

La fortuna delle *res communes omnium*. Cenni sulla storia di un concetto

Stefania Romeo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La classificazione romana delle cose. Gaio e Marciano. – 3. Le *res communes omnium* in Marciano e nella giurisprudenza precedente. – 4. Le cose comuni di tutti *iure naturali*. – 5. La fortuna delle *res communes omnium*.

1. *Premessa*

L'attuale e non sopito “scontro” sulla categoria e sul concetto stesso di beni comuni¹ reca non poche suggestioni per lo storico del diritto chiamato ad offrire i propri strumenti ermeneutici per ricercare le ragioni di un dibattito.

D'altro canto, proprio il confronto sui beni comuni ha rivitalizzato la riflessione romanistica sulle *res communes omnium*, presenti nell'elenco marciano delle cose, ma considerate una categoria «non universalmente conosciuta dai giuriconsulti romani»².

Si tratta allora di riflettere sulla natura e sul fondamento giuridico delle cose che, per natura, sono “comuni di tutti” all'interno della divisione romana delle cose ed in relazione al contesto organizzativo ed alla dimensione ideologica in cui tale ipotesi concettuale prende corpo, senza tentare forzature concettuali intorno

¹ Sul tema quale “terreno di scontro” M. Luciani, *Una discussione sui beni comuni*, in *Dir. e soc.*, 2016, 3, 375 ss. La letteratura, italiana e straniera, sul tema dei beni comuni è vastissima. In una prospettiva comparatistica v. per tutti B. Biscotti, *Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni*, in L. Garofalo (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 2016, 1 ss.

² G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una 'nota di lettura' di F. Gallo*, in *RDR*, 1, 2001, 29. E, d'altronde, «le partizioni enunciate da Marciano non possono essere sovrapposte a quelle enumerate da Gai. 2 *inst. D. 1.8.1*» (M. Falcon, *Res communes omnium e diritto dell'“outer space”*. *Contributo al dialogo sulla “Roman space law”*, in *TSDP*, XII, 2019, 22).

ad una identità terminologica³, ma senza neppure rinunciare ad offrire una lettura storicamente orientata di una questione prepotentemente attuale.

2. *La classificazione romana delle cose. Gaio e Marciano*

Come noto, Gaio tratta della *rerum divisio* nel secondo commentario, *de rebus* appunto, cui segue la disciplina dei modi di acquisto.

Gai. 2.1: *superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus: quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur. 2. Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani 3. Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae*

Dopo avere distinto⁴ tra *res in nostro patrimonio* e *res extra nostrum patrimonium*, Gaio individua la *summa rerum divisio* in quella tra *res divini iuris* (*sacrae*,

³ Premesso un rilievo generale sul ruolo degli studi storico-giuridici nell'attuale panorama giuridico europeo («voler cercare per forza antecedenti romani (o non piuttosto romanistici?) dei problemi che affliggono il mondo attuale serve solo a confondere il dibattito sulle soluzioni da adottare per risolverli e non apporta alcuna utilità alle discipline storiche. La comparazione tra epoche diverse, tra passato e presente, ha sì un senso, ma secondo me andrebbe condotta depurandola dall'intenzione di mostrare che i Romani avessero già elaborato le soluzioni a tutti i mali del mondo moderno»), M. Fiorentini, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, in *BIDR*, 111, 2017, 82, qualifica come «ingannevole» l'«equivalenza concettuale tra *res communes omnium* e beni comuni, come emergente frequentemente dal dibattito sui beni comuni [...] perché attribuisce alle prime lo statuto delle proprietà collettive», 88). Sul punto v. anche Id., *Res communes omnium e commons. Contro un equivoco*, in *BIDR*, 113, 2019, 153 ss., ove ribadisce la posizione critica nei confronti dei «mostri giuridici, come quello della nozione di *res communes omnium* usata per declinare gli usi moderni delle risorse collettive, o la libertà di accesso allo spazio interplanetario» (181). Sulla non assimilabilità delle *res communes* romanistiche ai beni comuni del dibattito attuale v. anche M. Falcon, «*Res communes omnium*»: vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, in L. Garofalo (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, cit., 108, per il quale l'essere la *res communis* un «tipo di bene che si poteva osservare nel mondo reale come naturalmente (per *ius naturale*) non passibile di apprensione 'tout court' da parte dei privati (ma anche delle collettività pubbliche, compresa la *civitas*)» rende la nozione di *res communis* dei Romani ben diversa da quella di cosa comune oggi positivizzata dalla Commissione Rodotà. Alla «concezione strutturalista» dei Romani, «frutto dell'osservazione pratica di ciò che è 'bene comune' e della sua descrizione per tratti intrinseci e ontologici» si contrappone quella dei moderni «prettamente 'funzionalista', che parte dal diritto fondamentale da soddisfare per dedurre – osservando quale sia il bene atto a questo dichiarato scopo – la nozione, necessariamente casistica e aperta, di 'bene comune': «il problema del dominio esclusivo del 'bene comune' da parte di un qualsivoglia ente pubblico o privato non si poneva, innanzitutto, sul piano pratico, a causa dell'assenza della tecnologia necessaria a porre in essere un'operazione materiale di appropriazione», laddove, oggi «molti dei cd. 'beni comuni', anche se forse non sempre privatizzabili attraverso l'apprensione materiale, sono invece passibili di separato dominio attraverso la loro distruzione». Si aggiunga che mancava ai giuristi romani «l'intento prescrittivo» che anima il dibattito attuale e che ha per scopo «di isolare la categoria per proteggerla, spostarla in una 'riserva naturale del diritto' nella quale i beni comuni possano vivere indisturbati dagli istinti predatori di singoli e collettività».

