del 528 fissò nuove regole generali sui tassi di interesse, dimezzando il tasso ordinario al sei per cento annuo.

La *benignitas* posta a suo fondamento, unita alle discussioni dei Padri della Chiesa ed in particolare di San Girolamo e Sant'Agostino, indusse il diritto canonico a porre regole ancora più rigide per i cristiani che intendessero dare in prestito somme di denaro.

Sul presupposto che il tempo non può essere oggetto di speculazioni economiche, in quanto 'appartiene a Dio', il diritto canonico introdusse la regola del divieto di dare in prestito il denaro in cambio degli interessi, sul presupposto che il mutuo doveva consistere in un atto di solidarietà (*date mutuum, nihil inde sperantes*), con la conseguenza che i contratti di mutuo oneroso erano leciti solo se stipulati da chi non fosse di religione cristiana.

Tali principi rimasero fermi per molti secoli, dopo che l'imperatore Lotario impose in tutto il territorio dell'impero le regole del diritto canonico in tema di interessi, disponendo che solo i non cristiani potevano essere 'mercanti del denaro'.

Inoltre, va segnalata l'evoluzione della disciplina sul patto commissorio.

Sin dai tempi più antichi, in sede di conclusione della *stipulatio usurarum* garantita da un bene dato in pegno, le parti concordavano che nel caso di inadempimento il creditore diventasse proprietario del bene: la clausola così rovinosa per il debitore era

tanto frequente, da essere diventata parte integrante della *stipulatio* e da essere definita *lex commissoria*.

La celeberrima Costituzione di Costantino del 324 d.C. non solo dispose per il futuro la nullità della *lex commissoria*, ma ne dispone retroattivamente la nullità, con la previsione della sua *damnatio memoriae*.

Il vigente articolo 2744 del codice civile ancora prevede il divieto del patto commissorio, esteso anche ai mutui ipotecari.

Va infine ricordata la normativa sulla rescissione del contratto, per lesione *ultra dimidium*.

Nel diritto romano-cristiano si perfezionò la regola affermatasi per *benignitas* a favore dell'alienante che, versando in stato di bisogno, avesse venduto per un prezzo molto basso un immobile a chi se ne fosse approfittato: si affermò che *humanus est* il tutelare la persona più debole dall'approfittamento altrui.

Per quanto riguarda la fase dell'adempimento dell'obbligazione, nel diritto romano classico era ancora vigente la rigorosa regola della legge delle XII tavole, per la quale il debitore inadempiente rispondeva con la morte ed i creditori si potevano dividere il suo corpo: l'inadempimento non poteva essere giustificato.

Questa regola andò ben presto in desuetudine, come rilevato dal giurista Favorino nel secondo secolo dopo Cristo, ma era indicativa del trattamento complessivo riservato ai debitori.

Nel periodo romano-cristiano, il debitore non fu più considerato responsabile nel caso di inadempimento 'incolpevole'.

Uno scritto del professore Francesco Paolo Casavola, sui 'Giuristi adrianei', ha molto bene posto in luce come il nuovo principio si affermò mediante un mutamento dell'interpretazione della parola '*culpa*', contenuta nella legge delle XII tavole.

Nel significato più antico, essa era intesa come 'nesso di causalità'.

Tenuto conto degli influssi greci, a loro volta ispirati ai valori cristiani della *benignitas* e dell'*aequitas*, la parola '*culpa*' venne intesa nel senso di rimproverabilità, sicché si cominciò ad escludere la responsabilità di quel contraente che non avesse adempiuto per caso fortuito o forza maggiore o che comunque avesse fatto tutto il possibile per adempiere.

Il diritto romano-cristiano incise anche sulla disciplina degli enti e delle persone giuridiche.

Proprio la comunità cristiana costituì l'ente al quale i Padri della Chiesa ed i filosofi si riferirono, per identificare la nozione di ente morale: a partire da papa Innocenzo IV la Chiesa stessa fu identificata come un *corpus mysticum*, l'ente immateriale 'a vocazione universale', titolare di diritti e rappresentativa della comunità dei fedeli.

Cominciarono a diffondersi le iniziative (*operae piae*), dovute anche ai frequenti lasciti ed alle donazioni in favore dei vescovi, volte a realizzare ricoveri per i più deboli (*ospitia*, gli orfanotrofi, *gerontocomia*, *manicomia*).

Le *operae piae* furono sempre più oggetto di specifiche normative del diritto canonico e del diritto imperiale e consentirono nel tempo il consolidamento delle strutture caritatevoli gestite dai 'corpi morali' (nel linguaggio del diritto canonico), dagli 'enti morali' (nel linguaggio del codice civile del 1865), dalle 'istituzioni di assistenza e di beneficenza' (nel linguaggio della 'legge Crispi' del 1890) e dalle 'fondazioni' (nel linguaggio del codice civile del 1942).

Lo stesso attuale sistema del Servizio sanitario nazionale deve molto all'evoluzione che ha caratterizzato le *operae piae* e la relativa disciplina (anche in tema di rappresentanza), dal momento che molti enti morali privati ed enti ecclesiastici, che gestivano ospedali, orfanotrofi, manicomi, ecc., furono trasformati dapprima nel 1890 in 'istituti di assistenza e di beneficenza' e poi nel 1968 in enti ospedalieri, prima di confluire con i loro patrimoni nelle Unità sanitarie locali e nelle Aziende sanitarie locali, a seguito della riforma avutasi con la legge n. 833 del 1978.

2. Il diritto romano-cristiano ha continuato ad avere notevoli influssi nell'Europa occidentale, anche quando - dapprima con la caduta dell'Impero romano d'Occidente e poi nel periodo successivo a Giustiniano - si è affermato il cd diritto romano-barbarico, con il progressivo e costante allontanamento dall'impero romano d'Oriente.

Il diritto romano-cristiano continuò ad avere rilevanza pure a seguito delle cd invasioni barbariche e comunque - come rilevato da Calasso e Pertile - vi fu la romanizzazione dei sistemi giuridici da esse introdotti.

Una convinta riaffermazione dei valori cristiani ebbe impulso nel periodo del diritto comune, che va dal cd rinascimento giuridico del XII secolo della scuola bolognese dei Glossatori sino all'epoca della Rivoluzione francese ed alle prime codificazioni.

In questo periodo, la scuola bolognese sul piano giuridico approfondì gli studi del *Corpus iuris* di Giustiniano, mirando all'enunciazione di interpretazioni 'giuste' delle

regole più antiche, basate sui valori cristiani, contribuendo sul piano politico - in modo decisivo - a rafforzare la concezione teocratica del potere imperiale.

Per comodità di esposizione e per ragioni di sintesi, il periodo del diritto comune si può suddividere:

- a) nel periodo del 'Rinascimento giuridico', in cui si affermarono la scuola bolognese dei Glossatori e la scuola dei Commentatori (con il rilievo del *mos italicum*);
- b) nel periodo del cd. Umanesimo giuridico (con il rilievo del *mos gallicum*).

2.a. Il 'Rinascimento giuridico' coincise con la 'riscoperta' del *Corpus iuris*.

A seguito del fortuito ritrovamento di una copia del *Corpus iuris*, considerato un 'dono sceso dal cielo', Irnerio, la *lucerna iuris*, Azzone, Odofredo cominciarono a darne con le loro 'glosse' una interpretazione testuale, per darne una lettura coerente con i valori cristiani.

Va sottolineato come il *Corpus iuris* già costituiva un testo notevolmente 'cristianizzato' dai compilatori bizantini.

I Glossatori verificarono come ogni regola in esso contenuta si fosse concretamente basata sull'*aequitas*, sulla *benignitas*, sulla *caritas*, poiché intendevano rappresentare il medesimo *Corpus iuris* come la sintesi dei 'principi di giustizia ideale riferibile a Dio'.

I Glossatori consideravano il *Corpus iuris* come il 'contenitore' delle regole divine già affermatesi per secoli nel diritto civile romano, ne avevano una totale deferenza e con le loro continue 'interpolazioni' 'adattarono' ai valori cristiani i testi più antichi e quelli successivi.

In base a questo 'metodo italiano della interpretazione', definito proprio come *mos italicum*, sulla base del diritto divino era tratto da ogni parola del *Corpus iuris* ogni possibile significato, che valesse anche per il futuro.

Sotto il profilo 'politico', questa impostazione dei Glossatori fu senz'altro gradita ed anche sostenuta dagli imperatori, i quali miravano a dare un fondamento sostanzialmente teocratico alla loro autorità: essi si qualificarono come prosecutori della titolarità dell'*imperium* romano e come titolari del potere a suo tempo esercitato da Giustiniano, come espressione della volontà divina (*omnis potestas a Deo*).

In tal modo, il *Corpus iuris* divenne la base e il nucleo fondante del 'diritto comune', applicabile come diritto imperiale vigente, corrispondente all'insegnamento divino.

L'impostazione 'politico-teocratica' dei Glossatori fu seguita anche dai Commentatori, tra i quali vanno menzionati Bartolo e Accursio, i quali - a differenza dei primi - non si limitarono ai commenti che costituivano 'corollari' delle regole scritte, ma ricostruirono 'autonomamente' singoli istituti giuridici (ad esempio, l'obbligazione, il dominio).

Malgrado le loro differenze, sia i Glossatori che i Commentatori aderirono in pieno al testo del *Corpus iuris* e ne diedero una lettura basata sui valori cristiani.

Inoltre, nel periodo del rinascimento giuridico si teorizzò e fu sostenuta dalle corti la sostanziale unicità del diritto comune, di cui furono considerati come componenti essenziali sia il *Corpus iuris*, basato sulla autorità imperiale, sia il diritto canonico, basato sulla autorità del Sommo Pontefice, oltre ai diritti locali.

Questa sostanziale unicità comportò una parziale osmosi degli ordinamenti, sicché alcune regole del diritto canonico divennero regole del diritto comune.

Di conseguenza, vi fu anche il superamento di regole tradizionali risalenti al diritto romano più antico.

Si pensi alla tutela del possesso.

Per il diritto romano, nel caso di spoglio vi era la possibilità di potersi fare giustizia da sé anche con la violenza: qualora non fosse stato in grado di recuperare il suo bene, lo spogliato poteva ottenere un *interdictum* del magistrato, il quale ordinava all'autore dello spoglio di non opporsi al recupero della cosa.

Invece, nel diritto canonico, nei casi in cui si discuteva chi dovesse essere il titolare di sedi vescovili, si affermò il principio *spoliatus ante omnia restituendus* (e cioè il vescovo violentemente scacciato aveva titolo al suo reinsediamento, in attesa della definizione della lite).

Tale principio - mirante ad evitare l'uso della violenza - divenne di carattere generale e fu recepito dal diritto comune, con il superamento di quanto affermato nel *Corpus iuris*.

Ecco perché ora si afferma che la disciplina sulla tutela del possesso si giustifica per esigenze di ordine pubblico, *ne cives ad arma veniant*.

2.b. Successivamente al *mos italicum*, si diffuse il *mos gallicum* come metodo di interpretazione.

Con Alciato, considerato il fondatore del cd. Umanesimo giuridico e della 'scuola culta', ogni passo del testo del *Corpus iuris* fu sottoposto ad un esame critico, basato su

considerazioni storicistiche: non poteva essere interpretato un testo, senza tenere conto della lontananza temporale della sua approvazione.

Cuiacio ed Otofredo cominciarono a dubitare della 'importanza divina' del *Corpus iuris*, apprezzandone sì il valore come 'monumento dell'antichità' utile, come punto di partenza delle discussioni, ma considerandolo anacronistico e superato.

Lorenzo Valla arrivò a definire Bartolo e Accursio come 'oche che avevano pasticciato sui testi', come se questi fossero stati scritti 'il giorno prima'.

La scuola culta - con la sua impostazione 'critica' dei testi - pose i fondamenti per adattare ai tempi il *Corpus iuris*, teorizzando l'importanza delle libere discussioni e del 'dubbio' ed anche l'importanza della tolleranza per le posizioni altrui.

L'invito alla tolleranza fu molto importante nel complesso periodo in cui in Europa si diffusero le guerre di religione e, in particolare, gli atteggiamenti di intolleranza tra i cattolici ed i protestanti.

Superando la posizione per la quale la religione cristiana poteva essere imposta anche con la costrizione, i giuristi ed anche i teologi diffusero come valori cristiani anche quelli della libera discussione e della tolleranza.

Tra gli altri, menzionerei il Castellion, un autore dell'Alta Savoia, seguace di Erasmo da Rotterdam.

Nel suo lavoro del 1555 «*De haereticis a civili magistratu non puniendis*», Castellion ritenne che il potere politico non dovesse punire coloro che la pensavano diversamente e non seguivano le indicazioni della Chiesa di Roma ed osservò che «Cristo non si avvale della spada e dei magistrati per affermare il suo verbo»: 'la tolleranza unisce e non divide', 'si trasmette il messaggio divino anche riconoscendo l'altrui libertà di coscienza'.

In un altro suo lavoro del 1562, «*De arte dubitandi*», Castellion ribadì che il 'dubbio' e la tolleranza erano valori profondamente cristiani, basati sulla prudenza e sul rispetto del prossimo.

In quel periodo caratterizzato dalle guerre di religione, con l'invito al dialogo, alla tolleranza ed al rispetto delle posizioni altrui, si posero in Europa le solide basi per la pacificazione ed il superamento dei conflitti e, inoltre, si posero le basi per ulteriori passaggi, quali il diffondersi del Giurisdizionalismo, dell'Illuminismo e l'affermazione negli ordinamenti giuridici dei diritti fondamentali.

3. Con il Giusnaturalismo, si cominciò a porre l'attenzione sui valori universali della persona e si posero le basi per l'affermazione del principio di uguaglianza.

Va sottolineata la diversità del Giusnaturalismo europeo, rispetto allo *ius gentium*, rilevante nel diritto romano e di cui aveva dato una definizione Gaio nel II secolo d.C.

Lo *ius gentium* aveva riguardato i rapporti del mondo romano con le altre civiltà e si era basato sugli istituti giuridici condivisi di quel tempo, tra i quali rientrava la schiavitù, che non era affatto percepita quale violazione dei diritti umani.

La scuola giusnaturalista, del quale l'olandese Grozio è considerato il fondatore, mirò invece all'affermazione ontologica dei diritti dell'uomo, derivanti per il solo fatto che vi è stato il suo passaggio dallo 'stato di natura' allo 'stato civile': tale impostazione fu ancor più decisiva per il superamento delle intolleranze religiose.

Con il suo richiamo al naturale *appetitus societatis* dell'uomo, cioè alla sua naturale vocazione di vivere organizzandosi in una collettività (ciò che avrebbe portato il Rousseau ad approfondire il fondamento del 'contratto sociale'), il Giusnaturalismo di Grozio diventò il fondamento filosofico ed etico di regole morali che – auspicabilmente – per ragioni di giustizia sostanziale sarebbero dovute diventare regole giuridiche.

Grozio basò il Giusnaturalismo sui valori cristiani, considerati come 'regole extralegali, ma evidenti di giustizia', ed affermò che tali regole erano tanto giuste da dover essere giuridicamente rilevanti 'anche se Dio non esistesse'.

Con il Giusnaturalismo, per il quale le regole giuridiche non dovevano necessariamente coincidere con quelle religiose, in vari ordinamenti cominciò ad attuarsi la laicizzazione del diritto, sia nel campo civile che in quello penale.

Nel suo scritto «*De iure belli ac pacis*» del 1624, Grozio distinse dal fenomeno religioso il 'diritto laicizzato', che a suo avviso in ogni ordinamento si sarebbe dovuto basare su soli tre 'principi basilari', comuni a qualunque società organizzata, cioè il non appropriarsi di ciò che è di altri, il rispettare i patti («*pacta sunt servanda*») e il risarcire i danni cagionati con colpa (*neminem laedere*): le altre regole si sarebbero potute ricavare sulla base di procedimenti deduttivi.

Il Giusnaturalismo influenzò profondamente il pensiero degli Illuministi, sia di quelli dell'area anglosassone, sia di quelli dell'area continentale.

Per Hobbes, teorico dell'assolutismo illuminato, è dovuta l'obbedienza al sovrano, perché questi – dovendo tutelare le libertà dei cittadini - ha il dovere di attenersi ai principi del diritto naturale ed a quelli della cristianità: Hobbes da un lato individuò il fondamento dello Stato di diritto con il primato della legislazione, dall'altro definì lo Stato come il 'guardiano', tenuto a tutelare le libertà.

Per Locke, teorico del liberismo inglese, è dovuta l'obbedienza al sovrano, perché questi - dovendo tutelare i diritti innati dell'uomo - deve positivizzare il diritto naturale sulla base dei principi etici e dei valori cristiani.

Nel Settecento, il pensiero di questi due autori ispirò in Inghilterra e anche negli Stati Uniti il 'costituzionalismo', per il quale i diritti innati devono essere garantiti dalle Costituzioni, che devono altresì disporre la supremazia del Parlamento rispetto al Governo.

Il costituzionalismo inglese e quello statunitense hanno dunque anch'essi attribuito rilievo ai valori etici ed a quelli cristiani, e non solo con le regole giuridiche, ma anche con significative modalità simboliche, come ad esempio con l'enunciazione sulle banconote degli Stati Uniti della frase «*In God we trust*».

Quanto ai Paesi continentali, richiamerei innanzitutto i giusnaturalisti tedeschi.

Per Pufendorf, gli ordinamenti devono mirare ad essere scienze esatte, con l'affermazione di tutti i corollari che si possono trarre dai tre principi fondamentali enunciati da Grozio.

Per Leibniz, per la loro importanza le Costituzioni avrebbero dovuto enunciare con assoluta certezza le 'regole madri', derivanti dal diritto naturale e poste a base della morale cristiana.

Per Wolf, le 'regole madri' si sarebbero dovute enunciare sistematicamente nelle leggi con disposizioni generali e astratte, potendosi affermare in concreto e con chiarezza il principio di uguaglianza - il 'primo' dei principi - con la redazione di disposizioni normative contenenti il soggetto 'chiunque'.

Vanno infine ricordati i francesi Domat e Pothier, considerati i padri del codice civile francese del 1804.

Nella sua opera "*Le leggi civili nel loro ordine naturale*", Domat osservò che, mentre il diritto pubblico è mutevole in base alle continue contingenze storiche e politiche, il diritto civile è tendenzialmente stabile e deve necessariamente tenere conto del diritto romano, da considerare come un vero e proprio 'deposito della sapienza': il diritto romano, per come era stato modificato per l'influsso del diritto canonico, andava considerato come la principale fonte dei 'principi universali' del diritto naturale.

Con Domat, vi fu dunque una mirabile sintesi tra il diritto romano, il diritto canonico e le aspirazioni del Giusnaturalismo, i quali dapprima furono oggetto di coordinamenti con le 'consolidazioni' e poi divennero i 'presupposti logico-giuridici delle codificazioni'.

Le ‘consolidazioni’, avutesi nel Seicento e nel Settecento in vari Paesi europei, avevano unicamente lo scopo di dare maggiore certezza al sempre più complesso quadro normativo e consistevano nella sostanziale redazione di ‘testi unici’ aventi per oggetto determinate materie e contenevano - coordinate tra loro - le eterogenee disposizioni vigenti, tratte dal *Corpus iuris*, dalle disposizioni imperiali, dal diritto canonico, dalle consuetudini, dalle normative locali meritevoli di avere applicazione generale.

Con la Rivoluzione francese e l’affermazione del parlamentarismo, cominciò il periodo in cui si sentì il bisogno pressante di erigere nuovi sistemi normativi, basati sul principio di uguaglianza, e di fissare in codici ‘innovativi’ le nuove regole.

Le ‘codificazioni’, a differenza delle ‘consolidazioni’, comportarono la progressiva perdita in Europa della rilevanza del diritto comune.

Una disposizione finale del Codice Napoleonico del 1804 stabilì che con la sua entrata in vigore avrebbe perso rilevanza il diritto comune e una simile disposizione era contenuta nel Codice tedesco del 1896.

Malgrado il ‘passaggio epocale’ dell’epoca delle codificazioni, non vi è stata una riduzione della incidenza dei valori cristiani nelle legislazioni europee.

Con l’entrata in vigore dei codici, nei Paesi europei vi è stata una prima disciplina del principio di uguaglianza, con la conseguente tutela degli individui nei loro rapporti civili, secondo la logica prevalente dello ‘Stato guardiano’ e del ‘legislatore illuminato’ e ‘infallibile’.

Il codice francese del 1804 vietò ai giudici di darne una interpretazione difforme dal dato testuale (ispirandosi ad una analoga regola a suo tempo disposta da Giustiniano, che vietò di dare al *Corpus iuris* una interpretazione diversa dal suo dato testuale), proprio perché si era diffuso il ‘mito della saggezza del legislatore’.

Concludo questo mio breve intervento, rilevando come dall’esame della storia emerga un ‘eterno ritorno’ al diritto naturale e ai valori cristiani.

Questo ‘eterno ritorno’ è stato determinante anche per abbandonare ‘il mito della saggezza del legislatore’ per superare momenti particolari della storia mondiale e per creare un sistema di valori universalmente accettati.

Si pensi a quanto è accaduto nel corso del Novecento ed alle leggi che in vari Paesi avevano disconosciuto il principio di uguaglianza, introdotto discriminazioni, consentito di avere condotte lesive dei diritti umani.

I fatti della storia hanno fatto superare la visione fideistica per la quale la legge approvata da un Parlamento per definizione è ‘giusta’.

Con l'accordo di Londra ed i processi di Norimberga e di Tokio, la comunità internazionale decise che si sarebbero dovuti sottoporre a processi penali coloro che - pur se formalmente si erano attenuti alle leggi vigenti nei loro Paesi - avevano commesso condotte ingiustificabili, sotto il profilo della morale e della giustizia sostanziale.

Il superamento del tradizionale mito dell'onnipotenza del legislatore si è concretizzato in quasi tutti gli Stati con la previsione espressa nelle Costituzioni delle 'regole madri', dei 'principi' sui 'diritti fondamentali' e con la contemporanea istituzione delle Corti Costituzionali, competenti a verificare se le leggi ordinarie si pongano in contrasto con tali principi.

Sul piano internazionale, è stata sempre più condivisa la necessità che i diritti fondamentali siano tutelati anche da convenzioni internazionali e da atti aventi rilevanza universale, come la dichiarazione dell'O.N.U. del 1948 sui diritti civili.

I valori cristiani sono dunque ben presenti nelle Costituzioni e nelle convenzioni internazionali e riguardano il 'rispetto del prossimo', non solo in un'ottica 'statica' volta a 'non ledere', ma anche in un'ottica 'dinamica' basata sulla solidarietà, che - come insegnò anche Leone XIII nella sua enciclica '*Rerum novarum*' - spinga ad avere anche comportamenti attivi di aiuto ed assistenza.

In sintesi, permettetemi di concludere, affermando che quest'ottica dinamica costituisce potente spinta propulsiva per la società: la solidarietà, con la sua apertura verso il prossimo, consente anche di tendere ad un mondo migliore.

Roma, ottobre 2024

NOTE

Abstract

Si pone in evidenza brevemente come, nel corso del tempo, i valori cristiani abbiano notevolmente influito in Europa sull'evoluzione delle regole giuridiche. I periodi del Rinascimento e quello dell'Umanesimo giuridico, poi il Giusnaturalismo, l'Illuminismo e l'affermazione dei diritti fondamentali, con esempi ripercorsi in estrema sintesi, svelano quindi il volto cristiano dell'Europa del diritto.

The paper sketches a brief outline of how, over time, Christian values have significantly influenced the evolution of legal rules in Europe. The historical periods of the Renaissance, Legal Humanism, then Natural Law, the Enlightenment and the affirmation of fundamental rights, through very brief examples, reveal the Christian face of the 'Europe of law'.

Keywords

Valori cristiani - fondamenti del diritto europeo - tradizione romanistica.

Christian values - Foundations of European law - Roman Legal Tradition

FEDERICA PRATO*

*Il risarcimento del danno “normale” o “presunto” da occupazione sine titulo di immobile***

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il contrasto interpretativo sorto in materia di risarcimento del danno da occupazione abusiva di immobile da parte dei privati. - 2.1 La Terza Sezione civile tra concezione causale del danno risarcibile e *punitive damages*. - 2.2 Prova del danno *in re ipsa* da perdita della facoltà di godere del bene illegittimamente occupato. - 3. Il compromesso raggiunto per la risarcibilità del danno da occupazione *sine titulo* di un bene immobile: l'apparente punto di equilibrio tra la teoria normativa e la teoria causale. - 4. Osservazioni ai principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite con le sentenze nn. 33645 e 33659 del 15 novembre 2022. - 5. “Normalizzazione” del danno *in re ipsa*? - 6. La crisi del dogma della non risarcibilità del danno non patrimoniale per lesione del diritto di proprietà. L'opportunità (e i limiti) di una lettura costituzionalmente e comunitariamente orientata, alla luce di una visibile antinomia con la ricostruzione europea del diritto dominicale. - 7. Considerazioni conclusive.

1. L'effettiva tutela della proprietà privata è il nodo centrale del tema che ci occupa, considerando la rilevanza fondamentale che questo diritto assume nell'ordinamento nazionale ed europeo e il suo stretto collegamento con quasi tutti gli istituti del diritto privato¹.

* Dottoranda di ricerca in Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review

¹ Sul tema: F. SANTORO PASSARELLI, *Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, pp. 270-272; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 147 ss.; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, VII, 1, Torino, 1982, p. 264 ss.; ID., *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, pp. 28-97; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995, p. 609 ss.; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, 1971,

Diversamente da quanto riassunto con il brocardo latino «*Cuius est solum, eius est usque ad caelum (ad sidera), et usque ad inferos*»² e con l'espressione «nella maniera più assoluta» presente nel codice civile del 1865³, oggi il diritto di proprietà conosce diverse limitazioni⁴. Senza dimenticare, poi, l'evoluzione interpretativa che ha portato ad una concezione del diritto di proprietà interindividualistica e non più individualista⁵, concentrando l'attenzione sulle funzioni⁶ e i rapporti tra situazioni giuridiche appartenenti a soggetti diversi.

Particolare attenzione va dedicata alle due accezioni del contenuto del diritto⁷, vale a dire il concetto di godimento del bene e quello di disposizione, nell'ottica di verificarne la sostanza e, per ciò che concerne il fulcro della presente riflessione, le conseguenze derivanti da circostanze che pregiudicano l'esercizio di tali facoltà. Per quanto attiene al potere di godimento ci si può riferire alla facoltà in capo al proprietario di utilizzare o meno il bene⁸, di decidere in ordine ad eventuali trasformazioni dello stesso, nonché sulle modalità di utilizzo della cosa, fino alla sua distruzione; diversamente, il potere di

passim.; ID., *Manuale di diritto civile*, IX ed., Napoli, 2018, p. 228; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 123 ss.; P. RESCIGNO, *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 254; S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 125; ID., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252; ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*, Bologna, 2013, p. 477 ss.; U. MATTEI, *Proprietà*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XV, Torino, 1997, p. 432 ss.; T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI e L. GENGHINI, *I diritti reali*, Padova, 2011, pp. 677-711; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2014, pp. 43-110; R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, pp. 267-304.

² «Chi è proprietario del suolo, lo è fino al cielo (alle stelle) e agli inferi»; si tratta di un'espressione non presente in fonti del diritto romano classico ma risalente al XIII secolo e attribuita ad Accursio (*Harvard Legal Essays, Written in Honor of and Presented to John Henry Beale and Samuel Williston*, Ayer Company Publishers, 1977, p. 522).

³ In base all'art. 436 «La proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti».

⁴ In argomento: U. NATOLI, *La proprietà. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1976, pp. 278-284; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 40; S. RODOTÀ, *Proprietà (dir. vig.)*, cit., p. 125 ss.; S. MANGIAMELLI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986, *passim.*; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, pp. 81-179; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, *passim.*; A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, p. 314 ss.; ID., *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 468.

⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La proprietà come rapporto. A proposito dell'interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 350 ss.

⁶ G. ALPA, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 599.

⁷ C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà (artt. 832-833)*, in *Il Codice civile. Commentario fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli*, Milano, 2019, pp. 2-140.

⁸ Per osservazioni sul “non uso” dell'immobile da parte del proprietario: C. SALVI, *Teoria e pratica dell'occupazione abusiva*, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 3675 e 3676.

disposizione avrebbe ad oggetto diverse facoltà accordate al proprietario non riconducibili, però, ad un concetto unitario⁹. Parte della giurisprudenza¹⁰, richiamando autorevole dottrina¹¹, ritiene che il diritto di disporre, in realtà, costituisca il profilo più intenso del diritto di godere, riassumibile nel brocardo latino «*ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*».

Preciando da dogmatismi, è condivisibile osservare come in realtà l'effettivo contenuto del potere di godimento e di disposizione del bene andrebbe individuato caso per caso, in base alle peculiarità della fattispecie concreta e quindi, in virtù della funzione che la proprietà svolge nello specifico contesto da analizzare¹²; d'altronde tale metodologia costituisce lo strumento di tutela più efficiente in caso di lesioni del diritto dominicale.

Orbene, il quesito che l'intervento delle Sezioni unite del 15 novembre 2022 ha tentato di risolvere aveva ad oggetto, tra le altre cose, la possibilità di ricorrere sia alla tutela reale (*property rules*) che a quella risarcitoria (*liability rules*) nei casi di occupazione illecita di immobile e quindi di lesione del contenuto del diritto di proprietà¹³.

La tematica richiamata, intrecciata ad un altro tema classico in materia di responsabilità civile, ha visto contrapporsi due orientamenti: uno fermamente ancorato ad una lettura in chiave causale del danno risarcibile e l'altro, invece, a sostegno della teoria normativa¹⁴ del danno.

Sin da subito è doveroso precisare che la risposta fornita dall'organo di nomofilachia è apparsa ai commentatori ben lontana dal *grand arrêt* atteso¹⁵ e connotata da una debolezza argomentativa in sede di mediazione tra le due tesi tra loro antitetiche. Ciò ha contribuito ad alimentare le incertezze su margini di (in)ammissibilità del danno

⁹ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 231.

¹⁰ Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, in *Foro it.*, 2022, I, c. 3631.

¹¹ S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Ann. Univ. Messina*, 1927, ora in ID., *Diritto civile: Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 3-32; ID., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 518 ss., ora in ID., *Diritto civile: Metodo, teoria, pratica*, cit., p. 71 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 2014 (ed. or., Napoli, 1967), p. 44 ss.

¹² P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 230 s.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 273 ss.

¹³ M.L. CHIARELLA, *Occupazione sine titulo e danno in re ipsa. Tra soluzioni praticate e implicazioni sistematiche*, Catanzaro, 2023, pp. 51-68. Più in generale, sulla distinzione tra *property rules* e *liability rules*, si rinvia a G. CALABRESI e A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, p. 1089 ss.

¹⁴ Secondo tale corrente di pensiero il danno coincide con la lesione dell'interesse giuridicamente tutelato. In letteratura: F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 14, ove considerava il danno come «l'evento lesivo di un bene o interesse»; A. DE CUPIS, *Danno (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 622-631; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile, Le fonti delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, III, Torino, 1998, p. 277 ss.

¹⁵ In questi termini, M.L. CHIARELLA, *Occupazione sine titulo e danno in re ipsa*, cit., p. 76 ss.

in re ipsa, oltre a far emergere parte delle difficoltà derivanti dall'assenza di una «trasparente condivisione in merito alla portata, già solo descrittiva»¹⁶ delle categorie coinvolte.

2. Il tema del danno da occupazione abusiva di immobile da parte di un privato¹⁷, per anni rimasto ai margini dei dibattiti dottrinali¹⁸, torna ad interessare gli studiosi del diritto in virtù di un aumento del contenzioso in materia e soprattutto grazie alle due ordinanze interlocutorie¹⁹ con le quali è stato affidato alle Sezioni unite il compito di dettare un indirizzo unitario sulla natura del danno subito dal proprietario per l'occupazione abusiva del suo immobile²⁰. Tale istanza risultava collocata in un contesto giuridico nel quale, da diverso tempo, la giurisprudenza di legittimità si era pronunciata ripetutamente sul tema senza, però, assumere una posizione sempre coerente, inequivoca e con valenza effettivamente e pienamente nomofilattica²¹.

Ai fini dell'analisi che ci occupa, seppur brevemente, si ritiene necessario ripercorrere, altresì, i percorsi argomentativi degli orientamenti interni alle Sezioni semplici, in modo da isolare i punti nevralgici della questione: la prova del danno emergente e il contenuto di mere sovrastrutture descrittive, quali il danno *in re ipsa*

¹⁶ F. MEZZANOTTE, *Cos'è in re ipsa nel "danno in re ipsa"?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 1824.

¹⁷ La precisazione si rende fondamentale alla luce della delimitazione del campo di indagine operata dalle Sezioni unite in quanto, veniva chiarito che nei casi di occupazione illecita ad opera della Pubblica Amministrazione, l'art. 42 bis del D.P.R. n. 327/2001 (T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità) costituisca un'eccezione alla regola. Invero, tale norma prevede che «al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene». I giudici delle Sezioni unite hanno ritenuto che tale previsione fosse semplicemente una «*valutazione normativamente tipizzata*» che presuppone il solo accertamento dell'occupazione.

¹⁸ Come suggerito da C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno ingiusto e la sua prova: l'occupazione abusiva di un immobile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 892, ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche; A. VILLA, *Il danno da occupazione abusiva può essere considerato in re ipsa?*, in *Ridare.it*, 2022.

¹⁹ Cass., Sez. III, 17 gennaio 2022 n. 1162 (ord.) e Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, pp. 767-780, con nota di C. BARBERIO, *Il danno da occupazione sine titulo di un immobile è in re ipsa?*; e in *Foro it.*, 2022, I, c. 959 ss.

²⁰ Si precisa che il presente contributo ha ad oggetto esclusivamente l'analisi dell'occupazione *sine titulo* di immobile ad opera un soggetto privato, restando estranea l'intera e complessa problematica attinente le occupazioni illegittime operata dalla Pubblica Amministrazione nel preteso esercizio di una pubblica funzione.

²¹ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), cit. Si veda anche, *ex multis*, Cass., 7 gennaio 2021, n. 39; Cass. 25 maggio 2021, n. 14268; Cass. 25 maggio 2018, n. 13071; Cass. 23 novembre 2018, n. 30472; Cass. 21 ottobre 2018, n. 29990; Cass., 4 dicembre 2018, n. 31233, in *DeJure*. Oltre alla giurisprudenza di legittimità, si segnala anche Cons. Stato, Sez. IV, 27 maggio 2019, n. 3428 in *Giur. it.*, 2019, p. 1517 ss.

(*rectius*, provato *in re ipsa*), il danno evento e il danno conseguenza²². Nello specifico si può osservare una diversa sensibilità giuridica riscontrabile nelle due ordinanze citate²³, tale da aver condotto ad opposte conclusioni; invero, mentre la Terza Sezione si preoccupava di scongiurare la qualificazione del danno come *in re ipsa*, paventando addirittura l'ipotesi dei danni punitivi, la Seconda Sezione elaborava una valutazione concreta sull'effettivo contenuto del diritto di proprietà nella duplice accezione di cui si è detto in premessa. Alle due Sezioni va quindi il merito di aver fornito un'occasione per rielaborare, chiarire ed analizzare aspetti fondamentali della responsabilità civile, quali i parametri del danno risarcibile al verificarsi di lesioni al diritto di proprietà, nella sua duplice estrinsecazione del potere di godere e di disporre del bene.

Purtuttavia, in dottrina non è mancato chi ha ritenuto tale operazione di rimessione alle Sezioni unite come una particolare forma di «nomofilachia preventiva»²⁴ ovvero adibita a ridurre l'insorgere di un «notevole contenzioso a scapito del sistema in generale e dell'interesse a un buon governo della domanda di giustizia»²⁵, quasi come il famoso intervento quadrigemellare del 2008²⁶.

Prima della pronuncia delle Sezioni unite²⁷, la dottrina si interrogava sui seguenti quesiti: «il danno provocato dall'occupazione abusiva di un immobile costituisce un danno *in re ipsa* oppure è danno conseguenza? E in che modo possono essere applicate le

²² In tal senso, M. MAGGIOLO, *Il danno da occupazione abusiva alle Sezioni unite. Problemi di allegazione, problemi di prova, e pochi problemi di danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 884; si v. anche M. FRANZONI, *Occupazione senza titolo nella decisione delle SS.UU.*, *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 27. Sul punto si veda anche: F. MEZZANOTTE, *Cos'è in re ipsa nel "danno in re ipsa"*, cit., p. 1824 ss.

²³ Derivante probabilmente dalla diversità delle materie di competenza delle due Sezioni, ovvero, tra le altre, responsabilità civile per la terza (insieme a obbligazioni in genere, anticresi, arricchimento, assicurazione, locazione, comodato, ecc.) e proprietà, enfiteusi, nuova opera, danno temuto, possesso, servitù, ecc., per la seconda Sezione civile (Tabelle di organizzazione triennio 2014-2016 in <https://www.cortedicassazione.it>).

Infatti, e com'è noto, vengono assegnati, tra gli altri, alla Terza Sezione i procedimenti che abbiano ad oggetto questioni di responsabilità civile; mentre rientrano, accanto ad altre, nelle questioni di competenza della seconda Sezione, quelle in tema di diritto di proprietà.

²⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno ingiusto e la sua prova: l'occupazione abusiva di un immobile*, cit., p. 892 ss.

²⁵ Cass., Sez. III, 17 gennaio 2022, n. 1162 (ord.), cit.

²⁶ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*.

²⁷ Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659; Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 3626-3686, con note di A.M.S. CALDORO; R. PARDOLESI; A. PALMIERI; F. MEZZANOTTE; C. SALVI; B. SASSANI e M. MAGLIULO; anche in *Danno e resp.*, 2023, pp. 37-65, con note di F. MEZZANOTTE; F. RUGGIERO; F. PIAIA.

presunzioni per la relativa prova?»²⁸. Ad oggi non si ritiene di aver ottenuto una risposta giurisprudenziale soddisfacente in quanto, come vedremo, molti dubbi interpretativi permangono con l'aggiunta di ulteriori questioni sostanzialmente ancora irrisolte.

2.1. L'orientamento giurisprudenziale seguito dalla Terza Sezione civile²⁹ ruotava intorno alla concezione causale del danno risarcibile³⁰, con riferimento alle nozioni di danno-evento e danno-conseguenza, ripudiando, quindi, l'idea di poter riconoscere un risarcimento ad una mera lesione di un diritto in assenza di qualsivoglia allegazione e prova delle conseguenze ingiuste.

Con l'ordinanza n. 1162 del 17 gennaio 2022, la Terza Sezione civile effettuava un vero e proprio *excursus* dei diversi orientamenti sul tema³¹, attraverso una puntuale ricostruzione dei medesimi. Prendeva poi posizione in maniera emblematica e categorica con la seguente affermazione: «non esistono danni *in re ipsa*» in quanto «la lesione di un diritto è il presupposto del danno, ma non il danno». Nel solco di tale ricostruzione si collocava un peculiare accostamento con i danni punitivi³², molto criticato dai più attenti

²⁸ G. PONZANELLI, *La falsa alternativa tra danno in re ipsa e danno conseguenza: in attesa delle Sezioni unite*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 889.

²⁹ La vicenda dalla quale trae origine il giudizio giunto alla Terza Sezione civile della Cassazione ha ad oggetto l'azionamento di una tutela risarcitoria da parte di una società commerciale. La medesima aveva acquistato un immobile, successivamente -in parte- occupato illegittimamente dal convenuto e chiedeva, quindi, il risarcimento sia dei danni patrimoniali che non patrimoniali, sostenendo di non aver potuto mettere a frutto l'immobile a causa dell'intervenuta occupazione parziale ma pur sempre abusiva.

Il giudizio di merito si concludeva con un rigetto della pretesa risarcitoria motivato con l'impossibilità di considerare il danno *in re ipsa*, trattandosi, invero, di un danno-conseguenza che necessita di essere allegato e provato dal proprietario.

³⁰ G. TRAVAGLINO, *Il danno patrimoniale extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 45; ID., *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2013, *passim.*; ID., *Nessi di causa e prova presuntiva*, in *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità* a cura di S. PATTI e R. POLI, Torino, 2022, pp. 265-322; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, p. 13 ss.; R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 43-65.

³¹ Proprio al fine di enunciare gli elementi principali della contrapposta teoria si citava il c.d. danno figurativo, ricordando come parte della giurisprudenza sosteneva che il giudice potesse determinare la sussistenza del diritto al risarcimento proprio sulla base di elementi presuntivi, utilizzando come parametro per la quantificazione il valore locativo del cespite abusivamente occupato. Tale descrizione era seguita da un corposo elenco dei diversi precedenti che accolgono l'orientamento criticato dalla Terza Sezione.

³² In letteratura: G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435; M.S. TREGNAGO, *Osservazioni sui danni punitivi, a proposito di un libro recente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 497 ss.; A. GORASSINI, *Dal danno ingiusto al danno "ingesto". Oltre il danno punitivo... senza aspettare Godot*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 50; A. PALMIERI, *I danni punitivi dopo le Sezioni unite - Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2274 ss.; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie - Studio per una teoria dei danni punitivi*, Padova, 2019.

commentatori³³. Invero, già prima dell'intervento delle Sezioni unite, si riteneva che «il danno collegato alla lesione dell'interesse protetto da parte dell'ordinamento niente ha a che vedere con il danno punitivo che diversamente vuole sanzionare una condotta fortemente riprovevole al di là dell'integrale riparazione del danno. Danno-evento e danno punitivo viaggiano, cioè, a miglia di distanza e riguardano profili completante diversi»³⁴. Inoltre, ben può verificarsi nella casistica un'ipotesi di prova difficoltosa e, al fine di tutelare comunque il danneggiato, una possibile risoluzione del problema potrebbe realizzarsi con «l'introduzione di semplificazioni probatorie e liquidazioni forfaitarie ... tutto ciò non ha nulla a che fare con finalità punitive o esemplari, ma semplicemente con la finalità di approssimare, nella misura del possibile, un'efficiente compensazione del danno da illecito»³⁵.

In realtà, tralasciando le diverse critiche, la Terza Sezione intendeva rimarcare il proprio orientamento volto a ripudiare ogni forma di danno figurativo e astratto. Pertanto, il danno da occupazione abusiva ben poteva provarsi per presunzioni³⁶ purché il danneggiato non fosse totalmente esonerato dall'allegazione dei fatti oggetto di accertamento e nella specie: l'effettiva intenzione del proprietario del bene occupato di mettere a frutto l'immobile. Questo orientamento rifiutava totalmente la possibilità di risarcire la mera lesione del diritto del proprietario che non poteva disporre (o scegliere di non disporre) del proprio immobile illegittimamente occupato da terzi³⁷.

2.2. Al fine di ottenere un quadro completo dei diversi orientamenti, la sintesi perfetta si rinviene nelle motivazioni alla base dell'ordinanza di rimessione della Seconda sezione³⁸. Da ciò la necessità di una pronuncia delle Sezioni unite per identificare la

³³ A. PALMIERI, *Danno da occupazione "sine titulo" di un immobile: una mediazione animata da buone intenzioni e dal retrogusto amaro dell'undercompensation*, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 3662-3666; G. PONZANELLI, *La falsa alternativa tra danno in re ipsa e danno conseguenza: in attesa delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, p. 889; P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 687-721; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno ingiusto e la sua prova: l'occupazione abusiva di un immobile*, cit., p. 892 ss.

³⁴ G. PONZANELLI, *La falsa alternativa*, cit., p. 890 ss.

³⁵ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, III ed., Milano, 2021, p. 604 ss.

³⁶ Sul tema, G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (Introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 177; ID., *Prova, Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss.

³⁷ *Ex multis*, Cass., 6 ottobre 2021, n. 27126; Cass., 16 marzo 2021, n. 7280; Cass., 25 maggio 2018, n. 13071; Cass., 27 luglio 2015, n. 15757; Cass., 11 gennaio 2005, n. 378, in *ForoPlus*.

³⁸ Il giudizio originava da un'azione di rivendicazione avverso un condominio, per ottenere l'accertamento: da un lato, della contitolarità di alcuni spazi adibiti a parcheggio e, dall'altro, dell'occupazione abusiva ad opera dello stesso ente di gestione, richiedendo, altresì, il risarcimento del

natura del danno da occupazione *sine titulo* e quella del danno patrimoniale subito, con chiarimenti sull'effettiva ripartizione degli oneri di allegazione e probatori tra le parti.

La Seconda Sezione ribadiva, innanzitutto, che il proprietario, in quanto tale, avesse diritto di usare e godere della cosa propria - in modo pieno ed esclusivo - in virtù della naturale destinazione del bene. Quindi, qualsiasi intervento ad opera di terzi che limitasse tale uso e godimento costituiva una turbativa del diritto di proprietà. Tale disfunzione legittimerebbe il proprietario a chiedere la tutela in forma specifica, mediante cessazione di tale turbativa e il ripristino della situazione antecedente al verificarsi dell'illecito, ma anche il risarcimento dei danni³⁹.

Questa premessa è fondamentale per poter riconoscere, come accaduto in molti casi, che la prova del danno (non il danno in sé) è *in re ipsa* ogniqualvolta si realizzi una limitazione del godimento del bene o comunque una riduzione - anche temporanea - del valore della proprietà⁴⁰. Ciò vuol dire che, provato il danno patito, non risulterebbe necessaria alcuna attività probatoria ulteriore ad opera dell'attore e, nei casi di difficoltà nella determinazione del *quantum*, il giudice dovrebbe procedere in via equitativa⁴¹. In altri termini, «nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario è *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dalla impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile, sicché costituisce una presunzione *iuris tantum* e la liquidazione può essere operata dal giudice sulla base di presunzioni semplici, con riferimento al cd. danno figurativo, quale il valore locativo del bene usurpato»⁴².

L'ordinanza di remissione della Seconda Sezione civile segnalava, altresì, l'orientamento opposto paventato dalla Terza Sezione, la quale disconoscendo l'esistenza di un danno provato *in re ipsa*, negava la risarcibilità in astratto del danno subito dal proprietario per l'impossibilità di esercitare il potere di disposizione sul bene, ritenendo

danno patito (anche, ma non solo, per aver impedito alla società attrice la vendita delle aree occupate). Accertata la comproprietà e l'illegittima occupazione, si assisteva ad un rigetto della domanda risarcitoria; la soccombenza sul punto si fondava sulla mancata allegazione del pregiudizio subito, ritenendo, il Giudice di merito, non configurabile un danno *in re ipsa* per l'illegittima occupazione. La difesa attorea, invece, sosteneva la sussistenza di un danno *in re ipsa*, in quanto, posto che le aree non potevano essere vendute in virtù dell'occupazione, il vero danno derivava dalla mancata disponibilità delle medesime perché le aree di parcheggio non potevano essere né utilizzate, né destinate ad altri fini.

³⁹ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), cit.

⁴⁰ Derivante proprio dall'occupazione illegittima fino al momento in cui non si ottiene l'eliminazione dell'abuso.

⁴¹ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), cit., ed *ivi* ulteriori precedenti giurisprudenziali.

⁴² In tal senso, Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2021, n. 659, in *sentenze.la leggepertutti.it*.

fondamentale «la correlazione della medesima risarcibilità al rapporto causale intercorrente tra “condotta materiale”, “evento lesivo” e “conseguenza dannosa”, sicché identiche risulterebbero le esigenze di prova - sia per l'*an* che per il *quantum* - del danno non patrimoniale o patrimoniale»⁴³. Si osserva a tal proposito che anche l'orientamento teso ad escludere forme di automatismo totale nell'ambito risarcitorio riconosce la possibilità in capo al danneggiato di provare il pregiudizio subito attraverso il ricorso a presunzioni semplici o al fatto notorio, con l'onere di indicare elementi, modalità e circostanze *ex artt. 2727 e 2729 c.c.*, per poter desumere concretamente l'esistenza del danno patrimoniale⁴⁴.

Orbene, l'ordinanza interlocutoria richiamata si poneva quasi in soluzione di continuità con quella della Terza Sezione, in quanto, sottoponeva alle Sezioni Unite una questione ulteriore, ovvero, se il danno patrimoniale da occupazione *sino titulo* dovesse considerarsi, *ex art. 1223 c.c.*, come una “perdita” o come un “mancato guadagno” e, soprattutto, se la compressione del potere di godimento diretto, pieno ed esclusivo, potesse essere considerato un danno patrimoniale risarcibile *ex artt. 1223 e 2056 c.c.* Infatti, si osservava, in relazione al danno patrimoniale da perdita del godimento diretto sul bene risulterebbe irrilevante riferirsi alla naturale vocazione fruttifera del bene, perché il pregiudizio derivante dall'occupazione illegittima «sarebbe non l'impedimento a ritrarre dal bene occupato i frutti (civili o naturali) che esso può generare, ma l'impedimento a ricavare dal bene occupato l'utilità diretta (il godimento, secondo il linguaggio dell'articolo 832 c.c.) che il medesimo offre»⁴⁵; proprio questo impedimento non necessiterebbe di alcuna prova ulteriore rispetto alla prova del fatto generatore del danno in quanto, il godimento ben può essere caratterizzato anche dalla fruizione saltuaria e occasionale «o anche nella *utilitas* derivante dalla mera potenzialità di una fruizione; invero, anche una fruizione in potenza, che non si traduca in una fruizione in atto, sarebbe idonea a costituire una posta attiva del patrimonio del proprietario»⁴⁶.

Partendo dal presupposto pacifico che il diritto di proprietà su un bene costituisce un elemento economicamente valutabile del patrimonio di un soggetto, il valore d'uso (diretto ed indiretto) o di scambio del bene costituisce di per sé un valore patrimoniale per cui la privazione - anche temporanea - rappresenta di per sé una lesione patrimoniale,

⁴³ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), cit. ed *ivi* ulteriori precedenti giurisprudenziali.

⁴⁴ Cass., Sez. II, 7 gennaio 2021, n. 39 in *DeJure*.

⁴⁵ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), cit.

⁴⁶ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), cit.

qualificabile come danno emergente, a prescindere dall'intenzione di utilizzare o meno l'immobile. È noto come un immobile libero abbia un valore più alto di uno occupato e da ciò può desumersi come «l'occupazione di un immobile causa *ex se*, una *deminutio patrimonii* del proprietario, indipendentemente dalla circostanza se, in concreto, tale immobile venga o non venga offerto in vendita o venduto»⁴⁷. Tutto ciò per giungere alla conclusione per la quale l'occupazione del bene - ovvero il fatto generatore del danno - e l'impossibilità di esercitare il potere di godimento - danno conseguenza - costituirebbero concetti diversi ma la prova del danno conseguenza sarebbe insita nel primo elemento. Il fondamento dell'*an* risulterebbe comune ad entrambe le forme di danno, quella da perdita e quella da mancato guadagno. Pertanto, il danno da perdita potrebbe considerarsi provato *in re ipsa*, rispetto al quale il riferimento al valore locativo rappresenta una mera tecnica di liquidazione equitativa, invece, per ottenere il risarcimento del lucro cessante sarà necessario offrire la prova specifica delle occasioni di guadagno perse⁴⁸.

3. La diatriba illustrata veniva attenuata attraverso una minuziosa opera di “mediazione”⁴⁹ tra i contrapposti orientamenti delle Sezioni semplici.

In merito alla questione principale⁵⁰, le Sezioni unite⁵¹ riconoscono la risarcibilità del danno da occupazione *sine titulo* di immobile accanto alla tutela reale⁵². Sul punto, si riteneva fondamentale rimarcare la distinzione tra tutela reale e tutela risarcitoria⁵³ attraverso un richiamo ai concetti della teoria causale, affermando come il fatto costitutivo dell'azione risarcitoria ben potrebbe coincidere in parte con quello dell'azione

⁴⁷ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2022, n. 3946 (ord.), cit.

⁴⁸ In merito al risarcimento del lucro cessante non si segnalano disaccordi in giurisprudenza, infatti, non rientra nel capo di indagine del caso che ci occupa.

⁴⁹ Per utilizzare la stessa terminologia adoperata dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, cit., c. 3633).

⁵⁰ In argomento: F. CANNIZZARO, *Tutele risarcitorie e tutele restitutorie del proprietario inerte: note a margine delle recenti ordinanze di rimessione alle Sezioni unite in tema di danno da occupazione illegittima*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 981 ss.; A. DI BIASE, *Occupazione abusiva di immobile e tutela giurisdizionale del proprietario: tra azioni reali ed azioni personali*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 311 ss.; L. BREGANTE, *Le azioni a difesa della proprietà e del possesso*, I e II, Torino, 2012, *passim.*; F. VOLPE e T. PERILLO, *Le azioni a tutela della proprietà*, in *Diritti reali* a cura di P. FAVA, Milano, 2019, p. 2118 ss.

⁵¹ Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659; Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33645, cit.

⁵² Proprio perché, si legge nella sentenza, «il diritto soggettivo appartiene al novero delle situazioni giuridiche mezzo, nelle quali il potere giuridico di cui è in vestito il soggetto rappresenta lo strumento, a sua disposizione, per la soddisfazione dell'interesse ad un determinato bene della vita».

⁵³ F. RUGGIERO, *Lo statuto (probatorio) del danno da occupazione illegittima all'esame delle Sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2023, pp. 53-59.

di rivendicazione purché contenga l'elemento ulteriore del fatto costitutivo del danno risarcibile⁵⁴. Non di poco conto, inoltre, è la discussa sostituzione terminologica, in ossequio al più recente orientamento della Seconda Sezione⁵⁵, passando dal concetto di danno “*in re ipsa*” a danno “normale” o “presunto”⁵⁶, al fine di privilegiare l'elemento presuntivo utilizzabile per riconoscere la risarcibilità del pregiudizio allegato.

L'aspetto che merita, però, maggiore attenzione è quello dell'opera realizzata al fine di determinare il danno risarcibile nei casi di violazione del contenuto del diritto di proprietà. Invero, le Sezioni unite distinguono due fenomeni: da un lato, la lesione del bene oggetto del diritto di proprietà e, dall'altro, il pregiudizio del contenuto del medesimo diritto. Qualora la lesione si realizzi sul bene, il danno evento è costituito dal pregiudizio alla *res* e affinché possa riconoscersi un risarcimento è, altresì, necessaria la presenza di una perdita o di un mancato guadagno⁵⁷ quali (danno) conseguenze immediate e dirette dell'evento lesivo. Se, invece, la lesione attiene al contenuto del diritto, è necessaria, non solo la violazione dell'ordine giuridico (formale) che legittima l'accesso alla tutela reale, ma anche che sia configurabile il danno evento, non sul bene ma sul potere di godimento e di disposizione in capo al titolare del diritto. In questa circostanza, il danno potrà considerarsi risarcibile solo in relazione alla concreta e specifica perdita della possibilità di godere del bene - in modo pieno ed esclusivo, nonché diretto o indiretto - quale conseguenza immediata e diretta dell'occupazione abusiva⁵⁸. In

⁵⁴ Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, cit., c. 3634

⁵⁵ Cass., 15 febbraio 2022, n. 4936; Cass., 7 gennaio 2021, n. 39, in *DeJure*.

⁵⁶ Si veda: F. PIAIA, *L'occupazione illegittima di immobili: dal danno “in re ipsa” al danno “normale” o “presunto”*, in *Danno e resp.*, 2023, pp. 59-65. In totale disaccordo con tale denominazione: M. FRANZONI, *Occupazione senza titolo nella decisione delle SS.UU.*, cit., p. 27, il quale sostiene come «Il danno non è normale o presunto, il danno è patrimoniale o non patrimoniale, può essere provato per presunzioni, ma la presunzione non è una qualità del danno, è un modo per assolvere l'onere della prova da parte di chi vi ha interesse».

⁵⁷ Per quanto attiene al lucro cessante, le Sezioni unite precisano che «Se la domanda risarcitoria ha ad oggetto il mancato guadagno causato dall'occupazione abusiva, l'onere di allegazione riguarda gli specifici pregiudizi, fra i quali si possono identificare non solo le occasioni perse di vendita a un prezzo più conveniente rispetto a quello di mercato, ma anche le mancate locazioni a un canone superiore a quello di mercato (una volta che si quantifichi equitativamente il godimento perduto con il canone locativo di mercato, il corrispettivo di una locazione ai correnti valori di mercato rientra, come si è visto, nelle perdite subite). Ove insorga controversia in relazione al fatto costitutivo del lucro cessante allegato, l'*onus probandi* anche in questo caso può naturalmente essere assolto mediante le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza o le presunzioni semplici. In generale, in relazione al mancato guadagno può rinviarsi alla costante giurisprudenza in materia di maggior danno ai sensi dell'art. 1591 c.c.».

⁵⁸ Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, cit., c. 3636.

tale enunciazione prende forma il vero “compromesso”⁵⁹ tra le due teorie sul danno in quanto, attraverso l’iter logico appena descritto, «per un verso si rende risarcibile il contenuto del diritto violato, in ossequio alla teoria normativa del danno, per l’altro si riconduce la violazione giuridica a una specifica perdita subita, in ossequio alla teoria causale»⁶⁰.

La necessità di dover allegare la concreta possibilità di godimento del bene (diretta o indiretta), perduta con l’occupazione comporta però una (ingiusta) esclusione della risarcibilità nei casi in cui il proprietario del bene occupato avesse preferito optare per un “non uso” della *res*. Questa apparente incongruenza con la tutela riconosciuta al contenuto del diritto di proprietà troverebbe giustificazione, secondo le pronunce delle Sezioni unite, nel fatto che l’inerzia del proprietario costituirebbe «una manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto», invece, il danno conseguenza va riferito alla lesione del bene della vita intervenuta attraverso la violazione del diritto; pertanto, in questo caso, la tutela riconosciuta sarebbe unicamente quella reale.

In merito all’allegazione attorea, al fine di scongiurare la presenza di un danno irrefutabile, è ammessa la possibilità per il convenuto di difendersi attraverso una contestazione specifica. L’occupante dovrà quindi rappresentare che il proprietario, contrariamente a quanto allegato, non avrebbe esercitato il diritto di godimento sul bene durante il periodo di occupazione abusiva, facendo così ricadere, sul medesimo titolare del diritto, l’onere della prova del godimento perso⁶¹.

Per quanto riguarda, poi, la liquidazione del danno da occupazione abusiva di immobile per violazione del contenuto del diritto di proprietà, è possibile per il giudice procedere ex art. 1226 c.c., riferendosi al parametro del canone locativo di mercato.

Nel tentativo apprezzabile⁶² di mitigare le diverse posizioni emerse sul tema e non solo, le Sezioni unite hanno enunciato chiari principi di diritto in base ai quali: «nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto, mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta. Nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il

⁵⁹ Così come definito dai primi commentatori delle sentenze gemelle del 15 novembre 2022. Sul punto, A. PALMIERI, *Danno da occupazione sine titolo di un immobile*, cit., c. 3664 ss.

⁶⁰ Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, cit., c. 3636.

⁶¹ Anche attraverso presunzioni semplici e nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.

⁶² Come definito da A. PALMIERI, *Danno da occupazione sine titolo di un immobile*, cit., c. 2665.

proprietario chieda il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato. Nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, commisurato sulla base di quanto, in mancanza dell'occupazione, egli avrebbe ottenuto concedendo il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o vendendolo ad un prezzo più conveniente di quello di mercato»⁶³.

Ciononostante, si ravvisano alcune pronunce che riportano ancora un orientamento più integralista; è il caso sul quale si è pronunciata la Corte d'Appello Napoli, ove stabilisce che «il danno subito dal proprietario è *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla sua natura normalmente fruttifera»⁶⁴. Anche parte della giurisprudenza amministrativa appare ancora orientata in tal senso, ritenendo addirittura errata la configurazione del danno da occupazione abusiva quale danno conseguenza, ritenendo «... Nel caso di occupazione illegittima il danno è '*in re ipsa*', poiché esso coincide con la temporanea perdita della facoltà di godimento inerente al diritto di proprietà (danno "conseguente") *id est* con l'incisione sul contenuto proprio del diritto di proprietà (quello afferente alla sfera delle facoltà)»⁶⁵.

Inoltre, anche se relativamente ad altra fattispecie (danno da violazione delle distanze tra costruzioni), la stessa corte di Cassazione qualifica *in re ipsa* il danno in considerazione della natura del bene giuridico leso, «con la conseguenza che non incombe sul danneggiato l'onere di provare la sussistenza e l'entità concreta del pregiudizio patrimoniale subito al diritto di proprietà, dovendosi di norma presumere, sia *iuris tantum*, tale pregiudizio, fatta salva la possibilità per il preteso danneggiante di dimostrare che, per la peculiarità dei luoghi o dei modi della lesione, il danno debba, invece, essere escluso»⁶⁶. Alle medesime conclusioni si giunge anche in materia di danni patiti dal lavoratore per violazioni del diritto al riposo. Anche in queste ipotesi, per la S. Corte il superamento dei limiti di turni lavorativi di pronta disponibilità, compromettendo la vita

⁶³ Cass., Sez. un., 15 novembre 2022, n. 33659, cit., c. 3639.

⁶⁴ App. Napoli, 1° febbraio 2023, n. 432, in *ForoPlus*, 2023; in dottrina F. RUGGIERO, *Diritto di proprietà, danno in re ipsa e prova presuntiva: una soluzione alternativa*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 334.

⁶⁵ Cons. Stato, 27 maggio 2019, n. 3428, in *DeJure*.

⁶⁶ Cass., 27 febbraio 2023, n. 5864, in *Foro it.*, 2023, I, c. 1059 ss., con nota di A.M.S. CALDORO, *Violazione delle distanze tra costruzioni: resilienza del danno in re ipsa?*, cit., c. 1066 ss.

privata del lavoratore, fa sorgere in capo al datore di lavoro un obbligo risarcitorio indipendentemente dalla causazione di un pregiudizio di natura psicofisica⁶⁷, trattandosi a tutti gli effetti di un danno *in re ipsa*⁶⁸.

4. Considerata la portata del tema e la delicata opera di mediazione realizzata dalle Sezioni unite, immediati ed autorevoli sono stati i primi riscontri, segnalando, però, in un generale clima di soddisfazione⁶⁹ alcune voci che, con una certa delusione, hanno parlato di equivoci, incoerenze⁷⁰ e, addirittura, di occasione mancata⁷¹. Nel solco di tali critiche non è mancato chi ha sostenuto la natura apparente del compromesso tra le due teorie sul danno risarcibile, riscontrando un *favor* per la teoria causale derivante dalla rigidità e dal rigore dei principi enunciati dal massimo consesso⁷². Molti hanno sottolineato, inoltre, come le Sezioni unite, nonostante la chiara esortazione dei giudici della Terza Sezione, abbiano scelto di limitare l'indagine al danno da occupazione illecita di immobile da parte di un privato, senza estenderla all'ammissibilità o meno nel nostro ordinamento dei danni *in re ipsa*, sottolineando come, nella trattazione del tema, la tensione risultava allentata già con la semplice precisazione terminologica di danno "presunto" o "normale" in luogo del temuto "*in re ipsa*"⁷³. Altri, invece, hanno fornito una diversa e più estesa interpretazione non del tutto condivisibile, sostenendo che dalla lettura delle pronunce delle Sezioni unite emergerebbe una vera e propria "condanna" della espressione danno *in re ipsa* che non avrebbe diritto di cittadinanza nel nostro sistema giuridico⁷⁴.

⁶⁷ Come segnalato anche in: F. SCIA, *Violazione dei doveri genitoriali e funzioni della responsabilità civile*, in *Quad. 60, Foro nap.*, 2023, Napoli, p. 71.

⁶⁸ Cass., Sez. lav., 21 luglio 2023, n. 21934, in *Mass. Giust. civ.*, 2023.

⁶⁹ V. ROSSI, *Le Sezioni unite sul danno da occupazione sine titolo di beni immobili: possibili riflessi sistematici*, 2023, in *DeJure*; A. PALMIERI, *Danno da occupazione sine titolo di un immobile*, cit., c. 3664 ss.; A.M.S. CALDORO, *Dal danno «in re ipsa» al danno presunto: l'apertura delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 3644-3651.

⁷⁰ F. MEZZANOTTE, «Eventi», «conseguenze» e «danno» da occupazione «sine titolo» di immobile, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 3666-3675; F. PIAIA, *L'occupazione illegittima di immobili: dal danno «in re ipsa» al danno «normale» o «presunto»*, cit., p. 63; M. FRANZONI, *Occupazione senza titolo nella decisione delle SS.UU.*, cit., p. 35 ss.

⁷¹ F. MEZZANOTTE, «Eventi», «conseguenze» e «danno» da occupazione «sine titolo» di immobile, cit., c. 3666 ss.; R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita (quando c'è, ma non si vede): normalizzazione del danno in re ipsa (c'è ma non si dice)?*, cit., cc. 2652-3662.

⁷² F. PIAIA, *L'occupazione illegittima di immobili: dal danno «in re ipsa» al danno «normale» o «presunto»*, cit., p. 63; B. SASSANI e M. MAGLIULO, *In re ipsa, tantem in re aliena*, in *Foro it.*, 2022, I, cc. 3678-3685.

⁷³ A.M.S. CALDORO, *Dal danno «in re ipsa» al danno presunto*, cit., cc. 3645-3646.

⁷⁴ C. SALVI, *Teoria e pratica dell'occupazione abusiva*, cit., c. 3675 ss.

Ancora, diversi dubbi sorgevano in merito all'esclusione della tutela risarcitoria nei casi in cui il proprietario, nell'esercizio delle sue libertà di scelta sul come godere e disporre del bene, optasse per la strada del "non uso". Sull'argomento andrebbe, innanzitutto, segnalata la sostanziale differenza tra scelta di non utilizzare - in quel momento - il bene e il completo intenzionale disinteresse, evidenziando come nel primo caso ci si trova pur sempre nel pieno esercizio del contenuto del diritto di proprietà. Invero, i sostenitori della tesi per la quale è dovuto un risarcimento nei casi in cui l'illecito abbia sottratto temporaneamente la possibilità di utilizzare un bene affermano come la situazione non muti qualora il danneggiato non fosse intenzionato ad utilizzare la *res*⁷⁵, in quanto ciò non comporterebbe alcuna diminuzione o azzeramento del valore della cosa.

In merito, invece, all'intenzione dei giudici delle Sezioni unite di mantenere nettamente distinte tutela reale e tutela risarcitoria, è stato obiettato che non mancano, nell'ambito del diritto privato comparato, esempi di tutele che conciliano sia il ripristino dell'ordine formale che la compensazione del pregiudizio subito, come l'istituto del *trespass to land*⁷⁶ nei sistemi di *common law*. Infatti, per tale istituto, la tutela inibitoria è accompagnata da un riconoscimento pecuniario, seppur a volte simbolico, in favore del danneggiato, la cui concessione prescinde dalla dimostrazione di un danno effettivo⁷⁷.

Come anticipato, si è altresì parlato di occasione mancata soprattutto da parte di coloro che non condividono il sistema della duplicazione dei nessi causali, ritenendo che «l'apertura delle Sezioni unite ad una causalità giuridica formalmente mantenuta nel nome, ma esplicitamente sganciata dalla ricerca di materiali conseguenze del fatto illecito (ulteriori rispetto a quelle che già di per sé definiscono la vicenda sottoposta al giudice), appare premessa argomentativa estremamente promettente»⁷⁸. La critica viene mossa agli sviluppi argomentativi e nello specifico ad una omessa «più puntuale esplicitazione del *quid* effettivamente capace, in positivo, di documentare logicamente la rilevanza pregiudizievole di una certa vicenda storica, già ricostruita in tutte le circostanze cronologicamente dipanatesi a partire dal fatto imputabile»⁷⁹. Secondo questa

⁷⁵ A.M.S. CALDORO, *Dal danno «in re ipsa» al danno presunto*, cit. c. 3649; A. PALMIERI, *Danno da occupazione sine titolo di un immobile*, cit., c. 3666.

⁷⁶ In argomento, U. MATTEI e E. ARIANO, *Il Modello di Common Law*, Torino, 2018, p. 291 ss.

⁷⁷ In tal senso, A. PALMIERI, *Danno da occupazione sine titolo di un immobile*, cit., c. 3666.

⁷⁸ F. MEZZANOTTE, «Eventi», «conseguenze» e «danno» da occupazione «sine titolo» di immobile, cit., c. 2675.

⁷⁹ F. MEZZANOTTE, «Eventi», «conseguenze» e «danno» da occupazione «sine titolo» di immobile, cit. c. 2675

condivisibile dottrina, la componente valutativa andrebbe ricercata nei parametri di quantificazione del danno che devono assumere un ruolo primario nel giudizio di responsabilità⁸⁰.

5. Non sono mancate aspre critiche al sopraggiunto compromesso tra gli orientamenti delle Sezioni semplici, nonché osservazioni sull'utilizzo dello "spettro" dei danni punitivi al solo fine di escludere a priori una tutela risarcitoria in mancanza di prova materiale del danno subito⁸¹ e dubbi sulla portata della sostituzione del danno *in re ipsa* con l'espressione "danno normale". Parte della dottrina focalizza l'attenzione sull'effettività della tutela riconosciuta al danneggiato, cercando di evitare un eccessivo aggravarsi della sua posizione attraverso insostenibili oneri probatori, quando, in realtà, risulta di palmare evidenza che l'occupazione illecita mette fuori mercato l'immobile. Il rischio tangibile, come autorevolmente sostenuto⁸², è proprio quello di "premiare" l'occupante abusivo soprattutto quando la vittima dell'illecito risulta proprietaria di più immobili non utilizzati in quel preciso momento storico, escludendo la sua tutela per "non uso" (che, come già evidenziato, rientra pienamente nell'esercizio del diritto di proprietà). Viene in rilievo sul punto che proprio «il non uso, bandito dalle pronunce in epigrafe dall'area del danno risarcibile, non solo è una prerogativa del contenuto del diritto dominicale, ma è anche un dato solo pregresso, che poco o nulla dice sulle sue motivazioni per l'addietro e, soprattutto, non condiziona il futuro non uso imposto dall'altrui prevaricazione. La soluzione prefigurata dalle Sezioni unite spazza via taluni di questi scenari, alimentati dal dubbio (che non può essere esorcizzato in assoluto, ma appare plausibilmente marginale rispetto alla normalità dei casi) di aver a che fare con un proprietario assenteista e indifferente (nel qual caso, a tutto concedere, non ci sarebbe contenzioso ...)»⁸³.

Inoltre, l'impossibilità di esercitare il potere di godimento può generare dei cc.dd. «falsi positivi»⁸⁴, ovvero situazioni nelle quali il danno presunto diventa evanescente - o

⁸⁰ F. MEZZANOTTE, «Eventi», «conseguenze» e «danno» da occupazione «sine titulo» di immobile, cit., c. 2673. L'Autore prosegue affermando che tali parametri devono considerarsi «elementi dimostrativi dell'effettiva incidenza che un certo evento assume in quanto «perdita» o «mancato guadagno» patito dalla vittima». Sul tema si veda anche: F. MEZZANOTTE, *Le Sezioni unite sul danno da illegittima occupazione di immobile*, in *Danno e resp.*, 2023, pp. 45-53.

⁸¹ R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita*, cit., c. 3652.

⁸² R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita*, cit., c. 2652 ss.

⁸³ R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita*, cit., c. 3659.

⁸⁴ R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita*, cit., c. 3661.

magari difficile da dimostrare - in virtù di una condotta di apparente disinteressamento da parte del proprietario. Tale ragionamento, però, si trasformerebbe, più che altro, in un vero e proprio «processo alle intenzioni»⁸⁵; infatti, «è plausibile opinare che i falsi positivi, quelli in cui manca la prova concreta di un *vulnus* che pure c'è, solo che appartiene alla sfera decisionale interiore del *dominus*, siano decisamente più consistenti e numerosi, sì che il tasso di errore, nell'assegnar loro prevalenza sulle pretese di chi tenga una condotta poco lecita e s'ingegni di farla franca sfruttando l'*under-enforcement* da cui è tormentato il dispiegarsi della responsabilità civile patrimoniale, riesce sicuramente più contenuto di quello conseguente alla scelta opposta»⁸⁶.

Tali considerazioni lasciano presumere, se non anche sperare, che nonostante l'apparente battuta d'arresto realizzata dalle Sezioni unite, il dibattito relativo al danno *in re ipsa* sia destinato a proseguire, soprattutto attraverso l'analisi giurisprudenziale di casi concreti⁸⁷; non sottovalutando, infine, l'espresso riconoscimento di una funzione - in alcuni casi anche - deterrente e sanzionatoria svolta dalla responsabilità civile⁸⁸, come accaduto, ad esempio, nel settore della tutela della proprietà intellettuale⁸⁹.

⁸⁵ R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita*, cit., c. 3661.

⁸⁶ R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita*, cit., c. 3662.

⁸⁷ F. MEZZANOTTE, *Le Sezioni unite sul danno da illegittima occupazione di immobile*, cit., p. 53.

⁸⁸ Più approfondite considerazioni sul tema sono in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danno dinamico-relazionale, danno morale, danno "da reato" nel sistema polifunzionale della responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 739 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte I, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 35 ss.; A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Dir. civ. cont.*, 2017, pp. 1-26; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2014, p. 895 ss.; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, p. 437 ss.; F. PRATO, *Responsabilità civile. Natura polifunzionale nell'ordinamento italiano*, Salerno, 2023, *passim.*; V. OLISTERNO, *L'avvento della concezione polifunzionale della responsabilità civile e i limiti di ammissibilità dei c.d. danni punitivi. Riflessione a margine di Corte di Cassazione, Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601*, in www.iurisprudenzia.it.

⁸⁹ Cass., Sez. I, 29 luglio 2021, n. 21833 in *Foro it.*, 2021, I, c. 3519 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Gli utili reversibili nel risarcimento del danno da violazione del diritto d'autore*, c. 3524 ss. In argomento, M. SCUFFI, *Diritto processuale dei marchi e dei brevetti*, Milano, 2009, p. 480 ss.; A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, *passim.*; F. PRATO, *La tutela civilistica del marchio e dei segni distintivi: azione inibitoria e risarcimento del danno*, in *La tutela dei marchi, dei segni distintivi e del Made in Italy* a cura di A. De Lia, Salerno, 2022, pp. 237-257; ID., *Responsabilità civile. Natura polifunzionale nell'ordinamento italiano*, cit., p. 37 ss.; G. FLORIDA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, *passim.*; A. PALMIERI, *I danni punitivi dopo le Sezioni unite - Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2274 ss.; M. MONTANARI, *La reversione dell'utile da lesione di proprietà intellettuale e il mito dei danni punitivi*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, p. 225.

6. La tematica del danno non patrimoniale, da sempre e costantemente, impegna dottrina e giurisprudenza⁹⁰ nella ricerca di punti di contatto tra indirizzi granitici ed evoluzione della realtà sociale e giuridica. Ciò anche alla luce di impulsi provenienti da ordinamenti sovranazionali e stranieri. Non vi è possibilità, in tale sede, di ripercorrere tutte le stagioni del danno non patrimoniale, ma ciò che rileva ai fini dell'analisi odierna è la sostanziale esclusione della risarcibilità di tale voce di danno nelle ipotesi di lesione del diritto di proprietà, alla luce del processo di "costituzionalizzazione"⁹¹ del danno non patrimoniale⁹².

In sintesi si può ricordare - senza pretendere di affrontare un'indagine puntuale su tutta una serie di rilevanti tematiche toccate dalla più avveduta dottrina nonché sui vari dibattiti successivi alle sentenze San Martino del 2008 - come da tali pronunce sia emerso un «Modello Unificato di Danno Non Patrimoniale»⁹³. Quest'ultimo costruito - come tuttora considerato - nell'accezione di danno conseguenza, in aperto contrasto con quella parte della civilistica per cui «nelle ipotesi di lesioni di interessi non patrimoniali, la

⁹⁰ Cass., Sez. III, 18 novembre 2022, n. 34026 (ord.), con nota di F. MEZZANOTTE e G. PARISI, *La prova presuntiva del danno (-conseguenza) non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 598. In giurisprudenza, Cass., 10 novembre 2020, n. 25164, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, con nota di G. PONZANELLI, *Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione*, pp. 91-98; S. PATTI, *Danno non patrimoniale e valutazione equitativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 1029 ss.

⁹¹ Sul fenomeno della "costituzionalizzazione della responsabilità civile": A. GAMBARO e R. PARDOLESI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* a cura di A. PIZZORUSSO e V. VARANO, Milano, 1958, p. 5 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Situazioni soggettive*, III, Napoli, 2020, p. 187 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.

⁹² Sul tema del danno non patrimoniale: *ex multis*, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 450; ID., *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite*, cit., p. 32; E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 691; ID., *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 119; F. BONACCORSI, *I percorsi del danno non patrimoniale da demansionamento tra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 839; F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 819; P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. dir. priv.*, 1931, p. 171; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 342; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 259; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261; G. TRAVAGLINO, *Il danno esistenziale tra metafisica e diritto*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 524; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La morfologia dei "nuovi danni"*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 560 ss.

⁹³ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 727.

lesione stessa è già di per sé dannosa per la vittima, anche se al danno per sé dalla lesione possono ben aggiungersi altri danni materiali, pecuniari, ecc.»⁹⁴.

Orbene, occupandoci del tema in esame, le Sezioni unite del 2008⁹⁵ escludevano la risarcibilità di pregiudizi non patrimoniali nei casi di lesione del diritto di proprietà in quanto, in primo luogo, si ancorava la risarcibilità di tali danni al “catalogo” dei diritti inviolabili della persona e ripudiando, in tale materia, qualsiasi modello di danno *in re ipsa*. Sul tema si segnala l’esistenza di un’accesa diatriba relativa alla ricostruzione del diritto di proprietà come diritto fondamentale della persona o come mero diritto patrimoniale, tale da farne derivare la risarcibilità o meno di lesioni di interessi del proprietario non connotati da rilevanza economica⁹⁶. Coloro che escludono il diritto dominicale da quelli inviolabili della persona, considerano dirimente la collocazione dell’art. 42 cost. nell’ambito dei rapporti economici⁹⁷. Per un opposto orientamento, invece, in applicazione della normativa sovranazionale⁹⁸ e alla luce del disposto di cui all’art. 1, prot. 1, CEDU⁹⁹, il diritto reale rientra pienamente in quelli della persona.

⁹⁴ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 277 ss.

⁹⁵ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss. In dottrina: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite*, cit., p. 709 ss.

⁹⁶ T. SICA, *Lesione del diritto di proprietà e risarcibilità dei danni non patrimoniali: il consolidamento di un approccio ermeneutico*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 283 ss.

⁹⁷ P. ZIVIZ, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Res. civ. prev.*, 2021, p. 1296 ss.; M. ASTONE, *Il danno non patrimoniale nel diritto interno e sovranazionale tra antiche e nuove questioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 1183 ss.; S. SCIARRINO, *Lesione del diritto di proprietà e risarcimento del danno*, in *Ridare.it*, 2016; F. RUGGIERO, *Lo statuto (probatorio) del danno da occupazione illegittima all’esame delle Sezioni unite*, cit., p. 57 ss.

⁹⁸ Si veda: M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2003; F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2005, p. 54 ss.; R. CONTI, *L’occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 101, che richiama L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma, 2002, p. 8 ss. In senso contrario F. RUGGIERO, *Lo statuto (probatorio) del danno da occupazione illegittima all’esame delle Sezioni unite*, cit., p. 58: «E però ciò non pare sufficiente ad attribuire al diritto dominicale la qualificazione di diritto alla persona. Le fonti sovranazionali citate, infatti, paiono fare riferimento - annoverandolo tra i diritti dell’uomo - non già al diritto di proprietà in senso stretto, ovvero a quello regolato dall’art. 832 c.c., ma piuttosto al diritto, o meglio alla libertà, di essere o diventare proprietari. Il riferimento del diritto di proprietà nelle fonti europee citate, dunque, va letto nel senso che uno Stato membro non può negare al soggetto di essere o divenire proprietario senza per questo conculcare una sua libertà fondamentale ma questo, com’è evidente, è altro da dire che la proprietà in quanto tale, ad esempio quella di un bene mobile o immobile, rap presenti un diritto alla persona. Il bene mobile o immobile si pone, rispetto alla persona, in posizione di alterità, non concorre a formare la sua essenza; è proprio per questo che la titolarità su quel bene è sacrificabile, perché, in tale ipotesi, il diritto sacrificato riguarda una cosa, non una parte dell’individuo».

⁹⁹ Sul punto, G. MANDÒ, *Le occupazioni abusive “private”: i mezzi di tutela della proprietà nell’ordinamento interno alla luce della CEDU*, in *Arch. loc. cond.*, 2016, p. 145 s.: «La norma contenuta nell’art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo, in vigore dal 20 marzo 1952,

Questa interpretazione “comunitariamente orientata” non è rimasta isolata, riscontrando successo nella giurisprudenza di merito e in parte della dottrina per cui va «riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale per la violazione del diritto di proprietà, rientrante nella categoria dei diritti fondamentali inerenti alla persona (secondo l'interpretazione fornita in diverse pronunce dalla Corte europea di Strasburgo ed in considerazione dei rapporti delineati dalla nostra Corte costituzionale, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, tra ordinamento interno e diritto sovranazionale) [...]. Pur non costituendo una prerogativa assoluta, tale diritto viene di fatto tutelato alla stregua di un diritto fondamentale e costituzionalmente garantito, le cui restrizioni devono soggiacere al giusto equilibrio tra interesse generale e interesse privato»¹⁰⁰.

In realtà, la risarcibilità del danno non patrimoniale ben potrebbe essere giustificata anche alla luce delle evoluzioni in chiave funzionale dei diritti reali, sviluppatesi nel diritto interno; due potrebbero essere le chiavi di lettura. Da un lato, una ricostruzione tale da annoverare il diritto di proprietà nei diritti inviolabili in virtù della sua pertinenza

riflette chiaramente nella sua formulazione l'intento dei suoi redattori di conciliare le esigenze dei singoli Stati aderenti mediante la previsione di una tutela minima al diritto di proprietà: intento peraltro disatteso dall'incessante attività interpretativa compiuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha di fatto contribuito ad ampliare notevolmente sia l'oggetto che l'ambito di applicazione della norma, tanto da renderla in grado di offrire, ad oggi, una tutela ben maggiore rispetto a quella assicurata dai singoli ordinamenti interni. La peculiarità della disposizione sancita nell'art. 1 Prot. 1 della Convenzione è data anzitutto dalla sua struttura, trattandosi di previsione che contiene in realtà tre distinte norme: la prima, contenuta nella prima frase del primo capoverso, è di ordine generale ed enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, anch'essa contenuta nel primo comma, regola i casi di privazione della proprietà subordinandole alla ricorrenza di determinate condizioni; la terza, nel secondo comma, concerne la regolamentazione dell'uso dei beni riconosciuta in capo allo Stato nell'ottica del perseguimento dell'interesse generale.

L'art. 1 Prot. n. 1 non definisce il contenuto del diritto che mira a proteggere né fissa dei limiti di applicazione della tutela ivi prevista: nel silenzio della norma circa l'esatta definizione del contenuto del relativo diritto, la nozione di proprietà ha pertanto assunto, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, una portata ed un significato del tutto autonomi rispetto agli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti, con la conseguenza che, ai fini dell'invocazione della tutela convenzionale, non rileva che il richiedente sia titolare di un diritto di proprietà secondo l'ordinamento interno ma è sufficiente che egli sia titolare di un diritto ovvero anche di un mero interesse purché avente valore patrimoniale ... In particolare nella giurisprudenza della CEDU si trova affermato che l'art. 1 prot. 1 può imporre “alcune misure necessarie” per tutelare il diritto di proprietà anche nel caso in cui abbia ad oggetto una controversia tra persone fisiche o giuridiche, e cioè tra privati, assumendosi che ogni violazione del diritto al rispetto dei beni commessa da un privato cittadino fa nascere per lo Stato l'obbligo di garantire, nel suo ordinamento giuridico interno, che il diritto di proprietà venga sufficientemente tutelato dalla legge e che “dei ricorsi adeguati permetteranno alla vittima di tale violazione di far valere i suoi diritti».

¹⁰⁰ Trib. Firenze, 21 gennaio 2011, n. 147, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, pp. 767-775, con nota di F. AZZARRI, *La proprietà e la tutela aquiliana dei diritti inviolabili*.

al nucleo essenziale della dignità della persona¹⁰¹, «proprio perché l’invulnerabilità del diritto assicura, comunque, l’oggettività normativa e sociale della perdita che dalla lesione del medesimo discenda, si potrà dare ingresso al risarcimento del danno non patrimoniale anche laddove lo stesso risulti di lieve entità»¹⁰². Questa ricostruzione, per quanto autorevole, appare forzata nel richiamo, probabilmente eccessivo, al concetto di dignità personale e alla luce del superamento della tesi che considerava la proprietà come manifestazione della personalità dell’individuo¹⁰³.

Diverso, invece, è il riconoscimento di interessi non connotati da rilevanza economica in capo al titolare del diritto in virtù del rapporto di strumentalità con il bene e di conseguenza dell’idoneità o meno della *res* a soddisfare bisogni essenziali della persona. Dando seguito a tale ragionamento, la tutela va sicuramente riconosciuta in alcune ipotesi specifiche ove, nonostante la difficile documentabilità delle conseguenze non patrimoniali subite, gli interessi lesi potrebbero incidere su profili talmente personali dell’individuo, tanto da risultare ontologicamente prive di un chiaro riscontro materiale. A tal fine, può ipotizzarsi, in sede probatoria, il ricorso al sistema delle presunzioni o al criterio dell’*id quod plerumque accidit*. Basti pensare all’ipotesi in cui l’occupazione abbia ad oggetto l’abitazione principale o comunque un immobile nel quale sono custoditi particolari ricordi di vita familiare e considerando l’inclusione del diritto all’abitazione¹⁰⁴ nel catalogo dei diritti inviolabili e tra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità, tanto da ritenere il suo oggetto un bene di primaria importanza¹⁰⁵.

In tale linea meriterebbe un approfondimento la questione relativa al nesso tra alcune figure di proprietà (come la proprietà dell’abitazione o “sull’abitazione”) e i diritti

¹⁰¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale nel tempo della complessità*, incontro studio del 28 aprile 2010, in www.cortedicassazione.it.

¹⁰² C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale nel tempo della complessità*, cit., *passim*.

¹⁰³ G. ALPA, *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di «conformazione»*, cit., p. 601.

¹⁰⁴ Su tale aspetto, U. BRECCIA, *Il diritto all’abitazione*, Milano, 1980, p. 30 ss.; ID., *Itinerari del diritto all’abitazione*, in *L’esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche. Atti del Convegno in onore di Gianni Galli, Firenze 19-20 ottobre 2012* a cura di A. BUCELLI, Padova, 2013, p. 123 ss.; M. CIOCIA, *Il diritto all’abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009, p. 43 ss.; A. GIORGIS, *Il diritto costituzionale all’abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 1129 ss.; T. MARTINES, *Il diritto alla casa*, in *Tecniche giuridiche e tutela della persona* a cura di N. LIPARI, Roma-Bari, 1974, p. 391 ss., ora in *Opere*, IV, *Libertà ed altri temi*, Milano, 2000, p. 13 ss.; G. GILARDI, *Abitare: un diritto, non una semplice aspettativa*, in *Quest. giust.*, 2008, p. 110 ss.; Trib. Milano, Sez. X, 3 settembre 2012, n. 9733, e Trib. Brindisi, 26 marzo 2013, n. 2126, in *Danno e resp.*, 2014, p. 522 ss., con nota di R. ROLLI, *Diritto di abitazione e risarcimento del danno non patrimoniale*.

¹⁰⁵ C. Cost., 27 febbraio 2024, n. 28, in cortecostituzionale.it.

inviolabili dell'uomo¹⁰⁶, nonché tutto l'aspetto relativo al "non uso" dell'immobile quale strumento di integrale tutela della discrezionalità del proprietario, da intendersi validamente e pienamente ricompresa nel contenuto del diritto stesso¹⁰⁷. Tale circostanza però, come osservato da alcuni¹⁰⁸, non è stata presa in considerazione dalla Suprema Corte neanche con un riferimento al citato diritto di abitazione. In considerazione però delle funzioni riconosciute dall'ordinamento nazionale ed europeo al diritto di proprietà, non risulta del tutto ragionevole escludere completamente la risarcibilità della lesione di interessi -anche- non patrimoniali al titolare del diritto reale, conseguente in maniera immediata e diretta dall'occupazione¹⁰⁹.

Proprio nel chiedersi se la granitica tesi della non risarcibilità del danno di cui si discute possa considerarsi o meno immutata¹¹⁰, parte della civilistica rinviene in alcune innovazioni legislative e aperture giurisprudenziali¹¹¹, argomenti idonei a superarla o, quantomeno, a mitigarla, al fine di evitare un pericoloso paradosso: quello del «danno ingiusto non risarcibile»¹¹². A titolo esemplificativo, si richiama l'art. 34 d.l. n. 98/2011, convertito nella l. n. 111/2011 che ha modificato l'art. 42 *bis* d.p.r. n. 327/2001, che prevede la corresponsione al proprietario, in caso di acquisizione successiva all'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale.

Anche la giurisprudenza di legittimità, timidamente, segnala l'esistenza di un contrasto tra l'interpretazione interna del diritto di proprietà e la sua collocazione sistematica in sede comunitaria¹¹³, tanto da avallare un ampliamento del catalogo dei diritti inviolabili. Nello specifico, la Seconda Sezione civile ha evidenziato una «necessità dogmatica di ampliare il catalogo dei diritti inviolabili che consentono la risarcibilità dei

¹⁰⁶ U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., p. 80 ss.

¹⁰⁷ U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., p. 117 ss.

¹⁰⁸ F. RUGGIERO, *Lo statuto (probatorio) del danno da occupazione illegittima all'esame delle Sezioni unite*, cit., p. 57.

¹⁰⁹ A. SCARPA, *Lesione della proprietà e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 353-372; T. SICA, *Lesione del diritto di proprietà e risarcibilità dei danni non patrimoniale: il consolidamento di un approccio ermeneutico*, cit., p. 286.

¹¹⁰ T. SICA, *Lesione del diritto di proprietà e risarcibilità dei danni non patrimoniali: il consolidamento di un approccio ermeneutico*, cit., p. 288 ss.

¹¹¹ Cass., 17 dicembre 2019, n. 33439, in *Mass. giust. civ.*, 2020; di recente, Cass., 4 febbraio 2021, n. 2623; Cass., 15 gennaio 2021, n. 659 e Trib. Roma, Sez. VI, 22 ottobre 2021, n. 16899, in *Onelegale*.

¹¹² A. SCARPA, *Lesione della proprietà e risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., p. 355.

¹¹³ A. ARBIANI, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2228 ss.; V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 145 ss.

danni non patrimoniali, includendovi pure il diritto di proprietà, in nome di un'interpretazione (non solo) costituzionalmente e (quindi anche) comunitariamente orientata (ex art. 117 cost., in relazione all'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU), e perciò nell'ambito di una rinnovata visione dell'art. 2059 c.c., che attribuisca rilevanza, ai fini dell'ingiustizia del pregiudizio arrecato dal terzo, alla relazione di strumentalità tra il bene leso e le utilità potenzialmente realizzatrici di interessi fondamentali della persona»¹¹⁴, mantenendo fermo, però, l'onere della prova in capo all'attore di allegare «il fatto produttivo del danno evento alla cosa di proprietà, che possa essere posto a base del ragionamento deduttivo da accertare in giudizio»¹¹⁵.

Tali aperture¹¹⁶ sembrano annoverarsi tra gli elementi che segnalano una crisi del dogma della non risarcibilità del danno non patrimoniale in quanto, nonostante la previsione normativa citata che si presta al richiamo dei concetti di tassatività o di riserva di legge¹¹⁷, segnano un chiaro indebolimento della barriera che frena la “spinta” verso la concretizzazione del principio di *réparation intégral* del pregiudizio subito dal soggetto danneggiato dall'illecito¹¹⁸.

In considerazione della famosa definizione del campo della responsabilità civile quale «cantiere sempre aperto»¹¹⁹, al fine di non restare ancorati in tradizionalismi privi di un attento sguardo alle nuove istanze di tutela, risulta fondamentale, anche attraverso una rinnovata visione dell'art. 2059 c.c., un ampliamento del catalogo dei diritti inviolabili al fine del risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali derivanti da lesioni del diritto di proprietà. Ciò anche per attribuire rilevanza all'ingiustizia del pregiudizio arrecato dal terzo e alla relazione di strumentalità tra il diritto leso e «l'utilità potenzialmente

¹¹⁴ Cass., Sez. II, 17 dicembre 2019, n. 33439, cit.

¹¹⁵ Cass., Sez. II, 17 dicembre 2019, n. 33439, cit.

¹¹⁶ La tematica analizzata si presta facilmente ad indagini di carattere comparatistico al fine di indagare sugli strumenti a tutela della proprietà utilizzati in altri sistemi giuridici. Tra i tanti, basti pensare al sistema austriaco dove all'art. 9 *Staatsgrundgesetz* viene sancita la natura inviolabile della proprietà privata tutelata attraverso procedimenti efficienti volti alla celere liberazione degli immobili da occupanti abusivi. Nel sistema francese, invece, il legislatore si è mobilitato con l'approvazione di un progetto di legge per inasprire le pene nei casi di occupazione abusiva di immobili e per garantire procedimenti che in tempi brevi consentono al proprietario di ritornare nel possesso della *res*. Senza dimenticare, infine, la teoria tedesca, fortemente osteggiata, sul danno da violazione dell'integrità patrimoniale (*Reiner Vermögensschaden*).

¹¹⁷ A. SCARPA, *Lesione della proprietà e risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., p. 354.

¹¹⁸ In questi termini, T. SICA, *Lesione del diritto di proprietà e risarcibilità dei danni non patrimoniali: il consolidamento di un approccio ermeneutico*, cit., p. 285.

¹¹⁹ F.D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 129 ss.

realizzatrici di interessi fondamentali della persona»¹²⁰. Pertanto, si ravvisa l'opportunità di una lettura costituzionalmente e comunitariamente orientata, alla luce di una visibile antinomia con la ricostruzione europea del diritto di proprietà, rendendosi necessaria un'analisi caso per caso sulla funzione strumentale del bene, prevedendo una possibile estensione applicativa di tale principio anche in presenza di titoli diversi come locazione o comodato¹²¹. A tal proposito non va comunque sottovalutata la rilevanza penale di alcune fattispecie come quelle di cui agli artt. 614, 633 c.p., che ben potrebbero dar luogo al risarcimento dei danni da reato¹²², aprendo così ulteriori scenari in chiave evolutiva.

7. Come può agevolmente desumersi dai differenti e variabili approdi ai quali continuano a pervenire giurisprudenza e dottrina, lo snodo principale ruota intorno all'ammissibilità o meno del danno *in re ipsa* e la questione, ad essa strettamente connessa, della misura in cui possono configurarsi i danni punitivi o comunque forme risarcitorie con fini non meramente compensativi.

Nonostante il tentativo di "normalizzazione" dei danni *in re ipsa*, realizzato dai più recenti indirizzi giurisprudenziali, le questioni affrontate si collocano tutt'ora in una zona d'ombra ove si annidano molti problemi ancora irrisolti. Alla luce dei principi dettati dalle Sezioni unite non resta che attendere le ripercussioni pratiche e processuali dei

¹²⁰ T. SICA, *Lesione del diritto di proprietà e risarcibilità del danno non patrimoniali: il consolidamento di un approccio ermeneutico*, cit., p. 287.

¹²¹ F. RUGGIERO, *Lo statuto (probatorio) del danno da occupazione illegittima all'esame delle Sezioni unite*, cit., p. 59.

¹²² In proposito, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danno dinamico-relazionale, danno morale, danno "da reato" nel sistema polifunzionale della responsabilità civile*, cit., pp. 737-778; F. CARNELUTTI, *Danno o reato*, Padova, 1930; L. COVIELLO, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 313.