⁴ Unico tra i giuristi – che, invece, parlano di *res in commercio* e *res extra commercium* (D. 20.3.1.2, Marcian. *l. sing. ad formulam hypoth.*; D. 45.1.34, Ulp. 48 *ad Sab.*; D. 18.1.34.1, Paul. 33 *ad ed.*; D. 18.1.6 pr., Pomp. 9 *ad Sab.*) – ma seguito da Giustiniano che specifica la bipartizione in una quadripartizione (I. 2.1.1-10).

religiosae e *sanctae*, Gai. 2.4-8; I. 2.1.7-10) e *res humani iuris*. Le *res humani iuris* sono poi distinte in *res publicae* e *res privatae*.

Gai. 2.10: *Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. 11. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae sunt, quae singulorum hominum sunt.*

Le cose pubbliche non appartengono a nessuno, non sono cioè suscettibili di entrare nel dominio esclusivo di alcuno perché sono della *universitas*; quelle private appartengono ai singoli e, a loro volta, si distinguono in *res corporales* e *res incorporales* (Gai. 2.12-14), *res Mancipi* e *nec Mancipi* (Gai. 2.14a-16; 1.120).

Nel terzo libro delle sue Istituzioni, in un passo inserito nel titolo VIII del libro I (*de divisione rerum et qualitate*) dei Digesta, Marciano dice che alcune cose sono comuni di tutti per diritto naturale, alcune sono di una collettività, alcune di nessuno⁵; le più numerose sono dei singoli, le quali vengono acquistate da ciascuno in base a varie cause. Sono comuni di tutti, per diritto naturale, l'aria, l'acqua corrente, e il mare, e in ordine a questo, i lidi del mare⁶. Alle cose comuni, a quelle delle *universitates*, alle *res nullius*, Marciano contrappone i beni che sono in proprietà privata. Le *res communes omnium* sono qualificate tali *iure naturali* e *iure naturali* non sono suscettibili di «cadere sotto il controllo esclusivo di un uomo o di più uomini»⁷. La collocazione al primo posto della classificazione sot-

Sulla classificazione delle *res* da parte dei giuristi romani v. G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una 'nota di lettura' di F. Gallo*, cit., 15 ss. Per un confronto tra la trattazione gaiana e quella giustiniana, v. G.G. Archi, *La summa divisio rerum in Gaio e Giustiniano*, in *SDHI*, 3, 1937, 5 ss., nonché, più in generale, C. Busacca, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, Villa San Giovanni, 1981. Con specifico riferimento alla distinzione tra *res in nostro patrimonio* e *res extra nostrum patrimonium*, v. M. Genovese, *Res in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium. Valenza giuridico-istituzionale della partizione*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli, 2007, 2133 ss.

⁵ Nelle *res nullius* sono comprese, secondo Marciano, anche le *res sacrae, religiosae et sanctae*: D. 1.8.6.2, Marcian. 3 *inst.* (*sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt*).

⁶ Sulla tassatività dell'elenco marciano v. D. Dursi, *'Res communes omnium'. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017, 10, per il quale «l'articolazione testuale del frammento risulta categorica (*et quidem naturali iure omnium communia sunt illa*) e priva di aperture che possano lasciare immaginare l'eventuale inclusione di altre e diverse *res*, che del resto non emergono dalle fonti». V. anche Id., *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma, 2019, 155, ove, oltre al «dato testuale, categorico [...]», rileva l'ulteriore argomento per il quale «i beni comuni di tutti, avendo [...] caratteristiche e disciplina assai peculiari in quanto essenziali alla sopravvivenza della specie umana, non potrebbero che essere i soli indicati dal maestro severiano». Nella stessa direzione già M. Falcon, *'Res communes omnium': vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, cit., 136, per il quale «la nozione 'descrittivo-naturalistica' che si può desumere dalle quattro *res* elencate difficilmente potrebbe essere applicata ad altre cose», e A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati*, 31, 1962-1963, 240, per il quale l'elenco tracciato da Marciano «è specifico, contemplando [...] solo *aer, aqua profluens, mare et litora maris*».

⁷ V. Mannino, *Il «bene comune» tra precedente storico e attualità*, in A. Palma (a cura di), *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, II, Torino, 2013, 528.

tolinea che «tali *res* erano qualitativamente all'apice della gerarchia delle relazioni che l'uomo poteva avere con le *res*»⁸.

D. 1.8.2 pr., Marcian. 3 *inst.*: *duaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. 1 Et quidem naturali iure omnium communia illa sunt: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Rispetto a Gaio, dunque, Marciano non menziona le *res publicae*⁹. E Gaio ignora la categoria delle *res communes omnium*, ossia quelle cose, quali appunto *aer, aqua profluens*¹⁰, *mare et per hoc litora*, che secondo il *ius naturale* sono destinate all'uso comune degli uomini.

Giustiniano, nel titolo I del libro secondo delle Istituzioni, rubricato *della divisione delle cose*, cerca di comporre le diverse ed all'apparenza contrastanti sollecitazioni dei giuristi, e, se da un lato, e nonostante i mutamenti nel frattempo intervenuti (abolizione della distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, nonché della *Mancipatio* e della *in iure cessio*), richiama la *divisio rerum* gaiana tra *res in patrimonio* e *res extra patrimonium*, dall'altro recepisce la categoria marcianea delle *res communes omnium*.

I.2.1 pr.: *superiore libro de iure personarum exposuimus: modo videamus de rebus. quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur. quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex*

⁸ V. Mannino, *Il «bene comune» tra precedente storico e attualità*, cit., 528.

⁹ Sulla diversa organizzazione delle *Institutiones* di età severiana rispetto al modello gaiano v. L. Maganzani, *Etica e diritto nella formazione del giurista: l'età severiana*, in *Jus*, 2, 2019, 24 ss.: i cinque giuristi severiani autori di *Institutiones*, Paolo, Ulpiano, Callistrato, Fiorentino e Marciano, «organizzano il loro materiale didattico in modo diverso da Gaio ma anche in modo molto diverso fra loro, non solo nei contenuti, ma anche nel numero dei libri, che sono soltanto due nell'opera di Paolo e Ulpiano, tre in quella di Callistrato, dodici e sedici in quella di Fiorentino e Marciano. Evidentemente essi non ritenevano le Istituzioni di Gaio un modello da seguire e ciascuno adottava scelte personali in ordine sia alle tematiche da trattare che all'organizzazione del relativo materiale».

¹⁰ Sul tema dell'acqua si è acceso negli ultimi anni un vivace dibattito. Cfr. J. Plescia, *The Roman Law of Waters*, in *Index*, 1993, 21, 433 ss.; G. Lobrano, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistemica e di iure condendo*, in *Diritto@Storia*, 3 – Maggio 2004; M. Fiorentini, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2010, 59 ss.; E. Cangelosi, *Publica e communis. Acqua, mondo romano e beni comuni*, Roma, 2014. Sul mare v. M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003; G. Sanna, *Il mare patrimonio dell'umanità: l'esperienza giuridica romana*, estr. da *Aa.Vv.*, VI *Settimana della cultura scientifica – 22-31 marzo 1996*, Sassari 1996, 1 ss.; R. Ortu, «Mare quidem commune certost omnibus», in L. Garofalo (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, cit., 165 ss. (contributo ripubblicato, con lievi varianti, Plaut. Rud. 975 «Mare quidem commune certost omnibus», in *JusOnline*, 2017, 2, 160 ss.). Sulle questioni giuridiche e processuali riguardanti il mare, il *litus*, la navigazione, quali risultanti dalle fonti, non solo giurisprudenziali, v. G. Purpura, *Varia de iure maris*, in G. D'Angelo, M. De Simone, M. Varvaro (a cura di), *Scritti per il novantesimo compleanno di Matteo Marrone*, Torino, 2019, 219 ss.