Nello specifico, si condivide la tesi per la quale il danno da reato costituirebbe un modello indipendente, parallelo e strutturalmente autonomo rispetto alla responsabilità civile, infatti, il risarcimento ex art. 185 cod. pen., dopo la sua emancipazione dall'art. 2059 cod. civ., è del tutto idoneo a svolgere -in campo civilistico ed in presenza di un fatto reato- una funzione autonoma, deterrente e punitiva, sia nell'ambito contrattuale che extracontrattuale e sia per quanto riguarda i danni patrimoniali che non. La natura punitiva della responsabilità nascente dal danno da reato, si evince, come osservato da parte della dottrina, dall'enunciato contenuto nel secondo comma dell'art. 185 cod. pen., nella parte in cui si fa riferimento al fatto-reato, al danno patrimoniale o non patrimoniale derivante dalla condotta delittuosa ed all'obbligo di risarcimento nascente in capo al reo o in capo ai soggetti che, in base alle norme di diritto civile, sono chiamati a rispondere per un fatto commesso da altri. Ma soprattutto, è stato osservato come fosse necessario "rispolverare" la funzione punitivo-deterrente della riparazione del danno - patrimoniale e non - da reato al fine di tutelare anche situazioni nelle quali si assisteva a lesioni di diritti costituzionalmente garantiti (a seguito dell'estensione dell'area del danno risarcibile) che non rilevano per il diritto penale nonché al fine di evitare un'abrogazione interpretativa della citata disposizione del codice penale.

medesimi, soprattutto in merito all'effettiva portata dell'onere di allegazione richiesto¹²³. Ciò al fine di identificare o, quantomeno, chiarire i labili confini del danno normale o presunto nell'ambito della responsabilità civile, soprattutto nei casi di lesione di un diritto reale.

Il fondato timore evidenziato dalla Terza Sezione di consentire, attraverso forme di automatismo, un risarcimento in assenza di un danno effettivo dovrebbe confrontarsi anche con l'ipotesi opposta, ovvero il pericolo di mancato riconoscimento di una tutela risarcitoria nei casi in cui il danno c'è «ma non si vede»¹²⁴, pregiudicando, irrimediabilmente, il titolare del diritto dominicale che subisce un danno ingiusto non risarcibile. Il discorso andrebbe indirizzato verso l'obiettivo di non creare vuoti di tutela, consapevoli del fatto che, come autorevolmente riconosciuto¹²⁵: «il proprietario, il cui bene è stato occupato abusivamente, ha subito un danno»¹²⁶, suscettibile, tra l'altro, di provocare anche pregiudizi non connotati da rilevanza economica. Il danno di cui si discute, lontano dal potersi considerare un danno irrefutabile, risulterebbe esistente e risarcibile a prescindere dalla facoltà che il proprietario abbia o meno esercitato, dovendosi tutelare il contenuto del diritto di proprietà nella sua interezza, anche in un'ottica di coerenza con l'ordinamento giuridico e con la(e) funzione(i) attribuibili alla responsabilità civile. Queste autorevoli osservazioni sono idonee ad aprire nuovi scenari anche sull'assolutezza del binomio “danno evento” e “danno conseguenza”, alla luce di diverse perplessità emerse negli ultimi anni¹²⁷.

Pur non volendo aderire *tout court* alla teoria normativa, è difficile negare che in alcune circostanze - come quella esaminata nel presente lavoro - proprio l'evento dell'illegittima aggressione di un diritto integra gli estremi materiali del pregiudizio di cui si chiede il risarcimento, risultando i successivi sviluppi della vicenda dannosa meramente eventuali e non indispensabili per attivare la tutela per equivalente. Tutto ciò per dire che un medesimo fatto può essere al tempo stesso evento lesivo (e quindi danno ingiusto) ed effetto economico negativo (danno ingiusto risarcibile)¹²⁸, avallando la tesi della possibile creazione di un catalogo di danni risarcibili *in re ipsa* sulla base delle peculiarità di alcune

¹²³ F. PIAIA, *L'occupazione illegittima di immobili: dal danno “in re ipsa” al danno “normale” o “presunto”*, cit., p. 64.

¹²⁴ Per richiamare il titolo della nota di R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita*, cit.

¹²⁵ In tal senso anche B. SASSANI e M. MAGLIULO, «*In re ipsa, tantem in re aliena*», cit., cc. 3678- 3685.

¹²⁶ G. PONZANELLI, *La falsa alternativa tra danno in re ipsa e danno conseguenza: in attesa delle Sezioni unite*, cit., p. 891.

¹²⁷ F. MEZZANOTTE, *Cos'è in re ipsa nel “danno in re ipsa”?*, cit., p. 1825.

¹²⁸ In questi termini, F. MEZZANOTTE, *Cos'è in re ipsa nel “danno in re ipsa”?*, cit., c. 1825.

fattispecie concrete. Tali considerazioni si collocano in pieno nel dibattito ancora aperto sulla configurabilità dei danni in *re ipsa* nel sistema risarcitorio nostrano, in quanto tale tipologia di danno rivestirebbe una componente *lato sensu* punitiva, quale fisiologica espressione della natura polifunzionale e proteiforme¹²⁹ della responsabilità civile. In disaccordo con i fautori della tesi negazionista¹³⁰, non si ravvisa alcun fondato timore di una rimodulazione *contra legem* del sistema di responsabilità civile che attraverso l'ammissione del danno in *re ipsa* genererebbe un ingresso incondizionato¹³¹ dei *punitive damages*.

Partendo dall'assunto per il quale i danni punitivi andrebbero considerati più come uno strumento di civiltà giuridica che come una «bizzarra categoria di danni estranea al sistema»¹³² da temere anche nei casi previsti dalla legge¹³³, proprio ipotesi come quella dell'occupazione abusiva di immobile dovrebbero far riflettere sull'idoneità e l'adeguatezza del sistema di tutele predisposto nonché sull'utilità o meno di particolari meccanismi processuali sull'onere della prova, anche in considerazione dei tempi della giustizia italiana. Inoltre, non sembra ammissibile alcuna indagine sulla volontà o meno del titolare del diritto reale di utilizzare - e come utilizzare - l'immobile. Un simile esame risulta una compressione del diritto di proprietà in quanto la scelta del non uso, volendo anche solo per un attimo aderire totalmente alle tesi negazioniste del danno *in re ipsa*, esporrebbe il proprietario ad un utilizzo abusivo ed impunito del suo bene da parte di terzi. Pertanto, appare invece condivisibile l'orientamento per cui il semplice fatto di avere a disposizione una *res* per un caso di necessità, già di per sé soddisfa un bisogno del

¹²⁹ G.M. MARSICO, *Sull'occupazione sine titulo e danno in re ipsa: natura proteiforme della responsabilità civile e danni punitivi*, in *Notariato*, 2023, p. 417.

¹³⁰ C. BARBERIO, *Danno da perdita del rapporto parentale; tra danni in re ipsa e danni presuntivi*, in *Danno e resp.*, 2023, p. 195.

¹³¹ Sulla questione, G.M. MARSICO, *Sull'occupazione sine titulo e danno in re ipsa*, cit., p. 417 ss.

¹³² E. SACCHETTINI, *Una bizzarra categoria di danni estranea al sistema*, in *Guida dir.*, 2017, p. 50.

¹³³ In argomento, Cass., Sez. un., 5 luglio 2016, n. 16601, in *DeJure*. In dottrina, A. MONTANARI, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, 2019, in *DeJure*; ID., *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Dir. civ. cont.*, 2017, pp. 1-26; R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, cc. 2630-2639; P. PARDOLESI, *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011, p. 59; ID., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1068; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «danni punitivi»*, Napoli, 2017; M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 419; E. AL MUREDEN, *I punitive damages tra limiti del diritto interno e apertura delle Sezioni unite*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli, 2018, p. 1750 ss.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, p. 420 ss.; ID., *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 95 ss.

proprietario suscettibile, tra l'altro, di valutazione economica¹³⁴, essendo egli libero di gestire il bene in qualsiasi modo, anche attraverso il non uso.

A sostegno ulteriore di tali conclusioni si fa osservare quanto statuito in una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale in merito all'art. 633 c.p. nella parte in cui si applica anche all'invasione a scopo abitativo di edifici in stato di abbandono¹³⁵. L'argomentazione prospettata dalla Consulta sembra fornire elementi a sostegno della tesi qui prospettata. Invero, considerato che la norma penale in questione è adibita a punire lo spoglio funzionale, l'oggetto della tutela non può non essere il contenuto di cui all'art. 832 c.c., senza alcuna distinzione e quindi anche terreni incolti o non produttivi, nonché edifici disabitati o abbandonati. Pertanto, condividendo pienamente quanto affermato dalla Corte Costituzionale, dallo stato di abbandono non può discendere un automatico effetto estintivo dello *ius excludendi alios* riservato al titolare della situazione di attribuzione del bene, né, pertanto, della pretesa punitiva rivolta alla tutela di quel diritto¹³⁶.

L'indagine tende ormai a concludersi, dopo aver ripercorso i passaggi fondamentali del dibattito in materia di (non) risarcibilità del danno da occupazione *sine titulo*, nonché dell'acceso contrasto su aspetti di non poco conto sull'individuazione del danno ingiusto risarcibile, si ritiene di dover attendere i futuri sviluppi che ci sveleranno se, sul piano pratico, effettivamente il risultato sarà quello prefigurato dalla corte, ma l'impressione condivisa «è che quel compromesso (volutamente ricercato) tra la teoria normativa e la teoria causale sia stato raggiunto a spese del proprietario»¹³⁷, attribuendo all'occupante un inedito diritto all'occupazione abusiva.

Napoli, luglio 2024

¹³⁴ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 608.

¹³⁵ C. Cost., 27 febbraio 2024, n. 28, cit.

¹³⁶ C. Cost., 27 febbraio 2024, n. 28, cit.

¹³⁷ B. SASSANI e M. MAGLIULO, «*In re ipsa, tantem in re aliena*», cit. c. 3686.

Abstract

Il contributo si propone di ripercorrere i principali orientamenti sui temi più caldi in materia di risarcimento del danno da occupazione abusiva di immobile da parte di privati. Partendo dalle sentenze gemelle delle Sezioni unite del 15 novembre 2022, verranno affrontate le tematiche relative alla configurabilità del danno *in re ipsa* nel nostro sistema risarcitorio nonché la problematica dei danni difficilmente documentabili. I recenti approdi giurisprudenziali andranno, infatti, considerati come nuovi punti di partenza che, nel tentativo di mitigare posizioni diametralmente opposte, hanno offerto agli studiosi del diritto un'imperdibile occasione per ritornare su temi classici della responsabilità civile.

The essay analyzes the issue of compensation resulting from illegal occupation of property by private individuals. Starting from the twin sentences of 15th November 2022, the issues relating to the configurability of damages *in re ipsa* in our compensation system and the problem of damages that are difficult to document. The recent jurisprudential developments are as new starting points which, in an attempt to mitigate diametrically opposed positions, have offered an opportunity to return to classic topics of liability rules.

Keywords

Occupazione abusiva di immobile - responsabilità civile - risarcimento - danno *in re ipsa*

Illegal occupation of property - civil liability - compensation - damage *in re ipsa*

ALBERTO ZINI*

*Riflessioni intorno alla vindicia falsa di Tab. 12.3***

Sommario: 1. Introduzione. 2. Fest. voce 'Vindiciae' (Lindsay, 516). Il significato di 'vindicia'. 3. Il significato delle parole 'falsa' e 'tulit'. 4. 'Vindicia falsa' come 'vindicia' ingiustamente conseguita. Una possibile precisazione. 5. Tabb. 1.6, 1.7, 1.9: un ripensamento?

1. Nel quadro del canone tradizionale del codice decemvirale, il precetto racchiuso da Tab. 12.3¹ rappresenta una sorta di 'rompicapo' per i moderni interpreti². Le difficoltà si presentano su più fronti, a partire dalla ricomposizione della voce festina a cui si deve la

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Padova.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Tab. 12.3: *Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato; eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decideto.*

² Già F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII tavole*, in *Arch. giur.* F. Serafini, 44, 1890, p. 381 ss., parlava di Tab. 12.3 come «una regola di diritto antichissimo, sempre dagli studiosi giudicata oscura»; S. TONDO, *La semantica di 'sacramentum' nella sfera giudiziale*, in *SDHI*, 35, 1969, p. 272, metteva in rilievo come la cospicua letteratura depositata sul carne in parola derivasse non solo dall'importanza della norma racchiusa in esso, ma anche (e in misura non minore) dalle «vicende piuttosto infelici che ne hanno contrassegnato la tradizione»; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica, 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'*, Napoli, 1990, p. 7, definisce Tab. 12.3 «norma ... anche a causa della sua incompletezza, la più misteriosa dell'intero panorama del diritto romano»; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 30, 1967, p. 94, nell'ambito di un ampio studio nel quale sono affrontate e discusse le principali opinioni affacciate in argomento fino agli anni della pubblicazione, parla di «profondo dissidio che tuttora regna in dottrina sulla portata della norma decemvirale»; cfr., inoltre, l'ampia trattazione di G. NICOSIA, *Il processo privato romano, II. La regolamentazione decemvirale. Corso di diritto romano*, Torino, 1986, p. 175 ss., ove, fra le altre, è discussa anche la dottrina di Santoro; C.A. CANNATA, *Recensione a G. NICOSIA, Il processo privato romano, II cit.*, in *Iura*, 37, 1986, p. 116 s.; più di recente, cfr. R. FIORI, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare romano*, Milano, 2003, p. 115: «il testo della disposizione ... non consente di giungere ad alcuna certezza»; F.M. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, 2003, p. 136 ss.; M. FUENTESECA DEGENEFEE, *La función procesal de los 'praedes litis et vindicianum'*, in *RIDA*, 53, 2006, p. 243, parla al riguardo di «pasaje de las XII Tablas 12.3 ... que es de los más difícilmente reconstruibles y complejos de las fuentes romanas». Cfr. la panoramica offerta da M. HUMBERT, *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome, 2018, p. 817 ss.

conoscenza del versetto in esame³. Non è mia intenzione procedere a una complessiva disamina delle questioni connesse alla decifrazione del controverso dettato duodecimtabulare e della voce che lo tramanda; mi propongo, piuttosto, di concentrare l'attenzione soltanto su un singolo punto, intorno al quale mi ha portato a riflettere una più vasta indagine che vado conducendo dedicata alle *legis actiones* e in particolare alla *legis actio sacramenti*. Alludo all'enigmatica qualificazione di *falsa* che la disposizione normativa in questione attribuisce al sostantivo *vindicia* nel delineare la figura illecita evocata dalla previsione stessa⁴.

Prima di avvicinarci al brano contenente la reliquia del carne che ci interessa, tuttavia, mi pare necessaria l'avvertenza fondamentale per la quale, se è vero che nella ricostruzione del diritto arcaico per lunghi tratti le ipotesi degli studiosi si debbono inevitabilmente appoggiare a congetture⁵, ciò risulta vieppiù vero per quel che concerne Tab. 12.3. Questo testo offre molteplici possibilità di lettura, tra loro anche diametralmente divergenti⁶: l'analisi e la critica su di esso sono state svolte da molteplici punti di vista, anche con le armi della paleografia, palesando come inaccettabili proposte che, pur fasciose, non sono sembrate fondate sotto il profilo della ricostruzione testuale.

Ancor più che altrove, allora, occorre tener ben presente la natura ipotetica, seppure auspicabilmente plausibile, degli argomenti addotti.

2. Veniamo dunque al testo festino donde si ricava il precetto decemvirale: si tratta, come noto, della spiegazione del lemma *vindiciae*⁷. Nell'ambito di questa tormentata

³ In riferimento alla fonte donde si ricava il carne decemvirale, cfr. F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, p. 150, ricorda come il testo, studiato da tempo, continui «a porre agli interpreti più d'un problema».

⁴ Si tratta di un problema già rilevato da F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, il quale nota «l'oggettiva difficoltà di configurare nella prassi, una fattispecie di *vindicia falsa*». A parere dell'autore risulterebbe «difficile immaginare un comportamento malizioso tale, e talmente diffuso, da richiedere ai legislatori la formulazione di una norma siffatta».

⁵ Ciò è stato stigmatizzato in modo assai icastico da M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, M.F. CURSI (a cura di) *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli, 2008, p. 42.

⁶Cfr. gli autori indicati alla nt. 2.

⁷ Sul termine *vindicia* gli stessi Romani paiono non avere avuto più le idee chiare, e, ad esempio, con riferimento all'espressione *vindicias dicere*, «non erano ormai in grado di conoscere il significato esatto dell'espressione» (così I. BUTI, *Il 'praetor' e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, p. 61 e ntt. 39 e 40; in quest'ultima lo studioso osserva come «oscillazioni nell'attribuire significati al termine possono osservarsi in Gaio ... e diverse e contrastanti sono, analogamente le opinioni riferite da Festo); cfr. F. BONA, *Contributo allo studio della composizione del 'De verborum significatu' di Verrio Flacco*, Milano, 1964, p. 1 ss.; p. 158.

voce⁸, l'epitomatore di Verrio Flacco ricapitolava le diverse accezioni e testimonianze relative al citato sostantivo, richiamando l'autorità degli autori antichi, prima di procedere finalmente a enunciare il versetto delle XII Tavole oggetto della nostra attenzione. Ecco il frammento festino.

Fest. voce *Vindiciae* (Lindsay, 516 s.): *Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt. [M.] Cato in ea quam scripsit L. Furio de aqua: '... s praetores secundum populum vindicias dicunt'. ... Lucilius: 'Nemo hic vindicias neque sacra ... en veretur'. De quo verbo Cincius sic ait: 'Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant'. At Ser. Sulpicius ... iam singulariter formato vindiciam esse ait ... <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur ... XII: 'Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato; eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decideto'.*

Il passo ripercorre alcune accezioni antiche riferibili al lemma commentato, da quella di possesso interinale, ai simboli della cosa rivendicata, fino a giungere a quella di 'cosa su cui si era svolta la rivendica'. Rispetto a questo significato, Festo richiamava il versetto che ci interessa. Ora, se prendiamo subito in esame la citazione duodecimtabulare per avere immediatamente contezza del problema, è facile rendersi conto di come il testo del carne qui menzionato appaia mutilo in due punti⁹.

Anzitutto, subito dopo il pronome *is*, troviamo tre lettere 'tor' parte, secondo una congettura largamente (benché non unanimemente) accettata¹⁰, dell'originario *praetor*¹¹

⁸ Cfr. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 35, ricorda che il testo «non è dei più perspicui»; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, lo definisce «testo famoso»; cfr. sopra, nt. 2.

⁹ Come nota B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, p. 93, l'edizione di Lindsay è basata sull'apografo di Poliziano, assai fedele nella «trascrizione ... d'alcune parti, ora perdute, del codice medievale che conteneva l'opera festina»; più di recente, cfr. anche R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, p. 35, nt. 16.

¹⁰ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 10, ricordava come l'integrazione proposta, rispettosa del dato paleografico, sotto il profilo della sostanza si giovasse «dell'argomento che può trarsi dal confronto con l'analogo procedimento di nomina, da parte del pretore, dell'arbitro della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*» (in senso analogo a quest'ultimo argomento, v. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 94, nt. 316); cfr. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 35, secondo il quale «l'integrazione in *praetor* appare l'unica possibile ed è pressoché generalmente accettata»; TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.1, Leipzig, 1887, p. 75, nt. 1; S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 273; ID., *Il consorzio domestico*, in *Atti e memorie dell'Accademia Toscana di Sc. e lett. La Colombara*, 1975, p. 198; A. MAGDELAIN, '*Praetor Maximus*' et '*Comitiatus maximus*', in *Iura*, 20, 1969, p. 279 s.; ID., *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Roma*, in *RIDA*, 27, 1980, p. 210; B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 94 e nt. 314, metteva in rilievo come non possa far difficoltà, rispetto alla proposta integrazione presupponente una correzione di quattro lettere (*prae*), il fatto che nell'apografo di Poliziano sia indicata una lacuna di tre lettere, posto che nell'apografo medesimo «la sillaba *prae* è resa talvolta ... nella

cui si sarebbe riferita l'azione dei *tres arbitros dare*; prima del sostantivo *fructus*, poi, si trova un'altra lacuna variamente ricostruita, ma verosimilmente spiegabile mediante l'inserimento della parola *rei*¹². Anche ammettendo queste integrazioni, delle quali la prima appare quella per così dire più 'indolore', il testo decemvirale si presenta tutt'altro che perspicuo.

Ciò che è apparso sostanzialmente chiaro a larga parte degli interpreti è la previsione, nel versetto in esame, di una figura illecita¹³ consistente nel comportamento condensato nelle parole '*si vindiciam falsam tulit*', ovvero, secondo taluno, avente quale presupposto la locuzione appena richiamata¹⁴, per la quale i Decemviri avevano stabilito

forma *pre*; ancora con un più ampio riferimento alle ragioni paleografiche, cfr. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 38. In senso contrario, ma coerentemente con la propria idea per la quale il magistrato non intervenisse nel procedimento ancora in epoca decemvirale, G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 100 ss.; cfr. anche M. FUENTESECA DEGENEFTE, *La función procesal*, cit., p. 245 s., che propone di integrare la lacuna con «<q'si>tor, abbreviatura de *quaesitor* (del verbo *quaero*), en referencia de la investigación y a la acción declarativa que precedía a la *damni decisio* para establecer la culpabilidad del delincuente». V., tuttavia, F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 153, per il quale l'integrazione del testo, proposta da Mommsen, non sarebbe soddisfacente, pur essendo stata accolta dalla maggior parte degli studiosi a cagione dell'autorità del suo autore.

¹¹ Secondo B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 95, si sarebbe trattato di uno dei *praetores*, vale a dire uno dei membri del collegio di magistrati che poi si disse dei *consules*; v. anche F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 154: «tutti sappiamo che la magistratura pretoria è di circa un secolo più recente. Ciò non toglie che bisogna pur distinguere la storia del nome da quella della istituzione»; sul punto, mi permetto di rinviare ad A. ZINI, 'Il dictator' e il 'magister populi', in L. GAROFALO (a cura di), *La dittatura Romana*, II, 2018, p. 13 s., nt. 58.

¹² Sull'integrazione di questa lacuna cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 95, che la ritiene ammessa quasi da tutti, sottolineando come, per ragioni di stile e di spazio appaia meno probabile il completamento con le parole '*et rei*'. Cfr. anche R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 46; G. GULINA, *Contributo allo studio della 'satisfatio pro praede litis et vindiciarum'*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 56, 2013, p. 91, nt. 51: «aderisco anch'io senz'altro alla ricostruzione della norma decemvirale nel senso del riempimento del piccolo spazio prima di *fructus* con il segno *rei* e, dunque, per la restituzione del versetto nel senso di '*rei fructus duplione*'».

¹³ Rimarca la sostanziale uniformità della dottrina sul punto R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 25, parlando di «pieno accordo» circa la natura illecita della fattispecie; cfr., ad esempio, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 138 s., secondo il quale il carattere penale si desumerebbe dal «doppio dei frutti che il soccombente deve versare»; M. KASER, '*Vindicia falsa*' und '*fructus duplio*', in *Iura*, 13, 1962, p. 24: «Nimmt man diese gedankliche Einheit als gegeben an, dann muss man folgerichtig das *vindiciam falsam ferre* als ein Delikt verstehen, das durch Busszahlung in Höhe eines Doppelten gesühnt wird». Secondo B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, invece, la natura di illecito della previsione si ricaverebbe, oltre che dalla *summa* della pena, proprio dall'aggettivo *falsa*; cfr. anche M. TALAMANCA, *Delitti*, cit., p. 85 ss.

¹⁴ Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 44 s.; del resto, sarebbe «perfettamente coerente all'età decemvirale ... la necessità di integrare le regole consuetudinarie in relazione ad una fattispecie diversa, quella appunto dell'appropriazione dei frutti della *vindicia*». Lo scopo della norma sarebbe stato quello di evitare che colui che aveva ottenuto a torto la *vindicia* si arricchisse dei frutti della cosa maturati nel corso del processo in danno di chi si fosse poi rivelato il vero *dominus*.

una sanzione (assai plausibilmente anch'essa di carattere penale, visto il suo ammontare rispetto al valore 'base') consistente nel doppio dei frutti e, seguendo alcuni autori, della cosa¹⁵.

Possiamo sorvolare sul problema incentrato sulla natura e sulle caratteristiche della sanzione, nonché su quello della relativa responsabilità gravante sull'autore dell'illecito, per soffermarci sull'esegesi della formula *vindiciam falsam tulit*, tramite un'analisi parola per parola¹⁶. A ben vedere, credo che ai nostri fini si possa pure prescindere dal possibile (e forse preferibile alla luce di quanto emergerà in questo studio) valore di presupposto dell'illecito rivestito dalla nostra locuzione, non risultando intaccata la descrizione del contegno descritto dalla stessa, che è in realtà quanto qui ci interessa.

Principiamo con il sostantivo. A questo punto occorre prestare maggiore attenzione al complessivo andamento della voce, purtroppo assai corrotta, entro cui è incastonata la citazione duodecimtabulare.

Credo che da questa analisi sia possibile ricavare il solo elemento relativamente sicuro utile a ricostruire il portato della locuzione. È necessario subito osservare che, proprio come risulta dal contesto¹⁷, la parola *vindicia* sembra qui alludere al significato proposto nella chiusa da Servio Sulpicio, vale a dire a quello di *res* oggetto di *vindicatio*¹⁸, di *res in controversia*, indipendentemente dall'eventuale debolezza della spiegazione etimologica¹⁹ allo stesso riferita: *vindicia*, al singolare, era cioè la *res* sulla quale le parti avessero compiuto il loro *vindicari*, una volta che sulla stessa si fosse verificata

¹⁵ Secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, p. 440, la pronuncia sarebbe stata di *damnum decidere*, «allo stesso modo che in caso di furto flagrante, e l'oggetto di questo *damnum decidere* era costituito, ancora come in quel furto, da un raddoppiamento del valore base»; v. inoltre M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 24; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 25.

¹⁶ Seguendo l'invito di M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 25: «Worin aber besteht das Delikt des *vindiciam falsam ferre*? Gehen wir Wort für Wort vor».

¹⁷ Al riguardo, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 38, ha giustamente osservato che la citazione decemvirale concorre a suffragare la lettura del termine *vindicia* offerta da Sulpicio Rufo, e a farla accogliere anche da Verrio Flacco e da Festo; cfr. anche R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 8, nt. 8; p. 11, nt. 19.

¹⁸ G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 218, ritiene che questo significato sia «ritenuto da tutti indubitabile», benché lo studioso stesso lamenti il fatto che, al di là di questo consenso, non si sia andati; cfr. R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 11; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440; dal canto suo, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, escludeva che con *vindicia* si potesse alludere alla parte di cosa controversa che si prelevava perché si potesse svolgere il rituale *in iure*: soprattutto perché in questo significato la troviamo sempre al plurale (Fest. voce *Superstites* [Lindsay, 394-396]; Gell. 20.10.9). V. anche M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 25: «*Vindicia* bedeutet in der alten Rechtssprache die körperliche Streitsache. Das weiss noch Festus l.c.: *vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est*».

¹⁹ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36.

l'imposizione della *vindicta*²⁰. Questo significato è menzionato appena prima del principio della citazione del carne decemvirale²¹, onde è possibile ritenere che esso fosse connesso strettamente a esso.

Nel tratto subito antecedente, invece, l'epitomatore di Verio Flacco aveva ricordato altri pareri²², secondo i quali il lemma esplicito avrebbe avuto un significato ben differente.

Il primo autore menzionato da Festo è Catone il Censore, la cui citazione è purtroppo incompleta: nell'orazione *De aqua* composta per L. Furio²³, in materia di assegnazione del possesso interinale nelle controversie incardinate tramite *legis actio sacramenti in rem*, occorrerebbe richiamare la regola seguita dai *pretores* e consolidatasi nella prassi, per la quale era necessario *dicere vindicias secundum populum*²⁴.

Festo menziona poi Lucilio, in un passaggio anch'esso molto lacunoso²⁵ la cui integrazione non è del tutto chiarita: parrebbe di potersi ipotizzare che l'autore antico lamentasse il costume maturato a Roma di non rispettare le *vindiciae*, i *sacra*, e, forse, la divinità.

A fronte di una diversa restituzione del mutilo testo festino, invece, si potrebbe ricavare un più chiaro riferimento all'*agere sacramentale in rem: nemo hic vindicias neque sacra[m]en[ta] veretur*. Festo, poi, attingeva alla diversa²⁶ lettura di Cincio il grammatico²⁷: secondo questo autore le *vindiciae* erano le porzioni di fondo controverso prelevate dalle parti in causa e portate da queste innanzi al magistrato quando la cosa su cui era insorta

²⁰ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36 s.: «solo da questo momento la cosa cessa di essere una normale *res* per diventare una *res de qua controversia est*, cioè una *vindicta* nel significato più antico»; cfr. anche M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, p. 49.

²¹ V. ancora Fest. voce *Vindiciae* (Lindsay, 516): *At Ser. Sulpicius ... iam singulariter formato vindiciam esse ait ... <g>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur ... XII: 'Si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato; eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decideto'*.

²² Si trattava di autori precedenti a Festo; cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 219.

²³ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36. Più sfumato G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220, per il quale si trattava, più genericamente, di una frase tratta «da uno scritto *de aqua*».

²⁴ Come osserva G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220, nella controversia *de aqua* era parte contendente il *populus*, onde si potrebbe ritenere che la lite riguardasse «acqua pubblica o di uso pubblico».

²⁵ Secondo G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220, lo stato dei rigli settimo e ottavo non lascerebbe altro se non una supposizione per la quale al medesimo significato di Catone si riferisse anche Lucilio; cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36.

²⁶ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 220.

²⁷ Secondo F. BONA, *Il 'De verborum significatu'*, cit., p. 221 s., l'opera da cui la nota attingeva potrebbe essere stata il *De priscis verbis*, benché non vi sia sicurezza in merito: «certa è l'utilizzazione da parte di Verrio Flacco dell'opera *De verbis priscis* del grammatico, cui le glosse festine, tradite senza indicazione dell'opera, sono fatte comunemente risalire»; cfr. anche R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36.

la lite non era trasportabile (gli immobili) o lo era solo difficilmente. Si tratta, come è stato osservato, di una nozione che si inseriva nel contesto della rivendica relativa agli immobili e, più in particolare, di un procedimento, del quale si trovano tracce in Cicerone²⁸ e in Gellio²⁹, nel cui corso, iniziata la rivendica, il magistrato invitava solennemente i contendenti a recarsi sull'immobile al fine di prelevare le porzioni simboliche di questo, le quali erano appunto dette *vindiciae*³⁰.

Rispetto a queste opinioni, Festo introduceva quella diversa di Servio Sulpicio Rufo³¹ tramite una congiunzione avversativa. Secondo il giurista repubblicano, il vero significato (tecnico-giuridico³²) del termine derivava dal singolare della parola che avrebbe fatto riferimento alla *res* oggetto del *vindicari*.

La struttura della voce *festina* porta a sottolineare un paio di aspetti. Anzitutto, proprio in forza dell'avversativa *at*³³, sarebbe da escludere che il suo autore, e, prima di lui, il grammatico augusteo donde essa promanava, intendessero il vocabolo secondo le pur menzionate opinioni³⁴ di Catone (per il quale il sostantivo andava letto nell'ottica dell'attribuzione del possesso interinale) di Lucilio (difficilmente identificabile stante la lacunosità del manoscritto), del grammatico Cincio³⁵ (per il quale le *vindiciae* erano le porzioni del fondo controverso addotte innanzi al magistrato).

In seconda battuta, la ricorrenza del *iam* presente nel richiamo dell'opinione di Servio Sulpicio Rufo induce a ritenere che questo significato fosse più antico rispetto agli altri. La citazione della norma decemvirale depone, allora, in questo senso e lo stesso *iam* sembrerebbe indicare che questa accezione fosse poi caduta in desuetudine.

Da quello più antico si sarebbe originato il significato relativo al plurale, vale a dire quello di Cincio, legato alla desuetudine del procedimento de *manum conserere* delle XII Tavole³⁶, e poi, da ultimo, quello relativo al possesso interinale. Un aspetto credo si debba

²⁸ Cic. *Mur.* 12.26.

²⁹ Gell. 20.10.7-9.

³⁰ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 221.

³¹ Cfr. F. BONA, *Il 'De verborum significatu'*, cit., p. 219 s., con particolare riguardo all'uso dell'opera di Servio Sulpicio Rufo da parte di Verrio Flacco.

³² Cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 221.

³³ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36; G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 221.

³⁴ F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, sottolineava come, a differenza di Servio, gli altri autori menzionano il lemma al plurale.

³⁵ Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 36; v. già F. BONA, *Il 'De verborum significatu'*, cit., p. 221 s., ntt. 81 e 82; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 150, osservava che «la posizione di Cincio e quella di Servio non appaiono affatto contrastanti».

³⁶ G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 223 s.

sottolineare, connesso a questa sequela: il significato originario da attribuire al lemma è comunque quello di un oggetto materiale³⁷, onde la *vindicia* era una *res* e precisamente quella sulla quale si era svolta l'*actio* del procedimento sacramentale. Le *vindiciae* simboliche, pur se legate a una specie di metonimia (vale a dire la parte per il tutto), erano anch'esse oggetti concreti³⁸. Dunque *vindicia*, nella locuzione duodecimtabulare, era la *res* oggetto di controversia e di rivendica. Di ciò, secondo la lettura di Cardilli³⁹, si troverebbe conferma anche in:

Gell. 20.10.7: *Nam de qua<re> disceptatur in iure <in re> praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est 'vindicia'.*

Gellio, nel tracciare il rituale del *manum conserere*, precisava il senso della parola *vindicia*, e sembra attrarla verso un significato assai simile rispetto a quello di Servio Sulpicio Rufo, benché l'accento mi sembri qui leggermente spostato dalla *res* all'atto: secondo Gellio, infatti, *vindicia* significava porre la mano sulla cosa e pronunciare la formula rivendicatoria⁴⁰.

3. Ben più complessa risulta l'attribuzione di significato alle parole *falsam* e *tulit*. Le loro interpretazioni appaiono strettamente connesse: il significato dell'aggettivo in accusativo (concordato col già visto sostantivo), collegato con l'impiego tecnico del sostantivo *vindicia* quale *res* oggetto di rivendica⁴¹, deriverebbe, infatti, da quello assegnato al verbo⁴². La voce *festina* non offre tuttavia alcun indizio al riguardo.

Non resta che cercare altrove. Quanto al verbo, esso purtroppo non è immediatamente decifrabile⁴³ poiché può valere sia come 'recare', sia come 'portare via'

³⁷ F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 152; G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 222.

³⁸ G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 222 s.

³⁹ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 37.

⁴⁰ Cfr. oltre, nt. 60.

⁴¹ Cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 40, per il quale essa si riferisce a un momento in cui la cosa è già stata oggetto di rivendica e non quindi a «un momento precedente a quello in cui la *res* diventa appunto *vindicia*. Altrimenti l'uso di *vindicia* nel precetto decemvirale non sarebbe adeguato ad indicare la fattispecie».

⁴² Rilevante e corretta mi sembra in questo senso l'osservazione di R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 12; in senso opposto, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, pare intendere come determinante, ai fini dell'individuazione del significato del verbo, la decifrazione della locuzione *vindicia falsa*.

⁴³ Cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

od 'ottenere'⁴⁴. Infatti, il perfetto *tulit* può svelarsi sia quale voce del verbo *fero* sia del verbo *tollo*⁴⁵: il primo, come noto, non ha perfetto, essendo verbo difettivo (forse in ragione del fatto che esso esprime «una nozione essenzialmente durativa»⁴⁶), e l'ha ricavato proprio da *tollo* «che, anticamente, presenta nel perfetto la forma *tuli* (a sua volta derivata dalla più antica *tetuli*) in luogo della più recente *sustuli*»⁴⁷.

In ordine al significato del verbo *fero*, se è vero che quest'ultimo vale anzitutto quale 'sostenere', 'muovere' e 'portare a'⁴⁸, esso può significare anche 'portare da'⁴⁹: questo valore appare testimoniato con riferimento ai casi di furto, eventualità non sorprendente tenuto conto del fatto che la stessa parola *furtum* sembra derivare, probabilmente, proprio da *ferre*⁵⁰.

Mi sembra così evidente come lo scioglimento del nodo a favore dell'una o dell'altra alternativa sia condizionato dal contesto e dalle conseguenze che ciascuna possibilità presenta. Secondo la lettura della norma che mi pare a tutta prima preferibile,

⁴⁴ M. KASER, 'Vindicia falsa', cit., p. 26.

⁴⁵ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

⁴⁶ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁴⁷ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 50; cfr. A. ERNOUT A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 2001, voce *Fero*: «la conjugaison de *fero* est supplétive. *Fero* a fourni les formes du présent où sont conservées des restes de la conjugaison athématique. ... La racine de *fero* étant essentiellement durative d'a pu fournir de parfait. Le parfait (*te*)*tuli* le supin et le participe *latum*, *latus* ... sont empruntés à une autre racine, celle de *tollo*. La complexité de cette conjugaison a eu pour résultat de la disparition du verbe dans la langue populaire, où il a été remplacé par un verbe de sens plus concret et de flexion plus régulière, *portare*, qui a seul survécu dans les langues romanes».

⁴⁸ E. BETTI, *Studii sulla 'litis aestimatio'*, I. *Il 'litis aestimationem sufferre' e il 'iusiurandum in litem'*, Pavia, 1915, p. 7 ss., riteneva che il verbo *fero* qui significasse 'sostenere', in modo particolare un sostenere con la propria garanzia, sicché l'illecito sarebbe stato compiuto dal *praes* che avesse appunto sostenuto una *vindicia* assegnata al contendente destinato a essere sconfitto; siffatto significato del verbo *fero* appare non attestato nelle fonti, come sottolineava R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 41 s., per il quale la tesi, benché personale, sarebbe addirittura «insostenibile»; in generale, sulla lettura di Betti, cfr. in senso critico: M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln - Graz, 1956, p. 72, nt. 13; ID., 'Vindicia falsa', cit., p. 30 ss.; G. BROGGINI, 'Iudex arbitere'. *Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln, 1957, p. 134 ss.; G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 179 ss.

⁴⁹ Nel senso di 'portare via da un luogo', cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

⁵⁰ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 50; cfr. ancora A. ERNOUT A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., voce *Fero*. V. anche M. KASER, 'Vindicia falsa', cit., p. 26: «Nach Ausweis der Wörterbücher und des *Thes. L.L. s.h.v.* kann *ferre* schon nach unseren ältesten literarischen Ueberlieferungen ebenso gut das 'Wegtragen' (*aufferre*) wie das 'Hintragen, Bringen' (*adferre*) bedeuten. Wenn wir uns hier für ein 'Wegtragen' entscheiden, so bestimmt uns dazu zunächst der Parallelismus mit dem *furtum* (*nec manifestum*). Denn wenn bei diesem ein Wegtragen einer fremden Sache mit dem *duplione damnum decidere* bestraft wird und für das *vindiciam falsam ferre* die gleiche Strafe festgesetzt wird, dann liegt die Folgerung nahe, dass auch das *ferre* der *vindicia falsa* in einem Wegtragen bestanden hat. Vielleicht darf man hinzunehmen, dass nach der glaubwürdigsten Etymologie auch das Wort *furtum* auf ein *ferre* 'wegtragen' zurückgeht».

la voce verbale *tulit* deriverebbe da *tollo*, con ciò sottolineandosi l'idea della sottrazione⁵¹, come potrebbe desumersi anche da un significativo lacerto plautino⁵².

Approfondiamo questa affermazione, prendendo in esame dapprima le diverse possibilità che si affacciano in senso opposto e le relative conseguenze. Se *tulit* deriva da *fero*, è facile immaginare come l'azione proibita potesse essere quella di colui che avesse portato in giudizio una *vindicia falsa*, vale a dire una cosa diversa rispetto a quella su cui effettivamente avrebbe dovuto vertere la controversia: l'aggettivo *falsus*, allora, avrebbe precisamente indicato il fatto che la *vindicia* dedotta in giudizio non fosse quella 'vera', cioè quella sulla quale effettivamente era insorta, dapprima 'stragiudizialmente', la controversia portata poi innanzi al magistrato. In tal modo, l'autore della condotta riprovata avrebbe potuto, essendone il reale possessore, tenere per sé la vera cosa oggetto della pretesa avversaria e offrire alla *vindicatio* di controparte un oggetto del medesimo genere, ma di minor valore, oppure favorire il reale possessore distogliendo il *prior vindicans*⁵³ dalla rivendica sull'oggetto effettivo⁵⁴.

Questa possibilità è stata sostenuta da molti autori e fra i più autorevoli⁵⁵, benché essa lasci piuttosto inspiegato l'enigmatico inciso *si velit is* (a meno che non si voglia immaginare una diversa resa dell'inciso, comprendente pure una sua correzione⁵⁶).

⁵¹ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 50.

⁵² Cfr. Plaut. *Rud.* 13-20; sul passo, R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 51, osservava: «il *litem auferre* del testo plautino, nel suo significato forse già astratto e nel suo riferimento al momento conclusivo del procedimento, non corrisponde esattamente al '*vindiciam ferre*' (*rectius: tollere*) di Tab. 12.3, che ha invece valore concreto e rappresenta soltanto un momento incidentale della *legis actio sacramento in rem*. Ma il parallelismo tra le due espressioni è evidente, ribadito, com'è, dall'identità di qualifica attribuito all'oggetto dell'azione (*falsam litem: vindiciam falsam*)».

⁵³ Sulla non utilizzabilità dei termini 'attore' e 'convenuto' in relazione all'antico *lege agere sacramento*, cfr. K. HACKL, *Der Sakramentsprozess über Herrschaftsrechte und die in 'iure cessio'*, in *ZSS*, 106, 1989, p. 156.

⁵⁴ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 98; mi permetto di osservare come siffatta ipotesi, pur potendo apparire coerente con quanto previsto in tema di rivendica formulare (si pensi all'ipotesi di *qui liti se optulit*: Ulp. 70 *ad ed. D.* 6.1.25; Paul. 21 *ad ed. D.* 6.1.27 pr.; cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, p. 327), sembri poco probabile rispetto a cose di specie immediatamente identificabili (particolarmente in contesti, come quelli arcaici, di ridotte dimensioni), quali ad esempio gli schiavi, peraltro presi in esame dal formulario gaiano come 'cosa mobile' per eccellenza; cfr., nelle fonti, Gai 4.16.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 98. Va menzionata, al riguardo, l'opinione di G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 228 ss., il quale ritiene che la fattispecie non fosse legata all'assegnazione temporanea della *res* e non riguardasse il prolungato indebito utilizzo della cosa con conseguente illecita percezione dei frutti. Dal momento che la *vindicia* deve intendersi anche per Nicosia come 'cosa controversa', la qualificazione di '*falsa*' dovrebbe ricondursi alla nozione di '*falsus* come contrario di *verus*'. Secondo Nicosia, «l'ipotesi cui viene spontaneo pensare è quella di una *vindicatio* che si sia svolta non sulla vera cosa oggetto di controversia, bensì su una *falsa vindicia*, artatamente e ingannevolmente esibita in *iure* dalla controparte, sicché il vincitore della lite finisce col portar via ... tale *falsa vindicia* e non la sua vera cosa». Onde, l'aver addotto in *iure* di una *res* differente rispetto a quella effettivamente pretesa dall'attore,

Quanto alle conseguenze derivanti dall'esposizione alla *vindicatio* avversaria di una cosa diversa rispetto al vero oggetto di interesse di chi agiva in giudizio, mi pare ci si possa inoltre chiedere che tipo di effetti, indipendentemente dalla irrogazione della sanzione prevista da Tab. 12.3, conseguissero non tanto alla scoperta tempestiva, quanto al riuscito raggio⁵⁷.

Ebbene, a lato del caso piuttosto marginale dell'usucapione (i tempi tutto sommato brevi del processo, anche laddove esso fosse funzionalmente – se non strutturalmente – bipartito, mi pare releghino nell'ambito dell'ipotesi 'di scuola' l'eventualità di colui che avesse perso il dominio sulla cosa vera nelle more della lite), non credo si possa immaginare una difficoltà a intentare una nuova lite sulla cosa vera, dal momento che la lite decisa non era, a ben vedere, *de eadem re* rispetto alla nuova e, dunque, non poteva a rigore esserle di intralcio.

Non volendo certo mettere in discussione quel punto di vista della dottrina che ritiene pure nelle *legis actiones* ben fondato e sussistente il divieto di intentare una nuova azione⁵⁸, né quello relativo alla preclusione determinata dall'erroneo esercizio dell'azione

risultato poi vincitore, avrebbe aperto la possibilità che, riconosciuto l'inganno perpetrato dal 'convenuto', l'attore potesse agire contro quest'ultimo per il doppio del valore della *res* e pure per il doppio dei frutti, ove, naturalmente, la *res* fosse stata fruttifera e avesse dato nel frattempo dei frutti.

⁵⁶ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 92 ss.

⁵⁷ Cfr. le osservazioni di M. FALCON, '*Ipsam rem condemnare*' in Gai 4.48, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, Padova, 2015, p. 565 s.: «ragionando invece a proposito del ritualismo esasperato che si rinviene in Roma in età arcaica ... si può ritenere con buone ragioni che il problema sotteso alla *vindiciam falsam* non sorgesse tanto nel caso di scoperta del ... quanto in quello di riuscita del raggio. In altre parole, una volta compiuto correttamente il rito, il soggetto vincitore si sarebbe trovato ad avere nella propria disponibilità non il bene per il quale si era addivenuti al processo, bensì un falso, una copia, surrettiziamente introdotta dal convenuto consapevole della propria situazione di torto. Tale ricostruzione darebbe conto di come, al termine del rituale, il soggetto si ritrovasse proprio con la cosa controversa, e non con un equivalente in denaro, misurato attraverso il procedimento di *aestimatio*»; cfr. comunque B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 98.

⁵⁸ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., p. 442 ss., a parere del quale la preclusione avrebbe caratterizzato il processo fin dai primi secoli di Roma, essendo quest'idea «in perfetta armonia con la natura religiosa del *sacramentum*», volto «ad ottenere la decisione della controversia attraverso la manifestazione della volontà divina»; dunque, «doveva apparire inconcepibile e magari sacrilego interrogare nuovamente gli dei, dopo che essi avevano manifestato la loro volontà»; innanzi a un tentativo di riproposizione del giudizio «è facile supporre che esso desse luogo normalmente alla *denegatio actionis* ... (qualunque forma essa potesse assumere nel processo *per legis actiones*)» (cfr. anche ID., voce *Giudicato civile [storia]*, in *Enc. dir.*, 18, 1969, p. 728 ss.); secondo A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 117, siccome l'*actio* rappresentava «un rito solenne» connotato da «efficacia risolutiva tra le parti del rapporto già riconosciuto o posto in discussione», sarebbe da non escludere che la «concezione primordiale dell'*actio* abbia indotto alla convinzione della sua irripetibilità, e quindi alla formazione di un vero e proprio divieto legale in proposito»; cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 142; D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in ZSS, 86, 1969, p. 169 ss.; M. KASER, '*Ius civile*' und '*ius honorarium*', in ZSS, 101, 1984, p. 62; A.

MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile arcaïque à Rome*, in RIDA, XXVII, 1980, p. 259 s.; O. BEHREND, *Der Zwölfstapelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, p. 59 ss. Come riconosce anche M. FALCON, 'Ipsam rem condemnare', cit., p. 568, nt. 128 (ove ulteriori riferimenti bibliografici), in contrapposizione rispetto a questa impostazione si sarebbe posto, M. MARRONE, 'Agere lege', 'formulae' e preclusione processuale, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 42, 1992, p. 209 ss. (cfr. già ID., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 24, 1955, p. 95 ss.); l'autore criticando l'idea che la preclusione dovesse ricercare le proprie origini nel fatto che le divinità, cui era demandato un ruolo essenziale nella risoluzione della lite, non potessero contraddirsi (dal momento che gli dei si potevano ricredere, consentendolo la materia), riteneva che non esistesse una vera e propria irripetibilità, ma solo un'irretrattabilità del risultato della causa, poiché «la proprietà ... sussiste anche dopo che il titolare sia stato reintegrato nel possesso»; dunque occorrerebbe «ammettere che la parte riconosciuta proprietaria, una volta perduto il possesso, possa ripetere la lite contro il nuovo possessore, sia questi magari la stessa persona del precedente giudizio», dal che si dovrebbe «negare che il divieto di agire due volte *de eadem re* sia stato riferito all'agere sacramento in rem sin da età risalente». In critica a questo pensiero cfr., tuttavia, M. FALCON, 'Ipsam rem condemnare', cit., p. 568 s., nt. 128; in particolare, p. 569, nt. 128: «se le parti sono identiche e la pronuncia legittima l'apprensione della *res* anche con la forza, il problema non dovrebbe porsi, nemmeno dopo un'ulteriore perdita del possesso, valendo la prima pronuncia tra le stesse parti e sullo stesso oggetto; se le parti sono cambiate, non si dovrebbe ritenere esistente alcuna efficacia pregiudiziale della precedente pronuncia sul punto; *idem*, e a più forte ragione, se fosse cambiato il bene». Quest'ultimissima osservazione mi pare da condividere benché, a differenza del suo autore, io creda che essa ben si armonizzi con l'ipotesi di *vindicia falsa* sulla quale non sarebbe caduto alcun giudicato preclusivo rispetto alla cosa 'vera'. In generale, come giustamente fa notare S. SCIORTINO, 'Res acta' e potere magistratuale di interrompere una 'legis actio' irregolare, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 57, 2014, p. 212 ss., tre sono le principali teorie che si sono affacciate in merito al momento donde far discendere l'efficacia preclusiva derivante dall'aver agito in giudizio. Secondo una prima posizione, la preclusione processuale sarebbe derivata dall'intervento di un giudicato oppure, nei casi previsti, da una *addictio* magistratuale (e, secondo Sciortino, p. 212, «ciò principalmente sulla base del divieto di *rem actam agere*, ampiamente documentato nelle fonti e comunemente ricostruito identificando la *res acta* con il *iudicatum*»): in questo senso cfr. E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injunctio und vom Pfandrecht*, in ZSS, 27, 1906, p. 311; M. MOLÉ, voce *Sentenza (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, p. 1087 e nt. 7; A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano 1972, p. 16 s. e nt. 40, con indicazione di altra letteratura. Secondo M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., p. 98 ss., «*res acta* non avrebbe potuto significare altro che 'lite già decisa'», facendosi riferimento all'età più antica nella quale non era conosciuta la bipartizione strutturale delle *legis actiones*; ID., *Dal divieto di 'agere acta' all'auctoritas rei iudicatae'*. *Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, II, Napoli, 1997, p. 17 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 80, nnt. 60-61; in forma sfumata, R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., p. 168, nell'ottica per cui la *litis contestatio* delle *legis actiones* non avrebbe avuto il medesimo portato di quella formulare, sicché la preclusione sembrerebbe essere discesa dalla pronuncia della sentenza. Seguendo una seconda posizione, invece, gli effetti preclusivi sarebbero stati prodotti dalla *litis contestatio*, cioè al momento della conclusione della fase *in iure*: in questo senso, cfr. E. KLEINSCHROD, *Über die Prozessualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils*, Leipzig, 1875, p. 4 ss.; G. DEMELIUS, *Die 'confessio' im römischen Civilprozess und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung*, Graz, 1880, p. 90 ss.; F.L. VON KELLER, *Der römische Civilprozess und die actionen*, Leipzig 1883, p. 303 ss.; TH. SCHWALBACH, *Ueber ungültige Urtheile und die consumierende Wirkung der Litiscontestatio*, in ZSS, 6, 1885, p. 133; P. COLLINET, *Contributions à l'histoire du droit romain*, II. *La nature originelle de la 'litis contestatio'*, in NRHDFE, 26, 1902, p. 544 ss.; A. ESMEIN, *L'effet relatif de la chose jugée*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 245; PH. MEYLAN, *Origine de l'effet extinctif de la 'litis contestatio'*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, II, Paris, 1926, p. 88 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II. *Le 'legis actiones'*, Padova, 1950, p. 320; G. JAHR, 'Litis contestatio' *Streitbezeugung und Prozeßbegründung im Legisaktionen und im Formularverfahren*, Köln

sulla cosa 'vera'⁵⁹, nel senso di un'errata recitazione del formulario, mi sembra che la stessa struttura della *vindicatio* arcaica, caratterizzata dalla presenza innanzi al magistrato della cosa controversa e da gesti che si realizzavano direttamente su quest'ultima (oppure su un suo simulacro, portato anch'esso *in iure*), oltre a rendere poco probabile nei fatti uno scambio, si esaurisse precisamente sulla cosa presente⁶⁰; dunque, se quella vera non

- Graz, 1960, p. 63 ss., e p. 226; N. BELLOCCI, *La genesi della 'litis contestatio' nel procedimento formulare*, Napoli, 1965, p. 45 ss.; G. BROGGINI, *Le 'legis actiones'*, in *Labeo*, 11, 1965, p. 377 ss.; M. KASER, *Zum Formproblem der 'litis contestatio'*, in *ZSS*, 84, 1967, p. 8 ss.; C.ST. TOMULESCU, *Problèmes de droit romain*, in *Iura*, 24, 1973, p. 62 ss. Una terza posizione, infine, ritiene che l'effetto preclusivo si sarebbe verificato in virtù dello stesso agire processuale, fatto di parole e di gesti significativi: come sintetizza efficacemente Sciortino (p. 214), l'effetto di preclusione sarebbe stato «diffuso» all'interno di tutto il procedimento e riguarderebbe in sé il *lege agere*. La dottrina sul punto è remota; cfr. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher entwicklung*, I. *Der römische Civilprozeß*, I. *'Legis actiones'*, Bonn, 1864, p. 178; siffatta teoria è stata seguita poi nel corso del secolo passato da D. LIEBS, *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, in *ZSS*, 86, 1969, p. 169 ss., e p. 181 s.; B. SCHMIDLIN, *Zur Bedeutung der 'legis actio': Gesetzklage oder Spruchklage?*, in *TR*, XXXVIII, 1970, p. 377 ss.; e soprattutto da A. BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in *RISG*, 3, 1949, p. 456, e p. 466; ID., *Quelques observations sur la 'litis contestatio'*, in *RIDA*, 3, 1950, p. 159 ss.; ID., *La 'litis contestatio' nell'«ordo iudiciorum»*. *Lezioni di diritto romano*, Siena, 1953, p. 23 ss.; ID., *La 'litis contestatio' nella procedura 'per legis actiones'*, in *Studi Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 1953, p. 465 ss.; ID., *Lezioni*, cit., p. 115 ss.; cfr., inoltre, F. BONIFACIO, voce *'Litis contestatio'*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 974; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 30, 1967, p. 309 s.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, III. *Dalla nascita della 'iurisdictio' all'avvento del processo 'per formulas'*, Catania, 1982, p. 161 ss.; ID., *La distinzione tra 'iudicia legitima' e 'quae imperio continentur' e la sua rilevanza in ordine agli effetti estintivi*, in ID., *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania, 1998, p. 395. Peculiare mi sembra la posizione di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 395 ss., e p. 397: «quell'efficacia preclusiva che nel processo *per formulas* risulta concentrata nella *litis contestatio*, sembra invece essere stata nelle *legis actiones* stemperata e diffusa in tutto il processo e non aver potuto perfezionarsi se non in seguito al *iudicatum* o nei processi non contenziosi in seguito all'*addictio* pronunciata dal magistrato»; con una maggiore sfumatura, ID., voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 729: «la forma in cui la regola» del *rem actam agere* «è stata tramandata sembra dimostrare che, quando essa fu formulata (tra la fine del III e il I sec. a.C.) non si pensava ad un effetto proprio della sentenza o della *res iudicata*, ma lo si collegava allo svolgimento del processo nel suo insieme, in particolare all'*agere in rem*, che era prima di tutto attività delle parti». Da ultimo, convincentemente, v. S. SCIORTINO, *'Res acta'*, cit., p. 228: «le ragioni di dubbio sopra esposte rendono inaccoglibili sia la tesi che collega l'effetto preclusivo nelle *legis actiones* alla sentenza, sia la tesi che lo riferisce alla *litis contestatio*. A nostro avviso sono nel giusto quegli studiosi secondo i quali la *res acta* coincideva con la *legis actio* una volta intentata e l'effetto preclusivo discendeva direttamente all'*agere*. Nelle *legis actiones* l'impossibilità di ripetere una lite *de eadem re* tra le stesse parti doveva determinarsi fin dagli inizi del rito e, specialmente, fin dalla pronuncia solenne dei *verba* che, una volta proferiti, non sarebbero stati enunciabili una seconda volta. L'*actio* una volta intentata avrebbe consumato il potere di agire tra le parti *de eadem re* come, a nostro avviso, attesta» Gai 4.108.

⁵⁹ Sul punto, cfr. S. SCIORTINO, *'Res acta'*, cit., p. 230 ss., per il quale Gai 4.11 (v. oltre, nt. 62) e 4.30 mostrerebbero che una *legis actio* svolta irregolarmente avrebbe avuto come propria conseguenza la perdita della lite e il determinarsi di effetti preclusivi.

⁶⁰ In un senso che mi pare simile, cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 40, nt. 28, per il quale sarebbe da escludere l'opinione secondo la quale la fattispecie si sarebbe realizzata con l'addurre *in iure* una cosa diversa, in ragione della «formalità rituale della *vindicatio in loco et in re praesenti* davanti alle

fosse stata introdotta in giudizio, sul titolo gravante su quest'ultima non si sarebbe prodotto alcun giudicato. Il che significa che se l'attore aveva rivendicato 'questo schiavo' eventualmente credendolo Stico, afferrandolo pure materialmente, come ci informa Gai⁶¹, e, all'esito della lite, si fosse scoperto che egli era invece Panfilo, non mi pare residuino possibilità di ritenere la lite relativa a Stico preclusa. Al limite, si sarà trattato di un'ipotesi di soccombenza, causata dalla rilevanza delle ragioni addotte contro l'attore: la loro stessa allegazione, tuttavia, avrebbe potuto chiarire che la lite si stava svolgendo su uno schiavo diverso, senza che questa riverberasse effetti su quello originario. Il gesto, infatti, completava la parola, la determinava e indirizzava, la precisava e ne spiegava i contenuti, non potendo l'enunciazione verbale essere di per sé sufficiente ai fini del rituale.

Un argomento di rilievo a tale riguardo credo si possa ricavare, all'interno del discorso gaiano, dal confronto instaurabile tra la formula di rivendica di cui a Gai 4.16 e l'episodio narrato nel precedente 4.11⁶². Indipendentemente da quale *legis actio* fosse qui

parti e al *praetor*, che, se una funzione aveva, era proprio quella di dare una volta per tutte come accertata *in iure* la cosa oggetto di *vindicatio*; inoltre, occorrerebbe notare come fosse «un onere dell'attore curare» che venisse «portata davanti al magistrato la cosa giusta»; cfr. Gell. 20.10.7: '*Manum conserere*' ... *Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est 'vindicia'*. Onde, l'autore sottolinea la difficoltà di configurare un illecito quale quello di Tab. 12.3, «in un'epoca in cui le *vindicationes* venivano composte *in loco et in re praesenti*, e contemporaneamente, dai due litiganti»; mi sembra si possa richiamare anche U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, in ZSS, 68, 1951, p. 325: «Im Legisaktionenverfahren in rem mußte die bewegliche Streitsache vor Gericht gebracht werden, schon damit ihre Identität festgestellt werden konnte und weil ihre Gegenwart wegen des stilisierten Kampfes um sie notwendig war». Al riguardo, cfr. M. FUENTESECA DEGENEFFE, *La función procesal*, cit., p. 238: «la presencia de la cosa litigiosa (o de su símbolo) ante el *praetor*, probablemente con la finalidad a la vez de identificación y de valoración de la misma, forma parte del ritual propio de la antigua *iurisdictio* civil romana, que se refuerza además con el formalismo de las palabras que deben acompañarlo».

⁶¹ Gai 4.16.

⁶² Gai 4.11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competere, generaliter de arboribus succisis loqueretur*. Cfr., per tutti, in modo particolare per i dubbi sulla genuinità del passo, che mi sembrano ormai superati, S. SOLAZZI, *Spigolature gaiane*, in SDHI, 1, 1935, p. 265; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 66 s., nt. 1; Cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, cit., p. 8; ampia e particolareggiata disamina in G. NICOSIA, 'Agere lege', in *Poteri 'negotia' 'actiones' nell'esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano (Copanello, 12-15 maggio 1982)*, Napoli, 1984, p. 222 ss.; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 8 s.

in esame (esclusa la forma *in rem* dell'*agere* sacramentale)⁶³, mi pare sia interessante notare come l'enunciazione del formulario, secondo Gaio, dovesse essere rigorosamente rispettosa della formula 'codificata'⁶⁴, senza avere riguardo alle specificità del caso concreto. In Gai 4.11 era prescritto l'utilizzo della parola *arbores*, identificativa di tutte le varietà vegetali, con la conseguenza che la pronuncia della più precisa *vites*, discostandosi dal formulario prestabilito, aveva condotto alla soccombente della lite⁶⁵. Non mi pare vi

⁶³ Secondo S. MORGESE, *Taglio di alberi e 'latrocinium': D. 47.7.2*, in *SDHI*, 44, 1983, p. 147 ss., si trattava di una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; secondo H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 187, una *legis actio sacramenti in personam*; per A.M. GIOMARO, *La tipicità delle 'legis actiones' e la 'nominatio causae'*, Milano, 1988, p. 64 ss., si sarebbe agito forse con la *legis actio sacramenti in personam* e successivamente con la *legis actio per conditionem*. Come nota, S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 231, nt. 62, l'unico dato sul quale concordano gli studiosi è che le XII Tavole contenevano «un'azione ... volta a sanzionare la *succisio* di alberi altrui commessa *iniuria*: ma fuori da questo elemento regna l'incertezza. A partire dalla stessa denominazione '*actio de arboribus succis*' atteso che manca ogni prova testuale di tale denominazione tecnica, e in dottrina c'è chi preferisce discorrere più genericamente di *agere de arboribus succis*» (ad esempio, cfr. B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 23, 1953, p. 19 ss.); sarebbe chiaro, secondo lo stesso autore, «che fosse un'azione *ex delicto*, ma sono state rilevate difficoltà in ordine alla riconduzione delle *arbores iniuria caesae* al delitto di *iniuria* semplice, per il quale era prevista la pena di 25 assi». Lo stesso Sciortino giustamente osserva come Pugliese pensasse che *iniuria* potesse indicare solo l'antigiuridicità del comportamento, e non si riferisse al delitto di *iniuria* (G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit., p. 37 s.).

⁶⁴ Credo abbia ragione S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 231, nt. 60, a osservare che «la logica del sistema delle *legis actiones* ... induce a supporre tanto più rigoroso il rispetto delle prescritte modalità di svolgimento del rito quanto più indietro ci si spinge».

⁶⁵ S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 231. Non vi sono dubbi in merito al fatto che la parte caduta in errore fosse giudicata soccombente: la pretesa doveva essere respinta al termine della fase *apud iudicem*; la sentenza avrebbe precluso la ripetizione dell'azione (cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 24, 1955, p. 121, per il quale «la sentenza delle *legis actiones* aveva efficacia pregiudiziale illimitata»; v. ancora ID., *L'effetto normativo della sentenza*, Palermo, 1960, p. 76 ss.; secondo M. KASER, *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 104 ss.; G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., p. 66; p. 98, la sentenza avrebbe avuto efficacia costitutiva). È dubbio, invece, che il magistrato, innanzi a un errore nello svolgimento dell'*actio* da parte dell'attore, potesse interrompere discrezionalmente la *legis actio* piuttosto che far progredire il procedimento e rimettere la questione alla decisione del giudice. Per taluno si sarebbe tratto di un rifiuto corrispondente nella sostanza ad un *denegare actionem*: circa i dubbi al riguardo, cfr. A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit., p. 17; R. MARTINI, *Recensione ad A. METRO, La 'denegatio actionis'*, cit., in *Iura*, 23, 1972, p. 220; in forma perplessa, v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 384: «appare dunque indubbio che il magistrato era in grado di impedire che il procedimento *in iure* si svolgesse in modo e fino al punto da avere l'esito voluto dall'attore, sia o no proprio parlare in proposito di *denegatio actionis*». Per taluno, si sarebbe trattato, invece, di un potere in realtà non sussistente: cfr. A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit., p. 16 ss., che lega la risposta relativa al dubbio formulato all'idea che il divieto di *res acta agere* sarebbe scattato solo innanzi a un giudicato; secondo S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 235, «la perdita irrimediabile della lite e della pretesa (*litem perdere* e *rem perdere* secondo Gai 4.11 e Gai 4.30) doveva essere connessa all'*agere* rituale delle parti che, una volta intervenuto, non avrebbe più potuto essere ripetuto *de eadem re*. Ciò si sarebbe verificato più frequentemente nei casi di errori plateali o, comunque, facilmente accertabili *in iure*, anche con l'ausilio dei testimoni Invece, nelle situazioni non liquide, nel caso di errori contestati o che, comunque, richiedevano accertamenti che non potevano svolgersi *in iure*, il pretore crediamo che avrebbe

siano ostacoli a pensare che pure in casi differenti l'*actio*, comprendente la stilizzazione rituale della pretesa⁶⁶, fosse ugualmente congegnata in termini ampi, tali da ricomprendere in sé le possibili diverse sfumature, né Gaio sembra parlare al riguardodi una preclusione. Pur non conoscendo come le liti si articolassero in concreto, ecco che il riferimento all'*homo* in Gai 4.16 appare sufficientemente ampio per ricomprendere una pluralità di situazioni, senza che fosse necessario per il rivendicante scendere in dettagli, eventualità anzi che – se è fondato il paragone suggerito – avrebbe potuto essere fatale per l'esito della lite⁶⁷. D'altra parte, alla mancata determinatezza si sopperiva con la materialità del gesto che si accompagnava alle formalità verbali e chiariva l'azione e i limiti di quest'ultima rispetto alla cosa presente in giudizio.

Alla luce di ciò, allora, mi pare di poter ipotizzare che un'effettiva preclusione – al di fuori di errori nell'enunciazione e nella gestualità dell'*actio* – potesse essere legata a motivi di soccombenza strettamente *de eadem re*: se volessimo accogliere la diversa teoria, innanzi all'ampiezza del contenuto dell'*actio* stessa, ciò comporterebbe forse che se un soggetto avesse avuto due schiavi entrambi al di fuori della propria immediata disponibilità materiale, l'aver agito per uno avrebbe precluso l'azione per l'altro: risultato evidentemente non accettabile.

La formulazione generica della *vindicatio*, effettuata tramite l'aggettivo dimostrativo '*hic, haec, hoc*'⁶⁸, accanto alla gestualità che faceva sì che gli effetti della *vindicatio* si producessero precisamente su quanto era stato dedotto *in iure*, mi fanno, dunque, dubitare che si possa parlare di effetti preclusivi di una pronuncia resa su un oggetto 'falso'⁶⁹. Per quanto concerne gli immobili, occorrerebbe inoltre osservare che, nemmeno

preferito demandare al giudice la decisione sulla questione. Né possiamo escludere che tale 'severa' sanzione consistente nella perdita della lite anche in virtù di un minimo errore, possibile a nostro avviso fin dalla fase *in iure*, abbia contribuito ad accrescere l'odio che i Romani in età repubblicana cominciarono a nutrire nei confronti delle *legis actiones*».

⁶⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 284.

⁶⁷ Sul ruolo della *causae coniectio*, di cui a Tab. 1.7, cfr. C. PELLOSO, 'Giudicare' e 'decidere' in *Roma arcaica*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, Padova, 2012, p. 114 ss.

⁶⁸ Cfr. Gai 4.16: *deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, et simul homini festucam imponebat.*

⁶⁹ In altri termini, mi pare sia ben diverso questo ipotizzato caso rispetto a quello gaiano descritto in 4.11. In quest'ultimo, infatti, veniva in rilievo il problema di una scorretta enunciazione del formulario: l'attore pronunciava *vites*, mentre il formulario prescriveva *arbores*. È evidente come si tratti di un errore del tutto palese e facilmente identificabile e riconoscibile. Peraltro, occorre osservare anche che Gai 4.30, ove si parla della severità delle *legis actiones* in relazione a ogni minimo errore pronunciato nel metterle in scena, fa riferimento, con ogni evidenza, a profili formali ben differenti rispetto a un oggetto malamente introdotto

nel caso di una loro *vindicatio*, fosse ritualmente sufficiente l'enunciazione verbale contenente l'indicazione del bene oggetto della rivendica, ma servisse comunque un suo simbolo precisamente identificato, prelevato con un rituale molto preciso, come al riguardo informa Gaio, a cui alludeva pure Cincio. Tutto ciò senza considerare che, immaginando un effetto preclusivo della sentenza emessa su un oggetto diverso e non che tale effetto discendesse dalla *litis contestatio*⁷⁰, in presenza di un atteggiamento fraudolento, la parte avrebbe dovuto far sì che il procedimento progredisse fino alla disfida al *sacramentum*, per poi risultare soccombente (altrimenti si sarebbe scoperto che lo schiavo era differente). Essa avrebbe così ottenuto il doppio risultato di aver comunque perso la *summa sacramenti* e, come conseguenza dell'irretrattabilità della decisione, anche un bene analogo, seppure per ipotesi di minor valore, rispetto a quello effettivamente oggetto di controversia.

Ad onta di una maggior leggibilità della fattispecie, le conseguenze concrete che si ottengono ipotizzandone la pratica applicazione, non mi sembrano così lineari come a prima vista esse possono forse apparire. Peraltro, va anche osservato come non sia

in giudizio in frode alla controparte processuale; circa i motivi di pura forma, cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 385, nt. 284. Con riguardo specifico a Gai 4.11, secondo A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, cit., p. 19, occorrerebbe riconoscere che il passo in questione si rifacesse a un'ipotesi di irregolarità formale: l'attore aveva adoperato una parola diversa rispetto a quella prevista legislativamente, in questo modo non attenendosi alla previsione legislativa e compromettendo ogni possibilità di successo; di avviso diverso era S. SOLAZZI, *L'odio per le 'legis actiones' in Gai. 4.30*, in *Festschrift für L. Wenger*, II, München, 1944, p. 51, per il quale sarebbe sorta una *querelle*: «il caso delle *vites* si è verificato perché qualcuno (magistrato o avvocato) pensò che il formalismo non potesse arrivare ad una pedanteria scandalosa; il gaiano '*responsum est*' mi pare che riveli l'esistenza di un dubbio, se furono interrogati giureconsulti»; secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 385, nt. 285, in un caso del genere l'attore avrebbe proposto un'azione infondata, perché il taglio delle *vites* non era configurato come delitto, «né si trattava di una mera irregolarità formale»; convincente tuttavia l'obiezione di Metro, il quale dopo aver ricordato come il taglio delle viti fosse previsto dalle XII Tavole, sia pure nell'ambito di una fattispecie più vasta, ribadisce che l'azione sarebbe stata reietta soltanto perché l'attore non aveva effettivamente seguito in modo scrupoloso le forme richieste. Del resto, credo si possa aggiungere che se le ragioni del rigetto dell'azione fossero state di ordine sostanziale, vale a dire che la situazione concreta non fosse suscumbibile nella cornice di una specifica figura delittuosa, poco si comprenderebbero le ragioni di odio rivolte al mezzo processuale e non al diritto sostanziale, pur dovendosi ragionare nell'ottica 'rimediale' così connaturata al mondo romano; a ben vedere in un significato analogo, anche per quanto concerne le obiezioni di Metro all'opinione di Pugliese, cfr. S. SCIORTINO, '*Res acta*', cit., p. 232 s., «la perdita della lite in virtù dell'impiego di una parola, '*vites*', il cui significato era compreso nella parola '*arbores*' che si sarebbe dovuta pronunciare in suo luogo, doveva apparire sintomatica dell'iniquità alla quale l'interpretazione giurisprudenziale in tema di *legis actiones* contenziose aveva condotto. Si era arrivati al punto di sanzionare così gravemente lo scambio di due parole il cui significato, forse già in età assai risalente era stato accostato da parte degli stessi giuristi».

⁷⁰ Cfr. sopra, nt. 58.

inconcepibile ritenere che, prima della recitazione della formula, vi fosse comunque uno spazio per verificare l'identità della *res*.

Da parte di altri si è voluto ritenere che l'illecito consistesse nella restituzione di una cosa diversa rispetto a quella assegnata dal pretore in via interinale. La *vindicia* sarebbe stata già assegnata dal magistrato nel corso del procedimento e, una volta emessa la sentenza, il possessore interinale soccombente avrebbe appunto consegnato (o offerto) una cosa diversa rispetto a quella originariamente assegnata⁷¹: una cosa, appunto 'falsa'. Diversi autori hanno sostenuto quest'idea sfaccettandone i contorni⁷²: oltre che una cosa differente, la fattispecie avrebbe riguardato, secondo taluno, anche la restituzione di una *res* danneggiata⁷³, vale a dire *deperita*, *deminuta*⁷⁴; la figura andrebbe comunque sussunta, sotto il profilo generale, nel quadro della restituzione di una cosa non corrispondente a quella ricevuta.

Una prima fondata obiezione a siffatta complessiva ricostruzione si può rintracciare nel fatto che, se in Tab. 12.3 il termine è impiegato al modo di Servio Sulpicio Rufo, quale *res* che sia già stata oggetto della pronuncia della formula di rivendica, la lettura che vuole l'illecito concretantesi nell'adduzione di una *res* diversa da quella sulla quale l'attore intendesse esercitare l'azione sembrerebbe mancare di coerenza⁷⁵. Se pensiamo che

⁷¹ Cfr. già F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento*, cit., p. 387 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 441 s., in adesione alla teoria difesa da G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve', cit., p. 131 ss., l'illecito contemplato da Tab. 12.3 avrebbe sanzionato il possessore interinale che avesse offerto (*tulit*) una *res* diversa, una volta risultato soccombente; la parte avrebbe potuto liberarsi da responsabilità, sempre presunta, pagando il doppio del valore della cosa e dei frutti; in senso contrario, cfr. M. KASER, 'Vindicia falsa', cit., p. 28 ss.; con riguardo a Probo (*Einsidl.* 6.52), in particolare 29, ove si specifica che il termine *deperita* vuol dire 'estinta'; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 28, a parere del quale la definizione in questi termini della *vindicia* apparirebbe già di per sé difficoltosa in quanto una *res* restituita in luogo di quella sulla quale si era svolta la controversia non solo non sarebbe stata qualificata come *falsa*, ma ancor prima non sarebbe stata indicata con il termine *vindicia*; anche questo autore sottolineava come l'aggettivo *falsa* «non assume mai il significato di *deperita*, *deminuta*»; ancora nel solco di Brogginì, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., p. 176, ss., si accorgeva di questo problema e proponeva una correzione delle parole dell'apografo di Poliziano (*sivelitis*) in *si vilis sit facta*, locuzione riferita alla *vindicia*; sul punto, valga richiamare R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 28 s., che ricordava come, dal punto di vista paleografico, questa lettura risulti sostanzialmente impossibile dal momento che «alla fine del primo rigo il testo non presenta alcuna lacuna capace di contenere le lettere della più lunga restituzione proposta, mentre la lacuna all'inizio del rigo successivo va colmata con *prae*».

⁷² G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 439 ss.; G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve', cit., p. 127 ss.

⁷³ Cfr. G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve', cit., p. 127 ss.; sulla base di Prob. *Einsidl.* 6.52, lo studioso formulava l'ipotesi per la quale l'aggettivo *falsa* potesse riferirsi a una *vindicia* danneggiata. Secondo questo autore, la falsità andrebbe ricercata non in una qualità della situazione giuridica, ma in una qualità della cosa stessa.

⁷⁴ Cfr. ancora Prob. *Einsidl.* 6.52.

⁷⁵ Fondamentale in questo senso, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 41.

l'illecito sembrava compiersi nel momento in cui si offriva in restituzione una *res* non conforme alle caratteristiche presupposte⁷⁶, anche la restituzione di una cosa diversa non avrebbe avuto a oggetto una *vindicia falsa*, per il semplice fatto che la cosa restituita, non avendo subito il procedimento di rivendica, non era affatto una *vindicia* nel senso tecnico propugnato dallo stesso Sulpicio Rufo⁷⁷. A monte la riconsegna di una *res* diversa da quella oggetto di rivendica non era nemmeno, a rigore, la 'restituzione di una *vindicia*'.

Se l'offerta di una cosa radicalmente diversa equivaleva alla mancata riconsegna, anche rispetto alla restituzione di una cosa deteriorata si possono avanzare dubbi. Come è stato messo in rilievo, infatti, è vero che tra i significati di *falsus* ricorre anche *corruptus*, ma non nel senso di deteriorato, bensì in quello di '*falsatus*', '*subditicius*', riferito a scritti, documenti e monete⁷⁸. Si pensi, poi, al fatto che nelle fonti non sembrano ritrovarsi tracce dell'offerta in restituzione di questa sorta di *aliud pro alio*, e i testi che paiono riferirsi al '*deperire deminutum esse*'⁷⁹, posti dalla dottrina criticata alla base della propria lettura, non sono rilevanti in quanto *deminutum* non significa a ben vedere 'danneggiato', ma propriamente 'estinto': non sarebbe così logicamente possibile configurare l'offerta di una restituzione di una cosa estinta come contegno rilevante ai fini della fattispecie in esame.

4. Per le conseguenze cui conducono, allora, non convincono le interpretazioni che muovono dal significato anzidetto del verbo *fero*. Più interessante mi pare, dunque, l'alternativa per la quale la forma verbale ricorrente in Tab. 12.3 deriverebbe da *tollo*: sotto questo angolo visuale, la fattispecie incriminatrice consisterebbe nel fatto di aver portato via dal tribunale la *vindicia* che viene definita *falsa*. Devo rilevare, tuttavia, come pure l'idea del 'portare via' sia stata oggetto di serrata discussione, non solo in relazione alle sue possibili sfaccettature⁸⁰, ma anche sotto il profilo grammaticale: l'identificazione

⁷⁶ M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 28 ss.

⁷⁷ R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 41.

⁷⁸ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 48.

⁷⁹ M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 38 ss.

⁸⁰ Cfr. M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 22 ss., secondo il quale la fattispecie di Tab. 12.3 riguarderebbe la parte che, ottenuta a torto la concessione del possesso interinale, con una costante presunzione di scienza nell'autore dell'illecito, avesse 'portato via' dal tribunale la *vindicia*, per ciò definita *falsa*: l'appropriazione sarebbe limitata al momento processuale, dato che la parte era a conoscenza di essere esposta, in caso di soccombenza, all'autotutela della parte vincitrice (M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 31); da ciò sarebbe possibile far derivare l'ammontare della sanzione, commisurata sui frutti e non sulla cosa; va rammentato, ancora, che la lacuna nella terza riga del testo festino sarebbe ricostruibile, secondo Kaser, con la parola *reus*; circa tale restituzione, cfr. R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 34, il quale metteva in luce il

del verbo *tollere* non è, infatti, univoca e, anzi, la natura difettiva di *fero* e l'aver quest'ultimo già da tempo assunto le forme verbali mancanti da *tollo*, farebbero sì che – in epoca decemvirale – oltre alle voci assenti, il primo verbo avesse conosciuto anche un assorbimento di significato del secondo. Ciò equivarrebbe a dire che, nell'aver accolto nel proprio paradigma la forma *(te)tuli*, il verbo *fero* avrebbe attratto a sé anche la sfera semantica del secondo⁸¹. A questo punto dovrebbe essere il contesto a rivelare quale, tra le intonazioni del verbo *fero* che ho più sopra ricordate, ricorra di volta in volta. Qui, a ben vedere, il nostro discorso non muterebbe comunque in modo significativo perché sarebbe possibile immaginare che in Tab. 12.3 *fero*, proprio per l'assorbimento appena ricordato, indicasse appunto il 'portare da'. Questa idea potrebbe essere corroborata secondo taluno⁸² dalla correlazione instaurabile tra il provvedimento magistratuale di assegnazione della *vindicia* (*vindiciam dare* o *dicere*, benché nel tratto gaiano il sostantivo sia declinato al plurale), tramite il quale il pretore assegnava la cosa interinalmente a fronte della dazione di garanti⁸³, e la conseguente azione della parte che avesse ottenuto il

fatto che, sotto il profilo paleografico, il testo non consentirebbe l'inserimento della parola *reus* essendovi lo spazio per sole tre lettere, né il *Codex Farnesianus* consente di immaginare l'impiego di un'abbreviazione. Sotto il profilo contenutistico, inoltre, ancora secondo R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 35, l'impiego del termine *reus* non parrebbe coerente con il piede di parità sul quale si fronteggiano nell'*agere sacramento* le due parti processuali; il che, appunto renderebbe poco perspicuo il sostantivo supposto da Kaser; inoltre, la teoria di Kaser sembrerebbe poter tenere laddove al termine *vindicia* si associasse già all'epoca delle XII Tavole il significato di possesso interinale, significato assunto in progresso di tempo quando il sostantivo fosse usato al plurale, mentre risulterebbe incompatibile con l'impiego al singolare ricorrente in Tab. 12.3 (cfr. nuovamente R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 35 s.). Contrario alla posizione espressa in M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 72, si è detto G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440 s. Ancora nel senso del 'portar via' si è espresso U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, cit., p. 331 ss., il quale interpretava la fattispecie nel senso di intravedere l'atto della parte che portava via la *vindicia* avendola ottenuta con l'inganno. Per sostenere l'accezione del 'portar via' questo studioso menzionava Fest. voce *Superstites* (Lindsay, 394-396), il cui riferimento, tuttavia, è stato ritenuto erroneo da R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 42, nt. 114, in quanto l'atto del *vindicias sumere* è relativo al prelievo dei simboli della *res* controversa nelle liti immobiliari, del quale parlava Cincio nella stessa voce *festina sulle vindiciae*.

⁸¹ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁸² M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 26: «Ein Wegtragen der körperlichen Streitsache ist aber ausserdem nach dem zu Gai 4.16 Gesagten die notwendige Folge jedes *vindicias dicere*: Die körperliche Streitsache liegt, sei es unmittelbar, sei es vertreten durch ein Symbol (Gai 4.17), *in iure*, also auf der Gerichtsstätte; und nachdem sie der Prätor einer der Streitparteien zugewiesen hat, trägt diese sie vom Gerichtsort davon»; S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁸³ Ritengo fosse nel giusto C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 134, allorché osservava come la scelta tra le parti in causa potesse rispondere in antico, non tanto a una valutazione prognostica della lite – cosa che, mi permetto di aggiungere, potrebbe apparire incompatibile con la stessa struttura del rituale arcaico in cui soluzione era probabilmente rimessa a una manifestazione delle divinità, ove si ipotizzi che la forte connotazione religiosa del *sacramentum* fosse coesistita con il momento in cui si prese l'usanza di assegnare interinalmente la cosa – quanto piuttosto alla comparazione dei garanti addotti da ciascun

possesso interinale che poteva allontanarsi dal tribunale portando seco la *vindicia*⁸⁴. Benché suggestiva questa idea non mi pare del tutto esente da dubbi dal momento che nel passo il *vindiciam dare* non era affatto attestato, ma viene ricostruito soltanto in modo logico.

Assumiamo, dunque, la seconda accezione di ‘portar via’⁸⁵ (e segnatamente ‘portar via’ dal ‘tribunale’) e proseguiamo cercando di decifrare la locuzione decemvirale.

In ordine alla relazione tra il verbo e il sostantivo, il secondo può certamente mantenere tutto intero il suo significato tecnico chiarito dalla citazione festina di Sulpicio Rufo, che rappresenta, come detto, il solo dato relativamente certo della questione: si tratta del comportamento di portar via la cosa sulla quale si era esercitata la duplice *vindicatio* tipica del *lege agere sacramento*. Veniamo quindi all’aggettivo e al suo inserirsi nella struttura fondamentale tra il verbo e il sostantivo. Nel linguaggio comune, *falsus* valeva come ‘non verus’, «ma anche ‘non iustus’, ‘simulatus’, ‘fictus’, ‘vanus’»⁸⁶. Ora, per tutto quello che si è già detto, è evidente come sia estremamente difficile immaginare che qui l’aggettivo *falsus* potesse riferirsi direttamente a una caratteristica intrinseca della *vindicia* ‘materiale’ che il soggetto portava via con sé: anzitutto, occorrerebbe pensare che il soggetto attivo dell’illecito fosse colui il quale avesse portato via dal giudizio una cosa diversa rispetto a quella per cui era sorta la controversia, possibilità senza dubbio solo ipotetica, dal momento che siffatto contegno, peraltro difficilmente ipotizzabile, sarebbe ritornato a suo esclusivo svantaggio. Se l’azione era quella del portare via una cosa falsa è chiaro che chi teneva questo comportamento era evidentemente oggetto di un inganno. Tuttavia, se su quella cosa si era svolta la rivendica, anche se era una cosa diversa da quella voluta, non poteva dirsi falsa perché effettivamente non lo era. In ogni caso, se su quella *res* ‘falsa’ si fosse svolta la *vindicatio*, la *vindicia* non si sarebbe, a rigore, dovuta/potuta ritenere *falsa*. Il significato dell’attributo di *falsa* rispetto alla *vindicia* richiede allora una diversa e ponderata spiegazione⁸⁷, che pare spostare l’attenzione sul momento della *vindicatio* stessa.

litigante. Ai procedimenti più antichi di indagine formale «si adegua piuttosto l’assegnazione della cosa in base alla dazione dei *praedes*». V. anche M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 26.

⁸⁴ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 275.

⁸⁵ Cfr. M. KASER, ‘*Vindicia falsa*’, cit., p. 26.

⁸⁶ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 48.

⁸⁷ C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 139, metteva in rilievo l’ambiguità del significato di *falsus* soprattutto nelle testimonianze risalenti.

Come ho accennato, l'impressione che si ricava è nel senso che a venire in rilievo sia un giudizio di valore implicante la falsità e che quest'ultima si concretizzasse nel corso del procedimento, non prima e non dopo. Era, cioè, un *quid* che si realizzava nel momento in cui la *res* contesa diventava *vindicia* e, nel divenire tale, incappava in un elemento 'patologico' che ne causava la falsità. A me pare che questo elemento possa riguardare la rivendica che sulla *res* era stata eseguita e, in particolare, la rivendica formulata *iniuria* dalla parte che sarebbe risultata soccombente.

A tal fine verrebbe in rilievo un passaggio tolto dalla celeberrima orazione ciceroniana *Pro Milone*, ove l'Arpinate, nel descrivere la turpitudine di Clodio⁸⁸, ricordava come quest'ultimo non avesse avuto alcun rispetto nemmeno per il *ius civile*, avendo egli rivendicato fondi non con ingiuste *vindiciae* e ingiusti *sacramenta*, ma servendosi degli accampamenti, dell'esercito, della guerra dichiarata.

Cic. Mil. 27.74: *Eum denique cui iam nulla lex erat, nullum civile ius, nulli possessionum termini, qui non calumnia litium, non iniustus vindiciis ac sacramentis alienos fundos, sed castris, exercitu, signis inferendis petebat.*

Oggetto dell'invettiva ciceroniana, a ben vedere, non è tanto l'aver di per sé usato le *iniustae vindiciae* e gli *iniusta sacramenta*, perché ciò riguardava la normale dialettica del processo ove abitualmente una parte processuale stava dalla parte del torto. La critica è incentrata, piuttosto, sull'aver superato le armi del diritto per essersi rivolto alla violenza armata. Il contegno di colui che senza ragione reclamava per sé un certo bene assumendosene proprietario è reso da Cicerone con la locuzione *iniustus vindiciis ac sacramentis petere*. È verosimile che qui sia impiegato un lessico proprio del processo petitorio incardinato nelle forme del *lege agere*. Il parallelismo tra *vindicia* e *sacramenta*, presente in Cicerone⁸⁹, è stato colto da Gioffredi e da Santoro: quest'ultimo, con argomenti piuttosto simili al primo⁹⁰, ha notato appunto come vi sia «corrispondenza tra

⁸⁸ Cic. Mil. 27.74

⁸⁹ Un parallelismo, a mio avviso soprattutto terminologico, è stato riconosciuto in Arnob. *ad nat.* 4.16.

⁹⁰ Secondo C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 139, «le *vindiciae* sono accomunate al *sacramentum*, il che conferma il valore dell'espressione. Come si parla di *sacramentum iustum* e *iniustum*, cioè infondato e illegittimo, così si parla di *vindiciae iustae* e *iniustae*, cioè illegittimamente presentate ed ottenute e spesso in stretta connessione Questa valutazione della fondatezza delle *vindiciae* e l'accomunarle in ciò al *sacramentum*, nonché il fatto che la parte la quale ingiustamente si sia fatta assegnare le *vindiciae* subisce una

sacramentum iniustum e *vindiciae iniustae*⁹¹, accomunati entrambi, secondo Tondo, in vista di una sorta di «identità di qualificazione»⁹², vale a dire quella di *iniustitia*. Ma che cosa significava qui *vindicia* ed è possibile pensare inoltre che la *vindicia iniusta* fosse anche la *vindicia falsa* ricorrente nel precetto decemvirale? Nonostante autorevoli voci⁹³ ritengano che non vi sia la possibilità di collegare falsità e *iniustitia*, io credo che quest'ultimo accostamento si possa tracciare, almeno in via congetturale.

Anzitutto, l'impressione è che qui *vindicia* voglia intendere l'azione della rivendica, indicata tramite il riferimento all'oggetto rivendicato, così come inteso in Festo, e dunque in forma non dissimile da quanto accadeva, in via più astratta, in Gellio (Gell. 20.10.7)⁹⁴. Vero è che qui si parla di *vindiciae*, mentre il versetto decemvirale si esprime al singolare, ma è facile notare come tutti i sostantivi nell'inciso ciceroniano siano volti al plurale (mentre il singolare ricorreva anche in Gellio) e, rispetto a ciascun processo reale, una soltanto era la *res* controversa così come soltanto uno era il *sacramentum iniustum*. Il plurale potrebbe essere dunque legato alle esigenze dialettiche dell'Arpinate. In ogni caso, anche ammettendo una qualche rilevanza del plurale⁹⁵, è chiaro come il giudizio di ingiustizia non potesse essere legato al possesso interinale (cui il plurale *vindiciae* può in

pena, indicano che la *lis vindiciarum*, così come il *sacramento provocare*, è un meccanismo essenziale della *legis actio*».

⁹¹ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 49.

⁹² S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 273.

⁹³ Cfr., ad esempio, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440 s., il quale ribadiva come *vindicia falsa* non fosse sinonimo di *vindicia iniusta*.

⁹⁴ B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 75, nt. 252, era di diverso avviso, ritenendo possibile che vi fosse un collegamento qui con la *vindicia* «allorché in Cic. Mil. 24.74 si parla di *petere iniustis vindiciis ac sacramentis* non sembra che *vindiciae* debba interpretarsi come sinonimo di *vindicationes* (infatti, alla *vindicatio* si accenna con il *petere*); forse qui vi è un'eco di *falsa vindicia*; si tratta, tuttavia, di un'opinione che non mi sembra di poter seguire, almeno nel senso indicato dall'autorevole maestro, specialmente per il fatto che – per lo stesso (p. 98) – la *vindicia falsa* era da identificarsi nella cosa artatamente introdotta in giudizio in luogo di quella genuina; alla luce di questa considerazione, se è facile intendere l'aggettivo *falsa* ricorrente nel versetto decemvirale, mi sembra assai più difficoltoso intendere il senso della giuntura *iniusta vindicia* in Cicerone, posto che una cosa materiale può essere diversa da una ritenuta 'vera' e quindi *falsa*, ma difficilmente può essere considerata, per questo, contraria al *ius*, cioè ingiusta, se non in relazione a un'attività di tipo giuridico scorrettamente svolta sulla stessa. Onde, la costruzione di Albanese che fa perso sulla materialità della *res* oggetto di controversia, non mi sembra pienamente adeguata all'aggettivo *iniusta* il quale non sembra potersi riferire all'aspetto materiale della *res*.

⁹⁵ Secondo S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277, nt. 94, «la sostanziale identità del concetto espresso con *falsa* per *vindicia* e con *iniustum* per *sacramentum*, negata senza buoni motivi da G. BROGGINI, '*Iudex arbiterve*', cit., p. 132 s., appare riconosciuta sia da Gioffredi e Santoro. A quest'ultimi, tuttavia, sembra essere sfuggita la circostanza che la qualificazione della *vindicia* come *iniusta* è frutto d'un'estensione tardiva, in formulazioni astratte (dove l'uso del plurale), caratterizzate dalla concorrente menzione del *sacramentum*».

linea teorica riferirsi) il quale non si basava su una prognosi relativa all'esito della lite, ma sui garanti poziori forniti dalle parti. È opinione comune tra gli studiosi che l'attribuzione del possesso interinale fosse, infatti, estranea al giudizio sul merito⁹⁶. Peraltro, l'espressione *iniustis vindiciis petere* non mi pare abbia senso se non letta come allusiva all'atto di sottoporre alla rivendica una certa *res* mediante la formula prescritta, dal momento che l'assegnazione del possesso interinale all'epoca di Cicerone certamente non era che temporanea (dunque non 'dannosa' ai fini dell'esito della lite); inoltre non avrebbe precipuo significato la giuntura con il verbo *petere*, dal momento che una *res* si richiedeva tramite la formula di rivendica e non con l'attribuzione del possesso. Non va dimenticato, infatti, che, con riferimento all'attribuzione del possesso interinale (rispetto al quale, come noto, si impiega il sostantivo *vindicia* al plurale), la locuzione riferita da Gai 4.16 è *vindicias dicere*, confermata dalla stessa voce *festina* da dove siamo partiti. Né può essere passato sotto silenzio che l'atto di assegnare le *vindiciae* era del magistrato e non della parte, mentre il passo ciceroniano allude senza dubbio all'attività di parte. Mi sentirei allora di escludere che il passo ciceroniano possa riferirsi al possesso interinale: non è quindi inverosimile che l'inciso ciceroniano possa essere impiegato pur con cautela ai nostri fini. Quanto alla relazione tra la *vindicia falsa* e quella *iniusta*, sappiamo, anzitutto, quali fossero i *sacramenta iniusta*. Dalle fonti ciceroniane ricaviamo che tali erano i *sacramenta*⁹⁷ delle parti in torto. Se vale il parallelismo tracciato dagli studiosi appena ricordati, allora anche le *vindiciae iniustae* erano quelle della parte in torto. Dal testo, quindi, abbiamo una possibile traccia del senso della qualificazione 'iniusta' attribuibile a *vindicia*, in un'accezione del tutto analoga a quella riferibile a *sacramentum*. Così anche *vindiciae iniustae* sarebbero quelle della parte soccombente.

Se vale per ipotesi il predetto parallelismo tra *vindiciae* e *sacramenta* sotto il profilo dell'*iniustitia* (entrambi legati a un'ingiusta rivendica), allora dovrebbe essere possibile anche parlare di *sacramentum falsum* proprio come è possibile parlare di *vindicia falsa*. Il che, se fosse verificato deporrebbe nel senso di una vicinanza, se non di una sinonimia, tra le due qualificazioni, entrambe predicabili rispetto ai due sostantivi. Una traccia in tale senso mi sembra esistere⁹⁸. Sappiamo che in vari testi il *sacramentum* di colui che fosse in torto era qualificato *iniustum*, sicché per i *sacramenta iniusta* di cui parla l'orazione *Pro Milone* possiamo essere relativamente sicuri della natura tecnica dell'espressione.

⁹⁶ Cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 134; M. KASER, 'Vindicia falsa', cit., p. 26.

⁹⁷ Cfr. Cic. *Caec.* 33.97; *dom.* 29.78; *orat.* 1.10.42; *Mil.* 27.74.

⁹⁸ Seguo, sotto questo profilo, la ricostruzione di R. SANTORO, *XII Tab.* 12.3, cit., p. 49.

Sappiamo dalle fonti⁹⁹, benché esse lascino ampi margini di incertezza, come il *sacramentum*, da un lato, fosse un'entità materiale, ancor prima che esso si trasformasse in quello ricordato da Gaio, dall'altro fosse legato a un *iusiurandum*¹⁰⁰, pur non identificandosi in quest'ultimo¹⁰¹. Senza entrare in complesse questioni che meriterebbero ben altro approfondimento, è indubbio tuttavia che il *iusiurandum* nella complessiva economia del *sacramentum* doveva giocare un ruolo rilevante. Possiamo ipotizzare che la *iniustitia* del *sacramentum*, più che alla *res* in quanto tale, potesse essere legata (e anzi condizionata dal) al giuramento-*iusiurandum*: il *sacramentum iniustum* era, per ipotesi, quello legato a un *iusiurandum iniustum*, vale a non conforme al *ius*; se ciò è ammissibile, occorre ricordare anche che il giuramento *iniustum* era pure con ogni probabilità, sotto un profilo generale, *falsum*.

Questa deduzione non mi pare essere una semplice illazione. Disponiamo, infatti, di una conferma relativa all'uso di questo aggettivo in relazione al *iusiurandum*: può rilevare infatti la considerazione per la quale l'aggettivo *falsus* deriva dal verbo *fallo*¹⁰² e che quest'ultimo verbo si ritrova nella formula '*si sciens fallo*' attestata proprio in un giuramento, vale a dire quello antichissimo *per Iovem lapidem*¹⁰³, per identificare il contegno del giurante che veniva meno alla parola data, sicché si potrebbe ritenere che l'aggettivo fosse «usato frequentemente in relazione al *periurium*»¹⁰⁴, cioè nelle ipotesi di spergiuro. Dunque, se lo spergiuro era in generale colui che aveva pronunciato un *iusiurandum falsum*, non mi pare inappropriato ritenere che ricadesse sotto questo ombrello anche colui che, nell'ambito di un *sacramentum*, avesse pronunciato un *iusiurandum iniustum*. Se pensiamo che il *iusiurandum* era *iniustum* quando l'affermazione

⁹⁹ Fest. voce *Sacramento* (Lindsay, 466): *Sacramento dicitur quod <iuris iurandi sacratio>ne interposita actum <est. Unde quis sacra>mento dicitur interrogari, quia . . . <Cato> in Q. Thermum de X <hominibus>: . . . erant, ne mala . . . t; scelera nefaria fie- . . . <sacrame>nto traderetur lege est . . .*; Paul.-Fest. voce *Sacramentum* (Lindsay, 467): *Sacramentum dicitur, quod iurisiurandi sacratione interposita geritur.*

¹⁰⁰ Tanto è vero che R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 49, ricordava che «il *sacramentum* implica un giuramento».

¹⁰¹ Cfr. A. CALORE, 'Per Iovem lapidem'. *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, p. 11; B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 187; p. 194 s.

¹⁰² Cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, secondo il quale l'antico verbo indicherebbe «inganno, manco alla promessa».

¹⁰³ Paul.-Fest. voce *Lapidem silicem* (Lindsay, 102): *Lapidem silicem tenebant iuraturi per Iovem, haec verba dicentes: 'si sciens fallo, tum me Dispiter salva urbe arceque bonis eiciat, ut ego hunc lapidem'*; sul testo, cfr. F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano, 2000, p. 49 s.; sulla rilevanza di questo giuramento in relazione al *sacramentum*, cfr. R. SANTORO, *potere ed azione*, cit., p. 521 ss.

¹⁰⁴ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 49.

era non conforme al *ius*, si potrebbe congetturare che *falsum* e *iniustum* concorressero a connotare rispettivamente il *iusiurandum*, e con esso, il *sacramentum* dello spergiuro.

Onde, avendosi una qualifica analoga tra *falsum* e *iniustum* in relazione al *sacramentum*, se pensiamo al parallelismo che Cicerone traccia tra *vindicia falsa* e *iniusta*, possiamo vedere anche la *vindicia iniusta* come *falsa*, e potrebbe ritenersi sussistente un rapporto tra «*vindicia falsa* e *falsum sacramentum*»¹⁰⁵ nel senso che la *vindicia falsa* sarebbe strettamente connessa a un falso *sacramentum*. Entrambi i concetti gravitavano nell'orbita di colui che era stato riconosciuto soccombente: così possiamo immaginare che la *vindicia falsa* fosse quella ingiusta¹⁰⁶.

Tale rapporto andrebbe per l'appunto riconosciuto nel fatto che *vindiciam falsam* è quella per ottenere la quale la parte si fosse servita di un *falsum sacramentum* collegato a un falso giuramento e quindi un *sacramentum iniustum*: in particolare, secondo taluno, si riferirebbe all'ipotesi della parte che avesse portato con sé la *vindicia*, ossia la cosa oggetto della controversia, avendone ottenuto il possesso interinale mediante l'impegno a un *sacramentum iniustum*, cioè *falsum*¹⁰⁷, collegato a una rivendica infondata, vale a dire anch'essa contraria al *ius*. Questa qualifica deriverebbe – come da altri è stato notato – sulla base di una sorta di anticipazione logica in virtù della quale l'accento sarebbe posto, anziché sull'agire del giudice, su quello della parte¹⁰⁸.

Onde, sulla base di queste considerazioni, la ricostruzione di Raimondo Santoro porta a ritenere che «l'ipotesi prevista consiste nell'atto di quella parte che, nel procedimento della *legis actio sacramento in rem*», dopo aver accettato la sfida e aver sfidato l'avversario, consapevole della necessità di prestare un giuramento falso, «ottenuta,

¹⁰⁵ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 49; al riguardo, M. FUENTESECA DEGENEFEE, *La función procesal*, cit., p. 244, parla di «acercamiento, quizá más aceptable, entre *vindicia falsa* y *falsum sacramentum*».

¹⁰⁶ Cfr. M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 26 s., per il quale *iniusta* indica un disvalore minore, mentre *falsa* un maggior grado di gravità.

¹⁰⁷ Cfr. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, II, cit., p. 15; U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung*, cit., p. 331 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 138 ss.; R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 48 ss.; S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277; W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des 'iudex' in der 'legis actio'*, in *Gedächtnisschrift Kunkel*, 1984, p. 391 ss.; p. 431 ss.; J. ZLINSZKY, *Gedanken zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, 106, 1989, p. 106 ss.; p. 123 ss.; K. HACKL, *Der Sakramentsprozess*, cit., p. 152 ss.; ID., *Die Haftung der im dinglichen Sakramentsprozeß unterlegenen Partei*, in '*Vestigia iuris Romani*'. Festschr. G. Wesener 60. Geburtstag am 3. Juni 1992, Graz, 1992, p. 147 ss.; A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in *RIDA*, 37, 1990, p. 197 ss.; ID., *Aspects arbitraux*, cit., p. 209: «la *vindicia est falsa* parce que l'objet a été pris par celui des plaideurs qui devait ensuite perdant»; ID., *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 133-135; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., p. 153.

¹⁰⁸ Cfr. S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 272; *contra*, tuttavia, con un argomento interessante, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97, per il quale sarebbe rilevante che, accettando la proposta ricordata nel testo, la parola *vindicia* dovrebbe ricorrere al plurale.

tuttavia, da parte del magistrato la concessione della *res* in controversia la porta via con sé»; l'accertamento derivante dal «successivo giudizio, nel determinare la spettanza della *res* all'avversario», avrebbe reso, «al tempo stesso possibile la messa in moto del procedimento di determinazione della pena prevista»¹⁰⁹.

Credo che per diversi aspetti queste idee siano quelle che maggiormente si avvicinano alla realtà storica che cerco di ricostruire. Mi chiedo, tuttavia, se sia possibile ipotizzare una precisazione. In particolare, mi domando se sia effettivamente necessario riferire la falsità echeggiante in Tab. 12.3 all'atto dell'ottenimento del 'possesso interinale'. Va ricordato, infatti, come quest'ultimo non avesse a che fare con il merito della lite, ma solo con l'idoneità dei garanti invocati da ciascuna parte, sicché mi sembra difficile poter valutare in termini di falsità l'eventuale attribuzione magistratuale della *res* controversa. A proposito, secondo Bernardo Albanese, il quale formulava questa osservazione nel quadro di una ricostruzione affatto differente, non sarebbe possibile predicare in termini di *vindicia falsa* un delitto il quale consisteva nell'illecito conseguimento del possesso interinale, poiché effettivamente non risulta che, all'atto del *vindicias dicere*, il magistrato si fondasse, alla luce di una sorta di valutazione prognostica dell'esito della lite, «sulle affermazioni dei litiganti»¹¹⁰. Questa semplice osservazione è condotta, vale la pena sottolinearlo, sulla scorta della prosa gaiana, la quale tuttavia si riferiva a un assetto processuale certamente più maturo rispetto a quello duodecimtabulare.

Un altro aspetto va sottolineato, a sostegno di quanto appena congetturato: nel testo decemvirale, una volta letto il sostantivo *vindicia* nel senso anzidetto, occorre rilevare come non vi siano tracce esplicite dell'assegnazione delle *vindiciae*, cioè del *vindicias dicere*, così come esso risulta nella trattazione del Palinsesto Veronese. È vero che il *vindicias*

¹⁰⁹ R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 51; in un senso analogo mi sembra si fosse già mosso Kaser, il quale ritenne che l'illecito fosse rappresentato dall'atto di conseguire ingiustamente il possesso interinale; come nota criticamente Santoro, l'atto di appropriazione rileverebbe ai fini della disposizione normativa solo per la durata del processo e non investirebbe come tale la *res* controversa, ma, come avveniva per il *furtum usus*, riguarderebbe il solo godimento della cosa; in critica al Kaser, tuttavia occorre opporre, con R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 35 ss., che siffatta spiegazione si potrebbe reggere solo laddove la parola *vindicia* significasse 'possesso interinale', mentre questo significato è tipico del plurale, come si ricava dalla stessa voce di Festo, e non della disposizione decemvirale, dove ricorre il singolare; peraltro occorre anche sottolineare che la locuzione *vindiciam falsam ferre* non si limita a sanzionare l'ingiusto conseguimento temporaneo della cosa, ma anche l'atto di «sottrazione dal tribunale della cosa stessa»; cfr. anche sopra, nt. 80. Si potrebbe anche sottolineare, accettando la proposta qui avanzata, che il sostantivo ricorre al singolare in quanto il possesso interinale non è in effetti menzionato espressamente nel versetto decemvirale.

¹¹⁰ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 97.

dicere ricorre in Festo ove il nostro epitomatore richiamava Catone, ma, come abbiamo visto, l'intera voce spinge a credere che lo stesso Festo non leggesse nella citazione del carne decemvirale l'accezione di *vindicia* legata al possesso interinale, peraltro reclamante il plurale: *vindicia* era la cosa oggetto della rivendica, non la cosa assegnata interinalmente benché naturalmente ci si riferisse alla medesima cosa.

Con ciò non voglio negare che la disposizione si legasse strettamente alla disponibilità provvisoria della cosa controversa nelle more della lite. Ritengo solo che la qualificazione di *falsa* non si riferisse all'assegnazione del possesso. Che Tab. 12.3 trattasse di una situazione analoga al possesso interinale gaiano è arguibile dal fatto che la norma non pare riferirsi al contegno di colui che portasse via la cosa rivendicata essendosi accertato che non ne era il proprietario per il tramite dei *sacramenta*. Un'eventualità del genere difficilmente potrebbe essere trattata al modo del versetto in esame, tanto in relazione alla descrizione della condotta, quanto in relazione alle conseguenze sanzionatorie. Qualsiasi sia il parametro della moltiplicazione¹¹¹, è certo che in Tab. 12.3 si parlava di *duplio*, mentre il contegno di colui che manifestamente avesse sottratto una cosa altrui sarebbe ricaduto con ogni probabilità sotto la fattispecie del furto manifesto che era connotato da un ben diverso trattamento punitivo. È dunque ragionevole ritenere che il carne riguardasse colui che solo 'temporaneamente' portava con sé la cosa, avendola ottenuta falsamente. Se tutto ciò è vero, allora, è possibile anche ammettere che la falsità non riguardasse direttamente l'atto dell'assegnazione del possesso interinale, ma l'atto stesso del rivendicare e inerisse strettamente la *vindicia*: la *res* dedotta innanzi al magistrato diventava una *vindicia falsa* quando fosse stata rivendicata a torto.

In altri termini, proporrei seppure dubitativamente che la *vindicia* fosse stata falsamente realizzata in quanto la rivendica era sostenuta dalla consapevolezza dell'esiguità delle proprie ragioni e dalla necessità di dover prestare, nel corso della procedura, un falso giuramento a sostegno delle stesse.

Certo, si potrebbe obiettare che ogni procedura sacramentale reale, laddove non interrotta dall'inattività di una delle parti, comportasse per propria definizione una

¹¹¹ Si tratta evidentemente del problema relativo all'integrazione dell'incompleto dettato decemvirale antecedente alla menzione del *fructus*. La maggior parte degli autori ricostruisce il testo integrandolo con *rei* (cfr. sopra, nt. 12); sul significato dell'espressione, cfr. R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 46, il quale osserva come il significato da assegnare al genitivo *rei* sia quello di specificazione della parola *fructus*, vale a dire quale 'frutto della cosa'. Se la norma decemvirale avesse voluto indicare la diversa lettura 'della cosa e dei frutti', in luogo dell'asindeto, la frase sarebbe stata così congegnata: *rei fructusque duplione damnum decideto*, «cosa però non avallata dal testo di Festo».

vindicia falsa. Così, ogni rivendica effettuata ingiustamente potrebbe per ipotesi rientrare nell'alveo della disposizione decemvirale. Ugualmente ogni rivendica eseguita falsamente doveva essere accompagnata da un giuramento parimenti falso. Ciò tuttavia non traspare dal versetto delle XII Tavole in esame, nel quale l'aver rivendicato ingiustamente facendo sorreggere la propria pretesa da un ingiusto *sacramentum* rappresenta bensì il presupposto perché venisse a prodursi la fattispecie punita: rilevava sotto il profilo 'penale', infatti, non l'aver rivendicato *iniuria*, bensì lo stesso agire infondato della parte quando esso si fosse accompagnato all'attribuzione del possesso interinale (il quale si giustificava - e trovava il suo antecedente causale - proprio in virtù della rivendica falsa e del *sacramentum* ingiusto con la quale il contendente sosteneva le proprie pretese) e alla sottrazione della *res* dal tribunale¹¹².

Alla luce di ciò, dunque, credo di dovermi collocare fra coloro che ritengono che la previsione duodecimtabulare riguardasse seppure con le precisazioni dette, una situazione definibile in termini di 'possesso interinale', in quanto era incentrata sul contegno di colui che portava seco la cosa rivendicata a torto nelle more del processo.

Quanto alle ragioni della falsità, è evidente che al momento della *provocatio sacramento* ciascuna delle parti molte volte potesse essere in cuor suo ragionevolmente consapevole dell'altruità o meno della *res* dedotta in giudizio, sicché quando accettava la sfida stessa e ancora prima quando rivendicava *iniuria*, la parte la cui affermazione fosse stata infondata era ben consapevole della mendacità, in quanto non conforme al *ius*, del *iusiurandum* che si apprestava a pronunciare per asseverare le proprie pretese nell'ambito del *sacramentum* stesso¹¹³. È pure evidente, del resto, che, a leggere Gaio, l'antecedente

¹¹² R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 84: «Tab. 12.3 rispecchia, nella formulazione della fattispecie del *vindiciam falsam tollere*, il comportamento normale nella lite della parte non legittimata, che voglia portare innanzi il procedimento, nonostante i rischi che esso comporta».

¹¹³ Cfr., a tal riguardo, M. KASER, '*Vindicia falsa*', cit., p. 27: «Die Sache steht nicht nur dieser Partei nicht zu, sondern sie hat das auch gewusst und darum mit ihrem Wegtragen einen Betrug begangen, der ja bereits in der älteren Rechtssprache mit *falsum* bezeichnet wird. Dieses Wissen von der eigenen Nichtberechtigung hat man hier wie auch sonst im alten Recht ohne weiteres unterstellt; ich erinnere nur an das *furtum conceptum* und an den deliktischen Tatbestand, der vermutlich der *auctoritas*-Haftung zugrunde liegt»; cfr. anche U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, cit., p. 331: «Den Vorstellungen der älteren Zeit entsprechend, die an dem typischen äußeren Verhalten des Täters haften - eine individuelle Untersuchung der inneren Seite des Tatbestandes unterbleibt noch - wurde der Vorsatz als erwiesen angesehen, wenn das Sakrament der betreffenden Partei für *iniustum* erklärt worden war». V. anche «M. FUENTESECA DEGENEFTE, *La función procesal*, cit., p. 248: «se trata ... de un delito que se puede denominar de dolo procesal porque existe *dolus (fraus)* en la obtención engañosa de la posesión interina. Por tanto se puede deducir que la actividad de *vindiciam falsam tollere* (en virtud de un *falsum sacramentum*) unida a la expresión *si velit* referida a su autor, demuestra que la norma decemviral ... penaliza una conducta procesalmente dolosa del demandado, que, por eso, aparece configurada como delictiva. Es

cronologico e il presupposto stesso per cui si potesse giungere all'assegnazione del possesso interinale fosse precisamente la sfida accettata al *sacramentum* a seguito di una duplice e contrapposta rivendica.

Sicché mi pare si possa concludere, pur allontanandomi da Santoro, che l'illecito fosse tenuto da quella parte che, avendo accettato la sfida al *sacramentum*, e avendo conseguito il possesso interinale, si fosse portata via la *res* controversa e si fosse poi vista soccombente in quanto il suo *sacramentum* fosse risultato *iniustum*¹¹⁴ e dunque comportante un *iusiurandum* falso¹¹⁵. Tuttavia, a mio giudizio, credo si possa ipotizzare che la *vindicia* diventasse *falsa* in quanto la parte l'aveva rivendicata a torto anche se è vero che essa poi l'aveva ottenuta temporaneamente in virtù della dazione dei garanti: il comportamento del rivendicare infondatamente diventava illecito, non in quanto tale, ma quando la parte fosse giunta alla sfida al *sacramentum* consapevole della necessità di dover giurare il falso in quanto la propria *rei vindicatio* era ingiusta (cioè fatta *contra ius*) e dunque *falsa* (e qui riecheggia ancora il *si sciens fallo* tipico dei giuramenti) e soprattutto sulla base di questo presupposto di fatto e di diritto avesse ottenuto la cosa.

necesario que se trate de un comportamiento voluntario y, por tanto, doloso, por parte del demandado vencido, y que éste sea constatado (*is quaesitor*) porque la simple pérdida del litigio no implica necesariamente que el poseedor interino actuó dolosamente, es decir, por sí sola no podría desencadenar la responsabilidad *in duplum*».

¹¹⁴ Parzialmente in questo senso, cfr. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 65, per il quale il *vindiciam falsam tulere* significherebbe «ottenere il possesso sulla cosa contesa in modo erroneo perché basato sulla prestazione di un *falsum sacramentum*».

¹¹⁵ Si tratta di quella che R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, cit., p. 45, nt. 38, ha definito «interpretazione dominante». Dell'avviso di Santoro è anche, suggestivamente G. GULINA, *Contributo*, cit., p. 90, nt. 49: «la *vindicia*, consistente nella cosa controversa e nei frutti accessori che questa ha nelle more prodotto, ritrae, a mio avviso pertinentemente, la qualificazione di *falsa* dal falso giuramento reso da chi ne era stato costituito *in iure* possessore interinale. L'accertamento della falsità del giuramento di costui – *falsi convictus*, per Gai 4.13, dove però *convictus* è frutto di un'integrazione mommseniana, ... – interviene successivamente al momento in cui il magistrato aveva disposto in suo favore l'attribuzione del possesso interinale, di talché la sentenza definitiva della lite investe a ritroso, con il proprio effetto, il giuramento medesimo, il quale, solo in fine di processo, si mostra, quale però era da sempre, *iniustum* e, dunque, falso: falso il giuramento (*falsi convictus* il soccombente), *falsa* la *vindicia* per esso attribuita. Leggere senza questo traslato la qualificazione di falsità apposta a *vindicia* espone alla critica di R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, cit., p. 26 ss., il quale giustamente evidenzia la non riconducibilità all'aggettivo in questione dei significati di diminuita, rovinata, peggiorata, ovvero (e soprattutto – p. 33), assolutamente rifiutata di restituzione. La *vindicia* è *falsa* perché costituita in favore di colui che ha prestato un giuramento dimostratosi parimenti falso. Un giuramento (falso) che gli è valso una *vindicia* (*falsa*); il che, a ben vedere, calza benissimo con la lettura sostanziale, e di anticipazione dell'esito della *legis actio*, che il medesimo R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 593, propone di quel possesso che, comunemente e per eccesso forse di dogmatismo, si è soliti chiamare (detenzione) interinale, anche con riferimento al tempo più antico, nel quale difficilmente poteva allettarsi una tanto sottile intuizione differenziale».

Queste considerazioni mi sembra siano rilevanti in ordine alle ragioni che giustificano l'attribuzione di una qualifica, quella appunto di 'falsa', che – così letto il sostantivo *vindicia* – potrebbe apparire stridente data la sicura 'materialità' della *vindicia* stessa. Si tratta di un dubbio che accomuna *vindicia* a *sacramentum* quale 'bene materiale' e alle sue qualificazioni di *iustum* e *iniustum* derivanti dal complesso rituale. Una possibile chiave di lettura, che non è dato sondare qui a fondo, è stata tentata dalla dottrina. Ha giustamente notato Tondo: «*falsa* riferito a *vindicia* non altro esprime che l'esito d'una valutazione retrospettiva,¹¹⁶ come riflesso dell'infondatezza della pretesa, che in ordine ad essa s'è fatta valere, accertata dal giudice»¹¹⁷. Onde, nel confronto con l'orazione *Pro Milone*, «se nel successivo evolversi dell'uso linguistico *vindicia* è stata accomunata a *sacramentum*, in vista d'una fondamentale identità di qualificazione, ciò vuol dire che pure la qualificazione mediante l'aggettivo *iniustus*, inizialmente riferito al *sacramentum* e poi esteso alla *vindicia*, doveva rispondere al medesimo concetto». Peraltro, «tanto più ciò è da ammettere, se si tiene conto che in vari testi la nozione di *sacramentum iniustum* è profilata in connessione con l'idea d'un *falsum* retrospettivamente accertato¹¹⁸: così non soltanto nella citata precisazione di Gai 4.13, ma pure ... in Cic. *Mil.* 27.74, ove è stabilita una chiara equivalenza fra l'agire *calumnia litium* e il fatto di *iniustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos petere*. Ora, per tornare finalmente al punto iniziale, non si vede ragione perché nell'ambito di codeste applicazioni dovrebbe presupporci per *sacramentum* il significato di atto anziché di cosa: il fatto che le stesse qualifiche siano state riferite a *vindicia*, che pure indica la *res* materiale in quanto fatta oggetto della *vindicatio*, non costituisce la migliore e decisiva prova del contrario?»¹¹⁹.

Senza poter qui entrare in merito ai molti e complessi rapporti tra i due, se pensiamo che, come la *vindicia*, anche il *sacramentum*, pur avendo a che fare con un *iusiurandum*, era di per sé un'entità materiale, le idee relative alla valutazione retrospettiva della 'falsità' legata alla soccombenza della lite mi sembrano meritevoli di attenzione, in

¹¹⁶ Cfr. anche V. GIUFFRÈ, 'Fuori dal novero dei vivi, esiliato anche fra i morti', in ID., *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, 1999, p. 40, per il quale la statuizione in merito al *sacramentum falsum* «rendeva manifesto che la parte aveva compiuto la *vindicatio* a torto».

¹¹⁷ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277.

¹¹⁸ Sotto questo peculiare profilo, seppure con una lettura globale differente, v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 440, il quale riteneva che l'atto illecito rilevasse «dopo la sentenza sulla proprietà della cosa»; cfr. pure A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux*, cit., p. 208, nt. 8: «dans la *vindicia falsa* il n'y a pas de jugement antérieur sur la culpabilité, qui résulte du jugement du *sacramentum in rem*: celui-ci fait apparaître le caractère délictueux de la possession intérimaire du perdant».

¹¹⁹ S. TONDO, *La semantica*, cit., p. 277.

quanto si illuminano di una luce per la quale era possibile che una certa ‘cosa’ ricevesse una qualificazione derivante non tanto da un aspetto della propria ‘materialità’ (per ipotesi il non corrispondere alla ‘vera’ cosa oggetto della controversia), ma da un elemento procedurale ad essa connesso al quale originariamente la qualificazione stessa si riferiva. La *vindicia* in quanto *res* sulla quale si era svolta la rivendica non poteva essere ritenuta di per sé *falsa*, perlomeno nell’ottica imposta dall’adozione del *tulit* come perfetto del verbo *tollo*, e dunque come ‘portar via’. Lo diventava, nell’ottica della norma decemvirale, in quanto legata a un agire rituale, vale a dire a una rivendica infondata e alla prestazione di un *sacramentum iniustum/falsum*. Erano questi elementi a far discendere su una *res* la qualifica di *falsa* associata, nella norma in esame, all’idea di ‘portar via’, ed erano questi elementi che si scorgono, appunto retrospettivamente, nella locuzione *vindicia falsa*. Alla luce di questa lettura, in definitiva, si ravvisa nella disfida al *sacramentum* accettata da entrambi i litiganti l’antecedente logico che aveva determinato l’attribuzione del possesso interinale, unitamente alla dazione dei garanti che influiva sulla scelta del litigante assegnatario.

In questa interpretazione, né la cosa oggetto di controversia, né i beni che possiamo indicare come *sacramentum* erano di per sé connotati dagli aggettivi che li corredevano: una cosa oggetto di rivendica non poteva essere *falsa*, con le precisazioni prima offerte, una quantità di denaro depositata quale *sacramentum* non poteva essere ritenuta non conforme al *ius*, ma tali diventavano in relazione a un ‘procedimento’ (la rivendica, la delibazione in merito alla *iustitia* dei giuramenti) il cui risultato veniva espresso in riferimento al più vicino referente materiale. Come la *vindicia/cosa* diventava *falsa* in relazione all’intero meccanismo della rivendica ingiustamente formulata, legata all’assegnazione temporanea, così il *sacramentum/cosa* risultava *iniustum* quando il *iusiurandum* cui era collegato non fosse conforme al *ius*, e dunque quando l’affermazione di dominio si fosse rivelata falsa.

5. L’accoglimento delle idee appena proposte impone, a ben vedere, una precisazione in merito a una loro plausibilità in seno al codice decemvirale. Infatti, l’aver chiamato in causa, nell’interpretazione di Tab. 12.3, l’assegnazione temporanea della cosa implicherebbe una ponderata presa di posizione in merito alla struttura del processo all’epoca del decemvirato legislativo. La questione, com’è noto, è annosa e non è possibile in questa sede procedere non solo a un suo esame approfondito, ma nemmeno a tracciarne per cenni i confini. Basti, tuttavia, ricordare come l’assegnazione provvisoria

della *res* a uno dei contendenti dovesse trovare una ragione ben specifica nell'articolarsi del rito processuale e rispondesse all'esigenza di ammantare di garanzia l'attribuzione temporanea della cosa litigiosa, senza che sulla stessa potesse esservi alcuna signoria da parte di uno dei contendenti. L'attribuzione del possesso interinale pare essere collegata alla durata nel tempo del processo: infatti, laddove il procedimento fosse risultato iniziato e concluso in un breve lasso di tempo e soprattutto senza cesure, è piuttosto ragionevole congetturare che l'oggetto della lite non lasciasse mai il luogo di celebrazione del processo stesso. Ciò si può ammettere¹²⁰, benché forse senza l'assiomaticità quasi geometrica con la quale questa idea è spesso affermata: è necessario, infatti, tenere conto delle peculiarità del *sacramentum* e della procedura di interrogazione della mente divina a conclusione del processo, necessaria, secondo un'opinione da molti condivisa, per accedere in epoca risalente alla decisione sui *sacramenta*¹²¹.

Quello che mi sembra si possa ammettere è che già in epoca monarchica matura si fosse delineata una distinzione sufficientemente chiara tra due funzioni processuali legate a due diversi momenti¹²². Da una parte, le fonti, seppur di epoca notevolmente successiva

¹²⁰ Cfr., ad esempio, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 133, nt. 461, che osservava come l'attività di *causae coniectio* avvenisse «probabilmente subito dopo i *sacramenta*».

¹²¹ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I. *Le origini*, Torino, 1986, p. 128; G. BROGGINI, *Sulle origini del 'usiurandum in litem'*, in *Jus*, 12, 1961, p. 334.

¹²² Credo avesse ragione R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., p. 556, nell'affermare: «se la divisione del procedimento nelle fasi *in iure* ed *apud iudicem* è frutto di uno svolgimento storico, sarebbe, tuttavia, grave errore il sostenere che solo in progresso di tempo si siano venute corrispondentemente individuando le funzioni (la *iurisdictio* e la *iudicatio*), che in età più recente caratterizzano rispettivamente i due momenti del processo. Il vero è che, fin dalle origini, *iurisdictio* e *iudicatio* costituiscono funzioni distinte ed eventualmente compresenti nel processo, per quanto sia uno stesso organo ad esercitarle. Perciò noi abbiamo parlato finora dell'inesistenza originaria di una bipartizione strutturale (meglio sarebbe dire formale) del processo, lasciando impregiudicata la questione, che ora dovremo risolvere in senso positivo, dell'esistenza originaria di una bipartizione funzionale»; lo stesso Santoro riconosceva il merito di B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 203, di essersi accorto che, «piuttosto, dovrà pensarsi ad una unità strutturale del processo (tutto davanti al *rex*) e ad una bipartizione funzionale di esso. Altra è, infatti, la funzione del *rex* allorché presiede al dialogo rituale che culmina nella *provocatio sacramento*; altra la funzione dello stesso *rex* allorquando presiede alla realizzazione dell'esperimento sacrale, in esecuzione della reciproca *provocatio*, ed alla concreta decisione. Per tal modo, in un processo unitario ..., si deve pur sempre supporre una dualità di momenti logici: un momento ordinatorio del rito, che precede il momento decisivo del rito medesimo»; v. inoltre ID., *Il processo*, cit., 120. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, cit., p. 21 ss., parlava di «una bipartizione funzionale, nel senso cioè che, pur svolgendosi dinanzi allo stesso organo (e, cioè, praticamente al *rex*), il processo conoscesse – valenza coincidente a quella che si sarebbe instaurata con la differenziazione nelle strutture – una distinzione tra la fase *in iure*, in cui si imposta, e la fase *in iudicio* in cui si risolve la controversia ... Non sussistono, dunque, degli argomenti di qualche peso che, nel momento in cui si instaurava la bipartizione strutturale del processo, la bipartizione funzionale si atteggiasse già in modo analogo a quello che comunemente si ricostruisce per il periodo posteriore in relazione alla differenziazione, per l'appunto strutturale, tra la fase *in iure* e quella *in iudicio*»; v. I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 61; p. 130, nt. 3.

rispetto a quella regia, appaiono sostanzialmente concordi nell'assegnare al re la funzione di dirimere le controversie tra i privati¹²³; dall'altra, si è detto pure che, ancora in epoca regia, si fosse avvertita una partizione tra quel segmento volto all'impostazione della controversia per il tramite dei *certa verba*, e quello indirizzato alla decisione della causa. È quella che viene definita 'bipartizione funzionale'. Si è pure supposto che il *rex* potesse delegare a propri ausiliari la gestione di uno di questi segmenti¹²⁴, pure immaginando che a essere chiamati a questo compito fossero i pontefici o organi collegiali¹²⁵, e non un semplice privato cittadino¹²⁶. Essi sarebbero stati formalmente attori nell'ambito di un unico meccanismo processuale, svolto pur sempre innanzi al tribunale regio, pur articolato in due fasi precisamente connotate una in modo differente dell'altra.

Tutto ciò senza dimenticare come si ritrovino tracce nelle XII Tavole della presenza di un processo bipartito, ormai anche strutturalmente: basti pensare, in riferimento alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, al carne inerente al *morbis sonticus*, il quale, nel riferirsi a un *iudex arbiterve*, pare presupporre la suddivisione del processo in due fasi distinte (alludo precisamente a Tab. 2.2). Per la sua formulazione, può sorgere, tuttavia, il dubbio che questa norma si riferisse alla globalità dei giudizi intentabili all'epoca delle XII

Più recentemente, cfr. C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 98 ss., in parte già richiamato: «a prestare fede alla sinottica lettura di due passi, l'uno di Cicerone (*rep.* 2.21.38), l'altro di Livio (1.41.4-5), entrambi concernenti il delicato, nonché inconsueto, passaggio dal *regnum* di Tarquinio Prisco a quello di Servio Tullio, pare emergere l'esistenza di una prassi (già riconducibile all'epoca del *regnum* latino-sabino) consistente nell'affidamento da parte del *rex* a suoi funzionari non tanto della presidenza della fase istruttoria e decisionale ..., quanto del controllo di quella introduttiva e di impostazione della lite attraverso l'espletamento dell'attività già puntualmente indicata con il *terminus technicus* di 'ius dicere' o, sinonimicamente, con quello, meno frequente e più sfumato, di 'iura reddere' (sicché - a mio credere - sarebbero addirittura da capovolgere i termini con cui solitamente si intende la cd. 'bipartizione facoltativa' durante l'età regia, ossia come delega facoltativa da parte del re a un giudice o a un arbitro della sola 'seconda fase' del processo)». Per l'epoca precedente, cfr. C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 99, nt. 65. Appaiono propensi a guardare con fiducia alle notizie relative alla *iudicatio* regia, M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 35 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., p. 72 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, p. 160; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 87 ss.; A. BISCARDI, *Lezioni*, cit., p. 55; G. NOCERA, 'Reddere ius', Roma, 1976, p. 111 ss., p. 173 ss.; I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 19 ss.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano*, cit., p. 22 ss.; in senso contrario, cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., p. 44 s.

¹²³ Rimando alla disamina di C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 94 ss.

¹²⁴ Secondo I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 57 s., «può darsi che investito del compito fosse, in origine, lo stesso *rex*, anche in quanto capo religioso, e che presto (in relazione, forse, alla molteplicità di impegni del re) quella funzione venisse delegata».

¹²⁵ Cfr., sul punto, I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 58; R. ORTU, *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, Padova, 2012, p. 152 ss.

¹²⁶ Cfr. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., p. 73 s., pensava invece a una possibile delega ad ausiliari laici, dal momento che i pontefici avrebbero invece svolto la funzione di «tecnici privati».

Tavole, compreso l'agere sacramentale; ritengo tuttavia più probabile, pur nel silenzio della legge, che essa potesse avere a oggetto la sola *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*¹²⁷.

È possibile congetturare un'articolazione più complessa anche per il processo non strutturalmente bipartito? Per sviluppare e verificare una risposta congetturalmente positiva, occorre rifarsi ai carmi decemvirali. Il complesso di Tabb. 1.6-9¹²⁸, relativo alla seconda fase del processo, mi sembra riferirsi a un procedimento nel quale il solo organo terzo rispetto alle parti fosse il magistrato¹²⁹, come pare testimoniare il verbo *addicere* ricorrente in Tab. 1.8¹³⁰: esso, infatti, per il suo evidente appartenere a uno dei tre *verba praetoris*¹³¹, ha con ragionevolezza fatto ritenere a molti che a intervenire nella fase processuale normata dal complesso di versetti appena indicato fosse proprio il magistrato. Come ricordato, la necessità di *vindicias dicere* è stata messa in relazione, tradizionalmente, con la bipartizione del processo e, dal momento che Tabb. 1.6-9 paiono riferirsi alla *legis actio sacramenti*, proprio come la pratica di *vindicias dicere*, otterremmo una contraddizione derivante dal fatto che mentre Tab. 12.3 sembrerebbe postulare una bipartizione processuale (e dunque la presenza di un giudice nella seconda fase), Tabb. 1.6-9 sembrano invece riferirsi a un processo ancora tutto celebrato innanzi al magistrato, ovvero, come si suole abitualmente dire, 'monofasico'.

La contraddizione, credo di poter affermare, è solo apparente, in quanto non solo è possibile richiamare l'idea di bipartizione 'funzionale' già precedentemente indicata, ma

¹²⁷ Secondo C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 72 s., Tab. 2.2, sarebbe «ben lungi dall'attestare una menzione generale nel *corpus* decemvirale al ricorso al giudice privato in ogni tipo di procedimento».

¹²⁸ Richiamo i carmi, nella versione che mi pare più convincente. Tab. 6: *Rem ubi pacunt, orato*. Tab. 7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro. Ante meridiem caussam conicito/cuicito. Com perorant ambo praesentes*. Tab. 8: *Post meridiem praesenti litem addicito*. Tab. 9: *Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*. Rimando, anche per quel che concerne la struttura dei versetti, per tutti, all'attentissima analisi svolta da FIORI, *Il processo privato*, in M.F. CURSI (a cura di), 'XII Tabulae'. Testo e commento, II, Napoli, 2018, p. 61 ss. (con ampia letteratura); cfr. anche G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 70 ss.; p. 87 ss.; C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 113 s.

¹²⁹ C. GIOFFREDI, 'Rem ubi pacunt orato': XII Tab. 1.6-9 (Per la critica del testo decemvirale), in *BIDR*, 76, 1973, p. 271, sottolineava che l'ordine nel quale sono rammentate le norme deve ritenersi pressoché certo, a mente della loro tradizione testuale: *Rhet. Her.* 2.13.20 riporta le parole da *rem ubi pacunt* a *coiciunto*, mentre *Gell.* 17.2.10, da *ante meridiem* a *tempestas esto*.

¹³⁰ V. ancora Tab. 8: *Post meridiem praesenti litem addicito*.

¹³¹ Cfr. *Varro lat.* 6.29-30: *dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari; contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem 'do dico addico'; itaque non potest agi: necesse est aliquo uti verbo, cum lege quid peragitur*. In argomento, cfr. R. DÜLL, *Eröffnungsakt 'in iure' und die 'tria verba praetoris'*, in *ZSS*, 57, 1937, p. 76 ss.; ultimamente, cfr. P. PASQUINO, 'Sed voluntariam'. *Ricerche in tema di 'iurisdictio'*, Napoli, 2020, p. 45 ss.; p. 56 ss.

nella procedura è pure dato rintracciare momenti in cui paiono profilarsi ‘interstizi’ per un’eventuale interruzione e per il presentarsi dei problemi a questa eventualmente connessi.

Occorre ricordare, sulla scorta di un importante testo varroniano, come il *sacramentum* – vale a dire una certa quantità di denaro – dovesse essere depositato presso i pontefici prima della conclusione della lite. In un rilevante passo del *De lingua latina*¹³², nel quale si affrontava l’etimologia di *sacramentum*, il Reatino rammentava, infatti, che entrambe le parti in lite erano tenute a depositare *ad pontem* le somme di denaro (in un momento verosimilmente antecedente rispetto all’introduzione della moneta coniata le quantità di metallo pesato¹³³) che secondo l’erudito rappresentavano il *sacramentum* stesso; la parte ‘vincitrice’ poteva ritirare la somma depositata (*suum sacramentum*), mentre quella ‘perdente’ non poteva procedere a simile prelievo¹³⁴, essendo il denaro versato all’erario e impiegato con una destinazione sacra¹³⁵.

Si tratta di un regime differente, e forse più antico¹³⁶, rispetto a quello descritto da Gaio, e potrebbe essere completato con le informazioni ricavabili in tema di *lex Aternia Tarpeia*¹³⁷, immaginando un originario *sacramentum* in animali. Se è vero che l’*agere sacramento* era strutturato al fine di consentire a ciascuna parte di retrocedere dalle proprie pretese facendo di conseguenza arrestare il rituale¹³⁸, mi sembra poco probabile che al momento dell’inizio della pronuncia dei *certa verba* le parti fossero sempre convinte di giungere alla conclusione dell’*actio* tramite la sfida al *sacramentum*. Se ciò è plausibile, allora, è parimenti ammissibile che, al momento dell’inizio della recitazione dei *certa verba*, non si fosse ancora dato corso al deposito del denaro presso i pontefici nel quale si sostanziava il *sacramentum*.

¹³² Varro *lat.* 5.180.

¹³³ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 59.

¹³⁴ Cfr. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 83: «Bei Varro werden dagegen die *sacramenta* von beiden Parteien bereits bei der Streiteinsetzung eingezahlt, und zwar zum Tempelschatz; der siegreiche Teil erhält nach dem Urteil das seine zurück; das des besiegten fällt an das Ärar. Diese Regelung wird die ältere sein».

¹³⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 53.

¹³⁶ Contro un’ampia fascia della dottrina che ritiene che la ‘modalità reale’ descritta da Varrone fosse più risalente rispetto all’assetto gaiano, dubbi sono stati mossi da R. FIORI, *Il processo privato*, cit., p. 96.

¹³⁷ Cic. *rep.* 2.35.60; Fest. voce *Peculatus* (Lindsay, 268-270); Gell. 11.1.2.

¹³⁸ R. SANTORO, *XII Tab.* 12.3, cit., p. 38.

Ebbene, se quanto riporta Varrone è credibile¹³⁹, ritengo necessario immaginare un momento in cui tale deposito doveva aver luogo. Non credo sia logico congetturare che il deposito fosse effettuato prima dell'incardinamento della lite e della realizzazione delle formalità verbali e gestuali che la caratterizzavano: considerate le variabili legate al comportamento delle parti e, in modo particolare, la possibilità che il procedimento si arrestasse in virtù della mancata pronuncia da parte dell'avversario della *contravindicatio*, un deposito effettuato immediatamente avrebbe comportato una farraginosità inutile ed evitabile¹⁴⁰: ciò soprattutto pensando all'incomodo notevole legato al deposito di una notevole quantità di bronzo. Se ciò è vero, si può pensare che il deposito avvenisse dopo la sfida 'in iure', il che avrebbe implicato una cesura nella sequela procedimentale dopo la sfida stessa.

In secondo luogo, si consideri il fatto che ormai con Tab. 1.6-9, nella loro visione usuale, sembra di essere innanzi a un nuovo giorno¹⁴¹, dal momento che il complesso normativo sembra fare riferimento ad attività rispetto alle quali assume una certa rilevanza, quale sorta di spartiacque cronologico, benché – come noto – controverso, il *meridies*¹⁴².

Se prescindiamo dalle discussioni attorno a Tab. 1.6, il cui contenuto molti dubbi ha suscitato, è possibile ricordare come il successivo Tab. 1.7¹⁴³, nella lettura congetturata da Nicosia, faccia riferimento, da un lato, a una condotta di *causam coicere* da svolgersi

¹³⁹ Qualche perplessità è avanzata da B. ALBANESE, *Riflessioni*, cit., p. 187, il quale, tuttavia, si serve del passo nell'erigere le proprie teorie sul *sacramentum*.

¹⁴⁰ In tal senso, G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., p. 126, osserva che «il deposito della *summa sacramenti* doveva necessariamente precedere la prestazione del giuramento ed era quindi condizione preliminare indispensabile per poter portare avanti la controversia»; inoltre, «nell'assetto finale descritto da Gaio il versamento da parte del perdente avveniva non solo dopo che si era passati alla fase del *iudicium*», come per implicito sembrerebbe doversi ritenere secondo l'autore per l'assetto più antico, «ma addirittura dopo che questo si era concluso»: difatti, «in origine il deposito doveva essere fatto da entrambi i contendenti e si inseriva con ben diverso valore nello svolgimento del rituale».

¹⁴¹ In questo senso mi sembra si possa leggere U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der 'condemnatio pecuniaria'*, cit., p. 325: «Beim Ausbleiben einer Partei in einem vertagten Termin wurde die Sache der anwesenden vom *Praetor* zugesprochen».

¹⁴² È problematico il riferimento di Plin. *nat.* 7.60.212: *XII tabulis ortus tantum et occasus nominantur: post aliquot annos adiectus est et meridies, accenso consulum di pronuntiante, cum a Curia inter Rostra et Graecostasim prospexisset solem. A columna Maenia ad Carcerem, inclinato sidere supremam pronuntiabat: sed hoc serenit tantum diebus usque ad primum Punicum bellum*. Cfr. B. ALBANESE, *La menzione del 'meridies' in XII Tab.* 1.6-9, in *Ann. Sem. giur. Univ. Palermo*, 42, 1992, *passim*.; R. FIORI, *Il processo*, cit., 61 ss.

¹⁴³ Lo riporto nuovamente. Tab. 7: *Ni pacunt, in comitio aut in foro. Ante meridiem caussam conicito/cuicito. Com perorant ambo praesentes*.

ante meridiem e, dall'altro, a un'attività di *perorare* alla quale dovevano essere presenti entrambi i litiganti.

Prima del mezzogiorno, la parte presente avrebbe dovuto spiegare al magistrato le ragioni a sostegno delle proprie pretese; siffatta attività sarebbe stata ritualmente valida anche in presenza di un solo litigante¹⁴⁴.

Entrambi i litiganti avrebbero dovuto essere presenti, invece, al momento del *perorare*¹⁴⁵: qui il carme decemvirale, oltre a impiegare il plurale, utilizza anche la precisazione *ambo*, a indicare che in questa articolazione del procedimento dovevano figurare entrambi i contendenti. Senza la loro presenza non si dava luogo al *perorare* e si addiveniva all'*addictio* della lite a favore del solo presente prima del mezzogiorno, di cui al già ricordato Tab. 1.8. Non sembra dunque che, nel testo decemvirale, si facesse riferimento all'*oratio* conclusiva delle parti¹⁴⁶, ma all'attività di difesa che doveva svolgersi successivamente alla *causae coniectio*, compresa la raccolta delle prove¹⁴⁷. La norma, infatti, sembra dire che per portare fino in fondo il giudizio era necessario che le parti fossero entrambe presenti: in difetto, l'*addicere litem* avrebbe configurato un esito 'abortivo' della lite stessa¹⁴⁸, senza che si facesse luogo ad accertamento sul merito.

Ebbene, se questa lettura dei carmi decemvirali è credibile, è ipotizzabile che talune attività di parte potessero essere compiute validamente anche in assenza di uno dei contendenti. Simile assenza era del tutto inconcepibile nella fase *in iure*: pur se avesse

¹⁴⁴ La questione relativa alla natura e alle caratteristiche dell'attività rientrante nella *causae coniectio* è complessa: mi limito a ricordare come essa sia connessa a Gai 4.15 (v. C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 20 ss.; 30 ss.; 57 ss.); cfr. G. NICOSIA, *Il processo*, II, cit., p. 87; secondo R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 73, nonostante Gaio la descriva come un'attività di entrambi i litiganti, se si considera l'inciso *cum perorant*, si comprende come la *causae coniectio* potesse essere compiuta anche da una sola parte.

¹⁴⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 404, ricordava che la *peroratio* «era necessariamente bilaterale».

¹⁴⁶ In questo senso, cfr. invece B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 133, nt. 463: «da Gai 4.15 emerge che il *perorare* (*causam*) era cosa diversa dalla *causae coniectio*. Il *perorare*, fin da età risalente, poteva esser svolto da terzi, ai quali potrebbe essersi applicata la qualifica di *oratores* (arg. voce *Oratores*, i.f.); ad essi si applicò la norma della *lex Cincia* (204 a.C.): *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat* (Tac. Ann. 11.5); circa la possibilità che il *perorare* potesse essere svolto anche da terzi, cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405, il quale la riferisce, almeno dalla fine del III secolo a.C., alle cause importanti, nelle quali la *peroratio* era affidata agli oratori; sul verbo *perorare*, cfr. anche C. GIOFFREDI, 'Rem ubi pacunt orato', cit., p. 275, per il quale esso indicherebbe «il vero e proprio dibattito orale della questione controversa».

¹⁴⁷ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405: «il contenuto della *peroratio* era costituito essenzialmente dalle argomentazione e alle prove, che si svolgevano e adducevano a favore di ciascuna parte»; v. anche R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 73.

¹⁴⁸ Cfr., ad esempio, M. FALCON, 'Ispam rem condemnare', cit., p. 576.

voluto tenere un contegno meramente passivo rispetto alla lite, la parte doveva comunque comparire innanzi al magistrato.

È significativo che l'attività di parte che poteva essere svolta anche da uno solo dei litiganti fosse quella di *causam coicere* la quale, stando a Gaio, consisteva in una ripresa per sommi capi della questione e, se prestiamo fede all'ipotesi di Carlo Pelloso¹⁴⁹, in epoca decemvirale serviva a riempire di contenuto concreto la realizzazione delle formalità astratte e fisse dell'*actio*. Si trattava, in altri termini, di un'attività per così dire introduttiva del secondo momento del giudizio. Ciò sembra confermare l'impressione che dopo la disfida del *sacramentum* si procedesse alla sospensione del rito, per lo meno quando esso si realizzava nella sua modalità 'reale', il quale sarebbe ripreso poi con le attività descritte da Tab. 1.6 e ss.

Il fatto che le XII Tavole ammettessero l'assenza di uno dei litiganti depone quindi nel senso di una possibile interruzione, la quale poteva consentire l'allontanamento di uno dei contendenti dopo la conclusione della prima fase dell'azione, anche laddove si volesse dubitare della riconducibilità all'epoca decemvirale della menzione del *meridies*.

Che sorte sarebbe toccata alla *res* in questi interstizi, sulla cui lunghezza nulla è tuttavia possibile dire? È possibile pensare che l'assegnazione del possesso interinale potesse aver risposto a questo interrogativo.

Dunque, la norma di cui a Tab. 12.3, riferendosi all'assegnazione temporanea della *res*, poteva riguardare il possesso interinale anche quando il procedimento era strutturalmente monofasico. Accanto alla necessità di recarsi presso i pontefici dopo aver pronunciato la sfida al *sacramentum*, già di per sé implicante la necessità di un'interruzione nel dispiegarsi della procedura, mi sembra che una riprova della non necessaria continuità dello svolgersi del procedimento della *legis actio sacramento* si possa rinvenire nell'ultimo carme della serie nel quale si fa riferimento al calar del sole come termine ultimo per il compimento di attività processuali.

Tab. 9: *Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto.*

¹⁴⁹ C. PELLOSO, 'Giudicare', cit., p. 118 s.

Questo termine, tuttavia, va letto come giustamente vuole Roberto Fiori, nel senso di proibire¹⁵⁰ che le attività processuali si svolgessero dopo il tramonto¹⁵¹ e non come termine ultimo inderogabile oltre il quale il procedimento tutto avrebbe dovuto trovare inderogabilmente la propria conclusione¹⁵².

Varrone¹⁵³ e Verrio Flacco, per il tramite di Festo¹⁵⁴, dai quali si ricava il tenore del carne, «intendevano certamente *suprema tempestas* come termine ultimo dell'udienza e non del processo, perché – sia per ragioni di stile, sia perché altrimenti la precisazione sarebbe palesemente superflua – *diei* si riferisce a *suprema tempestas*, non a *solis occasu*. Ma a ben vedere la medesima interpretazione è implicitamente seguita anche da quegli scrittori (Censorino e Macrobio) che riportano il versetto senza la parola *diei*, perché essi richiamano la norma per indicare una divisione del *dies*, e non a proposito del processo»¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Precisamente in termini di proibizione è intesa la norma da G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405: la sua portata «venne dunque a essere quella di impedire lo svolgimento di processi durante la notte».

¹⁵¹ R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 73 s.; in particolare, l'interpretazione tradizionale si fonderebbe, secondo questo studioso, «sul presupposto indimostrato che il processo decemvirale fosse quasi primitivo nella sua semplicità»; cfr. già G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 405: «forse in tempi antichi questa norma era intesa nel senso che la sentenza doveva intervenire prima del tramonto del sole, ma poi essa fu interpretata semplicemente nel senso che l'udienza finiva la sera, salvo nuove udienze nei giorni successivi»; cfr. anche V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, p. 170: «secondo un'antica regola ... doveva il giudizio esaurirsi entro un giorno, dal sorgere del sole al tramonto; ciò molte volte non era possibile, perché in questo breve giro di ore dovevano compiersi parecchi atti diversi; pp. 170 s., nt. 1: «già al tempo di Cicerone però il giudice poteva rinviare il processo ad un altro giorno, dichiarando la cosa *sibi non liquere*, per modo che si riprendesse da capo nel nuovo termine»; v. C. GIOFFREDI, '*Rem ubi pacunt orato*', cit., 276, secondo il quale il giudizio doveva svolgersi «nelle ore diurne», pur se lo stesso studioso riteneva che il processo dovesse iniziare in tempo utile perché si concludesse «nella stessa giornata».

¹⁵² In questo senso, ad esempio, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, p. 70; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile*, II, cit., p. 333: «al calar del sole, al più tardi, il giudice doveva pronunciare la sentenza»; B. ALBANESE, *Il processo*, cit., p. 134: «se entrambi i litiganti si presentavano, il processo – con *causae coniectio*, *perorare*, e decisione magistratuale sui *sacramenta* – doveva terminare, al più tardi, al tramonto»; cfr. invece, pur nell'ambito di una diversa interpretazione, con la possibilità aperta che originariamente il processo dovesse concludersi entro il calar del sole, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 405; cfr. anche la nt. precedente.

¹⁵³ Varro *lat.* 7.51.

¹⁵⁴ Fest. voce *Supp<remum>* (Lindsay, 396).

¹⁵⁵ R. FIORI, *Il processo*, cit., p. 74; di segno non completamente coincidente, cfr. dello stesso autore, ID., *Ordalie e diritto romano*, in *Lira*, 45, 2017, cit., p. 113, nt. 495, che parla di «regola decemvirale che impone di concludere il procedimento entro il tramonto (Tab. 1.9)»; cfr. già I. BUTI, *Il 'praetor'*, cit., p. 63, il quale, seppure in termini non coincidenti, osserva che le fonti non provano che il processo dovesse esaurirsi tutto in un solo giorno, ma solo che «la discussione davanti al giudice doveva esaurirsi prima del tramonto»; cfr. anche nt. 151.

NOTE

La possibilità che il procedimento si estendesse su più 'udienze' mi sembra suffragare la lettura che abbiamo prospettato, confermando anche la possibilità per la quale, pur nella cornice di un processo monofasico, si potesse sentire la necessità di attribuire provvisoriamente la cosa a una delle parti, a fronte della prestazione di un'idonea garanzia. Rispetto a queste esigenze sarebbe intervenuta la norma di cui a Tab. 12.3, la quale non pare dimostrarsi fuori posto anche in un processo tutto condotto dal magistrato.

Padova, settembre 2024

Abstract

Il saggio si occupa di affrontare la qualifica di *falsa* attribuita al sostantivo *vindicia* che ricorre in un importante quanto oscura testimonianza delle XII Tavole. A partire dall'analisi di Festo, che tramanda la norma, lo studio cerca di ricostruire i motivi per i quali una *vindicia* poteva diventare *falsa* nel quadro del processo romano *per legis actiones*.

The essay deals with the qualification 'falsa' attributed to the noun *vindicia* that recurs in an important yet obscure testimony of the *lex Duodecim Tabularum*. Starting from the analysis of Festus, who handed down the rule, the study attempts to reconstruct the reasons why a *vindicia* could become *falsa* in the context of the Roman process *per legis actiones*.

Keywords

XII Tabulae, vindicia falsa, sacramentum, legis actio sacramenti in rem; iusiurandum.

FABIO MARINO*

*Giuristi e giudici a Roma nel primo secolo a.C.***

Sommario: 1. Il giudice aveva bisogno del giurista. – 2. Il giurista aveva bisogno del giudice. – 3. Il legame tra giuristi e giudici si va dissolvendo.

1. Nel primo secolo a.C. la connessione fra le dinamiche della prassi privatistica e l'articolazione delle opinioni giurisprudenziali era a tal punto stretta che si potrebbe sostenere non esistesse una vera distinzione fra teoria e pratica del diritto¹: la scienza del diritto che i giuristi elaboravano non era a sé stante, ma direttamente applicata ai casi necessitavano di una soluzione².

* Ricercatore nell'Università degli Studi di Padova.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ «La costruzione sistematica del diritto non rivestiva, per i giuristi romani, alcun valore euristico», in quanto essa «non avrebbe contraddetto solo il loro metodo casistico, ma anche la loro concezione della dommatica. Un impiego costante, in senso costruttivo, di definizione, diairesi e regola avrebbe imbrigliato un sistema aperto e flessibile nel quale, in particolare, solo le regole interpretative (normative) avrebbero potuto trovar posto. La regola, che meglio corrispondeva all'idea che si erano fatti i giuristi laici, era geneticamente connessa con la casistica e non con le divisioni in *genera et species*»: C.A. CANNATA, *Per una storia della giurisprudenza europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 291; cfr. M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit: dans les réalités juridiques de la antiquité*, a cura di I. Piro, Catanzaro, 1999, p. 105 ss.; L. VACCA, *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, *passim*.

² «Nell'uso largamente prevalente in diritto romano, la giurisprudenza è la scienza del diritto così come praticata dai giuristi professionali: non manca in essa il momento dell'elaborazione concettuale e teorica, ma l'aspetto senz'altro più importante è quello della finalizzazione pratica. I giuristi romani, infatti, non sono teorici puri ma professionisti del diritto, che elaborano e interpretano le regole giuridiche essenzialmente allo scopo di fornire pareri o responsi su casi concreti. ... La scienza del diritto che i giuristi elaborano non è a sé stante, ma viene direttamente applicata a questi casi, sicché non esiste una vera distinzione fra teoria e pratica del diritto»: M. TARUFFO, *Giurisprudenza*, in *Enc. giur. Treccani Scienze soc.*, IV, Roma, 1994, p. 359 ss.; cfr. anche L. VACCA, *Interpretazione e 'scientia iuris'. Problemi storici e attuali*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 661 ss.

Com'è noto, il processo formulare presentava una notevole complessità strutturale. Al suo interno, infatti, erano presenti molti soggetti, con funzioni e competenze diverse. Nella prima fase, *in iure*, che si svolgeva davanti al magistrato giudicante (di solito il pretore), dovevano essere necessariamente presenti le parti, assistite dai loro avvocati-oratori. La seconda fase vedeva come protagonisti proprio gli oratori che argomentavano davanti al giudice. Nessuno di questi soggetti doveva necessariamente essere esperto di diritto: poteva accadere che il magistrato fosse un giurista o che un giurista assumesse anche le vesti dell'oratore, ma si trattava di fortuite coincidenze. In generale, il giurista non aveva alcun ruolo ufficiale nello svolgimento del processo privato, eppure egli era una fondamentale presenza, che operava nell'ombra in entrambi i momenti del processo.

In particolare, nella fase *apud iudicem* i giuristi fornivano ad attore e convenuto, o meglio ai loro patroni, i responsi idonei a sostenere le rispettive tesi; talvolta era lo stesso giudice a chiedere a un giurista un parere sulla questione da decidere. Varie erano le modalità tramite le quali i giudici venivano a conoscenza dei *responsa*. Secondo quanto testimonia Pomponio, spesso i giudici venivano informati per lettera dagli stessi giuristi; altre volte gli oratori provvedevano a comunicare il parere tramite delle *testationes*³. Inoltre, «nessuno dubita del fatto che, già in epoca ciceroniana, si leggessero, innanzi ai giudici, passi delle opere di autorevoli giureconsulti per asseverare la fondatezza di determinate asserzioni»⁴; si potrebbe anche immaginare che la stessa letteratura giuridica sia sorta proprio allo scopo di conservare memoria delle opinioni dei giuristi, al fine di poterle utilizzare in giudizio.

All'interno delle opere letterarie erano registrate anche le divergenze di opinioni tra giuristi, il che permetteva di scegliere quella più confacente al caso. Di ciò è data diretta testimonianza in un noto brano dell'epistolario ciceroniano⁵, nel quale Cicerone racconta di aver avuto una piccola discussione con l'ancor giovane Trebazio sulla questione, se l'erede potesse agire in giudizio per un furto commesso prima dell'apertura della

³ Pomp. *l.s. enchir.* D. 1.2.2.49: *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant.*

⁴ Così V. MAROTTA, *La 'recitatio' degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardo antica*, in *'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, a cura di V. Marotta ed E. Stolfi, Roma, 2012, p. 363; cfr. E. STOLFI, *Citazioni e 'dissensiones dominorum' nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, p. 217.

⁵ Cic. *fam.* 7.22.

successione. E soggiunge che, una volta tornato a casa, aveva letto il *caput* in cui era descritta la controversia, verificando come sul punto erano state sostenute varie opinioni.

Da un altrettanto famoso brano ciceroniano, tratto dall'arringa in favore di Aulo Cecina⁶, si evince quanto grande fosse l'importanza che le opinioni dei giuristi avevano per le decisioni dei giudici⁷. L'oratore, infatti, si stupisce che il suo avversario Pisone, ma come lui anche altri oratori, potesse sostenere che non fosse da attenersi all'autorità dei giureconsulti. Secondo Cicerone, le opinioni di questi oratori non potevano essere seguite, perché in linea generale non si doveva mai giudicare *de iure* in modo diverso da quanto sostenuto da un giurista.

Qualora una sentenza si discostasse dal principio di diritto proposto dai giuristi, si davano due possibilità: o si trattava di una sentenza ingiusta oppure il giurista aveva proposto un parere non corretto, ma chi proponga un principio al quale non è opportuno si adegui la sentenza non si può neppure chiamare esperto di diritto, è piuttosto un *homo stultus*⁸.

Nel caso in cui il giudice si trovasse a decidere, come spesso accadeva⁹, su di un punto di *ius varium*, sul quale cioè non vi era ancora uniformità di vedute tra i giuristi, egli poteva scegliere l'opinione di uno dei giuristi che supportavano le parti contendenti, individuando il responso più persuasivo, in quanto più razionale e adeguato al caso concreto¹⁰.

⁶ Sull'orazione in generale v. B.W. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's 'pro Caecina'*, Princeton, 1985; G. BROGGINI, *Cicerone avvocato*, in *Jus*, 2-3, 1990, p. 160 ss.; F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana. I. Cicerone*, Napoli, 2013, p. 2 ss.

⁷ Cic. *Caecin.* 65-69. V. una dettagliata disamina del passo in F. TAMBURI, *Il ruolo*, cit., p. 22 ss.

⁸ Cic. *Caecin.* 68.

⁹ «Il diritto controverso era un momento della crisi di crescita del diritto, un fatto quasi fisiologico ... è nel processo che si giocava la bontà delle varie opinioni»: F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno di Pavia, 26-27 aprile 1985*, Padova, 1987, p. 148.

¹⁰ «L'influenza esercitata sul *iudex* dal responso del giurista non si risolve nel condizionamento automatico legato al prestigio sociale del rispondente ma si gioca sul piano della qualità del responso, qualità resa evidente attraverso una competizione comparativa e misurata sulla adeguatezza alle specificità del caso. Il responso nasce dal fatto ed al mondo dei fatti ritorna, confrontando con questi la propria congruenza e validità: mutuando categorie concettuali proprie alla moderna riflessione giuridica potremmo dire che esso assorbe al suo interno 'razionalità' e 'ragionevolezza'» P. GIUNTI, '*Iudex*' e '*urisperitus*'. *Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in '*Ius controversum*' e processo, cit., p. 238. V. anche U. VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, p. 11 s.; A. LOVATO, *La voce del giureconsulto*, in '*Fides humanitas ius*'. *Studii in onore di L. Labruna*, V, Napoli, 2007, p. 2982; E. STOLFI, '*Argumentum auctoritatis*', citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio*, Trani, 22-23 maggio 2009, a cura di A. Lovato, Bari, 2011, p. 116 ss.

In definitiva, da qualsiasi punto si guardasse al rapporto tra *responsum* e *iudicatum*, secondo Cicerone, la decisione del giudice su di un punto di diritto doveva corrispondere all'opinione di (almeno) un giurista. Qualche giureconsulto poteva anche essere *imperitus*, ma in generale i *prudentes* erano alla base del *ius* e proprio per questo motivo non andavano screditati, continua Cicerone¹¹, perché sarebbe stato come screditare le stesse *leges ac iura*¹².

È del resto noto che nel I secolo a.C. la fonte prevalente del diritto privato era costituita proprio dai *responsa prudentium*¹³, e che i giudici fondavano la legittimazione delle proprie sentenze sulla *auctoritas* dei giuristi¹⁴. Ricordiamo che il giudice di solito non era in grado di interpretare il diritto, perché proprio non lo conosceva: all'epoca vigeva il principio *iura non novit curia*; così, sarà ancora in epoca postclassica, quando si cercherà di regolare l'uso degli *iura* portati dalle parti nei processi tramite la legge delle citazioni, e lo stesso Digesto non sarà altro che un'interpretazione del diritto messa per iscritto una volta per sempre, nella speranza di Giustiniano.

Il responso del giurista era, dunque, nel primo secolo a.C. un fondamentale elemento strutturale del sistema giuridico¹⁵, era solo la «presenza qualificante» del giurista, quindi della *scientia iuris*, che poteva sostenere un meccanismo in forza del quale la definizione della controversia era affidata ordinariamente a un non giurista¹⁶.

¹¹ «Sembra risultare con alquanto nettezza come Cicerone si muovesse coerentemente nell'ambito della concezione tradizionale del ruolo del giurista, in definitiva sottoposto solo al controllo, ancorché indiretto, della comunità»: così M. TALAMANCA, *L'oratore, il giurista, il diritto nel 'de oratore' di Cicerone*, in *Ciceroniana*, 13, 2009, p. 34.

¹² Sul punto cfr. D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario 'ad edictum'*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, p. 117; M. BRETONI, *Storia diritto romano*¹⁰, Roma-Bari, 2004, p. 195 ss.; M. BRUTTI, *Cicerone, dalla virtù al diritto*, in *SDHI*, 77, 2011, p. 36 s.

¹³ L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di Lezioni*, Torino, 2012, p. 23 ss.

¹⁴ Cfr. A. CORBINO, *'Iudicia', 'ius varium' e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, in *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli, 2003, p. 190 s.

¹⁵ In un modo che il giurista moderno fatica a comprendere perché «non può essere assimilato né ad una 'interpretazione dottrinale', né ad una 'interpretazione-applicazione' giudiziaria, né infine ad un diritto di 'precedenti vincolanti'. ... Il meccanismo di produzione ed evoluzione del diritto, quale si manifestava nell'*interpretatio* giurisprudenziale, risultava quindi indubbiamente molto differente sia da quello di un diritto formulato mediante norme generali scritte vincolanti, sia da quello di un diritto di formazione giudiziaria, con valore vincolante dei precedenti» (Vacca). Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, 5 ss.; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993, 25 ss.

¹⁶ Così P. GIUNTI, *'Iudex'*, cit., p. 228.

2. Anche il giurista aveva però bisogno del giudice¹⁷, in quanto la sentenza che accoglieva l'opinione manifestata nel responso, esprimendola ufficialmente, la consolidava e poteva contribuire a renderla *ius receptum*. Sappiamo che i *responsa prudentium* creavano diritto soltanto se e nella misura in cui le loro proposte venissero ricevute nella vita concreta di ogni giorno. Alla produzione di questo fenomeno in epoca tardo-repubblicana contribuivano, accanto e prima del consenso degli altri giuristi, le sentenze dei giudici privati¹⁸.

Il responso stesso non era indirizzato ad altri giuristi, ma era per lo più strettamente collegato a tutta l'attività della prassi processuale, e da questa prassi poteva trarre la propria forza normativa. In modo particolare, quando l'opinione espressa dal giurista riguardasse un punto di diritto controverso¹⁹, questa opinione poteva in seguito diventare un'effettiva soluzione normativa solo tramite il giudicato, o meglio ancora i giudicati, che la accogliessero.

Molti autori hanno sottolineato la rilevanza delle decisioni emergenti dalle concrete controversie giudiziarie ai fini del sorgere della *regula iuris*²⁰: è indubbio che all'epoca di Cicerone il ripetersi di sentenze conformi fosse un fattore molto rilevante, che contribuiva al consolidamento di principi e interpretazioni da seguire nell'ambito di soluzioni giuridiche controverse.

¹⁷ Sul ruolo del *iudex* cfr., in generale, P. COLLINET, *Le rôle du juge dans la formation du droit romain classique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, Paris, I, 1934, p. 24 ss.; J.-J. DE LOS MOZOS-TOUYA, *Le juge romain à l'époque classique*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di J.-M. Carbasse e L. Depambour-Tarride, Paris, 1999, p. 49 ss.; P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, p. 25 ss.

¹⁸ Cfr. U. VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, 2, Napoli 1997, p. 567 ss.

¹⁹ «La locuzione non appartiene al vocabolario della giurisprudenza romana ... ricorre esclusivamente nella pratica oratoria ed erudita, o nella storiografia, insieme con locuzioni affini come *ius varium*, o *dubium* o *ambiguum*. Se evita la parola, la giurisprudenza non ignora invece il fenomeno che la parola designa»: M. BREONE, *'Ius controversum' nella giurisprudenza classica*, Roma, 2008, p. 763. Sul tema cfr., senza pretesa di completezza, gli scritti raccolti in *'Ius controversum' e 'auctoritas principis': giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico G. Boulvert, Copanello 11-13 giugno 1998*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2003; D. DALLA, *Fra 'ius controversum', discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, II, a cura di M. P. Baccari e C. Cascione, Napoli, 2006, p. 1023 ss.; F. TAMBURI, *'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *SDHI*, 77, 2011, p. 667 ss.; A. PALMA, *Lo 'ius controversum' quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, in *SDHI*, 81, 2015, p. 45 ss.

²⁰ Cfr. M. KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht*, in *Festschrift F. Schwind*, Vienna, 1978, p. 115 ss., ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Vienna, 1986, p. 42 ss.; cfr. inoltre i saggi raccolti in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, a cura di U. Vincenti, Padova, 1998.

Non per nulla, i giuristi²¹, come anche gli oratori²² e gli stessi giudici²³, si interessavano pure alle precedenti sentenze emanate sul punto da decidere²⁴, chiamate *exempla*: sappiamo che ne vennero citate molte nella *causa Curiana*, insieme ai responsi di altri giuristi²⁵.

In definitiva, non deve stupire il fatto che nelle fonti retoriche risalenti alla fine della Repubblica²⁶ le sentenze dei giudici fossero considerate tra le fonti del diritto. Si può dire che prima dell'avvento del Principato, le sentenze dei giudici privati avessero efficacia normativa, nel senso che concorrevano con i *responsa prudentium* alla formazione e alla consolidazione del diritto²⁷. È, allora, possibile parlare «con cautela di un particolare valore solo indirettamente 'normativo' delle sentenze, che vanno intese, tuttavia, non nel senso di fonti tecniche di produzione del diritto né di precedenti giudiziali vincolanti per i futuri giudici, ma quali mezzi di prova o *exempla* che, se rafforzati nella loro ripetitività, possono innescare quel peculiare meccanismo volto a consolidare principi ed interpretazioni da seguire nelle soluzioni di casi controversi»²⁸.

²¹ È possibile che i giuristi citassero dei precedenti giudiziali nei loro responsi: cfr. Cic. *off.* 3.65 e Gell. 6.15.1, sui quali M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *BIDR*, 100, 1997 [pubbl. 2003], p. 43 ss., ora in *Scritti giuridici*, a cura di G. Falcone, II, Palermo, 2003, p. 805 ss.

²² Cfr. *Rhet. Her.* 2.13.19-20.

²³ E. METZGER, *Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure*, in *Law and History Review*, 22, 2004, p. 243 ss., sostiene che potesse esservi un influsso delle precedenti sentenze anche sulla decisione del giudice.

²⁴ Cfr. D.A. CENTOLA, 'Contra constitutiones iudicare'. *Alle origini di una dialettica nell'età dei Severi*, Napoli, 2017, p. 14 ss.

²⁵ Cic. *de orat.* 1.180: *num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili versari?*

²⁶ Cic. *top.* 28; *leg.* 2.18. Cfr. P. STEIN, *The Sources of Law in Cicero*, in *Ciceroniana*, 3, 1978, p. 19 ss.; G. GUIDA, *Giudicato e fonti del diritto*, in 'Res iudicata', II, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2015, p. 331 ss.

²⁷ Cfr. G. PROVERA, *Il valore normativo della sentenza e il ruolo del giudice nel diritto romano*, in *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, 7, 1982, p. 62; G.M. GUIDA, *Sentenza e diritto: analisi di un fenomeno circolare*, in *La 'giurisdizione' una riflessione storico-giuridica. Raccolta di scritti del Seminario di studi interdisciplinari del Dottorato di Ricerca in discipline giuridiche. Roma, 31 maggio 2018*, a cura di R. Benigni e B. Cortese, Roma, 2019, p. 54 ss.; A. ANGELOSANTO, *Prevedibilità degli esiti giudiziali e 'ius controversum'. Tecniche di 'calcolo' attraverso le formule*, Napoli, 2020, p. 83 s.

²⁸ Così F. BONA, *La certezza*, cit., p. 145. Cfr. anche D.A. CENTOLA, 'Contra constitutiones', cit., p. 54: «... appare evidente come sia significativo il ruolo del giudice, dal momento che la sua pronunzia può costituire motivo di ulteriori riflessioni eventualmente anche critiche da parte dei giuristi, favorendo così il *ius controversum* oppure, nell'ipotesi di giudicati conformi e costanti, può contribuire all'affermarsi di un determinato orientamento dando vita al cd. *ius receptum*».

3. Nel corso dei secoli successivi lo stretto legame tra giuristi e giudici comincerà a dissolversi. La descritta modalità di formazione del diritto non era facile da gestire e da più parti cominciava a crescere l'insofferenza verso la eccessiva problematicità del diritto giurisprudenziale²⁹. È da considerare che, all'epoca di Cicerone, poteva dare responsi chiunque si considerasse in grado di farlo, e ciò determinava una situazione di disordine, per così dire di inflazione giurisprudenziale.

Questa situazione aveva portato Cicerone a immaginare quello strumento scientifico che avrebbe creato un 'sistema' compiuto di definizioni e principi con lo scopo di semplificare il diritto e renderlo più dominabile³⁰. Probabilmente questa stessa circostanza, unita a un'esigenza di accentramento del potere politico, fu alla base anche dei disegni codificatori attribuiti a Pompeo e a Cesare³¹, e spingerà poi Augusto a introdurre il *ius respondendi ex auctoritate principis*³², il primo passo per assoggettare al potere imperiale il libero e fecondo dibattito tra giuristi.

Con la successiva burocratizzazione, che renderà i giureconsulti dei tecnici amministrativi, dei dipendenti dell'imperatore, il legame tra dottrina e pratica andrà sempre più scomponendosi fino ad arrivare all'epoca di Giustiniano, il quale potrà affermare, nelle sue Istituzioni, che un tempo esistevano dei giuristi: *antiquitus institutum erat ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iurisconsulti appellabantur*³³.

Nel sesto secolo d.C. i giudici che avessero dei dubbi in merito al diritto da applicare non avevano più giuristi cui rivolgersi, l'unico riferimento era il Digesto, in cui era stata cristallizzata l'interpretazione dei giuristi classici. Con la sua compilazione,

²⁹ In tale prospettiva sarebbe possibile ravvisare i prodromi di un fenomeno volto a riconoscere una particolare valenza alle *res iudicatae* che sarà più chiaro nel tardo principato, nell'ambito del quale, all'interno di un contesto differente, secondo una testimonianza del giurista Callistrato, l'imperatore Settimio Severo riconoscerà il valore di forza di legge proprio all'*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* (Call. 1 *quaest.* D. 1.3.3.: *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*).

³⁰ In tema v., da ultimo, G. FALCONE, *Nota sul programma ciceroniano di 'ius civile ad artem redigere'*, in *'Liber amicorum et amicorum'*. Scritti in onore di L. Peppe, a cura di E. Höbenreich, M. Rainer, G. Rizzelli, Lecce, 2021, p. 197 ss.

³¹ Cfr., da ultimo, R. SCEVOLA, *I presunti tentativi di codificazione nella tarda 'res publica' romana fra mistificazione e realtà*, in *QLSD*, 13, 2023, p. 43 ss.

³² Cfr. D. 1.2.2.49 e Gai. 1.7. Sul tema la letteratura è sconfinata; si veda soprattutto *'Ius controversum' e 'auctoritas principis'*. *Giuristi principe e diritto nel primo impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico G. Boulvert. Copanello 11-13 giugno 1998*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2003.

³³ I. 1.2.8.

l'imperatore aveva realizzato allo stesso tempo la massima esaltazione e il massimo avvilimento della funzione del giurista, in quanto il Digesto raccoglie il risultato migliore raggiunto dalla giurisprudenza classica e al contempo ordina la distruzione di tutto il materiale non scelto dai compilatori, e soprattutto vieta tutte le future interpretazioni che non fossero mere traduzioni o parafrasi.

Qualora al giudice dell'epoca residuassero comunque delle perplessità giuridiche, unico e indiscutibile interprete sarebbe stato l'Imperatore (*tam conditor quam interpret legum solus imperator*), al quale il giudice poteva rivolgersi con il meccanismo della *consultatio ante sententiam*³⁴. Un analogo meccanismo sembra essere stato riesumato in Italia da una recente riforma: di fronte a una questione che presenti gravi difficoltà interpretative, il giudice può rinviare alla Corte di Cassazione, la quale stabilisce un principio di diritto vincolante per il procedimento pendente, anche nei successivi gradi di giudizio³⁵.

Padova, dicembre 2024

³⁴ Sul punto v. S. PULIATTI, *'Officium iudicis' e certezza del diritto in età giustiniana*, Milano, 1999; *'Innovare cum iusta causa'*. *Continuità e innovazione nelle riforme amministrative e giurisdizionali di Giustiniano*, Torino, 2021.

³⁵ Cfr. art. 363-bis (Rinvio pregiudiziale) cpc, inserito dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, art. 3 comma 27 lett. c); si veda L. GAROFALO, *Il ritorno della 'consultatio ante sententiam' e il regresso dei giuristi*, in *'Tesserae iuris romani'*. *Scritti per Salvatore Puliatti*, a cura di U. AGNATI, F. DE IULIIS e M. GARDINI, Napoli, 2023, p. 175 ss.; *Per un riscatto della dottrina accademica*, in *Quaderni del dottorato in giurisprudenza dell'università di Padova*, 2023, diretti da P. LAMBRINI e G. ROMAGNOLI, *La cultura giuridica e il ruolo del giurista*, Milano, 2024, p. 193 ss.

NOTE

Abstract

Il contributo tratteggia i legami esistenti tra giuristi e giudici nella Roma del I secolo, evidenziando lo stretto rapporto esistente in quell'epoca tra scienza del diritto e sue applicazioni pratiche, rapporto che andrà affievolendosi nel corso del Principato, per dissolversi completamente nell'età di Giustiniano.

The essay sketches the relationship between jurists and judges in 1st century in Rome, highlighting the close connection between the science of law and its practical applications, a relationship that was to weaken during the Principate, to dissolve completely in the age of Justinian.

Keywords

Giuristi, giudici - fonti del diritto - Cicerone - Giustiniano.

Jurists - judges - sources of law - Cicero - Justinian.

PAOLA LAMBRINI*

*Il regime giuridico delle terre in Roma arcaica***

Sommario: 1. La proprietà comune delle *gentes* e il sorgere della proprietà privata. – 2. Romolo, i *bina iugera* e le altre terre. – 3. Le successive distribuzioni di terre. – 4. I terreni ‘pubblici’ e il problema dell’*ager publicus*.

1. In passato molto successo hanno avuto quelle tesi che immaginavano un originario sistema di proprietà indivisa dei terreni, terreni che sarebbero appartenuti collettivamente alle varie *gentes* esistenti agli albori della fondazione di Roma. Anche se le fonti al riguardo sono piuttosto scarse¹, è probabile che sia effettivamente esistita una fase in cui l’economia era a base quasi esclusivamente pastorizia e, di conseguenza, il rapporto con le terre era ancora itinerante e precario; un’epoca in cui, come direbbe Seneca², la terra non era ancora violata dall’aratro ed era empio segnlarla con confini e divisioni; in sostanza, l’epoca che coinciderebbe con il mitologico regno di Saturno.

*Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto romano e di Fondamenti del diritto europeo presso la Scuola di Giurisprudenza dell’Università di Padova.

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall’Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ «Proof for the theory that land was held collectively by the *gentes* is actually very thin»: così S.T. ROSELAAR, *Public land in the Roman Republic: a Social and Economic History of the ‘Ager Publicus’*, Oxford, 2009, p. 23. Cfr. G. DIÓSDI, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970; F. DE MARTINO, *Le origini della proprietà*, in F.E. D’IPPOLITO (a cura di), *Lezioni di storia del diritto italiano, 1. La proprietà*, Napoli, 2010; M. DUCOS, *Les juristes romains et le domaine agraire*, in E. HERMON (a cura di), *La question agraire à Rome: droit romain et société. Perceptions historiques et historiographiques*, Como, 1999, p. 121 ss.

² Cfr. *Epistulae ad Lucillum* 90.37 s.

In quel contesto l'appartenenza non aveva ancora acquistato una dimensione propriamente giuridica e «si estrinsecava in forme di affermazione e difesa più sfumate e fattuali, venendo percepita e tutelata su piani più sociali che giuridici»³.

Sappiamo che l'esistenza di una proprietà privata immobiliare, e con essa anche di una classe media di piccoli proprietari terrieri, è sicuramente attestata dalle XII tavole (450 a.C.), momento nel quale l'ordinamento gentilizio è già in completa decadenza e la vita sociale che emerge da questo provvedimento legislativo è quella di «un'economia contadina incentrata su di una famiglia naturale plebea, in un contesto innanzitutto agricolo ove la proprietà fondiaria assume un ruolo decisivo»⁴.

Dal momento che alla metà del V secolo a.C. appare già consolidato l'istituto della proprietà privata, si può ben immaginare che esso si sia sviluppato almeno a partire dal secolo precedente; del resto, molteplici sono gli indizi in base ai quali sembra legittimo ritenere che già a partire dalla fase monarchica esistesse qualche forma di appartenenza privata.

Innanzitutto, le risultanze archeologiche ci dicono che il passaggio da un'economia pastorizia, tendenzialmente nomade, a una agricola, che esige una divisione e attribuzione dei terreni ai singoli per un periodo abbastanza lungo, sarebbe avvenuto già nell'epoca regia; è accertata, infatti, per quel tempo la diffusione di colture specializzate, quali l'olivo e la vite, per lo sfruttamento delle quali era necessario poter fare affidamento sulla disponibilità del terreno per parecchi anni e quindi erano incompatibili con situazioni di precarietà⁵.

Inoltre, l'idea del *meum esse* è molto antica e tutelata già con la *legis actio sacramenti in rem*, procedura sicuramente preesistente alle XII Tavole⁶. Com'è noto, si tratta di un

³ Così, F. ZUCCOTTI, *I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell'arcaico ordinamento quiritario*, in *Rivista di diritto romano*, 3, 2003, p. 21.

⁴ Così, F. ZUCCOTTI, *I glittodonti*, cit., p. 19.

⁵ Cfr. A. GIARDINA, *Allevamento ed economia della selva in Italia meridionale: trasformazioni e continuità*, in A. GIARDINA e A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, I. *L'Italia: insediamenti e forme economiche*, Roma-Bari, 1981, p. 87 ss.; A. MARCONE, *Storia dell'agricoltura romana. Dal mondo arcaico all'età imperiale*, Roma, 1997, p. 102 ss.; A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Torino, 1997, p. 189.

⁶ «La *divisio et adsignatio* conferiva e garantiva il più ampio modo di appartenenza che, come si rileva dalla terminologia della *legis actio sacramenti in rem*, veniva espresso appunto col termine più drastico e immediato per indicare l'appartenenza stessa, ossia con l'affermazione che quel determinato *ager* è mio»: F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. I. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, 2006, p. 285. V. già A. BURDESE, *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nelle loro implicazioni politiche tra IV e III secolo a.C.*, in *Roma tra oligarchia e democrazia. Atti del Convegno di diritto romano, Copanello 28-31 maggio 1986*, Napoli, 1989, p. 55 ss. (anche in *BIDR*, 88, 1985, p. 39 ss.);

rituale che conserva memoria del sistema tramite il quale gli organi della *civitas* avocavano a sé la decisione delle contese in merito all'appartenenza delle *res*; la forma di proprietà tutelata con tale strumento era probabilmente diversa da quello che sarà il classico *dominium ex iure Quiritium*, come è dimostrato anche dal fatto che nella *legis actio* entrambe le parti dovevano provare la propria legittimazione e non solo il convenuto. Possiamo dunque immaginare che nell'epoca più antica l'appartenenza privata, anche se forse non era ancora considerata un diritto assoluto e astratto⁷, tuttavia esisteva ed era già tutelata.

Del resto, ciò corrisponde a quanto emerge dai racconti della tradizione, nei quali compare come motivo ricorrente della prima monarchia la distribuzione di terre ai cittadini.

A differenza di altre nazioni del Mediterraneo, i cittadini romani non venivano divisi in base ai diversi compiti svolti, ma dovevano tutti dedicarsi sia all'agricoltura che alla guerra: Dionigi di Alicarnasso dice che Romolo non assegnò ad alcuni il compito di lavorare la terra e ad altri quello di combattere, ma prescrisse che gli stessi fossero sia agricoltori che guerrieri. In questo modo, quando scoppiava una guerra, tutti venivano addestrati alle armi e a non lasciare ad altri né le fatiche né i vantaggi della guerra; infatti, divideva tra loro equamente tutto ciò che sottraevano ai nemici, sia terre che schiavi che ricchezze, e li preparava così ad accettare di buon grado le future spedizioni militari⁸.

I Romani erano dunque soldati, ma allo stesso tempo non erano cittadini di pieno diritto se non avevano un terreno da coltivare: lo stesso verbo *colere* significa sia coltivare che abitare⁹.

Questa distinzione si riverbera anche sul diverso sistema di distribuzione dei cittadini nelle assemblee popolari: infatti, quando partecipa ai comizi centuriati, il cittadino è un soldato all'interno della propria centuria, mentre in sede di comizi tributi è un contadino proprietario di terre in una delle varie tribù.

A. CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in E. CORTESE (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, p. 3 ss. In senso contrario M. KASER, *Eigentum und Besitz im alteren römischen Recht*, Köln-Graz, 1956, p. 225, il quale ritiene che la più antica *vindicatio* servisse a tutelare solo i beni mobili.

⁷ «It will be safer to use words as control to describe the relations with land, than to use ownership or property, that seem to point to an abstract concept of a later period»: C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *The Collective Ownership and 'Hereditium'*, in *RIDA*, 57, 2010, p. 57.

⁸ Dion. Hal. 2.28.2.

⁹ Anche nelle epoche più recenti per gli autori latini l'agricoltura continuerà a essere considerata attività superiore a tutte le altre: cfr. C. VIGLIETTI, *Il limite del bisogno. Antropologia economica di Roma antica*, Bologna, 2011, p. 88 ss.

2. Come si diceva, la distribuzione di terre ai cittadini è un ‘leitmotiv’, in particolare nel racconto di Dionigi di Alicarnasso. Pur nella consapevolezza della fragilità dei dati attestati dalle sue *Antichità romane*¹⁰, credo che – tolti i dettagli leggendari e immaginando un certo (ma non eccessivo) spostamento temporale – si possa intravedere un fondo di verità nel racconto di Dionigi, fonte che non è stata adeguatamente valorizzata¹¹ nell’ampio dibattito storiografico sull’origine della proprietà privata¹².

Dionigi dice che grazie alle campagne militari di Romolo erano state acquisite molte terre, una parte ampia e fertile delle quali era stata trattenuta dal re, il quale ne ricavava l’occorrente per i sacrifici agli dèi e per il proprio sostentamento¹³.

Questo non era ancora un territorio pubblico, ma un terreno privato di tutti i re, diverso quindi da quella terra che sempre Romolo aveva riservato all’uso pubblico¹⁴. Quest’ultima indicazione fa, a mio parere, riferimento al concetto di quelle che in seguito saranno chiamate *res in usu publico*, quelle finalizzate a soddisfare in modo diretto i bisogni di tutti, quindi cose non commerciabili, tra le quali si contano le strade, le piazze, le basiliche, i porti di mare, i lidi del mare, i fiumi pubblici e le loro rive, i laghi di acque perenni, i porti, gli acquedotti, le cloache¹⁵.

¹⁰ Per un’analisi critica cfr. D. MUSTI, *Tendenze nella storiografia romana e greca su Roma arcaica. Studi su Livio e Dionigi di Alicarnasso*, in *Quaderni urbinati di cultura classica*, 10, 1970, p. 1 ss.; C. AMPOLO, *Su alcuni mutamenti sociali nel Lazio tra l’VIII e il V secolo*, in *Dialoghi di Archeologia*, 4, 1971, p. 37; J. POU CET, *Les origines de Rome*, Brussels, 1985, p. 214.

¹¹ Cfr. G. BRADLEY, *Early Rome to 290 B.C. The Beginnings of the City and the Rise of the Republic*, Edinburgh, 2020, p. 21 ss.

¹² In merito al quale cfr., magistralmente, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le comunità rurali di Roma arcaica nella storiografia del tardo ’800*, in *Studi in memoria di G. D’Amelio, I. Profili storico-giuridici*, Milano, 1978, p. 169 ss., ID., *Max Weber e le economie del mondo antico*, Roma-Bari, 2000; ID., *Persistenza e innovazione nelle strutture territoriali dell’Italia romana. L’ambiguità di una interpretazione storiografica e dei suoi modelli*, Napoli, 2002; R. MARRA, *Capitalismo e anticapitalismo in Max Weber. Storia di Roma e sociologia del diritto nella genesi dell’opera weberiana*, Bologna, 2002.

¹³ Dion. Hal. 2.15.4.

¹⁴ Dion. Hal. 2.7.4.

¹⁵ In argomento, cfr. G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose. Parte prima. Concetto di cosa. Cose ‘extra patrimonium’*, Milano, 1945, p. 89 ss.; G. ZOZ, *Riflessioni in tema di ‘res publicae’*, Torino, 1999; A. TRISCIUOGGIO, *Consideraciones generales sobre la tutela de las ‘res publicae’ y de sus usos en la experiencia romana*, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, G. GEREZ KRAEMER e B. MALAVÉ OSUNA (a cura di), *Hacia un derecho administrativo y fiscal romano*, Madrid, 2011, p. 151 ss.; A. DI PORTO, *‘Res in usu publico’ e ‘beni comuni’. Il nodo della tutela*, Torino, 2013; M. GIAGNORIO, *Il contributo del ‘civis’ nella tutela delle ‘res in publico usus’*, in *TSDP*, 6, 2013; A. SCHIAVON, *Interdetti ‘de locis publicis’ ed emersione della categoria delle ‘res in usu publico’*, Napoli, 2019; M. GIAGNORIO, *Brevi cenni sul regime delle cose in uso pubblico nell’esperienza giuridica romana*, in *TSDP*, 13, 2020, p. 1 ss.

Infine, altra parte della terra sarebbe stata destinata ai templi e ai santuari, iniziando così a costituire quelle che saranno le *res divini iuris*.

Il resto sarebbe stato distribuito tra tutti i cittadini: si tratta della famigerata assegnazione dei *bina iugera*, equivalenti al doppio della superficie che può essere arata in una giornata da una coppia di buoi, cioè circa mezzo ettaro; questo mezzo ettaro sarebbe stato assegnato, secondo la tradizione uniforme, da Romolo al momento della fondazione della città a tutti i componenti l'esercito¹⁶.

Riguardo ai *bina iugera* notissima è l'opinione di Mommsen¹⁷, seguito da quasi tutti gli autori successivi¹⁸, secondo i quali si sarebbe trattato di una quantità di terreno troppo piccola per garantire il mantenimento di una famiglia: essa avrebbe costituito soltanto l'orto dietro casa. Partendo da questa supposizione, Mommsen poteva «capovolgere l'immediato significato in senso individualistico»¹⁹ di questa assegnazione, ipotizzando la necessità di una integrazione e quindi il perpetuarsi di terre pubbliche sfruttate in forma collettiva²⁰.

Bisogna però ricordare che 2 iugeri erano la quantità di terra che verrà distribuita agli appartenenti alla *gens Claudia* quando essa si trasferì a Roma²¹ e che per lungo tempo rappresentò il modello di base assegnato ai coloni al momento della fondazione di una colonia²².

¹⁶ Varro *Rust.* 1.10.2, Plin. *Nat. hist.* 18.7, Fest. p. 47.1-4L. Si tende oggi a ritenere che gli assegnatari fossero tutti i cittadini maschi adulti: cfr. L. CAPOGROSSI, *Curie, centurie ed 'heredia'*, in M. SILVESTRINI, T. SPAGNUOLO VIGORITA e G. VOLPE (a cura di), *Studi in onore di F. Grelle*, Bari, 2006, p. 44.

¹⁷ T. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, Berlin, 1888, trad. it. *Storia di Roma*, I, Roma, 1991, p. 219 ss.

¹⁸ A partire dall'allievo M. Weber, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart, 1891. L'insufficienza dei *bina iugera* sarebbe stata confermata dai calcoli di C. AMPOLO, *Le condizioni materiali della produzione. Agricoltura e paesaggio agrario*, in *Dialoghi di archeologia*, 2, 1980, p. 15 ss.

¹⁹ Così, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La città e la sua terra*, in A. MOMIGLIANO e A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, 1, *Roma in Italia*, Torino, 1998, p. 264.

²⁰ Cfr. in proposito l'ottima sintesi storiografica prospettata da G. CIFANI, *The Origins of the Early Roman Economy. From the Iron Age to the Early Republic in a Mediterranean Perspective*, Cambridge, 2021, p. 129 ss.

²¹ Plu. *Publ.* 21.9-10; com'è noto, al *princeps* della *gens*, Atto Clauso, sarebbero stati assegnati ben 25 iugeri. Sull'episodio cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas Romana'*, Roma, 2000, p. 206 ss.

²² Cfr. E. GABBA, *Per la tradizione dell'heredium romuleo*, in *RIL*, 112, 1978, p. 250 ss., ora in ID., *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma, 2000, p. 227 ss.; S.T. ROSELAAR, *Public Land in the Roman Republic: a Social and Economic History of the Ager Publicus*, Oxford, 2009, p. 20 ss.; A. FRANCIOSI, *'Legitima simul et naturalis societas'*. Sull'antico legame tra *heredium* e *consortium*, in *TSDP*, 12, 2019, p. 7 ss.; A. PETRUCCI, *Colonie romane e latine nel V e IV secolo a.C.*, in F. SERRAO (a cura di), *Legge e società nella repubblica romana*, II, Napoli, 2000, p. 3 ss. Eccezionale fu la distribuzione di 7 iugeri (più altrettanti per ciascun figlio) di *ager Veientanus*, che fu molto importante per la realizzazione del compromesso patrizio-plebeo del 367 a.C.; sul

Sembra quindi che anche in epoca più tarda²³ rispetto a quella della primissima monarchia per l'agricoltura di sostentamento di una famiglia quella fosse la porzione standard.

Del resto, più di recente, varie voci si sono alzate nel senso di ritenere i due iugeri un'estensione sufficiente a sfamare una famiglia, se adibiti a coltivazione intensiva²⁴: «chiunque abbia un orto, o conosca qualcuno che ne coltivi uno, sa benissimo che con poche centinaia di metri quadrati di terreno si possono creare una coltivazione di ortaggi e un frutteto in grado di fornire vegetali abbondanti anche per più di una famiglia»²⁵.

Naturalmente, è lecito e opportuno supporre che il bestiame grosso pascolasse nei colli, nei *saltus* o nei terreni che si trovavano all'interno della sfera di controllo della comunità, ma che, per la loro stessa configurazione naturale, non erano ancora stati resi idonei all'agricoltura e venivano sfruttati collettivamente, quelli che verranno presto identificati come i *compascua*²⁶.

3. Lo stesso Romolo, in seguito, avrebbe assicurato un lotto di terra a tutti i richiedenti asilo²⁷ e, dopo la prima guerra contro Veio, avrebbe concesso la cittadinanza agli abitanti di questa città che scegliessero di trasferirsi a Roma, assegnando anche a loro degli appezzamenti al di qua del Tevere²⁸. Quando poi Roma accolse i Sabini, si ebbe un notevole incremento della popolazione e, di conseguenza, Romolo e Tito Tazio estesero il territorio della città con l'aggiunta del Quirinale²⁹.

punto cfr. U. AGNATI, *Il censore e il centurione. Considerazioni sugli assetti fondiari collettivi*, in *Studi Urbinati*, 71, 2020, p. 405 ss.

²³ Varie fonti antiche (Liv. 6.36.11, Plin. *nat. hist.* 18.3, Iuv. 14.162-6) considerano sufficiente per la sussistenza, anche se scarso, un appezzamento di mezzo ettaro. Ancora Giovenale (*sat.* 14.161 ss.) afferma che il compenso dei veterani per tutte le ferite di guerra era costituito da un piccolo appezzamento di due iugeri.

²⁴ Cfr. V.A. SIRAGO, *Storia agraria romana, I. Fase ascensionale*, Napoli, 1995, p. 45; C. VIGLIETTI, *Il limite*, cit., p. 139 ss. e ID., *I 'bina iugera' riconsiderati*, in A. CARANDINI (a cura di), *La leggenda di Roma. IV, Dalla morte di Tito Tazio alla fine di Romolo*, Milano, 2014, p. 453 ss., i cui calcoli sono accolti da F. FULMINANTE, *The Urbanisation of Rome and 'Latium Vetus'. From the Bronze Age to the Archaic Era*, Cambridge, 2014, p. 126 ss.

²⁵ Così C. VIGLIETTI, *Il limite*, cit., p. 153.

²⁶ Sul tema cfr. U. LAFFI, *L'ager compascuus*, in *Revue des Études Anciennes*, 100, 1998, p. 533 ss.; M. F. MEROTTO, *'Ager compascuus': un esempio di vincolo di destinazione di interesse pubblico*, in L. GAROFALO (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 2016, p. 193 ss.; G. GUIDA, *Il regime dell' 'ager compascuus' tra proprietà collettiva e 'res communes'*, in L. GAROFALO, *I beni di interesse pubblico*, cit., p. 225 ss.; U. LAFFI, *Fondi agricoli e forme istitutive di 'compascua publica'*, in *Iura*, 71, 2023, p. 15 ss.

²⁷ Dion. Hal. 2.15.4.

²⁸ Dion. Hal. 2.55.6.

²⁹ Dion. Hal. 2.50.1.

Anche Numa Pompilio, appena assunta la carica, come prima attività volle risanare la condizione dei plebei non abbienti, distribuendo loro delle terre; tuttavia, dal momento che durante il suo regno non furono condotte guerre e quindi non furono conquistati nuovi territori, egli dovette assegnare una parte di quelle terre che erano rimaste in proprietà dei re nonché parte del terreno pubblico³⁰.

Occorre ricordare, inoltre, che Numa avrebbe introdotto la grande novità dei confini, intesi come entità religiosa che, ispirando soggezione, rafforzava l'idea del controllo sulle terre; il dio Termine e le sue rappresentazioni terrene, le pietre di confine, delimitavano i campi di cui ciascun cittadino doveva essere soddisfatto, senza osare usurpare quello altrui³¹.

Questo dato mitologico, oltre a dimostrare come gli storici antichi fossero convinti che la proprietà privata risalisse a un'epoca molto antica³², si aggiunge ai molteplici indizi, che abbiamo visto, in base ai quali sembra legittimo ritenere che le assegnazioni di terre effettuate nella prima monarchia attribuissero già una forma di appartenenza privata.

Pure Tullo Ostilio distribuisce terreni che erano in precedenza proprietà dei re, allo scopo di garantire a tutti i cittadini una rendita che permettesse loro di mantenersi, senza bisogno di mettersi al servizio dei possidenti³³: «il lavoro nei campi altrui, praticato al fine di ottenere del denaro che consenta di comprare merci utili per sopravvivere, si distingueva fortemente, nell'ottica romana, dall'opera realizzata su una terra che, invece, fornisce beni che diventano direttamente proprietà del coltivatore»³⁴.

Lo stesso Tullo Ostilio si sarebbe occupato pure del problema delle abitazioni, ampliando il territorio di Roma e colonizzando anche il monte Celio, presso il quale avrebbe stabilito perfino la propria residenza, in modo da attirarvi altri abitanti; li attribuì un lotto di terra adeguato alla costruzione di una casa a tutti coloro che ne fossero privi³⁵.

³⁰ Dion. Hal. 2.64.2. Cfr. Cic. *rep.* 2.14.26; Plu *Num.* 16.4.

³¹ Dion. Hal. 2.74.2. Cfr. G. DE SANCTIS, *Terre e confini*, in L. GAROFALO (a cura di), *Numa. I culti, i confini, l'omicidio*, Bologna, 2022, p. 55 ss.

³² Secondo R. VON PÖHLMANN, *Geschichte der sozialen Fragen und des Sozialismus in der antiken Welt*, II, München, 1925, p. 327 ss., per alcuni storici antichi anche l'idea della proprietà sarebbe anteriore allo stesso Romolo. Cfr. A. MASTROCINQUE, *Propriété foncière archaïque et modèles d'interprétation modernes*, in E. HERMON (ed.), *La question agraire à Rome: droit romain et société. Perceptions historiques et historiographiques*, Como, 1999, p. 104 ss.

³³ Dion. Hal. 2.55.6; Cic. *rep.* 2.18.23

³⁴ Così C. VIGLIETTI, *Il limite*, cit., p. 119, il quale evidenzia bene come forte dovesse già essere l'orrore per il bracciantato.

³⁵ Dion. Hal. 3.1.4.

Anche dopo la vittoria su Alba e la distruzione di questa città, Tullo Ostilio ottiene il favore della nuova popolazione, costretta a trasferirsi a Roma, grazie alla distribuzione di terre e di abitazioni, sempre due attività tenute separate: per integrare gli Albani nella cittadinanza romana, il re stabilisce che vengano loro attribuiti dei poderi da coltivare (probabilmente nuovi territori conquistati con le ulteriori guerre) e dei terreni all'interno della città, dove costruire le proprie abitazioni, se necessario a spese della collettività³⁶.

Ripartizioni di terre si ebbero anche sotto Anco Marcio, il quale, d'altro lato, ampliò ulteriormente la città aggiungendo l'Aventino quando deportò la popolazione di Politorio³⁷; egli inoltre rese pubblici i boschi marittimi che aveva conquistato, i quali divennero così di uso pubblico³⁸.

Pure Servio Tullio, appena assunse il potere distribuì la terra pubblica tra i salariati romani e aggiunse alla città due colli, quello chiamato Viminale e l'Esquilino e ne distribuì il terreno ai Romani privi di abitazione, perché vi costruissero case³⁹.

Mi preme evidenziare come in questa tradizione sia sempre chiara la distinzione fra il terreno destinato a costruire delle abitazioni all'interno della città e il fondo da coltivare: ciò induce a pensare che nell'epoca più antica tutti i cittadini vivessero nella città, ma i terreni da coltivare si trovassero fuori dalla città e non fossero certo l'orto dietro la casa cittadina.

Possiamo presumere che i terreni da coltivare si trovassero comunque a una distanza raggiungibile abbastanza rapidamente a piedi o con animali: potrebbe trattarsi della famosa linea degli *Ambarvalia*⁴⁰, tra la quinta e la sesta pietra miliare da Roma, a una distanza quindi di massimo un'ora e mezza di cammino, zona identificabile proprio con l'antico *ager Romanus*⁴¹.

³⁶ Dion. Hal. 3.30.

³⁷ Liv. 1.33.1. Sul punto v. F. MERCOGLIANO, 'Hostes novi cives'. *Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, 2020, p. 46 ss.

³⁸ Cic. *Rep.* 2.18.33.

³⁹ Dion. Hal. 4.13.1-2.

⁴⁰ S. QUILICI GIGLI, *Considerazioni sui confini del territorio di Roma primitiva*, in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, 90, 1978, p. 567 ss.; J. SCHEID, *Les sanctuaires de confins dans la Rome antique. Réalité et permanence d'une représentation idéale de l'espace romain*, in *L'Urbs: espace urbain et histoire (Ier siècle av. J.-C. - IIIe siècle ap. J.-C.)*. Actes du colloque international de Rome (8-12 mai 1985), Rome, 1987, p. 583 ss.; A. ZIOLKOWSKI, *Frontier Sanctuaries of the ager Romanus antiquus: did they exist?*, in *Palamedes*, 4, 2009, p. 91 ss.

⁴¹ L'*ager Romanus*, così come definito da Varrone (*Ling.* 5.33), è una struttura concentrica costituita dall'insieme di *Urbs* e *ager effatus*; cfr. A. ALFÖLDY, 'Ager Romanus antiquus', in *Hermes*, 90, 1962, p. 187 ss.; ID., *Early Rome and the Latins*, Ann Arbor, 1965, p. 296 ss.; F. FULMINANTE, *The 'ager Romanus antiquus': Defining the Most Ancient Territory of Rome with a GIS Based Approach*, in *Archaeological Computing Newsletter*, 62, 2005, p. 7 ss.; ID., *The Urbanisation of Rome and 'Latium vetus'*, Cambridge, 2014, p. 105 ss.; C. SMITH,

Penso dunque che nella Roma dei primordi non vi fosse una divisione tra gli abitanti della città e quelli della campagna: come abbiamo visto, tutti i primi re si preoccupano di ampliare la città in modo da accogliere al suo interno i nuovi abitanti, ai quali vengono anche assegnate terre da coltivare, presumibilmente fuori dalle mura della città⁴².

4. Come si accennava, già all'epoca della più antica monarchia latina, accanto ai possedimenti in proprietà dei privati e in proprietà dei re, sembra esistessero anche dei beni pubblici, da intendere come cose finalizzate a soddisfare in modo diretto i bisogni di tutti, qualcosa di analogo a quelle che saranno in epoca classica le *res in usu publico*. Forse tra queste si potevano considerare anche le terre ancora non rese idonee alla coltivazione, ma che si potevano utilizzare in comune per i pascoli degli armenti o per la raccolta di legna o altri materiali, come i boschi resi pubblici da Anco Marzio.

Non credo che tale riferimento sia però collegato all'articolato problema dell'*ager publicus* che, com'è noto, costituirà il filo conduttore degli eventi sociali nei primi secoli della Repubblica⁴³.

Secondo alcuni autori⁴⁴, durante l'epoca monarchica il vero proprietario dell'*ager publicus* sarebbero state ancora le *gentes*; perciò, non sarebbe esistito alcun *ager publicus* agli albori della città, ma piuttosto un *ager gentilicius*, sfruttato collettivamente dalle *gentes*.

Altri ritengono invece che questa 'terra comune' non sia esistita alle origini della città e che «le contese intorno all'*ager publicus* sarebbero una delle tante proiezioni anacronistiche da parte degli scrittori tardorepubblicani»⁴⁵.

'*Ager Romanus antiquus*', in *Archeologia Classica*, 68, 2017, p. 1 ss.; P. GAROFALO, *Quale Suburbio? Il territorio tra Roma e i colli Albani alla luce delle fonti*, in A.L. FISCHETTI e P. ATTEMA (a cura di), *Alle pendici dei colli Albani. Dinamiche insediative e cultura materiale ai confini con Roma*, Groningen, 2019, p. 91 ss.

⁴² Nel mondo antico la città è «inseparabile dal proprio territorio: i due termini sono uniti fin dall'inizio da un processo organizzativo unitario, nel quale tecniche agrimensorie ed urbanistiche erano applicate in stretta connessione e correlazione per dividere lo spazio agrario e quello cittadino»: così, S. MAGGI, *Il paesaggio romanizzato: tra infrastrutture territoriali e impianti urbani*, in G. BONINI, A. BRUSA e R. CERVI (a cura di), *Il paesaggio agrario italiano protostorico e antico. Storia e didattica*, Gattatico, 2010, p. 59.

⁴³ Sul tema ancora fondamentali sono L. ZANCAN, *Sul possesso dell'ager publicus*, 1932; F. BOZZA, *La 'possessio' dell'ager publicus*, 1938; G. TIBILETTI, *Il possesso dell'ager publicus e le norme de modo agrorum sino ai Gracchi*, in *Athenaeum*, 26, 1948, p. 173 ss. e 27, 1949, p. 3 ss.; ID., *Ricerche di storia agraria romana*, in *Athenaeum*, 28, 1950, p. 183 ss. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952.

⁴⁴ Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, a cura di P. Bonfante, I, Roma, 1933, p. 243 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma, 1986; ID., *La città e la sua terra*, cit., p. 266 ss.

⁴⁵ Così, A. ZIOLKOWSKI, *Storia di Roma*, Milano, 2010, p. 46.

Io credo che verso la fine della monarchia il meccanismo della distribuzione ai cittadini dei territori sottratti ai nemici si sia in qualche modo inceppato, forse perché le nuove terre cominciavano a essere troppo lontane dalla città; in tal modo, si sarebbero venuti a creare grandi appezzamenti di terre che restavano nel dominio del *populus*, divenendo *ager publicus*.

Si trattava di terreni che appartenevano alla collettività in generale e non potevano passare in proprietà dei privati, salvo un'espressa autorizzazione legislativa. Alcuni di questi erano utilizzati direttamente dagli organi pubblici oppure erano concessi in sfruttamento a privati cittadini dietro pagamento di un canone periodico. La maggior parte, però, rimase a lungo in attesa di una destinazione specifica e divenne *ager occupatorius*, che poteva essere goduto in teoria da qualunque cittadino romano, in pratica da chi avesse maggiori mezzi e possibilità di sfruttare le terre⁴⁶.

Ovviamente i patrizi con i loro *clientes* riuscivano a coltivare e ad allevare bestiame molto più di un singolo *pater familias* plebeo ed è chiaro che a un certo punto i cittadini più ricchi cominciarono a escludere i meno abbienti dall'occupazione dell'*ager publicus*. Così descrive la situazione Appiano: «i ricchi si impossessarono della maggior parte delle terre indivise, e col passare del tempo acquisirono la sicurezza che nessuno gliele avrebbe più tolte; quindi si dettero a inglobare i piccoli appezzamenti confinanti che sottraevano ai contadini poveri convincendo alcuni a venderli, ad altri prendendoli con la forza ».

Sembra che già all'epoca del re Servio Tullio una buona quota di terra pubblica fosse finita in mano ai patrizi ed egli avrebbe imposto di delimitarla rigorosamente, dividendo le eccedenze fra i plebei⁴⁷: «emanò un pubblico decreto regio, che imponeva a quanti erano in possesso di terre demaniali e che le mantenevano a uso privato di renderle disponibili entro un arco di tempo definito; diede poi l'ordine che fossero registrati tutti i cittadini che non possedevano lotti di terreno.

Il problema si sarebbe ripresentato anche nei primi anni dopo la cacciata di Tarquino il Superbo, quando il console Spurio Cassio propose una legge agraria che lo

⁴⁶ D. MANTOVANI, *L'occupazione dell'ager publicus' e le sue regole prima del 367 a.C.*, in *Athenaeum*, 85, 1997, p. 583 ss., ritiene che non esistesse la consuetudine attestata dai gromatici per cui ognuno avrebbe potuto occupare tanta terra quanta era in grado di coltivare.

⁴⁷ «Sembra chiaro che, nonostante i principi di eguaglianza professati da Romolo, vi fossero, sin dall'inizio, nella sua città alcuni coloni 'più uguali degli altri'; uomini che disponevano di privilegi o diritti, o, forse, più semplicemente del potere economico (disponibilità di mano d'opera e capitali) necessario a sfruttare l'*ager publicus*»: G. DE SANCTIS, *Terre*, cit., p. 70.

avrebbe portato alla morte: egli voleva dividere le terre pubbliche non solo tra i cittadini romani indigenti, ma anche tra gli alleati Latini ed Ernici.

È estremamente probabile che queste notizie contengano forti anticipazioni storiche di quanto avverrà verso la fine della Repubblica, in particolare delle leggi agrarie proposte dai Gracchi.

È certo, tuttavia, che il problema fosse già pressante all'inizio della Repubblica, tanto che tra il 486 e il 367 a.C. si contano 22 *rogationes* (per lo più presentate dai tribuni della plebe) dedicate al tema della distribuzione dell'*ager publicus*⁴⁸. Questo continuo ritornare sull'argomento dimostra come si sentisse forte l'esigenza di una riforma del sistema vigente e, allo stesso tempo, non si riuscisse a ottenere una regolamentazione significativa e rispettata. Vorrei inoltre sottolineare come i plebei non chiedessero di essere ammessi a beneficiare dell'*ager publicus*, ma desiderassero sempre e solo che questo venisse diviso in proprietà quiritaria, i quanto la possibilità di sfruttare l'*ager publicus* non avrebbe fornito sufficiente sicurezza ai piccoli coltivatori⁴⁹.

Padova, giugno 2024

⁴⁸ Sul tema cfr. A. MANZO, *La lex Licinia Sextia de modo agrorum. Lotte e leggi agrarie tra il V e il IV secolo a.C.*, Napoli, 2001, p. 39 ss.

⁴⁹ Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, 'Ager publicus' e 'ager privatus' dall'età arcaica al compromesso patrizio-plebeo, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, II, Madrid, 1988, p. 641.

Abstract

Il saggio tratteggia il regime giuridico delle terre nella prima fase dell'epoca romana, partendo dalle fonti annalistiche, in particolare Dionigi di Alicarnasso, in base al quale sembrerebbe che – accanto ai possedimenti concessi in proprietà ai privati cittadini e altri conservati nelle mani dei re – esistesse già una terra 'pubblica', da intendere non come bene in proprietà comune di tutto il popolo, bensì come cosa finalizzata a soddisfare in modo diretto i bisogni di tutti, qualcosa di analogo a quelle che saranno in epoca classica le *res in usu publico*.

The essay sketches the legal regime of land in the first phase of the Roman era, starting from annalistic sources, in particular Dionysius of Halicarnassus, according to whom it would appear that – alongside the estates granted in ownership to private citizens and others kept in the hands of kings – 'public' land already existed, to be understood not as property owned in common by all the people, but as something aimed at directly satisfying the needs of everyone, something analogous to the *res in usu publico* of the classical era.

Keywords

Monarchia romana – *Bina iugera* – Distribuzioni di terre – Proprietà privata – *Ager publicus* – *Res in usu publico*.

Roman monarchy – *Bina iugera* – Land Distributions – Private Property – *Ager publicus* – *Res in usu publico*.

FELICE MERCOGLIANO*

Assegnazioni collettive di terra nell'antica Roma agli albori della Repubblica **

Sommario: 1. Introduzione al problema delle appartenenze e assegnazioni collettive di terre romane. – 2. La 'terra materna', secondo Plinio il Vecchio. – 3. Cenni alle aperture giuridiche romane verso i non cittadini. – 4. L'episodio dell'arrivo a Roma di Appio Claudio da Inregillo nel 504 a.C. – 5. Il caso di Spurio Cassio del 486 a.C. – 6. Echi dal passato?

1. L'integrazione cittadina romana antica¹ fu percorsa anche da vicende relative a terre comuni o pubbliche², nonché da comunanze o appartenenze collettive di tipo sociale, politico, giuridico o religioso, ben prima di quel 'sistema' giuridico complesso che sarà poi l'Italia romana, composta da una costellazione di realtà locali e dalla genesi caratterizzata da scontri e incontri, da conquiste e assorbimenti, risalenti sin alle origini stesse di Roma.

Usi e riti organizzati in comune sul territorio del Lazio arcaico si possono rinvenire nelle fonti letterarie romane. In maniera emblematica, da Plinio il Vecchio nella sua

* Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ La trama dell'integrazione della comunità cittadina nella Roma primitiva va ripercorsa senza schematismi rigidi, con strumenti interpretativi, invece, che possano far ipotizzare fenomeni storici di ibridazioni, pragmatici e complessi, nonché flessibili, anche in tutta la seguente fase di romanizzazione della penisola italiana, come ha chiarito nella sua 'opera di una vita' L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani. L'espansione del potere romano in Italia, strumenti istituzionali e logiche politiche*, Napoli, 2022.

² E. TASSI SCANDONE, *Terre comuni e pubbliche tra diritto romano e regole agrimensorie*, Napoli, 2017, pp. 1-31, contiene un recente riesame con letteratura ottimamente selezionata della problematica, con particolare riferimento all'*ager compascuus* e alle comunità agrarie.

*Storia naturale*³ si può trarre qualche spunto circa il coagulo cittadino nella storia romana arcaica, perché i protagonisti sono gli uomini che in una terra svolgono collettivamente riti e si sentono uniti tra di loro, quasi che fossero loro ad appartenere alla terra stessa e non essa a loro⁴. Infatti, nel primo dei libri ‘geografici’ sull’Europa, Plinio spiega appunto, ma interpreta soprattutto, l’ampiezza della città di Roma, iniziando così con un inaspettato plauso urbanistico per Tarquinio il Superbo, per elencare di seguito con precisione e scrupolo le comunità latine⁵ che collettivamente sul monte Albano si riunivano per riti in comune⁶.

Nell’ambito di una critica più generale, ora sostenuta da Lorenzo Gagliardi⁷, cioè quella rivolta verso una presunta originaria unità etnica romano-latina che sarebbe stata sancita poi dal *foedus Cassianum*, ma che risulta in contrasto con la città come nuovo soggetto politico, una riprova si può anche dedurre dal raffronto con i trenta *populi Albenses* (per l’esattezza, Alba più altri 29 *populi*) elencati da Plinio, 3.68-69, secondo

³ Si v., per tutte, come edizione notevole e affidabile di riferimento, G.B. CONTE (edizione diretta da, con la collab. di A. BARCHIESI e G. RANUCCI), *Gaio Plinio Secondo, Storia naturale*, I, *Cosmologia e geografia (Libri 1-6)*. Prefazione di I. CALVINO. Saggio introduttivo di G.B. CONTE. Nota biobibliografica di A. BARCHIESI, C. FRUGONI, G. RANUCCI. Traduzioni e note di A. BARCHIESI, C. FRUGONI, G. RANUCCI, Torino, 1982.

⁴ Per riecheggiare quasi quello che affermava icasticamente a proposito dell’appartenenza alle città antiche, Y. THOMAS, «Origine» et «commune patrie». *Étude de droit public romain (89 av. J.-C.-212 ap. J.-C.)*, Rome, 1996, p. XI: «dans l’organisation de la cité antique, et particulièrement dans l’organisation de la cité romaine, les personnes appartenaient aux lieux, plutôt que les lieux aux personnes».

⁵ La considera attendibilmente, in quanto lista dei *populi (Albenses)* che partecipavano alle *feriae Latinae*, come una delle tracce pre- o protourbane in cerimonie religiose, oltre quelle relative soprattutto al *Septimontium* e ai sacelli degli Argei, C. AMPOLO, *La nascita della città*, in *Storia di Roma I, Roma in Italia*, Torino, 1988, p. 165 e nt. 21; cfr., per tutti, sul *Septimontium* nella cornice delle origini di Roma, A. MOMIGLIANO, *Rapporto provvisorio sulle origini di Roma* (1962), ora in ID., *Storia e storiografia antica*, Bologna, 1987, pp. 184-186. Sui vari livelli di aggregazione dei *populi preromani* v. di recente il saggio di ST. BOURDIN, *Popoli e leghe nell’Italia preromana*, in *Re e popolo. Istituzioni arcaiche tra storia e comparazione*, Göttingen, 2019, pp. 275-300, con bibliografia

⁶ Plin. nat. 3.67-70 ... *Quod si quis altitudinem tectorum addat, dignam profecto aestimationem concipiat fateaturque nullius urbis magnitudinem in toto orbe potuisse ei comparari. Clauditur ab oriente aggere Tarquini Superbi, inter prima opere mirabili; namque eum muris aequavit qua maxime patebat adito plano. Cetera munita erat praecelsis muris aut abruptis montibus, nisi quod expayiantia tecta multas addidere urbes. 68. In prima regione praeterea fuere in Latio clara oppida Satricum, Pometia, Scaptia, Politorium, Tellena, Tifata, Caenina, Ficana, Crustumeria, Ameriola, Medullum, Corniculum, Saturnia ubi nunc Roma est, Antipolis quod nunc Ianiculum in parte Romae, Antemnae, Camerium, Collatia, Amitinum, Norbe, Sulmo. 69. et cum iis carnem in monte Albano soliti accipere populi Albenses: Albani, Aesolani, Acciensis, Abolani, Bubetani, Bolani, Cusuetani, Coriolani, Fidenates, Foreti, Hortenses, Latinienses, Longani, Manates, Macrales, Munienses, Numinienses, Olliculani, Octulani, Pedani, Poleutarini, Querquetulani, Sicani, Sisolenses, Tolerienses, Tutienses, Vimitellari, Velienses, Venetulani, Vitellenses. 70. Ita ex antiquo Latio LIII populi interiere sine vestigiis.*

⁷ L. GAGLIARDI, *La nazione latina al tempo della Roma dei re*, in *Cittadinanza e nazione nella storia europea - Citoyenneté et nation dans l’histoire européenne*, Milano, 2020, pp. 21-49.

Gagliardi stesso⁸.

Sulla base delle analisi recenti di Capogrossi, possiamo comprendere che il processo formativo cittadino stesso, pur risultando un fenomeno diverso, sia stato veicolato pure dai *populi Albenses*⁹, ben prima di quel ‘sistema’ giuridico complesso qual è l’Italia romana costellata di realtà locali scaturite da integrazioni e assorbimenti, risalenti alle origini stesse di Roma. Proprio di quella fase ancora iniziale di aggregazione, che condurrà alla comunità urbana, i *populi* sono qui per Plinio «piccoli popoli, raccolte di genti»¹⁰.

2. Ma il primo patrimonio di valori antichi si basa, invece, fundamentalmente sulla terra, la *terra materna*, dunque, quale riferimento essenziale per la vita – come sostiene Plinio¹¹ – che in astratto è di tutti gli uomini, ma nella realtà mai viene attribuita in forma collettiva a ‘non cittadini’ (anche se vi sarà un modello di proprietà collettiva delle terre)¹².

Quindi, l’impressione che sembra potersi trarre da Plinio il Vecchio è che la costruzione di una comunità, qual è quella romana arcaica, poi città-mercato globale destinata a interconnettere il mondo dei commerci nel ‘mare aperto’ Mediterraneo¹³,

⁸ L. GAGLIARDI, *La nazione latina*, cit., pp. 39-41, con fonti e bibliografia; v. *ibid.* l’osservazione sintetica convincente: «Il centro principale del Lazio era a quel tempo Alba, dalla quale sarebbero secondo la tradizione derivate tutte le altre città della regione (inclusa Roma) ... più che non una manifestazione della nazione latina, i *populi Albenses* ci sembrano un’articolazione della sola *civitas Albana* (l’*oppidum* centrale e i piccoli abitati che da esso si formarono). Certo è invece che Alba era a capo di una confederazione religiosa, la più importante del *Latium*, rivolta al culto di *Iuppiter Latiaris* durante le *feriae Latinae*, e avente il suo centro sul Monte Cavo, alla cui guida sarebbe stata sostituita dalla stessa Roma».

⁹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani*, cit., pp. 32-46.

¹⁰ Così U. VINCENTI – G. ZANON, *Ipotesi sulla prima Roma*, Napoli, 2023, p. 85; cfr., sempre su Plin. nat. 3.68-70, *ibid.*, p. 143-144, ove si «deduce che il riferimento cronologico è al tempo prima della nascita di Roma», anche se risulta «probabile che la testimonianza di Plinio assembli notizie riferibili ad epoche diverse».

¹¹ Plin. nat. 2.63: *Sequitur terra, cui uni rerum naturae partium eximia propter merita cognomen indidimus maternae nascentes excipit, natos alit semelque editos et sustinet semper, novissime complexa gremio iam a reliqua natura abdicatos, tum maxime ut mater operiens ...*, trad. it. di A. BARCHIESI: «Viene poi la terra, la sola parte della natura che, per i suoi meriti egregi, noi chiamiamo con l’appellativo reverente di madre. Essa è degli uomini, come il cielo è delle divinità; essa ci accoglie al momento della nascita, e, venuti al mondo, ci nutre, e una volta partoriti ci sorregge sempre; sinché, alla fine, ci abbraccia nel suo grembo, ormai abbandonati da tutto il resto della natura, e allora, soprattutto ci ricopre come una madre».

¹² Su cui v., per tutti, E. TASSI SCANDONE, *Terre comuni*, cit., pp. 1-31 e 184-188.

¹³ Cfr. Plin. nat. 2.118: *... inmensa multitudo aperto, quodcumque est mari hospitalique litorum omnium adpulsu nivaigat, sed lucri, non scientiae, gratia ...*, su cui v. di recente G.D. MEROLA, *Commercio e dogane nell’impero romano*, Napoli, 2023, p. 6, a proposito del *topos* nella letteratura imperiale del ‘mare aperto’ sul quale una folla sconfinata, appunto, naviga (*immensa multitudo ... navigat*) e lo fa per denaro, non per conoscenza (*lucri, non scientiae, gratia*).

abbia avuto nella terra ‘madre’ la sua solida base unificante e la solida base d’ascesa per cittadini che appartenevano alla terra, più che esserne proprietari e combattere per essa¹⁴. L’uso della città peraltro unificava *cives* e non *cives*, senza inumane proibizioni¹⁵. In effetti, non era il commercio, bensì la terra che consentiva l’agricoltura e l’allevamento. Attività queste difese (ed estese) da militi, nonché praticate con riconosciuto onore sociale dai *cives* della comunità nella Roma dei re e della repubblica.

Collettivizzazioni d’appartenenza di terre in età monarchica non siamo sicuri di conoscerne e di ciò ha parlato sapientemente Paola Lambrini¹⁶, facendo giustizia di certe ipotesi su una primigenia e indistinta proprietà delle terre facente capo alle *gentes* sotto i re. Ma almeno un paio di vicende che, infatti, ripercorrerò in questa sede, riferite agli albori della repubblica, mostrano come il fenomeno di assegnazioni collettive comunque ci sia stato, anche se in modo sporadico e abbandonato comunque molto presto.

Per la verità, quella che è la distinzione strutturale sul piano giuridico tra *cives* e non *cives* non è un tratto discriminante in perpetuo l’appartenenza collettiva di terre romane, che, anzi, appare fenomeno posteriore a una realtà primordiale, nella quale il nesso tra *cives* e proprietari, nonché al tempo stesso coltivatori di terre, è connaturato alla città stessa. Prevalsa il senso di comunità civiche, di cui il nome stesso attuale di ‘usi civici’ ha conservato tradizionalmente fino alle esperienze giuridiche moderne l’aggettivazione etimologicamente proveniente da quei *cives* romani.

¹⁴ Sui nessi tra cittadino, proprietario di terra e soldato in Roma arcaica, v. C. AMPOLO, *La città riformata e l’organizzazione centuriata. Lo spazio, il tempo, il sacro nella nuova realtà urbana*, in *Storia di Roma I*, cit., pp. 219-225.

¹⁵ In tal senso, Cic. *off.* 3.47: *Male etiam, qui peregrinos urbibus uti prohibent eosque exterminant, ut Pennus apud patres nostros, Papius nuper. Nam esse pro cive, qui civis non sit, rectum est non licere, quam legem tulerunt sapientissimi consules Crassus et Scaevola. Usu vero urbis prohibere peregrinos, sane inhumanum est.* su cui v. A. ANGELOSANTO, *Formas de protección de las salubritas en el sistema jurídico romano. Entre cives y homines*, in *Medio ambiente y desarrollo sostenible: protección de los bienes comunes en la era de la globalización. Summer school, La Habana 30 de enero - 3 de febrero de 2023*, Modena, 2023, p. 44, che pone l’attenzione ultimamente sul passo ciceroniano, caratterizzato da citazioni di leggi tardorepubblicane tese all’espulsione di immigrati da Roma; nonché cfr. U. LAFFI, *Le espulsioni da Roma di immigrati provenienti da comunità latine e italiche in età repubblicana* (2017), ora in ID., *Nuovi studi di storia romana e di diritto*, Napoli, 2020, p. 99 e nt. 36.

¹⁶ Si v. P. LAMBRINI, *La proprietà delle terre nell’arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso*, in *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, Milano, 2024, pp. 493-497; nonché EAD., *Proprietà privata per tutti i cittadini*, in *Tullo Ostilio. Il rito, il duello, la politica*, Bologna, 2023, pp. 159-173; cfr. altresì le attente considerazioni di L. SOLIDORO, *Dalla dominicalità al neoproprietarismo. Storia e narrazione di un percorso*, Torino, 2023, p. 88, nt. 42, su altri lavori della Lambrini, «in chiave fortemente critica rispetto alle ricostruzioni più tradizionali, contestando – sulla base delle risultanze delle fonti storiografiche – la sopravvalutazione delle strutture gentilizie nella determinazione dei contorni delle antiche forme proprietarie delle terre (nonché, quindi, l’opinione che la formazione dell’*ager gentilicium* avesse preceduto l’assegnazione delle terre ai singoli, in proprietà privata)».

3. Sembra appena il caso di precisare, dunque, che anche una simile problematica può essere inquadrata nella cornice stratificatasi dello scenario dei rapporti tra i Romani e gli 'altri', ovvero sia tra i cittadini (i 'cives') e quelli che cittadini non sono (definibili per opposizione i 'non cives').

Ma un particolare riferimento va fatto subito ad una certa ritrosia romana nell'attribuire non esclusivamente ai cittadini diritti reali in senso ampio, a differenza delle aperture ai 'forestieri' nel settore del commercio. Commercio che invece venne praticato con 'altri' sin da età risalente e fino all'espansione imperialistica, simboleggiando una costante vincente della fortuna di Roma, secondo celeberrimi elogi e riconoscimenti da parte di personaggi stranieri¹⁷.

Nel campo della storia dei diritti, com'è noto, Roma sembrò riservare allo *ius civile* gli istituti del diritto di famiglia e delle persone, delle successioni e dei diritti di proprietà e reali parziali; ma ai non *cives* aprì pressoché senza remore il settore delle obbligazioni e dei contratti, per biforcare nelle forme delle *legis actiones* e delle *formulae*, poi, la tutela giudiziaria.

A Roma, difatti, presso i ceti dirigenti in materia di aperture e chiusure di settori del diritto romano una linea di condotta c'era ed era quella di evitare, per principio, di ostacolare l'ingresso non solo fisico, ma anche giuridico, nella comunità cittadina di forze ed energie fresche di nuovi arrivati. Utili com'erano appunto a Roma, anche se provenienti da genti diverse e da fuori come territori di origine, nel senso delle zone in cui fossero nati, che è aspetto ben diverso da quella costruzione moderna, pur derivata dalla stessa radice *natus*, che è la nazionalità¹⁸.

Le risposte individuate specificamente sul piano, per così dire 'macrogiuridico', consistono nello *ius gentium*¹⁹ e nello *ius honorarium*²⁰, con soluzioni offerte dagli strumenti

¹⁷ F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Napoli, 2020, p. 86, nt. 31, p. es., per l'elogio da parte di Elio Aristide e l'apprezzamento ad opera del re Agrippa.

¹⁸ Si v., p. es., M. CORTELLAZZO - P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana 3 / I-N*, Bologna, 1983, p. 796.

¹⁹ Di recente ha proceduto a un riesame della concezione dello *ius gentium*, nell'ottica dell'apertura verso gli stranieri ai negozi del commercio internazionale secondo la '*interpretatio romana*', R. FIORI, *Il ius gentium tra teoria generale e pratica dei commerci mediterranei*, in *ATELIER. Organizzazione produttiva e rapporti commerciali nel mondo romano*, Napoli, 2023, pp. 7-18.

²⁰ Così, fra gli altri, L. GAGLIARDI, *Romam commigrare. I Romani, i Latini e l'immigrazione*, Milano, 2023, p. 180.

dell'assimilazione giuridica oltre che dell'integrazione sociale²¹.

Ma alla terra i non cittadini, e neanche i cittadini stessi in fondo data la categorizzazione in *res Mancipi* di qualsiasi fondo in suolo italico²² e la conseguente procedura di modo d'acquisto della proprietà a titolo derivativo aggravato che è la *Mancipatio*, non accedono con la larghezza di strumenti giuridici a disposizione per il settore degli scambi commerciali.

Però, se il trasferimento a Roma è, in genere, realizzato in previsione di riporvi energie umane, risorse vitali e speranze future, come ha risposto su tale problema specifico delle assegnazioni collettive di terre, dopo la primissima fase di coagulo cittadino, la comunità cittadina romana? In almeno un paio di casi è attestato nelle fonti che decisioni si siano prese. Ora, vanno pertanto rilette.

4. Il primo caso avviene nel 504 a.C., almeno secondo la consueta cronologia convenzionale 'lunga', in seguito all'arrivo di Appio Claudio a Roma²³. Infatti, agli albori stessi della repubblica viene fatta risalire la venuta dei Sabini capeggiati da Attio Claudio (poi, alla romana, Appio Claudio), i quali, insieme alla cittadinanza romana ottennero l'assegnazione di terre al di là del fiume Aniene, essi vennero riuniti in una tribù che da loro stessi prese il nome di tribù antica Claudia e Appio Claudio stesso divenne senatore²⁴.

Come si apprende pure dal racconto non del tutto sinottico di Dionigi di

²¹ Cfr., per qualche mia precedente riflessione in tal senso, F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*², cit., p. 58 s.

²² Gai 2.14a.

²³ Sull'episodio dei Claudii venuti a Roma v. già L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas Romana'*, Roma, 2000, pp. 206-213, con rassegna completa delle fonti in trad. it.; cfr. anche ID., *La città e la sua terra* in *Storia di Roma I*, cit., pp. 283-286; per alcuni miei cenni cfr. F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*², cit., p. 47-48, sulla consapevolezza delle origini multiethniche della comunità cittadina e il decisivo criterio dell'inserimento in tribù di appartenenza, alla luce di una tutela di chi venisse da fuori e l'insostenibilità del paradigma di una 'nazionalità' romana di territori che non finivano ad un certo punto perché dopo certi confini ne iniziavano altri 'stranieri', su cui ho svolto ulteriori riflessioni di recente: v. ID., *Stato, territorio e identità giuridica 'nazionale'*, in *Fundamental rights 2*, 2023, pp. 27-30.

²⁴ La fonte principale sull'episodio dei Claudii venuti a Roma è Liv. 2.16.3-5: *Seditio inter belli pacisque auctores orta in Sabinis aliquantum inde virium transtulit ad Romanos. 4. Namque Attius Clausus, cui postea Appio Claudio fuit Romae nomen, cum pacis ipse auctor a turbatoribus belli premeretur nec par factioni esset, ab Inregillo, magna clientium comitatus manu, Romam transfugit. 5. His civitas data agerque trans Anienem: vetus Claudia tribus, additis postea novis tribulibus qui ex eo venirent agro, appellat. Appius inter patres lectus haud ita multo post in principum dignationem pervenit*; inoltre, cfr. Liv. 4.13.4.

Alicarnasso²⁵, i Romani avevano condotto con esiti a loro favorevoli la guerra contro i Sabini e, l'anno successivo, questi ultimi si erano spaccati tra quanti volevano prendersi una rivincita sui Romani e quanti preferivano, invece, stipulare con essi la pace. *Attius Clausus* faceva parte di questo secondo schieramento e la fazione che premeva per un nuovo scontro con Roma stava diventando sempre più potente.

Egli, pertanto, dalla sua località d'origine, Inregillo, si diresse nella città latina vincitrice con parenti, amici e circa 5.000 dei suoi clienti. Ad ognuno di essi furono assegnati due iugeri di terra (equivalenti oggi all'incirca a mezzo ettaro), mentre venticinque ne furono concessi ad Appio Claudio²⁶, che divenne console nel 495 a.C. e la sua influenza divenne subito notevole nella sua nuova patria, come siamo in procinto di verificare.

5. Il secondo episodio, del 486 a.C., che ha suscitato numerose e variegata discussioni²⁷ in merito all'attendibilità delle fonti letterarie²⁸, nonché sul ruolo del

²⁵ Dion. Hal. 5.40.3-5. Altresi cfr. Plut. *Publ.* 21.9-10; Serv. *Aen.* 7-706; Suet. *Tib.* 1.1-2; App. *reg. frg.* 12.

²⁶ P. LAMBRINI, *La proprietà delle terre*, cit., p. 497, ricorda opportunamente che i due iugeri come la quantità di terra distribuita agli appartenenti alla *gens Claudia* quando essa si trasferì a Roma per lungo tempo rappresentò il modello di base (non esiguo) assegnato ai coloni al momento della fondazione di una colonia.

²⁷ Sulla figura di Spurio Cassio e la tradizione su di lui la letteratura, nel complesso, difatti, è fitta: si v. più di recente, ben documentata, M.F. PETRACCIA, *Uomini e gentes nella prima metà del V secolo a.C.: Spurio Cassio*, in *Rivista storica dell'antichità*, 44/2014, 2015, pp. 29-45; ha tentato un riesame globale A. BOTTIGLIERI, *La storiografia anticassiana e la vicenda di Spurio Cassio*, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana III*, Napoli, 1995, pp. 255-260; F. D'IPPOLITO, *La legge agraria di Spurio Cassio*, in *Labeo*, 21, 1975, pp. 197-210, poneva in rilievo, in un contesto di scontri politici (principalmente tra 'cassiani' poi perdenti e 'fabiani' vittoriosi) agli albori della repubblica, soprattutto l'esiziale intento cassiano filolatino; A. MANZO, *La lex Licinia Sextia de modo agrorum. Lotte e leggi agrarie tra il V e il IV secolo a.C.*, Napoli, 2002, pp. 50-62, ne segue sostanzialmente la stessa linea interpretativa conflittuale in un verosimile contesto postetrusco di contrazione di scambi commerciali e riscoperta della terra quale fonte principale di ricchezza, con la precisazione che vi sarebbe però stata soltanto una *rogatio agraria* probabilmente recepita in un *senatusconsultum*; a sua volta si è soffermato per lo più sul quadro storico, con una lettura storiografica conservativa dell'attendibilità delle fonti, D. CAPANELLI, *Appunti sulla rogatio agraria di Spurio Cassio*, in *Legge e società nella repubblica romana I*, Napoli, 1981, pp. 3-50; mentre proposte interpretative precedenti diffidavano della verosimiglianza della *rogatio agraria* (p. es. su tale linea scettica, v. M. BASILE, *Analisi e valore della tradizione sulla rogatio Cassia agraria del 486 a.C.*, in *Sesta miscellanea greca e romana. Studi pubblicati dall'Istituto italiano per la storia antica*, 27, 1978, pp. 277-298; ma già propendeva per una deformazione annalistica graccana decisiva E. GABBA, *La proposta di legge agraria di Spurio Cassio*, in *Athenaeum*, 42, 1964, pp. 29-41 e ID., *Dionigi d'Alicarnasso sul processo di Spurio Cassio*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. 143-151, poi in ID., *Roma arcaica. Storia e storiografia*, Roma, 2000, pp. 141-150); fermo restando che il ricordo del *foedus Cassianum* fosse, invece, autentico (si v. in tal senso, per tutti, E. FERENCZY, *Zum Problem des foedus Cassianum*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3^e série, 22, 1975, pp. 223-235; ultimamente sul *foedus Cassianum*, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani*, cit.,

protagonista, su cui ha pesato il piuttosto impietoso inserimento mommseniano tra i ‘demagoghi’ del primo squarcio della repubblica in Roma antica, insieme con Spurio Melio e Manlio Capitolino²⁹, si deve all’iniziativa di Spurio Cassio Vicellino³⁰.

Quest’ultimo, fautore del celebre trattato del 493 a.C. tra Romani e Latini passato difatti alla storia come *foedus Cassianum*, propose in senato un’assegnazione a cittadini romani e a soci latini di porzioni di territorio degli Ernici.

La proposta sarebbe stata tuttavia osteggiata dall’altro console in carica, Virginio Tricosto Rutilio, e si sarebbero opposti anche i tribuni plebei, favorevoli ad una distribuzione delle terre soltanto in favore dei cittadini romani e non di quelli – come i Latini e gli Ernici – che non avessero preso parte alla conquista di territori dei nemici. La motivazione era costituita dalla clausola del *foedus Cassianum* stesso, che disponeva la spartizione del bottino a profitto dei Romani e dei Latini (e, si può supporre, anche degli Ernici) nel solo caso di guerre che fossero però condotte in comune. A quel punto, Cassio invitò Latini ed Ernici a recarsi a Roma per esprimere il loro suffragio in favore della sua *rogatio*³¹.

Il caso mostra quindi una differenza di approccio al diritto di cittadinanza, vale a dire dal precedente di Appio Claudio e dei suoi seguaci e clienti, che diventando tutti

pp. 113-122); nell’abbondante letteratura su Sp. Cassio si ritaglia un interessante punto di vista connesso con i culti pubblici per le divinità di Cerere e Tellure e le assegnazioni di possedimenti agrari a patrizi e plebi, romani e latini, che avrebbe perseguito Cassio e disconosciuti da una storiografia partigiana ipercritica deformante le fonti fino agli anni Settanta all’incirca, O. DE CAZANOVE, *Spurius Cassius, Cérès et Tellus*, in *Revue des études latines*, 67 (1989), 1990, pp. 93-116; collega il *foedus Latinum* e il *foedus Hernicum*, con particolare riferimento alla progressiva caratterizzazione negativa riservata a Sp. Cassio, G. FIRPO, *Spurio Cassio e il “foedus Hernicum”*, in *Rendiconti dell’Istituto Lombardo. Classe di lettere, Scienze morali e storiche*, 135.1 (2001) p. 141-161; ultimamente cfr. pure i significativi cenni di P. LAMBRINI, *Proprietà privata*, cit., pp. 166-167 e 172, nt. 37.

²⁸ Le fonti principali sulla *rogatio Cassia agraria* del 486 a.C. nell’ambito delle lotte protorepubblicane per la terra, sono elencate da F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², Napoli, 1975, p. 252 s., nt. 5.

²⁹ Si v. TH. MOMMSEN, *Sp. Cassius, M. Manlius, Sp. Maelius, die drei Demagogen der älteren republikanischen Zeit* (1871), in *Römische Forschungen*, II, Berlin, 1879, pp. 153-179; sul destino che accomunò i tre, per la comminazione di *leges sacratae* e le accuse di *adfectatio regni*, rispettivamente nel 486, 439 e 383-382 a.C., cfr. B. LIOU-GILLE, *La sanction des leges sacratae et adfectatio regni: Spurius Cassius, Spurius Maelius at Manlius Capitolinus*, in *La parola del passato*, fascic. 288, 1996, pp. 161-197.

³⁰ Cfr. F. MÜNZER, s.v. *Sp. Cassius Vecellinus oder Vicellinus*, in *PWRE*. III, Stuttgart, 1899, coll. 1749-1753.

³¹ Se si segue l’efficace riflessione recente di L. GAGLIARDI, *Romam commigrare*, cit., p. 41-43, con bibliografia ben selezionata, *ibid.* nt. 64, sulla base del racconto di Dion. Hal. 8.72-73 e in raffronto testuale esegetico coerente con quello di Liv. 2.41.

cittadini romani in quella fase in divenire della *civitas* ancora molto fluida³², ricevono un'assegnazione di terre collettivamente, anche se in maniera finalizzata a farli divenire al contempo, per richiamare il trinomio suggestivo coniato da Carmine Ampolo, cittadini-proprietari di terre-soldati³³.

Livio dice che in città la proposta di Spurio Cassio era contrastata anche per il motivo che non si voleva concedere terra ai non cittadini, come gli Ernici. Spurio Cassio pagò di persona il suo ardire 'costituzionale' con un processo appena uscito di carica e forse venne perfino giustiziato; l'altra versione, reputata più credibile da Livio, è quella secondo la quale Spurio Cassio sarebbe stato condannato per *perduellio* e le sue case rase al suolo. L'antagonismo tra i due consoli, Cassio e Virginio, è ricollegato alla prima legge agraria, tipologia di legge che non sarebbe in seguito mai stata discussa senza che ne derivassero agitazioni sociali laceranti, 'fino ai giorni nostri', dice Livio³⁴. Ma il punto da mettere in rilievo è che la disputa consolare s'impenna sulla questione dell'assegnazione collettiva di terre estesa o meno a non cittadini romani. Difatti, spiega Livio³⁵, il collega nel consolato che s'opponesse a Cassio, Virginio, affermava d'essere pronto a consentire l'assegnazione collettiva delle terre, ma che non dovessero andare se non a un cittadino romano. Invece, Cassio intendeva ingraziarsi i soci concedendo loro l'elargizione agraria e pertanto risultava più invisibile ai *cives*. Ma per riconciliarsi in altro modo con gli animi dei *cives* stessi, tuttavia, Cassio stesso promise che si restituisse al popolo quanto versato per pagare il frumento siciliano. La plebe respinse però l'offerta, quasi sospettando che fosse il prezzo da pagare per la restaurazione del regno. L'*odium regni*³⁶ viene fatto riemergere dalla narrazione liviana, ma Dionigi di Alicarnasso, dal canto suo, riporta un discorso

³² Su alcune mie considerazioni circa la fase 'fluida' di formazione, ai primordi della comunità cittadina romana, mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives*², cit., p. 83.

³³ Sul nesso tra cittadino, proprietario di terra e soldato in Roma arcaica, v. C. AMPOLO, *La città riformata e l'organizzazione centuriata. Lo spazio, il tempo, il sacro nella nuova realtà urbana*, in *Storia di Roma I*, cit., pp. 219-225.

³⁴ Liv. 2.41.3: *Tum primum lex agraria promulgata est, numquam deinde usque ad hanc memoriam sine maximis motibus rerum agitata.*

³⁵ Liv. 2.41.7-9: *... Verginius dicere passurum se adsignari agros, dum ne cui nisi civi Romano adsignentur; 8. Cassius, quia in agraria largitione ambitiosus in socios eoque civibus vilior erat, ut alio munere sibi reconciliaret civium animos, iubere pro Siculo frumento pecuniam acceptam retribui populo. 9. Id vero haud secus quam praesentem mercedem regni aspernata plebes; adeo, propter suspicionem insitam animis hominum regni, velut abundarent omnia, munera eius respuebantur.*

³⁶ V., per tutti, P.M. MARTIN, *L'idée de royauté à Rome I. De la Rome royale au consensus républicain*, Clermont-Ferrand, 1982, pp. 339-349, 354-355 e 359 miratamente sull'accusa di *adfectatio regni* mossa avverso Spurio Cassio; sul problema storiografico della condanna di Spurio Cassio, la demolizione della casa e l'esistenza di una statua rimossa più tardi, cfr., tra gli altri, A. BOTTIGLIERI, *La storiografia anticassiana*, cit., pp. 260-265.

proprio di Appio Claudio contro la *rogatio agraria* di Spurio Cassio, che sarebbe purtuttavia da attribuire a fonti d'età graccana³⁷, a testimoniare probabili nessi con la lotta plebea per la terra e non tanto l'esclusione dei non *cives* dalle assegnazioni di essa.

Poi, a partire dall'epocale conquista del territorio immenso di Veio nel 396 a.C., si ricorse allo strumento giuridico dell'*ager publicus*³⁸ e di assegnazioni in forma collettiva di terre a non cittadini non se ne effettuarono più.

I plebei, quindi, nella qualità indiscussa di cittadini romani da sempre, sembra ricalcassero pretese sulle terre simili a quelle dei patrizi. A volte prevalsero le misure razionalizzatrici in senso democratico di stampo graccano e portate avanti nel conflitto sociale dai '*populares*', talaltra ripresero il sopravvento le soluzioni degli *optimates* proprie dell'aristocrazia senatoria e dei ceti dominanti della *nobilitas*. Ma l'assegnazione collettiva di terre a non *cives* era per così dire sparita dall'agenda politica. Semmai, si sarebbe lottato per diventare cittadini romani e di conseguenza ottenere terre, come la guerra sociale starà a dimostrare. In effetti, la questione graccana aveva aperto davvero una nuova fase, che non era più quella delle immigrazioni imponenti per fini insediativi, e i nuovi trasferimenti a Roma furono diretti ad altri scopi³⁹.

6. La proprietà collettiva del territorio romano fu intravista come quella originaria, dal grande Theodor Mommsen⁴⁰, mai purtuttavia assegnata ai 'non cittadini'. Ma la concezione 'sociale' stessa della proprietà era stata già ben teorizzata da Vittorio Scialoja, come ha dimostrato Di Porto in un suo recentissimo saggio⁴¹, e anche questo tassello di riabilitazione scientifica piena può finalmente avere un suo posto, contro accuse che riecheggiano indirizzi storiografici tesi a qualificare come pandettista e legalista una personalità troppo comodamente etichettata così per preconcetti e non per un vero

³⁷ In tal senso, p. es., A. BOTTIGLIERI, *La storiografia anticassiana*, cit., pp. 257, nt. 2.

³⁸ Per un profilo sintetico, ma preciso, di tipologie e regimi giuridici di distribuzione della terra pubblica, v. F. CASSOLA - L. LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*³, Napoli, 1991, pp. 218-224; cfr. sulla condizione giuridica dell'*ager publicus*, con fonti e letteratura in dettaglio, S.T. ROSELAAR, *Public land in the Roman Republic: a social and economic history of the ager publicus*, Leiden, 2008, pp. 83-140.

³⁹ In tal senso, sul punto, U. LAFFI, *Le espulsioni da Roma di immigrati provenienti da comunità latine e italiche in età repubblicana* (2017), in ID., *Nuovi studi di storia romane e di diritto*, Napoli, 2020, pp. 202-203.

⁴⁰ Sulle «comunanze agrarie» v. TH. MOMMSEN, *Storia di Roma antica I. Dalle origini sino all'unione d'Italia*, 1856, trad. it. Firenze, 1984, pp. 49, 83, 187-188, 230-231 (testo) e 271 (nt. 1-3).

⁴¹ A. DI PORTO, *Il carattere sociale della proprietà secondo Vittorio Scialoja*, in *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1920-1935)*, Napoli, 2024, pp. 31-56.

riesame dei suoi scritti⁴².

Il modello della proprietà collettiva sarà poi pressoché ‘rifiutato’ dalla tradizione romanistica, in particolare dalla dogmatica dell’Otto e Novecento di matrice pandettistica, come con competenza ben sostiene Gianni Santucci⁴³. Non comparve, infatti, alcuna apertura dottrinarica verso teorizzazioni di proprietà collettiva, dato che la fenomenologia romana tipica del *dominium ex iure Quiritium* venne, invece, funzionalmente utilizzata sul piano propriamente dogmatico per la costruzione dell’invulnerabilità del diritto di proprietà in senso individualistico. In questo modo s’è, però, voluto cristallizzare un ‘modello romano’, più presunto che veritiero sul piano storico antico, ormai superato dalla funzionalizzazione sociale della proprietà⁴⁴.

La nuova stagione storico-giuridica in Italia legata alla legalità costituzionale porterà, infine, con sé l’affermazione della funzione sociale della proprietà⁴⁵, congeniale pure a modelli di proprietà pubblica e proprietà collettiva, che non pare rompano lo schema ‘romano’⁴⁶, dato che «per i costituenti, la nuova Repubblica non doveva essere semplicemente la guardiana della proprietà privata...»⁴⁷.

Camerino, ottobre 2024

⁴² Nei quali emblematicamente «Scialoja affronta lo studio della proprietà pubblica dal punto di osservazione più critico per la prospettiva individualistica, quello della proprietà dei beni demaniali d’uso pubblico»: così A. DI PORTO, *Il carattere*, cit., p. 53.

⁴³ Si v., sui condizionamenti che subì in tal senso la dogmatica dell’Otto e Novecento di matrice pandettistica, G. SANTUCCI, *Gli usi civici: note minime fra «diritto romano dei Romani» e tradizione romanistica*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini* CLII.4, 2020, pp. 1068-1072.

⁴⁴ Sulle origini del «fatale equivoco» che condusse ad un travisamento del (preteso tale) diritto romano di proprietà, v. L. SOLIDORO, *Dalla dominicalità al neoproprietarismo*, cit., pp. 25-26.

⁴⁵ In maniera emblematica, cfr. P. PERLINGIERI, *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1988. Atti del Convegno in onore di Giovanni Zucconi (1845-1894)*, Camerino, 1991, pp. 183-207.

⁴⁶ Secondo la recente ricostruzione di G. VALDITARA, *Alle radici romane della Costituzione. Persona, famiglia. Stato, proprietà, libertà*, Milano, 2022, pp. 139-141 (testo) e 195-196 (note).

⁴⁷ Così, ultimamente, a ragione G. GILIBERTI, *Dossetti e la Costituzione personalista*, in *Le orme di Dossetti*, Pesaro, 2024, p. 44.

Abstract

Il contributo si concentra sul tema dell'assegnazione collettiva di terra nel 504 a.C., in seguito all'arrivo a Roma da Inregillo di Appio Claudio, e nel caso della proposta di Spurio Cassio avanzata nel 486 a.C.; accenna anche alla distinzione tra cittadini e non cittadini riguardo la proprietà della terra, sintomaticamente definita da Plinio il Vecchio come 'terra madre' dei Romani. Fonti principali, di volta in volta prese in considerazione, sono: Plin. *nat.* 2.63; 3.67-70; Cic. *off.* 3.47; Liv. 2.16.3-5; 2.41.7-9.

The paper addresses the collective assignments of land in 504 BCE, following Appius Claudius' arrival in Rome from Inregillus; and in 486 BCE for a proposal advanced by Spurius Cassius. A major focus of the study is the distinction between citizens and non-citizens regarding the ownership of land, symptomatically defined by Pliny the Elder as the 'mother land' of the Romans. Main sources, taken into consideration from time to time, are: Plin. *nat.* 2.63; 3.67-70; Cic. *off.* 3.47; Liv. 2.16.3-5; 2.41.7-9.

Keywords

Storia del diritto romano - Terra pubblica: assegnazioni collettive - Cittadini e non cittadini - Modello romano di proprietà.

History of Roman Law - Public land: collective assignments - Citizens and no citizens - Roman model of ownership.

GIANNI SANTUCCI*

*Usi civici e diritto romano***

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Si può parlare di usi civici nel «diritto romano dei Romani»? – 3. I condizionamenti della tradizione romanistica. – 4. Un modello alternativo: la *communio iuris germanici*. – 5. Un cambiamento di prospettiva: il profilo del godimento dell'utilità ai fini della comprensione storica del fenomeno. – 6. Conclusioni.

1. Gli usi civici continuano a destare un grande interesse presso la scienza giuridica italiana, lo dimostrano i contributi che non cessano di apparire¹ e lo dimostrano anche, seppur in modo più tangenziale queste giornate di studio camerti a cui mi onoro di partecipare. Da Romanista non indugio ad osservare come spesso chi si è occupato scientificamente del tema degli usi civici, nei diversi versanti disciplinari da cui tale tema può essere aggredito, abbia avvertito la necessità di una verifica del fenomeno sotto il profilo storico, date le note peculiarità di questa figura giuridica. Fabrizio Marinelli, per esempio, ha rimarcato in più occasioni la necessità «dell'attenzione alla storia» per una comprensione «autentica del fenomeno degli usi civici»². Termine, quest'ultimo, di cui

* Professore ordinario di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

** Pubblico in questa sede la relazione come pronunciata, in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Il testo pronunciato corrisponde, con variazioni formali e sostanziali, omissioni e aggiunte, a quanto già da me pubblicato in *Archivio giuridico*, 152, 2020. Ringrazio sentitamente i colleghi Carlotta Latini e Felice Mercogliano per il gentile invito.

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Da ultimo vedi G. AGRIFOGLIO, *Contributo allo studio degli usi civici e della proprietà collettiva. Una storia parallela*, Napoli, 2023.

² F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2013, p. 3.

non dobbiamo trascurare la valenza polisemica. Poiché con esso intendiamo sia quei diritti di godimento e d'uso delle popolazioni su beni altrui – gli usi civici in senso stretto o anche demani feudali – , sia pure quelle forme di proprietà collettiva consistenti nei diritti delle popolazioni su terre proprie, diritti domenicali *in re propria* su beni di Comuni, associazioni agrarie.

Com'è noto, l'estensione di tale terminologia a tutte le varie forme di godimento collettivo della terra, maturate storicamente in epoche diverse, fu una scelta della legge n.1776 del 1927, *Legge sul riordino degli usi civici nel Regno*. Ma tale operazione non fu indolore, ricordo a questo proposito che lo stesso relatore per l'ufficio centrale del Senato segnalava che «le leggi erano diverse da regione a regione, in corrispondenza degli antichi stati» essendo tali diversità fra legge e legge radicate «nella essenza loro, per i principi dominanti e per i fini proposti»³ e il senatore Santucci – non è un mio parente – sempre dell'ufficio centrale del Senato si era espresso contro tale unificazione della legislazione precedente, temendo, infatti, che «una legge unica non rispondente con esattezza alle varie, molto varie, condizioni locali» potesse «creare delle condizioni imbarazzanti per tutti» e che la legge potesse «fallire per questo agli scopi che si vorrebbero raggiungere»⁴.

Queste incertezze indussero i moderni interpreti anche ad interrogarsi sulla nostra tradizione giuridica, dove gli usi civici trovano origine e soprattutto dove sono stati forgiati i modelli dogmatici che li strutturano. Certamente, un ruolo fondamentale in questa prospettiva conserva la storia recente, quella del secolo scorso, dove hanno trovato sfogo le previsioni normative vigenti e quella, meno recente, delle tradizioni feudali e regionali dell'Italia preunitaria⁵.

Il collega Mercogliano mi ha chiamato in questa sede per cercare di capire se e in quale misura si possano rintracciare dei 'precedenti' storici del fenomeno degli usi civici nell'esperienza giuridica romana, anticipo che il mio breve intervento non toccherà solo il diritto romano 'puro', ma esso, inevitabilmente, dovrà coinvolgere pure la tradizione

³ C. CALISSE, *Relazione dell'ufficio centrale del Senato per la conversione in legge dei decreti 751 e 1484 del 1924 e n.895 del 1926, 29 marzo 1927*, in *Riv. Demani*, 3, 1927, p. 25.

⁴ *Riv. Demani*, 3, 1927, p. 50.

⁵ Un'importante sintesi relativa alla ricostruzione storica degli usi civici si ha negli studi di U. PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in E. CORTESE (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Pontignano. 30 settembre – 3 ottobre 1985, Milano, 1988, p. 491 ss.; voce *Usi civici*, in *Enc. dir.*, 45, Milano, 1992, p. 930 ss. Di recente, anche per quadro bibliografico aggiornato, G. FERRI, *Proprietà collettive e usi civici nella prospettiva storico-giuridica del Novecento*, in *Historia et ius*, 7, 2015, in www.historiaetius.eu. Fra gli ultimi, riferimenti anche in D. GRANARA, *La cultura degli usi civici. Un fenomeno globale*, Roma, 2020, p. 17 ss., e in G. AGRIFOGLIO, *Contributo allo studio degli usi civici*, cit., p. 19 ss.

romanistica e in particolare la dogmatica dell'Otto-Novecento di matrice pandettistica, che al diritto romano si rifaceva direttamente e da esso dipendeva, non dimenticando infine quello che può essere definito come l'uso 'politico' del diritto romano. Non si deve dimenticare a questo riguardo – come ci ha insegnato Riccardo Orestano – che al sintagma 'diritto romano' si è soliti ricondurre una pluralità di significati di cui lo studio storico oggi svela in modo consapevole e meditato le differenze. Così, appare opportuno distinguere un «diritto romano dei Romani» (il diritto romano 'puro') dal diritto romano inteso come tradizione romanistica, oppure come Pandettistica e anche dal diritto romano inteso come «romanesimo», intendendo con quest'ultimo sintagma l'uso politico e ideologico del diritto romano⁶. Credo sia opportuno adottare queste distinzioni perché talora in passato i dati storici sono stati confusi e sovrapposti creando, a volte, un'immagine distorta del diritto romano, oppure insistendo su schemi obsoleti, che appaiono fossili a cui si è continuato a riandare in modo traluzio e acritico⁷.

2. Svolte queste brevissime premesse, vengo immediatamente al «diritto romano dei romani. A questo riguardo, non c'è dubbio che la comunanza di godimento o di un rapporto dominicale di fondi rustici (ed ovviamente dei beni pertinenziali ad essi) da parte di piccole comunità su di esse insediate non è stata una prerogativa esclusiva della c.d. *communio* (o *condominium*) *iuris germanici*, su cui tornerò in seguito; di questo fenomeno abbiamo tracce in modo diffuso nell'ordinamento romano. Dall'Ottocento gli storici e i romanisti sono concordi nell'individuare una comunanza gentilizia degli *agri* cittadini nei primi secoli della storia romana: ciascun cittadino era titolare di una estensione immobiliare limitatissima, l'*heredium* (costituito dai *bina iugera*), mentre i vastissimi *agri* della comunità furono attribuiti come 'riserve' alle *gentes* che esercitarono una piena comunanza di godimento, non rinvenendosi alcuna traccia di una ipotetica ripartizione dominicale di esse⁸.

In età storica più avanzata, pur nel declinare del sistema gentilizio, questo modello continuò nella formazione dell'*ager colonicus* destinato ai coloni nel primo espansionismo romano. E sempre in questa prospettiva possiamo annoverare anche le forme di *ager scripturarius* e *ager compascuus* dove si concedevano (dietro canone o gratuitamente)

⁶ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 456 ss.

⁷ Sul punto mi permetto di rinviare a G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2018, p. 38 ss.

⁸ In argomento di recente L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna, 2008, p. 65 ss.

determinati usi, come per esempio quello di pascolo, a singoli o, più spesso, a comunità di cittadini⁹, ma di questo ha appena parlato con dovizia di particolari la collega Paola Lambrini e quindi mi sembra del tutto inutile insistere sul punto.

A questo proposito mi piace solo ricordare come Max Weber nel suo celebre studio sulla storia agraria di Roma, la *Römische Agraargeschichte* del 1891¹⁰, esaltò in modo radicale la tesi del carattere comunitario degli insediamenti agrari romani in età arcaica, instaurando un felice ed originale confronto con gli istituti delle comunità indifferenziate rurali germaniche di cui lo studioso apprezzava direttamente i profili socio-giuridici. Colpisce inoltre – nell’attualità dell’analisi weberiana, ben apprezzata ancora oggi nella storiografia contemporanea¹¹ – la plausibile interpretazione del passaggio dal modello di proprietà collettiva a quello individualistico del *dominium ex iure quiritium*, laddove colse nella pratica della centuriazione e redistribuzione territoriale in singoli lotti fondiari un elemento decisivo di questo passaggio.

La centuriazione da parte degli agrimensori si dimostrò perfettamente funzionale alla formazione di singole unità poderali con piena autonomia tali da dissolvere le antiche forme comunitarie. A questo elemento si accompagnò un fenomeno tanto decisivo quanto trascurato nelle passate ricostruzioni storiografiche: cioè la creazione e l’espandersi di un articolato sistema di servitù prediali destinate a garantire la piena funzionalità della proprietà fondiaria anche nella struttura solitaria di un singolo *dominus*. Come già detto, Weber aveva bene in mente come paradigma di riferimento le dinamiche di sfruttamento comunitario delle terre del villaggio medioevale. Sfruttamento che era garantito da un complesso meccanismo di circolazione dei membri della comunità volto ad assicurare a tutti costoro l’accesso ai lotti nelle varie aree territoriali del villaggio stesso. In tale prospettiva il sistema delle servitù prediali escogitato dai primi giuristi romani non faceva altro che assicurare la persistenza di tale forma di circolazione allorquando la comunità agraria venne ad essere sostituita dalle forme individuali di appropriazione.

⁹ Sul tema, com’è noto, si è depositata una sterminata letteratura. Un quadro circostanziato in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell’età repubblicana*, I, Milano, 1969, p. 371 ss.; ID., *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, p. 169 ss.; ma si veda anche F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I, Napoli, 1972, p. 20 ss. Per una visione sintetica con riferimenti bibliografici essenziali cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, pp. 498 ss. e 518 ss.

¹⁰ M. WEBER, *Die römische Agraargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats – und Privatrecht*, ed. J. DEINEINGER, Tübingen, 1986, p. 4 ss.

¹¹ Cfr., per esempio, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Max Weber e le società antiche*, I, Roma, 1988, p. 8 ss.; ID., *Max Weber e le economie del mondo antico*, Roma-Bari, 2000, p. 14 ss.

Tornando a noi, possiamo quindi plausibilmente convenire sull'esistenza di un modello avvicinabile alla proprietà collettiva, tuttavia sono troppo scarse e ipotetiche le nostre conoscenze del regime giuridico di queste forme di collettivismo agrario romano per instaurare un proficuo e rilevante collegamento con gli usi civici come ce li presenta l'esperienza medioevale. Mi pare, piuttosto, che nell'esperienza romana fosse prevalente l'idea di un semplice utilizzo del terreno e di un godimento in comune delle utilità elementari sotto un profilo direi principalmente fattuale. Il mondo romano ha offerto una forma di proprietà collettiva rurale, così è avvenuto anche nel diritto di altre società nel loro sviluppo primitivo, come l'antropologia giuridica può testimoniare. Una manifestazione di quella che nella scienza giuridica tedesca è chiamata «die Natur der Sache», cioè un fenomeno che si iscrive nella natura delle cose, al limite una figura comune allo *ius gentium*.

Talora gli studiosi che, nella prima metà del secolo scorso, di fronte a questo fenomeno così incerto nei contorni giuridici, vi hanno voluto leggere un preciso antecedente della figura degli usi civici, vanno a loro volta contestualizzati storicamente, un esempio in questo è dato dai contributi senso di Giovanni Curis¹². In essi si coglie il frutto di una visione ideologica diretta a instaurare ed esaltare una connessione fra il nuovo regime fascista, l'ideologia corporativa (con valorizzazione dell'economia agraria) e il diritto romano. Alla luce di quanto appena osservato si può anche predicare al riguardo di una forma di «falso diritto romano», una sorta di «autoproiezione» nel passato di fenomeni attuali, determinata anche dall'uso politico del diritto romano¹³.

Di recente, tali studi sono stati apprezzati, costituendo così una buona base per una ricerca di Valeria Carro, destinata a cogliere i nessi tra passato e presente in tema di usi civici¹⁴. Tuttavia, il tentativo di individuare una più precisa origine degli usi civici nell'esperienza giuridica romana non mi pare riuscito. A parte alcune affermazioni che paiono francamente azzardate come quella che gli usi civici sono «l'espressione di uno *ius singulare* imprescrittibile fondato sul diritto naturale di ragione pubblica e sociale»¹⁵, a parte ciò, dicevo, colpisce l'accostamento disinvolto e del tutto antistorico, e la sua riduzione in una narrazione unitaria, di realtà arcaiche della divisione della terra

¹² G. CURIS, *Gli usi civici*, Roma, 1928. Cfr. in argomento F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 15 e nt. 37.

¹³ Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 404 ss.

¹⁴ V. CARRO, *Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi*, in I. FARGNOLI (a cura di), *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, Milano, 2024, p. 167 ss.

¹⁵ V. CARRO, *Gli usi civici tra passato e presente*, cit., p. 168.

(*heredium*, *ager scripturarius*, *ager compascuus*, etc.) insieme a costituzioni imperiali del tardo antico, emanate, fra l'altro, nelle due *Partes imperii* e, ancora, insieme a testimonianze gromatiche, peraltro non significative, di età classica. Da tutto ciò emerge un quadro generico e confuso che non può certo supportare la conclusione a cui giunge l'autrice che «le origini degli usi civici affondano, a mio parere, nell'ordinamento agrario romano (*sic!*), ove seppure in forma embrionale se ne delinea e configura il concetto e si individuano i criteri di appartenenza orientati ai bisogni della collettività»¹⁶.

Diversamente, una testimonianza – più congrua e precisa sotto il profilo giuridico ma sovente dimenticata nella riflessione storiografica – di un paradigma riconducibile al paradigma della proprietà collettiva si rinviene nel fenomeno della c.d. proprietà non divisa, il *consortium ercto non cito*. Di questa figura giuridica non vi è traccia nel *Corpus iuris civilis* ed è stata praticamente ignorata nella tradizione giuridica medioevale e moderna fino al ritrovamento papiraceo di un passo delle Istituzioni di Gaio avvenuto in Egitto meno di un secolo fa ad opera di Vincenzo Arangio Ruiz. Si trattava di una forma di proprietà indivisa che si poteva realizzare fra i discendenti di una unità familiare alla morte del *pater familias*, titolare del patrimonio familiare, ciò avveniva per natura delle cose e tacitamente. Una fattispecie che credo si possa avvicinare a quella prevista dalle cc.dd. leggi della montagna, dove si ha la titolarità di una chiusa comunità dei discendenti di trarre tutte le utilità del proprio antico patrimonio fondiario. Il *consortium* poteva anche instaurarsi fra estranei, che volessero porre in comune un patrimonio o un bene reale. La costituzione avveniva attraverso un meccanismo processuale adattato a livello negoziale e capace di creare l'effetto reale della comproprietà.

A questa forma di 'proprietà comune' era del tutto estraneo ogni concetto astratto di *pars quota*, elemento fondativo del modello comproprietario del diritto romano dall'età preclassica. Nel regime del *consortium* ciascun partecipante era proprietario per l'intero dei beni interessati; ciascun consorte aveva il potere di disporre pienamente e gli effetti del suo atto di disposizione si producevano nei confronti di tutti i consorti. La proprietà di ciascuno, di conseguenza, non aveva carattere esclusivo quanto alla proprietà degli altri consorti. Si trattava di un potere di rilevanza pratica e implicante, sul piano del diritto, la possibilità per la consorteria di non vivere in modo autarchico, ma di conciliare fruttuosamente l'utilità dello stato di indivisione con le opportunità del commercio giuridico. Di certo, problemi potevano porsi circa i conflitti in tema di disposizione

¹⁶ V. CARRO, *Gli usi civici tra passato e presente*, cit., p.184.

giuridica del bene. Nulla ci dicono le fonti e così, di fronte alla possibilità da parte di uno dei consorti di un atto dispositivo che collidesse con gli interessi di un altro o di altri *consortes*, si è ipotizzato in modo plausibile come strumenti correttivi o il fatto che ci fosse la necessità di un preventivo assenso degli altri comproprietari, o un posteriore diritto di veto (*prohibitio*) da parte di uno di essi¹⁷.

3. Alla luce di una corretta metodologia nella comparazione diacronica, il «diritto romano dei Romani» viene ad offrire quindi la percezione di fenomeni che, in ragione della insufficienza delle nostre conoscenze e dell'incertezza dei contorni giuridici ricostruiti in modo ipotetico, rimangono distanti dalla figura giuridica degli usi civici. Il diritto romano inteso nella sua veste ben più ampia e, se vogliamo, generica di tradizione romanistica, estesa fino alle propaggini del giusnaturalismo di tradizione francese e della Pandettistica, merita invece una riflessione perché ha fornito, anche se possiamo dire in negativo, alcuni fondamentali presupposti dogmatici alla luce dei quali la scienza giuridica dell'ultimo secolo si muove nella lettura degli usi civici.

Il tema è quello della concezione del diritto di proprietà, poiché, come sappiamo e come ci ricorda anche Fabrizio Marinelli «un discorso sugli usi civici non può non essere un discorso sulla proprietà»¹⁸. Concezione, come è noto a tutti, intesa in senso schiettamente individualistico che ha dominato e domina la tradizione giuridica romanistica continentale e non solo; modello napoleonico-pandettistico¹⁹, cui si sono sempre attribuite radici profonde nel diritto romano classico, che esprimeva un paradigma, fondato su un profilo soggettivo, imperniato sulla figura del *dominus ex iure quiritium*, orientato eticamente alla supremazia del singolo individuo detentore di un potere esclusivo sul bene oggetto di *dominium*.

Ma non c'è dubbio che siffatta concezione individualistica tipica del *dominium ex iure quiritium*, abbia trovato, in ragione dell'affermarsi in Europa dell'economia liberale e

¹⁷ Sul regime dell'istituto una ragionata sintesi in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (dir. rom.)*, cit., p. 172 ss., e in M. TALAMANCA, *Società (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 52, Milano, 1990, p. 815 ss. Più di recente, con ulteriori riferimenti bibliografici, si vedano G. ARICÒ ANSELMO, *Societas inseparabilis o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli, 2001, p. 149 ss.; A. CALAZADA, *Consortium erecto non cito. Consortes qui a commune discedere potest*, in *Iura*, 59, 2011, p. 151 ss.

¹⁸ F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 5.

¹⁹ Per un primo inquadramento circa questi condizionamenti culturali ed ideologici mi sembra d'obbligo il rinvio agli studi di Paolo Grossi, fra cui si vedano almeno: *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 208 ss.; ID., *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, p. 226 ss.; ID., *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019.

della rivoluzione borghese, prima nel *Code civil des Français* e a seguire nel *Pandektenrecht*, delle profonde casse di risonanza²⁰. Per l'Italia conosciamo le dipendenze che la civilistica italiana e, direi più in generale la scienza giuridica, ebbe fra Otto e Novecento. Primo punto di riferimento, sotto il profilo normativo, fu la Francia, cui seguì a partire dalle ultimissime decadi dell'Ottocento, la Germania che contribuì al rinascimento della scienza giuridica italiana²¹.

Non mi attardo su come il concetto romano classico di *dominium* fu elaborato ed amplificato nella tradizione romano-civilistica italiana²², basterà qui ricordare l'autorità de *Le lezioni sulla teoria della proprietà nel diritto romano* di Vittorio Scialoja pubblicate nel 1928, dove, dopo aver passato in una rassegna preziosa e diligente tutte le principali definizioni del concetto di proprietà dalle fonti medioevali ai principali pandettisti e civilisti italiani, l'illustre giurista viene a concludere: «enumerando le definizioni di proprietà abbiamo notato che se alle definizioni date da qualche scrittore non si fosse aggiunta una determinazione da cui risultasse che le definizioni in questione si riferivano al diritto privato, queste potevano benissimo apparire come definizioni della sovranità. E si tratta effettivamente di un'analogia strettissima, tanto che senza niuna difficoltà si può dire, che la proprietà individuale è nel diritto privato, una vera sovranità della persona sulla cosa»²³.

La ricaduta di questa impostazione comune non consentì nessuna apertura verso una teorizzazione o anche mera ammissibilità di forme di proprietà collettiva presso la civilistica italiana. Si tratta di cose note e sarà sufficiente pure qui una citazione emblematica, quella di uno dei padri del diritto commerciale italiano e fra i più grandi fallimentaristi, Gustavo Bonelli: «il concetto di proprietà quale ci è stato trasmesso dal diritto romano, e quale unicamente è ammissibile presso di noi ... è indissociabile

²⁰ Per tutti, P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere' – L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 375 ss.

²¹ Anche su questo punto esiste una amplissima storiografia, rinvio per un primo e meditato quadro a P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 50 ss. Per una sintesi F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009, p. 152 ss. Di recente si veda P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, cit.

²² Per un affresco culturale e metodologico cfr. anche M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino, 2007; e, più di recente, G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in I. BIROCCHI - M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari; tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, p. 63 ss.

²³ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante*, Roma, 1928, II, pp. 255 ss. e 303.

dall'idea d'un rapporto di assoluta subbiezione d'una cosa verso una volontà individuale. Quando si parla di proprietà collettiva si usa questa parola in un significato diverso. E storicamente anteriore alla genesi stessa della vera proprietà. La nota caratteristica della proprietà è la esclusività; essa non può essere che un rapporto essenzialmente individuale»²⁴. Si tratta, per concludere, di una delle più chiare manifestazioni di quello che Aldo Schiavone ha definito il «diritto privato romano-borghese», «in cui elementi antichi e nuove riflessioni si componevano in una costruzione concettuale tendenzialmente chiusa e fortemente compatta»²⁵.

Mi preme altresì ricordare che alla preminenza di siffatta visione individualistica del diritto proprietario concorreva lo stato delle fonti a disposizione e buona parte della stessa storiografia romanistica del tempo. Nel *Corpus iuris civilis*, infatti, la netta prevalenza dei materiali 'normativi' era costituito dalla giurisprudenza romana tardo classica e non si erano conservate fonti più risalenti in cui eventualmente si sarebbero potute rintracciare testimonianze di paradigmi proprietari non di impronta individualistica. Gli stessi romanisti che indagavano storicamente il diritto privato romano classico, in più d'una occasione, mostrarono di essere comunque condizionati dalla visione tradizionale e dall'impostazione dogmatica pandettistica. In altri casi, si volle evidenziare come l'etica cristiana avesse permeato profondamente il diritto giustiniano conducendo ad un voluto ridimensionamento del carattere individualistico del concetto classico di proprietà, che veniva esaltato proprio in contrasto con la dimensione solidale cristiana del diritto giustiniano²⁶.

Ma da tempo lo sguardo del romanista, orientato da una più equilibrata visione storica e munito di una più matura metodologia, è portato a ridimensionare in modo deciso il carattere spiccatamente individualistico attribuito tradizionalmente alla proprietà romana. A questo riguardo si deve innanzitutto registrare l'assenza di qualsiasi definizione del concetto di proprietà nelle opere dei giuristi romani e tantomeno di qualsiasi accenno al carattere individualistico di essa; quelle che un tempo furono date sono il frutto di un

²⁴ I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali, in *Riv. dir. comm.*, I, 1903, p. 297.

²⁵ A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari, 1984, p. 62.

²⁶ In questa direzione fece 'scuola' l'opera di Salvatore Riccobono testimoniata in un nucleo non piccolo dei suoi studi. Ricordo, fra i più significativi, *Dalla «communio» del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in legal history*, Oxford, 1913, p. 33 ss. In argomento ora G. SANTUCCI, *I diritti reali in Salvatore Riccobono tra critica interpolazionistica ed etica cristiana*, in M. VARVARO (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'incontro internazionale di studi (Palermo 29-30 marzo 2019)*, Palermo, 2020, p. 143 ss.

uso distorto e fallace delle fonti romane che già un romanista di vaglia come Pietro Bonfante bollò come «feticismo esegetico d'altri tempi»²⁷. Di contrasto, non si può trascurare la messe di fonti epigrafiche di contenuto giuridico venute alla luce in quest'ultimo secolo che ci restituiscono un quadro della proprietà classica, sia in Roma che nelle province, caratterizzato da un fascio di limitazioni notevoli dell'autonomia del proprietario su cui purtroppo adesso non è possibile insistere neppure con qualche breve cenno.

Credo quindi che colga nel segno Luigi Capogrossi Colognesi, fra i massimi esperti della proprietà romana, quando scrive che: «la migliore percezione del contenuto concreto della proprietà, nelle varie fasi della storia del diritto romano, è quella offerta dal regime di limiti e di vincoli ad essa imposti».

Proprio alla luce di questi dati, analizzati in profondità, lo studioso giunge alla significativa conclusione di quanto «possano risultare evidenti l'astrattezza e il carattere aprioristico di certi orientamenti dottrinali, che indipendentemente dalle indicazioni offerte in proposito dalla documentazione disponibile, si sono irrigiditi sulla enunciazione-definizione della natura della proprietà romana abbastanza discutibile. Ci riferiamo alla concezione tutta ottocentesca che la proprietà romana fosse fin dall'inizio potenzialmente illimitata ed assoluta»²⁸.

4. Come sappiamo, l'impostazione, diciamo «romano-borghese», della proprietà ha retto in modo indiscusso fino ad oltre la metà del secolo scorso, si dovrà attendere il contributo di Salvatore Pugliatti nel versante privatistico²⁹ e quello di Massimo Severo Giannini in quello pubblicistico³⁰ per riscoprire e valorizzare l'autonomia concettuale della proprietà collettiva. Il dominio del concetto individualistico proprietario ebbe l'ulteriore e non secondario effetto di condurre buona parte della dottrina che si occupava di usi civici, soprattutto dopo l'intervento legislativo del 1927, a radicare la propria impostazione dogmatica sulla figura antitetica della *communio iuris germanici* o comunione a mani riunite («zur gesamten Hand»), caratterizzata da un vincolo di indivisibilità e di indisponibilità *pro quota*.

²⁷ Cfr. tali tentativi definitivi e la relativa critica in P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. II, *La proprietà*, parte I (rist.), Milano, 1966, p. 233 ss.

²⁸ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (dir. rom.)*, cit., p. 188 s.

²⁹ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 213 ss.

³⁰ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pp. 33 ss. e 159 ss.

A riguardo si deve osservare come la valorizzazione di questo modello antitetico di proprietà nella Germania di fine Ottocento e del primo Novecento fosse il frutto di un'evidente carica ideologica che attraversava la cultura giuridica del tempo, quella dei germanisti che si ponevano in opposizione al diritto straniero, il diritto romano, ancora vigente negli stati tedeschi e poi nell'Impero³¹. Non è un caso, infatti, che non pochi giuristi tedeschi del tempo esaltassero forme di comunità familiari o agrarie, improntate alla proprietà collettiva (*Genossenschaft* e *Gemeinschaft*) in antitesi al modello romanistico.

Il modello della *communio iuris germanici* mise radici anche in Italia nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza al fine di fornire un presupposto teoretico alla prassi degli usi civici, nonostante il fatto che tale figura di comunione fosse stata in realtà sempre estranea alla tradizione giuridica italiana, come è stato poi dimostrato autorevolmente dagli storici del diritto. Basti qui ricordare che a proposito della *communio iuris germanici* Paolo Grossi ha parlato di una «figura fantomatica», solo utile «per rendere definita una contrapposizione, vale come comproprietà non romana, come struttura liberata da troppo rigide premesse individualistiche»³².

5. Accertata l'estraneità del modello della *communio iuris germanici* rispetto alla categoria dei c.d. demani civici, la riflessione storiografica ha proseguito il suo percorso di ricerca. E così, Ugo Petronio, fra i massimi esperti del tema, ha voluto esplorare la possibilità «che anche l'esperienza giuridica del passato abbia guardato, in particolare situazioni e per particolari categorie di cose, soprattutto alle utilità concrete che si potevano trarre da esse e, assai meno di contro, alle cose stesse sulle quali le utilità erano «infisse»»³³.

L'analisi condotta sulle fonti del diritto intermedio con riferimento agli usi civici (*ius pascendi, ius lignandi, ius boscandi, ius aquandi...*) o agli stessi c.d. demani civici (*pascua, prata, sylvae, montes, valles*) ha dimostrato come gli interpreti avessero riguardo soprattutto al godimento dei servizi prestati dal suolo più che al suolo in sé e alla sua titolarità. Significative al riguardo le stesse parole di Petronio: «prende corpo il sospetto che il bene, nel senso giuridico di oggetto del diritto, fosse rappresentato soprattutto dalle diverse

³¹ In argomento U. PETRONIO, *Rileggendo la legge usi civici*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, p. 94 ss.

³² P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 385 s. Cfr., anche, U. PETRONIO, *Usi e demani civici*, cit., p. 511 s.

³³ U. PETRONIO, *Usi e demani civici*, cit., p. 511.

utilitates del suolo e che quest'ultimo, invece, restasse prevalentemente una cosa, necessaria all'esistenza del bene ma non identificabile compiutamente con esso»³⁴.

Si può osservare come siffatta suggestiva lettura del paradigma degli usi civici, in cui si sgancia definitivamente la titolarità del suolo dal suo effettivo e concreto godimento, privilegiando quest'ultimo, non appaia estranea alle fonti romane. Intendo riferirmi al regime giuridico delle *res in usu publico: viae, flumina* ma anche e soprattutto *loca publica*³⁵. A proposito di ciò ricordo che il Pretore predisponesse un sistema di protezione interdittale³⁶ che permetteva ai singoli cittadini di agire giudizialmente contro condotte incompatibili con la destinazione di alcuni beni al soddisfacimento di interessi generali ovvero contrarie al diritto individuale di fruire liberamente del bene *uti civis*. Tali *interdicta 'de locis publicis'* erano essenzialmente rivolti alla salvaguardia delle condizioni fattuali di utilizzo collettivo dei beni da parte dei consociati, e spesso erano caratterizzati da un regime di legittimazione attiva popolare. Nel complesso, dunque, tale regime di tutela delle *res in usu publico* mirava a proteggere la facoltà di uso del bene da parte della comunità - o, meglio - le diverse forme di utilizzazione dei beni compatibili con la loro destinazione, a prescindere da qualsiasi considerazione circa la titolarità di tale categoria di beni pubblici. La tutela delle *res in usu publico*, dunque, non era perseguita attraverso l'individuazione di un ente esponenziale (lo Stato o enti pubblici minori), considerato titolare di un diritto di proprietà sulle stesse, quanto piuttosto attraverso la predisposizione di una serie di rimedi attivabili dai privati a tutela del loro uso - *rectius* dei loro usi - da parte della collettività. Giambattista Impallomeni ha indagato con profondità le fonti pertinenti, venendo a concludere che, fra le *res in usu publico*, i giuristi romani consideravano anche strade vicinali, laghi, stagni, zone boschive, canali (di derivazione, di irrigazione, di comprensori di bonifica), la cui appartenenza certamente faceva capo ad enti pubblici (per esempio: *civitates, vici o pagi*), ma pure a gruppi di privati o addirittura a singoli.

In concreto poteva avvenire che l'uso di queste *res* fosse limitato ai soli abitanti di una specifica e circoscritta comunità, in particolarmente in tema di viabilità, a tal

³⁴ U. PETRONIO, *Usi e demani civici*, cit., p. 514.

³⁵ In argomento, con amplissima bibliografia, da ultimo A. SCHIAVON, *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu publico*, Napoli, 2019.

³⁶ Per un quadro sintetico mi permetto di rinviare a G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuri publici tuendi gratia*, Padova, 2001, p. 131, nt. 81.

proposito lo studioso faceva riferimento a determinate categorie ristrette di soggetti³⁷. Si rinviene così nell'esperienza giuridica romana una fattispecie, certamente circoscritta, ma comunque simile a quella che la contemporanea storiografia ha individuato nel cogliere l'origine storica dei c.d. demani civici in età medioevale.

6. Concludo il mio rapsodico intervento, osservando come in una prospettiva comparatistica diacronica, sia arduo rinvenire un vero e proprio percorso concatenato in tema di usi civici, fatto di continuità ed eventualmente di punti di discontinuità fra diritto romano e contemporaneità, come si potrebbe agevolmente svolgere per tante altre figure giuridiche o istituti, basti pensare per rimanere in tema, all'ambito dei diritti reali di godimento. Cogliendo una differente prospettiva diacronica, mi piace osservare come alcuni paradigmi che informano l'essenza e la struttura degli usi civici abbiano trovato diffusione in un lontano passato e poi, caduti in una forma di oblio, siano riemersi in epoche posteriori, senza che però gli interpreti avessero contezza di quel passato.

Viene così a realizzarsi un fenomeno simile a quello, curioso ma non del tutto infrequente, intuito e teorizzato, con riferimento al pensiero filosofico orientale legato alla ciclicità e al ripetersi dei fenomeni, da uno dei massimi giuristi austriaci del secolo scorso, Theo Mayer-Maly: il c.d. ritorno delle figure giuridiche: «die Wiederkehr von Rechtsfiguren»³⁸, quando si percepisce come inedita una figura giuridica che in realtà era già stata escogitata in esperienze precedenti, ma la cui esistenza si era poi dispersa nei meandri degli sviluppi storici.

Bologna, agosto 2024

³⁷ G.B. IMPALLOMENE, *In tema di strade vicinali* [1987], ora in ID., *Scritti di diritto romano e di tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 541 ss. Ma vedi anche ID., *Appunti dalle lezioni di storia del diritto romano*, Padova, 1993, p. 5 ss.

³⁸ T. MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, in *JZ*, 26, 1971, p. 1 ss.; cfr. anche la traduzione italiana in F. MARINO (a cura di), *Diritto e società*, 4, 1999, p. 529 ss.

Abstract

Una volta definiti e ricondotti gli usi civici al modello teorico della proprietà collettiva, l'Autore individua delle assonanze fra questi e alcune forme di proprietà collettiva o di godimento collettivo di beni comuni rinvenibili nell'esperienza giuridica romana, per poi osservare come il fenomeno della proprietà collettiva fu rifiutato nella tradizione romanistica successiva, soprattutto per istanze ideologiche legate alla difesa della sacralità della proprietà privata, mentre è rimasto presente in altri filoni secondari (*communio iuris germanici*).

The 'Usi civici' were attributed to the theoretical paradigm of the common property. The Author identifies some assonances between them and some aspects of the common use of the property in the Roman law. Furthermore he notices that the Civilian Tradition adopted almost always the individualistic type of the private property, refusing the paradigm of the common property. This paradigm was confined to fields of less importance (*communio iuris germanici*).

Keywords

usi civici – proprietà collettiva – diritto romano – tradizione romanistica
'usi civici' – common property – Roman law – Civilian Tradition

MASSIMILIANO VINCI*

*Adversus hostem aeterna fictio: stranieri e actio Publiciana***

Sommario: 1. Diritto di proprietà e principio di reciprocità. – 2. Tutela reale per gli stranieri: l'emersione di uno squilibrio. – 3. *Actio Publiciana* e protezione pretoria dell'affidamento negli scambi commerciali. – 4. Potenzialità espansive della *fictio (usucapionis)*. – 5. Stranieri ed *in bonis habere*. – 6. Empirismo dogmatico e concretezza della effettività della salvaguardia *in rem*. – 7. Eternità della finzione e realtà della tutela.

1. La molteplicità di prospettive emerse dalle relazioni dei Colleghi, che ho avuto il piacere di ascoltare, ha fatto chiaramente emergere come l'elemento centrale del tema di ricerca, al centro dei lavori del Convegno, sia il tentativo (più volte reiterato da parte del legislatore moderno) di cancellazione dell'esistenza nella storia di una pluralità di diritti di proprietà – *demania*, appunto, in latino ed al plurale – insistenti sullo stesso bene, in capo ad una pluralità di soggetti. Quello sforzo è stato il frutto – e continua a rappresentarlo nella vigenza contemporanea dell'ordinamento nazionale – di una scelta politica, economica e, soprattutto, giuridica, che ha finito per far considerare la proprietà individuale, assoluta, sovrana, escludente ed esclusiva, come modello unico e sostanzialmente autoimpositivo ed autogiustificativo, rispetto ad ogni forma di appropriazione. Ho impiegato una varietà di aggettivi con l'intento (neppure troppo velatamente provocatorio) di far emergere un elemento, peraltro messo benissimo in luce già dalle parole introduttive di Raffaele Volante: il contenuto astratto, al limite

* Professore associato di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

** Queste sintetiche annotazioni sviluppano il senso di un breve intervento svolto a margine del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici (Camerino 21-22 maggio 2024)* (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006). Il testo cerca di conservare l'immediatezza del colloquio con i Colleghi, che continuo a ringraziare per l'attenta pazienza con la quale hanno ascoltato le mie parole. La bibliografia è limitata all'essenziale.

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

dell'assioma, del diritto di proprietà, per come ancora oggi disciplinato nella nostra legislazione civilistica.

E proprio quell'astrattezza, di chiara matrice borghese e liberale¹, ha rappresentato anche la ragione della sua generale applicabilità a chiunque, di modo che, cioè, il godimento di 'quella' proprietà (e, in senso più ampio, dei diritti reali) su un bene, fosse indipendentemente dalla condizione giuridica della persona. Tanto è vero che il legislatore italiano del 1865 non aveva sentito affatto l'esigenza di codificare il principio di reciprocità (reintrodotto solamente nel codice del 1942, dall'art. 16 delle "Disposizioni sulla legge in generale", le cd. "preleggi"). Nella visione ottocentesca del Codice civile per il Regno d'Italia, lo straniero godeva di un trattamento paritario col regnicolo e, per il profilo che ora interessa, il suo diritto di proprietà era garantito e tutelato esattamente come quello di un italiano, anche perché non mi sembra difficile sostenere come l'uniformità sia solo un'altra faccia dell'astrattezza.

Oggi, invece, nonostante il processo di globalizzazione sempre più esteso e pervasivo, ad esempio, un cittadino nordcoreano può essere proprietario di un determinato bene in Italia (si pensi ad un complesso industriale) a patto che un cittadino italiano possa esserlo in Corea del Nord.

2. Ovviamente pur se l'esempio vale soltanto come provocazione, non per questo – credo – perde di efficacia come stimolo di discussione. Discussione che muove dall'osservazione di un vistoso squilibrio nel bilancio relativo alla gestione del complesso dei rapporti giuridici che i Romani ebbero con gli stranieri². Se è indubitabile, infatti, l'apertura che i primi dimostrarono nei confronti dei secondi, tanto in rapporto al settore negoziale dei contratti consensuali, attraverso l'impiego della clausola della *bona fides*, quanto in quello processuale, attraverso l'impiego del processo *per formulas*, sono ben comprensibili, d'altra parte, le ragioni di maggiore ritrosia nel campo del diritto di famiglia e, di conseguenza, in stretto collegamento a quello, anche nel settore delle successioni.

Eppure, nemmeno il tema della proprietà e, più in generale, dei diritti reali avrebbe visto una possibilità di accesso per gli stranieri, paragonabile ai relevantissimi spazi di

¹ V., per tutti, R. CARDILLI, *Schemi romani dell'appartenenza e modelli di resistenza nella tradizione civilistica*, in *Diritto@Storia*, 16, 2018, on line (ora in *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2023, pp. 219-239).

² Sul punto, v., per tutti, F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, 2020, spec. p. 17 ss.

autonomia negoziale che lo *ius gentium* e lo *ius honorarium* aveva messo loro a disposizione, in relazione all'operatività degli strumenti giuridici indispensabili per i traffici commerciali su scala sopranazionale.

3. In altre parole, si sarebbe verificata una forte chiusura giuridica, ancor più evidente se comparata, appunto, alla usualità e frequenza della tutela dei rapporti commerciali: un divario così accentuato non avrebbe potuto non condurre ad una grave disfunzione dell'intero sistema degli scambi.

La generale accessibilità della *traditio* quale modo di trasferimento della proprietà³, si sarebbe dimostrata, infatti, insufficiente, qualora l'oggetto della trasmissione fosse stata una *res mancipi*, rispetto alla quale non vi sarebbe stato alcun modo per lo straniero di acquisire qualsiasi posizione giuridica assoluta all'interno dello *ius civile*; si pensi, ad esempio, al commercio di schiavi, rispetto ai quali, l'acquirente straniero proprio perché impossibilitato ad accedere alla *mancipatio*, si sarebbe visto privo di ogni tutela reale civilistica, qualora avesse avuto necessità di una protezione a Roma (v. *infra*, § 6).

Lo iato appare, poi, tanto più considerevole, quanto più si rifletta sui dubbi circa la possibilità per lo straniero di ricorrere a quella formidabile innovazione rappresentata dalla protezione accordata dal pretore, attraverso tutto l'articolato (ed efficacissimo) sistema dell'*in bonis habere* ed in particolare dell'*actio Publiciana*⁴. Si viene così a creare quello schema, del tutto peculiare dei Romani, che già Gaio qualifica *duplex dominium*⁵ e che fa emergere la contrapposizione con l'unica forma di protezione reale (la *reivindicatio*) approntata per l'unica forma di rapporto assoluto di appartenenza fino ad allora (*olim di Gai. 2.40*)⁶ riconosciuto: il *dominium ex iure Quiritium*.

³ Per un serrato dialogo col manuale di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, p. 416 s., v. B. SIRKS, *A Question about actio Publiciana*, in L. GAROFALO, L. ZHANG (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità (Atti del Convegno internazionale di Shanghai. 13 – 15 novembre 2014)*, Pisa, 2017, pp. 307-320.

⁴ Indispensabile F. GALLO, *Actio Publiciana (in rem)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 267-270. V. per una puntuale disamina della «forse più nota» fra le finzioni pretorie, E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, p. 294 ss.; adde F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, spec. p. 110 ss.

⁵ Gai. 1,54 *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegatur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

⁶ *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque*

Pur senza scendere qui nei dettagli della dialettica delle parti in giudizio (*exceptio rei venditae et traditae; exceptio iusti domini; replicatio doli*)⁷ basti qui brevemente osservare gli esiti dell'applicazione dell'ipotesi più risalente del mancato impiego della *mancipatio* o della *in iure cessio*, in occasione della compravendita di *res Mancipi*. Ebbene, come notissimo, pur essendo il venditore tenuto contrattualmente soltanto alla garanzia per l'*habere licere*, il compratore – pur se Romano – sarebbe rimasto privo di tutela reale contro i terzi, nel quadro di una compravendita come meri effetti obbligatori. Poiché l'esperibilità *erga omnes* dell'*actio Publiciana* copre, per l'appunto, quella specifica esigenza, l'effetto finale non può che coincidere con la concessione di una sostanziale efficacia reale alla compravendita (che restava, in ogni, caso ad efficacia obbligatoria) indipendentemente dall'idoneità dell'atto di trasferimento.

Ma, quel che vale per un Romano è possibile che valga anche per chi Romano non sia?

4. Il problema «di regola trascurato»⁸ si pone, evidente, a causa della struttura dell'azione. Nello specifico – cosa parimenti notissima – in ragione della *fictio* in essa contenuta e, sulla quale, in sostanza, si fonda lo stesso meccanismo di tutela: il tempo dell'*usucapio*. Questo è l'unico requisito dell'usucapione, del quale si finge la ricorrenza, dal momento che tutti gli altri devono necessariamente essere presenti (Gai. 4,36 ... *Nam fingitur quia non potest eam rem ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucapisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset ...*).

In tale maniera, e in linea di continuità con l'esempio appena fatto, un Romano, ad esempio, che avesse acquistato uno schiavo senza che il venditore gliene avesse fatta la *mancipatio*, avrebbe dovuto attendere (soltanto) il trascorrere di un anno (*anno possedisset*)⁹ prima che la tutela pretoria divenisse, per lui, superflua. Una situazione provvisoria, dunque, che avrebbe trovato il suo compimento attraverso l'ottenimento del definitivo *dominium* e della relativa *reivindicatio* ma che fino, ad allora, sarebbe stata difesa proprio

dominus erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

⁷ F. GIGLIO, *The Concept of Ownership in Roman Law*, in ZSS, 135, 2018, spec. p. 86 s.

⁸ Così, L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 98, nt. 68.

⁹ Tab. 6,3 (Cic., *top.* 4,23) *usus auctoritas fundi biennium est, – ceterarum rerum omnium – annus est*; con rilevanti differenze, storicamente giustificabili, v. *Ulp. Ep.* 19,8 *Usucapione dominia adipiscimur tam Mancipi rerum, quam nec Mancipi. usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.*

dell'*actio Publiciana*; con una protezione che, *quo ad effectum*, avrebbe coinciso con l'azione di *ius civile*. Per un Romano, in conclusione, a fronte del medesimo affare della compravendita di uno schiavo senza *mancipatio*, la tutela obbligatoria con l'*actio ex empto* si sarebbe dipanata in parallelo con quella reale dell'*actio Publiciana*, grazie al determinante apporto – su entrambi i fronti – della *iurisdictio* del pretore, integrata dalla *bona fides* dell'*usucapio* da un lato e della *bona fides* dell'*emptio-venditio* dall'altro¹⁰.

Un meccanismo efficiente, dunque, perché riduce al minimo – in termini temporali – la necessità della sua applicazione ed un meccanismo efficace, perché – nel periodo in cui si trova ad operare – riesce a fornire una copertura *erga omnes* totale, al pari della corrispondente azione *iuris civilis*; tante e così rilevanti qualità che viene da pensare alla possibilità che gli stessi Romani ne facessero scientemente ricorso per evitare, in concreto, le difficoltà di dover per forza far ricorso – magari anche su scala seriale – alle complessità formali della *mancipatio*.

Apparirebbe, allora, quasi un controsenso non ammettere – sia pure in forma ipotetica, data la completa assenza di fonti in proposito – che anche gli stranieri potessero godere di un così duttile e funzionale strumento; d'altra parte, l'equiparazione con i Romani per l'ambito obbligatorio non sembra coerente con la loro posizione del tutto subordinata, per non dire 'inesistente', sul piano reale.

5. Si dirà: gli stranieri non avrebbero mai potuto accedere all'*actio Publiciana*, poiché non erano ammessi all'*usucapio*, in quanto *ius proprium civium romanorum* (Gai. 2.65) che conduceva all'acquisto del *dominium ex iure Quiritium*, incompatibile pertanto col loro *status* di *peregrini*.

Ma la (sebbene correttissima) profonda negatività di questa posizione potrebbe essere attenuata attraverso alcuni rilievi.

Gaio qualifica esplicitamente – sempre in 4.36 – la posizione del titolare dell'*in bonis* come quella di colui che *quasi ex iure Quiritium dominus factus esset*: una condizione equiparata, ma assolutamente non coincidente con quella del proprietario quiritario e, proprio perché non coincidente, teoricamente capace di essere assunta anche da chi Romano non fosse.

¹⁰ M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Napoli, 1999, p. 111, nt. 94, per cui era «evidente che la c.d. *factio iuristica* dipendeva dall'integrazione dei presupposti indicati nella formula stessa, l'*emptio* da parte dell'attore che avesse in buona fede ottenuto la *traditio* di una *res mancipi*, o di una *res* qualsiasi *a non domino*».

E quella condizione, se per il Romano non avrebbe più ragione di esistere nel momento in cui egli avesse acquistato il *dominium* attraverso l'usucapione, per lo straniero potrebbe anche immaginarsi come una condizione *sine die*. Assodato, infatti, che egli non potrà mai usucapire per quanto appena detto, gli si potrà concedere, invece, una tutela giuridica pretoria a tempo indeterminato, attraverso una sorta di *aeterna fictio*, parafrasando il precetto di Tab. 6.4¹¹. Si potrebbe, cioè, sempre operare sull'elemento temporale e fingere che il *dies a quo* per l'inizio dell'usucapione (da lui mai realmente conseguibile, si ripete) inizi ogni volta, in cui egli agisca con la *Publiciana*. Tutti gli altri elementi richiesti per quel simulacro di usucapione sarebbero comunque presenti anche in capo allo straniero. In questo senso, si può immaginare, senza difficoltà, che nel contesto di un contratto di compravendita di una *res mancipi* la *bona fides* dell'acquirente straniero coincida necessariamente con la *bona fides* quale requisito soggettivo dell'*usucapio* (ovviamente, soltanto in chiave figurata).

Se si consente allora l'impiego di una metafora, si potrebbe sostenere che la 'ripetizione' soltanto dell'elemento della *fictio* temporale avverrebbe come nel pulsante di un cronografo, che azzeri i tempi ogni volta che lo si preme: ogni volta che lo straniero agisce con la *Publiciana*, azzeri il cronografo, che riparte senza mai arrivare al tempo di una impossibile e, (come si chiarirà di qui ad un attimo) per lui inutile anche usucapione.

6. Sì; un'usucapione inutile, quantomeno dal suo punto di vista.

Lo straniero, infatti, è già proprietario (i.e.: l'equivalente di *dominus* nel suo ordinamento) e resta proprietario per un ordinamento, che non conosce la *mancipatio* e per il quale, di regola, la consegna (magari accompagnata dal pagamento del prezzo, nello schema della vendita a contanti, usuale fra i popoli dell'Egeo)¹² trasferisce la proprietà. È, dunque, pienamente protetto nei rapporti sia con i suoi concittadini, sia con tutti gli altri stranieri dal *praetor peregrinus* che *ius dicit ... inter peregrinos*.

Per il resto, egli non ha la passione per le etichette; non gli interessa la qualificazione *ex iure Quiritum*¹³, né si potrebbe neppure facilmente sostenere che sia per lui rilevante la consapevolezza della complessità della portata giuridica di quel sintagma.

¹¹ M.F. CURSI, *La mancipatio e la mancipatio familiae*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli, 2018, p. 351 ss.

¹² V., per tutti, M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 320 s.

¹³ Per una lettura originale, ma non sempre limpida, dell'«emersione del dominio quiritario» v. O. SACCHI, «*Ager est, non terra*» (Varro, l.L. 7.2.18). La «proprietà quiritaria» tra natura e diritto con qualche riflessione in prospettiva attuale, in *Diritto@Storia*, 16, 2018, on line.

Non è *Quiris* ed anche se avesse avuto lo *ius commercii*, con la connessa possibilità di compiere i *gesta per aes et libram*, non essendo *civis*, quel *dominium*¹⁴ sarebbe stato per lui un obiettivo irraggiungibile¹⁵.

Il suo approccio al tema è, piuttosto, empirico e fattuale, immerso com'è in un contesto giuridico ed economico di traffici internazionali, dove la sicurezza degli scambi rappresenta un valore irrinunciabile, affinché l'intero sistema riesca a funzionare, sulla base dell'affidamento reciproco fra le parti.

Ecco, allora, come la protezione reale della *Publiciana* assume un'importanza ancora più rilevante, nel momento in cui si immagina che un avente causa di quello straniero sia questa volta un Romano, che si trovi ad acquistare da lui una *res Mancipi*. Il caso si sarebbe presentato frequentemente nella prassi. Un mercante straniero vende uno schiavo ad un Romano. Il venditore adempie integralmente l'obbligazione del contratto

¹⁴ Su questo punto, v. però, le posizioni diametralmente opposte da un lato di B. SIRKS, *A question*, cit., p. 311 s. («the grant of *commercium* to non-Romans would have allowed these to participate in the *mancipatio* and so become owner. *Commercium* also implied *usucapio*, but whether this extended to immovables is questionable. Perhaps peregrines with *commercium* could only acquire land by *mancipatio*? Could such a peregrine claim to have *ex iure Quiritum* after that? It seems to me that *commercium* implies the *vindicatio* and consequently that») e, dall'altro, di M.F. CURSI, *La Mancipatio*, cit., p. 351 s. («l'ipotesi più diffusa ricostruisce la fattispecie intorno alla vendita da parte di un *civis Romanus* di una *res Mancipi* a uno straniero munito di *commercium*: non potendo egli divenire proprietario *ex iure Quiritum* della *res*, neppure attraverso l'*usus*, il *mancipio dans* avrebbe dovuto garantire indefinitamente l'acquisto nei suoi confronti, ogni qual volta fosse messo in dubbio dai terzi»).

¹⁵ V. da ultima, E. CALORE, *Aeterna auctoritas adversus hostem: una soluzione per lo straniero alla logica cittadina del meum esse*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 40, 2019, p. 327, nt. 52, per la quale la garanzia dell'*auctoritas* si sarebbe applicata solamente a stranieri aventi lo *ius commercii* che però non avrebbero comunque potuto beneficiare degli effetti dell'*usus* (a differenza del cittadino romano *mancipio accipiens*). La ragione, però dell'esclusione dello straniero senza *ius commercii* sembra basata soltanto su una considerazione puramente negativa, dato che «(...) la posizione dell'*hostis* sarebbe stata più favorevole di quella del *civis Romanus* che avesse, al tempo della Legge delle XII tavole, acquistato una *res Mancipi* senza *mancipatio*, perché questi non avrebbe potuto provare autonomamente il proprio *meum esse ex iure Quiritum* (non essendo ancora trascorso il tempo previsto per l'usucapione) [...]» né avrebbe potuto beneficiare di quella *auctoritas* che, secondo altri (L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in L. GAROFALO [a cura di] *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, p. 173 ss.) sarebbe stata invece accessibile anche ai peregrini, privi di *commercium*, acquirenti di una *res Mancipi*. Non sembra, infatti, del tutto condivisibile il ragionamento per il quale ad una chiusura debba necessariamente corrispondere una chiusura ancora maggiore, in una spirale di negatività, che non ammette che la posizione dello straniero possa risultare – neppure teoricamente – migliore di quella del *civis*: una logica del 'tanto peggio, tanto meglio', in conclusione. Eppure, si potrebbe semplicemente osservare che, mentre per il *civis*, che non avesse proceduto alla *mancipatio*, quest'ultima sarebbe stata comunque accessibile per lui e quindi egli avrebbe potuto (*ab origine*) costringere il venditore a porla in essere (imponendogliene la celebrazione, pena la mancata conclusione del contratto) la stessa cosa certamente non si sarebbe potuta dire per lo straniero, al quale sarebbe rimasta l'unica alternativa se concludere il contratto o rinunciare ad esso, per timore di subire un'evizione, alla quale non avrebbe potuto porre rimedio.

consensuale *iuris gentium* di *emptio-venditio* attraverso il trasferimento del possesso indisturbato (*habere licere*) dell'oggetto al Romano che, dopo aver a sua volta adempiuto all'obbligazione del pagamento del prezzo, l'usucapisce in un anno. Nel frattempo, quest'ultimo è tutelato dalla *Publiciana*, contro tutti i suoi concittadini romani.

Perché, a parti invertite, lo straniero sarebbe rimasto senza protezione, nel caso in cui avesse perso il possesso dello schiavo ed avesse dovuto agire, a Roma, contro un Romano per recuperarlo¹⁶?

7. Su questa domanda si innesta la tematica del confronto con la (e del superamento della) *aeterna auctoritas*, intesa come garanzia obbligatoria in capo al cittadino romano venditore, nei confronti del peregrino, munito di *ius commercii*. Se, infatti, è indubbio il collegamento tra *auctoritas* e *mancipatio*, di modo che solo all'*hostis*, al quale era permesso accedere al negozio librare, era parimenti concessa la tutela obbligatoria temporalmente illimitata (in ragione tanto della sua incapacità di usucapire la cosa, quanto dell'impossibilità di difendersi in giudizio davanti ad un cittadino romano), quello stesso sistema viene superato, quando da un lato non si faccia più questione della specificità civilistica dell'atto e, dall'altro, non si pongano ostacoli all'accesso dello straniero al processo formulare davanti al pretore, in forza di un'*actio* di *ius honorarium*, come la *Publiciana*.

In maniera semplificata: allo schema (*commercium*) - *mancipatio* - *auctoritas* si sostituirebbe quello *habere licere* - *fictio*.

Si potrebbe anche azzardare un parallelismo 'speculare': se, nel sistema decemvirale, l'impossibilità di una tutela reale per lo straniero si sarebbe tradotta in una garanzia nel campo delle obbligazioni, nel nuovo sistema pretorio dello *ius honorarium*, la tutela pretoria dei contratti *iuris gentium* (per quello che qui interessa, dell'*emptio* - *venditio*) avrebbe, in certo, 'sdoganato' anche una tutela reale, a favore degli stessi stranieri così ampiamente (*rectius*: in maniera paritaria) tutelati sotto il profilo obbligatorio.

E qui giocherebbero un ruolo centrale l'*aequitas*¹⁷ e l'acume del pretore¹⁸.

¹⁶ V. lo spunto iniziale del ragionamento in P. COLLINET, *Iusta causa et bona fides dans l'usucapion d'après les Institutes de Gaius*, in *Mélanges Paul Fournier*, Paris, 1929, p. 80. Su altro piano, immaginando che l'azione fosse addirittura sorta originariamente a favore del peregrino, v. L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961, p. 243 s., che, di fronte alla stessa obiezione qui avanzata alla fine del § 3 si trova (in maniera abbastanza forzata) sia a dover distinguere tra previsione edittale dell'*actio* da un lato e sua trasposizione nella *formula* dall'altro, sia a dover sostenere che «il '*nondum usucaptam*', superfluo, potrebbe essere allora il ritrasferimento - assai impreciso - nell'editto mutuato dall'albo peregrino della *fictio usucapionis* della formula urbana».

Si dovrebbe a loro l'invenzione di una soluzione alternativa ad una tutela temporanea, che avrebbe condotto al vicolo cieco di un titolo reale di *ius civile*, inadeguato per uno straniero. Il colpo d'ala sarebbe il ribaltamento – a tempo indefinito – di una tutela altrimenti provvisoria; vale a dire: l'eterna provvisorietà di una finzione.

Come l'*auctoritas* è *aeterna*, così la *fictio usucapionis* è *aeterna*. E quell'*aeternitas* nel tempo si riflette anche nella stabilizzazione del contenuto diritto: una 'proprietà pretoria' che non avrà mai la necessità di trasformarsi in quella di *ius civile*, ma fintanto che rimarrà in capo allo straniero, gli garantirà quella tutela reale (nel senso più pieno di *erga omnes*) che a lui mancava¹⁹.

Più che sul tenore della formula proposta da Gaio in 4,36, mi sento, allora, di dover porre l'accento, allora, sul *quasi ex iure Quiritium dominus* che, per quanto si è fin qui detto, finisce per colorarsi in maniera particolare. Lo straniero è un *quasi dominus ex iure Quiritium*; è magari *dominus* per il suo ordinamento, ma non lo sarà mai per i Romani. E dunque, in conclusione, quel *quasi* acquista tutta la forza di una finzione che, però, non altera la verità per creare un danno, ma integra un elemento mancante per far coincidere la verità con la giustizia.

Roma, luglio 2024

¹⁷ Con specifico riferimento a questa tematica, C. CHEVALIER, *Fictio e natura: due metodi alternativi per la realizzazione dell'aequitas*, in *TSDP*, 14, 2021, *on line*.

¹⁸ F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae*, cit., p. 69 ss., che inquadra il fenomeno nella «(...) dialettica tra *ius civile* e *ius honorarium* (...) necessaria per agevolare i traffici del mondo imperiale romano, se si pensa che almeno fino a tutto il I secolo d.C. continuarono a fiorire le creazioni edittali» (p. 70 s.).

¹⁹ T. GIARO, *Die Fiktion des eigentlichen Eigentümers*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wolodkiewicz*, I, Warszawa, 2000, p. 293, correttamente sostiene come «(...) die publizianische Ersitzungsfiktion war nur ein prätorisches Mittel zum Ausgleich der Erwerbsmängel nach *ius civile* (...)».

Abstract

La debolezza della posizione dello straniero, sotto il profilo della sua tutela *in rem* nei confronti di un cittadino romano, presenta un forte squilibrio, rispetto alla piena protezione *in personam* in rapporto ai contratti consensuali, fondati sulla *bona fides*. Si ipotizza un impiego estensivo dell'*actio Publiciana* anche allo straniero, impossibilitato ad usucapire, in virtù della possibilità di godere della *fictio* dell'azione, senza limiti temporali.

The weakness of the position of the foreigner (from the point of view of his protection *in rem* against a Roman citizen) presents a strong imbalance, compared to the full protection *in personam* in relation to consensual contracts, based on *bona fides*. An extensive use of the *actio Publiciana* is also hypothesised for the foreigner (who is unable to *usucapio*) thanks of enjoying the *fictio* of the action, without temporal limits.

Keywords

Diritto romano – stranieri – diritti reali – *actio Publiciana*

Roman Law – Foreigns – Property Law – *actio Publiciana*

FRANCESCO MASTROBERTI*

*Comunità, usi civici e beni comuni dopo la legge n. 168 del 2017***

Sommario: 1. Oltre lo stato: la scoperta delle comunità. - 2. Proprietà e beni comuni, un problema antico e sempre nuovo. - 3. Il riconoscimento degli ordinamenti giuridici delle comunità originarie: effetti e prospettive. - 4. La mutazione genetica degli usi civici e le conseguenze della legge n. 168 del 2017.

1. La legge n. 168 del 20 novembre del 2017 interviene sulla materia dei domini collettivi e degli usi civici rappresentando il frutto di un percorso iniziato da circa un trentennio volto alla valorizzazione dei diritti di godimento da parte delle collettività¹. Il

* Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Bari.

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ V. CERULLI IRELLI., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; ID., *Apprendere per laudo. Saggio sulla proprietà collettiva* in F. MARINELLI (a cura di), *Lezioni sulla proprietà collettiva*, Pisa, 2020; U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1992, vol. XLV, pp. 930-953; ID., *Rileggendo la legge usi civici*, in *Rivista di diritto civile*, I, 5, 2006, pp. 615-665; T.L. ANDERSON, R. T. SIMMONS (curr.), *The Political Economy of Customs and Culture: Informal Solutions to the Commons Problem*, Lanham, 1993; M. A. LORIZIO, *Gli usi civici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1994; C. ZENDRI., *Terre collettive e comunità rurali di antico regime: appunti storici su di un rapporto complesso* in P. NERVI (a cura di), *Il ruolo economico e sociale dei demani civici e delle proprietà collettive. Le terre civiche: dove, per chi, per che cosa*, Padova, 1999; ID., *Ordinamento Consuetudine Patrimonio. Appunti di Storia dei Domini Collettivi* in S. ROSATI (a cura di), *Il cammino delle terre comuni: dalle leggi liquidatorie degli usi civici al riconoscimento costituzionale dei domini collettivi*, Viterbo, 2019; A. GERMANÒ, *I domini collettivi tra interessi locali e interessi generali*, in *Rivista di diritto agrario*, II, 2001, pp. 81-94; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu - Messineo*, 11.2, Milano, 2003 (2a ed. 2013); ID., *Miti e riti della proprietà*, L'Aquila, 2011; P. NERVI (a cura di), *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva: la consuetudine fra tradizione e modernità*, Padova, 2003; F. ADORNATO, *Il ruolo delle proprietà collettive nelle politiche agricole*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 1, 2009, pp. 1-25; E. CONTE, *Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto* in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato: per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, pp. 43-59; F. MASTROBERTI, (a cura di), *La testa di Medusa: storia e attualità degli usi civici*, Bari, 2012;

recente contributo di Raffaele Volante ha messo a fuoco aspetti storici e problemi dogmatici tracciando un *trait d'union* tra le più importanti sentenze costituzionali e di legittimità, i principali interventi legislativi e le linee dottrinali². Il principale dei problemi è quello di trovare un coordinamento tra due leggi di senso diametralmente opposto, la legge n. 1766 del 1927, pienamente vigente, che prevede una procedura liquidatoria per gli *usi civici*, e la legge n. 168 di cui sopra che invece li *costituzionalizza*. In ogni caso quest'ultima, relativa a *proprietà collettive* e *usi civici* configura un *terzo modo di possedere* che richiama esperienze antiche, la distinzione tra dominio diretto e dominio utile, che si fonda sul riconoscimento di diritti ancestrali preesistenti allo Stato facenti capo a comunità e che assegna ai *domini collettivi* un ruolo da protagonista per la tutela ambientale e dunque per il futuro del pianeta e per il benessere delle nuove generazioni. Il campo per gli storici del diritto, che sempre hanno avuto una particolare attenzione per gli *usi civici* riscontrandone la dimensione *comunitaria* e politica oltre che l'affascinante dimensione storica³, si è incredibilmente ampliato offrendo finalmente loro la possibilità

D. QUAGLIONI, *La storia come fonte del diritto*, in M. COSULICH e G. ROLLA (curr.), *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, Napoli, 2014; U. SECHER, *Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land*, Hart, 2014; 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*, 2015; R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà: la legge 20 settembre 2017, n. 168, in materia di domini collettivi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, pp. 1067-1115; M. COSULICH, *Gli effetti della legge n. 168 del 2017 sugli enti esponenziali e sulle amministrazioni separate*, in F. MARINELLI e F. POLITI (a cura di), *Domini collettivi e usi civici, Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017*, Pisa, 2019; M. C. CERVALE, *Usi civici, diritto civile e tutela del paesaggio; la nuova legge sui domini collettivi* in F. MARINELLI (a cura di), *Lezioni sulla proprietà collettiva*, Pisa, 2020; C. A. GRAZIANI, *Aspetti fondiari collettivi: beni collettivi o beni comuni?* in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2020.1, pp. 15-38; F. POLITI, *Considerazioni preliminari per una "ricostruzione" del quadro normativo della disciplina delle proprietà collettive e degli usi civici fra costituzione, legislazione statale e normative regionali* in F. MARINELLI e F. POLITI (a cura di) *"Un'altra proprietà". La disciplina delle proprietà collettive e degli usi civici fra legislazione statale e normative regionali*, Pisa, 2021.

² R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., p. 1067 ss.

³ Soprattutto all'inizio del secolo scorso, in corrispondenza con le rivendicazioni dei contadini e le lotte per la terra, l'interesse fu molto forte. Cfr. F. SCHUPFER, *Degli usi civici ed altri diritti del comune di Apricena*, in *Atti Acc. Dei Lincei, classe scienze morali, storiche e filosofiche*, 1886; A. SOLMI, *Ademprivia. Studi sulla proprietà fondiaria in Sardegna*, in *Archivio giuridico*, LXXIII, 1904; C. CALISSE, *Gli usi civici nella provincia di Roma*, Prato, 1906; G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui: demani comunali, usi civili*, Milano, 1915; G. CURIS, *Usi civici, proprietà collettive e latifondi nell'Italia centrale e nell'Emilia*, cit.; ID., *Gli usi civici*, Roma, 1928; G. ABIGNENTE, *La questione dei demani comunali nel Mezzogiorno d'Italia*, in ID., *Scritti scientifici e politici*, Napoli, 1930, p. 47 s.; G.I. CASSANDRO, *Storia delle terre comuni e degli usi civici nell'Italia meridionale*, Bari, 1943; G. ASTUTI, *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia (1954)*, ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli, 1984; C. G. MOR, *Gli usi civici nella Storia del Diritto Italiano*, Udine, 1960; P. CINANNI, *Le terre degli enti, gli usi civici e la programmazione economica*, Roma, 1962; R. TRIFONE, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XI, 2, Milano, 1963; E. CORTESE, *Demanio (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 75-83; ID., voce «Dominio - I. Domini collettivi», *ivi*, vol. XIII, 1964, p. 913 e ss.; A. DANI, *Gli usi civici dello stato di Siena nell'età medicea*, Bologna, 2003; F.

di mettere in connessione le conoscenze del passato con le esigenze del presente e le aspettative di un futuro sostenibile. Lo scenario è quello della progressiva erosione dell'individualismo accolto nelle codificazioni napoleoniche – che si fondava sulla libertà della persona e sulla proprietà assoluta e libera anch'essa dei beni - e l'emersione di un post-solidarismo che guarda alle *comunità originarie* e ai loro ordinamenti, come testualmente scritto nella legge n. 168. Se il *solidarismo* mette sempre al centro lo Stato che dirige, promuove e regola le forme di intervento per superare i rigidi schemi dei *diritti individuali*, in questa sorta di *comunitarismo giuridico* il fulcro è dato da comunità più o meno estese, unite da interessi o esigenze comuni, che lo Stato deve tutelare riconoscendone l'autonomia⁴. La comunità esiste in ragione di *terra, sangue e durata*, quelli che Paolo Grossi individua come gli elementi costitutivi del diritto in un Medioevo dove lo Stato era qualcosa di incompiuto⁵. Lo Stato trova non crea queste comunità che hanno continuato ad esistere e ad esercitare pervicacemente i loro diritti e i loro usi sui demani del comune, su quelli del Barone, del Principe o della Chiesa. Che gli abitanti di un borgo da tempi remotissimi pascolassero il bestiame sulle terre demaniali, configurando un c.d. *uso civico*, era una prerogativa che affondava le radici nella necessità della comunità di soddisfare i suoi bisogni essenziali ossia avere la possibilità di sopravvivere. Furono i giuristi napoletani tra Cinquecento e Seicento a dare un fondamento agli usi civici richiamandosi al principio *debent vassalli habere naturalia elementa, ne ipsi inermem vitam ducant* formulato da Luca da Penne ed accolto, tra gli altri, dal cardinale De Luca⁶. In un mondo in grande trasformazione, che passava dal Medioevo all'Età Moderna gli usi civici vennero riconosciuti (sul piano normativo e giurisprudenziale) e posti a tutela delle comunità per garantire loro i naturali mezzi di sussistenza. In questa dimensione gli usi civici hanno attraversato i secoli, resistendo al passaggio dall'antico al nuovo regime e sfidando le legislazioni napoleoniche e fasciste che hanno cercato di liquidarli così da liberare le proprietà da antichi fardelli.

La legge n. 168 porta a compimento un percorso durato oltre trenta anni che è passato attraverso il riconoscimento prima giurisprudenziale e poi legislativo della dimensione ambientale degli usi civici cosicché da *corpi estranei* al sistema sono diventati

MASTROBERTI, (a cura di), *La testa di Medusa*, cit.; R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., p. 1067 ss.

⁴ Su questi aspetti in generale cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Individuo e comunità: considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, Torino, 2020.

⁵ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1997.

⁶ Cfr. G.I. CASSANDRO, *Storia delle terre comuni e degli usi civici nell'Italia meridionale*, cit., p. 277.

strumenti da tutelare in vista dell'obiettivo della transizione ecologica. La rivalutazione delle comunità è peraltro in corso anche su piani diversi da quello dei domini collettivi, favorito dall'evoluzione dei sistemi informatici che consentono ai componenti di esse di comunicare velocemente e di prendere decisioni. Mi riferisco al modello di *e-partecipation* che opera a livello regionale, locale e anche *sub-locale*, dove *sub-locale* fa riferimento per l'appunto alle comunità presenti sul territorio direttamente interessate alla gestione di beni comuni. La legge costituzionale n. 3 del 2001 introducendo il principio di sussidiarietà ha previsto l'attivazione di iniziative da parte di cittadini e associazioni stimulate dagli enti pubblici territoriali: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». È nato il modello di *democrazia partecipativa* fondata sulla cosiddetta *amministrazione condivisa* che superando lo schema della *democrazia rappresentativa* favorisce l'azione delle comunità a tutela anche dei *beni comuni*⁷. Sotto questo profilo un ruolo importante sarà svolto dalle regioni: il Lazio viene considerata come la prima Regione che si è data una legislazione sulla promozione della amministrazione condivisa dei beni comuni con la l.r. n. 10/2019.

2. Cosa sono i beni comuni? Possiamo dire che proprietà collettive e usi civici rientrano nella categoria tradizionale di beni comuni, ossia beni e risorse che comunità condividono e sfruttano insieme per diritto consuetudinario. Esistono però e si stanno facendo sempre più strada altre due categorie: i beni comuni globali come l'aria, l'acqua, le foreste, gli oceani, lo spazio, la biodiversità e i *new commons*, che sono dati dalle vie di comunicazione, materiali e informatiche, la scuola, la sanità, il diritto alla pace e così via. I domini collettivi di cui alla legge n. 168 rappresentano un primo livello di beni comuni, il cui riconoscimento è fondato sull'esistenza di una comunità e sull'esercizio antico di diritti di godimento. Negli altri beni comuni manca il presupposto territoriale, storico e comunitario poiché si fondano sull'accessibilità di ogni essere umano alle fonti primarie di vita e di comunicazione. Il riconoscimento e la tutela di beni comuni globali e *new commons* è sostenuta da un vasto movimento di opinione pubblica⁸ che ha trovato una

⁷ Su questi aspetti cfr. U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in AIC, n. 1, 2011; M.C. ANTONUCCI, P. VOLTERRANI, *Le piattaforme per la partecipazione digitale dei cittadini. Un'analisi basata sul modello di UE e Italia*, in *De Europa*, vol. 5, n. 2, 2022.

⁸ Il dibattito si è aperto e con gli anni sempre più intensificato a seguito della pubblicazione dell'articolo di G. HARDIN, *The tragedy of the Commons*, in *Science* 162 (3859), 1968, pp. 1243-1248. Tra i

forte spinta nei libri del premio Nobel 2009 per l'economia Elionor Ostrom⁹ - ma stenta a trovare un'accoglienza sul piano legislativo. Un passo in avanti in Italia c'è stato con l'istituzione della Commissione Rodotà nominata il 14 giugno del 2007 che concluse i lavori con una relazione consegnata al Ministro della giustizia nel 2008. La commissione, i cui lavori non ebbero seguito, si pose l'obiettivo del superamento della impostazione individualistica del codice civile e di elaborare una disciplina del settore in armonia con la dimensione sociale della costituzione, che orientava la materia agli artt. 2, 9, 42 e 43. Dalla *proposta di articolato* della commissione Rodotà (che presentava una proposta di legge delega per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del codice civile) si può ricavare inquadramento e definizione di beni comuni:

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

titoli italiani a carattere giuridico: U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007; U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo dell'economia alla riforma del Codice Civile*, Roma, 2010.

⁹ C. HESS, E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, Cambridge, Massachusetts, 2006, trad. it., *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Milano, 2009.

l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato¹⁰.

L'articolato si riferiva principalmente ai beni comuni globali per i quali la titolarità del bene poteva essere pubblica o privata mentre la fruizione dello stesso doveva essere collettiva e regolata secondo le modalità fissate dalla legge. Prendeva forma una sorta di *dominio diviso* tra titolari e fruitori del bene comune e dunque il ritorno ad una antica concezione del possesso che si configurava come collettivo e non esclusivo. La base di questo processo era data dal riconoscimento di una primazia della società sullo stato, esplicitamente dichiarata circa un decennio dopo dalla legge n. 168 del 2017. Si tratta di una revisione delle basi della cultura giuridica occidentale moderna fondata sull'idea che la proprietà costituisca, insieme alla libertà personale, un diritto naturale *sacro*¹¹. Già agli albori del giusnaturalismo la questione del contrasto tra proprietà e fruizione collettiva dei beni comuni globali si pose con forza ad occasione della pretesa di Venezia di considerare il mare Adriatico di sua proprietà. Sul problema, di grande rilievo, intervenne Ugo Grozio con l'opera *Mare liberum* (1609) con la quale sostenne che il mare, a differenza della terra, era libero per natura e non poteva essere soggetto a nessuna forma di proprietà o di sovranità¹².

¹⁰ Commissione Rodotà – per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) – Proposta di articolato, art. 1, comma 3, c). L'articolato si può leggere in https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/pubblicazioni_studi_ricerche_testo_selezionato?contentId=SPS47624

¹¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata ed i beni comuni*, Bologna, 2013.

¹² U. GROZIO, *Mare liberum sive de jure quod Batavis competit ad indicana commercia dissertatio*, Batauorum ex officina Ludovici Elzevirii, Lugduni 1609. Contro la posizione di Grozio e per un mare oggetto di possesso si schierarono molti autori, soprattutto con riferimento al mare Adriatico sul quale Venezia aveva esercitato a lungo un dominio incontrastato. Cfr. G. PACE DE BERIGA, *De dominio maris Hadriatici disceptatio*, sumptibus Bartholomei Vincenti, Lugduni 1619; P. SARPI, *Dominio del mare Adriatico della Serenissima Repubblica di Venezia*, in ID., *Opere varie del molto reverendo padre F. Paolo Sarpi dell'Ordine dei Servi di Maria*, per Jacopo Muller, Helmstat, 1750, T. II. Quest'ultimo sosteneva che il dominio sul mare Adriatico si fondasse sulla circostanza che Venezia avesse da sempre difeso quale mare contro la pirateria, garantendo commerci, traffici e benessere delle città costiere: «Ma mentre io dico che il Dominio del Mare sia naturale a questa Repubblica, creato insieme con lei, non voglio intendere, che tutto in un tempo abbia acquistata la padronanza di tutto l'Adriatico, perché le forse nel principio non erano tante di poterlo custodire e guardare tutto. Ma in progresso di tempo fatti gl'Imperadori un'altra volta deboli, cessarono di mandare Armata in Ravenna, ed abbandonata quella parte, che è dal fiume di Tronto in qua si ritirarono nella Puglia, il che mise in necessità questa Repubblica, la quale era cresciuta anche di forze a pigliar custodia più ampia del Mare, e tenerlo netto dà Corsari per mantener sicura la navigazione, incominciando dalla Riviera della Marca Anconitana, e dal Quarner fino a Venezia: il che le costava ogn'anno molto sangue de' suoi Cittadini. Per lo che siccome si è detto, ch'il Dominio del Mare è naturale alla Repubblica, principiato insieme con lei nelle parti prossime a quest'inclita Città, così anche insieme si dee dire, che sia amplificato successivamente nell'altre parti di esso Mare, che sono abbandonate da quelli, che le possedevano prima, e prese in protezione, e custodia dalla Repubblica fin tanto ch'ella s'è fatta Padrona di

Un problema antico, dunque, e sempre nuovo che nell'epoca attuale assume un rilievo fondamentale per la questione ambientale e la sopravvivenza dell'intera umanità. L'elaborazione di una legislazione, a livello europeo e nazionale, sui beni comuni in generale è ancora da venire e incontra diversi ostacoli sotto il profilo ideologico anche perché il tema è ritenuto appannaggio dello schieramento di sinistra che, attraverso la loro rivendicazione, si batte contro il capitalismo e tutte le sue declinazioni nella nostra epoca¹³. La legge n. 168, indubbiamente coraggiosa sotto il profilo delle scelte di fondo, ha aperto la strada riconoscendo e inquadrando sul piano costituzionale i domini collettivi «come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie».

3. La l. n. 168 del 2017 è di rilevante importanza forse più che per i suoi effetti pratici – ancora molto incerti – per il sostrato di teoria del diritto che la sorregge: riconoscendo «i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie» (art. 1) e la «tutela dei diritti dei cittadini di uso e di gestione dei beni di collettivo godimento preesistenti allo Stato italiano» (art. 2) essa richiama il concetto *ubi societas ibi ius*. Si tratta di affermazioni molto forti e cariche di conseguenze. In ogni caso gli articoli indicati ci riportano direttamente al magistero di Paolo Grossi cui questa legge deve moltissimo come esplicitamente dichiarato dal suo primo firmatario, Giorgio Pagliari:

Il presente scritto ha una “originalità”: il primo firmatario del disegno di legge che, in virtù della approvazione da parte del Parlamento e della promulgazione, è divenuto la Legge 20 novembre 2017, n. 168, commenta la legge stessa. Sono stato in dubbio se farlo o meno, ma poi ho deciso di provare questa avventura, che mi riporta nella dimensione in cui sono sempre stato fino a cinque anni fa: quella dell'esegeta e dell'interprete di leggi. La parentesi, che mi ha permesso di essere “facitore di leggi”, ha comportato un cambio di prospettiva molto significativo e assai formativo. Spero che questo lavoro possa essere, in qualche modo, una conferma di questa mia impressione. Devo aggiungere che una delle perplessità era legata anche al dubbio sulla possibilità di una lettura critica da parte mia, in ragione del ruolo rivestito. A esperienza conclusa, devo dire che il “ritorno alle origini” mi ha portato a rileggere il testo legislativo con un altro occhio, scoprendone limiti non percepiti, ma anche positività prima non colte. Sul piano personale, non sono,

tutto il Golfo, e perché ciò eccede sei centinaia d'anni, supera, e già di molto ha superato ogni memoria, sicché è confermato con la consuetudine immemorabile». *Ivi*, pp. 328-329.

¹³ Si veda in proposito E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Bari, 2013.

quindi, pentito della scelta di provare questo esperimento, il cui risultato non tocca a me giudicare sul piano qualitativo. Devo aggiungere, peraltro, un vivo ringraziamento al presidente emerito della Corte Costituzionale, prof. Paolo Grossi, luminare del diritto e teorico eccelso (anche) della materia delle proprietà collettive, che è illuminata dal suo notissimo e apprezzatissimo libro *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, edito nel 1977 e nel 2017 pubblicato in ristampa anastatica dalla Giuffrè Editore. Un ringraziamento che non può mancare, perché il testo della legge è frutto del suo insegnamento e della sua consulenza, ragion per cui mi sento un “padre putativo”, più che un “padre naturale”. Un ringraziamento, peraltro, che non può non tradursi nel rendere grato omaggio di questo lavoro al Maestro, prof. Paolo Grossi¹⁴.

Certamente l'idea che sorregge la legge è lo “sdoganamento” di un *altro modo di possedere*, di ascendenza medievale, che concepiva il possesso non come signoria ma come utilizzo collettivo da parte di comunità necessariamente avvinte ad esso per ragioni di prossimità e di antichi diritti maturati sulla base di *sanguie, terra e durata*¹⁵. E il richiamo al compianto professore fiorentino, che è stato presidente della Corte Costituzionale, si trova costante nel dibattito parlamentare che precedette l'approvazione della legge. Il relatore Romanini nella presentazione alla Camera dei Deputati del testo affermava:

Il dominio collettivo è una situazione giuridica antitetica rispetto a quella della proprietà privata individuale, e non è riconducibile allo schema della comproprietà: un diverso modo di possedere, come teorizzò il professor Paolo Grossi nel suo omonimo saggio di qualche anno fa. La proprietà privata individuale implica nel titolare il diritto di godere e disporre del bene in modo pieno e assoluto; quando invece uno stesso bene si trova nella comproprietà di più soggetti, si produce per il nostro ordinamento una situazione fragile, poiché ciascun comproprietario ha il diritto unilaterale e potestativo di chiederne lo scioglimento, ottenendo di essere proprietario esclusivo di una frazione del bene o del suo equivalente. Il dominio collettivo implica al contrario per ogni singolo partecipante solo il diritto a usare della cosa, secondo i termini consuetudinari che caratterizzano quella singola situazione; al contrario della comproprietà, è una situazione

¹⁴ G. PAGLIARI, *prime note sulla l. 20 novembre 2017, n. 168*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, N. 98, p. 12, nt.1.

¹⁵ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, 1988, pp. 359-422.

permanente e duratura: i partecipanti non possono, neanche con accordo unanime, vendere a terzi i beni che costituiscono l'oggetto del loro diritto, né dividerli tra loro¹⁶.

Si può dire che non è l'individuo o un condominio formato da individui a possedere il bene ma è il bene a possedere una comunità che da un lato ne trae gli utili, dall'altro è tenuta a gestire il bene. Un *modo di possedere* che rivaluta i rapporti tra gli uomini che vivono in un determinato contesto e il rapporto tra essi e il contesto che li circonda. Raffaele Volante afferma che si tratta di una situazione «inconcepibile per il giurista odierno»:

In questi termini la l. n. 168/17 dà ingresso nel nostro ordinamento a una situazione giuridica che trae origine nell'ordinamento medievale, caratterizzato dalla piena atipicità delle situazioni reali. Il principio che domina nel diritto medievale, rimasto indiscusso fino alla Rivoluzione francese, è che ogni rapporto immediato e diretto con la terra porta alla costituzione di un diritto di proprietà, inteso come il diritto del soggetto che insiste sul fondo a continuare questa relazione con esso, esercitandovi talune attività, che costituiscono per questo il contenuto del suo diritto sulla cosa¹⁷.

Il collegamento con la Costituzione è dato dalla garanzia posta a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove svolge la sua personalità (art. 2), nella tutela ambientale (art. 9), nella funzione sociale riconosciuta alla proprietà (art. 42) e nella possibilità che si riservino «allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale» (art. 43).

Nella Costituzione la parola riconoscimento compare in tre articoli, l'art. 2, «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», nell'art. 5 «La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali» e nell'art. 29, primo comma: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». La Costituzione dunque tutela e promuove i diritti individuali, le autonomie locali e la famiglia. È sulla base dell'art. 2 cost. che la legge n. 168 riconosce alle *comunità originarie*, ossia a comunità che preesistono allo Stato, la capacità di creare ordinamenti giuridici, di cui sono espressione i *domini collettivi*: le comunità originarie

¹⁶ XVII Legislatura, AC 4522, Giuseppe Romanini Relatore (www.camera.it)

¹⁷ R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., p. 1068.

rappresentano dunque formazioni sociali dove l'individuo svolge la sua personalità. Ad esse riconosce personalità giuridica e una autonomia gestionale. È questo l'aspetto, fortemente rilevante sotto il profilo della teoria generale del diritto, più importante della legge n. 168 in grado di costituire la base per la tutela dei *beni comuni globali*.

4. L'aspetto senza dubbio più rilevante della l. n. 168 è quello di aver costituzionalizzato i domini collettivi e di aver aperto la strada alla disciplina dei beni comuni. Certo, l'esigenza della tutela ambientale, che assume un valore primario anche in forza della recente modifica dell'art. 9 cost. e la necessità della transizione ecologica, spingono prepotentemente nella direzione della salvaguardia dei *beni comuni globali* di fronte ai rischi della privatizzazione. Proprio l'esigenza di una transizione ecologica e la centralità della questione ambientale ha portato alla conversione degli usi civici da strumenti di sopravvivenza, destinati ad essere eliminati dall'ordinamento attraverso la procedura di *affrancazione* delle terre, a presidi ambientali sottoposti a tutela. Siamo di fronte a una *rivoluzione copernicana* di cui si è resa protagonista la giurisprudenza¹⁸, di

¹⁸ Il processo di rivitalizzazione e rivalutazione degli usi civici è partito dalla giurisprudenza con l'assimilazione del bene gravato da uso civico a quello demaniale, talvolta con semplice avvicinamento del relativo regime (Cass., 12 ottobre 1948, n. 1739; Cass., 12 dicembre 1953, n. 3690), più spesso con una equiparazione tendenzialmente piena tra i due regimi (Cass., 8 novembre 1983, n. 6589; Cass., 28 settembre 1977, n. 4120; Cass., 15 giugno 1974, n. 1750). La legislazione ha recepito questo impulso con una serie di provvedimenti che hanno modificato l'originaria destinazione degli usi civici che da mezzi di sopravvivenza e di sussistenza di comunità hanno assunto una specifica funzione di *tutela paesistico-ambientale*: la legge dell'8 agosto 1985 n. 431 che ha convertito in legge il d.l. 27 giugno 1985 n. 312 ha imposto il vincolo paesaggistico alle terre gravate da usi civici. Il d.l. 22 gennaio 2004, il *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, all'art. 142, comma 1, lett. h) ha inserito tra le aree sottoposte a vincolo paesaggistico e come tali tutelate per legge le «aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici». È stato, inoltre, prevista la sussistenza dell'uso civico come vincolo ostativo alla sanatoria degli abusivismi edilizi. Poi è intervenuta una sentenza della cassazione di capitale importanza in materia, la n. 19792 del 28 settembre 2011 con cui la Suprema Corte ha ritenuto non assoggettabile a espropriazione forzata un bene soggetto a uso civico, peraltro ricostruendo, nelle motivazioni, tutta la storia degli usi civici. Questa sentenza ha ribadito l'inalienabilità, l'incommerciabilità e l'impossibilità di usucapione dei beni di uso civico. In questo percorso si sono inserite importanti sentenze della Corte Costituzionale. Nella sentenza n. 210 del 2014 essa ha evidenziato che la materia degli usi civici abbia un forte collegamento funzionale con la tutela dell'ambiente e del paesaggio, che, in base all'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, spetta alla legislazione esclusiva dello Stato, in aderenza anche all'articolo 9 della Costituzione; secondo la Corte, se la legge n. 1766 del 1927 sugli usi civici e gli altri diritti di comune godimento delle terre (cui tuttora deve farsi riferimento) aveva la finalità di liquidare questi ultimi, per una migliore utilizzazione agricola dei relativi terreni, essi sono però sopravvissuti con un ruolo non marginale nell'economia agricola del Paese; anzi – prosegue la Corte – «i profondi mutamenti economici e sociali intervenuti nel secondo dopoguerra hanno inciso anche in questo settore, mettendo in ombra il profilo economico dell'istituto ma ad un tempo evidenziandone la rilevanza quanto ad altri profili e in particolare quanto a quelli ambientali». Nella sentenza n. 228 del 2016, la Corte ha inoltre evidenziato che «l'individuazione della natura pubblica o

legittimità e costituzionale, che è intervenuta modificando il DNA degli usi civici: una sorta di *mutazione genetica* a carattere giurisprudenziale particolarmente interessante dal punto di vista storico-giuridico perché unico. Come è stato possibile? Semplicemente perché gli usi civici non hanno mai trovato un inquadramento sistematico nel nostro ordinamento. Sulla loro natura giuridica e sul loro inquadramento molto si è discusso in dottrina. L'uso civico - afferma Trifone a conclusione del suo trattato sull'argomento - «consiste in un diritto di godimento, ma con struttura non di diritto di credito, bensì di diritto reale; il nome stesso di «uso» arieggia il diritto di cui all'art.1031 c.c., sebbene quest'ultimo riguardi ogni tipo di godimento e possa avere ad oggetto una cosa fruttifera, i cui prodotti si acquistano dall'utente entro una data misura, determinata dal bisogno proprio e dalla propria famiglia. Di qui, principalmente, il carattere di potere, con carattere di immediatezza, valevole *erga omnes*, tutelato da un'azione del pari reale (art. 1 l. 16 giugno 1927, n. 1766), cui va connesso l'obbligo (negativo) della generalità dei terzi di non impedirne l'esercizio. In particolare l'uso civico ha i caratteri della *perpetuità* (salvo che esso non sia suscettibile di soppressione e sia soppresso e liquidato, ossia convertito in altro diritto) e dell'*imprescrittibilità* (non gli nuoce il non-esercizio, anche se prolungato). L'aspetto pubblicistico, il fatto cioè che l'uso civico spetta al titolare, esclusivamente nella sua qualità di *civis* (facente parte di un Comune determinato) e non in qualità di *singulus*, spiega l'altro carattere: quello dell'*inalienabilità*, così come è inalienabile la qualità di *civis*, che non è essa stessa una qualità disponibile, costituendo tipicamente uno *status*. Peraltro l'uso civico può spettare anche per il fatto di appartenere ad un'università agraria, o una partecipazione agraria, o a una *vicinia*»¹⁹. Una delle poche certezze in materia risiede nella *summa divisio* tra usi civici su terre altrui, che sarebbero delimitati nella loro natura e contenuto e che andrebbero sottoposti a liquidazione e gli usi civici in *re propria* ossia su beni di Comuni, associazioni etc. che si presenterebbero come veri e propri diritti dominicali seppure peculiarmente caratterizzati come diritti collettivi: appare chiaro che le problematiche di maggiore interesse e difficoltà - sul piano giuridico ma anche sociale e politico - sono quelle scaturenti dalla prima delle due categorie, alla quale anche il presente studio rivolge un'attenzione prevalente. Zaccagnini e Palatiello in un contributo relativamente recente potevano così fare il punto della situazione: «attualmente non sembra lecito dubitare della natura reale degli usi civici. La normativa di unificazione ed

privata dei beni appartiene all'«ordinamento civile». Su questi aspetti cfr. R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà*, cit., p. 1067 ss.

¹⁹ R. TRIFONE, *op. cit.*, p. 147.

in specie la legge fondamentale n. 1766/27, ha adottato la nozione reale, derivante dalla dottrina e dalla legislazione napoletana. Naturalmente occorre distinguere l'ipotesi dell'uso civico sul bene appartenente alla collettività, dove l'esercizio del diritto è per natura sua estrinsecazione del dominio (...) da quella dell'uso civico gravante sul bene appartenente a terzi²⁰. Gli autori ritengono quest'ultima figura particolarmente interessante poiché si tratterebbe di un'ipotesi unica nel nostro ordinamento «di proprietà divisa o stratificata; coesistono sul bene due diritti dominicali *pro divisio*: quello del titolare e quello, civico, della collettività»²¹.

La l. n. 168 del 2017 non sembra aver portato dei mutamenti per quel che riguarda l'inquadramento sistematico e dottrinario degli usi civici se non nel senso di recepire il sistema del *dominio diviso*, rilanciandolo come un possibile modello per il regime giuridico dei *beni comuni*.

In ogni caso la giurisprudenza costituzionale immediatamente successiva alla legge appare orientata a rafforzare la tutela degli usi civici stabilita dalla legge. Nella sentenza 11 maggio-15 giugno 2023, n. 119 (in G.U. 1^a s.s. 21/06/2023, n. 25) essa ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3, della legge 20 novembre 2017, n. 168 (Norme in materia di domini collettivi), nella parte in cui, riferendosi ai beni indicati dall'art. 3, comma 1, non esclude dal regime della inalienabilità le terre di proprietà di privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati». Si tratta di un rafforzamento della tutela perché l'alienabilità del bene gravato da usi civici non ancora liquidati evita che per arrivare alla alienazione si proceda alla liquidazione ai sensi della sempre vigente l. 1766/1927.

In questo scenario gli storici del diritto possono svolgere un ruolo centrale perché ad essi spetta il compito di ricostruire la storia delle terre e dei diritti che su di esse si sono esercitati da parte delle comunità e ad essi spetta il compito di riconoscere le comunità e la natura dei diritti e forse ad essi può anche spettare il compito di indirizzare il legislatore nel cercare di superare il modello individualistico della proprietà, avendo come punto di riferimento esperienze di un passato lontano che, come dimostra l'influenza di Paolo Grossi sull'elaborazione della legge n. 168, oggi possono risultare particolarmente importanti. Il Progetto Nazionale di Ricerca (PRIN) *Demania. Domini collettivi e usi civici nell'Italia centro-meridionale. Legislazione, giurisprudenza e fonti documentali dall'eversione feudale alla riforma agraria del 1950: materiali storici per l'istruzione dei giudizi*

²⁰ M. ZACCAGNINI e A. PALATIELLO, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, p. 4.

²¹ M. ZACCAGNINI e A. PALATIELLO, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, p. 4.

NOTE

commissariali dopo la l. 20 novembre 2017 n. 168, che coinvolge l'Università di Padova (capofila), l'Università di Bari, l'Università di Catania, l'Università di Camerino e l'Università di Catanzaro, intende procedere ad una raccolta su vasta scala di materiale storico utilizzabile per le nuove esigenze delle *comunità* per l'accertamento e la gestione dei *domini collettivi*. La documentazione, conservata negli archivi nazionali e provinciali, di natura amministrativa e giudiziaria, rappresenta un caposaldo per l'approccio al problema dei domini collettivi nella consapevolezza che il rilievo pratico della ricerca storica può contribuire, attraverso l'individuazione e la tutela dei *beni comuni*, a salvaguardare un bene di interesse primario come l'ambiente.

Bari, agosto 2024

Abstract

Il saggio si sofferma sul significato e sulla portata della legge n. 168 del 2017, relativa a domini collettivi e usi civici, che, ispirandosi al magistero di Paolo Grossi, riconosce l'esistenza di diritti ancestrali facenti capo a comunità originarie, disciplinandone la gestione secondo lo schema del *dominio diviso* di ascendenza medievale. È un primo coraggioso intervento sui “beni comuni” sostenuto da una prospettiva che privilegia la *societas* rispetto allo Stato e al diritto. Potrebbe essere questa la base per affrontare sul piano legislativo l'attesa quanto contrastata regolamentazione dei *beni comuni globali* e dei *new commons*.

The essay dwells on the meaning and scope of Law n. 168 of 2017 on collective domains and civic uses, which, drawing inspiration from the magisterium of Paolo Grossi, recognises the existence of ancestral rights belonging to original communities, regulating their management according to the scheme of the divided domain of medieval ancestry. This is a courageous first intervention on ‘common goods’ supported by a perspective that privileges *societas* over the state and law. This could be the basis for tackling on a legislative level the long-awaited and controversial regulation of the global commons and the new commons.

Keywords

Beni comuni – Usi civici – domini collettivi

Common Goods – Civic Uses – Collective Domains

LUCA PETRELLI*

*Il riposizionamento dei domini collettivi nell'ambito dei nuovi assetti dello sviluppo locale per la rivitalizzazione delle aree rurali***

Sommario: 1. La nuova strategia della Commissione europea per il rilancio delle aree rurali. – 2. Le comunità locali quali principali attori dell'azione di rilancio delle aree rurali. La via italiana all'utilizzo virtuoso delle *common properties*: il ruolo dei domini collettivi. – 3. Conclusioni.

1. L'analisi prende le mosse dalla nuova strategia posta in essere dalla Commissione dell'UE per plasmare le aree rurali del futuro.

Con la Comunicazione intitolata “Una visione a lungo termine per le zone rurali dell'U.E”, pubblicata il 6 giugno 2021¹, la Commissione Europea ha esplicitato gli orientamenti strategici che gli Stati membri, i Governi regionali e locali dovranno perseguire per rendere le zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040 attuando una evoluzione dei sistemi produttivi e delle dinamiche sociali coerente con i canoni di alta sostenibilità ambientale, economica e sociale imposti dall'Unione Europea.

Tale visione si ricollega al *green deal*² della Società europea inaugurato nel 2019 all'indomani dell'insediamento della prima Commissione Europea presieduta da Ursula

* Professore ordinario di Diritto agrario nell'Università degli Studi di Camerino.

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *single blind peer-review*.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni Empty, *Una visione a lungo termine per le zone rurali dell'UE: verso zone rurali più forti, connesse, resilienti e prospere entro il 2040*, Bruxelles, 30.6.2021, COM(2021) 345 final.

² Il *Green deal* europeo è un «pacchetto di iniziative strategiche» che ha la finalità di realizzare nell'U.E. una transizione verde puntando a raggiungere la neutralità climatica nel 2050; il piano per la transizione è stato avviato con la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green deal europeo*, Bruxelles 11.12.2019, (COM (2019) 640 final).

von der Leyen³. Il processo in questione punta all'obiettivo di trasformare gradualmente l'Europa nel primo continente a impatto climatico zero entro il 2050 ricostruendo la centralità del sistema produttivo sulle risultanze della scienza dell'ecologia e sul ruolo fondamentale svolto dall'ambiente sociale entro il quale le persone vivono e interagiscono, investendo così ogni settore dell'economia.

Le aree rurali, comprendendo circa l'80% del territorio europeo ed ospitando il 30% della popolazione (circa 137 milioni), sono parte fondamentale di questo cambiamento epocale della società civile e del mondo produttivo.

Il processo di transizione verde dell'UE in una società digitale, equa e prospera, dotata di una economia moderna e competitiva, impone di superare gli attuali modelli di relazioni urbano-rurali adottando più efficienti sistemi di pianificazione e di sviluppo bio regionali che applichino fattive relazioni ed interazioni proprie dell'economia circolare. La stessa bioeconomia all'europea (sostenibile e circolare)⁴ non può più prescindere dalla necessità di siglare un nuovo patto città - campagna.

Ne deriva che nessuna transizione ecologica dei sistemi produttivi in Europa potrà essere fattivamente conseguita senza incidere profondamente sulle dinamiche socio-economiche delle aree rurali da cui, d'altra parte, la società europea dipende totalmente per la produzione del cibo e dei servizi ecosistemici, cioè per tutte quelle funzioni o processi ecologici vitali come la produzione di ossigeno atmosferico, il ciclo e filtraggio dell'acqua dolce, la sintesi di carboidrati da parte delle piante o il mantenimento di condizioni climatiche stabili, che poi costituiscono il capitale naturale che viene messo a profitto nell'area rurale.

In tale complicato contesto si cala il documento programmatico della Commissione del giugno 2021 che pone le basi per guidare gli Stati membri nella transizione verde e digitale delle aree rurali⁵ assicurando, nel più pieno accordo con le comunità locali e con

³ U. VON DER LEYEN, *Un'Unione più ambiziosa: il mio programma per l'Europa: orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024*, Ufficio delle pubblicazioni, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2775/6010>.

⁴ «La bioeconomia concerne tutti i settori e i sistemi basati su risorse biologiche (specie animali e vegetali, microrganismi e la biomassa che ne deriva, ivi compresi i rifiuti organici), nonché sulle loro funzioni e principi.... Sostenibilità e circolarità devono essere al centro della bioeconomia europea, se si vuole che questa abbia successo»; così la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «Una bioeconomia sostenibile per l'Europa: rafforzare il collegamento tra economia, società e ambiente», Bruxelles 11.10.2018, COM (2018) 673 final, p. 1.

⁵ Per un approfondimento, sia consentito un rinvio a L. PETRELLI, *La transizione ecologica e digitale dell'U.E.: la visione a lungo termine delle zone rurali*, in *Ambiente e diritto.it*. (numero spec. n. 1/2023), p. 14 ss.

spirito di equità, il raggiungimento di una piena sostenibilità del sistema agroalimentare ed una riorganizzazione delle attività produttive compatibile con i principi della bioeconomia, coerentemente a quanto precisato in strategie europee esplicitate in recenti documenti della Commissione, quali quelle dal “produttore al consumatore” e “sulla biodiversità”⁶.

La nuova visione della Commissione, prendendo spunto da metodi di sviluppo locale partecipativo maturati nel quadro della politica europea di sviluppo rurale, pone al centro del processo di rilancio delle aree rurali le persone, di cui vuole aumentare il benessere, attribuendo maggiore voce alle comunità locali. Questa attenzione, che è stata massima nel momento dell’individuazione di precisi obiettivi verso cui deve tendere la transizione ecologica digitale improntata ad equità, riguarda anche il momento dell’attuazione delle politiche. Il coinvolgimento diretto e fattivo delle comunità locali nel processo di sviluppo del mondo rurale in cui sono attive è espressione della consapevolezza che una duratura ed efficiente attività di rivitalizzazione delle campagne sarà possibile soltanto se le scelte in termini di sostenibilità del sistema produttivo, assunte a livello globale, saranno ricondotte ad un punto di equilibrio in una dimensione locale, in armonia con le leggi dell’ecologia e di una nozione polisemica di paesaggio identitario, inteso quest’ultimo come il risultato dell’unione di cultura, natura ma anche di canoni estetici del territorio in cui la collettività che lo abita si riconosce ed intende continuare a riconoscersi nel futuro.

Dopo una fase iniziale che ha fatto registrare un significativo impulso politico suscitando risoluzioni, pareri e prese di posizione di diverse istituzioni/organi dell’UE, il dibattito sulla attuazione degli orientamenti programmatici della visione si è spostato negli Stati membri che debbono porre in essere le concrete modalità di partecipazione, ai processi politici e decisionali già avviati, degli attori pubblici e dei soggetti privati impegnati nella realizzazione delle azioni e delle iniziative previste negli ambiti complementari corrispondenti agli obiettivi condivisi dalle comunità rurali.

2. Il contesto in cui si sta realizzando la transizione ecologica e digitale delle aree rurali, sembra dunque escludere o quanto meno scoraggiare il ricorso a scelte assunte in conseguenza di un esercizio programmatico accentrato.

⁶ Per le strategie «dal produttore al consumatore» e sulla «biodiversità» cfr. le Comunicazioni della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles, 20.05.2020, rispettivamente COM (2020) 2381 final, e COM (2020) 380 final.

Piuttosto il rilancio delle aree rurali sembra più congeniale a favorire “forme di decentramento di potere a favore di piccole comunità in armonia con le leggi dell’ecologia”⁷.

L’incontro degli enti pubblici con le collettività locali nel momento dell’attuazione delle politiche può assumere le forme di differenziati partenariati attivi in ambito rurale, alcuni già tradottisi in esperienze di successo nelle zone rurali (ad esempio l’approccio leader nella PAC e lo sviluppo locale partecipativo nella politica di coesione), che possono facilitare il raggiungimento degli obiettivi dello sviluppo sostenibile nella gestione dei territori.

Va d’altra parte evidenziato che, negli ultimi anni, il legislatore italiano ha innovato moltissimo nella strutturazione di una terza via all’utilizzo virtuoso delle *common properties* che si giustappone alla tradizionale alternativa Stato-mercato incentrata, quest’ultima, sulla conformazione di limiti esterni ed interni apposti alla proprietà pubblica e privata e sulla configurazione di un pregnante potere di indirizzo esercitato nei confronti della iniziativa economica assunta da enti pubblici e da imprese private.

Degno di segnalazione è il d.lgs 117/2017⁸ che, dopo avere definito natura e finalità degli enti del terzo settore, con l’art. 55 “realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria” dando corpo ad “una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma cost.”⁹ La riforma degli enti del terzo settore, nel raccordo con le imprese sociali - disciplinate con il D.lgs 112/2017¹⁰ - e con le cooperative sociali, per le quali continua ad operare la l. 381/1991¹¹, appare in grado di configurare un nuovo modello di sviluppo locale in cui raccordare, in modo più o meno intenso, attivismo civico e amministrazioni locali per la produzione e gestione di beni e servizi

⁷ Il riferimento è a F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, 2017, p. 233. Secondo gli A. una tale forma di decentramento sarebbe la più compatibile con una efficace trasformazione in chiave ambientale della società, oggi possibile tramite il processo di transizione ecologica posto in essere a livello europeo. Per una analisi della tendenza al ricorso a forme innovative di partenariato per realizzare una efficace transizione ecologica si rinvia a T. FAVARO, *Pubblico, Privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Wolters Kluwer Italia Cedam, 2022, p. 315 ss.

⁸ D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117. Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera b), l. 6 giugno 2016, n. 106.

⁹ Corte cost., 20 maggio 2020, n. 131, considerato in diritto, punto 2.1.

¹⁰ D. lgs. 3 luglio 2017, n. 112. Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell’articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106.

¹¹ L. 8 novembre 1991, n. 381. Disciplina delle cooperative sociali.

anche di proprietà pubblica o collettiva al fine di migliorare il benessere della comunità di riferimento, giocando così un ruolo importante nell'attuazione della transizione ecologica delle aree rurali. L'azione di rilancio di tali zone potrà essere ottimizzata anche ricorrendo alle "Comunità energetiche rinnovabili", previste dalla direttiva europea 2018/2001/UE (RED II)¹², e più specificamente regolamentate in Italia dall'art. 42 - bis del c.d. Decreto milleproroghe n. 162/2019, convertito con la legge n. 8/2020¹³, da successivi provvedimenti attuativi¹⁴, nonché dal d.Lgs n. 199/2021¹⁵ che dà attuazione alla direttiva europea RED II.

Parallelamente, sempre nello stesso anno 2017, il legislatore italiano è tornato a regolamentare la natura giuridica e la gestione dei beni di proprietà collettiva e di quelli gravati da uso civico, invertendo il giudizio di disvalore esplicitato dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766¹⁶ finalizzata, quest'ultima, al loro accertamento ed alla loro liquidazione generale. La legge n. 168/2017, recante norme in materia di domini collettivi¹⁷, è la risultante di un percorso coerente di modifiche legislative che sempre più marcatamente, a partire dalla istituzione della Repubblica italiana, hanno individuato la salvaguardia ambientale e paesistico/culturale quali elementi caratterizzanti gli usi civici¹⁸, senza

¹² Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, RED (Renewable Energy Directive) II.

¹³ L. 28 febbraio 2020, n. 8. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica.

¹⁴ Cfr. ad esempio la deliberazione 4 agosto 2020, 318/2020/R/eel dell'ARERA; il DM 16 settembre 2020 del MISE.

¹⁵ D. lgs. 8 novembre 2021, n. 199. Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

¹⁶ L. 16 giugno 1927, n. 1766. Conversione in legge del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del R.D. 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, e del R.D. 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del R.D.L. 22 maggio 1924, n. 751.

¹⁷ L. 20 novembre 2017, n. 168. Norme in materia di domini collettivi.

¹⁸ Il riferimento agli usi civici è qui da intendersi in senso ampio quale materia che concerne sia i diritti d'uso esercitati su beni altrui, sia i diritti esercitati su beni propri (Comunità di appartenenza). Più in generale per una distinzione tra le due tipologie di diritti civici sopra menzionati si rinvia a G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 88 ss. Il tema delle origini degli usi civici è stato approfondito in precedenti relazioni di questo convegno, cui si rinvia anche per le citazioni della migliore dottrina.

Per il corretto inquadramento dell'istituto nell'ordinamento giuridico italiano moderno, tra i molti lavori pubblicati nel tempo, si segnalano i seguenti contributi: E. CORTESE, *Domini collettivi*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 914 ss.; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1977; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; G. CERVATI, *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Nuovo dir. agr.*, 3-4-1986; A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 535 ss.; F. MARINELLI, *Gli*

tuttavia trascurare l'interesse verso una compatibile valorizzazione delle potenzialità produttive dei beni agro-silvo pastorali in proprietà collettiva. A più riprese ed in tempi diversi, passando per l'attuazione dell'ordinamento regionale che ha trasferito le funzioni amministrative in materia di usi civici pressoché integralmente alle Regioni, si sono succeduti decreti legislativi e leggi ordinarie dello Stato (ad esempio le cc.dd. leggi sulla montagna, la c.d. legge Galasso, il c.d. codice dell'ambiente, fino alla nuova legge sui domini collettivi)¹⁹ che si sono intersecati, con stringente coerenza, con due importanti

usi civici, in CICU, MESSINEO, MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2013; A. JANNARELLI, *Gli usi civici ed i "beni comuni": un accidentato percorso giurisprudenziale*, in *Riv. dir. agr.*, II, 2014, p. 291 ss.; F. MANCINI, L. PAOLONI, "Usi civici": *the Italian side of the Commons*, in *Università degli Studi del Molise, Dipartimento Giuridico, ANNALI*, 16/2014-2015, 2015, p. 75 ss.

Notevole interesse ha mostrato la dottrina, da ultimo, nei confronti delle novità introdotte dalla legge n. 168/2017 che ha stimolato, soprattutto in esito a recenti interventi della Corte costituzionale, ulteriori rielaborazioni dell'istituto dei domini collettivi discusse in importanti convegni: tra questi, cfr. ad es., F. MARINELLI - F. POLITI (a cura di), *Domini collettivi e usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017*, Atti del XIV Convegno annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista "Guido Cervati", L'Aquila, 31 maggio 2018, Pacini Giuridica, 2019; F. MARINELLI - F. POLITI (a cura di), *Domini collettivi e patrimonio forestale*, Atti del XVII Convegno annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista "Guido Cervati", L'Aquila, 29 settembre 2021; *I domini collettivi nella fase della transizione ecologica: dalla tradizione alla convinzione*, Trento, 16-17 novembre 2023. Alle interessanti relazioni presentate nei convegni sopra richiamati, si aggiungano i seguenti lavori, cui si rinvia: L. FULCINITI, *I domini collettivi tra archetipi e nuovi paradigmi*, in *Diritto agroalimentare*, 2018, p. 547 ss.; G. DI GENIO, *Gli usi civici nel quadro costituzionale*, Giappichelli, 2018; A. GERMANÒ, *I Domini collettivi*, in *Diritto agroalimentare*, n. 1, 2018, p. 83 ss.; ID., *La ricognizione dello stato della legislazione e della giurisprudenza sugli "usi civici" secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista diritto agroalimentare*, 2. 2020, p. 445 ss.; G. PAGLIARI, "Prime note" sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 ("norme in materia di domini collettivi"), in *Il diritto dell'economia*, 2019, p. 11 ss.; M.A. LORIZIO, *I domini collettivi e la legge n. 168/2017*, in *Diritto agroalimentare*, 2019, p. 239 ss.; G. SALEPPICHI, *La tutela costituzionale degli usi civici tra regime speciale e valenza paesistico-ambientale (a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 71 del 2020)*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 4, 2020, p. 75 ss.; F. JACOPO, *Il "nuovo corso" degli usi civici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'agricoltura*, 3, 2021, p. 250 ss.; V. CERULLI IRELLI, "Usi civici" e "proprietà collettive": *principi della disciplina e questioni irrisolte* (brevi osservazioni), commento a Corte Costituzionale (6 ottobre 2021) 2 dicembre 2021 n. 228, in *Giur. cost.*, 6, 2021, p. 2521 ss.; ID., *Usi civici e proprietà collettiva*, in *Diritto pubblico della "proprietà" e dei "beni"*, Torino, 2022, spec. p. 49 ss.; R. LOUVIN, *La funzione ambientale dei domini collettivi*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 3, 2022, 210 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in AA.VV. *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2022; A. JANNARELLI, *Passato e presente degli "usi civici" nel diritto vivente: dalla legge del 1927 a quella del 2017; brevi cronache di un'evoluzione incompiuta*, in *Riv. dir. agr.*, 3, II, 2022, p. 121 ss.; ID., *La disciplina "storica" degli usi civici e la legge n. 168 del 2017: alla ricerca di un nuovo ordine* (nota a Corte cost. 28 novembre 2022), n. 236, in *Foro it.*, 3, 2023, c. 689 ss.; M.C. CERVALE, *Usi civici e domini collettivi. La proprietà plurale e il diritto civile*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2022, p. 221 ss.; ID., *Proprietà collettiva, usi civici e ordinamento civile in Italia*, in *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, 2024, p. 532 ss.

¹⁹ Cfr il d.lgs. 3 maggio 1948, n. 1104; la legge 3 dicembre 1971, n. 142; la legge 8 agosto 1985, n. 431; la legge 31 gennaio 1994, n. 97; il D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

riforme costituzionali: la legge n. 3/2001 che apporta tra le altre, sostanziali modifiche al testo dell'art. 117 cost.; la legge n. 1/2022 che modifica gli articoli 9 e 41 cost.

Con l'emanazione della l. 168/2017 il legislatore ha dimostrato di recepire gli orientamenti della Corte costituzionale che aveva evidenziato la sussistenza di "uno specifico interesse unitario della Comunità nazionale alla conservazione degli usi civici in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio in cui si esercitano"²⁰ contribuendo "a salvaguardare il paesaggio e ad assicurare la tutela ambientale del territorio"²¹.

Gli enti esponenziali delle comunità titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva, infatti, hanno dato prova di una gestione efficiente e sostenibile nel lungo periodo delle *common pool resources* espresse dalla base territoriale di riferimento coordinando in regole durature, coerenti con i principi costituzionali posti a presidio dello sviluppo socio-economico sostenibile del territorio, i vantaggi mutualistici derivanti da comportamenti cooperativi assunti nell'interesse generale della collettività degli aventi diritto con il pieno soddisfacimento dell'interesse privato dei propri membri.

Seppure non si possa negare che anche la legge 1766/1927 abbia tenuto in una qualche considerazione le istanze ambientali²², evidente risulta la diversità di ratio tra questa normativa, che favoriva la dismissione delle proprietà collettive e dei diritti di usi civici, e la legge 168 del 2017 che, invece, esprime l'interesse della collettività generale alla loro conservazione per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio.

La visione della legge 168/2017 è coerente con i valori costituzionali, così come meglio specificati con la riforma costituzionale introdotta con legge 1/2022, che ha chiarito, nel nuovo testo dell'articolo 9, la natura transgenerazionale della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, e con le aggiunte apportate nell'articolo 41, dove è stato espressamente escluso che l'iniziativa economica privata possa essere esercitata in modo tale da arrecare danno alla salute ed all'ambiente e posto le premesse per indirizzare vincolativamente l'attività economica pubblica e privata a fini ambientali. Ciò nel più pieno accoglimento di una funzionalizzazione della politica

²⁰ Corte costituzionale, sentenze nn.133 del 1993 e 46 del 1995.

²¹ M. RUOTOLO, *Gli effetti della decisione di incostituzionalità sulla circolazione immobiliare. Il caso degli usi civici*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 1, 2023, p. 85. Più in generale, per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sugli usi civici cfr. I. MORESCHINI, *Evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale sugli usi civici*, in *Dititto.it*, 2018, p. 1 ss.

²² Cfr. art. 14, l. 1766/1927.

economica nazionale in chiave ecologica e secondo la prospettiva olistica del principio di ispirazione europea cd. *one health*.

La ratio della legge 168/2017 è altresì in linea con i principi fondamentali del diritto dell'Unione europea tra i quali rientra il raggiungimento di un elevato livello di protezione dell'ambiente²³ nel quadro di uno sviluppo sostenibile delle attività umane²⁴ che, anche in applicazione di impegni internazionalmente assunti, giustifica una pregnante politica ambientale, la svolta *green* della politica agricola comune nonché, da ultimo, il processo di transizione ecologica digitale ed equa in atto anche nelle aree rurali europee, ispirato da una visione olistica del mondo, fondata sulla consapevolezza ecologica profonda che “riconosce la fondamentale interdipendenza di tutti i fenomeni e il fatto che, come individui e come società, siamo tutti integrati nei (e in ultima analisi dipendiamo dai) processi ciclici della natura”²⁵.

La nuova legge sui domini collettivi in pochi articoli sancisce la competenza dello Stato per ciò che concerne la tutela e la valorizzazione dei beni di collettivo godimento; affida la loro gestione ad un ente esponenziale delle collettività titolari, cui attribuisce lo status di persona giuridica di diritto privato dotata di autonomia statutaria prevedendo, soltanto in mancanza di tale Ente, una gestione del Comune con amministrazione separata; definisce lo statuto della proprietà collettiva o pubblica dei beni appartenenti alle Comunità, che la competenza regionale non può scalfire. In particolare i beni collettivi, così come definiti dall'articolo 3 della legge da ultimo sopra richiamata, da un lato, sono inalienabili, indivisibili, e inusufruttibili, quale logica conseguenza della considerazione, come proprietà intergenerazionale, del patrimonio naturale, economico e culturale che fa capo alla base territoriale; dall'altro, è loro attribuita una perpetua destinazione agro-silvo-pastorale. Risulta infine confermata l'imposizione del vincolo paesaggistico sulle zone gravate da usi civici di cui all'articolo 142, comma 1,

²³ Il trattato di Amsterdam ha sancito l'obbligo di integrare la tutela ambientale in tutte le politiche settoriali dell'unione europea al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile. La base giuridica della politica ambientale è rinvenibile negli articoli 11 e da 191 a 193 del TFUE.

²⁴ Lo sviluppo sostenibile è normalmente definito come uno sviluppo che mira a soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni. Giuridicamente l'impegno a realizzare lo sviluppo sostenibile come obiettivo si è perfezionato con il Trattato di Lisbona ed è menzionato nei trattati quale obiettivo fondamentale dell'U.E (art. 3, TUE, art. 21 TUE e articolo 11 TFUE). Con la comunicazione della Commissione “Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile, Bruxelles, 15.5.2001, COM (2001) 264 definitivo, si tende a stabilire efficacia a questo principio assoggettando alla valutazione di impatto a livello di Commissione europea tutta la futura legislazione dell'UE.

²⁵ Così F. CAPRA, P. L. LUISI, *Vita e natura una visione sistemica*, Aboca, 2014, spec. p. 31.

lettera h) del codice dei beni culturali e del paesaggio²⁶. Tale vincolo, è mantenuto sulle terre anche in caso di liquidazione degli usi civici.

La sottoposizione a vincolo paesaggistico e la immutabile destinazione a fini agro-silvo-pastorali di tali aree può contribuire a raggiungere l'obiettivo di estendere al 30% del territorio nazionale l'area geografica da sottoporre a protezione ambientale ai sensi della strategia sulla biodiversità; può, infatti, favorire la rinaturalizzazione di alcune zone, ad esempio creando nuove zone umide, attrezzare corridoi ecologici (*buffer zone*) tra aree sottoposte a più rigida protezione ambientale (parchi); gestire risposte efficaci a cambiamenti climatici.

La nuova disciplina dei domini collettivi è in grado di innescare un rapporto profondo tra comunità e conservazione della forma originaria dei territori ad essa appartenenti, da un lato, e tra cultura e paesaggio del futuro, dall'altro; è inoltre permeata dal più pieno dinamismo espresso dalla giustapposizione tra tradizione ed innovazione che consente di meglio usufruire delle diverse utilità economiche a vantaggio diretto dei cittadini residenti. A tal proposito va evidenziato che, nonostante il penetrante regime vincolistico e le limitazioni disposte nei confronti della circolazione dei beni collettivi nell'ottica di assicurare loro la piena conservazione e una forte tutela come risorse ambientali, l'istituto dei domini collettivi è dal legislatore nazionale ritenuto idoneo a produrre tangibili vantaggi economici diretti a favore dei membri della comunità. La legge 168/2017 qualifica, infatti, i beni in collettivo godimento quale fonte di risorse rinnovabili da valorizzare e da utilizzare a beneficio delle collettività locali degli aventi diritto che, dunque, stante anche la rilevanza assunta dalla pluriattività rurale e dalla multifunzionalità dell'agricoltura, possono godere dei vantaggi economici derivanti da settori come il turismo o ricollegabili alla produzione dei servizi ecosistemici²⁷ o comunque alla utilizzazione delle risorse naturali. I domini collettivi, considerati in tale prospettiva, possono svolgere un ruolo importante per la crescita dell'occupazione e dell'economia locale soprattutto in aree rurali svantaggiate, diventando una fondamentale risorsa per le politiche di sviluppo dei territori di riferimento²⁸.

Va segnalato che le potenzialità dei beni agro-silvo-pastorali in proprietà collettiva indivisibile e inusucapibile, sia sotto il profilo produttivo sia sotto quello della tutela

²⁶ Cfr. d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

²⁷ D. POLI (a cura di), *I servizi ecosistemici nella pianificazione bioregionale*, Firenze, 2020.

²⁸ M. DAICI, *Proprietà collettive e sviluppo locale. Elementi di ricerca per il Friuli Venezia Giulia (Italia)*, in *Journal of Alpine Research/Revue de géographie alpine*, disponibile al sito: <https://journals.openedition.org/rga/8221>.

ambientale, erano prese in considerazione anche dalla legge n. 97/1994: alle Regioni era attribuito il compito di valorizzare tale potenzialità provvedendo al riordino della disciplina delle organizzazioni montane, anche unite in comunanze, comunque determinate. Tuttavia la legge 168/2017, facendo rientrare nella competenza dello Stato la tutela e la valorizzazione dei beni collettivi in quanto rispondenti alle funzioni indicate nell'art. 2, e così come goduti dalle comunioni familiari in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini, riconosce direttamente a questa forma specifica di proprietà collettiva dei beni agro-silvo-pastorali l' idoneità a realizzare le finalità conservative e produttive del territorio e delle risorse rinnovabili nel pieno rispetto dei principi e valori costituzionali.

Pur nella considerazione delle difficoltà derivanti da una evidente lacunosità della normativa statale, a sette anni dalla emanazione della legge 168/2017, si ritiene che le Regioni avrebbero potuto mostrare un maggiore impegno regolamentare per meglio adeguare le procedure amministrative in materia di domini collettivi al nuovo quadro normativo nazionale di riferimento rendendole più snelle, veloci e coerenti. Unica eccezione di rilievo è rappresentata dall'emanazione della legge regionale della Val d'Aosta 1° agosto 2022, n. 19.

Come evidenziato dalla dottrina²⁹, con fermezza la Corte costituzionale ha dimostrato di non tollerare più nelle leggi regionali la riproposizione di anacronistiche liquidazioni di usi civici, affrancazioni dei fondi od occupazioni senza titolo nel tentativo di eludere controlli a tutela del paesaggio e dell'ambiente.

Anche a seguito della recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 152/2024³⁰ appare quanto mai necessaria ed urgente una operazione di rideterminazione dei profili organizzativi delle funzioni di controllo esercitati dalle Regioni in materia di domini collettivi. Allo stato attuale generalmente le normative regionali legittimano penetranti controlli preventivi e sostitutivi delle Regioni, nonché loro poteri di indirizzo, sugli Enti esponenziali delle collettività titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva fondandoli, in taluni casi, esplicitamente sul presupposto che si tratti di Enti

²⁹ R. LOUVIN, *La funzione ambientale dei domini collettivi*, cit., specialmente p. 221, e la nota 47 dove l'A. richiama, tra gli ultimi interventi della Corte costituzionale, la sentenza n. 236 del 2022 che ha dichiarato parzialmente illegittimo costituzionalmente l'art. 1 della l. r. Calabria 28 dicembre 2021, n. 41, recante modifica dell'art. 27 della l.r. 21 agosto 2007, n. 18 (norme in materia di usi civici).

³⁰ Cfr. Corte costituzionale n. 152/2024 del 21/05/2024 che dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 49, comma 1, lettera b), della legge della Regione Emilia-Romagna 24 marzo 2004, n. 6 (Riforma del sistema amministrativo regionale e locale. Unione europea e relazioni internazionali. Innovazione e semplificazione. Rapporti con l'Università), limitatamente alle parole «, ferma restando l'eventuale applicazione del titolo III, capo II, della legge regionale n. 24 del 1994».

dipendenti³¹. L'esercizio di tali poteri può determinare la sospensione o lo scioglimento degli organi degli Enti esponenziali della collettività, comprimendo la potestà di autorganizzazione e di gestione di tali Enti, cui la legge n. 168 del 2017 riconosce "personalità giuridica di diritto privato ed autonomia statutaria". In ogni caso l'attività regionale di controllo e vigilanza svolta fino ad ora non sembra avere favorito lo sviluppo, da un lato, di virtuose forme di collaborazione tra domini collettivi ed altri enti, quali ad esempio quelli del terzo settore, nel tentativo di incidere con maggiore significatività sullo sviluppo rurale a favore del benessere di più ampie comunità territoriali di riferimento; dall'altro, di interessanti prassi "trasformistiche", di recentissima realizzazione, in cui i domini collettivi, per operare più efficacemente nella società civile, utilizzano modelli organizzativi disciplinati dal codice civile o dal codice del terzo settore³².

3. Il partnerariato pubblico privato, stimolato dalla visione europea delle aree rurali, innesca sinergie feconde tra cittadini imprese, associazioni e istituzioni il cui raggio di operatività è l'ambito locale nel quale la dimensione privata pubblica e collettiva degli interessi si intreccia in un rapporto dinamico e collaborativo tra visione e bisogni generali

³¹ V. ad es. l'art. 49 comma1, lettera b) della L.r. Emilia Romagna, n. 6 del 2024 che ascrive le partecipanze agrarie dell'Emilia - Romagna agli "enti dipendenti" dalla Regione sottoponendole alla normativa «indirizzi e vigilanza nei confronti degli enti, istituti e aziende dipendenti dalla Regione», prevista dal citato Capo II, che comprende anche i «controlli sostitutivi» disposti dall'art. 29 della medesima legge.

³² V. ad esempio la Comunanza agraria delle frazioni Cerisola, Rocca e Villanoce del Comune di Rezzoaglio che ha assunto la denominazione di Comunione Familiare Bosco Fontana.

Tale Comunione, ai sensi dell'articolo 1 del suo Statuto (2022), "si ispira e applica i principi del terzo settore e risponde allo schema giuridico della Fondazione di partecipazione nell'ambito del modello organizzativo della Fondazione disciplinato dal Codice civile e dl codice del Terzo settore". Tale ente, a seguito dell'iscrizione nel registro unico del terzo settore, ha assunto la seguente denominazione: "Comunione Familiare Bosco Fontana- Fondazione di partecipazione ETS".

Secondo quanto dichiarato dal suo Presidente (cfr. Viaggio nell'entroterra - La storia del bosco Fontana, magnifico esempio di proprietà collettiva al servizio di tutta la Comunità, in Piazza levante.it, 15 settembre 2022) , la scelta della Comunione di adottare lo schema giuridico della Fondazione di partecipazione ha trovato la sua giustificazione non soltanto nell'interesse a dotarsi di un ente gestore ma a "trasformare questa necessità in un'opportunità per invertire la tendenza alla disgregazione sociale, all'abbandono delle attività tradizionali, allo spopolamento". La Fondazione, infatti è "a tutti gli effetti uno strumento per partecipare a bandi, gare, ottenere fondi, fare tutto quello che prima non avremmo potuto". "La Fondazione persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale - si legge nello statuto -, amministra il proprio patrimonio al fine di perseguire il miglioramento delle condizioni sociali, economiche e culturali delle famiglie aderenti alla Comunione e delle comunità locali, incentivando la partecipazione attiva dei suoi membri alle attività della Fondazione. I beni agrosilvopastorali detenuti a qualsiasi titolo dalla Fondazione, con particolare riferimento a quelli costituenti il patrimonio antico, sono gestiti dall'Ente al fine di garantirne la conservazione nello stato ottimale per le future generazioni e di valorizzarne le potenzialità produttive compatibili con la loro tutela".

della società ed esigenze specifiche di una comunità attiva a livello territoriale. La sussidiarietà orizzontale favorisce l'emersione di enti spontanei più o meno formalisticamente strutturati in tipologie giuridicamente definite (ad esempio Enti del terzo settore, imprese sociali, cooperative sociali, comunità energetiche rinnovabili) con i quali i domini collettivi possono sviluppare forme di aggregazione e di collegamento reciprocamente utili per lo sviluppo rurale.

Nell'azione di rilancio delle zone rurali - utile a contenere abbandono, spopolamento e cancellazione di servizi pubblici essenziali - i domini collettivi sono destinati ad assumere sempre più, nel futuro, una funzione strategica: gli enti gestori delle proprietà collettive sono in grado di fornire un contributo fondamentale nella programmazione dello sviluppo locale favorendo l'attrazione di importanti risorse economiche europee. Il ricorso a modalità di governance partecipativa nelle zone rurali, volute dall'Unione europea trova, infatti, nei domini collettivi una utile forma strutturata di aggregazione degli interessi di una collettività di cittadini e residenti (o famiglie originarie) fortemente omogenea (per sensibilità, cultura, tradizioni), amministrata, come si è visto, attraverso associazioni di diritto privato o, in via residuale e sussidiaria, da un Comune. La natura speciale delle comunità titolari dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva, composte da gruppi di popolazione che si sono mantenuti fortemente stabili ed omogenei nel tempo, rende la formazione sociale naturalmente idonea a consentire di traslare in una prospettiva non egoistica di lungo periodo la valutazione costi-benefici di determinati comportamenti imposti dall'uso sostenibile dei beni di collettivo godimento. Tale situazione facilita l'accettazione da parte della generazione presente di sacrifici attuali per assicurare benefici a quelle future³³.

³³ Cfr. E. OSTROM, *Governing the commons. The evolutions of institutions for collective actions*, pubblicato nel 1988, ed oggi edito da Cambridge University press, 2015. La Ostrom, premio Nobel per l'economia nel 2009, fonda la sua analisi sullo studio di diversi casi di autogoverno di beni comuni dimostratisi nel tempo di successo o fallimentari e individua la necessaria sussistenza di otto condizioni fondamentali per impedire che le *common properties* degenerino. Per realizzare una gestione civica del bene comune sostenibile economicamente nel lungo periodo e consentire alla forma organizzativa dell'istituzione di funzionare bene, ad avviso della Ostrom, è in ogni caso fondamentale l'esistenza di una comunità caratterizzata dalla stabilità della popolazione, costituita in gruppi omogenei stabili nel tempo, organizzata secondo regole precise che impongono ai suoi appartenenti diritti di sfruttamento ma anche doveri di gestione manutenzione e riproduzione rendendo chiari il vantaggio di comportamenti cooperativi.

La teoria della Ostrom si contrappone alla dottrina, fino ad allora dominante, che riteneva la proprietà collettiva incapace di sviluppare un modello di gestione dei fondi economicamente efficiente. Tra i fautori di questo orientamento cfr. W. F. LLOYD, *Two lectures on the checks to population*, 1883, ora in *Population and Development Review*, vol. 6, n. 3, 1980, p. 473 ss, available in <https://doi.org/10.2307/1972412>. L'economista riportò l'esempio di pastori che usufruivano di un pascolo

Che i domini collettivi costituiscano una indubbia risorsa per lo sviluppo rurale del nostro paese risulta evidente anche dalla oggettiva significatività della loro estensione. Dati statistici, ricavabili dal censimento dell'agricoltura realizzato nel 2010 dall'ISTAT, dimostrano che su circa 17 milioni di ettari di superficie agricola totale in Italia, ben 1,668 milioni di ettari (il 9,77%) risulta appartenere a "Comunanze, Università Agrarie, Regole o Comune che gestisce le Proprietà Collettive"³⁴. Un dato già di per se molto rilevante in termini assoluti che, tuttavia, assume sicuramente contorni di estremo interesse se rapportato ai terreni boscati e della montagna dove i domini collettivi, dal nord al sud del nostro Paese, rappresentano codificate modalità di utilizzo di parte importante del territorio alpino e appenninico, Sicilia compresa, in larga parte altrimenti abbandonato.

In conclusione, la dimostrata capacità di mantenere nei territori amministrati originali e stabili integrazioni "tra uomo e ambiente naturale", ancora vitali, unita alla idoneità a valutare i processi di sviluppo locale in una ottica transgenerazionale giustifica, e rende auspicabile, il riconoscimento agli enti gestori delle proprietà collettive di un ruolo fondamentale nella governance multilivello e partecipativa per progettare e realizzare, nel confronto con gli enti pubblici e gli stakeholders, soluzioni di sviluppo e resilienza delle aree rurali italiane coerentemente al processo di transizione agroecologica in atto nell'Unione Europea. Lo svolgimento di tale ruolo, coerente con il riconoscimento dei domini collettivi quali ordinamento giuridico primario delle comunità originarie soggetto alla Costituzione³⁵, operato dalla legge 168/2017, e con le

comune; la possibilità di ottenere senza limitazioni il beneficio dell'utilizzo dell'erba, risorsa limitata che si rigenera in tempi lunghi, poteva provocare uno sfruttamento eccessivo del pascolo laddove ogni pastore aveva la possibilità di ricevere un immediato beneficio personale a fronte di un danno scaricabile su tutta la collettività di utenti. Più recentemente, cfr G. J. HARDIN, *The Tragedy of the Commons: the population problem has no technical solution: it requires a fundamental extension in morality*, in *Science*, 1968, v. 162, p. 1243 ss. L'A. riteneva che la massimizzazione del profitto individuale comportasse la compromissione del bene pubblico: un comportamento egoistico ed opportunistico di ciascun appartenente ad un gruppo nello sfruttamento di risorse comuni a tutti poteva determinare l'esaurimento della risorsa comune. Schemi di soluzione alla cd "tragedy of the commons" sono stati elaborati, nel tempo, dalla dottrina economica e dalla scienza politica proponendo alternativamente il ricorso a gestioni tutorie, sotto il controllo statale, delle risorse naturali, oppure la loro privatizzazione a garanzia di un uso più efficiente.

³⁴ Così Camera dei Deputati, Servizio studi, Norme in materia di domini collettivi, Dossier n. 594, schede di lettura, 21 giugno 2017.

³⁵ Il riconoscimento dei domini collettivi come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie soggetto alla Costituzione impone la necessità di verificare la validità di alcune antiche regole quali, ad esempio, la trasmissione dei diritti alla sola linea maschile. Questa regola, insieme ad altre che hanno perso nel tempo il loro significato culturale (quali, ad esempio, l'appartenenza riservata ai soli discendenti degli antichi vicini, o i limiti posti alle giovani generazioni per il godimento dei diritti d'uso ma

ragioni della tutela dei beni di collettivo godimento, esplicitate nella stessa legge da ultimo citata ai sensi dei suoi articoli 1 e 2, dovrebbe essere incentivato da una coerente legislazione regionale, attualmente carente.

Camerino, ottobre 2024

non di quelli politici), meritano, in ogni caso, di essere approfonditamente riesaminate dalle Comunità che le hanno adottate in quanto spesso generano conflitti che “demotivano la partecipazione, impediscono il ricambio generazionale, creano avversione da parte degli esclusi mettendo in discussione il concetto stesso di equità inter ed intragenerazionale alla base dell’istituzione collettiva e minacciandone quindi la sopravvivenza”; cfr. P. GATTO, *Accesso alle terre e assetti fondiari collettivi: uno sguardo alla situazione internazionale e italiana*, in *Agriregionieuropa*, n° 49, 2017.

Abstract

L'analisi prende le mosse dalla nuova strategia posta in essere dalla Commissione dell'U.E. nel 2021 per plasmare le aree rurali del futuro che individua le comunità locali quali principali attori dell'azione di rilancio.

Lo scopo del presente lavoro è valutare il ruolo che la gestione e l'utilizzo dei beni di proprietà collettiva e di quelli gravati da diritti di uso civico possono svolgere per concorrere ad individuare ed a realizzare nel medio periodo una rivitalizzazione delle zone rurali italiane coerente con il processo di transizione ecologica, digitale e equa posto in atto dall'Unione europea.

Nelle conclusioni si sostiene che la legge 168/2007, oltre ad attribuire un indubbio valore ambientale ai domini collettivi, rivaluta importanza e ruolo che la gestione dei beni di collettivo godimento può svolgere nei processi di sviluppo rurale.

Stante il dimostrato carattere strategico della partecipazione delle proprietà collettive alle dinamiche di sviluppo locale, si ritiene necessaria ed urgente, anche alla luce di una recentissima sentenza della Corte costituzionale, una operazione di rideterminazione dei profili organizzativi delle funzioni di controllo esercitati dalle Regioni in materia di domini collettivi.

The analysis starts with the new strategy set in place by the EU Commission in 2021 to shape rural areas of the future, which sees local communities as the main actors of the action of revitalization.

The goal of the present work is to evaluate the role that the management and use of assets of collective properties and of those resting on rights of civic use can play in helping to identify and achieve in the mid-term the revitalization of Italian rural areas, coherent with the process of ecological, digital and equitable transition established by the European Union.

The conclusions argue that law 168/2007 not only recognized the undoubted environmental value of collective properties, but also re-evaluates the importance and role that the management of assets of collective enjoyment can play in the processes of rural development.

Given the demonstrated strategic character of participation of collective properties in the dynamics of local development, it is necessary and urgent, especially in the light of a very recent judgement of the Constitutional Court, to re-assess the organizational

profiles of the functions of control exercised by the Regions regarding collective properties.

Keywords

Domini collettivi; usi civici.

Collective properties; civic use rights.

AGOSTINA LATINO*

*Declinazione del legame antropologico alle terre ancestrali nella chiave giuridica del diritto internazionale, tra riconoscimento e obbligo di consultazione dei popoli indigeni***

Sommario: 1. Introduzione. - 2. *Actor:* i popoli indigeni. - 3. *Behavior:* il rapporto antropologico con le terre ancestrali. - 4. *Content:* i *pre-existing rights* dei popoli indigeni sulle terre ancestrali. - 5. *Degree:* le sfumature giuridiche della panoplia di fonti normative. - 6. *Effect:* le procedure consultive volte all'acquisizione del previo consenso libero e informato dei popoli indigeni per qualsiasi decisione concernente le terre ancestrali.

1. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite (ONU), sul finire del 1994¹, ha statuito che il 9 agosto di ogni anno si celebri la Giornata internazionale dei popoli indigeni, solennizzando la data in cui si riuni per la prima volta, nel 1982, il Gruppo di lavoro costituitosi *ad hoc* nel quadro della Sottocommissione per la promozione e la tutela dei diritti umani². Sempre l'Assemblea generale, al fine di porre in essere un'attenta opera di monitoraggio e valutazione dello *status* giuridico dei popoli indigeni, questione fino ad allora del tutto marginalizzata nelle priorità dell'agenda della comunità internazionale, ha adottato una serie di risoluzioni, il cui *fil rouge* è rinvenibile proprio nella decisione di

* Professoressa aggregata di Diritto internazionale presso l'Università di Camerino.

** Testo ampliato e con note della relazione svolta in occasione del Convegno *Demania. Domini collettivi e usi civici* (Camerino 21-22 maggio 2024) (Prin 2024 - Finanziato dall'Unione europea-Next Generation EU, Missione 4 Componente 1 CUP J53D23005940006).

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *single blind peer-review*.

¹General Assembly A/RES/49/214 del 23 December 1994 (reperibile alla pagina web: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F49%2F214&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>).

² Si veda il primo *Report* del *Working Group*, istituito sulla base della Ris. 1982/19 del 10 marzo 1982 della Commissione dei diritti umani reperibile alla pagina web: <https://digitallibrary.un.org/record/36801?v=pdf>.

‘fotografare’ luci e ombre del riconoscimento dei diritti di tali popoli. Si sono dunque susseguite nel tempo risoluzioni sulla base delle quali l’Assemblea generale ha, dapprima, proclamato il Decennio internazionale dei popoli indigeni nel mondo (1995-2004)³, cui, senza soluzione di continuità, ha fatto seguito il secondo Decennio (2005-2014)⁴, nonché, nel 2000, l’istituzione del Forum permanente sulle questioni indigene⁵ e, l’anno successivo, la designazione di un Relatore speciale sulla situazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali dei popoli indigeni⁶. Nel presente contributo ci si propone di analizzare il legame ancestrale dei popoli indigeni alla madre terra alla luce della sua codificazione negli strumenti internazionali nonché della prassi giurisprudenziale, sulla base di un *framework* ABCDE, ossia *Actors* (popoli indigeni), *Behavior* (rapporto antropologico con le terre ancestrali), *Content* (*pre-existing rights* dei popoli indigeni sulle terre ancestrali), *Degree* (panoplia di fonti normative, tanto di *hard* quanto di *soft law*), *Effect* (obbligo di procedure consultive volte all’acquisizione del previo consenso libero e informato dei popoli indigeni per qualsiasi decisione concernente le terre ancestrali).

2. Sebbene nel sito ufficiale delle Nazioni Unite si affermi che attualmente oltre 476 milioni di indigeni⁷, ossia il 6,2% della popolazione mondiale⁸, suddivisi in più di 5mila gruppi distinti, vivano in più di 90 Paesi del mondo, non esiste una definizione di ‘popolo indigeno’ adottata univocamente nell’ordinamento internazionale. In effetti, nemmeno la Dichiarazione ONU sui Diritti dei popoli indigeni del 2007⁹, prisma

³General Assembly A/RES/48/133 del 20 December 1993 (reperibile alla pagina web: <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/712/17/img/nr071217.pdf?token=sCjD8VYAxCcA7pZ1WH&fe=true>)

⁴General Assembly A/RES/59/174 del 20 December 2004 (reperibile alla pagina web: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F59%2F174&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>).

⁵United Nations, Department of Economic and Social Affairs - Social Inclusion (<https://social.desa.un.org/issues/indigenous-peoples>).

⁶ Il mandato dello *Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples* è stato formalizzato con la Resolution 51/16 adottata dallo *Human Rights Council* il 6 ottobre 2022. Per un’*overview* sul mandato e le attività del Relatore speciale si veda la pagina web: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-indigenous-peoples>.

⁷ I dati sono riportati alla pagina web <https://www.un.org/en/fight-racism/vulnerable-groups/indigenous-peoples>.

⁸ International Labour Organization (ILO), *Implementing the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169: Towards an Inclusive, Sustainable and Just Future*, 2020 (reperibile all’indirizzo web: <https://www.ilo.org/publications/implementing-ilo-indigenous-and-tribal-peoples-convention-no-169-towards>).

⁹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), General Assembly Res. 61/295 del 13 settembre 2007 (Doc A/RES/61/295), il cui testo si legge alla pagina web: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf. Il draft della Dichiarazione era stato adottato

giuridico imprescindibile per lo studio normativo internazionalistico della questione, dà una definizione di cosa si intenda per ‘popolo indigeno’, rinviando, *ex art.* 33, al c.d. criterio della auto-identificazione¹⁰ (cfr. *infra*).

La definizione va dunque ricostruita attraverso un metodo deduttivo di valutazione comparativa che eviti erronee sovrapposizioni con figure affini, *in primis*, con le ‘minoranze’. Sebbene anche avuto riguardo alle minoranze non esista un’univoca definizione, purtuttavia in tal caso la nozione è ascrivibile a un perimetro definito da fattori quali-quantitativi, quali l’elemento oggettivo, dato dalla sommatoria di una pluralità di fattori identitari (*in specie* etnici, linguistici, religiosi, politici, culturali); l’elemento soggettivo, consistente in un approccio solidaristico fra i membri del gruppo intenzionato a mantenerne inalterati i tradizionali tratti peculiari; l’elemento dimensionale, derivante dalla inferiorità numerica del gruppo (in posizione subordinata) rispetto alla maggioranza della popolazione (in posizione dominante). Questi presupposti riecheggiano nella definizione di Francesco Capotorti, *Special Rapporteur della Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, secondo cui per ‘minoranza’ si intende «a group which is numerically inferior to the rest of the population of a State and in a non-dominant position, whose members possess ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the rest of the population and who, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture,

nel 1994 (dalla Sottocommissione ONU sulla Prevenzione della Discriminazione e per la Protezione delle Minoranze), ma era rimasto bloccato nel quadro dei lavori del Gruppo di lavoro istituito *ad hoc* dalla Commissione Diritti umani dell’ONU per la sua revisione, in quanto la bozza si era arenata nelle secche dell’art. 3, articolo che abbina al concetto di ‘popolo’ il ‘diritto all’autodeterminazione’, previsto dalle norme internazionali. In effetti, a sua volta, la bozza del 1994 era stata elaborata all’esito di oltre 10 anni di lavoro e mediazione dei rappresentanti indigeni con il Gruppo di lavoro sulle popolazioni indigene delle Nazioni Unite. Si vedano il *Working paper*, redatto da Erica-Irene Daes, *Chairperson-Rapporteur on the draft declaration on the rights of indigenous peoples* in UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, 19 luglio 1993, e i successivi Rapporti, tutti volti allo sforzo definitorio di ‘popolo indigeno’: UN E/CN.4/Sub.2/1994/31, 8 luglio 1994, e UN E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 giugno 1996 (il testo dei documenti è reperibile all’indirizzo web: https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=6760). L’UNDRIP è stata approvata con larga maggioranza: in effetti, al netto di 11 astensioni, hanno votato a favore per la sua adozione 143 Paesi, fra i quali, almeno inizialmente, non erano annoverati Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti, ossia proprio gli Stati tristemente noti per il trattamento vessatorio imposto ai popoli autoctoni sottoposti alla loro giurisdizione. Tuttavia, tre anni dopo la sua approvazione da parte dell’Assemblea Generale, ossia nel corso del 2010, l’Australia (a marzo), la Nuova Zelanda (ad aprile), il Canada (a novembre) e gli Stati Uniti (a dicembre) hanno deciso di sostenere la Dichiarazione sui popoli indigeni.

¹⁰ Art. 33, par. 1: «Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions...».

traditions, religion or language»¹¹. Di primo acchito, quantomeno in un rapporto di *genus ad species*, sembrerebbe riconducibile nell'alveo di tale nozione anche quella dei popoli indigeni, posto che tali elementi quali-quantitativi si rinvergono altresì in tale ultima fattispecie¹². In effetti, dal raffronto fra queste due tipologie di gruppi umani, emergono (almeno) due specificità proprie dei popoli indigeni rispetto alle minoranze, l'una di natura cronologica-temporale, data l'origine storica più risalente dell'insediamento territoriale dei 'popoli indigeni' rispetto alle 'minoranze' *tout court*, l'altra più squisitamente antropologica, strettamente connessa all'importanza cardinale, nelle rivendicazioni indigene, del rapporto con le terre ancestrali. È dunque in questa prospettiva che, avuto riguardo alla eterogeneità del regime volto a tutelare i diritti delle minoranze rispetto a quello che mira a proteggere i diritti dei popoli indigeni, sono proprio questi ultimi che stigmatizzano qualsivoglia analogia tra la loro situazione e quella delle minoranze come «highly problematic»¹³.

In estrema sintesi, le principali differenze fra i sistemi giuridici di matrice internazionalista applicabili alle due diverse entità rilevano sotto il triplice punto di vista delle rispettive origini storiche (risalenti al Trattato di Westfalia, per quel che concerne il regime giuridico delle minoranze¹⁴; ancorate a tempi ben più recenti, come accennato *supra*, quello dei popoli indigeni), dei destinatari dei diritti (dimensione prettamente

¹¹ F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, UN Publications, Sales no. E.91.XIV, Geneva, 1991, § 568.

¹² Al netto di casi particolari quale quello degli Inuit che, in Groenlandia, rappresentano più dell'80% della popolazione.

¹³ J. CASTELLINO, C. DOYLE, *Who Are Indigenous Peoples?*, in J. HOHMANN, M. WELLER (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, 2018, pp. 7-37, spec. 14. Secondo Pisillo Mazzeschi, «se la strategia giuridica e politico-diplomatica dei popoli indigeni era quella di evitare di rimanere "vincolati" allo status delle minoranze, e di aspirare invece ad ottenere un regime giuridico più favorevole e più avanzato nell'ottica dei diritti umani, ed in particolare un regime che avesse carattere di specialità e fosse anche fondato sulla tutela di diritti collettivi, questa strategia è risultata nel complesso vincente. Infatti, a nostro parere, i popoli indigeni hanno ottenuto, sia pure a titolo di sviluppo progressivo del diritto internazionale, ambedue gli obiettivi: a) un regime speciale, caratterizzato soprattutto dai diritti all'identità culturale, dai diritti di proprietà sulle risorse e dai diritti di autonomia ed autogoverno nelle questioni interne (gli ultimi due funzionali rispetto ai primi); b) la tutela di diritti collettivi di carattere sostanziale. Invece, non ci sembra che i popoli indigeni abbiano ottenuto per ora un terzo obiettivo più ambizioso, costituito dal diritto di autodeterminazione esterna»: R. PISILLO MAZZESCHI, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A.L. PALMISANO, P. PUSTORINO (a cura di), *Atti del Convegno internazionale Identità dei Popoli Indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici. Seconda fase del Seminario sull'identità linguistica dei popoli indigeni del Mercosud come fattore di integrazione e sviluppo*, Siena, 4 e 5 giugno 2007, Roma, 2008, pp. 19-31, spec. 30-31.

¹⁴ J. JACKSON PREECE, *National Minorities and the European Nation-States System*, Oxford, 1998, in specie Chapter 4: *Minority Rights from Westphalia to Berlin (1648-1878)*, pp. 54-66.

individuale, anche se in comune con gli altri membri del gruppo, nel caso delle minoranze; estensione squisitamente collettiva, avuto riguardo ai popoli indigeni) e degli obiettivi (ottenere le stesse opportunità della maggioranza su base non discriminatoria, pur preservando le proprie caratteristiche distintive, nel caso delle minoranze; mantenere un *modus vivendi et operandi* distinto e separato, esercitando il diritto a una forma di autonomia/autodeterminazione - nel senso di autogoverno e autoidentificazione in linea con la propria specificità culturale - per i popoli indigeni)¹⁵. Di siffatte specificità dà conto Jose R. Martinez Cobo, *Special Rapporteur* della *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, nella definizione da egli elaborata nel suo *Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, in base alla quale per 'Indigenous communities, peoples and nations' si intendono «those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system»¹⁶.

Dunque, nella individuazione dei 'popoli indigeni', la definizione del lemma 'popolo' quale comunità dei cittadini di uno Stato¹⁷, si arricchisce di un elemento

¹⁵ La *Food and Agricultural Organization* (FAO), pur nella consapevolezza del fatto che l'eterogeneità tra regioni e Paesi e le differenze di background, cultura, storia e condizioni hanno reso estremamente difficile lo sviluppo di un'unica definizione, a livello internazionale, applicabile a tutte le comunità di popoli indigeni, si attiene ai seguenti quattro criteri quando prende in considerazione i popoli indigeni: «a) priority in time, with respect to occupation and use of a specific territory; b) the voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include aspects of language, social organization, religion, and spiritual values, modes of production, laws, and institutions; c) self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and d) an experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist»: <https://www.fao.org/indigenous-peoples/en/>

¹⁶ J. R. MARTINEZ-COBO, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Volume V: Conclusions, Proposals and Recommendation, UN Economic and Social Council, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987, § 379 (reperibile alla pagina web: <https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASH01a2/55590d02.dir/Martinez-Cobo-a-1.pdf>).

¹⁷ Va osservato, in modo laterale, che gli individui membri dei popoli indigeni hanno acquisito alquanto tardivamente la cittadinanza dello Stato sotto la cui giurisdizione si trovano all'esito della colonizzazione: basti pensare che negli Stati Uniti d'America solamente nel 1924, con la promulgazione dell'*Indian Citizenship Act*, che, dal nome del proponente Homer P. Snyder, è detto anche *Snyder Act*, i nativi americani hanno ottenuto la cittadinanza statunitense, mentre gli autoctoni australiani hanno dovuto attendere addirittura il 1967, all'esito del referendum del 27 maggio che, a grande maggioranza, cancellò

soggettivo e di un elemento oggettivo. Il primo, ossia il fattore soggettivo, è dato dall'auto-identificazione, declinata in una duplice dimensione: individuale, frutto della percezione del singolo (coscienza di appartenenza a un gruppo), e collettiva, posto che i popoli indigeni mantengano il diritto esclusivo di determinare chi appartenga al proprio gruppo (accettazione da parte del gruppo). Il secondo criterio, cioè l'elemento oggettivo, consiste nella continuità storica, ossia nel mantenimento, per un prolungato e ininterrotto periodo di tempo¹⁸, dei seguenti fattori: occupazione di (almeno una parte di) terre ancestrali, ascendenza comune con i primi abitanti di siffatte terre; specificità e peculiarità culturali (*in specie*, ma non solo, lingua, religione, tradizioni, riti); collocazione in specifiche regioni del mondo¹⁹.

dalla Costituzione le norme discriminatorie nei loro confronti. In effetti, il 90,2% dei votanti si esprime contro due articoli della Costituzione entrata in vigore nel 1901, quando le colonie britanniche in Australia si erano unite pacificamente in una federazione, ossia, specificamente, l'art. 51 (in base al quale il governo federale poteva emanare leggi *ad hoc* riguardanti tutte le minoranze etniche presenti in Australia, tranne gli aborigeni) e l'art. 127 (che escludeva gli indigeni australiani dal calcolo della popolazione durante i censimenti). Se dunque nel documento fondativo dello Stato australiano questi erano gli unici riferimenti agli aborigeni, entrambi di segno negativo, non stupisce che nel 1902, fra le prime leggi emanate dal governo federale, si annoverava quella che precludeva loro il diritto di voto.

¹⁸ L'individuazione esatta del *range* è tutt'altro che agevole: basti pensare alla *vexata quaestio* del c.d. *Marco Temporal*, il contestatissimo provvedimento propugnato dall'ex-Presidente brasiliano Jair Bolsonaro, in base al quale non sarebbe stato possibile istituire riserve protette sulle aree dove gli indigeni non erano presenti alla data del 5 ottobre 1988, data in cui è entrata in vigore l'attuale costituzione brasiliana, sicché, di *default*, non sarebbero potute essere demarcate, ovvero mappate e quindi riconosciute come zone su cui insistono dei diritti dei popoli nativi. Malgrado il Supremo Tribunale Federale (STF) il 23 settembre 2023 si sia pronunciato sul ricorso promosso dalla Fundação Nacional do Índio contro l'Istituto del Meio Ambiente dello Stato di Santa Catarina a favore dei diritti fondiari dei popoli indigeni, posto che nella sentenza riaffermi il contenuto dell'art. 231 Cost., in base al quale i diritti fondiari indigeni sono riconosciuti dalla Costituzione, ma preesistono alla promulgazione della Costituzione stessa, superando il precedente orientamento, che limitava ai soli gruppi effettivamente insediati sui territori al momento dell'adozione della Costituzione, purtuttavia il Parlamento, poche settimane dopo la pronuncia, ha adottato la legge 14.701/2023 che limita la protezione delle terre appartenenti alle popolazioni indigene, malgrado il veto che l'attuale Presidente Luiz Inácio Lula da Silva aveva posto su gran parte del contenuto della legge, veto a sua volta parzialmente annullato dal Parlamento stesso. Il Relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, José Francisco Calí Tzay, ha chiesto al Brasile la sospensione di tale legge, che mette le popolazioni indigene a rischio di sfollamento o espulsione dalle loro terre tradizionali: nella sua dichiarazione, se, da un lato, si è congratulato con il STF per aver respinto la legge del c.d. *Marco temporal* nel settembre 2023, dall'altro, ha espresso preoccupazione per la rapida approvazione della legge 14.701/2023 da parte del Congresso, nel dicembre scorso. In effetti, malgrado la legge 14.701/2023 sia stata impugnata da cinque ricorsi davanti al STF, esso ha sospeso il giudizio su tali procedimenti nell'aprile 2024 e ha suggerito un processo di mediazione tra gli interessi delle popolazioni indigene e l'agrobusiness: cfr. *Brasile: riprende il dibattito sul "marco temporal"*, in *Osservatore romano*, 13 luglio 2024.

¹⁹ Nel summenzionato *Working paper submitted by the Chairperson-Rapporteur on the draft declaration on the rights of indigenous peoples* del 1996 (c.d. Rapporto Daes) sono individuati come elementi rilevanti per qualificare un popolo come 'indigeno', al di là della necessità che siano tutti contemporaneamente presenti: (a) la priorità nel tempo, rispetto all'occupazione e all'uso di un territorio specifico; (b) la perpetuazione

3. In perfetta linea di continuità con la definizione degli *Actors*, ossia dei popoli indigeni, l'aspetto del *Behavior*, ossia del loro atteggiamento, fa perno sul rapporto che essi hanno con le terre ancestrali. A tal proposito, va osservato, quantomeno come considerazione laterale rispetto alla distinzione accennata *supra* fra minoranze e popoli indigeni, che in nessuno dei nove articoli che compongono la Dichiarazione sulle minoranze²⁰ si fa menzione dei diritti alla terra, elemento, viceversa, centrale nella protezione dei diritti dei popoli indigeni. In effetti, il *Behavior* dei popoli indigeni è intimamente connesso al rapporto e all'uso delle risorse della terra in cui sono insediati dalla notte dei tempi, sicché il loro modello di sviluppo culturale, economico e sociale ne è plasmato, sulla base di una (cosmo)visione del mondo che pone l'accento, prevalentemente, su valori non economici in una dimensione intra/inter-generazionale²¹.

volontaria della distintività culturale, che può includere gli aspetti della lingua, dell'organizzazione sociale, della religione e dei valori spirituali, dei modi di produzione, delle leggi e delle istituzioni; (c) l'auto-identificazione, così come il riconoscimento da parte di altri gruppi o delle autorità statali; e (d) un'esperienza di sottomissione, emarginazione, spossessamento, esclusione o discriminazione, a prescindere dal fatto che queste condizioni persistano o meno. In buona sostanza, le caratteristiche che attualmente sussume la FAO: cfr. nota 15 *supra*.

²⁰ *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, adottata il 18 dicembre 1982, con la Risoluzione 47/135 dell'Assemblea generale. Se ne legge il testo alla pagina web: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic>

²¹ Da questa prospettiva deriva l'esigenza di d'analisi «inter-post-transdisciplinare» (così D.T. GOLDBERG, M. MUSHENO, L.C. BOWER, *Between law and culture. Relocating legal studies*, Minneapolis-London, 2001), implementata anche nella prassi: si veda in proposito l'approccio del Giudice della Corte di San José, il Presidente Humberto Antonio Sierra Porto, nel caso *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 08-10-2015. Serie C no. 305 (reperibile all'indirizzo web: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf). Nella sentenza la Corte interamericana dei diritti umani ha dichiarato lo Stato dell'Honduras responsabile a livello internazionale per la violazione del diritto alla proprietà collettiva, a danno della comunità Garífuna Triunfo de la Cruz e dei suoi membri. La Corte ha rilevato che erano sorti diversi problemi in relazione al territorio, tra cui la vendita di terre riconosciute come ancestrali a una società privata e a terzi per la realizzazione di un progetto turistico, riscontrando altresì che non vi fosse stato un processo adeguato ed efficace per garantire il diritto alla consultazione della Comunità Garífuna Triunfo de la Cruz in nessuna delle fasi di pianificazione o di attuazione dei progetti turistici 'Marbella' e 'Playa Escondida'. Nel suo 'voto concorrente', il Presidente Sierra Porto, nel ribadire che «los problemas de delimitación, demarcación, titulación y "saneamiento" de tierras habitadas por comunidades indígenas o tribales y terceros no deben ser entendidos como problemas meramente jurídicos, sino como expresiones de situaciones sociales más complejas» (§ 65), sicché, per comprenderli, è necessario sviluppare strumenti processuali idonei a delineare il contesto in cui si sono svolti i fatti, quali, in particolare, la c.d. *diligencia in situ* che consente alla Corte di «obtener un conocimiento de primera mano de las particularidades de las localidades en disputa y su ubicación. Específicamente, resulta valiosa la oportunidad que recibe la Corte a través de estas visitas para adquirir información que únicamente mediante este mecanismo podría obtenerse, incluyendo de los pobladores de las tierras y de las autoridades» (§ 11). Di tal guisa è opportuno ricorrere all'aiuto di esperti di altre

Di tal guisa, il rapporto tra gli individui parte del popolo indigeno e il territorio non è riconducibile *sic et simpliciter* all'istituto della proprietà²². A mo' d'esempio può richiamarsi il c.d. *Native Title*, che attesta l'esistenza di una relazione giuridica tra gli aborigeni, ossia i popoli indigeni autoctoni australiani, e il territorio, secondo quanto sancito per la prima volta dall'*High Court of Australia* nella sentenza *Mabo v. Queensland (No. 2)* del 1992²³, in cui questa nozione viene ricostruita come una sorta di *intersection*

discipline, tra cui antropologi, sociologi e altri operatori sociali, utili affinché il giudice, *in primis*, e gli Stati, successivamente, possano trattare tali situazioni attraverso un approccio integrale che consente di analizzare le stesse non solo in termini di questioni meramente giuridiche (§ 66). In dottrina si veda il contributo di A. M. RUSSO, I. WENCES SIMÓN, *La Corte interamericana e il diritto alla propiedad comunal indígena: un'analisi nella prospettiva del riconoscimento e della diversità culturale*, in DPCE, 3, 2017, pp. 791-832. Si sofferma sull'«evolving role of socio-cultural anthropologists, who navigate the complexities of legal and political intersections» anche M. MONTEIRO DE MATOS, *Advancing Indigenous Land Rights: The Xukuru People Case*, in *Politics and Rights Review*, April 25, 2024.

²² M. BRUNORI, *La progressiva affermazione del diritto alla terra: un'analisi di strumenti e contenuti*, in *Ragion pratica*, Fascicolo 2, dicembre 2022, pp. 389-412. L'Autrice sottolinea come in taluni strumenti internazionali che se ne occupano talvolta si faccia riferimento ai diritti di proprietà della terra (*property rights* o *ownership rights*), mentre in altri si utilizzino le espressioni *tenure rights* o *land rights* (spesso tradotti genericamente come diritti fondiari o diritti sulla terra). La differenza, oltre a essere di contenuto, in quanto i primi fanno riferimento al concetto di proprietà così come definito dagli ordinamenti di *civil law* o di *common law* occidentali, è di carattere politico. L'utilizzo delle espressioni più generiche di diritti fondiari o diritti sulla terra è volto infatti ad abbracciare e a dare rilievo a tutti i tipi di relazione giuridica con il bene terra riconosciuti, oltre che a livello legislativo, anche a livello consuetudinario o secondo le norme delle comunità rurali tradizionali o indigene: cfr. *ivi* p. 394.

²³ *Mabo and Others v. Queensland (No. 2)* (1992), 175 CLR 1, 3 June 1992 reperibile alla pagina web: <https://jade.io/article/67683>. La sentenza *Mabo* ha modificato le basi del diritto fondiario in Australia, rovesciando la dottrina della *terra nullius* su cui poggiavano le rivendicazioni britanniche di possesso dell'Australia. La pronuncia costituisce una sorta di 'secondo round' del caso che prese le mosse il 20 maggio 1982 quando Eddie Koiki Mabo, Sam Passi, David Passi, Celuia Mapo Salee e James Rice iniziarono a rivendicare legalmente la proprietà delle loro terre sull'isola di Mer, nello Stretto di Torres, tra Australia e Papua Nuova Guinea. L'*High Court* richiese alla Corte Suprema del Queensland di determinare i fatti su cui si basava il caso, ma, mentre la causa era pendente innanzi la Corte del Queensland, il Parlamento dello Stato approvò la legge sulle isole costiere dello Stretto di Torres, in cui si sanciva che «any rights that Torres Strait Islanders had to land after the claim of sovereignty in 1879 is hereby extinguished without compensation». Questa legge è stata dunque impugnata e portata davanti all'*High Court* che si è espressa, con la decisione nota come *Mabo No. 1 (Mabo v. Queensland (No. 1))* (1988), 166 CLR 186, 8 December 1988), affermando l'invalidità della legge contestata in quanto in conflitto con il *Commonwealth Racial Discrimination Act* del 1975. Quando è stata adottata la decisione sul caso *Mabo No. 2*, il 3 giugno 1992, cioè 10 anni dopo l'apertura del caso, sia Celuia Mapo Salee che Eddie Mabo erano morti. Al netto dell'opinione dissidente del giudice Dawson, la maggioranza dei membri dell'*High Court*, ossia sei giudici, concordò sul fatto che al popolo Meriam facesse capo la proprietà tradizionale della loro terra ancestrale, sicché la sentenza sancì che il possesso britannico non avesse abrogato tale titolo e che dunque «[t] he Meriam people are entitled as against the whole world to possession, occupation, use and enjoyment of the lands of the Murray Islands». Questo riconoscimento ha innestato nel diritto australiano la dottrina giuridica del *Native Title* ascrivibile a tutte le popolazioni indigene in Australia prima della creazione della colonia britannica del Nuovo Galles del Sud nel 1788. Riconoscendo dunque che le popolazioni indigene in Australia avevano un titolo antecedente sulle terre ancestrali, terre avocate a sé dalla Corona dopo la

tra le categorie del *property law* (e del *land law*) australiano e il ‘diritto’ consuetudinario aborigeno. Nel *Native Title Act*, approvato l’anno successivo, con cui il Parlamento australiano ha cercato di codificare le implicazioni della decisione e di stabilire un regime normativo in base al quale gli indigeni australiani potessero chiedere il riconoscimento dei loro diritti di proprietà ancestrale, si sancisce che «[t]he expression *native title* or *native title rights and interests* means the communal, group or individual rights and interests of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders in relation to land or waters where: (a) the rights and interests are possessed under the traditional laws acknowledged, and the traditional customs observed, by the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders; and (b) the Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders, by those laws and customs, have a connection with the land or waters; and (c) the rights and interests are recognised by the common law of Australia»²⁴.

Al netto delle considerazioni critiche di parte della dottrina australiana, secondo la quale, attraverso l’uso di termini quali ‘*title*’, ‘*rights*’ e ‘*interests*’ si opera una sorta di traduzione interculturale che trasforma, e quasi manipola, il ‘diritto’ aborigeno, di fatto ignorando, sulla base di un’analogia imperfetta e di uno slittamento semantico, una radicale alterità tra culture giuridiche²⁵, emerge, in tutta la sua evidenza, il peculiare rapporto dei popoli indigeni con il territorio²⁶.

Del pari, la Corte interamericana dei diritti dell’uomo ha avuto modo di enfatizzare come «the culture of the members of the indigenous communities directly relates to a specific way of being, seeing, and acting in the world, developed on the basis of their close relationship with their traditional territories and the resources therein, not only because they are their main means of subsistence, but also because they are part of their

dichiarazione di possesso di Cook nel 1770, la Corte ha affermato che questo titolo esiste a tutt’oggi in qualsiasi porzione di territorio in cui non sia stato legalmente estinto.

²⁴ *Native Title Act*, Section 223, il cui testo si legge alla pagina web: <https://www.alrc.gov.au/publication/connection-to-country-review-of-the-native-title-act-1993-cth-alrc-report-126/4-defining-native-title-2/establishing-native-title-rights-and-interests-2/>. Si noti che il *Native Title Act* del 1993 è stato oggetto di vari emendamenti, in particolare, con le *Native Title (Federal Court) Regulations* del 1998, poi con le *Native Title (Indigenous Land Use Agreements) Regulations* del 1999, nonché, da ultimo con il *Native Title Legislation Amendment Act 2021* e con il *Native Title Legislation Amendment (2021 Measures No. 1) Regulations*.

²⁵ C. MANTZIARIS, D. MARTIN, *Native Title Corporations: A Legal and Anthropological Analysis*, Leichhardt, 2000, p. 32.

²⁶ R. MAZZOLA, *Il “diritto” aborigeno come manufatto: la prova del native title in Australia*, in M. MANZIN, F. PUPPO, S. TOMASI (eds.), *Studies on Legal Argumentation & Legal Philosophy/3: Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law*, Trento, 2018, pp. 289-308.

worldview, their religiosity, and therefore, of their cultural identity»²⁷. La Corte di San José ha altresì ritenuto necessarie alcune precisazioni sul concetto di ‘proprietà’ nella prospettiva dei popoli indigeni, affermando che «[...] there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to live freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations»²⁸.

²⁷ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17, 2005 (Merits, Reparations and Costs), § 135 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf). Il caso riguardava i diritti fondiari della comunità indigena Yakye Axa che era stata di fatto allontanata dalla propria terra tradizionale a causa del mancato riconoscimento da parte dello Stato paraguayano della proprietà e del possesso comunitario, sicché, a causa della perdita dell'accesso alla terra ancestrale, gli Yakye Axa vivevano in estrema povertà. Le questioni giuridiche affrontate nel caso riguardavano il ‘livello’ di tutela dei diritti fondiari degli indigeni che la legislazione nazionale doveva porre in essere e le misure positive necessarie per garantire una vita dignitosa ai membri del popolo indigeno. La Corte interamericana ha anche affrontato il profilo del conflitto di leggi scaturente dall'intersezione dei diritti di proprietà (comunitaria) degli indigeni con i diritti di proprietà (individuali) dei non indigeni. La Corte ha riscontrato violazioni del diritto all'uso e al godimento della proprietà (art. 21), del diritto alla protezione giudiziaria (art. 8) e del diritto alla vita (art. 4) sanciti nel Patto di San José del 1969. La violazione del diritto all'uso e al godimento della proprietà ha a che fare, in parte, con la mancata adozione da parte del Paraguay di misure adeguate volte ad assicurare che il diritto interno fosse in grado di garantire l'uso e il godimento effettivo della terra tradizionale della comunità, minacciando così il libero sviluppo e la trasmissione della cultura e delle pratiche tradizionali. Sebbene nella sentenza si affermi che, laddove la restituzione della terra indigena non sia possibile, si può cercare una terra alternativa e/o un risarcimento, che tenga conto dei valori, delle usanze e del diritto consuetudinario alla luce dell'attaccamento unico degli indigeni a una determinata terra, posto che ci sia il consenso delle persone coinvolte, in conformità del c.d. *duty to consult*, la Corte, nel caso specifico, ha rilevato che tale consultazione non è avvenuta. La Corte ha dunque ordinato al Paraguay di delimitare la terra tradizionale, riservandola, senza alcun costo, alla comunità e di fornirle beni e servizi di base necessari per sopravvivere fino al recupero totale della terra. In effetti, la violazione del diritto alla vita era dovuta proprio alla mancata adozione da parte dello Stato di misure adeguate, compresi gli obblighi positivi, per garantire una vita dignitosa, quali anche i mezzi di sussistenza tradizionali associati all'accesso alla terra ancestralmente utilizzata dalla comunità.

²⁸ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001 (Merits, Reparations and Costs), § 149 (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf). Il caso riguardava il mancato rispetto da parte del Nicaragua dell'obbligo di delimitare le terre comunitarie, di proteggere il diritto dei popoli indigeni sulle terre ancestrali e le risorse naturali e di garantire loro l'accesso a un rimedio efficace in caso di violazioni di siffatti obblighi. In particolare, si vietava allo Stato di stipulare concessioni terriere con terzi

Anche la Commissione africana sui diritti umani e dei popoli, organo quasi-giudiziario incaricato di promuovere e proteggere i diritti umani e i diritti collettivi in tutto il continente africano, ha ribadito il rapporto spirituale fra i popoli indigeni con le loro terre tradizionali, sottolineando che lo sfollamento forzato e il trasferimento coatto: «[f]rom their ancestral lands by the Respondent State [*i.e.* Kenya, *ndr*] interfered with the Endorois' right to religious freedom and removed them from the sacred grounds essential to the practice of their religion, and rendered it virtually impossible for the Community to maintain religious practices central to their culture and religion»²⁹.

Questo rapporto simbiotico e indissolubile dei popoli indigeni con le loro terre ancestrali è ben rappresentato da Bruce Chatwin nel suo libro *In Patagonia*³⁰ in cui

che avrebbero avuto un impatto negativo sulle terre indigene. La Corte di San José ha proceduto dapprima con un esame dettagliato della portata delle tutele della terra indigena ai sensi della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo, compreso il diritto di proprietà (art. 21) nel contesto della terra indigena e comunale, nonché dei rimedi patrimoniali volti a ristorare l'eventuale espropriazione illegale della terra indigena. Sulla base di tale analisi, la Corte ha stabilito che il Nicaragua aveva violato il diritto alla protezione giudiziaria e il diritto alla proprietà garantiti dal Patto del 1969. La Corte ha ritenuto altresì che il diritto di proprietà includesse i diritti dei popoli indigeni in quanto originati dalla tradizione indigena e, pertanto, lo Stato non poteva legittimamente concedere terre indigene a terzi. Per determinare il contenuto del diritto di proprietà, la Corte ha fatto riferimento alla Costituzione del Nicaragua che, all'art. 5, riconosce i diritti di proprietà comunitaria. Come forme di riparazione, la Corte ha chiesto al Nicaragua di adottare misure volte a creare un meccanismo efficace per la demarcazione e la titolazione del territorio delle comunità indigene, in conformità con il loro diritto consuetudinario, i principi, i costumi e le usanze, oltre a ingiungere allo Stato di astenersi da qualsiasi atto che potesse pregiudicarne l'esistenza, il valore, l'uso o il godimento, avuto riguardo ai territori ancestrali situati nell'area geografica in cui i membri della comunità indigena vivevano e svolgevano le loro attività.

²⁹ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, Communication No. 276/2003 (4 February 2010), § 173 (<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/achpr/2010/en/71724>). Il caso riguardava l'allontanamento forzato e il trasferimento di una comunità indigena, per far posto a una riserva di caccia, dalle sue terre ancestrali di cui la comunità chiedeva la restituzione. Le questioni giuridiche vertevano, innanzitutto, sul se la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, nota come Carta di Banjul, dal nome della città del Gambia in cui si svolsero le due sessioni della Assemblea dell'Organizzazione dell'Unità Africana che portarono alla sua approvazione nel 1981, prevedesse tutele per le popolazioni indigene, compresa la protezione dell'accesso o del controllo sulle terre ancestrali; in seconda battuta, sul contenuto di tali tutele, in particolare l'adeguatezza delle procedure di consultazione prima dello sfollamento; e, infine, sul se la Carta africana consentisse o meno rivendicazioni giudiziarie collettive. La Commissione africana, ispirandosi proprio alla prassi del sistema interamericano dei diritti umani dei casi vertenti sui diritti fondiari dei popoli indigeni, ha riscontrato violazioni del diritto alla proprietà (art. 14), del diritto alle proprie pratiche religiose (art. 8), del diritto alla cultura (art. 17), del diritto alla libera disposizione delle risorse naturali (art. 21) e del diritto allo sviluppo (art. 22). La Commissione ha inoltre affermato che l'art. 14 garantisce una partecipazione significativa di coloro che sono interessati dalle decisioni di sviluppo, concludendo per forme di riparazione, quali, *in primis*, proprio il riconoscimento dei diritti fondiari sulle terre ancestrali.

³⁰ B. CHATWIN, *In Patagonia*, ed. or. 1977, trad. it. M. Marchesi, Adelphi, 1982. Altre espressioni metaforiche sono particolarmente suggestive: ad esempio, il 'disgelo' che significa 'cicatrice/insegnamento'

l'Autore racconta il tentativo del missionario anglicano Thomas Bridges di redigere un dizionario della lingua Yaghan, popolo indigeno di pescatori della Terra del Fuoco, per poter spiegare loro il vangelo, lavoro gigantesco, posto che esso contempa circa 32mila vocaboli senza aver esaurito le riserve di espressione della lingua Yaghan, il cui manoscritto originale è oggi conservato al British Museum. Ebbene, le difficoltà nascevano dal fatto che in quella lingua aborigena mancano i concetti astratti di cui il missionario aveva bisogno per poter svolgere efficacemente il proprio apostolato, perché in quella lingua tutto era concreto: la 'monotonia' si indicava con 'l'assenza di amici maschi'; la 'depressione' con la fase vulnerabile del granchio che, perso il guscio, aspetta che cresca il nuovo; 'pigro' derivava dal pinguino Jackass; 'adultero' dallo Hobby, un falchetto che svolazza qua e là per scagliarsi poi sulla vittima; il singhiozzo era un groviglio di alberi caduti; la 'vecchiaia' era indicato con l'espressione 'cozze (il loro cibo base) fuori stagione', e così via. Conclude Chatwin, per spiegare l'assurdità di sottrarre questo popolo indigeno ai luoghi natii: «le associazioni metaforiche che formavano il loro terreno mentale incatenavano gli indios alla loro terra natale con legami che non potevano essere spezzati. Un territorio della tribù, per quanto scomodo, era sempre un paradiso»³¹.

Del pari, Lera Boroditsky, professoressa di Scienze cognitive a Stanford, partendo dal presupposto che la lingua modella il pensiero, racconta che: «I am standing next to a five-year old girl in Pormpuraaw, a small Aboriginal community on the western edge of Cape York in northern Australia. When I ask her to point north, she points precisely and without hesitation. My compass says she is right. Later, back in a lecture hall at Stanford University, I make the same request of an audience of distinguished scholars - winners of science medals and genius prizes. Some of them have come to this very room to hear lectures for more than 40 years. I ask them to close their eyes (so they don't cheat) and point north. Many refuse; they do not know the answer. Those who do point take a while to think about it and then aim in all possible directions. I have repeated this exercise at Harvard and Princeton and in Moscow, London and Beijing, always with the same results. A five-year-old in one culture can do something with ease that eminent scientists

sulla base di un ragionamento che procede così: la neve prima copre il terreno come una crosta copre una ferita, poi si scioglie a chiazze e lascia una superficie liscia e piatta (la cicatrice), sicché il disgelo annuncia l'arrivo del tempo primaverile, stagione nella quale la gente comincia a circolare e le lezioni iniziano. Un altro esempio: 'pantano' traducibile con 'ferita mortale' (o 'ferito a morte') in quanto i pantani della Terra del Fuoco sono gnoccosi (sic!) materassi di muschio, stillanti acqua, dal colore, giallo opaco con macchie rossastre, tipiche di una ferita aperta in suppurazione, con pus e sangue, che coprono il fondo delle valli, piatti come un uomo che giace ferito.

³¹ Ivi.

in other cultures struggle with. This is a big difference in cognitive ability. What could explain it?»³². La risposta sembra essere la lingua che, nel caso dei popoli indigeni, li ancora alla terra ancestrale, loro patria: «unlike English, the Kuuk Thaayorre language spoken in Pormpuraaw does not use relative spatial terms such as left and right. Rather Kuuk Thaayorre speakers talk in terms of absolute cardinal directions (north, south, east, west, and so forth). Of course, in English we also use cardinal direction terms but only for large spatial scales. We would not say, for example, “They set the salad forks southeast of the dinner forks – the philistines!” But in Kuuk Thaayorre cardinal directions are used at all scales. This means one ends up saying things like “the cup is southeast of the plate” or “the boy standing to the south of Mary is my brother.” In Pormpuraaw, one must always stay oriented, just to be able to speak properly»³³.

4. Per quel che concerne il *Content* del rapporto fra i popoli indigeni e la terra ancestrale, esso si configura come un diritto collettivo alla terra e alle risorse derivante dall'occupazione e dall'uso della stessa terra. A sua volta, la giuridicità dell'occupazione riposa su 'norme' consuetudinarie, proprie dei popoli indigeni, sicché va del tutto confutata la dottrina della *terra nullius*, riferita alle terre oggetto di conquista o occupazione da parte dei colonizzatori europei. In effetti, la dottrina del titolo aborigeno era già contemplata negli scritti di giuristi spagnoli del XV e XVI secolo, in particolare quelli di Francisco de Victoria, secondo cui i 'barbari' «erant in in pacifica possessione rerum, et publice et privatim, ergo omnino, nisi contrarium constet, habendi sunt pro dominis, neque, indicta causa, possessione deturbandi»³⁴. Purtuttavia, come è stato osservato «for the Europeans [...] the aboriginal peoples were subjects on whom sovereignty could be imposed, not people with whom one formed a political community»³⁵. Questo paradigma faceva perno sulla supremazia della sovranità dello Stato (colonizzatore), sicché il diritto dei popoli indigeni a occupare e utilizzare le risorse di un territorio era subordinato alla concessione di un titolo *ad hoc* rilasciato dal governo centrale. Si tratta di un approccio che ha informato di sé la prassi giurisprudenziale delle

³² L. BORODITSKY, *How Language Shapes Thought. The Languages We Speak Affect our Perceptions of the World*, *Scientific American*, Vol. 304/ No.2, February 1, 2011, p. 62 ss. reperibile alla pagina web <https://www.scientificamerican.com/article/how-language-shapes-thought/>

³³ Ibidem.

³⁴ Francisco DE VITORIA, *Relectio De Indis, Sectio Prima: Utrum barbari essent veri domini ante adventum Hispanorum*, 1538, § 25.

³⁵ P.H. RUSSEL, *Constitutional Odyssey. Can Canadians Become a Sovereign People?*, III ed., Toronto-Buffalo-London, 2004, spec. p. 4.

corti interne fin oltre la metà del XX secolo. A mo' di pronuncia emblematica, si pensi alla sentenza del 27 aprile 1971 *Milirrpum v. Nabalco Pty Ltd*³⁶, detto anche 'caso dei diritti fondiari di Gove', che verteva sui diritti degli aborigeni sul territorio della penisola di Gove nel Territorio del Nord in Australia. In questa decisione, che rappresenta il primo contenzioso sul titolo di proprietà dei nativi aborigeni australiani, il giudice Richard Blackburn si pronunciò contro i ricorrenti Yolngu su una serie di questioni di diritto e di fatto, respingendo la dottrina del titolo aborigeno, riconoscendo, viceversa, che nel quadro normativo dell'epoca della colonizzazione britannica dell'Australia esistesse una distinzione tra le colonie insediate, dove la terra, essendo 'desert and uncultivated', era rivendicata per diritto di occupazione, e le colonie conquistate o cedute, per le quali la Corona aveva il potere di estinguere il titolo di proprietà dei nativi, anche laddove esistente³⁷.

In effetti, solamente a partire dal *leading case*, *Calder v. Attorney General of British Columbia*, deciso dalla Corte Suprema canadese nel 1973, prende l'abbrivio la tendenza giurisprudenziale del riconoscere il carattere originario del diritto dei popoli indigeni, in quanto, come rilevato dal giudice Judson, «[i]t is clear that Indian title in British Columbia cannot owe its origin to the Proclamation of 1763, the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as

³⁶ *Milirrpum and Others v. Nabalco Pty Ltd and the Commonwealth of Australia* (1971) 17 FLR 141 (<https://database.atns.net.au/agreement.asp?EntityID=1611>). Il caso prese le mosse dal ricorso presentato nel 1968 alla Corte Suprema del Territorio del Nord dal popolo Yolngu, con cui esso rivendicava una serie di diritti a titolo nativo sulla propria terra tradizionale. Il giudice Blackburn, estensore della sentenza nel 1971, affermò non solo che il titolo nativo non facesse parte del diritto australiano e che, comunque, anche laddove vi fosse ricompreso, si sarebbe estinto dall'arrivo dei coloni europei, sulla base del principio in virtù del quale individui meno civilizzati possono essere allontanati a favore di un gruppo più 'avanzato'. In effetti, il popolo Yolngu viveva nell'area geografica di Arnhem, nel Territorio del Nord, da migliaia di anni, continuando a mantenere la propria presenza anche dopo l'insediamento britannico. Nel 1931, il governo del Commonwealth di Lione proclamò circa 90mila chilometri quadrati dell'area come riserva aborigena. In seguito, nel territorio dell'Arnhem furono scoperti giacimenti di bauxite, sicché il governo iniziò a modificare il regime giuridico dell'area per consentire la concessione di alcune sue parti alle compagnie minerarie. Nel 1963, il Primo Ministro Robert Menzies annunciò il progetto di costruire una miniera nell'Arnhem Land, sottraendo 140 miglia quadrate alla Riserva. Sempre nello stesso anno, il popolo Yolngu inviò una petizione al Parlamento australiano in cui esponeva le proprie rimostranze contro questa decisione. Conosciute come *Yirrkala Bark Petitions*, furono i primi documenti indigeni australiani a essere formalmente riconosciuti dal governo australiano. Venne creata una commissione parlamentare che presentò un rapporto sulle petizioni, ma alla fine le richieste del popolo Yolngu vennero ignorate. Nel 1968, senza consultare il popolo Yolngu, il governo australiano concesse alla Nabalco i diritti totali di estrazione della bauxite in alcune zone della Terra di Arnhem.

³⁷ Il *dictum* della sentenza *Milirrpum*, pur non avendo costituito oggetto di appello, fu annullato dall'*High Court* due decenni più tardi nel summenzionato caso *Mabo v. Queensland (No 2)*, quando il *Native Title* è stato riconosciuto nell'ordinamento australiano.

their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means»³⁸.

Questa impostazione che, nel riconoscere l'*inherent right* dei popoli indigeni sulle proprie terre ancestrali, nega di *default* la tesi della *terra nullius*, fa perno su due elementi,

³⁸ Supreme Court of Canada, *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, 31 January 1973, p. 328 (<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1973/1973canlii4/1973canlii4.html>). Il caso prese le mosse nel 1969, quando Frank Arthur Calder, primo deputato indigeno eletto nel 1949 al Parlamento della Columbia Britannica, in giudizio per conto proprio e di tutti gli altri membri del Consiglio Tribale del popolo indigeno Nisga'a, intentò un'azione legale contro il governo della Columbia Britannica per far dichiarare che il titolo aborigeno su alcune terre della provincia non si fosse mai legalmente estinto. Nei primi due gradi di giudizio, i tribunali stabilirono che, anche laddove un siffatto titolo ci fosse stato, questo si era sicuramente estinto. In particolare, la Corte d'appello affermò: «[after] conquest or discovery the native peoples have no rights at all except those subsequently granted or recognized by the conqueror or discoverer». Viceversa, la Corte Suprema riconobbe che i Nisga'a godevano di un titolo aborigeno sulle loro terre ancestrali al momento dell'arrivo dei coloni europei, in quanto essi erano «organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries» (così si espresse il giudice Wilfred Judson, estensore a nome di tre giudici della Corte) e perché ne detenevano il «possession from time immemorial» (queste le parole del giudice Emmett Matthew Hall, che, a sua volta, scriveva per un gruppo tre giudici). Purtuttavia, la Corte era divisa tre a tre sulla questione se il titolo fosse ancora valido o si fosse estinto. I due gruppi, ciascuno composto da tre giudici, svilupparono test alternativi e concorrenti per verificare l'estinzione o meno del titolo aborigeno e giunsero a conclusioni diverse. Alla domanda posta dal giudice Judson, che chiedeva se il governo esercitasse «complete dominion over the lands in question, adverse to any right of occupancy» tale da consistere in una sovranità incompatibile con il titolo aborigeno, fu risposto che il governo aveva estinto il titolo aborigeno dei Nisga'a attraverso una serie di alienazioni da parte del governatore Douglas e del governo della Columbia Britannica. Viceversa, il giudice Hall chiese se «a competent legislative authority» avesse emanato una normativa specifica che rivelasse l'intenzione «clear and plain» di estinguere il titolo aborigeno e, poiché ciò non era accaduto, concluse che i Nisga'a avevano ancora, nel 1973, un titolo aborigeno. Questo secondo approccio è stato infine accettato come il test (più) corretto per verificare l'estinzione anche in casi successivi, come ad esempio in *R. v. Sparrow* [1990] (1 SCR 1075) (reperibile alla pagina web: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/609/index.do>), in cui si afferma che avuto riguardo alle prerogative dei popoli indigeni «extinguishment of rights can occur only through an act that showed “clear and plain intention” on the government to deny those rights». Sulla base della decisione *Calder v. British Columbia*, in cui, per la prima volta, si riconosce che il titolo aborigeno sulla terra pre-esisteva alla colonizzazione, il governo canadese ha rivisto gran parte del processo di negoziazione delle rivendicazioni fondiari con le popolazioni autoctone. Le basi del titolo aborigeno sono state successivamente ampliate in altre pronunce, come ad esempio, *ex plurimis*, Supreme Court of Canada, *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 256, 26 June 2014, il cui testo si legge alla pagina web: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/14246/index.do>. Il caso verteva sulla richiesta avanzata dalla Tsilhqot'in Nation, un gruppo seminomade di sei tribù che condividono cultura e storia, volta a ottenere una dichiarazione che proibisse il disboscamento commerciale, autorizzato dalla provincia della Colombia britannica nel 1983, sul proprio territorio tradizionale, rivendicando il titolo aborigeno su tali terre ancestrali. Gli Tsilhqot'in erano uno delle centinaia di gruppi indigeni della Colombia britannica con rivendicazioni fondiari irrisolte. Le questioni legali affrontate dalla Suprema Corte canadese riguardavano l'esistenza o meno del titolo aborigeno degli Tsilhqot'in, del suo eventuale contenuto in termini di diritti conferiti, nonché sul dovere dello Stato di consultarsi con gli Tsilhqot'in su questioni fondiari relative all'area rivendicata come loro territorio tradizionale. La Corte Suprema ha riconosciuto all'unanimità la pre-esistenza del titolo aborigeno sull'area rivendicata dagli Tsilhqot'i e ha dichiarato che la Colombia Britannica ha violato l'obbligo di consultazione dovuto agli Tsilhqot'in attraverso la pianificazione territoriale e le autorizzazioni forestali.

l'uno, di carattere temporale, dato dall'uso e occupazione mantenuti ininterrottamente dalla notte dei tempi, l'altro, di matrice giuridica, consistente nella gestione di tali territori secondo un sistema di regole consuetudinario, non ottrouito bensì proprio e autonomo³⁹. Detto in altri termini, il carattere originario dei titoli dei popoli indigeni sulle loro terre ancestrali, ossia dell'uso *uti dominus*, deriva dal combinato disposto, da un lato, della priorità temporale, rispetto all'arrivo dei 'colonizzatori', con, dall'altro, l'apparato giuridico che ne regola l'uso e la gestione, secondo tradizioni culturali del tutto proprie, ispirate dalla visione spirituale e collettiva, che ancora e lega indissolubilmente le generazioni passate, presenti e future. Da questa impostazione derivano due conseguenze giuridiche in capo allo Stato sotto la cui giurisdizione si trovino popoli indigeni: in primo luogo, questi deve provvedere al 'riconoscimento' dei diritti fondiari dei popoli indigeni rispetto alle terre ancestrali, poiché, appunto, pre-esistenti, sicché non è corretto declinare normativamente questi diritti in termini di 'attribuzione' in quanto questo secondo approccio implicitamente aderisce a un paradigma verticalizzato, con alla sommità lo Stato e in basso i popoli indigeni, meri beneficiari di un insieme di garanzie che di volta in volta lo Stato decide di concedere loro, e, se del caso, di revocare, quando non addirittura di negare; in seconda battuta, fanno capo allo Stato obblighi positivi, di *facere*, volti a rendere effettivi l'esercizio e il pieno godimento di tali diritti, ossia il dovere di adottare tutte le misure necessarie atte a garantire che i diritti dei popoli indigeni rispetto alle loro terre non siano solo riconosciuti sulla carta ma attivamente sostenuti nella pratica. Questo secondo elemento si traduce concretamente nell'obbligo di adottare misure legislative, amministrative ovvero di qualsiasi altra natura, che siano atte a porre in essere meccanismi efficaci per la delimitazione, la demarcazione e la titolazione delle terre ancestrali in conformità con il diritto consuetudinario, i valori, i costumi e le usanze della comunità indigena interessata⁴⁰, astenendosi da qualsiasi atto che possa influire sulla loro esistenza, valore, uso o godimento, nonché, se del caso, nella restituzione delle terre⁴¹, nella soddisfazione e nelle garanzie di non ripetizione laddove si siano verificate violazioni del diritto dei popoli indigeni alle loro terre ancestrali⁴².

³⁹ A. DI BLASE, *The Self-Determination of Indigenous Peoples*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Roma, 2020, pp. 47-90, spec. 66.

⁴⁰ Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001, cit. *supra* nota 27.

⁴¹ A. COLAJANNI, *La restituzione delle terre alle popolazioni indigene in America Latina. Un non facile problema di antropologia giuridica*, in *L'Uomo*, 2015, n. 2, pp. 73-101.

⁴² A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-determination, Culture and Land*, Cambridge, 2009.

In estrema sintesi: poiché i popoli indigeni sono storicamente e culturalmente radicati nella terra su cui, fin da tempi immemori, hanno esercitato una sovranità indiscussa fino all'irrompere dei colonizzatori europei, i loro diritti fondiari non derivano da un titolo conferito dallo Stato sotto la cui giurisdizione attualmente si trovino, ma piuttosto dal loro legame ancestrale con il territorio. Dunque, se i popoli indigeni fossero sempre stati trattati come soggetti del diritto internazionale piuttosto che come oggetti di colonizzazione da parte di determinati Stati, sarebbero Paesi sovrani, sicché i loro diritti fondiari non sono una 'concessione' dello Stato territoriale (azione costitutiva), bensì oggetto di un mero 'riconoscimento' (azione dichiarativa), prodromico alla registrazione ufficiale della proprietà collettiva dei popoli indigeni.

5. Nel quadro delle fonti del diritto internazionale che si occupano di popoli indigeni occorre, preliminarmente, distinguere le fonti di *hard law* da quelle di *soft law*⁴³.

Sotto il primo profilo, stante una plurisecolare marginalità della questione indigena nell'ordine del giorno dell'agenda internazionale⁴⁴, rilevano quattro Convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO) ossia, rispettivamente, la n. 29 sul lavoro forzato (1930), la n. 50 sul reclutamento di lavoratori indigeni (1936), la n. 64 sui contratti di impiego dei lavoratori indigeni (1939) e la n. 65 sulle sanzioni penali nel caso di controversie sul lavoro indigeno (1939) il cui insieme costituisce il c.d. codice del lavoro indigeno⁴⁵. In effetti, il *fil rouge* che lega tali Convenzioni è il fine 'educativo' che il lavoro è chiamato a realizzare per i membri dei popoli indigeni, stante anche il fatto che,

⁴³ Una ricostruzione analitica in chiave critica di tali strumenti è condotta con uno sguardo lucido e rigoroso da R. VOLANTE, *La proprietà collettiva indigena e la sua dimensione di ius dicere*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (eds.), *Ius Dicere in a Globalized World. A comparative overview*, Volume One, Roma, 2018, pp. 321-358.

⁴⁴ Al netto del rifiuto opposto alla richiesta del capo indiano Deskaheh di annoverare, fra i membri della Società delle Nazioni, la Confederazione delle *Six Nations of the Iroquois* (Mohawk, Oneida, Onondaga, Cayuga, Seneca e Tuscarora) (la richiesta, presentata nel 1923 a Segretario generale dell'Organizzazione, James Eric Drummond, intitolata *The Red Man's Appeal for Justice*, si legge all'indirizzo web: https://cendoc.docip.org/collect/deskaheh/index/assoc/HASH0102/5e23c4be.dir/R612-11-28075-30626-8.pdf?_x_tr_sch=http&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=it&_x_tr_hl=it&_x_tr_pto=sc), va ricordato che non si fa nessun riferimento ai popoli indigeni né nello Statuto di San Francisco del 1945, né nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, né nei Patti ONU del 1966 (rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali).

⁴⁵ Il testo delle quattro Convenzioni è reperibile all'indirizzo web: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12000:::P12000_INSTRUMENT_SORT:4. Si noti, da un lato, che la Convenzione n. 29 è stata ratificata dalla pressoché totalità degli Stati membri dell'ILO e, dall'altro, che Convenzioni nn. 50, 64 e 65 sono state abrogate con una decisione dell'*International Labour Conference* alla sua 107^{sim} Sessione nel 2018.

durante le negoziazioni, tra le potenze coloniali esclusivamente il Regno Unito sostenne l'immediata abolizione del lavoro forzato a scopi privati, laddove, viceversa, le delegazioni francese, belga, olandese, portoghese e sudafricana furono piuttosto critiche nei confronti della distinzione tra lavoro forzato per scopi pubblici e lavoro forzato per interessi privati, considerando ambedue come accettabili, almeno per un periodo transitorio. È solamente con la Convenzione n. 104 (1955) sull'abolizione delle sanzioni penali per infrazioni del contratto di lavoro da parte dei lavoratori indigeni⁴⁶ che il c.d. codice viene meno, all'esito dei riflettori puntati sulle forme di discriminazione poste in essere dalle potenze coloniali, ritenute non più accettabili.

Un ulteriore passo avanti, in un'ottica che riflette un approccio non più esclusivamente concentrato agli aspetti giuslavoristici, è rappresentato dalla Convenzione ILO sulla protezione delle popolazioni indigene e tribali negli Stati indipendenti, n. 107 (1957)⁴⁷, adottata con 27 ratifiche su 187 Paesi membri dell'ILO. Va notato però che di tali ratifiche, allo stato dell'arte, rimangono in vigore solamente quelle di Angola, Bangladesh, Belgio (unico Stato ex-potenza coloniale), Cuba, Repubblica Dominicana, Egitto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haiti, India, Iraq, Malawi, Pakistan, Panama, Siria, Tunisi. In effetti, la Convenzione ILO n. 107 è stata automaticamente denunciata, come si dirà subito appresso, all'esito della ratifica della successiva Convenzione sui popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti, n. 169 (1989)⁴⁸, da parte di Argentina (2001), Bolivia (1992), Brasile (2003), Colombia (1992), Costa Rica (1994), Ecuador (1999), Messico (1991), Paraguay (1994), Perù (1995). L'unica denuncia *tout court* è ascrivibile al Portogallo che, nel 2009, ha ritirato la sua ratifica alla Convenzione ILO n. 107, senza peraltro aderire alla Convenzione ILO n. 169. Nel merito, la Convenzione ILO n. 107, oltre a disciplinare taluni aspetti relativi al lavoro indigeno, si sofferma anche su profili sociosanitari ed educativi nell'ottica di una modernizzazione globale. In effetti, le azioni rivolte alle popolazioni indigene, in linea con lo spirito 'indigenista' del momento in cui la Convenzione era negoziata, puntavano all'obiettivo della loro «progressive integration into the life of their respective countries» (art. 2), sulla base di una funzione

⁴⁶ Il testo della Convenzione si legge all'indirizzo web:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:12100:24157294630041::NO::P12100_SHOW_TEXT:Y:

⁴⁷ Il testo della Convenzione si legge all'indirizzo web:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312252:NO

⁴⁸ Il testo della Convenzione si legge all'indirizzo web:

https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO

‘civilizzatrice’ da attuarsi fin dalla più tenera età, posto che si disponga sia che «provision shall be made for a progressive transition from the mother tongue or the vernacular language to the national language» (art. 23.2), sia che «the imparting of general knowledge and skills that will help children to become integrated into the national community shall be an aim of primary education for the populations concerned» (art. 24).

Attualmente, lo strumento a vocazione universale, adottato sotto l’egida dell’ILO, operativamente più efficace, è la Convenzione sui popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti, n. 169 (1989), ratificata da 24 Stati, ossia, specificamente, da Argentina, Bolivia, Brasile, Repubblica Centrafricana, Cile, Colombia, Costa Rica, Danimarca, Repubblica Dominicana, Ecuador, Fiji, Germania, Guatemala, Honduras, Lussemburgo, Messico, Nepal, Paesi Bassi, Nicaragua, Norvegia, Paraguay, Perù, Spagna e Venezuela. Sebbene, al pari della Convenzione n. 107, di cui la Convenzione n. 169 costituisce una sorta di versione aggiornata 2.0, si tratti di un numero esiguo di Paesi membri dell’Organizzazione, va segnalato che ben cinque di essi sono ex-potenze coloniali. Nella Convenzione n. 169 si eliminano tutti i riferimenti dal retrogusto giuridico assimilazionista/integrazionalista presenti precedentemente e si enuclea per la prima volta la nozione di ‘popoli indigeni’ come locuzione giuridica, riconoscendo loro la proprietà collettiva sulle terre tradizionalmente occupate (in un’ottica di autodeterminazione). In particolare, la Convenzione ILO 169 dedica la sua intera Parte II alla ‘Terra’, disponendo, all’art. 13, che i governi rispettino la particolare importanza, per le culture e i valori spirituali dei popoli interessati, del loro rapporto con i territori che essi occupano o utilizzano in altro modo, e in particolare gli aspetti collettivi di tale rapporto. L’art. 14, nel sancire il riconoscimento dei diritti di proprietà e di possesso dei popoli interessati sulle terre che essi occupano tradizionalmente, impone agli Stati Parte, da un lato, di adottare misure per salvaguardare il diritto dei popoli interessati a utilizzare terre non occupate esclusivamente da loro, ma alle quali hanno tradizionalmente avuto accesso per la loro sussistenza e le loro attività tradizionali, prestando particolare attenzione alla situazione dei popoli nomadi e dei coltivatori itineranti; dall’altro, ingiunge ai governi di elaborare tutte le misure necessarie per identificare le terre che i popoli interessati occupano tradizionalmente e per garantire un’effettiva protezione dei loro diritti di proprietà e possesso, disponendo altresì che all’interno di ciascun ordinamento giuridico nazionale siano istituite procedure adeguate per risolvere le rivendicazioni fondiari dei popoli interessati. L’art. 15, nello statuire che i diritti dei popoli interessati alle risorse naturali che appartengono alle loro terre debbano essere salvaguardati, diritti che

includono la prerogativa di questi popoli a partecipare all'uso, alla gestione e alla conservazione di tali risorse, impone agli Stati Parte che, laddove un Paese mantenga la proprietà di risorse minerarie o sotterranee o di diritti su altre risorse appartenenti alle terre, esso debba stabilire o mantenere procedure attraverso le quali consulterà questi popoli, al fine di accertare se e in quale misura i loro interessi saranno pregiudicati, prima di intraprendere o permettere qualsiasi programma di esplorazione o sfruttamento di tali risorse appartenenti alle loro terre, posto che, a ogni buon conto, i popoli interessati parteciperanno, per quanto possibile, ai benefici di tali attività e riceveranno un equo indennizzo per i danni che potrebbero subire a causa di tali attività. Il successivo art. 16 pone il divieto, incombente in capo agli Stati Parte, di allontanare i popoli indigeni dalle loro terre ancestrali, a meno che tale trasferimento sia considerato necessario come misura eccezionale e purché sia preceduto da consenso libero e informato dei popoli indigeni interessati. Il rigore di questa norma è attenuato dalla possibilità, sempre prevista dall'art. 16, che, qualora non sia possibile ottenere il consenso, la ricollocazione avverrà solo a seguito di procedure appropriate stabilite dalle leggi e dai regolamenti nazionali, comprese, se del caso, indagini pubbliche che diano la possibilità di rappresentare efficacemente i popoli interessati. È comunque stabilito che ogniqualvolta sia possibile, queste popolazioni avranno il diritto di ritornare nelle loro terre tradizionali, non appena cessino di esistere i motivi del trasferimento e che, laddove tale ritorno non sia possibile, in virtù di un accordo o, in assenza di tale accordo, attraverso procedure appropriate, a queste popolazioni saranno fornite, terre di qualità e *status* giuridico almeno pari a quello delle terre da loro precedentemente occupate, adatte a soddisfare i loro bisogni attuali e il loro sviluppo futuro, fatta salva l'ipotesi che, qualora le popolazioni interessate esprimano una preferenza per un indennizzo in denaro o in natura, esse saranno indennizzate con adeguate garanzie, sicché le persone così trasferite saranno pienamente compensate per qualsiasi perdita o danno risultante. Ancora, ex art. 17, nella chiave intergenerazionale, si dispone che siano rispettate le procedure stabilite dai popoli interessati per la trasmissione dei diritti fondiari tra i membri di tali popoli, popoli che devono essere consultati ogniqualvolta si prenda in considerazione la loro capacità di alienare le loro terre o di trasmettere in altro modo i loro diritti al di fuori della loro comunità, inibendo le persone che non appartengono a questi popoli di approfittare delle loro usanze o della mancanza di comprensione delle leggi da parte dei loro membri per assicurarsi la proprietà, il possesso o l'uso di terre che appartengono loro. Dopo aver previsto, all'art. 18 che devono essere stabilite per legge pene adeguate per l'intrusione o l'uso non

autorizzato delle terre dei popoli interessati e che i governi prenderanno misure per prevenire tali reati, l'art. 19 statuisce che siano adottati programmi agrari nazionali volti ad assicurare ai popoli indigeni interessati un trattamento equivalente a quello accordato agli altri settori della popolazione per quanto riguarda sia la messa a disposizione di più terre per questi popoli quando non abbiano la superficie necessaria per fornire gli elementi essenziali per una sussistenza dignitosa, sia la fornitura dei mezzi necessari per promuovere lo sviluppo delle terre che questi popoli già possiedono.

Da questa rapida panoramica della sezione della Convenzione ILO 169 relativa alla gestione delle terre indigene emerge che gli impegni ivi sanciti gravanti sugli Stati Parte non si limitino a una declinazione in chiave di pura *due diligence* ma, viceversa, in molteplici aspetti, consistono in veri e propri obblighi di *facere*, traducendosi in vincoli dalla pregnanza ben più stringente...il che chiarisce, laddove ve ne fosse bisogno, il perché la Convenzione registri un tale esiguo numero di adesioni!

Spostandosi sul piano del *soft law*, colpisce come ci sia una sorta di 'passaggio del testimone' in quanto i due principali strumenti, l'uno, di respiro universale, ossia la già menzionata Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP) del 2007⁴⁹, l'altro, di portata regionale, cioè la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, adottata nel 2016 sotto gli auspici dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA)⁵⁰, prendano l'abbrivio dalle pregresse fonti di *hard law*, in specie la Convenzione ILO n. 169, irrobustendone alcuni aspetti e prendendo in considerazione nuovi profili⁵¹. Ciò sembra frutto della maturata consapevolezza, da un lato, che l'approccio 'micro', focalizzato su aspetti specifici, non è sufficiente a dar conto della complessità delle questioni indigene, ma, a un tempo, dall'altro, che un criterio 'macro', alla luce del principio di realtà, non avrebbe ricevuto l'avallo di un congruo numero di Paesi, disposti ad assumersi responsabilità, con risvolti giuridicamente obbligatori, nei confronti di popoli indigeni sottoposti alla propria giurisdizione, posto che i pregressi

⁴⁹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), General Assembly Res. 61/295, 13 September 2007 (Doc A/RES/61/295) cit. *supra* nota 9.

⁵⁰ AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Il testo si legge alla pagina web: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. In dottrina si vedano i contributi di S. ERRICO, *The American Declaration on The Rights of Indigenous Peoples*, in *ASIL Insights*, 21, del 22 giugno 2017; N. POSENATO, *La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali*, in *DPCE online*, 1/2018, pp. 139-162.

⁵¹ Per un confronto fra le due Dichiarazioni cfr. B. CLAVERO, *La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria*, in *Revista Pensamiento Constitucional*, 21, 2016, p. 11 ss.

plurisecolari rapporti siano stati spesso permeati da sopraffazione e violenza⁵².

A ogni buon conto, nel quadro dell'UNDRIP rilevano le norme relative all'obbligo per gli Stati di adottare tutte le misure necessarie per garantire il possesso delle terre ancestrali (art. 3), così come il diritto della comunità di preservarne il possesso (art. 26), nonché l'obbligo per gli Stati di assicurare la restituzione pacifica delle terre reclamate e il libero utilizzo delle risorse naturali in esse presenti (artt. 27-28).

Del pari, la *Declaración* dell'OSA, non si limita a ribadire principi già acclarati precedentemente (come, ad esempio, il diritto fondamentale dei popoli indigeni all'autodeterminazione - art. III; il diritto sui loro territori ancestrali - art. XXV; il diritto alla consultazione preventiva funzionale all'ottenimento di un consenso libero e informato su misure amministrative o legislative che li riguardano - art. XXIII.2 e XXIX.4), ma enfatizza nuovi aspetti. In quest'ottica, sono indice di uno sviluppo progressivo volto ad abiurare *in toto* il precedente approccio assimilazionista/integrazionalista, gli articoli che sanciscono il diritto dei popoli e delle comunità indigene in isolamento volontario o in contatto iniziale (come, ad esempio, alcuni popoli amazzonici o del territorio del Gran Chaco)⁵³ di rimanere in tale condizione e di vivere liberamente, secondo la loro cultura e visione del mondo (art. XXVI), il riconoscimento della personalità giuridica dei popoli indigeni (art. IX), la protezione speciale in caso di conflitti armati (art. XXX, 3-5), il diritto

⁵² Cfr. nota 9 *supra*, per l'iniziale mancato sostegno alla Risoluzione UNDRIP da parte di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti.

⁵³ Allo stato dell'arte si stima che circa 200 popoli indigeni vivano in isolamento: cfr. lo studio della Commissione interamericana *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, Doc OEA 47713 del 30 dicembre 2013 (www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf). In particolare, il Chaco è un'ecoregione transfrontaliera caratterizzata dalla foresta secca, la seconda più grande area di foresta pluviale in America Latina, dopo la foresta amazzonica, ricca di biodiversità, abitata da numerosi popoli indigeni. A esempio, il popolo Manjui si trova nel Chaco secco, all'interno del territorio paraguaiano, colonizzato da ultimo durante il XX secolo. Oggi, i gruppi privati dominanti che distruggono gli spazi di vita indigeni, stanno deforestando massicciamente il Chaco paraguaiano, sicché il popolo Manjui, che annovera circa 900 persone, rischia di scomparire come gruppo etnico, come cultura e come lingua, in quanto la situazione di abbandono e negligenza delle istituzioni statali nei confronti di questa popolazione indigena è totale: basti pensare che fino al 2018 non era riconosciuto loro nessun titolo fondiario sul loro territorio ancestrale. La negligenza dello Stato è stata continua dall'epoca della guerra del Chaco (1932 - 1935 tra Paraguay e Bolivia) a oggi. Questo contesto storico, sofferto dal popolo Manjui, ha portato le comunità alla situazione estrema in cui si trovano negli ultimi decenni: pressione demografica dovuta alla situazione territoriale, povertà estrema, sofferenza per l'alta mortalità infantile a cui vanno aggiunte le aggressive politiche di 'pianificazione familiare' da parte dello stesso Ministero della Salute, volte al controllo delle nascite, che, in questo contesto etnico, secondo l'ONG Tierra Libre, ha una chiara connotazione genocida.: cfr. *Vita e territorio per il popolo indigeno Manjui in Paraguay*, <https://www.salviamolaforesta.org/petizione/1251/vita-e-territorio-per-il-popolo-indigeno-manjui-in-paraguay#letter>

a mantenere e promuovere i propri sistemi tradizionali di famiglia, anche estesa (art. XVII).

Questo sviluppo diacronico delle fonti, in un *degree*, che registra il loro divenire nel tempo, secondo una prospettiva dinamica ed evolutiva, costituisce, a mio avviso, una peculiarità della questione indigena, in generale, e del rapporto con le terre ancestrali, in particolare. In effetti, nella più gran parte dei casi, l'andamento regolatorio del diritto internazionale contempla dapprima l'adozione di strumenti di *soft law*, volti a raccomandare, suggerire, indirizzare l'azione degli Stati, gelosi delle proprie prerogative sovrane e dunque riluttanti a cederne, e, solamente in un secondo tempo, quando cioè si sia coagulato un consenso di base, alquanto diffuso, che eroda l'arroccamento dell'esclusivo potere normativo di ciascun Paese, i principi precedentemente rimessi a un'adesione volontaria assurgono, quale base negoziale, per esser trasposti in strumenti di *hard law*, a esecuzione vincolante per gli Stati che siffatti strumenti abbiano ratificato.

6. Dato questo scenario, l'impalcatura del *framework* fin qui ricostruita, si completa con il peculiare elemento, quale *output*, dell'*Effect* specifico, rappresentato dal consenso che va chiesto ai popoli indigeni in merito a qualsiasi progetto relativo alle terre indigene e alle risorse naturali esistenti in esse⁵⁴. In effetti, posto che i popoli indigeni abbiano il diritto all'autodeterminazione, nonché il diritto di sviluppare priorità e strategie per esercitare il loro diritto allo sviluppo – in altre parole, il diritto di partecipare pienamente ed efficacemente ai processi decisionali che li riguardano – la triade di aggettivi del consenso, ossia il suo dover essere libero, preventivo e informato, nel rispetto delle tradizioni e consuetudini indigene, si declina nella triplice traiettoria del non dover usare, al fine di ottenerlo, coercizioni, intimidazioni o manipolazioni, nel suo essere richiesto con un congruo anticipo, al fine di prevedere un tempo sufficiente e congruente rispetto alle procedure a ciò finalizzate di ogni singolo popolo indigeno, e nel fornire i dati che riguardino (almeno) la natura, le dimensioni, il ritmo, la durata, la reversibilità e la portata del progetto o delle attività proposti.

⁵⁴ *Ex plurimis* cfr. T. WARD, *The Right to Free, Prior and Informed Consent: Indigenous Peoples' Participation Rights within International Law*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 10/2, 2011, pp. 54-84; M. MAZZA, *La consultazione dei popoli indigeni nell'ordinamento canadese. Il ruolo fondamentale del formante giurisprudenziale*, in *Filodiritto online*, 20 maggio 2020; D. NEWMAN, *Norms of Consultation with Indigenous Peoples: Decentralization of International Law Formation or Reinforcement of States' Role?*, in A. BYRNES, M. HAYASHI, C. MICHAELSEN (eds.), *International Law in the New Age of Globalization*, Leiden: Brill, 2013, pp. 267-281.

Sebbene non possa dirsi cristallizzata una norma consuetudinaria che, coagulando *opinio iuris ac sive necessitatis* e *diuturnitas*, traduca il previo consenso libero e informato, in un elemento costitutivo necessario *ad validitatem* per ogni azione (fattuale e normativa) inerente le terre ancestrali, la sua dimensione minimale del *duty to consult*, come si già avuto modo di evidenziare, è codificata tanto in strumenti a efficacia obbligatoria, come nel summenzionato art. 16 della Convenzione ILO n. 169, quanto in atti di natura esortativa, quali l'art. 10 UNDRIP (ai sensi del quale i popoli indigeni non possono essere spostati con la forza dalle loro terre o territori sicché nessuna forma di delocalizzazione potrà avere luogo senza il consenso dei popoli indigeni in questione e solo dopo un accordo su di una giusta ed equa compensazione e, laddove possibile, con l'opzione del ritorno), l'art. 19 UNDRIP (che impone agli Stati l'obbligo di consultarsi e cooperare in buona fede con i popoli indigeni interessati tramite le loro proprie istituzioni rappresentative in modo da ottenere il loro libero, previo e informato consenso prima di adottare e applicare misure legislative o amministrative che li riguardino), nonché, soprattutto, l'art. 32.2 (secondo cui gli Stati devono consultarsi e cooperare in buona fede con i popoli indigeni, tramite le loro istituzioni rappresentative, in modo tale da ottenere il loro libero e informato consenso previamente all'approvazione di qualsiasi progetto che influisca sulle loro terre o territori e sulle altre risorse, in modo particolare per quanto concerne la valorizzazione, l'uso o lo sfruttamento delle risorse minerarie, idriche o di altro tipo), ovvero, nel quadro della *Declaración* dell'OSA, l'art. XXIX.4 (in virtù del quale «los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo»). In buona sostanza, il *duty to consult* non garantisce un obbligo di risultato bensì il mero svolgimento di un procedimento, il cui esito è però lasciato alla libera determinazione delle parti della negoziazione, sicché in questa declinazione minimale non è dato riscontrare alcun potere di veto in capo ai popoli indigeni, in quanto l'ottenimento del loro consenso non deve considerarsi necessario e imprescindibile esito della procedura, essendo necessaria unicamente la loro partecipazione al tavolo delle trattative⁵⁵:

⁵⁵ L. PELUCCHINI, "This is a Disturbing Case": la Corte suprema canadese tra libertà di religione, multiculturalismo e interesse pubblico secolare, in *Nomos*, 1/2018, pp. 1-16. Contra N. POSENATO, *La giurisprudenza della Corte interamericana...* cit., p. 161.

parafrasando le procedure euro-unitarie, una sorta di parere obbligatorio ma non vincolante.

In effetti, l'*Inter-American Commission of Human Rights* nel caso *Mary and Carrie Dann v. United States*, ha affermato che «[g]eneral international legal principles applicable in the context of indigenous human rights include [...] where property and user rights of indigenous peoples arise from rights existing prior to the creation of a State, recognition by that State of the permanent and inalienable title of indigenous peoples relative thereto and to have such title changed only by mutual consent between the state and respective indigenous peoples when they have full knowledge and appreciation of the nature or attributes of such property»⁵⁶. Del pari, sempre l'*Inter-American Commission of Human Rights* nel caso *Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize*, «[c]oncludes that the State, by granting logging and oil concessions to third parties to utilize the property

⁵⁶ Inter-American Commission of Human Rights, *Mary and Carrie Dann v. United States*, Case No. 11.140, Report No. 75/02 (27 December 2002), § 130, il cui testo è reperibile alla pagina web: <https://cidh.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>. Il caso di Mary e Carrie Dann coinvolgeva membri delle popolazioni indigene Western Shoshone in possesso ed effettivo utilizzo del territorio ancestrale della loro tribù. I firmatari sostenevano che gli Stati Uniti avevano interferito con la loro occupazione del territorio espropriando sezioni di terra come proprietà federale, minacciando di rimuovere e, di fatto, rimuovendo fisicamente il bestiame dei Dann dalle terre, e permettendo o acconsentendo alle attività di prospezione dell'oro all'interno del territorio tradizionale dei Western Shoshone. I firmatari hanno cercato di ottenere un risarcimento attraverso l'applicazione del diritto all'uguaglianza di fronte alla legge (art. II), del diritto alla protezione giudiziaria (art. XVIII) e del diritto alla proprietà (art. XXIII) della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo. I firmatari hanno inoltre denunciato la violazione del diritto all'identità culturale, implicitamente tutelato dal diritto all'uguaglianza di fronte alla legge (art. II), del diritto di professare e praticare liberamente la religione (art. III), del diritto alla protezione della famiglia (art. VI) e del diritto alla proprietà (art. XXIII), nonché la violazione del diritto all'autodeterminazione riconosciuto dal diritto internazionale. Le questioni giuridiche si sono concentrate sul peso da dare alle norme emergenti del diritto internazionale, in particolare alla (allora bozza di) *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, nell'interpretazione dei diritti della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo. In particolare, sono state affrontate le questioni relative al contenuto delle norme associate in parte all'identità culturale e all'autodeterminazione. La Commissione interamericana ha concentrato il suo esame sulle summenzionate norme Dichiarazione americana, basandosi sulle norme emergenti del diritto internazionale relative ai diritti dei popoli indigeni, e in particolare sulla (allora bozza di) Dichiarazione americana sui diritti dei popoli indigeni, come strumenti esegetici per interpretare la Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo. Di tal guisa, la Commissione ha riscontrato che i firmatari non hanno ricevuto un procedimento giudiziario equo, necessario per garantire i loro diritti collettivi indigeni, sulla terra di cui il governo degli Stati Uniti si era appropriato. La Commissione ha raccomandato che ai firmatari fosse concesso un rimedio efficace, che includesse l'adozione di misure legislative o di altro tipo necessarie a garantire il rispetto del diritto di proprietà dei Danns in conformità con gli artt. II, XVIII e XXIII della Dichiarazione americana, in relazione alle loro rivendicazioni di diritti di proprietà sulle terre ancestrali degli Shoshone occidentali. La Commissione ha inoltre raccomandato agli Stati Uniti d'America di rivedere le proprie leggi, procedure e pratiche per garantire che i diritti di proprietà delle persone indigene fossero determinati in conformità con i diritti stabiliti nella Dichiarazione americana.

and resources that could fall within the lands which must be delimited, demarcated and titled or otherwise clarified or protected, without effective consultations with and the informed consent of the Maya people and with resulting environmental damage, further violated the right to property enshrined in Article XXIII of the American Declaration to the detriment of the Maya people»⁵⁷. Anche la Corte Suprema canadese ha affermato, nel già menzionato caso *Tsilhqot'in Nation v British Columbia* che «[t]he right to control the land conferred by Aboriginal title means that governments and others seeking to use the land must obtain the consent of the Aboriginal title holders»⁵⁸.

Va dunque garantita la partecipazione effettiva dei membri del popolo indigeno al processo decisionale, con lo svolgimento di consultazioni condotte in buona fede, nel rispetto delle procedure culturali appropriate, con l'obiettivo di raggiungere un accordo soddisfacente per le parti, sicché, nel caso di progetti di investimento o di sviluppo di grandi proporzioni in grado di impattare notevolmente sul territorio, ciò si traduce, a monte, nello svolgimento di studi di natura ambientale da parte di istituzioni indipendenti e tecnicamente competenti al fine di valutare l'impatto ambientale e sociale del progetto di sfruttamento e, a valle, nella garanzia, a favore del popolo indigeno, della partecipazione al godimento dei benefici economici che derivano dallo sfruttamento di quelle risorse naturali.

Questo paradigma, apparentemente lineare, patisce di incongruità applicative di

⁵⁷ Inter-American Commission of Human Rights, *Belize, Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04, (12 October 2004), § 153, il cui testo è reperibile alla pagina web: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/Belize.12053eng.htm>. Il caso riguardava l'incapacità dello Stato di riconoscere e proteggere le terre dei popoli Maya Mopan e Ke'kchi del distretto di Toledo, nel Belize meridionale, nonché il rilascio da parte dello Stato di concessioni per il disboscamento e l'esplorazione petrolifera, senza un'adeguata consultazione, a società private con conseguenti attività che danneggiavano la terra e le fonti di cibo. Le questioni giuridiche vertevano sull'interpretazione della Dichiarazione americana sui diritti e i doveri dell'uomo nel contesto dei diritti fondiari degli indigeni, con particolare attenzione alla portata dell'obbligo di proteggere il diritto alla proprietà. La Commissione, all'esito di un esame sullo stato attuale del diritto in materia di diritti fondiari delle popolazioni indigene, compresa la giurisprudenza della Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli e dell'Organizzazione internazionale del lavoro, per interpretare, tra l'altro, il diritto alla proprietà nella Dichiarazione americana nel particolare contesto delle popolazioni indigene, ha affermato che lo Stato ha violato il diritto di proprietà «non avendo adottato misure efficaci per riconoscere il loro diritto di proprietà comune alle terre che hanno tradizionalmente occupato e utilizzato, senza danneggiare le altre comunità indigene, e per delimitare, delimitare, demarcare e intitolare o altrimenti stabilire i meccanismi legali necessari per chiarire e proteggere il territorio su cui esiste il loro diritto» e «concedendo concessioni di estrazione del petrolio a terzi per utilizzare la proprietà e le risorse che potrebbero rientrare nelle terre che devono essere delimitate, demarcate e intitolate o altrimenti chiarite e protette, in assenza di consultazioni effettive con il popolo Maya e del suo consenso informato» (trad. nostra).

⁵⁸ Supreme Court of Canada, *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, [2014], cit., § 76.

non poco momento: basti pensare alla c.d. *big conservation lie*⁵⁹: la creazione di aree protette è stata uno dei grandi fattori storici di *land grabbing* in Africa e in Asia, posto che la narrazione convenzionale ha generalmente suggerito che, da un lato, solo le competenze occidentali *tout court*, o, quantomeno, pratiche a esse ispirate, possano tutelare l'ambiente, e dunque, le terre ancestrali e, dall'altro, che esclusivamente un'agenda definita dall'esterno, eterodeterminata, sia efficace per lo sviluppo sociale dei popoli indigeni, secondo un'ottica più o meno dichiaratamente paternalistica. A mo' d'esempio emblematico basti pensare al fatto che, sull'onda di procedure iniziate a metà del XIX secolo, quando sono stati creati i grandi parchi americani di Yosemite e di Yellowstone, basati sull'espulsione dei nativi che li abitavano, le grandi aree naturali protette dell'Africa e dell'Asia sono state progettate nel pressoché totale disinteresse dei bisogni dei popoli indigeni che in quelle terre abitavano da tempo immemore. Detto in altri termini, queste 'fortezze verdi' sono state modellate sull'assunto che, al netto del turismo, nessuna ulteriore attività economica debba essere consentita, in virtù di una sorta di idea feticcio di 'incontaminato': dove c'è natura 'autentica' non ci sono persone umane e viceversa⁶⁰. Basti pensare al fatto che in Kenya esiste un unico ministero che

⁵⁹ J. MBARIA AND M. OGADA, *The Big Conservation Lie*, Auburn, 2016.

⁶⁰ In quest'ottica, è particolarmente rilevante il c.d. caso Ogiek: Judgement of 26 May African Court on Human and Peoples' Rights, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya* 2017, App. No. 006/2012 (il cui testo, con gli sviluppi successive, è reperibile alla pagina web: <https://www.african-court.org/cpmt/details-case/0062012>). In questa sentenza la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli si è espressa sull'espulsione del popolo Ogiek, una comunità di cacciatori-raccoglitori keniani, dalle loro terre ancestrali nella foresta di Mau. Poiché la Commissione africana per i diritti umani e dei popoli non era riuscita a risolvere il conflitto, nel 2012 la questione era stata rimessa alla Corte africana, posto che, da un lato, il rapporto tra la Corte africana e la Commissione africana è complementare e che, dall'altro, il Protocollo della Corte Africana non consente automaticamente ricorsi individuali (in effetti, non solo gli Stati che hanno sottoscritto la Dichiarazione aggiuntiva ai sensi degli art. 5.3 e 34.6 del Protocollo alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli sull'istituzione di una Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, in virtù della quale la Corte è competente a conoscere dei casi presentati dalla Commissione, dallo stesso Stato membro, da altri Stati membri, dalle organizzazioni intergovernative africane e, soprattutto, direttamente da individui e ONG, sono un numero esiguo, ma, inoltre, alcuni di questi Paesi hanno a stretto giro "denunciato" la Dichiarazione, ritirando il loro consenso iniziale). La sentenza rappresenta il primo caso sui diritti degli indigeni davanti alla Corte Africana, Corte che ha ampiamente seguito la richiesta della Commissione africana e ha ritenuto che lo sgombero degli Ogiek senza consultazione costituisse una violazione di diversi diritti: il diritto alla non discriminazione (art. 2), alla tutela cultura (art. 17, parr. 2 e 3), alla libertà di religione (art. 8), alla proprietà (art. 14), alla protezione delle risorse naturali (art. 21) e allo sviluppo (art. 22). L'argomento dello Stato convenuto secondo cui lo sfollamento forzato del popolo indigeno era giustificato dalla necessità di proteggere la foresta di Mau è stato respinto dalla Corte che, tuttavia, non ha riscontrato alcuna violazione del diritto alla vita, poiché i ricorrenti non hanno dimostrato che l'esistenza fisica della comunità fosse minacciata dallo sgombero. Successivamente, nel giugno 2022, la Corte ha emesso una sentenza che ordina al Governo di concedere agli Ogiek il titolo collettivo delle loro terre attraverso un processo di delimitazione e demarcazione. Nel

coniuga ‘Turismo, Fauna e Patrimonio’: *ictu oculi* si tratta di un approccio definibile, senza tema di smentita, neocolonialista, in quanto, attraverso la rimozione delle comunità locali, la crisi delle loro attività rurali e pastorali, la militarizzazione dei confini dei parchi e i relativi abusi dei diritti umani, rigetta la visione indigena della conservazione della natura delle terre ancestrali⁶¹.

In buona sostanza, il complesso *framework* fin qui tratteggiato mira a far sì che si acquisisca la piena consapevolezza, da tradursi in appropriate norme giuridiche, che nel caso della tutela dei diritti dei popoli indigeni sulle terre ancestrali se non ci si siede al tavolo con chi decide...allora si è sul menu!

Roma, agosto 2024

frattempo, gli Ogiek hanno istituito degli esploratori forestali comunitari nell’East Mau per ripiantare gli alberi autoctoni e proteggere la foresta dal disboscamento illegale e hanno sviluppato un protocollo bio-culturale comunitario. Sul caso si vedano i commenti in dottrina di C. FOCARELLI, *Indigenous Peoples’ Rights in International Law: The Ogiek Decision by the African Court of Human and Peoples’ Rights*, in A. DI BLASE, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Roma, 2020, pp. 175-200; R. ROESCH, *The Ogiek Case of the African Court on Human and Peoples’ Rights: Not So Much News After All!*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, June 16, 2017; L. CLARIDGE, D. KOBEL, *Protected areas, Indigenous rights and land restitution: the Ogiek judgment of the African Court of Human and Peoples’ Rights and community land protection in Kenya*, in *Oryx*, Cambridge University Press, Vol. 57, iss. 3, 2023, pp. 313-324.

⁶¹ Si veda il rapporto di A. MITTAL, Z. MOLOO, F. MOUSSEAU, *Stealth Game. “Community” Conservancies Devastate Land & Lives in Northern Kenya*, Oakland, 2021 (reperibile all’indirizzo web: <https://www.oaklandinstitute.org/sites/oaklandinstitute.org/files/kenya-stealth-game-community-conservancies.pdf>).

Abstract

L'Assemblea generale delle Nazioni Unite, sul finire del 1994, ha statuito che il 9 agosto di ogni anno si celebri la Giornata internazionale dei popoli indigeni, solennizzando la data in cui si riunì per la prima volta, nel 1982, il Gruppo di lavoro costituitosi *ad hoc* nel quadro della Sottocommissione per la promozione e la tutela dei diritti umani. Allo scadere del secondo Decennio internazionale dei popoli indigeni nel mondo consecutivo (1995-2004 / 2005-2024) decisi dall'Assemblea generale, al fine di porre in essere un'attenta opera di monitoraggio e valutazione dello *status* giuridico dei popoli indigeni, questione fino ad allora del tutto marginalizzata nelle priorità dell'agenda della comunità internazionale, 'fotografando' luci e ombre del riconoscimento dei diritti di tali popoli, nel presente contributo si analizza il legame ancestrale dei popoli indigeni alla madre terra alla luce della sua codificazione negli strumenti internazionali nonché della prassi giurisprudenziale, sulla base di un *framework* ABCDE, ossia *Actors* (popoli indigeni), *Behavior* (rapporto antropologico con le terre ancestrali), *Content* (*pre-existing rights* dei popoli indigeni sulle terre ancestrali), *Degree* (panoplia di fonti normative, tanto di *hard* quanto di *soft law*), *Effect* (obbligo di procedure consultive volte all'acquisizione del previo consenso libero e informato dei popoli indigeni per qualsiasi decisione concernente le terre ancestrali).

At the end of 1994, the United Nations General Assembly decided that the International Day of the World's Indigenous People would be celebrated every year on 9 August, thus commemorating the date on which the *ad hoc* working group of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights had first met in 1982. At the end of the second consecutive International Decade of the World's Indigenous Peoples (1995-2004 / 2005-2024), decided by the General Assembly, in order to undertake a careful monitoring and evaluation of the legal status of indigenous peoples, an issue that had until then been completely marginalised in the priorities of the international community's agenda, the present contribution analyses the ancestral bond of indigenous peoples with Mother Earth in the light of its codification in international instruments as well as jurisprudential practice, based on an ABCDE framework, *i.e.* *Actors* (indigenous peoples), *Behaviour* (anthropological relationship to ancestral lands), *Content* (*pre-existing rights* of indigenous peoples over ancestral lands), *Degree* (panoply of normative sources, both hard and soft law), *Effect* (obligation of consultation procedures

aimed at obtaining the prior free and informed consent of indigenous peoples for any decision affecting ancestral lands).

Keywords

Popoli indigeni - terre ancestrali - diritti fondiari - obbligo di consultazione e consenso previo libero e informato.

Indigenous peoples - ancestral lands - land rights - duty to consult and free, prior, and informed consent.

RILEGGENDO

FELICE MERCOGLIANO*

*Rileggere la 'Naturalis historia' pliniana a proposito di terra «materna»***

Sommario: 1. Terra e popoli nell'«inventario del mondo» pliniano. Premessa. – 2. La *terra materna* nella *Naturalis historia* (2.63), in antitesi con le merci straniere. – 3. Cenni alla diversità etimologica *maternus* / *patrius*, secondo Benveniste, e nessi religiosi tra *terra* e *cives*. – 4. Tardoantico: verso un'altra 'complessità territoriale'.

1. L'inventario pliniano nella *Naturalis historia* sembra rispondere in via generale a una sorta di ansia per una sistemazione intellettuale enciclopedica del mondo. Quasi che Plinio intenda trarre un 'bilancio' dei frutti maturi dei tempi della grande stagione classica della letteratura latina, in particolare per quanto concerne la tradizione naturalistica greco-romana: forse un testamento della scienza antica¹. Da Plinio il Vecchio nella sua *Naturalis historia*, verifichiamo che pure usi e riti organizzati in comune nel Lazio arcaico si possono rinvenire in maniera emblematica, quando la sua attenzione enciclopedica pare proiettarsi sui territori e i popoli del globo. Si può da ciò anche delineare qualche spunto circa il coagulo cittadino nella storia romana arcaica, perché i protagonisti sono gli uomini che in una terra svolgono collettivamente riti e si sentono

* Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

** Contributo destinato al volume *Istituzioni, diritto e cultura giuridica nella 'Naturalis historia' pliniana*, in *Opuscula. Quaderni di studi romanistici (III serie)*.

Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Si v., per una simile linea interpretativa, G.B. CONTE, *L'inventario del mondo. Ordine e linguaggio della natura nell'opera di Plinio il Vecchio*, in *Gaio Plinio Secondo, Storia naturale*, edizione diretta da G.B. Conte con la collab. di A. Barchiesi e G. Ranucci. I, *Cosmologia e geografia (Libri 1-6)*. Prefazione di I. Calvino. Saggio introduttivo di G.B. Conte. Nota biobibliografica di A. Barchiesi, C. Frugoni, G. Ranucci. Traduzioni e note di A. Barchiesi, C. Frugoni, G. Ranucci, Torino, 1982, p. XVII-XXI.

uniti tra di loro, quasi che fossero loro ad appartenere alla terra stessa e non essa a loro². Infatti, nel primo dei libri ‘geografici’ sull’Europa, Plinio spiega appunto, ma soprattutto interpreta³, l’ampiezza della città di Roma, iniziando così con un inaspettato plauso urbanistico per Tarquinio il Superbo, per elencare di seguito con precisione e scrupolo le comunità latine⁴ che collettivamente sul Monte Albano si riunivano per riti in comune⁵.

Nell’ambito di una critica più generale, ora sostenuta da Lorenzo Gagliardi⁶, cioè quella rivolta verso una presunta originaria unità etnica romano-latina che sarebbe stata sancita poi dal *foedus Cassianum*, ma che risulta in contrasto con la città quale nuovo

² Per riecheggiare quasi quello che affermava icasticamente a proposito dell’appartenenza alle città antiche, Y. THOMAS, «Origine» et «commune patrie». *Étude de droit public romain (89 av. J.-C.-212 ap. J.-C.)*, Rome, 1996, p. XI: «dans l’organisation de la cité antique, et particulièrement dans l’organisation de la cité romaine, les personnes appartenaient aux lieux, plutôt que les lieux aux personnes».

³ Si rilegga, a proposito di ‘spiegazione’ versus ‘interpretazione’, nonché scienze naturali versus scienze umane, nella *Naturalis historia* pliniana, G.B. CONTE, *L’inventario del mondo*, cit., p. XXXVI: «Quando i fenomeni diventano fatti culturali, non sono solo condizionati causalmente, ma hanno anche dei significati: e per spiegare i fenomeni si devono appunto scoprire questi significati. Se c’è una differenza tra scienze propriamente naturali e scienze umane, è che le prime sono interessate a scoprire le relazioni causali, le seconde mirano appunto a rivelare i significati. La modalità appropriata per svolgere il primo compito è la *spiegazione*; il secondo richiede i metodi dell’*interpretazione* [corsivi dell’A.], che è una procedura metodologica del tutto diversa. Interpretare è scoprire i significati nascosti. Plinio procede offrendo, quando può (o cercando, all’occasione) la spiegazione dei fenomeni che tratta e che classifica; ma la concezione secondo cui è modellato il suo testo, lo porta a dirigere i suoi sforzi piuttosto verso l’interpretazione di fatti ...». Sulla spiegazione in Plinio, cfr. pure *infra* § 2.

⁴ La considera attendibilmente, in quanto lista dei *populi* (*Albenses*) che partecipavano alle *feriae Latinae*, come una delle tracce pre- o protourbane in cerimonie religiose, oltre quelle relative soprattutto al *Septimontium* e ai sacelli degli Argei, C. AMPOLO, *La nascita della città*, in *Storia di Roma I, Roma in Italia*, Torino, 1988, p. 165 e nt. 21; cfr., per tutti, sul *Septimontium* nella cornice delle origini di Roma, A. MOMIGLIANO, *Rapporto provvisorio sulle origini di Roma* (1962), ora in ID., *Storia e storiografia antica*, Bologna, 1987, p. 184-186. Sui vari livelli di aggregazione dei *populi* preromani v. di recente il saggio di ST. BOURDIN, *Popoli e leghe nell’Italia preromana*, in *Re e popolo. Istituzioni arcaiche tra storia e comparazione*, Göttingen, 2019, p. 275-300, con bibliografia.

⁵ Plin. nat. 3.67-70 ... *Quod si quis altitudinem tectorum addat, dignam profecto aestimationem concipiat fateaturque nullius urbis magnitudinem in toto orbe potuisse ei comparari. Clauditur ab oriente aggere Tarquini Superbi, inter prima opere mirabili; namque eum muris aequavit qua maxime patebat adito plano. Cetera munita erat praecelsis muris aut abruptis montibus, nisi quod expayiantia tecta multas addidere urbes.* 68. *In prima regione praeterea fuere in Latio clara oppida Satricum, Pometia, Scaptia, Politorium, Tellena, Tifata, Caenina, Ficana, Crustumeria, Ameriola, Medullum, Corniculum, Saturnia ubi nunc Roma est, Antipolis quod nunc Ianiculum in parte Romae, Antemnae, Camerium, Collatia, Amitinum, Norbe, Sulmo.* 69. *et cum iis carnem in monte Albano soliti accipere populi Albenses: Albani, Aesolani, Acciensis, Abolani, Bubetani, Bolani, Cusuetani, Coriolani, Fidenates, Foreti, Hortenses, Latinienses, Longani, Manates, Macrales, Munienses, Numinienses, Olliculani, Octulani, Pedani, Poleutarini, Querquetulani, Sicani, Sisolenses, Tolerienses, Tutienses, Vimitellari, Velienses, Venetulani, Vitellenses.* 70. *Ita ex antiquo Latio LIII populi interiere sine vestigiis.*

⁶ In tal senso, infatti, L. GAGLIARDI, *La nazione latina al tempo della Roma dei re*, in *Cittadinanza e nazione nella storia europea – Citoyenneté et nation dans l’histoire européenne*, Milano, 2020, p. 21-49.

soggetto politico, una riprova si può anche dedurre dal raffronto con i trenta *populi Albenses* (per l'esattezza, *Alba* più altri 29 *populi*) elencati da Plinio, 3.68-69⁷.

Sulla base delle analisi recenti di Capogrossi, possiamo comprendere che il processo formativo cittadino stesso, pur risultando un fenomeno diverso, sia stato veicolato pure dai *populi Albenses*⁸, ben prima di quel 'sistema' giuridico complesso che è l'Italia romana costellata di realtà locali scaturite da integrazioni e assorbimenti, risalenti alle origini stesse di Roma. Proprio di quella fase ancora iniziale di aggregazione, che condurrà alla comunità urbana, i *populi* sono qui per Plinio «piccoli popoli, raccolte di genti»⁹.

2. Ma il primo patrimonio di valori antichi si basa, invece, fundamentalmente sulla terra, la *terra materna*, dunque, quale riferimento essenziale per la vita, come sostiene Plinio, in

Plin. nat. 2.63: *Sequitur terra, cui uni rerum naturae partium eximia propter merita cognomen indidimus maternae venerationis. Sic hominum illa, ut caelum dei, quae nos nascentes excipit, natos alit semelque editos et sustinet semper, novissime complexa gremio iam a reliqua natura abdicatos, tum maxime ut mater operiens*¹⁰.

⁷ Sul punto v. L. GAGLIARDI, *La nazione latina al tempo della Roma dei re*, cit., p. 39-41, con fonti e bibliografia; cfr. *ibid.* l'osservazione sintetica convincente: «Il centro principale del Lazio era a quel tempo *Alba*, dalla quale sarebbero secondo la tradizione derivate tutte le altre città della regione (inclusa Roma) ... più che non una manifestazione della nazione latina, i *populi Albenses* ci sembrano un'articolazione della sola *civitas Albana* (l'*oppidum* centrale e i piccoli abitati che da esso si formarono). Certo è invece che *Alba* era a capo di una confederazione religiosa, la più importante del *Latium*, rivolta al culto di *Iuppiter Latiaris* durante le *feriae Latinae*, e avente il suo centro sul Monte Cavo, alla cui guida sarebbe stata sostituita dalla stessa Roma».

⁸ Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani. L'espansione del potere romano in Italia, strumenti istituzionali e logiche politiche*, Napoli, 2022, p. 32-46.

⁹ Così U. VINCENTI – G. ZANON, *Ipotesi sulla prima Roma*, Napoli, 2023, p. 85; cfr., sempre su Plin. nat. 3.68-70, *ibid.*, p. 143-144, ove si «deduce che il riferimento cronologico è al tempo prima della nascita di Roma», anche se risulta «probabile che la testimonianza di Plinio assembli notizie riferibili ad epoche diverse».

¹⁰ Cfr. la trad. it. di Plin. nat. 2.63 ad opera di A. Barchiesi, in G.B. CONTE, *L'inventario del mondo*, cit., p. 301: «Viene poi la terra, la sola parte della natura che, per i suoi meriti egregi, noi chiamiamo con l'appellativo reverente di madre. Essa è degli uomini, come il cielo è delle divinità; essa ci accoglie al momento della nascita, e, venuti al mondo, ci nutre, e una volta partoriti ci sorregge sempre; sinché, alla fine, ci abbraccia nel suo grembo, ormai abbandonati da tutto il resto della natura, e allora, soprattutto ci ricopre come una madre»; e v. recentemente altresì la trad. ingl. di B. TURNER AND R.J.A. TALBERT (translated by), *Pliny the Elder's World. Naturalis History, Books 2.6*, Cambridge, 2022, p. 66: «Next comes earth, the one part of the natural order on which we have bestowed an additional name of motherly respect because of her exceptional service. She is thus for humans what the sky is for God, she takes us in at birth,

La terra, che «è benevola, mite, gentile»¹¹, accudisce, ci fornisce un tripudio di odori, sapori, succhi, piaceri al tatto, è redditizia e nutre noi mortali¹². In astratto, essa è di tutti gli uomini, ma nella realtà non viene attribuita in forma collettiva ai ‘noncittadini’ (anche se vi sarà un modello di proprietà collettiva delle terre¹³).

Quindi, l'impressione che sembra potersi trarre da Plinio il Vecchio è che la costruzione di una comunità, come quella romana arcaica, poi città-mercato globale destinata a interconnettere il mondo dei commerci nel ‘mare aperto’ Mediterraneo¹⁴, abbia avuto nella madre terra la sua solida base unificante e la solida base d'ascesa per cittadini che appartenevano alla terra, oltre che esserne proprietari e combattere per essa¹⁵.

Alla *terra materna*, come se dal suo grembo prendessero forza vitale e su di essa fondassero l'esistenza i cittadini romani, quasi si contrappongono le *merces peregrinae*, menzionate da Svetonio come soggette a *portoria* per decisione cesariana¹⁶. Delle merci straniere che arrivavano sui mercati romani, difatti, in età imperiale si cercò di limitare con misure normative il pericoloso costo proibitivo¹⁷. Era la terra ‘madre’ che doveva essere fonte di stabile sostentamento per i *cives* romani e non le merci provenienti dall'India vendute poi a Roma a un prezzo centuplicato, secondo una riflessione pliniana circa le dispendiose rotte marittime verso l'Oriente, che si legge in

feeds us once born, after our creation always sustains us, and at the very end – after our rejection by the rest of Nature – folds us into her lap, then especially safeguarding us like a mother».

¹¹ Così Plin. nat. 2.63: ... *at haec benigna, mitis, indulgens* ...

¹² Cfr. Plin. nat. 2.63: ... *ususque mortalium semper ancilla, quae coacta generat, quae sponte fundit, quos odores saporisque, quos sucos, quos tactus, quos colores! Quam bona fide creditum faenus reddit! Quae nostra casusa alit!*

¹³ Su cui v., per tutti, E. TASSI SCANDONE, *Terre comuni e pubbliche tra diritto romano e regole agrimensorie*, Napoli, 2017, p. 1-31 e p. 184-188; cfr. F. MERCOGLIANO, *Assegnazioni collettive di terra nell'antica Roma agli albori della repubblica*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 13, 2024, in corso di pubblicazione on line.

¹⁴ Cfr. Plin. nat. 2.118: ... *inmensa multitudo aperto, quodcumque est mari hospitalique litorum omnium adpulsu navigat, sed lucri, non scientiae, gratia* ..., su cui v. di recente G.D. MEROLA, *Commercio e dogane nell'impero romano*, Napoli, 2023, p. 6, a proposito del *topos* nella letteratura imperiale del ‘mare aperto’ sul quale una folla sconfinata, appunto, naviga (*inmensa multitudo ... navigat*) e lo fa per denaro, non per conoscenza (*lucri, non scientiae, gratia*).

¹⁵ Sui nessi tra cittadino, proprietario di terra e soldato in Roma arcaica, v. C. AMPOLO, *La città riformata e l'organizzazione centuriata. Lo spazio, il tempo, il sacro nella nuova realtà urbana*, in *Storia di Roma I, Roma in Italia*, Torino, 1988, p. 219-225.

¹⁶ Suet. *Iul.* 43: ... *Peregrinarum mercium portoria instituit* ...

¹⁷ Sul punto v., di recente, G.D. MEROLA, *Commercio e dogane nell'impero romano*, cit., p. 106-107.

Plin. nat. 6.26: *Secuta aetas propiore cursum tutioremque iudicavir, si ab eo eodem promunturio Sigerum¹⁸ portum Indiae peteret, diuque ita navigatum est, donec conpendia invenit mercator lucroque India admota est: quippe omnibus annis navigatur, sagittariorum cohortibus inpositis; etenim piratae maxime infestabant. Nec pigebit totum cursum ab Aegypto exponere, nunc primum certa notitia patescit: digna res, nullo anno minus HS. |D| imperii nostri exhauriente India et merces remittente, quae apud nos centuplicato veneant.*

Plinio deplora il lusso ed apprezza la natura, la ‘scienza’, la terra, quasi come antidoto alla lussuria¹⁹, ma non si ferma alle spiegazioni scientifiche: il naturalista di Como ricerca le spiegazioni dei significati di fenomeni culturali, da vero umanista²⁰.

Comunque, anche dai Paesi stranieri pervenivano nell’impero romano gli elementi²¹, non soltanto merci materiali, che nel complesso lo resero centrale ed egemonico nel mondo antico, e questo Plinio lo sapeva: ma a questo punto si tratterebbe di tratteggiare un’altra *historia*, non più *naturalis*, bensì rivolta a vicende dell’immigrazione²² e a questioni di cittadinanza romana²³. Questi fugaci miei appunti ora non pretendono di certo ciò e sarebbe tutt’altra e diversa storia ...

3. Si può aggiungere appena con una riflessione finale, riguardo al perimetro semantico dell’aggettivo *materna*, che Plinio associa a *terra*, lontana da qualsiasi assonanza al significato di *patrius*, forse per una spiegazione che già aveva indicato Émile Benveniste, a proposito delle parole indoeuropee derivanti dai rapporti di parentela²⁴. Infatti, *patria*, da *patrius*, aggettivo derivato da *pater*, indica la terra del padre/dei padri, il luogo legato

¹⁸ Capo Siagro, in Arabia, attuale Ras Fartak, a 800 km. a est di Aden.

¹⁹ V. spec. E. LAO, *Luxury and the Creation of a Good Consumer*, in *Pliny the Elder: Themes and Contexts*, edited by R.K. Gibson and R. Morello, Leiden-Boston 2011, p. 36: «knowledge about nature, or ‘science’ as he refers to it, functions as Pliny’ antidote to luxury».

²⁰ Cfr. G.B. CONTE, *L’inventario del mondo*, cit., p. XXXVI.

²¹ Cfr. l’esemplare prolusione, di recente ristampata in apertura della silloge di scritti P. DE FRANCISCI, *L’azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano*, in ID., *Scritti scelti*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e L. Garofalo, Napoli, 2022, p. 3-56.

²² Rinvio, per alcuni miei approfondimenti in materia, a F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Napoli, 2020, p. 3-104.

²³ Su cui per avere soltanto un’idea iniziale di come sia vasto e articolato il dibattito, si v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani*, cit., p. 14-112; nonché, ultimamente, A. RENZ, *Civitas Romana. Das Römische Bürgerrecht und die Römischen Bürgerrechte von 500 v.Chr. bis 500 n.Chr.*, Baden-Baden, 2023, p. 27-43.

²⁴ Si v. É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I. *Economia, parentela, società* (1969). Edizione italiana a cura di M. Liborio, Torino, 2001, p. 204-211.

agli avi, ma l'analisi del vocabolario relativo alla parentela rivela l'assenza di un aggettivo corrispondente derivato dal nome della madre: non esiste un *matrius* corrispondente al *patrius*. Aggettivo derivato da *pater*, *patrius* indica tutto ciò che si riferisce al mondo del padre, che gli appartiene, che lo riguarda, e si giustifica in ragione di un ruolo primario rispetto alla madre. *Maternus* segna una relazione d'appartenenza di natura fisica: letteralmente sta a indicare qualcosa che sia della stessa materia della madre²⁵. Anzi, per la precisione, secondo Benveniste: «Vi è tuttavia in latino un aggettivo specifico derivato dal nome della madre: *maternus*. La forma *maternus* è già istruttiva di per sé stessa. ... foneticamente derivata da **māterinus*, ... indica la materia; cfr. *eburnus* 'd'avorio' da *ebur*... Insomma, la coppia di aggettivi latini *paternus/maternus* ... ha una storia complessa; i due termini non erano simmetrici e non avrebbero potuto esserlo ... il più antico, *maternus* implica l'appartenenza fisica, materiale alla madre, il maschile *paternus* è stato creato per differenziare il *pater* personale dal *pater* legale. ... Sembra dunque che *patrius* si riferisca solo a una parentela di tipo classificatorio»²⁶. La terra, secondo Plinio, viene sentita dai Romani come materna, quindi, e non è paterna né è la loro patria.

Semmai tra la loro terra e i *cives* sorgono nessi religiosi, che si manifestano nei culti pubblici cittadini di *Ceres* e *Tellus*, come viene dimostrato da un bel saggio di de Cazanove²⁷ per quanto concerne il legame privilegiato tra il pur defenestrato nel 486 a.C. Spurio Cassio Vecellino²⁸ – fautore di una riforma per la distribuzione di terre anche in favore dei Latini²⁹ e citato da Plinio nella *Naturalis historia* in un paio di passi³⁰ – e le divinità 'materne' di Cerere e Tellure, che nella mitologia romana simboleggiano la fertilità dei campi e della vegetazione agraria. La politica sul versante religioso di Sp. Cassio, difatti, fu orientata a ottenere protezione dalle divinità terriere di *Ceres* e *Tellus*, dedicatorie di due santuari, e l'intreccio lo mostra specificamente Plin. *nat.* 34.9, il quale ricorda che la prima statua di bronzo fatta a Roma fu dedicata a *Ceres* e le spese vennero

²⁵ Cfr. É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, cit., p. 206-209.

²⁶ Così É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, cit., p. 207-209.

²⁷ V. O. DE CAZANOVE, *Spurius Cassius, Cérés et Tellus*, in *Revue des études latines*, 67, 1989 [1990], p. 93-116.

²⁸ Si v., con precisione insuperata, su Spurio Cassio Vecellino o Vicellino, F. MÜNZER, s.v. *Sp. Cassius Vecellinus oder Vicellinus*, in *PWRE*, III, Stuttgart, 1899, col. 1749-1753.

²⁹ Vi rivolgo di recente qualche considerazione in F. MERCOGLIANO, *Assegnazioni collettive di terra nell'antica Roma agli albori della repubblica*, cit., § 5.

³⁰ Plin. *nat.* 34.9 e 34.14, su cui cfr. O. DE CAZANOVE, *Spurius Cassius, Cérés et Tellus*, cit. p. 96, p. 99 nt. 34, p. 107 nt. 70.

coperte dal patrimonio di Sp. Cassio, poi messo a morte per aver aspirato al regno³¹. Quindi, un personaggio ricordato per il *foedus Cassianum* del 493 a.C. e per la *rogatio agraria* del 486 a.C. come momenti molto importanti di assegnazione di terra agli inizi della repubblica, lo ritroviamo non a caso associato a *Ceres* e *Tellus* che erano divinità ‘territoriali’ di protezione dei campi coltivati, utilizzati come risorse produttive³² per allevamento e agricoltura, i modi romani onorevoli e pacifici di guadagno³³. Peraltro, *terra* nella repubblica si distingue da *ager publicus - privatus*, perché il significato proprio di quest’ultimo viene caratterizzato dalla possibilità di sfruttarlo e trarne i frutti sul piano economico³⁴.

4. In fondo, Plinio il Vecchio pensava forse ad un utopico ritorno al passato, ma per la proprietà agraria i percorsi della storia, protesi verso la formazione e l’estendersi a dismisura del latifondo, nonché il colonato e l’affitto agrario³⁵, si riveleranno diversi e imprevedibili. Si verificò di nuovo, insomma, in differenti forme, quella ‘complessità territoriale’³⁶ già delineata per l’età della repubblica³⁷, in cui le distribuzioni collettive agrarie avevano visto la distinzione dei cittadini romani da quelli che non lo erano. L’incalzante Tardoantico aiuterà a chiarire *per differentiam* qual era la concezione pliniana della ‘terra materna’, alla luce di quella che sarà la dialettica tra la residua concezione

³¹ Plin. nat. 34.9: *Romae simulacrum ex aere factum Cereri primum reperio ex peculio Sp. Cassi, quem regnum adfectantem pater ipsius interemerit*. In argomento, O. DE CAZANOVE, *Spurius Cassius, Cérés et Tellus*, cit., p. 94-96.

³² In dettaglio, sul punto, O. DE CAZANOVE, *Spurius Cassius, Cérés et Tellus*, cit. p. 104-116.

³³ Così, efficacemente, F. CÀSSOLA, *Lo scontro fra patrizi e plebei e la formazione della «nobilitas»*, in *Storia di Roma I, Roma in Italia*, Torino, 1988, p. 479: «I modi onorevoli di arricchirsi, oltre alla spartizione del bottino dopo le vittorie, erano l’allevamento e l’agricoltura: si riteneva lecito vendere i prodotti della propria azienda, mentre era condannata l’attività del mercante, che compra a dieci e vende a undici...».

³⁴ V. sul punto O. SACCHI, *Ager est, non terra. Dall’ager privatus alla forma agrimensorum: evoluzione di un paradigma tra natura, diritto, anomalismo e analogismo giuridico*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana, XXII. Questioni della terra. Società economia normazione prassi. In onore di Mariagrazia Bianchini*, Napoli, 2017, spec. sul lessico varroniano, p. 168; cfr. sui nessi a loro volta con termini d’estremo significato ‘terrestre’ arcaico, come *terra*, *locus* e *humus*, tra il lessico di Varrone e gli annali di Livio, A. DUSO, “*Vis verbi*”: *Varrone e le etimologie nel primo libro delle “Storie” di Tito Livio*, in *Lingue antiche e moderne* 10, 2021, p. 7-8.

³⁵ Ampia panoramica di aspetti e problemi nei saggi raccolti in E. LO CASCIO (a cura di), *Terre, proprietari e contadini dell’impero romano. Dall’affitto agrario al colonato tardoantico*, Roma, 1997.

³⁶ Riprendo l’espressione emblematica del saggio di M. TARPIN, *Strangers in Paradise. Latins (and other non-Romans) in colonial context: a short story of territorial complexity*, in *Roman Republican Colonization. New Perspectives from Archaeology and Ancient History*, edited by T.D. Stek and J. Pelgrom, Roma, 2014, p. 161-191.

³⁷ Fino alla proposta di legge agraria dei Gracchi, ai quali per primi si diede perciò il nome di *populares*: sul punto v., in maniera esemplare, F. DE MARTINO, *Motivi economici nelle lotte dei «populares»*, in *Id., Nuovi studi di economia e diritto romano*, Roma, 1988, p. 90.

della cittadinanza romana e l'egemone posizione dei 'barbari' in ordine all'acquisizione e all'utilizzo di fondi agrari nell'impero. Infatti, gli equilibri si capovolsero tra *cives* e stranieri che s'introdussero nel perimetro spaziale 'romano' d'Occidente³⁸. Lo spartiacque temporale, si può dire, sia stata la disfatta di Adrianopoli dell'anno 378, come ha affermato di recente Fascione³⁹. Fu allora che «il pragmatismo di Teodosio I suggerì, in quel frangente, di ricostituire in fretta l'esercito distrutto» ...e si «trasformarono molte tribù di barbari da "popoli d'oltre confine" in "soldati e contadini" abitanti dentro le terre dell'impero»⁴⁰ e lo *status* di cittadino intanto persiste, in quanto vi è un ordinamento che lo pone e lo tutela. Guardando perciò agli abitanti dei territori degli stanziamenti, è facile dire che vi insistono ancora i precedenti abitanti, divenuti tutti *cives Romani* dopo la costituzione di Caracalla, soggetti di pieno diritto, titolari dei loro beni, immobili e mobili, secondo lo *ius Romanum*, i quali convivono, dopo i trattati, con i barbari insediati nel loro stesso territorio, anche se la sovranità ed il governo dell'imperatore se ne sono ritirati⁴¹.

In conclusione, gli usi delle terre rimanevano nelle forme, anche relative alle assegnazioni collettive, spettanti ai *cives* romani della *res publica*, ma le infinite e poliedriche trasformazioni giuridiche avrebbero consentito sul piano del diritto pubblico e privato ai nuovi abitanti barbari l'accoglimento nell'ordinamento giuridico dell'insediamento necessario per realizzare un fenomeno dal carattere generale certamente non previsto a suo tempo da Caracalla quando emanò la *constitutio Antoniniana*⁴².

Camerino, dicembre 2024

³⁸ Si v. in argomento, per tutti, la recente analisi di L. FASCIONE, *Cittadinanza romana e barbari d'Occidente*, in *Ravenna capitale. Dopo il Teodosiano. Il diritto pubblico in Occidente nei secoli V-VIII. In memoria di Giovanna Mancini*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 59-78.

³⁹ Cfr. L. FASCIONE, *Cittadinanza romana e barbari d'Occidente*, cit., p. 59-60.

⁴⁰ Così L. FASCIONE, *Cittadinanza romana e barbari d'Occidente*, cit., p. 60.

⁴¹ Specifica lo stesso L. FASCIONE, *Cittadinanza romana e barbari d'Occidente*, cit., p. 70.

⁴² Riesame complessivo recente in A. BESSON, *Constitutio Antoniniana. L'universalisation de la citoyenneté romaine au 3^e siècle*, Basel 2020; ma per dare un'idea delle proposte interpretative che circondano l'editto di Caracalla recentemente cfr., tra i tanti, almeno O. LICANDRO, *Un impero di città e un papiro. Caracalla, i dediticii e il paradigma urbano (P. Giessen 40.I)*, Roma, 2021 e G. TRAINA, *L'editto di Caracalla, in Il futuro. Storia di un'idea*, Roma-Bari, 2021, p. 25-30.

RILEGGENDO

Abstract

The paper focuses on the ownership of land, symptomatically defined by Pliny the Elder as the mother land of the Romans, and the etymologies *maternus/patrius* in dictionary of Émile Benveniste. Main sources taken into consideration are: *Plin. nat.* 2.63; 3.67-70; 6.26; 34.9.

Il contributo si concentra sul tema della terra, sintomaticamente definita da Plinio il Vecchio come terra materna dei Romani, e le etimologie di *maternus/patrius* nel vocabolario di Émile Benveniste. Fonti principali prese in considerazione, sono: *Plin. nat.* 2.63; 3.67-70; 6.26; 34.9.

Keywords

Plinius maior - Naturalis historia - Terra materna

LETTURE

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

*Libertad de expresión y libertad religiosa: una perspectiva
transatlántica**

Questo documentatissimo libro studia, in un'interessante prospettiva di comparazione estesa ai Paesi dell'America latina, il delicato rapporto fra libertà religiosa e libertà d'espressione: un tema di costante, crescente attualità, come dimostra l'eco con cui è stata accolta, pochi mesi or sono, la sentenza finlandese sulla possibilità di citare liberamente la Bibbia, quella svedese sui roghi del Corano, e la nuova disposizione normativa danese che aggiunge nel Codice penale di Copenaghen un nuovo articolo appunto con il reato di rogo di testo sacro.

Il primo capitolo, del Prof. Martínez-Torrón, affronta l'analisi della giurisprudenza CEDU sull'art. 10 della Convenzione EDU, ripercorrendone l'evoluzione storica ed approfondendone i principî fissati dalle sentenze più importanti, in modo da essere anche d'immediato aiuto non solo allo studente od allo studioso, ma anche al professionista: il punto di partenza è la sentenza Handyside, ove si dice che limitazioni alla libertà d'espressione possono essere ammesse solo laddove rispondessero ai requisiti ex art. 10 comma 2, ossia si trattasse d'una limitazione prevista per legge, orientata al raggiungimento d'uno degli scopi elencati nel comma 2, e fosse assolutamente necessaria in una società democratica per il raggiungimento d'uno dei suddetti scopi; subito dopo, ecco le sentenze Otto Preminger Institut e Wingrove, sul bilanciamento della libertà artistica con la tutela della sensibilità religiosa; poi la Sekmadienis, sulla possibilità d'utilizzare simboli e locuzioni chiaramente religiose a scopi pubblicitari; poi la Mariya Alekhina, sulle offese rivolte non tanto ad una confessione religiosa *in se ipsa* quanto ad una Chiesa istituzionale; poi la Ibragimov, sulla possibilità di confiscare libri religiosi ritenuti avere un contenuto sovversivo e potenzialmente sobillatorio; ancora, la E.S., sulla necessità di soppesare affermazioni che, seppur dal punto di vista strettamente storico

* A proposito di J. Martínez-Torrón - S. Cañameres Arribas - M. González Sánchez (a cura di), *Libertad de expresión y libertad religiosa: una perspectiva transatlántica* (Iustel, Madrid, 2023) p. 233.

potrebbero anche essere esatte, purtuttavia possano ugualmente risultare offensive per una determinata comunità religiosa; la Tagiyev, che, pur ammettendo la legittimità in alcuni casi di sanzioni penali nei riguardi di chi, nel caso specifico giornalisti, avesse espresso critiche giudicate troppo severe nei confronti d'una data religione, ribadisce come le sanzioni penali *de quibus* non debbano, né possano essere sproporzionatamente onerose; poi l'affaire Baldassi, che riconosce il diritto all'appello al boicottaggio economico contro un dato Stato, su basi religiose, in quanto espressione della libertà d'espressione; l'affaire Rabczewska, che riconosce la legittimità di sanzioni verso chi, in modo pesante e non scientificamente argomentato, avesse espresso critiche verso un testo sacro solo se queste possano mettere in pericolo la pace o la tolleranza religiosa; il caso Bouton, che ribadisce come la libertà d'espressione possa venir limitata, purché con misure d'intervento non sproporzionate; infine l'affaire Zemmour, nel quale la CEDU riconosce che la libertà d'espressione dei discorsi politici, benché più ampia di quella dei discorsi normali, abbia comunque anch'essa dei limiti, uno dei quali l'impossibilità d'incriminare, o d'additare come criminale, un'intera comunità religiosa.

Il capitolo affronta poi un problema che ritiene centrale ed esiziale, ossia se la protezione dei sentimenti religiosi rientri nella protezione della libertà religiosa ex art. 9 CEDU; la dottrina ha alcune lecite perplessità al riguardo, sembrando problematico considerare che un ordinamento giuridico abbia fra i propri compiti la protezione di sentimenti, religiosi o di qualunque altro tipo; la CEDU, dal canto suo, ha tenuto al riguardo una posizione articolata e complessa, riconoscendo come il proprio art. 10 protegga anche le opinioni che offendono e scandalizzano, e dunque stabilendo che le religioni non possano pretendere d'essere esenti a critiche, ma, parimenti, ha anche riconosciuto che i sentimenti religiosi rientrano nell'ombrello di protezione offerta alla libertà religiosa.

Vale, comunque, il principio generale secondo cui ogni restrizione alla libertà d'espressione, anche per una finalità legittima, dev'essere giustificata come *necessaria in una società democratica*, ex art. 10.2 CEDU, concetto che la stessa Corte ha chiarito voglia dire dover rispondere ad una necessità sociale imperiosa.

Secondo l'Autore, in conclusione, la tutela dei sentimenti religiosi non rientra nella protezione della libertà religiosa, per una ragione ontologica: l'art. 9 CEDU protegge uno spazio di libertà, ossia un bene giuridicamente oggettivo e determinabile, e non sentimenti od emozioni, che sono tautologicamente indeterminabili e soggettivi; ciò non toglie, naturalmente, che tutte le espressioni gratuitamente offensive verso la religione

potranno venir sanzionate nei casi particolarmente gravi, sicché la libertà d'espressione non proteggerà un linguaggio che fosse inutilmente aggressivo al solo scopo d'essere volutamente ingiurioso, né le menzogne, né le calunnie.

Da ciò consegue un secondo punto, su cui parimenti il Prof. Martínez Torrón è molto perplesso, ossia l'idea che uno Stato sia autorizzato a limitare la libertà d'espressione quando qualcuno utilizzi parole suscettibili di causare una "giustificata indignazione" in parte della popolazione, cosa che la CEDU riconosce possibile non solo in Austria, ove quest'ipotesi è espressamente prevista dalla legge, ma anche in Polonia, ove invece la legge nulla dice al riguardo, il che vuol dire che la CEDU apre alla possibilità che quest'ipotesi sia in futuro un argomento a favore delle limitazioni alla libertà d'espressione in tutta Europa, non solo nell'orbita spaziale di Vienna.

Se, dunque, partendo da quest'ipotesi riflettiamo su quanto sia indeterminata la definizione di "giustificata indignazione", collegata dalla CEDU al mantenimento della "pace religiosa", ecco che si spalanca un'autostrada ad un rapporto di causalità fra l'espressione offensiva profferita da qualcuno e la reazione indignata dei fedeli della religione offesa, e dunque un Governo potrà accarezzare l'idea di meglio tutelare la pace religiosa imponendo limiti sempre più stretti, sempre più vincolanti, alla libertà d'espressione.

Questo percorso è molto pericoloso, perché vorrebbe garantire tolleranza, mentre corre il rischio d'accrescere l'intolleranza e di generare disparità di trattamento e discriminazioni fra confessioni religiose.

Lo spartiacque generale, rileva poi il Prof. Martínez Torrón, va individuato nel *quid dictum*: si tratta d'una realtà storica, d'un fatto accertato, ancorché magari oggi ricordarlo possa suscitare un'eco contraria alla religione interessata, oppure si tratta d'una pura e semplice opinione? In questo secondo caso, dunque, essa sarà in linea generale protetta dall'art. 10, anche se bisogna vedere quanto l'opinione offensiva si basi su fatti acclarati e quanto sull'interpretazione che ne abbia dato qualcuno: è una domanda ricca di conseguenze, ma, ahimé, quant'è difficile rispondere, dato che tutti guardano alla realtà attraverso il prisma delle proprie convinzioni ed opinioni, quindi forse, in ultima analisi, non c'è una realtà assolutamente oggettiva ed oggettivamente assoluta.

Il problema della coordinazione fra libertà d'espressione e libertà religiosa è fenotipo del più vasto e generale problema che debbono affrontare le società democratiche contemporanee, ossia quello di permettere l'esercizio di diritti

fondamentali diversi a persone diverse, superando e cercando di risolvere le ragioni di conflittualità.

In questo scenario, vero e valido in generale, Martínez Torrón osserva come la libertà d'espressione sia particolarmente delicata da maneggiare, essendo potenzialmente esplosiva in maniera dirompente, quasi come la nitroglicerina, quando s'interfacci con un argomento d'estrema delicatezza e parimenti importanza come la libertà religiosa, vieppiù in quest'epoca contemporanea nella quale internet ha portato all'ennesima potenza la circolazione delle notizie.

Attenzione, avverte però Martínez Torrón: dal momento che le limitazioni alla libertà d'espressione producono effetti negativi sì immensi, ma né immediati né tangibili, può darsi che venga la tentazione di considerare tutto ciò come un prezzo certamente elevato, ma tutto sommato pagabile pur di avere la pace sociale.

È un'illusione, avverte l'Autore, sono sirene d'Ulisse che vanno assolutamente evitate, non solo dalle Istituzioni dello Stato, ma soprattutto dalla società stessa, poiché spessissimo gli eccessi o gli abusi della libertà d'espressione si correggono più efficacemente con un'energica e spontanea risposta sociale, anziché giuridico-penale: ciò perché, come con estrema acutezza e notevole intuito prevede Martínez Torrón in conclusione, il problema non si risolve col bilancino da orafo, regolamentando e permettendo o vietando una parola in più od una in meno, bensì recuperando il significato di dignità umana come *ubi consistam* sul quale costruire società basate sul rispetto non solo dei diritti umani della maggioranza della popolazione, ch'esprime il potere politico o quello mediatico, ma di quelli di tutti: è evidente che in società ad elevatissima eterogeneità ideologica e culturale debbano, debbano assolutamente, siano costrette a convivere concezioni dei diritti umani fra di loro diverse, diversissime, finanche antagoniste, che però debbono a tutti i costi trovare un punto d'equilibrio, per scongiurare il pericolo che la concezione dominante faccia scomparire *chiodato pede* quelle minoritarie e contrarie.

Nel secondo capitolo, poi, la Prof.ssa Rodrigo Lara illustra la situazione in Spagna: qui le manifestazioni artistiche sono la causa più frequente delle tensioni con la libertà religiosa, giacché, da un lato, la libertà religiosa anche in Spagna è stimata essere la prima e più importante delle libertà, fondamento d'una società democratica ed elemento essenziale per l'identità dei credenti e per il loro modo di concepire la vita; dall'altro, però, abbiamo la libertà d'espressione, a sua volta d'estrema importanza come pilastro d'una società democratica.

Dopo aver richiamato la giurisprudenza CEDU, il capitolo passa, con grande praticità, ad esaminare i casi concreti verificatisi in Spagna, sottolineando ch'essi si sono sviluppati nell'ambito del diritto penale, che appunto protegge i sentimenti religiosi, ed inizia con la sentenza d'assoluzione per il caso Krahe, ovvero un documentario del 1977, intitolato "Cristofagia", o "Come cucinar un Cristo", trasmesso in tv nel 2004, e conclusosi con l'assoluzione degli imputati perché non avevano agito con l'intenzione di offendere, ma solo con quella di fare pubblicità ad un disco che stava per uscire sul mercato; altro caso molto paradigmatico in Spagna è quello, spiega l'autrice, dell'uso di termini molto forti e dissacratori verso la croce del monumento nella valle de los Caídos (ribattezzata ora Valle de Cuelgamuros), ma anche in questo caso il processo venne archiviato, poiché le parole molto forti ch'erano state usate contro la croce erano dirette ad essa *stricto sensu* come monumento, come manufatto marmoreo, non al suo carattere di simbolo religioso, né ai fedeli cristiani *tout court*; il terzo caso citato si riferisce alla visita di Benedetto XVI in Spagna, nel 2010, ed alla feroce dissacrazione che ne aveva fatto una rivista satirica spagnola, e vengono poi citati i casi d'una pasticceria che aveva realizzato un presepe dando fattezze molto eterodosse alle figurine della Sacra Famiglia, e la performance d'una *drag queen* molto aggressiva verso la Madonna, casi sempre conclusisi con l'archiviazione: da qui l'Autrice traccia un primo schema degli orientamenti della giurisprudenza di Madrid: un'azione compiuta con *animus iocandi* non può venir criminalizzata, nemmeno se particolarmente di cattivo gusto, o irriverente, e priva di tatto nei riguardi d'una fede religiosa; diverso, ma analogo, il caso d'un atteggiamento pesantemente irriverente verso un luogo di culto od una celebrazione religiosa, come avvenuto nel caso d'un assalto del gruppo Femen ad una chiesa spagnola durante una Messa; ondivaga, infine, la giurisprudenza relativa ad azioni dimostrative svolte all'esterno di luoghi di culto, durante le processioni: una condanna per violazione della libertà religiosa, un'assoluzione per prevalente interesse sociale.

Il capitolo prende, da ultimo, in esame la particolare situazione che si verifica quando si tratti di situazioni di cumulo, ovvero quando la libertà d'espressione venga utilizzata da un ministro di culto per esercitare la propria libertà religiosa, intervenendo in merito a tematiche di particolare rilevanza sociale, e causando al contempo la reazione di chi se ne sia sentito offeso: l'ordinamento spagnolo non ha una disposizione normativa specifica, certamente i ministri di culto godono del diritto costituzionale alla libertà d'espressione, la cui portata viene però precisata con grande acribia dalla Prof.ssa Rodrigo Lara: *in primis*, infatti, i ministri di culto non hanno un diritto protetto dallo Stato alla

dissidenza rispetto ai dogmi della loro confessione religiosa, sicché, ove manifestassero pubblicamente perplessità o disaccordo, dovranno andare incontro alle conseguenze disposte dai vari ordinamenti giuridici interni delle confessioni stesse; *in secundis*, poi, per valutare la portata giuridica dei discorsi fatti da ministri di culto non è importante solo il *quid dixerunt*, ma anche l'*ubi dixerunt*: un conto sarà un discorso tenuto in una chiesa, conformemente ai dogmi religiosi di quella confessione religiosa, davanti a quella comunità di fedeli, altra cosa sarà un discorso tenuto in un luogo pubblico, che possa venir recepito anche da persone non appartenenti alla medesima confessione religiosa e che potrebbero quindi interpretarlo in modo per loro offensivo.

La dottrina ritiene che la tutela penale della libertà religiosa debba essere l'*extrema ratio*, anche perché dall'analisi della giurisprudenza spagnola al riguardo emerge come, nei casi d'attrito fra libertà d'espressione e libertà religiosa, la bilancia della giustizia penda quasi sempre per la tutela della prima; il capitolo si chiude concludendo che *si vis pacem para pacem*, vale a dire cercare di evitare conflitti fra questi due diritti, anziché cercare soluzioni per risolverli, e ciò si potrà raggiungere con una maggior attività educativa d'approfondimento sui diritti e le libertà fondamentali, e sul rispetto del prossimo.

Il terzo capitolo, dei Proff. Javier García Oliva e Helen Hall, esamina la situazione nel Regno Unito, iniziando con ricordare come i diritti fondamentali come quello d'espressione e quello della libertà religiosa siano contemporaneamente protetti dalla CEDU, dal sistema di common law e dalla *Magna Charta* o, per meglio dire, dal suo mito, giacché il suo art. 1 ("la Chiesa d'Inghilterra sarà per sempre libera, e i suoi diritti non saranno ridotti e le sue libertà non saranno violate") non è mai stato interpretato come una garanzia della libertà religiosa dagli osservatori moderni, ed in un certo senso l'impatto della Riforma anglicana la rese irrilevante; di fatto, comunque, gli Inglesi percepiscono la libertà religiosa come parte del loro patrimonio giuridico, sicché le persone che vivono nel Regno Unito hanno un diritto assoluto ad avere le credenze religiose e ideologiche preferite, ed a manifestarle: un esempio è dato dalla blasfemia, teoricamente rimasta reato fino al 2008, ma per la quale l'ultimo processo risale all'epoca vittoriana.

Se questa è la situazione per le offese a Dio, ben diversa è quella delle offese ad altre confessioni religiose, od a persone terze sulla base delle loro convinzioni religiose, secondo il *coded hate speech*, peraltro espressamente previsto nell'art. 29b(1) del *Public Order Act* del 1986, ed illustrato dalla guida esplicativa pubblicata dal *Crown Prosecution*

Service, che esclude solo gli insulti infantili e la predicazione di dottrine religiose dal novero delle azioni perseguibili.

In conclusione, dunque, il complesso sistema costituzionale del Regno Unito ha un atteggiamento molto aperturista, sia verso la libertà religiosa quanto verso quella d'espressione.

Dedicato all'Argentina, poi, il quarto capitolo, scritto dal Prof. Santiago, inizia a disvelare la più preziosa caratteristica peculiare del libro, ossia lo sguardo approfondito alla situazione normativa e giurisprudenziale dell'America Latina; in Argentina non c'è una legge organica sulla libertà religiosa, il quadro normativo è costituito dal testo costituzionale, dalle convenzioni internazionali e da varie leggi generaliste, come ad ex. la legge 23592, o legge antidiscriminazioni, invocata sia per sanzionare le persone che avevano interrotto violentemente le celebrazioni della comunità ebraica argentina per il LXI anniversario della proclamazione dello Stato d'Israele, sia per sanzionare il giornalista ebreo che aveva scritto frasi pesanti sulla comunità musulmana, ricordando l'attentato del 2001 alle Torri Gemelle; basato sulla Convenzione Americana dei diritti umani, invece, il caso Ekmekdjian, in cui un *recurso de amparo* viene presentato, lamentando violazione della libertà religiosa, per un programma televisivo che aveva espresso opinioni pesantissime contro la Madonna e Cristo: la Corte Suprema decide a favore del ricorrente; sempre *recurso de amparo* si ha nel caso Asociación Cristo Sacerdote, presentato contro una mostra artistica, allestita a Buenos Aires in uno spazio pubblico, che secondo i ricorrenti conteneva opera blasfema che ferivano i sentimenti religiosi dei cattolici e non solo, visto che molte altre associazioni religiose intervennero adesivamente: la mostra venne però chiusa in anticipo, facendo venir meno l'oggetto del contendere; ancora un *recurso de amparo* si è avuto contro la proiezione del "Codice da Vinci", e la Corte Suprema de Justicia de la Nación giunge alla forse unica conclusione possibile: riconosce l'esistenza d'un diritto soggettivo al rispetto delle fedi religiose, epperò la protezione di questo diritto deve coniugarsi con la libertà d'espressione riconosciuta dalla Costituzione, sicché è necessario caso per caso procedere ad un bilanciamento con estrema delicatezza; questo è un principio che si estende a 360°, dato che lo troviamo anche nell'art. 73 della legge sul contratto di lavoro; ove tale bilanciamento non viene ricercato, invece, ecco svilupparsi situazioni conflittuali che si rivolgono alla giustizia od alla politica per trovare soluzione, come il caso dell'Ordinario castrense, che nel 2005 aveva criticato alcune politiche del Governo, che gli aveva revocato il gradimento per l'Ordinariato castrense,

secondo l'Accordo del 1957 con la Santa Sede, la quale a sua volta non aveva riconosciuto questa revoca, avviando una crisi diplomatica.

Il Prof. Santiago, da ultimo, segnala la pericolosità della «*Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación en Intolerancia*», approvata dall'OSA e non priva di rilevanza normativa in Argentina, la quale vorrebbe impedire alle confessioni religiose di predicare usando parole ed espressioni che potrebbero suonare discriminatorie o incoraggianti la discriminazione verso alcune categorie di persone.

Il quinto capitolo, del Prof. Carvalho Leite, si occupa del Brasile, repubblica laica dal 1889 e priva d'una legge specifica contro la blasfemia: vi sono disposizioni penali specifiche d'altro tipo, come il reato d'oltraggio ad una confessione religiosa, od ostacolare o disturbare un atto di culto (art. 208), il reato d'offesa e vilipendio su base religiosa (art. 140) e quello di discriminazione e d'incitamento alla discriminazione (legge 7716).

Analizzando la giurisprudenza, poi, vediamo il caso Elwangger, in cui la pubblicazione d'un libro sul revisionismo ha dato avvio ad un processo per antisemitismo a carico dell'autore: in primo grado assolto, poiché prevalse il rispetto della libertà d'espressione, ma in appello ed in terzo grado condannato, per prevalenza del fattore religioso.

L'articolo segnala come non sia ancora stata fatta una riflessione approfondita su quanto un'offesa od un'ingiuria contro una data religione costituiscano un reato (da sanzionare penalmente) o un pregiudizio (da sanzionare civilmente con un risarcimento del danno); parallelamente, poi, egli rileva come sia ancora da approfondire la delimitazione del reato ex art. 208 c.p., dato che la dottrina concorda nel dire che protegga sì il sentimento religioso, permettendo però al contempo dibattiti e critiche, anche polemiche, nei confronti d'una data religione, dei suoi aspetti teologici, scientifici, giuridici, sociali e filosofici, purché non trascendano in vilipendio od ingiurie, ma non è ancora stato chiarito dove sia il confine fra le due cose, come dimostra il caso dell'ambulanza di São Luís: l'autista dell'ambulanza, mentre stava trasportando in ospedale due persone che indossavano simboli religiosi afrobrasiliani, iniziò una conversazione sulla religione, proclamandosi cristiano-evangelico, difendendo la Bibbia ed il Cristianesimo, e criticando molto pesantemente le religioni d'origine africana, con parte di questi suoi discorsi che sono stati videoregistrati da uno dei due pazienti con il cellulare.

I due presentarono denuncia per vilipendio della loro religione africana e per discriminazione e discorsi d'incitamento all'odio, ma l'autista venne assolto, perché i suoi discorsi non avevano l'obiettivo primario di offendere la religione africana dei due passeggeri, bensì quello di fare propaganda e difendere la religione evangelica, obiettivo lecito.

Ancora, il Supremo Tribunal Federal è stato chiamato a giudicare la denuncia per incitamento all'odio religioso mossa a carico d'un sacerdote cattolico autore d'un libro ove equiparava lo spiritismo a stregonerie diaboliche, e la denuncia parimenti per incitamento all'odio a carico d'un pastore evangelico che equiparava tutte le altre religioni (Islam, Ebraismo, Cattolicesimo) ad invenzioni diaboliche, ed esprimeva – su un blog ed in video - questi concetti molto pesanti con epiteti parimenti estremamente pesanti.

In entrambi i casi venne riconosciuta la libertà di proselitismo come particolare fenotipo congiunto della libertà d'espressione e della libertà religiosa, il che escludeva la sanzionabilità delle parole usate, pur offensive.

Dottrina e giurisprudenza brasiliane, conclude l'articolo, hanno approfondito poco la riflessione sul potenziale conflitto fra libertà d'espressione e libertà religiosa dei discorsi offensivi, sicché è ancora prematuro poter desumere e tracciare un orientamento preciso della giurisprudenza, anche di quella del Supremo Tribunal Federal.

Nel capitolo 6, dedicato al Cile, la Prof.ssa Vergara Ceballos esordisce spiegando come anche la Costituzione cilena tuteli questi due diritti fondamentali all'art. 19, comma 12, articolando poi nel dettaglio l'organizzazione della libertà religiosa nella legge 19638, detta 'legge dei culti', e la libertà d'espressione nella legge 19733.

In assenza di rilevanti casi giurisprudenziali, poi, la riflessione dottrinale parte dal presupposto che sia inevitabile aspettarsi conflitti fra diritti costituzionali, ma, salvo la dignità umana, non vi sono diritti assoluti, nemmeno quelli costituzionali, sicché non si può stabilire a priori una prevalenza del diritto alla libertà d'espressione o di quello alla libertà religiosa, e la conciliazione fra interessi diversi, vieppiù in contesti complessi come le società attuali, richiede un punto d'equilibrio da individuare volta per volta.

Il capitolo 7, scritto dal Prof. Prieto, illustra la situazione in Colombia, partendo dall'art. 19, che riconosce la libertà religiosa, e poi dall'art. 20 della Costituzione, che riconosce il diritto alla libertà d'espressione in generale, e dall'art. 71, che riconosce specificamente la libertà d'espressione artistica; ad essi s'uniscono l'art. 203 del c.p. (delitti contro il sentimento religioso) e la legge 1482/2011 (legge contro le discriminazioni).

Nello specifico, la Corte Suprema Colombiana ha stabilito (sentenza T61/2022) che la libertà d'espressione da un lato protegge anche le espressioni offensive, choccanti, indecenti, scandalose, eccentriche o semplicemente contrarie alle opinioni maggioritarie, e dall'altro, poi, può subire limitazioni solo se previste per legge, e per finalità previste come imperative dalla Convenzione Americana per i diritti umani o dalla Costituzione, come peraltro appunto la libertà religiosa.

Il capitolo 8, dedicato a Cuba, è scritto dal Prof. Lindberg, che parte dalla recente Costituzione del 2019, la quale riconosce la libertà religiosa agli artt. 15 e 57, la libertà d'espressione all'art. 54; è peraltro appena stato approvato, con legge 151/2022 il nuovo Codice penale, ma la particolarità complessiva del quadro normativo cubano, con normative così recenti e con la costante pervasività del Governo, rende necessario un periodo d'attesa e d'asestamento per analizzare gli sviluppi giurisprudenziali.

Il capitolo 9, di cui è autore il Prof. Chávez Hernández, è dedicato al Messico, di cui l'autore lamenta un certo attendismo, fra l'inattività dello Stato in alcuni casi, ed un grande interventismo per ragioni politiche in altri, con un quadro normativo sempre basato sulla Convenzione Americana dei diritti umani, ed almeno finora senza giurisprudenza di rilievo.

L'ultimo capitolo, della Prof.ssa Armand Ugon, parla dell'Uruguay: la libertà d'espressione è protetta dagli artt. 7 e 29 della Costituzione, mentre la *turbatio sacrorum* è prevista dagli artt. 304-306 del codice penale, che protegge non solo gli atti di culto *stricto sensu*, ma anche il sentimento religioso in generale, e tuttavia, dice l'Autrice, in Uruguay pare esservi una preponderanza del diritto alla libertà d'espressione rispetto alla tutela del sentimento religioso, ch'è sì tutelato *qua talis*, ma solo per i casi di offese derivanti da incitamento all'odio, dalla discriminazione, dalla violenza, mentre le offese derivanti da esondazioni della libertà d'espressione, purché compiute senza dolo, non sono oggetto di repressione penale, il che però dipende da ragioni più sociologiche che giuridiche: data la laicità negativa presente e diffusa nella società uruguayana, la libertà religiosa non è molto difesa perché, semplicemente, non è molto riconosciuta.

Il libro nel suo complesso è un vero tesoro ricchissimo d'informazioni, preziose perché rare e difficili a trovarsi, ed offre una panoramica completa ed esaustiva sulla difesa della libertà religiosa e della libertà d'espressione in alcuni fra i Paesi dell'America Latina più importanti dal punto di vista della comparazione e delle relazioni interordinamentali, mettendo in luce la reciproca attenzione che i Paesi della CEDU prestano alle decisioni della Commissione dell'America Latina per i diritti umani e che i

LETTURE

Paesi afferenti a quest'ultima prestano all'elaborazione dottrinale della CEDU, a dimostrazione di come, di fronte a questi grandi temi universali, nessun Paese, nessun ordinamento possa oggi essere una monade senza porte e finestre.

Camerino, giugno 2024

FELICE MERCOGLIANO
*Inter fiscum et privatos ius dicere**

Volume rivolto finalmente da Francesco Arcaria a un tema, qual è quello della giurisdizione fiscale, che è parso poco trattato nella storiografia romanistica più recente, dopo la monografia esemplare sulla *vindicatio caducorum* di Giuseppe Provera¹ e soprattutto gli studi del mio maestro, Tullio Spagnuolo Vigorita², mentre permangono profili e problemi irrisolti di notevole interesse. Come quello preliminare affrontato, infatti, in principio dall’A., circa la natura giuridica del *fiscus*; connesso via via agli organi e istituti concernenti la giurisdizione fiscale (*procuratores imperiales*, pretore fiscale, *advocatus fisci*; *restitutio in integrum*, *compensatio in causa fiscali*), che nel complesso sono rivolti a individuare uno *ius fisci*, sul piano sostanziale, ma soprattutto a indagare e trovare connessioni sul piano processuale; in una linea costante di continuità di ricerche che Arcaria conduce sin dalla sua opera prima in materia di attività giudiziaria in età imperiale³. Difatti, la tesi di fondo ora nel volume sostenuta è che nella giurisdizione fiscale trovassero applicazione strumenti dello *ius honorarium* e della procedura *per formulas*, riconducendo così ad accostamenti sotto il profilo procedurale fenomeni altrimenti non assimilabili.

La primaria questione della qualificazione giuridica del *fiscus*, senza indugio affrontata dall’A. (nei primi due paragrafi: 1. *Il profilo ‘interno’ del fiscus, il rapporto con il princeps e l’impossibilità di qualificarlo giuridicamente*, p. 1-11; e 2. *Il profilo ‘esterno’ dei rapporti tra il fiscus ed i privati*, p. 11-19), viene bipartita nei due aspetti connotati rispettivamente

* A proposito di Francesco Arcaria, *Inter fiscum et privatos ius dicere. Contributo allo studio del diritto fiscale romano e dei suoi rapporti con il diritto pretorio* (Napoli, Satura, 2024) p. x, 202.

¹ G. PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964.

² Sino alla trattazione di sintesi: T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La giurisdizione fiscale tra Augusto e Adriano*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert»*. Copanello 5-8 giugno 1996, a cura di F. Milazzo (1999) 449-484, ora in ID., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, con una nota di lettura di F. Grelle, Napoli, 2013, 303-338.

³ F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Milano, 1992; ultimamente cfr. per un esauriente *status quaestionis*, ID., *La ‘cognitio senatus’*, in *Franca de Marini Avonzo Signora delle fonti. Atti del Convegno in memoria di Franca de Marini Avonzo* (Genova, Aula Magna dell’Università. 9 settembre 2022), a cura di G. Viarengo, Torino, 2023, 111-169.

dalla rilevanza esterna del rapporto con il *princeps* e di quello con i privati. Il profilo 'interno' sarebbe impossibile qualificarlo semplicemente patrimonio privato del principe o cassa pubblica a tutti gli effetti, ma in realtà, secondo Arcaria, sulla scia di Spagnuolo Vigorita⁴, dovrebbe essere inteso nel senso di una sorta di *tertium genus*, comunque, non di diritto 'pubblico', ma facente capo al controllo proprio del *princeps* (p. 7-11), come giusta «riprova, dunque, ove ve ne fosse ancora bisogno, dell'impossibilità di applicare le prospettive giuspubblicistiche moderne al mondo romano, alieno dal rigorismo dogmatico e dalle categorie concettuali tipiche del diritto pubblico odierno» (così, correttamente, conclude sul punto l'A., p. 11).

La questione della natura giuridica del *fiscus Caesaris*, sin dall'Ottocento notoriamente campo di veemente disparità di proposte interpretative e non soltanto in dipendenza di un dualismo nominalistico parzialmente irrilevante sul piano giuridico con l'*aerarium*⁵, ma disvelamento della natura ambigua del principato stesso⁶, sfuggirebbe a una schematica contrapposizione tra diritto pubblico e privato, così come il principato stesso – di cui era espressione in quanto entità con una sua configurazione autonoma, amministrata non certo dal senato (come invece rimase l'*aerarium*), bensì dall'apparato imperiale – resta non catalogabile tra i regimi monarchici, né però rientrerebbe tra le mere varie fasi della repubblica. Le giuste conclusioni sul punto tratte da Arcaria avrebbero potuto però essere ampliate dalla considerazione di una fonte che egli, tuttavia, non reputa necessario nemmeno menzionare⁷, cioè il *Sc. de Cn. Pisone patre* che già per l'anno 20 d.C. attesta esplicitamente si andasse verso l'istituzionalizzazione del *fiscus principis nostri*⁸, come ho cercato di dimostrare anni fa in una monografia⁹ peraltro in

⁴ Si v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La giurisdizione fiscale*, cit. 449-461, ora in ID., *Imperium mixtum*, cit., 303-315 (in antitetica visuale interpretativa nei confronti della ricostruzione estremamente patrimoniale e privatistica di M. ALPERS, *Das nachrepublikanische Finanzsystem. Fiscus und Fiscii in der frühen Kaiserzeit*, Berlin-New York, 1995).

⁵ Si v. il saggio ancora prezioso, che attenua di molto la disparità 'costituzionale' di A. GARZETTI, *Aerarium e fiscus sotto Augusto: storia di una questione in parte di nomi*, in *Ath.*, 31, 1953, 298-327, ora in ID., *Scritti di storia repubblicana e augustea*, Roma, 1996, 207-232 con allegato quadro schematico di entrate e uscite del bilancio augusteo.

⁶ Cfr. sullo *status quaestionis* recentemente, per tutti, S. GALEOTTI, *Il 'fiscus Caesaris' nella dottrina romanistica del XIX e XX secolo*, in *TSDP.*, 10, 2017, 3-24, e M. MORELLI, *L'efficacia nel tempo delle norme tributarie romane*, in *TSDP.*, 12, 2019, 53-71.

⁷ Al contrario, v. la discussione minuziosa condotta sul punto da S. GALEOTTI, *Ex fisco principis nostri: l'amministrazione finanziaria del principato da Augusto a Tiberio (note sul Sc. de Cn. Pisone patre)*, in *TSDP.*, 10, 2017, 29-38.

⁸ Lin. 54 s.: *sed etiam suo / nomine ex fisco principis nostri dando*, nell'ambito della motivazione della sentenza di condanna di Pisone padre, come prova dell'imputazione del *crimen maiestatis* nella qualità di legato imperiale nella provincia di Siria.

dettaglio recensitami da Arcaria stesso¹⁰. Ma l'interesse storiografico dell'A. si concentra su un altro problema, di carattere processuale, ed è ben motivato il non dilungarsi su una disputa intorno a una dicotomia tra cassa 'repubblicana' senatoria e tesoreria centrale imperiale, che in certe declinazioni dottrinarie troppo rigide appare nominalistica, laddove la romanistica si è posta ormai in merito nuove domande, specialmente nel novero di studiosi stranieri degli ultimi decenni¹¹. L'A. si indirizza verso una prospettiva interpretativa moderna del rapporto, pur in una progressiva azione di esautoramento operato nel corso della 'dinastia' giulio-claudia dalla tesoreria imperiale ai danni della cassa senatoria, concorrenziale tra le due casse (p. 3), e mi appare un inquadramento plausibile ed equilibrato, in linea con le fonti che – come affermava, infatti, Ulpiano – definivano le *res fiscales quasi propriae et privatae principis* (D. 43.8.2.4, su cui p. 6-10 per giungere all'ulteriore configurazione di *patrimonium principis* e di *res privata principis*).

A questo punto, l'A. intende intraprendere la disamina dei rapporti con i privati come vero primo passo, di carattere concettuale, per la definizione della posizione giudiziaria soggettiva del *fiscus*, alla luce degli organi di volta in volta titolari della giurisdizione fiscale nell'esperienza giuridica romana (argomento del par. 3. *Gli organi giurisdicenti preposti alla decisione delle cause fiscali*, p. 19-21). Ciò significa dover necessariamente fare i conti e pervenire a risultati scientifici in merito al significato dello *ius fisci* nei riguardi degli altri soggetti dell'ordinamento giuridico romano e così circoscriverne possibili pretese e particolarità nell'età classica, presa specificamente in esame da Arcaria, con una diversità di prospettive rispetto ai tentativi di Puliatti¹². In particolare, Arcaria vira verso una robusta analisi del pretore fiscale, istituito da Nerva, con esegesi convincenti (svolte nel par. 4. *D. 1.2.2.32, D. 40.15.4 e 40.15.1 pr.-2: il pretore*

⁹ F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»*, Napoli, 2009, 127-135.

¹⁰ In *Iura*, 59, 2011, 353-378.

¹¹ Emblematica appare, p. es., la trattazione fino all'epoca tardoantica dei responsabili delle casse originate da *aerarium* e *fiscus* rispettivamente, di R. DELMAIRE, *Largesses sacrées et res privata. L'aerarium impérial et son administration du IV^e au VI^e siècle*, Rome, 1989, specificamente sulla terminologia delle casse finanziarie, 3-15; un'altra innovativa e accurata ricerca esemplare, che ribalta il punto d'osservazione dalle casse di accumulo delle entrate verso le imposte e le loro basi economico-monetarie è quella di R. WOLTERS, *Nummi Signati. Untersuchungen zur römischen Münzprägung und Geldwirtschaft*, München, 1995, *praecipue* 174-265.

¹² S. PULIATTI, *Il «de iure fisci» di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992, su cui cfr. una mia 'lettura' dell'epoca: F. MERCOGLIANO, *Per un «diritto tributario» in età severiana?*, in *Labeo*, 40, 1994, 383-392; nonché, V. MAROTTA, *I giuristi romani come «intellettuali»: la cultura di Callistrato*, in *Ostraka*, 1, 1992, 287-293, da una prospettiva calata nel pensiero giuridico e non rivolto alla materia fiscale, pur sempre sentita dai contribuenti; infine, ora v. S. PULIATTI, *Callistratus. Opera*, Roma-Bristol, 2020, 155-178 con introduzione e *fragmenta* e 299-400 con il commento ai testi del *De iure fisci et populi libri IV*.

fiscale e la sua competenza, p. 20-43). Ancor più miratamente, Arcaria s'occupa, poi, del tipo di processo che si svolgeva innanzi al tribunale del *praetor fiscalis* (nel par. 5. *Plin. paneg. 36: svolgimento e natura del processo nel 'tribunal' del pretore fiscale*, p. 44-65). Sul *praetor fiscalis* è come se l'A. avesse incastonato un saggio monografico a sé stante all'interno del suo libro, seppure ipotesi e dubbi, peraltro inevitabili allo stato delle ricerche romanistiche attuali, non manchino. Ora, l'A. passa per lo più a considerare altre vicende, più specificamente procedurali, come quelle concernenti l'*advocatus fisci*, la *restitutio in integrum* e i *recuperatores*. Si sarebbe trattato comunque, secondo l'A., di una *iurisdictio propria* del *praetor fiscalis* e non di una *iurisdictio mandata*, seppure limitata per materia alle *causae liberales* intercorrenti tra il fisco ed i privati e territorialmente circoscritta alla sola capitale, concorrente con la giurisdizione dei *procuratores* in base alla scelta della parte interessata, nelle forme del processo formulare, ma con la nomina per la pronuncia della *sententia* di un collegio di *recuperatores*, anziché dello *iudex unus* (p. 20-65). La dimostrazione dall'A. risulta plausibilmente fondata su una visione generale della politica finanziaria e fiscale di Nerva episodica e accorta, nonché sui brani, rispettivamente di Pomponio, Callistrato e Marciano, in D. 1.2.2.32; 40.15.4; 40.15.1 pr.-2; *Plin. paneg. 36* – ove il celeberrimo passo *eodem foro utuntur principatus et libertas* (su cui cfr. p. 57-61¹³) – e risulta altresì svolta riprendendo suoi spunti di ricerca risalenti oramai a circa un quarto di secolo fa¹⁴. L'opinione appare pressoché originale, divergendo alla fine pure da quella di Tullio Spagnuolo Vigorita, che propendeva per una competenza relativa ai processi delatori (p. 54-56¹⁵).

Scrupolosa attenzione viene rivolta a un'epigrafe andalusa¹⁶ concernente la città di Italica (esaminata nel par. 6. *Un'epigrafe spagnola controversa*, p. 65-88) sia pure per ribadire come si possa «escludere l'iscrizione ora esaminata dal novero delle fonti utilizzabili al fine di indagare, ricostruire e delineare l'*officium* del pretore fiscale» (p. 88), poiché l'epigrafe sembra riferirsi, invece, all'istituto dell'*operis novi nuntiatio*, anziché a *nuntiationes* fiscali

¹³ Con rilevi suggestivi di carattere archeologico-topografico relativi all'*Atrium libertatis*, ivi, 59-60.

¹⁴ F. ARCARIA, *A proposito del pretore fiscale*, in *Labeo*, 46, 2000, 10-39.

¹⁵ V. p. 54 nt. 141 per precise indicazioni bibliografiche delle affermazioni sulla competenza del pretore fiscale ristretta soltanto ai processi delatori, a partire da T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984, rist. 1993, 204-205, che ricorda anche la lode rivolta, nello stesso senso, a Nerva stesso per aver ricongiunto *res olim dissociabiles ... principatum ac libertatem* (Tac. agr. 3.1) secondo la linea nel medesimo passo esposta con la definizione della *felicitas temporum* e che *tardiora sunt remedia quam mala*, su cui da ultimo cfr. J. PETERSEN, *Recht bei Tacitus*, Berlin-Boston, 2019, 85-88.

¹⁶ In *Ephemeris Epigraphica* II (1865) [= Bruns I .83 = CIL. Suppl. II. 5368].

secondo la lettura mommseniana (p. 69-78¹⁷). Il giusto valore andrebbe restituito, invece, a quanto dice un brano callistrateo, che intreccia il ruolo giudiziale dell'*advocatus fisci* con lo strumento ausiliario pretorio della *restitutio in integrum* (oggetto del par. 7. D. 49.14.3.9: *le causae liberales intercurrenti tra il fiscus ed i privati, l'advocatus fisci, la restitutio in integrum ed il iudicium dari*, p. 88-95), per trarre, di seguito a una analisi testuale complessa e piuttosto difficile, una personale conclusione, che si discosta da altre precedenti opinioni sul ruolo dell'*advocatus fisci* inteso quale difensore degli interessi del *fiscus* e non come rappresentante processuale del *fiscus*, fra le altre, qual era quella di Tullio Spagnuolo Vigorita¹⁸. L'A. valorizza, invece, la considerazione della Lambrini¹⁹, in D. 49.14.3.9, circa l'espressione '*iudicium dari*' come «sicuro indizio della presenza di un processo formulare». Interpretazione questa della Lambrini che l'A. acquisisce come maggiormente funzionale al più ampio itinerario argomentativo, nel senso che «proprio nella misura in cui concerne un processo di libertà tra il fisco ed un privato, il testo di Callistrato costituisce così una ulteriore riprova dell'ipotesi, avanzata sulla scorta dei già esaminati D. 1.2.2.32, 40.15.4 e 40.15.1 pr.-2 e Plin. *paneg.* 36, secondo la quale la competenza del pretore fiscale sarebbe stata limitata alle sole *causae liberales* intercurrenti tra il *fiscus* ed i privati» (p. 95). In verità, trarre deduzioni univoche davvero appare arduo, se si pensa che dall'esame congiunto del passo callistrateo in D. 49.14.3.9 e del frammento ulpiano in D. 49.14.7 - subito dopo, come si vede, analizzato dall'A. - la Lambrini che l'A. ha menzionata a sostegno della sua ipotesi, propendeva per una competenza riservata al pretore fiscale per processi delatori, nei quali difatti l'*advocatus fisci* fungesse da ausilio 'tecnico'²⁰, ovvero sia una sorta di consulente legale degli affari del *fiscus*. Quindi, ritorna più ampiamente all'ipotesi dei processi delatori e non formulari.

L'A., dunque, procede poi, peraltro con cautela, alla rassegna del problema, che resta per lo più non ancora pienamente risolto, circa l'obbligatoria presenza disposta da Marco Aurelio dell'*advocatus fisci* nelle controversie tra *fiscus* e privati in materia di *status libertatis*, nonché alla possibilità che ne scaturisse una *restitutio in integrum* cognitoria (nel

¹⁷ L'A. pare propendere invece per l'interpretazione del curatore, Berlanga, dell'*editio princeps* (Malaga 1873), riedita più di recente da González Fernández, cit. a p. 66 nt. 176.

¹⁸ T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Praesente fisci patrono*», in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, III, Napoli, 1985, 1119-1130, ora in ID., *Imperium mixtum*, cit., 39-50, opinione ribadita riassuntivamente in ID., «*Imperium mixtum*». Ulpiano, *Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index*, 18 (1990) 130-131 nt. 4, ora in ID., *Imperium mixtum*, cit., 154-155 nt. 4.

¹⁹ P. LAMBRINI, *In tema di advocatus fisci*, in *SDHI.*, 59, 1993, 325-336, maxime 328.

²⁰ P. LAMBRINI, *In tema di advocatus fisci*, cit. 327-330 e 335-336, discostandosi anche dal suo maestro, A. BURDESE, *Sull'origine dell'advocatus fisci*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 81-102.

par. 8. D. 49.14.7: *la restitutio in integrum cognitorea nei processi di libertà tra il fiscus ed i privati*, p. 96-103). L'A. con lealtà scientifica significativamente conclude più in generale, in merito alla carenza di fonti che non permettono ulteriori conclusioni: «dall'esame delle fonti a nostra disposizione si è potuto quindi constatare che la riforma di Nerva non fu certamente eversiva del preesistente stato della giurisdizione fiscale romana: limitata com'era ai soli processi di libertà ed al solo territorio di Roma, il pretore fiscale ebbe infatti una competenza per materia e per territorio assai circoscritta e, per di più, concorrente con quella dei *procuratores*. Al contrario, particolare rilievo deve essere attribuito alla circostanza che il processo che si svolgeva davanti al tribunale di questo pretore speciale fosse quello formulare e che il giudizio fosse rimesso ai *recuperatores* ... Peraltro, stante la indubbia scarsità delle informazioni presenti nelle fonti esaminate, nulla di sicuro può dirsi circa altri rilevanti aspetti che avrebbero permesso di potere meglio configurare e lumeggiare il tribunale del pretore fiscale ed il suo funzionamento ... Così ignote sono le cause che portarono, in età postadrianea, alla sua scomparsa ed al probabile trasferimento delle sue funzioni ai *praefecti aerarii Saturni*» (p. 96-98).

La trattazione nel libro riprende poi un taglio più assertivo, sulla base di un'esegesi attenta di un passo di Marcello in cui si menziona una 'famosa' sentenza²¹ del 166 d.C., resa ancora dall'imperatore Marco Aurelio e in presenza dell'*advocatus fisci* (esaminata nel par. 9. D. 28.4.3: *un famoso decretum di Marco Aurelio tra ius civile, ius novum e ius fisci*, p. 103-122), che inaspettatamente favorisce i privati in materia testamentaria per un caso di cancellazione soltanto del nome degli eredi, ma non dei legatari che potevano così non vedersi invalidate pure le disposizioni a loro favore, con una *humanior interpretatio* contenuta nel *decretum* dell'imperatore 'filosofo', fondata su considerazioni ispirate all'*aequitas*, rispetto alle pretese avanzate dal *fiscus*, già in sede giudiziaria di prima istanza (p. 108 e nt. 275). Nell'importante frammento di Marcello si ritrova la sequenza delle fasi della lite (grazie probabilmente al processo verbale da attribuirsi all'attività di Marcello stesso, componente del *consilium* di Marco Aurelio, p. 109 nt. 279) a partire dalla questione portata al tribunale imperiale, nonché dalla menzione delle parti con i loro avvocati e dell'*advocatus fisci*, poi v'è la discussione avvenuta e, infine, l'emanazione della decisione imperiale, fasi tutte ben esaminate dall'A. (p. 109-122). Tutto ciò culmina in un riadattamento del rigoroso principio dello *ius civile* secondo cui ' *Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet*' (p. 110-120), dato che può essere considerata

²¹ La vasta bibliografia cit. dall'A. intorno a D. 28.4.3, su cui poi basa un'articolata discussione, prende per metà o quasi le p. 104-105.

valida la parte del testamento contenente legati e manomissioni anche se il testore abbia cancellato i nomi degli eredi istituiti, ma esclusivamente di questi ultimi e non abbia cancellato invece i nomi dei legatari e degli schiavi liberati. L'A. spiega in maniera chiara ed efficace le ragioni del convincimento maturato come fondamento della *benignior* sentenza di Marco Aurelio, con una logica lineare riguardo lo *ius novum* che si riscontra nella rilevante decisione imperiale (e su cui l'A. pare imperniare uno squarcio significativo del suo lavoro monografico, su cui vale la pena anche in sede di questa recensione soffermarsi un attimo ancora, p. 117): «ora, per risolvere il dubbio e risolvere la disputa sulla sorte dei legati Marco Aurelio imposta la questione sul rispetto dell'effettiva volontà del test[at]²²ore, il quale, secondo l'imperatore, mediante la cancellazione dei nomi degli eredi, avrebbe inteso annullare l'intero testamento: '*Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit*'. Ma l'avvocato dei legatari obietta sottilmente che occorre scendere più a fondo nella ricerca di questa reale volontà, dal momento che il testatore ha cancellato 'soltanto' ('*tantum*') i nomi degli eredi ('*Nomina heredum tantum induxit*'), lasciando così intendere di voler mantenere intatte le disposizioni relative ai legati, sicché bisogna concludere che solo gli eredi devono essere respinti e, al contrario, i legatari devono conservare le loro pretese ...»; perciò (p. 118-119): «l'affermazione dell'*advocatus fisci* che un testamento privo dell'*institutio heredis* non possa essere valido appare agli occhi dell'interprete come l'espressione di una precisa tattica difensiva fondata su una 'argomentazione sofisticata', che viene confutata facilmente ancora dall'avvocato dei legatari ..., il che equivale a 'criticare il contraddittorio orientamento precedentemente espresso da Marco Aurelio: se dai peso alla volontà negativa del testatore manifestata attraverso la *inductio heredum*, devi dar peso anche alla volontà positiva, diciamo conservativa, del testatore, manifestata attraverso la non cancellatura dei legati²³». L'esito testimonia che dal diritto fiscale scaturiva una sorta di laboratorio straordinario di diritto processuale con effetti ovviamente sul piano pure del diritto sostanziale, dato che, come conclude su questo punto estremamente avvincente l'A. (p. 121-122): «Marco Aurelio detta dunque la soluzione normativa e rimette il giudizio ai giudici fiscali per l'accertamento dei fatti specifici in discussione nei quali è coinvolto il *fiscus*, in primo luogo quello relativo alle cancellazioni operate dal testatore ...

²² Uno dei rarissimi errori di stampa (un'inezia a p. 168 ult. rig. e un'altra a p. 178 riga 13), che nell'attenta stesura del libro mi sia capitato di trovare.

²³ Convincente cit. di C. SANFILIPPO, *Potere del 'princeps' e diritto testamentario*, in *Diritto e potere nella storia europea. Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. Atti in onore di Bruno Paradisi*, I, Firenze, 1982, 101.

ed il compito di intentare questo successivo giudizio – di competenza dei *praefecti aerarii* – è affidato da Marco Aurelio, come si evince appunto dalla frase da lui pronunciata, agli *advocati fiscali*²⁴.

L'A. osserva puntualmente, passando all'intreccio stavolta dello *ius fiscale* non con lo *ius novum* e lo *ius civile* bensì con lo *ius honorarium* all'interno di quel 'sistema' romano di singoli strati normativi tra di loro utilmente diversificati e non in sterile contraddizione, «che, all'interno del *ius fiscali*, trovavano non di rado applicazione norme di diritto pretorio, sicché può legittimamente pensarsi che il diritto applicato dal pretore fiscale fosse appunto il *ius honorarium*» (p. 122-123). Dunque, deduce ragionevolmente da tre testimonianze in materia (passate in rassegna nel par. 10. D. 20.4.8 e 47.9.3.8 e C. 2.36.1: *ius honorarium e ius fiscali*, p. 122-130), l'applicazione dello *ius honorarium* in materia di *ius fiscali*, in particolare dal frammento ulpiano in D. 47.9.3.8, che proviene dal cinquantaseiesimo dei suoi libri *ad edictum*. In quest'ultimo passo, nella sua seconda parte, il giurista originario di Tiro ricorda un senatoconsulto emblematico, che (p. 126) «stabilì che coloro i quali avessero sottratto qualche cosa in un naufragio, od avessero 'dolo malo' ricavato da esso un lucro, dovessero al fisco la medesima somma alla quale sarebbero stati condannati in forza dell'editto del pretore: siamo quindi in presenza di un significativo esempio di applicazione di norme di *ius honorarium* nella materia del *ius fiscali*». Poi, dai brani di Tac. *ann.* 13.51.1 e 13.50, per giudizi nati da casi di esazione delle imposte da parte dei pubblicani, l'A. ricava un correlato rilievo, concludendo in

²⁴ Sicché «non si può negare che quest'invito a rivolgersi ai giudici competenti per la questione concreta appaia indicativo di un potere di legittimazione all'esercizio dell'azione» continua la persuasiva cit. di P. LAMBRINI, *In tema di 'advocatus fiscali'*, cit., 335, rintracciando acutamente la problematica storica del divieto costantiniano della delazione fiscale in materia (oggetto dello studio, che mi piace ricordare per l'ennesima volta, di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda pernicies*, cit., 3-87, sul riferimento agli *advocati fiscali* per l'iniziativa nei processi fiscali già precedentemente al divieto del meccanismo perverso della delazione fiscale affidata a privati stimolati da premi tratti dal patrimonio dell'accusato, 71-73); l'opinione della Lambrini è richiamata dall'A., p. 122 nt. 311: «secondo la quale, inteso in tale maniera, D. 28.4.3 testimonia che già all'epoca di Marco Aurelio fosse talora attribuita all'*advocatus fiscali* la legittimazione ad agire autonomamente, anche senza l'iniziativa di un *delator*, potendo così ravvisarsi in tale frammento il precedente logico e naturale della riforma operata più tardi da Costantino, che affidò l'iniziativa del processo fiscale unicamente all'*advocatus fiscali*, in conseguenza del divieto di *delatio*». Dopo il divieto, assumevano in sostituzione l'iniziativa di instaurare un processo fiscale dinanzi alla *cognitio* del tribunale speciale del *praefectus praetorio* i *petitores* fiscali che a loro volta vennero aboliti nel 444 da Teodosio II, sui quali mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, *Die petitores in der Fiskalgesetzgebung. Ein Überblick*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 111, 1994, 449-457; cfr., poi, ID., *La petitio fiscale nell'organizzazione finanziaria da Costantino a Teodosio II*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XII Convegno internazionale*, Napoli, 1998, 385-393.

argomento (p. 129-130): «poiché nei giudizi *de publicanis* era sicura la prassi di nominare *recuperatores*, i *recuperatores*, stante proprio la loro funzione genericamente ‘recuperatoria’, potevano benissimo essere nominati dal *praetor*, giudicante *extra ordinem* nelle controversie erariali, al fine appunto di accertare e quantificare le indebite esazioni dei pubblicani».

L’A. dichiara tuttavia che le fonti sono poi mute circa l’organo competente a decidere gli appelli proposti avverso le sentenze dei *recuperatores* nominati dal pretore fiscale, al termine di sempre ben articolate esegesi (svolte nel par. 11. *Svet. Nero 17 e C. 4.31.1: i recuperatores fiscali, l’appello al senato e la ‘compensatio in causa fiscali’*, p. 130-150); in fin dei conti, l’A. propende per il senato, sulla scorta soprattutto di *Svet. Nero 17* (spec. p. 130-138), passo dall’A. preso in esame nella sua opera prima a proposito del pieno e completo affermarsi della competenza senatoria, delegata da Nerone, come giudice d’appello in via esclusiva per tutti i giudizi d’appello in materia erariale²⁵.

L’idea di fondo che i processi fiscali avessero avuto origine e si fossero mantenuti saldamente dentro la procedura formulare viene svolta in dettaglio, altresì, pure quando l’A. perviene all’argomento specifico delle transazioni alimentari: non intende tuttavia rivolgersi ora a un risvolto di casistica spicciola nell’ambito del contenzioso con il *fiscus*, bensì ricercare ulteriori argomenti a sostegno della sua tesi. Le transazioni alimentari vengono esaminate alla luce di due paragrafi di un lunghissimo frammento ulpiano, tratto dal quinto libro del *De omnibus tribunalibus* e inserito come parte preponderante nel tit. 2.15 dei *Digesta* denominato *De transactionibus*²⁶ (analizzati nel par. 12. *D. 2.15.8.18-19: la iurisdictio del pretore come paradigma della giurisdizione dei procuratores Caesaris e dei praefecti*

²⁵ Su *Svet. Nero 17* v. F. ARCARIA, *Senatus censuit*, cit., 84-94; poi, sui frammenti di Mauriciano (Iun. Maur. 3 *ad legem Iuliam et Papiam* D. 49.14.15 pr. e 3-5), attestanti che il senato fosse giudice d’appello avverso le sentenze dei giudici erariali, cfr. *ibid.*, 170-178; e su *CI. 4.31.1*, cfr. *ibid.*, 180-183, che l’A. riesamina (p. 139-148) per mostrare che dal rescritto di Caracalla emerge il principio innovativo e ‘liberale’ che la compensazione, per evitare probabilmente eccezioni dilatorie o che generassero confusione contabile e gestionale tra varie *stationes* (nel senso che giustamente precisa l’A., p.140 nt. 349, di «uffici territoriali diversi appartenenti alla stessa amministrazione finanziaria»), non potesse «essere eccepita dal debitore al fisco laddove egli vantasse un credito verso una *statio* diversa da quella di cui era debitore ... sicché la compensazione poteva farsi valere solamente presso la *statio* che era al contempo debitrice e creditrice del privato» (p. 140-142).

²⁶ Cfr. P. PASQUINO, *Sed voluntariam. Ricerche in tema di iurisdictio*, Napoli, 2020, 247-249: «In particolare, nell’incipit del *principium* il giurista di Tiro riferisce la ragione per la quale Marco Aurelio ritenne di stabilire, mediante un’*oratio in senatu recitata*, che la *transactio alimentorum* potesse considerarsi ‘*rata*’ soltanto se avesse ricevuto l’avallo del pretore ... Si trattava, cioè, di proteggere quegli alimentandi che, allettati dalla prospettiva di ricevere subito una somma di danaro, potevano facilmente addivenire a transazioni con cui rinunciavano alle rate alimentari ancora da scadere, per giunta per un prezzo non sempre adeguato; laddove l’onerato, con un pagamento *una tantum*, si sarebbe liberato dall’obbligo di prestazioni periodiche, magari di lunga durata»; nello stesso senso l’A. a p. 159.

aerarii sulle transazioni alimentari fiscali, p. 150-167), che dimostrerebbero l'imprescindibilità, al tempo ancora di Caracalla, del pretore urbano, nonché della sua *causae cognitio* (p. 151-152). L'A. stesso rimanda in argomento a dimostrazioni già svolte in suoi studi appena precedenti²⁷ e sottolinea ancora come «Ulpiano, in D. 2.15.8, si riferisse alla *iurisdictio* del *praetor urbanus* come paradigma delle funzioni di altri magistrati e funzionari, quali, appunto, il *praeses provinciae*, il *procurator Caesaris* ed i *praefecti aerarii*, presso i quali potevano pure essere concluse transazioni alimentari» (p. 154-155). Insomma, sotto un altro profilo, per dir così di 'macrostoria', si staglia all'orizzonte una temperie, comunque sul piano politico-costituzionale oramai non più quella della *res publica*, ma intrisa ancora della dialettica, anche con riflessi in sede processuale, tra la burocrazia equestre saldamente ancorata al nuovo credo ideologico e operativo dell'imperatore di turno, da un lato, e i magistrati giurisdicenti di stampo repubblicano, dall'altro. Nota l'A. (p. 166), infatti, come «la concorrenza tra funzionari imperiali di rango equestre e magistrati o funzionari senatorii di stampo latamente 'repubblicano' fosse un tratto caratteristico della giurisdizione fiscale nel Principato». Tutta la storia della giurisdizione fiscale, in realtà, è dipesa dal clima politico imperiale²⁸ e ancora una volta concordo con l'A. su un punto che induce a ricordare conclusioni dal mio maestro maturate sino a quasi un quarto di secolo fa, dopo una vita dedicata a indagare tematiche connesse alle ripercussioni in campo fiscale della dialettica di età imperiale tra burocrazia equestre e aristocrazia senatoria²⁹.

²⁷ Si v. cit. a p. 152 nt. 369: F. ARCARIA, *D. 2.15.8: le transazioni alimentari, l'oratio Marci e la causae cognitio del praetor urbanus*, in *Legal Roots*, 10, 2021, 61-126, e ID., *Praetor vel praeses. I libri de omnibus tribunalibus di Ulpiano*, Napoli, 2022, 176-234.

²⁸ Peraltro, una sorta, per così dire, di 'zona grigia' sul piano concettuale tra amministrazione e giurisdizione in materia tributaria sussisteva necessariamente e dava adito a scelte di politica del diritto imperiale dei principi stessi, sin dalla dinastia dei Giulio-Claudi; l'antagonismo tra funzionari imperiali appartenenti alla burocrazia equestre e magistrati di formazione e rango senatorio non poteva d'altronde che evocare in una comunità qual era quella romana, pure al momento del contenzioso con il *fiscus*, di contro alla 'misteriosa' *cognitio extra ordinem*, il processo *per formulas* come emblematico della *libera res publica*, in cui infiniti adattamenti formulari avevano garantito tutela giudiziaria alle esigenze emergenti (per il caso esemplare della *fictio iuris*, mi sia permesso rinviare a F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli, 2001). Insomma, il *fiscus Caesaris* s'era affiancato all'*aerarium populi romani* come riflesso del fenomeno consistente nell'epocale passaggio dalla repubblica al principato e della cesura sotto l'aspetto costituzionale, come nessuno ignora; ma non così avvenne per l'aspetto processuale; fu difatti unitario il periodo «sotto il profilo socio-economico e dell'ordinamento privatistico – che va dall'inizio del III sec. a.C. alla fine del III d.C.» (così la giusta sottolineatura 'monoperiodizzante' di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 11).

²⁹ La chiusa di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *La giurisdizione fiscale* (1999), cit. 484, ora in ID., *Imperium mixtum*, cit., 338, va qui ricordata espressamente, per la singolare attinenza con il volume che qui sto recensendo: «Per buona parte del principato, tratto caratteristico della giurisdizione fiscale sembra essere la

Allo scopo di dimostrare quanto, almeno sino a Severo Alessandro, la giurisdizione di matrice repubblicana fosse pervasiva nelle controversie private, anche fiscali (p. 167), l'A. passa dunque all'analisi di una costituzione imperiale (trattata nel par. 13. C. 2.36.2: *la giurisdizione congiunta del praeses provinciae e del procurator fisci nella concessione della restitutio in integrum adversus fiscum*, p. 167-177), che, nell'anno 226, individua quale fosse l'autorità competente a concedere la *restitutio in integrum*, dunque «un tipico strumento pretorio»³⁰, dunque, sia contro i privati che avverso il fisco. Il rescritto in CI. 2.36.2 indirizzato ad Antioco e ai suoi fratelli³¹, prevede appunto una giurisdizione congiunta del governatore provinciale e del procuratore (della quale sussistono precedenti sin da Traiano, cfr. D. 50.138.1 in materia di immunità a coloni di fondi fiscali, su cui v. la mirata discussione dell'A. a p. 169-172). Il rescritto stesso «stabilisce che tale rimedio, se invocato contro i privati, doveva essere concesso dal *praeses provinciae*, e se invece contro il *fiscus*, dal *procurator* insieme al governatore, alla presenza dell'*advocatus fisci*» (p. 168) e «proprio laddove ci rende noto che anche i *procuratores fisci* potessero concedere *restitutiones in integrum*, sembra allora avvalorare le conclusioni alle quali si è giunti alla fine del paragrafo precedente, cioè che le attribuzioni giudiziarie dei *procuratores Caesaris* si modellassero su quelle pretorie» (p.175-176), dunque con la riconduzione alla categoria degli *atti magis imperii quam iurisdictionis*³².

Un frammento di Callistrato sulla vendita, a norma di editto perpetuo e di contro all'opinione della pertinenza al fisco di Labeone, di beni non profittevoli per il fisco stesso, al fine di evitare a quest'ultimo eredità passive (esaminato nel par. 14. D. 49.14.1.:

concorrenza tra procuratori imperiali di rango equestre (o anche liberti) e magistrati (o quasi) senatorii di tipo più o meno vagamente repubblicano. Per questi, tuttavia, la possibilità di un effettivo esercizio di tali poteri dipese soprattutto dal clima politico: e non secondo un percorso rettilineo...».

³⁰ Lo pone giustamente in risalto l'A., p. 173: «Ma quel che qui più ci interessa è il fatto che il *procurator*, seppure di concerto, con il *praeses provinciae*, fosse competente a concedere un tipico strumento pretorio, quale appunto la *restitutio in integrum*».

³¹ Oggetto di un'esegesi di rara efficacia nella cornice di un inquadramento della *restitutio in integrum* all'interno della categoria degli *atti magis imperii quam iurisdictionis*, ad opera di T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Imperium mixtum*». Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria, cit., 113-166, ora in ID., *Imperium mixtum*, cit., 137-190; ritornato sull'argomento che già aveva affrontato in ID., «*Praesente fisci patrono*», cit., 1128-1130, *contra* l'esclusione ipotizzata all'inverso dal compianto P. CERAMI, *In integrum restitutio adversus fiscum*, in AUPA. 39, 1987, 23.

³² In linea con la proposta interpretativa di T. Spagnuolo Vigorita, ma con l'ulteriore osservazione finalistica e di economia procedurale che quello: «della *restitutio in integrum* è uno dei campi in cui è più facile osservare la portata del diritto pretorio, veicolato da quello imperiale, nell'ambito della giurisdizione fiscale, all'interno della quale, più di altri possibili rimedi pretori, la *restitutio in integrum* cognitoria si appalesava come un provvedimento più agile e più vantaggioso sotto vari aspetti per i richiedenti» (p. 176-177).

l'edictum perpetuum, il ius fisci e la giurisdizione fiscale, p. 177-184) conclude coerentemente l'analisi complessiva, svolta per avvalorare le conclusioni finali che emergevano, difatti, dall'esegesi della costituzione imperiale del 226 di Severo Alessandro, in CI. 2.36.2, nel senso di riannodare un filo conduttore generale. Filo conduttore da ravvisare nel tentativo compiuto dai vari principi da Augusto in poi «di ricondurre nell'ambito del *ius fisci* non solo nuovi organi, come i *procuratores*, ma anche, e soprattutto, il pretore fiscale, la *iurisdictio* del quale si rifaceva apertamente a quella del pretore dell'*ordo*, con cui condivideva il fatto di non essere, a differenza dei *procuratores fisci*, formalmente legato al *princeps* da un vincolo gerarchico e, ancora, la circostanza di essere, per ceti di provenienza, mentalità e formazione culturale, più portato ad adottare nel suo tribunale una prassi più libera e, probabilmente, anche difforme dall'indirizzo politico-fiscale imperiale» (p. 178). Perciò, quella sorta di 'codice aperto'³³, qual era l'editto, costituì l'indubbia fonte di riferimento per le parti e per gli organi giudicanti, dato che «nonostante il dilagare della *cognitio extra ordinem* anche in campo fiscale avesse naturalmente fatto passare in secondo piano le forme degli istituti pretori, questi ultimi non videro tuttavia diminuito il loro valore materiale» (p. 183).

Chiudono il volume due utili indici: degli Autori (p. 185-195) e delle fonti (p. 197-202), che fanno apprezzare definitivamente l'ingente ricchezza bibliografica e documentale messa a frutto dall'A. su un tema impegnativo e trattato con un taglio talvolta innovativo, che si ritrova principalmente nell'aver interconnesso diritto onorario e diritto fiscale romano in generale, ma pure, in particolare, nelle osservazioni sulla specifica competenza giurisdizionale in materia di *causae liberales* del pretore fiscale istituito da Nerva.

In generale, l'A. pone ragionevolmente in risalto l'aspetto decisivo della parità tra le parti in causa, che veniva espressa dalla forma e dalle modalità della giurisdizione propria della procedura formulare (di carattere bilaterale e imparziale), caratterizzate in maniera più equilibrata che nei tribunali dei procuratori imperiali (di tipo unilaterale e inquisitorio)³⁴. L'idea di fondo dell'A., che i processi fiscali avessero trovato la loro origine e si fossero mantenuti saldamente dentro la procedura formulare, mi pare in particolare persuasiva e, per quel che può valere, anche la mia opinione va in tal senso,

³³ L'espressione suggestiva risale a F. SERRAO, *Dalle XII tavole all'editto del pretore*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Covegno Pavia 26-27 aprile 1985*, a cura di M. Sargenti e G. Luraschi, Padova, 1987, 73.

³⁴ Così, espressamente l'A., p. 62.

soprattutto alla luce di una riflessione che ho maturato da tempo³⁵, a proposito della sostanziale e caratterizzante persistenza di Roma come comunità cittadina, almeno fino all'età tardoimperiale³⁶. Una comunità di cittadini, dunque, che assimila gli stranieri sul piano giuridico e anche processuale, senza snaturare la sostanza dello *ius civile* ma ampliandolo accortamente grazie allo *ius honorarium* e allo *ius gentium*. Una città, insomma, qual era Roma, sin dalle sue origini³⁷ appunto aperta, fluida e dinamica sul piano giuridico, pur quando fu articolata in un impero³⁸, fino alla tarda repubblica; essa, pertanto, si rifaceva in maniera collaudata e funzionale all'organizzazione cittadina in cui il processo per i *cives* aveva mutuato da quello per i *peregrini* (in altri termini, dalla *iurisdictio peregrina* esercitata nel tribunale ancora unico del pretore urbano³⁹) le forme procedurali, anche nell'adozione delle modalità del processo per la giurisdizione fiscale. Infatti, strutturalmente – anche all'apogeo del suo impero – Roma rimase sempre una città, una *libera res publica* composta da una comunità di cittadini per cui sarebbe stata incompatibile perfino un'imposta regolare qual era il *tributum*⁴⁰.

Camerino, febbraio 2024

³⁵ Mi sia permesso il rinvio a F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Napoli, 2020, 23-28, 70-73, 79-83 e *passim*.

³⁶ Nel tardoantico il fisco e il tribunale, invece, divennero i soli segni visibili oppressivi del potere centrale (cfr., per qualche mio cenno, F. MERCOGLIANO, *Immagini tardoantiche del fisco negli Hermeneumata di Sponheim*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XIII Convegno internazionale*, Napoli, 2001, 333-338) nello 'stato coercitivo' tardoantico, su cui si v., per tutti, H-J. HORSTKOTTE, *Die 'Steuerhaftung' im spätrömischen 'Zwangstaat'*, 2., erg. Aufl., Frankfurt am Main, 1988, 82-116 sull'esecuzione coatta per responsabilità fiscale in materia di debiti d'imposta di competenza del governatore provinciale dal IV sec.

³⁷ Anzi, forse già «città-stato», almeno secondo la ricostruzione recente di U. VINCENTI, *A proposito della città-stato nella Roma primitiva*, in U. VINCENTI – G. ZANON, *Ipotesi sulla prima Roma*, Napoli, 2023, 15-26.

³⁸ Riferimento obbligato resta per me T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, Napoli, 1996, spec. sull'attrazione per i modelli romani in ambito giurisdizionale, 118, 127-128 e 139-145.

³⁹ Analisi esemplare della fenomenologia degli *iudicia honoraria* nell'ambito della *iurisdictio urbana* e l'estensione ai *cives* del processo formulare, in M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *ED.* 36, Milano, 1987, 24-34; uno squarcio interessante si ritrova di recente in F. ARCARIA., *Perché si diventa Romani*, cit. 60-62, che ripropone le tesi di Nicosia a proposito dell'autonomizzazione, per converso, della *iurisdictio peregrinae* solo in prosieguo di tempo dopo un'iniziale non categorica ripartizione di competenza tra i due pretori, quello urbano e quello poi definito peregrino.

⁴⁰ Si v., appunto in tal senso e in riferimento all'esperienza fiscale romana come riflesso di un imperialismo per converso essenzialmente 'politico', comunque bisognoso di consenso persino dai sottomessi, di recente C. SORACI, *Compte rendu di J. FRANCE, Tribut. Une histoire fiscale de la conquête romaine* (Paris 2021), in *Latomus* 82, fasc. 3, 2023, 621-623; per un inquadramento complessivo sintetico del problema mi sia consentito rinviare a T. SPAGNUOLO VIGORITA – F. MERCOGLIANO, s.v. *Tributi (diritto romano)*, in *ED.* 45, Milano, 1992, 85-105.

GIUSEPPE MORO*

*Religione, politica e filosofia nella riflessione di Hans Kelsen in America***

Sommario: 1. Due lezioni americane. - 2. La religione come fatto psicologico e la critica alla teologia politica. - 3. Il relativismo dei valori. Presupposti epistemologici e teorico-politici. - 4. Nell'archivio della ragione umana. Ideale metafisico e funzione dell'intelletto.

1. Un interessante caso di studio, per l'analisi della riflessione di Hans Kelsen in America¹, è rappresentato da due lezioni tenute a Berkeley, presso l'Università della California, rispettivamente il 27 maggio 1952, con il titolo *Che cos'è la giustizia?*, e il 20 novembre 1962, con il titolo *Politica, etica, diritto e religione*². Si tratta di contributi nei quali il giurista viennese esaminò argomenti, che erano stati già affrontati nelle opere degli anni Trenta e Quaranta: la questione della giustizia e la sua origine metafisica, la riflessione sullo statuto metodologico dell'etica e della politica, la concezione normativa del valore, intesa quale nozione derivante da norme prescrittive. Questi temi furono nuovamente proposti, a testimonianza dell'intento, particolarmente sentito da Kelsen negli anni Cinquanta e Sessanta, di ridefinire e chiarire i rapporti, che intercorrevano tra il sistema della dottrina pura del diritto e altri ambiti disciplinari come la religione, la morale e la politica.

L'importanza di queste lezioni, per la comprensione unitaria del pensiero

* Ricercatore in Filosofia del diritto presso l'Università Telematica Pegaso.

** A proposito di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel, *Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale*, «Saggi, 156» (Raffaello Cortina Editore, Milano 2024).

¹ Per un'ampia ricostruzione di questo periodo della biografia di Kelsen C. NITSCH, «Holmes lectures, 1940-41». *Studio storico-critico su Kelsen in America*, in H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-1941*, a cura di C. NITSCH, Milano, 2009, p. V-LXXX. Si veda, adesso, anche T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen, 2020, pp. 675-917.

² Le due lezioni sono pubblicate, in traduzione italiana, nel volume H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, Macerata, 2021², pp. 75-98, 99-113. Dettagliate informazioni, al riguardo, *ivi*, pp. 13-14.

kelseniano, non è sfuggita all'attenzione degli studiosi, come dimostra, da ultimo, la recente monografia pubblicata da Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel, intitolata *Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale* (Milano 2024). In questo lavoro, articolato in sette densi capitoli, gli autori hanno rivendicato il significato filosofico del pensiero di Kelsen, mettendo seriamente in discussione l'immagine di un positivismo formalistico incompatibile con la complessità della realtà sociale³. In coerenza con questo obiettivo, Di Lucia e Passerini hanno offerto anche un'approfondita analisi delle due lezioni americane e dei presupposti epistemologici che le connettono al sistema della dottrina pura. Si tratta di uno studio che integra e porta a compimento un'importante esperienza di ricerca, maturata dai due autori non soltanto tramite le riflessioni filosofiche sull'ontologia sociale⁴, ma anche attraverso meritorie iniziative editoriali, che hanno favorito una più ampia conoscenza dell'opera di Kelsen⁵.

Nelle pagine che seguono, cercheremo di illustrare - e talvolta discutere criticamente - alcune tra le principali ipotesi di ricerca presentate nel testo. Le tesi dei due autori saranno prese in esame in tre punti. Nel primo, si tratterà di mostrare quali furono i motivi filosofico-sistematici, che indussero Kelsen a considerare il fenomeno religioso come un fatto psicologico. Nel secondo, sarà esposta la questione del relativismo dei valori, nelle sue specifiche implicazioni epistemologiche e politiche. Nel terzo, infine, verranno esaminati i presupposti filosofici kantiani, alla base del rapporto tra l'assolutismo metafisico della ragione umana e il limite della funzione intellettuale.

2. Nel quinto capitolo del testo, prendendo le mosse dalla questione della giustizia, viene toccato un punto di particolare rilievo, relativo al rapporto tra il sistema della dottrina pura e gli interessi socio-antropologici che, a partire dagli anni Trenta, catturarono l'attenzione del giurista viennese⁶. A questo proposito, gli autori hanno

³ P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., p. 19.

⁴ Ci limitiamo qui a segnalare solo alcuni dei contributi dei due autori: P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *La realtà è una sola, ma le ontologie sono due*, in J. SEARLE, *Il mistero della realtà*, Milano, 2019, pp. IX-XXIV; P. DI LUCIA, "Ought" is spoken in many ways, in P. DI LUCIA, E. FITTIPALDI (editors), *Revisiting Searle on deriving "ought" from "is"*, Cham, Switzerland, 2021, pp. 177-189.

⁵ Oltre alla già citata edizione delle lezioni americane, ricordiamo H. KELSEN, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Milano, 2014.

⁶ Per una specifica ricostruzione storica circa l'interesse di Kelsen per lo studio socio-antropologico delle società primitive C. NITSCH, *Diritto, giustizia e realtà sociale: note su Hans Kelsen e la sociologia*, in *Teoria pura del diritto e democrazia*, a cura di A. CARRINO, Soveria Mannelli, 2024, pp. 209-233. Per un inquadramento generale, circa la presenza di analisi socio-antropologiche nelle opere degli anni Venti, ci

osservato che questo intreccio di diversi, talvolta opposti metodi di studio della realtà sociale, è soltanto in apparenza paradossale: «Può sembrare sorprendente che Kelsen, che viene generalmente associato all'elaborazione di una teoria pura del diritto nell'ambito della quale egli ha costantemente rivendicato la necessità di tenere rigorosamente distinto il diritto dalla morale e di non contaminare la scienza del diritto con questioni etiche, abbia voluto dedicare la sua ultima lezione al tema della giustizia. In realtà il tema della giustizia era tutt'altro che estraneo alle ricerche di Kelsen»⁷. Pur essendo stata concepita al fine di rilevare il valore sistematico dell'oggetto di studio alla base della lezione *Che cos'è la giustizia?*, questa ipotesi di ricerca, crediamo, conservi una sua preziosa funzione euristica, anche nel caso dell'analisi del fenomeno religioso⁸. Come la giustizia, infatti, anche la religione occupò un posto di rilievo e la sua trattazione non fu affatto priva di specifici presupposti sistematici. In particolare, nella lezione del 1962 su *Politica, etica, diritto e religione*, Kelsen scrisse che la credenza religiosa, implicando il riferimento a un'entità sovranaturale incompatibile con i principi della conoscenza razionale, poteva essere studiata, scientificamente, soltanto come espressione di un «fatto psicologico»⁹. Questo giudizio, che in parte anticipava le ricostruzioni storiche sul concetto di secolarizzazione contenute in *Religione secolare*¹⁰, si configurava, in realtà, come l'esito di un discorso, fondato sulla critica ai presupposti filosofici della teologia politica, che, per esempio, avevano caratterizzato le riflessioni di due autorevoli intellettuali, come Carl Schmitt ed Eric Voegelin. Mentre, però, nei riguardi del primo, si trattava di un distacco, le cui tracce potevano essere rivenute già negli scritti degli anni Dieci, quando il meccanismo teologico-politico d'identificazione tra Dio e Stato venne considerato il risultato di una personificazione dei concetti giuridici¹¹, nei riguardi del secondo, invece, Kelsen maturò

permettiamo di rimandare a G. MORO, *L'immagine e il significato della scienza giuridica. Note sul pensiero di Hans Kelsen (1911-1925)*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2, 2023, pp. 479-506.

⁷ P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., p. 100.

⁸ Per una ricognizione generale di questo tema F. RICCOBONO, *Kelsen e la religione*, in *Riv. fil. dir.*, II, 2, 2013, pp. 395-410.

⁹ H. KELSEN, *Politica, etica, diritto e religione* (1962), in ID., *Che cos'è la giustizia. Lezioni americane*, cit., pp. 99-113, in particolare, 104-105.

¹⁰ Ivi, pp. 108-109. Per un'analisi complessiva del significato e del valore dell'opera P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., p. 45-78, il terzo capitolo, intitolato *In difesa della modernità: la critica di Kelsen al concetto di "religione secolare"*.

¹¹ H. KELSEN, *Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt* (1914), in *Hans Kelsen Werke*, Bd. 3, *Veröffentlichte Schriften 1911-1917*, hrsg. von M. JESTAEDT in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, 2010, pp. 439-531, in particolare p. 447 (era già disponibile la trad. it., *L'illecito dello Stato*, a cura di A. ABIGNENTE, Napoli, 1988, p. 15-16). L'interpretazione di questi brani, come alternativa teorica alla teologia politica di Schmitt, è

una critica più circoscritta, presentata nella celebre recensione dell'opera *La nuova scienza politica*¹². In quell'occasione, infatti, Voegelin venne considerato non soltanto come un detrattore del positivismo, ignaro, peraltro, dei vantaggi che tale metodo d'indagine aveva apportato nello sviluppo delle scienze sociali¹³, ma anche come il sostenitore di un approccio metafisico ontologico alla storia dei concetti giuridico-politici, che si configurava nella forma di un assolutismo filosofico, per sua stessa costituzione incapace di mantenere una distinzione tra giudizi di valore e giudizi di fatto¹⁴.

Le riflessioni critiche, maturate nei riguardi della teologia politica, ebbero dunque un impatto decisivo sui ragionamenti sviluppati nella lezione su *Politica, etica, diritto e religione*. In queste pagine, che cos'altro rappresentava la riduzione delle credenze politiche e morali a fatti psicologici, se non il tentativo di rivendicare un approccio scientifico, del tutto antitetico rispetto alle pretese di un sapere metafisico assoluto? Il fatto stesso che Kelsen, nelle pagine finali¹⁵, spiegasse i comportamenti sociali tramite il ricorso alla nozione psicologica di *Geltungstrieb*, ovvero all'impulso che induceva gli uomini a ottenere la stima o l'apprezzamento degli altri consociati, dimostrava che l'unità sociale non dipendeva più dalla costruzione di un ordine teologico-metafisico, ma dal carattere psicologico dei comportamenti umani.

Il tentativo di mostrare una forma della razionalità scientifica, indipendente dal sostrato metafisico della religione, costituì una vera e propria linea di ricerca anche quando, nel contesto degli scritti dedicati allo studio socio-antropologico delle società primitive, il giurista viennese offrì una ricostruzione storica della nascita di una coscienza scientifica, autonoma dalla teologia e dalla metafisica. In questa prospettiva, l'empirismo di David Hume acquisiva una posizione di assoluto rilievo per lo studio dei fenomeni sociali: «Il vero merito di Hume – osservò Kelsen – non sta nell'aver messo in rilievo che

stata proposta da B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Napoli, 2018, p. 69. Per un'analisi complessiva della questione V. VITIELLO, *Grundnorm. Kelsen e l'infondata fondazione del diritto*, in ID., *Ripensare il cristianesimo. De Europa*, Torino, 2008, pp. 209-228; ID., *Da Kelsen a Schmitt a Benjamin e Vico. Discutendo con Biagio de Giovanni*, in *Il Pensiero*, LVII, 1, 2018, pp. 157-162.

¹² H. KELSEN, *A New Science of Politics. Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's "New Science of Politics"*. *A Contribution to the Critique of Ideology* (1954), edited by E. ARNOLD, Frankfurt-Lancaster, 2004, trad. it., *Una nuova scienza politica*, a cura di F. LIJOI, Torino, 2010.

¹³ H. KELSEN, *A New Science of Politics*, cit., p. 13, trad. it., *Una nuova scienza politica*, cit., p. 13.

¹⁴ H. KELSEN, *A New Science of Politics*, cit., p. 21, trad. it., *Una nuova scienza politica*, cit., p. 20. Sulla genesi della distinzione positivista tra giudizi di valore e giudizi di fatto E. VOEGELIN, *The New Science of Politics. An Introduction* (1952), with a new foreword by D. GERMINO, Chicago, Illinois, 1987, pp. 27-28, trad. it., *La nuova scienza politica*, saggio introduttivo di A. DEL NOCE, Torino, 1968, p. 60-61.

¹⁵ Ivi, pp. 111-113.

non si può presumere una connessione necessaria di causa ed effetto basandosi sull'esperienza (infatti a questa constatazione si era giunti prima di lui), sta piuttosto nel fatto che egli rinunciò a cercare la necessità del nesso causale nella volontà di Dio, e abbandonò sia questo criterio di ricerca sia tutta la precedente concezione del principio di causalità¹⁶. L'emancipazione della scienza dai presupposti teologici della volontà divina fu destinata a rimanere un aspetto costitutivo del ragionamento di Kelsen, che in *Politica, etica, diritto e religione* si consolidò intorno alla distinzione tra la «vera scienza» e la «speculazione metafisico-teologica»¹⁷.

3. La «filosofia relativistica della giustizia», come recita il titolo del quinto capitolo del libro di Di Lucia e Passerini Glazel¹⁸, costituisce un'originale elaborazione teorica, che Kelsen concepì in contrapposizione alle teorie metafisiche di matrice platonica¹⁹. Secondo gli autori, questa concezione, sviluppata in *Che cos'è la giustizia?*²⁰, conserva una connessione strutturale con uno dei più importanti presupposti epistemologici della dottrina pura del diritto, rappresentato dal principio d'imputazione e dal significato specifico dei fatti giuridici: «È evidente la stretta connessione tra questa tesi e il relativismo dei valori su cui si fonda la filosofia della giustizia in Kelsen. Con questa tesi egli nega, infatti, da un lato che possa darsi un significato sociale – ossia un significato normativo morale o giuridico – immanente ai comportamenti umani, e in questo senso la tesi si contrappone alle teorie giusnaturalistiche; dall'altro lato egli nega che il comportamento umano possa avere un significato sociale – un significato normativo morale o giuridico – assoluto, ossia – determinato da norme o valori assoluti e trascendenti, e in questo senso la tesi si contrappone alle concezioni metafisico-religiose della giustizia»²¹. Dunque, come i comportamenti umani erano pensabili soltanto come significati, costruiti dalle relazioni d'imputazione di un dato ordinamento, così i valori dipendevano da un relativismo filosofico, funzionale ad evitare che la dottrina pura

¹⁶ H. KELSEN, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago, Illinois, 1943, p. 262, trad. it., *Società e natura. Ricerca sociologica*, a cura di L. FUA, Torino, 1992, p. 397.

¹⁷ H. KELSEN, *Politica, etica, diritto e religione*, cit., p. 105.

¹⁸ P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., pp. 99-118.

¹⁹ Ivi, p. 21: «In contrapposizione a queste teorie assolutistiche della giustizia, Kelsen elabora una originale filosofia relativistica della giustizia».

²⁰ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., pp. 87-88: «L'assoluto in generale, e i valori assoluti in particolare, trascendono la ragione umana, per la quale è possibile, invece, soltanto una soluzione condizionale, e perciò relativa, del problema della giustizia, inteso come problema della giustificazione del comportamento umano».

²¹ P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., p. 137.

risultasse condizionata dal giusnaturalismo e dalle sue implicazioni metafisiche. Questa concezione ebbe, però, anche delle conseguenze sul piano teorico-politico. In questa prospettiva, dimostrare il carattere relativo dei valori significava promuovere un modello di società umana, retto dal principio morale della tolleranza e dal sistema democratico, che si configurava come l'unica forma di governo in grado di contrastare le derive assolutistiche dell'autocrazia²².

Il ragionamento teorico-politico, derivante dallo statuto relativistico dei giudizi di valore, era destinato a trovare una precisa collocazione nel saggio sui *Fondamenti della democrazia* del 1955²³. In quell'occasione, infatti, riflettendo sulla drammatica ascesa del nazional-socialismo in Europa²⁴, Kelsen tornò nuovamente a ragionare sull'opposizione tra democrazia ed autocrazia. In particolare, quest'ultima forma di governo veniva interpretata come l'espressione di un assolutismo politico, che aveva la sua genesi nella concezione metafisica della ragione, concepita quale fonte di valori assoluti, personificati nella figura di un'autorità creatrice dell'universo²⁵. Come sarebbe stato possibile, quindi, arginare il sorgere di questa prospettiva, che conservava i tratti della tradizione teologico-politica? La soluzione era nella difesa del regime democratico che, in ragione del suo carattere procedurale, impediva l'identificazione immediata del soggetto di potere con la realtà sociale e si fondava su una concezione antimetafisica della razionalità, circoscritta entro i limiti dell'esperienza scientifica²⁶.

Non era la prima volta che Kelsen ragionava in questi termini. Già nel saggio *Essenza e valore della democrazia*²⁷, pubblicato in prima edizione nel 1920, egli fornì una

²² H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., p. 97: «È proprio in virtù di questa tolleranza che la democrazia si distingue dall'autocrazia. Noi abbiamo il diritto di respingere l'autocrazia, e di essere orgogliosi della nostra forma democratica di governo, solo fintantoché manteniamo questa differenza».

²³ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, in *Ethics*, 66, 1, 1955, pp. 1-101, trad. it., *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, a cura di M. BARBERIS, Bologna, 1995, pp. 191-391.

²⁴ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 1, trad. it., *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 191. Per un inquadramento generale sul dibattito relativo al parlamentarismo democratico, R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta*, in H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari, 1978, pp. VII-CLV.

²⁵ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 16, trad. it., *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 223: «L'esistenza assoluta si identifica con l'autorità assoluta come fonte di valori assoluti. La personificazione dell'assoluto, la sua presentazione come creatore dell'universo, onnipotente e assolutamente giusto, il cui volere è legge della natura come pura legge dell'uomo, è la conseguenza inevitabile dell'assolutismo filosofico».

²⁶ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 16-17, trad. it., *I fondamenti della democrazia*, cit., pp. 222-223.

²⁷ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929², trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, cit., pp. 43-152.

dettagliata dimostrazione di come il regime democratico fosse non soltanto in grado di interpretare il concetto di libertà individuale, nei limiti imposti dall'unità dello Stato²⁸, ma anche di evitare il sorgere di finzioni rappresentative, quali per esempio quelle di «popolo» o di «sovranità popolare», che potevano delegittimare il significato delle sue procedure formali²⁹. In questa prospettiva, la democrazia doveva essere difesa, in quanto espressione di una concezione del mondo diametralmente opposta alle derive autocratiche: «Chi ritiene inaccessibili alla conoscenza umana la verità assoluta e i valori assoluti, non deve considerare come possibile soltanto la propria opinione, ma anche l'opinione altrui. Perciò il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica presuppone»³⁰. L'urgenza di legittimare la teoria democratica sul piano del relativismo dei valori e delle concezioni di vita aveva un'origine lontana, implicitamente espressa già nel saggio del 1913 su *Concezione politica del mondo ed educazione*³¹. In questo intervento, Kelsen compì una concisa quanto efficace diagnosi del suo tempo, rilevando non soltanto gli esiti impolitici derivanti dalla cultura liberale borghese dell'Ottocento, ma anche come il trionfo delle scienze naturali avesse provocato una concezione individualistica della società e del sapere, incapace di produrre una coscienza politica dei problemi sociali³². A distanza di quasi quarant'anni da quello scritto, nei *Fondamenti della democrazia*, egli cercò di rivendicare il valore politico della democrazia, servendosi della nozione di relativismo maturata qualche anno prima, nella lezione sulla giustizia:

«L'ipotesi dell'assolutismo filosofico che vi sia una realtà assoluta indipendente dalla conoscenza umana, conduce all'assunto che la funzione della conoscenza è soltanto quella di riflettere, come uno specchio, gli oggetti che esistono in se stessi. Al contrario, l'epistemologia relativistica, secondo la più autorevole presentazione datane da Kant, interpreta il processo della conoscenza come creazione del proprio oggetto. Tale punto di

²⁸ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 4-5, trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 41-152, in particolare pp. 45-55.

²⁹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 14-25, 26-37, trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 57-72, 73-86.

³⁰ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 101, trad. it., *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 149.

³¹ H. KELSEN, *Politische Weltanschauung und Erziehung* (1913), in *Hans Kelsen Werke*, Bd. 3, *Veröffentlichte Schriften 1911-1917*, cit., pp. 112-145 (era già disponibile la trad. it., *Concezione politica del mondo ed educazione*, in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. CARRINO, Napoli, 1988, pp. 47-71).

³² H. KELSEN, *Politische Weltanschauung und Erziehung*, cit., p. 114-116, trad. it., *Concezione politica del mondo ed educazione*, cit., pp. 53-55.

vista implica che l'uomo, soggetto del processo conoscitivo, è – epistemologicamente – il creatore del proprio mondo, un mondo che è costituito nel e dal suo conoscere. Ciò non significa naturalmente che il processo conoscitivo abbia carattere arbitrario. Il costituirsi dell'oggetto della conoscenza per mezzo del processo conoscitivo stesso non significa che il soggetto crea l'oggetto così come Dio crea il mondo. Vi è una correlazione tra il soggetto e l'oggetto della conoscenza e vi sono leggi che determinano tale processo»³³.

In questo brano, l'opposizione tra l'assolutismo e il relativismo dei valori veniva riletta all'interno di un preciso ragionamento filosofico, fondato sul tentativo di giustificare il relativismo politico della democrazia. Nello specifico, l'epistemologia kantiana stabiliva che la realtà non poteva essere conosciuta in sé, ma in un processo di relazioni regolato da leggi oggettive. Così, tale prospettiva legittimava la procedura del regime democratico, per sua intrinseca costituzione votata a integrare la libertà degli individui in senso plurale, nelle mutue relazioni di uguaglianza con gli altri consociati³⁴. Da dove derivava questo riferimento all'epistemologia kantiana? Non era anche questo aspetto risultato rilevante nella riflessione sull'ideale metafisico della giustizia?

4. Analizzando la lezione *Che cos'è la giustizia?*, Di Lucia e Passerini Glazel non hanno mancato di sottolineare come, nel suo ragionamento sullo statuto dei valori, Kelsen avesse adottato, in primo luogo, la prospettiva della filosofia di Kant: «Il primo argomento consiste nella tesi, ricordata più volte, e inscrivibile in una metafisica critica di matrice kantiana, secondo la quale “l'assoluto in generale, e i valori assoluti in particolare, trascendono la ragione umana”; essi appartengono, per definizione, a una sfera trascendente, inaccessibile alla conoscenza scientifica»³⁵. In questo senso, dunque, l'influsso del pensiero kantiano si sarebbe palesato nel principale argomento, rappresentato dalla critica di Kelsen alle forme metafisiche di giustizia e alle ideologie politiche autocratiche³⁶. Su questo punto, ci sembra, però, che la presenza di Kant sia ancora più determinante di quanto ritenuto dagli autori, che, del resto, dichiarano di

³³ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 17, trad. it., *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 224.

³⁴ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 18, trad. it., *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 226.

³⁵ P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., p. 105.

³⁶ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., p. 96; P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., p. 105.

interpretare alcuni aspetti del pensiero di Kelsen come un'anticipazione filosofica dell'ontologia sociale di John Searle³⁷.

Nella lezione sulla giustizia del 1952, l'incidenza della metafisica kantiana emerge, in modo particolare, nel ragionamento sui limiti della ragione che, per sua intrinseca costituzione, risultava incapace di porsi come assoluta autoriflessione di se stessa³⁸. Oltre che un'illusione metafisica³⁹, l'ideale di giustizia si configurava come un desiderio elementare di felicità⁴⁰, destinato a rimanere parte costituente della natura umana. Che cosa giustificava il sorgere di una domanda, destinata a rimanere senza risposta? Nel tentativo di affrontare tale questione, Kelsen sostenne che la coscienza umana era contrassegnata da un dissidio costitutivo tra la componente emotiva e la componente razionale⁴¹. Un'anticipazione significativa di questo conflitto si ebbe già nelle pagine della *Teoria generale del diritto e dello Stato*, quando fu specificato che i valori, avendo un'origine soggettiva, non potevano essere giustificati razionalmente⁴². Sulla base di questa premessa, il giurista viennese intese la giustizia come il risultato di una sovrapposizione tra la soggettività dei valori e l'oggettività della componente razionale: «Quantunque non sia possibile rispondere razionalmente alla domanda su che cosa costituisca il valore più alto (l'individuo o la nazione, i beni materiali o i beni spirituali, la libertà o la sicurezza, la verità o la giustizia), cionondimeno il giudizio *soggettivo*, e dunque *relativo*, con il quale di volta in volta si risponde a questa domanda, viene solitamente presentato come l'affermazione di un valore *oggettivo* e *assoluto*, come una norma valida in modo generale»⁴³. Così, la soggettività dei valori si trasformava in un criterio oggettivo ed assoluto, data la tendenza naturale dell'uomo a giustificare l'esistenza delle cose e dei suoi

³⁷ Si vedano le pagine di P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., pp. 25-26, 31, in cui l'affinità filosofica tra Kelsen e Searle, sulle modalità di studio dei fenomeni sociali, viene considerata valida anche oltre le pur evidenti differenze metodologiche tra il neokantismo e l'ontologia sociale.

³⁸ Per questa interpretazione della filosofia di Kant, opportuno il rimando ai seguenti testi: V. VITIELLO, *Ethos ed eros in Hegel e Kant*, Napoli, 1984; G. GORIA, *Il fenomeno e il rimando. Sul fondamento kantiano della finitezza della ragione umana*, Pisa, 2014; V. VITIELLO, *Immanuel Kant. L'architetto della «Neuzeit»*. *Dall'abisso della ragione al fondamento della morale e della religione*, Roma, 2021.

³⁹ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., p. 96.

⁴⁰ Ivi, p. 80.

⁴¹ Ivi, p. 81.

⁴² H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, translated by A. WEDBERG, Cambridge, Massachusetts, 1949, p. 6, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. COTTA e G. TREVES, Roma, 1963, p. 6: «Quali bisogni umani meritano di venir soddisfatti, e, in particolare, qual è il loro ordine di precedenza? A questi quesiti non è possibile con la conoscenza razionale. La loro decisione è un giudizio di valore, determinato da fattori emotivi, ed è quindi di carattere soggettivo».

⁴³ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia?*, cit., p. 85.

comportamenti⁴⁴. In questo senso, il conflitto interno alla coscienza sorgeva perché la ragione, costituendosi in senso assoluto, doveva necessariamente dare ragione di se stessa, oltre che delle sue diverse azioni, negando, quindi, la componente emotiva, che, invece, rimaneva portatrice soltanto di valori connessi ai desideri e alle aspirazioni degli individui.

Considerata nella sua peculiare essenza metafisica, la giustizia corrispondeva alla ricerca di un fondamento razionale ed assoluto della coscienza, che però sarebbe rimasto irrealizzabile: «Se la nostra coscienza esige una giustificazione assoluta del nostro comportamento – se essa esige, cioè, la validità di valori assoluti – allora la ragione umana non è in grado di soddisfare questa esigenza»⁴⁵. In questo caso specifico, la critica alla metafisica non coincideva con la critica alle ideologie politiche autocratiche, ma si fondava su un limite strutturale della ragione, relativo all'impossibilità di pervenire a una conoscenza oggettiva dei valori:

«Poiché è un essere umano più o meno razionale, l'uomo cerca di giustificare il proprio comportamento (che in realtà è motivato dalle emozioni della paura e del desiderio) in maniera razionale, ossia attraverso la funzione dell'intelletto. Ma questo è possibile solo in una certa misura – nella misura in cui, cioè, la paura e il desiderio dell'uomo facciano riferimento a mezzi mediante i quali deve essere perseguito un determinato fine; la relazione di mezzo a fine, infatti, è una relazione di causa ed effetto, e una relazione di causa ed effetto può essere determinata sulla base dell'esperienza, il che significa in modo scientifico e razionale»⁴⁶.

Il riferimento alle relazioni mezzo-fine e causa-effetto dimostrava che l'intelletto umano operava soltanto tramite nessi teleologici o causali. In questa prospettiva, giustificare razionalmente i comportamenti significava considerare un dato valore come il mezzo, per la soddisfazione di un determinato bisogno. Applicata allo studio dei valori sociali, però, la funzione dell'intelletto non sarebbe stata in grado di generare una conoscenza scientifica certa. Come sarebbe stato possibile, infatti, stabilire oggettivamente se l'utilizzo della pena capitale nella società umana fosse un mezzo utile al fine di prevenire determinati reati? La discussione sul valore della vita umana, sui mezzi o sulle cause, che avrebbero dovuto generare l'effetto di proteggerla, conduceva soltanto a una

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ivi*, p. 88.

⁴⁶ *Ivi*, p. 85.

soluzione parziale, priva di certezze oggettive. Si trattava di un risultato che era stato già enunciato, sempre nelle pagine della *Teoria generale del diritto e dello Stato*: «Giudizio di valore è la proposizione con cui si dichiara che qualcosa costituisce un fine, un fine ultimo, che non è di per sé un mezzo rispetto ad un fine ulteriore. Un simile giudizio è sempre determinato da fattori emotivi»⁴⁷. In *Che cos'è la giustizia?*, questo ragionamento aveva un preciso presupposto filosofico, individuabile nel limite strutturale della ragione umana, costitutivamente votata a interpretare i valori tramite il principio intellettuale della connessione di causa ed effetto.

Sulle orme della metafora con la quale Kant intese sistematizzare gli strumenti metafisici e intellettuali nell'archivio della ragione umana⁴⁸, Kelsen sottolineò la centralità di questo principio secondo un orientamento, che richiamava le discussioni sistematiche svolte già nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale* circa il rapporto tra causalità e teleologia⁴⁹. In questo senso, l'identità tra il nesso mezzo-scopo e il nesso causa-effetto, proposto nelle pagine della conferenza del 1952, si fondava sul medesimo ragionamento, esposto nell'opera del 1911. In quell'occasione, criticando la teoria di Rudolf Stammler⁵⁰, il giurista viennese aveva sostenuto che, per quanto il concetto di scopo avesse potuto includere il riferimento ad azioni future, possibili e indipendenti da eventi naturali prevedibili causalmente, la sua concezione sarebbe rimasta, comunque, espressione di un rapporto causale, poiché, anche nel meccanismo teleologico, lo scopo si configurava come un effetto prodotto dai mezzi utilizzati dall'io⁵¹. In quelle medesime pagine, inoltre, egli rilevò che il senso soggettivo del valore dipendeva da una concezione della volontà del soggetto, fondata sulla rappresentazione dei nessi che legavano i mezzi al conseguimento degli scopi desiderati⁵². Questa prospettiva, nata dalla questione relativa alle condizioni di possibilità del processo volitivo, sembra suggerire un'incidenza del pensiero kantiano, che induce a dubitare dell'affinità filosofica tra la concezione della

⁴⁷ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 7, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 7.

⁴⁸ I. KANT, *Critica della ragion pura*, a cura di G. COLLI, Milano, 1976, p. 705.

⁴⁹ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt der Lehre vom Rechtssatze* (1911), in *Hans Kelsen Werke*, Bd. 2, *Veröffentlichte Schriften 1911*, hrsg. von M. JESTAEDT in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, 2008, pp. 145-188, trad. it., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, in ID., *Opere*, vol. II, a cura di A. CARRINO, Soveria Mannelli, 2020, pp. 69-104.

⁵⁰ H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 147-151, trad. it., *Problemi fondamentali*, cit., pp. 70-74.

⁵¹ H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 150, trad. it., *Problemi fondamentali*, cit., p. 73.

⁵² H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 155, n. 1, trad. it., *Problemi fondamentali*, cit., p. 77, n. 16.

realtà sociale di Kelsen e la nozione di «ontologia soggettiva» proposta da Searle⁵³. Nel secondo capitolo del testo, Di Lucia e Passerini sostengono che, nelle prime opere dedicate al rapporto tra diritto e Stato, si può osservare la rilevanza ontologica della ricerca di Kelsen⁵⁴. Eppure, in quegli scritti, l'autonomia metodologica della scienza del diritto rimaneva fondata su una concezione del dover essere incompatibile con la scienza psicologica che, invece, suggeriva la rappresentazione di una realizzazione della norma giuridica⁵⁵. In questo senso, come poteva l'ontologia essere rilevante per il significato normativo del *Sollen*, se già l'analisi dell'esperienza psichica si riferiva al primato della *Vorstellung*? Non era forse questa, piuttosto, una dimostrazione indiretta della profonda distanza filosofico-culturale di Kelsen dal pensiero di Searle e, in particolare, dalla sua ipotesi di un errore della tradizione filosofica moderna, incapace di concepire «un accesso diretto al mondo reale»⁵⁶?

Napoli, luglio 2024

⁵³ P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., pp. 26-27, 37, 135.

⁵⁴ Ivi, pp. 23-44, in particolare p. 37: «La rilevanza anche ontologica della ricerca di Kelsen è testimoniata dal problema che egli ha affrontato nelle sue prime opere dedicate al rapporto lo Stato e il diritto».

⁵⁵ Nello specifico, sul punto, H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatbegriff* (1922), in *Hans Kelsen Werke*, Bd. 7, *Veröffentlichte Schriften 1921-1923*, hrsg. von M. JESTAEDT in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, 2022, pp. 97-350 in particolare pp. 180-181 (era già disponibile la trad. it., *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, a cura di A. CARRINO, Napoli, 1997, pp. 83-88, in particolare p. 88: «La rappresentazione della realizzazione, della attuazione, si riferisce a questa esperienza psichica [*Auf dieses psychische Erleben, insbesondere auf das „Wollen“ der Norm bezieht sich die Vorstellung der Verwirklichung, Realisierung*] in particolare al fatto di “volere” la norma, specialmente al trapasso dalla mera interiorità del volere all'esteriorità dell'agire»).

⁵⁶ P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen*, cit., p. 25, n. 5, per il riferimento alle citazioni dai testi di Searle.

Abstract

Prendendo le mosse dalla recente monografia di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel *Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale* (Milano 2024), il presente contributo intende illustrare alcune, tra le principali, ipotesi di ricerca contenute nel testo, con l'obiettivo di discuterle in relazione a tre specifici aspetti della riflessione di Kelsen in America, riguardanti la concezione delle credenze religiose, del relativismo dei valori e del rapporto filosofico tra ragione e intelletto.

Starting from the analysis of the recent book *Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale* (Milano 2024), published by P. Di Lucia and L. Passerini Glazel, this essay will illustrate the thesis presented by the two authors, with the aim to discuss them in relation to three specific aspects of Hans Kelsen's reflections in America, such as the conception of religious beliefs, the definition of political relativism and the philosophical relation between intellect and reason.

Keywords

Hans Kelsen; teoria del diritto; politica; religione; valori.

Hans Kelsen; legal theory; politics; religion; values.

AGOSTINA LATINO

Investimenti stranieri sostenibili. Diritto e governance internazionale e dell'Unione europea *

La pubblicazione di quest'opera monografica contribuisce al dibattito sul contesto politico e normativo internazionale in materia di investimenti per lo sviluppo sostenibile, ponendo in risalto anche il protagonismo dell'Unione europea. La divulgazione dei risultati delle attività didattiche, seminariali e di ricerca svolte negli anni di realizzazione del progetto del Modulo "Jean Monnet" su "EU Investment Law (EUIL)" finanziato dalla Commissione europea nel 2018 (progetto n. 600086-EPP-1-2018-1-IT-EPPJMO-MODULE), di cui l'autrice era coordinatore scientifico, è infatti uno degli scopi della monografia, onde favorire l'arricchimento delle conoscenze dei temi di tale progetto di studenti, colleghi, amministratori di enti pubblici, imprese e chiunque altro possa essere a essi interessato. L'esigenza della depoliticizzazione sia dei rapporti tra Stati sia di quelli tra Stati ospiti e investitori stranieri ha caratterizzato principi e contenuti del diritto internazionale in materia di investimenti, quale settore speciale del diritto internazionale. La stipulazione di trattati internazionali, per lo più bilaterali, tra Stati di origine e Stati ospiti per la promozione e protezione degli investimenti privati all'estero è stata lo strumento prioritario per soddisfare tale esigenza. Con il consolidamento del processo di liberalizzazione e interdipendenza, si sono intensificati tuttavia i conflitti di interesse tra Stato ospite e investitore straniero generati dall'adozione da parte di tale Stato di un provvedimento nazionale non discriminatorio volto alla tutela di un interesse generale non economico, quale la tutela dell'ambiente e della salute pubblica. Questi conflitti hanno generato molteplici casi arbitrari. È sorto un dibattito per la ricerca di soluzioni normative e politiche suscettibili di mitigare la conflittualità, e quindi la politicizzazione, generata dall'interazione tra una varietà di attori, interessi, aspettative e fonti, onde

* A proposito di Pia Acconci, *Investimenti stranieri sostenibili. Diritto e governance internazionale e dell'Unione europea* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2023) p. 216. Open access: <https://www.editorialescientifica.com/materia/diritto/dirittointernazionale/investimenti-stranieri-sostenibili-1-detail.html>

mantenere un clima internazionale favorevole alla realizzazione di investimenti all'estero sotto i profili della stabilità, prevedibilità e certezza del quadro normativo e politico internazionale di riferimento. Tale dibattito è stato alimentato non solo dai casi arbitrari fondati sui trattati internazionali in materia di investimenti di tipo tradizionale, ma anche dalla posizione duplice assunta da alcuni Stati, sia come Stati d'origine sia come Stati ospiti, dall'Unione europea, dall'attività di organizzazioni internazionali specializzate e da una parte significativa della dottrina. La Commissione europea ha contribuito, pubblicando alcune comunicazioni successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, allorché l'Unione è divenuta competente in materia di investimenti esteri diretti in via esclusiva, a seguito dell'espansione dell'ambito di applicazione oggettivo della politica commerciale comune. La Commissione europea ha delineato in maniera innovativa il bilanciamento di interessi tra Stato ospite e investitore straniero alla base dei trattati internazionali applicabili in materia –favorevole alla protezione degli interessi dell'investitore –, al fine di renderlo funzionale al perseguimento altresì della tutela di interessi non economici di natura pubblicistica riconducibili allo sviluppo sostenibile. È così che il contributo degli investimenti stranieri al perseguimento di tale sviluppo è divenuto di per sé oggetto del dibattito. Alcune attività economiche hanno sollevato problemi specifici relativamente al loro contributo all'ambiente, allo sviluppo e alla salute pubblica locali. La monografia verte sia sugli sviluppi del diritto internazionale sia sugli orientamenti e sulle azioni dell'Unione europea. Essa mostra altresì come la diffusione di regole non vincolanti per lo sviluppo sostenibile e la crescente complessità dei rapporti sia interstatali sia transnazionali sottostanti la realizzazione del suddetto sviluppo abbiano contribuito all'affermazione dell'uso del termine *governance* sul piano internazionale. La monografia contribuisce inoltre alla comprensione e sistemazione degli effetti dell'emergenza Covid-19 sul quadro normativo e politico internazionale in materia di investimenti sostenibili. Quest'emergenza ha rafforzato, in linea di principio, l'importanza sia del ruolo delle organizzazioni internazionali e dell'Unione europea sia della sostenibilità nell'inquadramento di questo settore del diritto internazionale. L'indagine si articola in tre capitoli. Il capitolo primo ha per oggetto l'approfondimento degli sviluppi del diritto internazionale in materia di investimenti, con riferimento anche alla diversità dei contesti storici e politici, per evidenziarne principi e contenuti. Il capitolo secondo verte sulle ragioni e modalità per le quali lo sviluppo sostenibile ha caratterizzato il diritto internazionale e dell'Unione europea in materia di investimenti prima dell'emergenza da Covid-19. Il capitolo terzo è dedicato all'esame degli effetti della

suddetta emergenza. Essa ha intensificato l'esigenza della sostenibilità degli investimenti, ponendo il problema particolare dell'interazione tra diritto, politica, scienza e tecnologia, nonché della "responsabilità intergenerazionale". L'indagine termina con alcune riflessioni e spunti ulteriori di studio e ricerca relativamente all'opportunità di un ripensamento degli strumenti e dei contenuti delle azioni internazionali e della stessa Unione europea dirette a investimenti sostenibili. La prassi normativa, quella arbitrale, le "partnerships" promosse da organizzazioni internazionali e/o azioni unilaterali di imprese volte alla responsabilità sociale d'impresa si sviluppano, in linea di principio, sulla base di un approccio variabile. La variabilità della prassi, arbitrale e normativa, è una delle ragioni per le quali la sostenibilità degli investimenti stranieri, attraverso il diritto internazionale e quello dell'Unione europea, risulta un obiettivo dai contorni frastagliati e tendenzialmente indefiniti. La prassi normativa si caratterizza per eterogeneità con riguardo a posizione degli attori determinanti, strumenti e meccanismi utilizzati, loro portata ed efficacia, linguaggio delle clausole di eccezione, salvaguardia e/o relative al "right to regulate" incluse nei trattati internazionali in materia di investimenti di nuova generazione. Il problema dell'effettività delle disposizioni e clausole innovative previste nei trattati internazionali in materia di investimenti di "nuova generazione" appare invero più arduo quando si considerino i trattati internazionali dell'Unione europea. Una delle ragioni è che la loro efficacia dipende e si riflette su tre piani normativi distinti: nazionale degli Stati membri, dell'Unione e internazionale. La prassi arbitrale è stata e continua a essere imprevedibile in virtù della variabilità dei contenuti e della portata - vincolante o non vincolante - della prassi normativa e dell'interazione, nonché talvolta sovrapposizione, tra margine di apprezzamento dei diversi Stati ospiti e discrezionalità goduta dai tribunali arbitrali istituiti, caso per caso, sulla base dei trattati internazionali in materia di investimenti. La negoziazione, conclusione e applicazione effettiva di un trattato multilaterale in materia di investimenti diretto alla realizzazione effettiva dello sviluppo sostenibile attraverso l'integrazione tra esigenze di tutela differenti appare tuttora la soluzione più appropriata, malgrado i tentativi in questa direzione non siano andati in passato a buon fine. La cooperazione internazionale mediante organizzazioni internazionali potrebbe supplire alla mancanza di un risultato del genere, se gli Stati valorizzassero gli orientamenti pubblicati da siffatte organizzazioni.

Camerino, giugno 2024

URBANO CRISTINI
Commercio e dogane nell'Impero Romano *

Il volume rappresenta un lavoro puntuale sugli scambi mercantili e sulle relative imposte. Per tale campo di indagine la monografia in questione offre una minuziosa disamina di fonti e letteratura, frutto del pluriennale studio dell'A. su queste tematiche, ed è diviso in tre capitoli, preceduti da un'introduzione e seguiti da una conclusione e da un utile indice delle fonti citate.

L'introduzione richiama in apertura i paragrafi 14-19 di una nota orazione di Cicerone, la *De imperio Cn. Pompei*, in cui sono ripercorse le relazioni e le coimplicazioni tra guerra ed economia. Si prosegue con l'analisi delle cause e degli effetti di un *communicatus orbis terrarum* (una globalizzazione *ante litteram*) sulla realtà mediterranea. Queste pagine ripercorrono inoltre lo *status quaestionis* su commercio e dogane, con una ricca bibliografia aggiornata sull'argomento, la quale include anche i risultati del progetto *ATELIER (Roman Pottery in Ancient Campania: Material Evidence, Economic History, Legal Bases)*, diretto dalla stessa A. e finanziato dal Programma per il Finanziamento della Ricerca di Ateneo (FRA) dell'Università degli Studi di Napoli Federico II (2021-2023).

Nei tre capitoli del libro, sintetici ma esaustivi, sono analizzati rispettivamente i problemi storici legati ai commerci, alle dogane e alla politica doganale romana.

Il primo capitolo passa in rassegna le varie tipologie di mercato e di spazi adibiti al commercio, nonché di figure professionali attive nel commercio. In primo luogo, sono analizzati i mercati stanziali: tra questi, un ruolo fondamentale era rivestito dal *macellum* per la carne e il pesce; sotto i portici di esso vi erano le *tabernae* (botteghe) o altri locali commerciali. Concentrare tutte le attività commerciali nel medesimo luogo, evitando che fossero nel Foro, rispondeva a esigenze di decoro e agevolava il controllo da parte degli edili. In particolare, proprio per la tipologia di edificio, il *macellum*, costruito sia a Roma, che in Italia, che nelle province, è indicato come un segno di romanizzazione. La disamina passa quindi a considerare i mercati periodici: le *nundinae*, che originariamente avvenivano ogni otto giorni, e le fiere (diversamente denominate: *mercatus*, *conventus*,

* A proposito di Giovanna Daniela Merola, *Commercio e dogane nell'Impero Romano*, «Pubblicazioni del Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert, 13» (Napoli, Jovene editore, 2023) p. xii, 167.

panegyris), che si svolgevano una o due volte l'anno. Le *nundinae* erano organizzate con una qualche forma di programmazione e di sincronizzazione, onde evitare sovrapposizioni e rendere maggiormente agevoli gli scambi per acquirenti e venditori. Gli *indices nundinarii*, trasmessi per via epigrafica, lasciano ipotizzare pure 'punti di interscambio', rivelando anche una realtà intermedia tra mercato locale e grande commercio. Sono note differenti tipologie di *nundinae*: pubbliche e private (cioè organizzate in terreni privati e destinate prevalentemente alla commercializzazione di quanto prodotto in quei fondi), in Italia e in provincia; in particolare, in Nord Africa, esse erano per lo più mercati rurali e con intervalli di tempo maggiori (12-18 giorni). In quest'area l'istituzione delle *nundinae* era associata alla fondazione di *vici*, centri rurali nei latifondi privati. Vi erano poi le grandi fiere, le due principali a Campi Marci (vicino Modena) e a Cremona; quindi, quelle di minori dimensioni e quelle connesse con luoghi di culto (come in età repubblicana a Fregelle) ma comunque minori delle *panegyris*, che si tenevano presso i templi in Grecia e nelle province orientali. Segue quindi una sezione sul lessico usato per descrivere le persone impiegate nel commercio. È messa ben in evidenza la *ratio* sottesa alla differenza tra *negotiator* e *mercator* in base al prestigio e al volume degli affari, piuttosto che in base alla tipologia di merce scambiata. Inoltre, è ricordato come *negotiator* fosse il termine usato anche per l'uomo d'affari e il banchiere, mentre il *mercator* era legato all'attività di bottega. Scendendo nella gerarchia commerciale, vi erano gli *institores* ('rappresentanti' commerciali), i venditori ambulanti (senza una precisa denominazione), gli *advenae* (i commercianti stranieri). Il venditore di schiavi era il *mango*, mentre i *navicularii* erano gli armatori di navi onerarie, che trasportavano merci per interesse pubblico o proprio. Il paragrafo successivo affronta la questione della valutazione morale, tendenzialmente negativa, della mercatura: la piccola attività commerciale era considerata spregevole perché era percepita esclusivamente come un rincaro sulle merci, mentre il grande commercio aveva comunque un'alea di rischio, quindi poteva essere tollerato, ma non era in ogni caso consono alla classe senatoria. È opportunamente citato il passo del *De agricultura* di Catone (*Agr. Praefatio*), in cui si illustrano le attività adeguate a un senatore, per quanto le indicazioni ivi contenute fossero disattese dallo stesso Catone, oltre che dagli altri *patres*. Le soluzioni per ottenere comunque profitti in tale ambito erano diverse; l'importante era evitare la diretta partecipazione all'attività mercantile. Tra le diverse possibilità vi era il *fenus nauticum* (il prestito per allestire le navi), oppure la partecipazione a una quota dell'affare, tramite liberto o schiavo, oppure la gestione indiretta del commercio, sempre tramite sottoposti. È inserita quindi la rassegna di tutte

le merci scambiate: vino, olio, grano, ceramiche, schiavi, beni di lusso. Di ognuno di questi si valuta anche il commercio di lunga distanza, che in precedenza era ipotizzato solo per i beni di lusso. Infatti, nel paragrafo successivo sono presi in esame i traffici in entrata e in uscita oltre le frontiere: Arabia, Africa Orientale, Cina, India, ma anche i territori al di là del Reno erano dei *partner* commerciali assolutamente rilevanti. La bilancia dei pagamenti risultava in passivo per l'esborso di denaro all'esterno; tuttavia, a differenza di quanto ritenuto in passato, non era trascurabile il volume delle merci esportate. I beni erano trasportati prevalentemente via mare; in Italia i porti principali erano quelli di Ostia e Puteoli: il primo era rivolto prevalentemente agli scambi con l'Occidente, il secondo all'Oriente. Un altro importante snodo commerciale era ovviamente Alessandria. I fiumi di tutto l'impero erano inoltre sfruttati per spostare le merci. Ovviamente sul prezzo finale una voce non indifferente era quella del trasporto. Un aspetto particolarmente originale del capitolo risiede nel paragrafo che riguarda il naufragio. I beni naufragati non erano alla mercé delle popolazioni rivierasche, perché Roma formalmente contrastava il fenomeno, anche qualora le merci fossero gettate in mare per alleggerire la nave onde evitare l'affondamento. Diversi furono gli interventi per regolare questa pratica; il quadro di riferimento era quello noto come *Lex Rhodia*, un insieme di norme tuttora oggetto di discussione, ma probabilmente con un ambito di applicazione ben più vasto del solo lancio di oggetti in mare. Il capitolo si conclude con l'esame del controllo delle attività commerciali da parte dell'autorità, attuato soprattutto per preservare l'ordine pubblico e per garantire le entrate della cassa, e con la domanda riguardante l'esistenza della connessione tra commercio e organizzazione fiscale.

Il secondo capitolo passa in rassegna, con estrema acribia, tutta la documentazione epigrafica che attesta misure doganali. Per ogni fonte sono esposti sia la storia degli studi, dalla prima pubblicazione alle integrazioni dovute a ritrovamenti successivi, sia lo *status quaestionis*; inoltre, per ogni caso presentato l'A. prende una chiara posizione sull'interpretazione, senza però trascurare di citare la dottrina contraria. Il capitolo inizia con la spiegazione del termine *portorium*: esso era sia l'imposta riscossa al superamento di una frontiera, sia il dazio richiesto all'ingresso in città, sia il pedaggio per transitare lungo le maggiori vie di traffico. È ripercorsa brevemente, ma puntualmente, la storia dell'istituto del *portorium* dal 508 al 42 a.C.; quindi, il capitolo affronta la questione dell'appalto e della riscossione di esso. Vista la tendenza politica romana di servirsi delle strutture preesistenti alla conquista, il sistema doganale si sviluppò diversamente tra le province, a seconda del tempo e delle realtà locali; la riscossione era comunque

tendenzialmente appaltata alle *societates publicanorum*, prima, e ai singoli *conductores*, poi, fino alla riscossione diretta da parte dei procuratori imperiali dall'epoca di Marco Aurelio. Inizia quindi l'approfondita analisi della *Lex portus Asiae*, conservata su un'ampia lastra di marmo rinvenuta ad Efeso: si tratta di una *lex locationis* che regolava le modalità di imposizione e riscossione dell'imposta doganale nella provincia d'Asia. Per l'A. la prima parte della legge sarebbe del 75 a.C., per quanto non si può escludere che alcune disposizioni doganali possano essere anteriori; seguirebbero quindi le successive clausole integrative aggiunte dai consoli dal 72 a.C. fino all'età neroniana. Questo documento, valido per la provincia d'Asia, serviva come base per la locazione dell'imposta, ma non rappresentava la concreta *lex contractus* in vigore di volta in volta. La disamina passa dunque alla *lex portorii provinciae Lyciae*, che disciplinava la riscossione doganale nel territorio licio. Lo studio dell'epigrafe di età neroniana, rinvenuta ad Andriake, è l'occasione per un confronto tra le normative d'Asia e di Licia. In quest'ultima la riscossione della *quadragesima* era gestita dal *koinon* con il coinvolgimento delle città, mentre al fisco era versata una somma forfettaria. Il sistema di riscossione in vigore in Licia può essere ricostruito anche alla luce di un'iscrizione di Myra dell'inizio del II sec. d.C., che testimonia il fatto che la città riscuoteva il *portorium* per quota autonomamente, ma pagava alla cassa federale una cifra forfettaria; a sua volta anche il *koinon* provinciale versava ogni anno al fisco una somma prestabilita. L'epigrafe di Andriake chiarisce la natura dell'imposta prelevata a Myra: una *quadragesima*, la cui riscossione era affidata a esattori locali (della città e della lega). Il *koinon* si trovava ad avere controllo sulle importazioni in ed esportazioni dalla Licia, svolgendo un ruolo di tramite tra governo centrale e contribuenti, che limitava il potere di iniziativa e di intervento dei *publicani*. Per l'A. l'epigrafe di Myra, precisando alcuni aspetti della riscossione della *quadragesima*, conterrebbe un rinvio alla legge doganale valida per la Licia e il *nomos* citato andrebbe identificato proprio con la legge doganale di Andriake. È quindi analizzato il regolamento della città caria di Cauno: l'epigrafe di età adrianea riporta un decreto della *boulè* connesso a una donazione, in conseguenza della quale si modificano, confermano e chiariscono alcune regole in materia doganale da applicare alla città, nella quale l'imposta prelevata era una *vicesima*, quindi il doppio rispetto a quanto riscosso nella provincia di Licia. Per l'A. l'*ellimenion* è probabilmente da identificare con l'imposta doganale. Alla luce del confronto con l'iscrizione di Andriake, l'A. propone di ammettere che la legge doganale provinciale (i.e. la *lex portorii Lyciae*) si applicasse per gli aspetti che non erano esplicitamente normati dalla legge doganale cittadina. Cauno poteva, cioè, riscuotere da

sé e a proprio vantaggio i dazi e anche decidere esenzioni, mentre a Myra, dove la gestione del *portorium* era ugualmente affidata alla città, ciò si realizzava all'interno dell'organizzazione doganale provinciale. Infine, si passa a discutere del progetto di Nerone contro la rapacità dei pubblicani: l'abolizione dei *vectigalia*; tuttavia, come racconta Tacito (*Ann.* 13.50-51), il senato indusse il *princeps* a ritirare la sua proposta. Nerone però emanò un editto per limitare almeno gli abusi dei *publicani*: questa, secondo l'A., era la vera *ratio* sottesa alla prima proposta, e non era un attacco ai senatori o agli *equites*, diversamente coinvolti nella questione. Tenendo in considerazione questo editto del 58 d.C., l'A. osserva che la trascrizione su marmo della legge doganale d'Asia era probabilmente dovuta a un ordine del governo centrale più che a scopi amministrativi, e che quindi la pubblicazione della *lex portus Asiae* sarebbe una conferma dell'applicazione dell'editto e non una semplice coincidenza, proprio alla luce del ritrovamento della *lex portorii provinciae Lyciae*. I documenti di Efeso e di Andriake, valutati congiuntamente all'editto di Nerone, dimostrerebbero dunque che per volontà del *princeps* le disposizioni relative alla riscossione delle imposte dovevano essere pubbliche e la trascrizione delle *leges* di Efeso e Andriake sarebbe proprio l'esito di quel processo.

Se pur in apparenza i due argomenti, il commercio e le dogane, esaminati nei primi due capitoli, sembrano paralleli ma non connessi, trovano una piana sintesi nel terzo, in cui si indaga la possibile consapevolezza delle conseguenze economiche di una politica doganale. Se da una parte è immediatamente evidente lo scopo fiscale del *portorium*, è ancora discussa l'esistenza di una politica protezionistica. Partendo dall'episodio di Fonteio, governatore della Gallia Narbonense, accusato di *repetundae* e difeso da Cicerone nel 70 a.C., che avrebbe aggiunto al *portorium* già appaltato ai *publicani* anche delle contribuzioni straordinarie e provvisorie sul vino esportato, si discute sullo scopo di tali misure. In generale le barriere doganali poste ai confini dell'impero sembrano aver avuto tassi maggiori rispetto ai dazi riscossi all'interno e ciò sarebbe stato motivato, in particolare per le merci in entrata sulle frontiere orientali, dalla volontà di evitare un drenaggio di metalli preziosi verso l'esterno dell'impero. È possibile per l'A. tuttavia escludere una funzione protezionistica di queste normative, ma ciò non implicherebbe l'assenza di un'idea di politica doganale, anche solo per mantenere l'equilibrio del *budget*. L'A. però si spinge oltre, arrivando a dimostrare che il *portorium* in realtà potrebbe anche esser usato come un incentivo al commercio locale, in particolare per Cauno e per Myra (la cui documentazione era stata già analizzata nel capitolo precedente). Per la prima località è messa in evidenza l'esenzione (*ateleia*) dalla tassa di esportazione di cui godevano

i mercanti stranieri qualora avessero portato via entro venti (o trenta, a seconda dei casi) giorni la merce invenduta. Questa pratica avrebbe favorito i mercati locali e il ricambio delle merci. I mercanti stranieri avrebbero invece pagato la tassa di importazione ma non quella di esportazione, se avessero portato via la merce entro venti o trenta giorni, a condizione però che mettessero in vendita almeno un terzo dei loro beni (i soli su cui avrebbero pagato una tassa di esportazione in caso di vendita infruttuosa). Per quanto riguarda i mercanti che portavano merci a Myra, giungendo da territori esterni alla provincia di Licia, il dazio di importazione non era prelevato all'ingresso della città, ma al momento della vendita del bene. Le merci in transito o invendute dovevano essere semplicemente registrate, senza ulteriori tasse. Solo i prodotti non venduti a Myra (perché non vi erano stati acquirenti o perché destinati ad altri mercati) erano sottoposti a un dazio di esportazione. L'epigrafe di Myra conferma l'idea di una politica doganale federale, in quanto il dazio di esportazione doveva essere versato ai pubblicani della Lega Licia. Come visto, l'imposta in questione era una *quadragesima*, ma era riscossa dai pubblicani locali e i proventi andavano nelle casse cittadine e federali (con una quota forfettaria di 7.000 denari), specchio, in questo, della organizzazione doganale preromana. L'imposta doganale, quindi, si pagava una sola volta nel territorio della lega licia, qualora l'importazione avvenisse attraverso il porto di Myra, se le merci erano destinate al mercato locale. Se invece Myra era solo il punto di ingresso nella Lega, ma le merci erano destinate ad altri mercati della Licia, era la Lega licia che si occupava della riscossione. L'obiettivo di entrambe le norme sarebbe quindi quello di favorire l'ingresso di merci provenienti dall'esterno sul mercato del licio, evitando di esigere un duplice dazio di importazione ed esportazione. Vi era dunque da parte romana la consapevolezza di poter indirizzare il mercato e ne è dimostrazione una disposizione della *Lex portus Asiae*, che disciplinava il passaggio ripetuto attraverso la stessa stazione doganale nello stesso anno: in tale circostanza non doveva essere pagato due volte il dazio; di ciò avrebbero beneficiato coloro che passavano ripetutamente nel corso dell'anno nello stesso punto di confine o per lo stesso porto con la stessa merce, come i piccoli commercianti che vendevano nei mercati periodici. Ne consegue quindi che non vi era solo uno scopo fiscale in queste normative, ma vi era un sostegno anche ai mercanti che riesportavano le proprie merci, favorendo quindi i traffici commerciali. Le disposizioni di Cauno si innestavano dunque su una comune politica doganale, al netto dell'autonomia di cui godeva la città. Se è probabile che nell'organizzazione doganale romana mancasse, almeno inizialmente, una normativa sui beni in transito, questa era presente invece proprio nell'iscrizione efesina

appena citata, in base alla quale godevano di un'esenzione in particolare coloro che passavano ripetutamente con la stessa merce nella stessa stazione doganale. L'A. è netta sulla questione «un dato mi pare certo: esiste una disciplina particolare per coloro che riesportano immediatamente le loro merci». Per le merci in transito via mare o via terra vi era solo l'obbligo della *professio*, a meno che non fossero portate via il giorno seguente; in tal caso non vi era neanche questa pratica da espletare. La *professio* serviva per prevenire frodi ed evasioni. Sono poi discusse congiuntamente le iscrizioni, rinvenute in Numidia, di Zarai (del 202 d.C.) e di Lambaesis (della prima metà dei II sec.), che molto hanno in comune. La lettura di queste due epigrafi serve a delineare sia in quale cassa fossero versati i profitti dell'imposte prelevate in tali località, sia chi decidesse tariffe ed esenzioni, *i.e.* se la gestione del *portorium* dipendesse da autorità locali o romane. La Tariffa di Zarai sembra aver avuto un carattere locale, ma ciò non vuol dire che questa località avesse un'autonomia doganale né che il dazio fosse municipale. Per l'A. il testo contiene una versione della tariffa anteriore alla partenza della coorte da Zarai e una successiva, modificata per la partenza della coorte. In entrambi i casi, tuttavia, il riferimento alla *lex portus*, presente nell'iscrizione, richiamava un regolamento cittadino applicato in questa località. Per quanto attiene al rapporto tra il valore del bene commercializzato e il *portorium* riscosso, i dazi della tariffa di Zarai e quasi sicuramente quelli di Lambaesis erano fissi, mentre quelli sulle merci non espressamente citate erano probabilmente calcolati in base a un'altra normativa parzialmente modificata o integrata da questa del 202 d.C. Per quanto attiene alle esenzioni contenute nella medesima epigrafe, le due immunità riguarderebbero due livelli regolamentari: la prima avrebbe una funzione più specifica, legata all'attività economica del posto, in quanto faceva riferimento al bestiame per le *nundinae*; la seconda ne avrebbe una più ampia, volta a stabilire un'immunità, valida per le bestie da soma e da tiro in tutto il territorio provinciale e riconosciuta dall'autorità romana. Quest'ultima riguarderebbe in particolare due categorie di essi, i *pecuaria*, le greggi, probabilmente in transito, e gli *iumenta*, per il trasporto. Tutte queste testimonianze dimostrano che il *portorium*, come d'altronde tanti altri aspetti dell'economia, della cultura e del diritto romani, doveva tenere conto della realtà del territorio e adattarsi ad essa, e che quindi esso non era applicato senza distinzioni. Nelle conclusioni si ripercorre la riflessione su quale fosse l'onere del *portorium* nell'economia, se vi fosse consapevolezza di esso presso i Romani e quanto condizionasse l'andamento dei traffici. Se le aliquote doganali di per sé non erano eccessivamente gravose, poteva esserlo tuttavia l'insieme di dazi, pedaggi e dogane, ma le testimonianze attuali non

permettono di stabilire fino a che punto. L'A. giustamente evidenzia che ogni intervento fiscale comportava una distorsione sul prezzo finale, ma senza ostacolare completamente il mercato. Tale distorsione poteva essere sia voluta che imprevista, sia frutto di una scelta romana che di una eredità preromana. Tutto ciò fece del *portorium* sia una fonte di entrata per Roma, sia soprattutto uno strumento economico e politico.

Roma, dicembre 2024

RASSEGNE

'Ignorantia vel facti vel iuris est'. L'errore fra passato e presente. Atti del convegno di Trento, 16-17 maggio 2022, a cura di Sabrina Di Maria e Gianni Santucci «Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Quaderni, 10» (Napoli, Jovene editore, 2023) p. x, 227.

Collettanea in tema di errore quale vizio della volontà nell'ambito dell'attività negoziale in diritto romano e nella tradizione civilistica, riproposto inizialmente in occasione (come precisano i due ottimi curatori, Sabrina Di Maria e Gianni Santucci nella *Premessa*, p. vii-viii) della pubblicazione postuma, edita e introdotta da Iole Fargnoli, dell'opera, che peraltro reindirizzò la distinzione tra errore-vizio (o errore-motivo) ed errore ostativo (o nella dichiarazione) nella nuova differenziazione fra errore-interno ed errore esterno, del professore nell'Università di Berna, Philipp Lotmar, *Das römische Recht vom Error* 1-2. Herausgegeben und eingeleitet von Iole Fargnoli, «Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, 316.1-2» (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2019) p. xxxii, 644; 645-1126. In apertura, Tommaso dalla Massara, *Introduzione ai lavori*, p. ix-x, specifica con acume critico che «nel tema dell'errore gli organizzatori hanno individuato un campo problematico di straordinaria complessità ...; rispetto a questo campo, lo studioso delle fonti romane può offrire una visione di formidabile interesse, utile alla decostruzione e ricostruzione delle strutture giuridiche che su quello stesso campo problematico sono state edificate nel corso di una storia bimillennaria» e illustra, quindi, «la scelta di dar vita a un intreccio tra prospettive disciplinari differenti ... qui si tratterà ancor più di destrutturare un castello dogmatico consegnatoci prevalentemente dal pensiero ottocentesco – poggiante sulla sovranità indiscussa della sovranità del volere – per recuperare la complessità originaria del tema». I tredici contributi si collocano, infatti, in un' ampia e riuscita dimensione romanistica, storico-giuridica e comparativa, e sono i seguenti: Marina Frunzio, *L'error iuris nella prospettiva della giurisprudenza romana: considerazioni*, p. 1-20, passa in rassegna la casistica scaturente dai brani dei giuristi classici, con particolare riferimento a Nerazio e la sua fondamentale distinzione dell'errore di diritto dall'ignoranza di fatto, in linea con lo *ius finitum* in D. 22.6.22 (5 membr.), nonché a Paolo (D. 22.6.9 pr.-6, dal suo monografico *Liber singularis de iuris et factis ignorantia*, contenente la regola generale che l'ignoranza di

diritto nuoce a chiunque, mentre l'ignoranza di fatto non nuoce) da cui, per l'incipit del frammento in D. 22.6.1 pr.- 4 (*Ignorantia vel facti vel iuris est*), è stato tratto il titolo stesso del volume; Riccardo Fercia, *L'exceptio in factum ad impugnandam actionem a favore dell'error lapsus*, p. 21-44, rileva nei medesimi giuristi classici la centralità dell'errore ostativo, la quale sarà invece dell'errore motivo nell'attuale configurazione codicistica, per delineare poi le concrete 'ricadute rimediale' e la genesi dell'annullabilità per errore essenziale; Alessia Legnani Annichini, *L'errore-vizio nella dottrina basso-medievale*, p. 45-76, partendo dal brocardo «*Errantis voluntas nulla est*», si sofferma sull'apporto dei glossatori e dei commentatori, alla base della configurazione del vizio del consenso ora in cod. civ. it. all'art. 1427 (*Errore, violenza e dolo*); Johannes Michael Rainer, *L'errore nel diritto austriaco: aspetto storico*, p. 77-82, ricostruisce in sintesi l'apporto dato in Austria alla definizione dell'errore da Karl Anton von Martini (1726-1800) e da Franz von Zeiller (1751-1828); Daniele Mattiangeli - Sophie Kirchgasser, *Il problema della «Vertrauenslehre» dell'errore giuridico nella giurisprudenza austriaca attuale alla luce di alcuni casi pratici*, p. 83-96, espongono le particolarità mantenute dalla disciplina dell'errore nel diritto austriaco (§ 871 ABGB); Martin Schermaier, *Teologia morale e il diritto europeo dell'errore*, p. 97-127, svolge una panoramica del robusto apparato concettuale che sorregge nella tradizione civilistica il 'doppio sguardo' rivolto all'*error* e all'*ignorantia*, sin dalla dottrina aristotelica dell'attribuzione, attraverso la giurisprudenza romana e la teologia morale, fino alla rivisitazione globale realizzata di Lotmar; Thomas Finkenauer, *L'alterazione del fondamento negoziale e l'errore sul motivo nel diritto tedesco*, p. 129-142, intraprende una specifica analisi della disciplina inerente l'errore in Germania, a norma del § 313 del BGB, così come introdotto dalla riforma nel 2002 del diritto delle obbligazioni; Antonio Albanese, *Errore e obbligo precontrattuale di informazione*, p. 143-166, va alle radici dei rimedi invalidanti e risarcitori previsti a tutela dell'affidamento e della connessione tra l'errore classificato come vizio della volontà e gli obblighi cosiddetti precontrattuali di informazione; Andrea Nicolussi, *Conclusioni di diritto civile*, p. 167-174, riepiloga alcuni risultati e conseguenze scaturenti dal convegno tridentino in materia di «*Irrtumslehre*» con particolare riferimento alle relazioni di Schermaier e di Albanese, ma pure con considerazioni personali a proposito dell'art 1345 cod. civ. it. sull'errore comune a entrambe le parti quale causa risolutiva del contratto come una sorta di norma di chiusura; Luca Nogler, *Sul metodo «Lotmar»: un'ipotesi di lavoro*, p. 175-189, inaugurando una finale 'sottosezione' pressoché tutta incentrata su Philipp Lotmar, di quest'ultimo ripercorre soprattutto l'attività scientifica da giuslaburista, con speciale riguardo al suo *opus magnum* in due tomi,

Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches (Leipzig 1902-1908); Riccardo Cardilli, *Error e Irrtum tra fondamento romano e discontinuità concettuale nell'opera di Philipp Lotmar*, p. 191-212, ricalcando in parte la sua rec., in *Tesserae iuris* I.1 (2020) p. 135-151, effettua competenti rilevi concernenti la Pandettistica in merito all'errore, in riferimenti al «libro di una vita» di Lotmar; Iole Fagnoli, *La lepre irraggiungibile. L'errore nell'inedito di Philipp Lotmar*, p. 213-224, benemerita artefice della riuscita dell'immane sforzo di pubblicazione postuma, spiega le fasi dell'impegno di Lotmar e le peripezie del manoscritto, ponendo infine in risalto il metodo capillare di reperimento delle fonti usato per formulare una teoria divergente da quella, destinata a imporsi come dominante, tuttavia, di Savigny; Laurens Winkel, *Philipp Lotmar /1850-1922) und seine Erörterungen über Error*, p. 225-227, conclude in bellezza la sua lunga esperienza maturata in argomento con osservazioni dense e profondamente istruttive sull'importanza dell'edizione postuma, in dialettica con l'elaborazione teoretica dell'errore che era stata esposta da Savigny, in *System des heutigen römischen Rechts* III (Berlin 1840) 325 ss.

[F. M.]

Sandro Schipani, *'Ius civile ad certum modum redigere'. La certezza del diritto e la codificazione del diritto in Cina. Scritti scelti*, a cura di Oliviero Diliberto e Antonio Saccoccio, (Napoli, Jovene editore, 2023) p. xx, 870.

Silloghe di scritti che non costituisce una normale raccolta di scritti ordinariamente detti 'minori', bensì un *unicum* editoriale romanistico per l'originalità e l'importanza rivestita dall'itinerario di ricerche e iniziative pionieristiche svolte da Sandro Schipani, nonché attività di diffusione e di studio del diritto romano da lui promosse e rivolte alla Cina. «Si tratta di contributi legati alla Cina per un duplice ordine di ragioni: o perché riguardano la Cina e il suo ordinamento giuridico, ovviamente considerato dal punto di vista di un romanista, come appunto Schipani; oppure perché si tratta di relazioni, Introduzioni, Presentazioni, anche solo Interventi di saluto offerti in occasione di Convegni o Seminari organizzati in Cina o in Italia e dedicati al diritto romano o al diritto cinese»; «idee emergenti dal dialogo con i giuristi cinesi e che si ritrovano nei lavori di Schipani qui raccolti sono senza dubbio la pluralità delle fonti del diritto romano, con particolare rilievo al ruolo dei giuristi, ai quali è affidato il '*ius cottidie in melius produci*'; la centralità della persona umana; la protezione del più debole, sia nel diritto dei contratti sia nella importante tematica del risarcimento dei danni e del ruolo della *culpa*; la solidarietà e la buona fede nel diritto dei contratti; la lotta alle usure e il perseguimento della giustizia sostanziale; in generale l'universalità del diritto romano, a ragione definito dagli stessi giuristi cinesi 'patrimonio comune dell'umanità (Jiang Ping); la 'crescita' continua del sistema (e di conseguenza la sua continua attualità) per opera dei giuristi...»: precisano così efficacemente gli ottimi curatori, Oliviero Diliberto e Antonio Saccoccio, nella *Prefazione*, p. xv-xix. In cinque sezioni sono stati raccolti ben 55 contributi, alcuni inediti in italiano. - Nella prima sezione (*Le origini*, p. 1-46), sono raccolti i primi saggi, dai quali si ricava l'emergere nella riflessione di Schipani dell'idea di un dialogo con i giuristi cinesi e l'inizio del sorgere della collaborazione scientifica con essi. Spicca la significativa riflessione personale retrospettiva in *Il diritto romano in Cina: patrimonio comune dell'umanità* (2009), p. 9-23. Qui v'è una pagina profondamente autobiografica davvero esemplare (p. 10), che riporta in estrema sintesi scelte di vita scientifica e accademica di uno studioso intellettualmente unico e coraggioso, protagonista di svolte epocali nella romanistica del secondo Dopoguerra: «A partire dal 1975, nell'ambito dell'attività del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano, ho quindi iniziato a dedicare una

particolare attenzione alle aree del sistema del diritto romano meno studiate e che sembravano, per così dire, periferiche ... In queste aree, peraltro, i contrasti politici e sociali si manifestavano in modo più acceso. Mi sono dedicato quindi anche allo studio della formazione del sistema giuridico latinoamericano come sottosistema del sistema giuridico romanistico. Ho coordinato studi sui Codici latinoamericani, sia quelli dell'Ottocento ('Codici della Indipendenza e della trasfusione del diritto romano'), sia poi quelli ultimi (Perù, Paraguay, Cuba, Brasile). Ho pure riflettuto sulla scienza giuridica latinoamericana, che meno di quella europea è stata imprigionata dallo statual-legalismo nazionalistico divenuto egemonico in Europa nella fine dell'Ottocento e prima metà del Novecento (e tuttora vivo). Sto dedicando energie ai processi di unificazione sovranazionale del diritto in taluni settori, a livello latinoamericano. I miei interessi si erano peraltro anche contemporaneamente estesi al permanere del carattere romanistico dei Paesi dell'Europa Orientale nell'epoca in cui in essi vi erano governi socialisti. Se ... non mi ascrivo fra gli storici, neppure ritengo che questi miei studi siano stati di 'diritto comparato': ho cercato di includere la storia nel sistema, di seguire le vicende della continua costruzione del sistema del diritto romano e dello sviluppo dei suoi principi [in nt: S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, 2ª ed., Giappichelli Editore, Torino, 1999]».- La seconda sezione (*Centri di studio, Congressi, Riviste. Corsi*, p. 47-172) si concentra in primo luogo sull'istituzione, sia in Cina sia in Italia, di Centri di studio sul diritto romano/cinese, segue un'ampia panoramica su iniziative, occasioni, celebrazioni, attività e periodici concernenti il diritto romano in Cina. Tra questi su tutti si leva la rivista fondata nel 1996 da Schipani e adesso degnamente diretta dall'allievo devoto Saccoccio, che reca ora la significativa denominazione completa di *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione dal diritto in Eurasia e in America Latina*. Dal 1991 al 1996, peraltro, rubriche apposite dedicate a *Il diritto romano in Cina* testimoniavano già l'appassionato impegno di Schipani, fautore di una caratterizzazione mondiale e transnazionale, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law*, di cui ben presto divenne componente del Comitato direttivo. - Nella terza sezione (*Le traduzioni*, p. 173-302) si riscoprono i tre filoni seguiti dallo studioso: il primo, riguardante traduzioni di fonti in cinese; il secondo, relativo alla traduzione in cinese di opere giuridiche italiane; il terzo, relativo alla traduzione di testi giuridici dal cinese all'italiano. Ma occorre indubbiamente ricordare altresì l'opera di traduzione dei *Digesta* giustinianeï, ideata e curata da Schipani stesso, pubblicata dalla casa editrice Giuffrè a iniziare dal 2005.- La quarta sezione (*Il diritto romano in Cina*, p.

303-546) ripercorre la progressiva maturazione della formazione del sottosistema giuridico cinese, attraverso saggi, articoli e contributi di Schipani, dalle prime notizie sulla recezione del diritto romano in Cina già nell'Ottocento e sino all'emanazione delle varie leggi che hanno preceduto l'entrata in vigore del Codice civile cinese nel 2021. - La quinta sezione (*Verso il Codice civile*, p. 547-866), la più corposa anche sul piano sostanziale e con inserti preziosi sul 'ponte' costituito dai codici civili dell'America Latina (di Argentina, Cile Ecuador, Colombia, Brasile e Perù), ricomprende i contributi sulla genesi nei giuristi cinesi della concezione di un'utilità di una codificazione civile. Concludono convincentemente i curatori che «emerge da questi scritti l'idea di Schipani per cui i Codici sono fatti da giuristi e devono tornare ai giuristi». Quindi, per usare un'espressione cara a Schipani (come ricorda in particolare Saccoccio nella *Postfazione*, p. 867-870), 'un tempo dei giuristi' (per l'espressione cara all'A. cfr. l'intervento del 2004 a p. 95-112: *Marco Polo, 750 anni: un "tempo dei giuristi"* e il contributo, *ibid.*, p. 525-546: *Un tempo dei giuristi: il sistema del diritto romano comune in Cina*) ottiene finalmente un suo spazio storico, definito e realizzato attraverso un tragitto di fenomeni complessi che è passato dall'esperienza giuridica in Roma antica fino all'attuale Repubblica popolare cinese, così come auspicava Schipani stesso (p. 23): «nei rapporti con la Cina, si potrebbe riconoscere un tempo degli ambasciatori, un tempo dei pellegrini, uno dei mercanti, uno dei missionari, uno dei navigatori. Dallo sviluppo dell'esperienza approfondita e dallo spirito di collaborazione di Marco Polo ci si può forse domandare se non sia scaturito per il momento presente anche un tempo dei giuristi».

[F. M.]

Marco Fasciglione, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale. Teoria e Prassi* (Giappichelli, Torino, 2024) p. 416.

Il lavoro persegue l'obiettivo di ricostruire il sistema internazionale su impresa e diritti umani, chiarendone gli elementi istituzionali, le regole già cristallizzate e quelle in via di definizione, ma anche analizzandone le tendenze evolutive ed i cambiamenti di paradigma che hanno reso gli studi su impresa e diritti umani (*Business and Human Rights*) area meritevole di autonoma indagine. A tal fine, e sotto un primo punto di vista, le caratteristiche del fenomeno oggetto di studio, che è per sua stessa natura 'transnazionale', possono essere pienamente comprese solo se ci si ponga nella prospettiva degli studi di diritto internazionale. In effetti, anche le piccole e medie imprese nazionali svolgono, attraverso la loro partecipazione alle catene globali del valore, attività economiche che hanno un carattere transnazionale. D'altro canto, gli strumenti emersi, o in via di consolidamento, in materia sono strumenti tipici del sistema giuridico internazionale. Sotto un secondo punto di vista, l'area in oggetto, ritenuta dallo *Special Representative of the Secretary-General on human rights and transnational corporations and other business enterprises* espressione di un processo di costruzione sociale, offre una plastica rappresentazione delle dinamiche e delle tensioni esistenti dal punto di vista della creazione di un sistema globale fondato sulle connessioni tra diritto, morale e giustizia, funzionale alla promozione e all'affermazione dei valori collegati alla dignità umana. D'altronde, la materia *de qua agitur* inizia a essere caratterizzata da una prassi rilevante - non solo in termini quantitativi - e che risulta costituita in primo luogo da atti e strumenti adottati da organismi internazionali e nazionali, tanto nella forma di *soft law* quanto nella forma di atti normativi di *hard law* che sono adottati sia a livello di ordinamenti giuridici interni (si pensi alle legislazioni nazionali che fissano obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani per le imprese) sia a livello di ordinamenti

sovrnazionali (un esempio è fornito dalla nuova direttiva UE sulla *Corporate sustainability due diligence*). In secondo luogo, e cosa non meno importante, siffatta prassi si estrinseca anche in un numero crescente di sentenze, decisioni, pareri, adottati di volta in volta da tribunali giurisdizionali nazionali, da corti internazionali – la Corte europea dei diritti umani, la Corte interamericana dei diritti umani, la Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli – da organismi quasi-giudiziari di monitoraggio – come ad esempio i *Treaty-based bodies* istituiti dalle convenzioni sui diritti umani esistenti in ambito onusiano – da tribunali arbitrali, e così via discorrendo. L’indice dei casi presentato alle fine del volume rende conto di tutta questa variegata, ed estremamente importante, prassi. La struttura del libro segue la sistematica tripartita che discende dal *Framework* elaborato dal Rappresentante speciale su imprese e diritti umani nel corso del suo mandato e che è confluito nei Principi Guida ONU su impresa e diritti umani adottati nel 2011. La prima Parte analizza l’obbligo che incombe sullo Stato di proteggere gli individui dalle violazioni dei diritti umani che avvengono nel quadro delle operazioni economiche delle imprese (lo *State Duty to Protect*). La seconda Parte si sofferma sulla responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani (la *Corporate Responsibility to Respect*), con il connesso dovere di diligenza sui diritti umani (la c.d. *Human Rights Due Diligence*) che pende sulle imprese. La terza Parte, infine, affronta il problema dell’accesso alla giustizia delle vittime di violazioni dei diritti umani che avvengono nel quadro delle operazioni delle imprese, con il loro diritto di accesso a dei rimedi effettivi ed efficaci (il c.d. *Access to Remedies*)

[A.L.]

Laura Pineschi, *Cultural Heritage, Sustainable Development and Human Rights: Towards an Integrated Approach* (London and New York, Routledge, 2024) p. 441.

La rilevanza del patrimonio culturale (tangibile e intangibile) ai fini dello sviluppo sostenibile è sempre più evidente nella prassi delle organizzazioni governative e non governative, a livello universale e regionale. La crescente consapevolezza della necessità di integrare la dimensione culturale nell'attuazione degli obiettivi dell'Agenda 2030 ha, infatti, portato a una proliferazione di iniziative che sottolineano l'importanza del patrimonio culturale come motore e strumento di realizzazione dello sviluppo sostenibile. Appare, inoltre, chiaro che l'intrinseco collegamento tra patrimonio culturale e sviluppo sostenibile non può essere pienamente valorizzato se non si considerano le diverse implicazioni che, da questa interconnessione, derivano per l'effettivo godimento di tutti i diritti umani, ivi compresi i diritti culturali. Sebbene, però, esista una letteratura scientifica, ampia e autorevole, volta ad analizzare le molteplici intersezioni tra patrimonio culturale e diritti umani, raramente l'interrelazione tra patrimonio culturale, sviluppo sostenibile e diritti umani viene affrontata nel rispetto di un approccio olistico. Il volume in esame si propone di colmare questa lacuna, attraverso l'adozione di un approccio integrato all'argomento in esame, sia pur concentrando l'attenzione su alcuni temi selezionati. In particolare, l'indagine si articola in tre parti: la prima, affronta alcune questioni generali, come il ruolo svolto dal principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale del patrimonio culturale e la dimensione umana del patrimonio culturale nella prospettiva della sostenibilità. Nella stessa sezione, altri contributi affrontano il medesimo tema da diverse prospettive, come il problema del coordinamento tra norme giuridiche confliggenti, la questione della tutela dei beni culturali nello spazio extra-atmosferico e in ambito rurale, o il difficile rapporto tra sviluppo sostenibile e cultura nel diritto dell'Unione europea. Nella seconda e terza parte, l'attenzione si concentra sull'intersezione, rispettivamente, tra patrimonio culturale tangibile, sviluppo sostenibile e diritti umani e tra patrimonio culturale intangibile, sviluppo sostenibile e diritti umani. Nell'ultima parte, alcune conclusioni generali vengono tratte dalle considerazioni prospettate nei precedenti capitoli, al fine di valutare i principali risultati ottenuti e i limiti strutturali (o le tensioni) che caratterizzano l'attuale regime giuridico internazionale.

Come obiettivo finale, la curatrice tenta di dare una risposta alla domanda che sottende l'intera indagine: l'attuazione di un approccio integrato e sistemico alla materia in esame è possibile e quali sono le questioni che restano ancora irrisolte?

[A.L.]

Fabrizio-Umberto Vattani (a cura di), *Mare Liberum, Mare Clausum. Quarant'anni dalla Convenzione di Montego Bay sul Diritto del Mare* (Milano, Giuffr , 2024) p. xxx, 307.

Il volume trae origine dal Convegno internazionale “*Mare Liberum, Mare Clausum*”, svoltosi a Venezia il 27-28 maggio 2022 per celebrare i primi quarant'anni della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del mare (UNCLOS), firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, e i trent'anni della sua entrata in vigore. L'incontro, organizzato dall'Istituto di Studi Militari Marittimi e la *Venice International University* in sinergia con l'Universit  “Ca' Foscari” di Venezia, ha visto la partecipazione di alcuni tra i massimi esperti mondiali della materia. I lavori, di cui costituiscono testimonianza i saggi contenuti in questo libro, si sono sviluppati attraverso quattro sessioni complementari tra loro e hanno esplorato l'UNCLOS da diversi angoli visuali culminando nell'elaborazione del *Venice Statement on the United Nations Convention on the Law of the Sea and Sustainability*, riportata in appendice, strumento che   stato trasmesso all'Organizzazione delle Nazioni Unite e all'Unione europea per facilitare i negoziati in corso e l'applicazione di detta convenzione a materie che non erano state pienamente regolate al momento del varo della “costituzione dei mari”. Tale assetto si riflette nella struttura di questo volume che esamina alcuni aspetti concernenti la genesi della UNCLOS e i negoziati sull'Accordo sulla biodiversit  marina delle aree al di l  della giurisdizione nazionale BBNJ (Parte prima); il contributo della UNCLOS ai fondamentali temi della libert  e dominio del mare (Parte seconda), al rapporto tra libert  e sicurezza del mare (Parte terza) nonch  alla soluzione delle controversie internazionali sul diritto del mare (Parte quarta). Pi  specificamente i saggi contenuti nel volume sono cos  ripartiti: sulla genesi dell'UNCLOS e gli sviluppi successivi scrivono Giuseppe Cataldi (*La Zona economica esclusiva italiana nel quadro dell'evoluzione dell'UNCLOS*), Marco Della Seta (*I negoziati in corso nell'ambito della UNCLOS - Il BBNJ*), Gemma Andreone (*Prime riflessioni sull'accordo internazionale sulla conservazione e uso sostenibile della diversit  biologica marina delle aree oltre la giurisdizione nazionale*); su Libert  e dominio del mare ragionano Fabio Caffio (*La ZEE e lo sfruttamento del mare*), Marco Piredda (*Risorse energetiche e diritto internazionale*), Tullio Scovazzi (*La tutela del patrimonio culturale sottomarino, con particolare riguardo al Mare Mediterraneo*), Giuseppe

Nesi (*Innalzamento del livello dei mari e diritto internazionale: le questioni riguardanti le linee di base e i limiti delle zone di mare nella prassi più recente*); su Libertà e sicurezza del mare riflettono Francesco Zampieri (*Libertà e sicurezza del mare*), Natalino Ronzitti (*UNCLOS e attività militari*), Jean Paul Pierini (*Il regime della protezione dei cavi e delle pipeline sottomarine: status e carenze della regolamentazione rinvenibile nell'UNCLOS*), Patricio I. Barbirotto (*La guerra russo-ucraina e l'applicazione della UNCLOS in tempi di conflitto armato*); sulle controversie sul diritto del mare inferiscono Fabrizio Marrella (*La soluzione delle controversie sul diritto del mare: disegno e prospettive dopo quarant'anni*), Ida Caracciolo (*Il contributo dell'ITLOS alla prevedibilità e alla stabilità del diritto del mare*), Marco Lopez de Gonzalo (*Arbitrato marittimo*), Ernst Ulrich Petersmann (*International Economic Law and the Law of the Sea*), Gabriele Asta (*Alcune osservazioni sulla funzione consultiva del Tribunale internazionale per il diritto del mare*).

[A.L.]

ELENCO AUTORI

FRANCESCO ARCARIA, *Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano e di Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Catania*

URBANO CRISTINI, *Dottore di ricerca in Storia romana*

ANTONIO LEO DE PETRIS, *Abilitato alle funzioni di professore di II fascia in Diritto romano e diritti dell'antichità*

ROCCO FAVALE, *Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Camerino*

LORENZO GAGLIARDI, *Professore associato di Istituzioni di diritto romano nell'Università degli Studi di Milano*

MARIA PIA GASPERINI, *Professoressa associata di Diritto processuale civile nell'Università di Camerino*

PAOLA LAMBRINI, *Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto romano e di Fondamenti del diritto europeo presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*

AGOSTINA LATINO, *Professoressa aggregata di Diritto internazionale presso l'Università di Camerino*

MARIA PAOLA MANTOVANI, *Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Camerino*

FABIO MARINO, *Ricercatore nell'Università degli Studi di Padova*

LUIGI MARUOTTI, *Presidente del Consiglio di Stato*

FRANCESCO MASTROBERTI, *Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Bari*

FELICE MERCOGLIANO, *Professore ordinario di Istituzioni e storia del diritto romano nell'Università degli Studi di Camerino e affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università degli Studi di Chieti-Pescara*

MARIA MIAZZI, *Cultore della materia di Istituzioni di diritto romano nell'Università degli Studi di Milano*

GIUSEPPE MORO, *Ricercatore in Filosofia del diritto presso l'Università Telematica Pegaso*

LUCA PETRELLI, *Professore ordinario di Diritto agrario nell'Università degli Studi di Camerino*

FEDERICA PRATO, *Dottoranda di ricerca in Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II*

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Professore ordinario di Diritto civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II*

STEFANIA ROMEO, *Ricercatrice nell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria*

GIANNI SANTUCCI, *Professore ordinario di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo, Alma Mater Studiorum Università di Bologna*

GIORGIO SICA, *Dottore di ricerca dell'Università di Napoli Federico II*

STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *Professore associato di Diritto ecclesiastico e canonico, Università degli Studi di Camerino*

FABIANA TUCCILLO, *Professoressa ordinaria di Storia della costituzione romana presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II*

GIOVANNI VARANESE, *Professore ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università del Molise*

MASSIMILIANO VINCI, *Professore associato di Diritto romano e Fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

ALBERTO ZINI, *Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Padova*

Finito di stampare nel gennaio 2025.