subiectis apparebit 1. et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare 2. flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus fluminibusque 3. est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

Giustiniano dice che alcune cose sono per diritto naturale comuni di tutti, alcune sono pubbliche, alcune della collettività, alcune di nessuno, molte di singoli, che a ciascuno si acquistano per varie cause. Le cose comuni di tutti per diritto naturale sono l'aria, l'acqua corrente, il mare e, di conseguenza, i lidi del mare.

Richiamando ancora altro frammento marciano (D. 1.8.4 pr., Marcian. 3 *inst.*), Giustiniano poi precisa che a nessuno è proibito accedere al lido del mare, purché però stia lontano da ville, monumenti ed edifici, che non sono di diritto delle genti come il mare. Tutti i fiumi e i porti sono pubblici: onde il diritto di pescare nei porti e nei fiumi è comune a tutti. Si ha lido del mare fin dove arriva l'onda invernale massima.

Il testo delle Istituzioni prosegue richiamando alcuni passi delle *res Cottidianae* (D. 1.8.5 pr., 1), in cui l'uso delle rive è qualificato *publicus iuris gentium*, e così l'uso dei lidi.

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

Dice Giustiniano che anche l'uso delle rive è pubblico di diritto delle genti come quello del fiume: quindi accostare ad esse l'imbarcazione, assicurare le gomme agli alberi su di esse cresciuti, deporre su di esse qualche carico, è in facoltà di ognuno, come navigare nel fiume. Ma la proprietà di esse è di coloro ai cui fondi esse ineriscono, e per questa ragione sono dei medesimi anche gli alberi su quelle cresciuti. Anche l'uso dei lidi è pubblico di diritto delle genti, come quello del mare, e dunque chiunque può realizzare sopra una capanna in cui ripararsi e asciugarsi le reti ritraendole dal mare. La proprietà di essi non è di alcuno e la loro condizione giuridica è uguale a quella del mare, e di ciò, terra o sabbia, che gli sta sotto.

Giustiniano, dunque, menziona le *res communes omnium* dell'elenco di Marciano, ma anche le *res publicae* «gaiane»¹¹, che erano invece scomparse nel testo di Marciano escerpito nei Digesta, cui aggiunge la categoria delle *res publicae* per diritto delle genti, ossia quei beni la cui proprietà non è di alcuno ed il cui uso è comune a tutti, come le rive ed i lidi.

3. *Le res communes omnium in Marciano e nella giurisprudenza precedente*

All'interno della *divisio rerum* proposta dalla trattatistica istituzionale, la categoria delle *res communes omnium* compare dunque solo in Marciano, che, «isolato» rispetto agli altri giuristi¹², e verosimilmente condizionato dalla sua formazione umanistica¹³, la introduce, senza menzionare le *res publicae*.

¹¹ Ipotizza una «suggerzione gaiana (v. Gai 2.10-11)» nell'aggiunta giustiniana delle *res publicae*, «che, però, rimane poi senza apposita considerazione nel seguito della trattazione di J», G. Falcone, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA*, 45.1, 1998, 285 nota 152.

¹² Così, dopo P. Bonfante, *Corso di diritto romano, II La proprietà*, parte I, ristampa corretta della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò, con l'aggiunta degli indici delle fonti, Milano, 1966, 53 («[...] questa celebre categoria risulta ignota non solo a Gaio, ma forse a tutti i giureconsulti romani [...] Marciano è isolato»), M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 382. In senso contrario G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una 'nota di lettura' di F. Gallo*, cit., 30 ss., per il quale accenni alle *res communes omnium* si trovano anche in altri giureconsulti. L'enunciazione in Marciano trova i suoi precedenti nella particolare configurazione giuridica del mare e del lido e nella assimilazione del primo all'aria. Questa è ricordata da Celso ed Ulpiano (D. 43.8.3.1, Cels. 39 dig.; D. 47.10.13.7 Ulp. 57 ad ed.), ad essa è equiparato il mare, e nel passo di Ulpiano anche i *litora maris*. L'*aqua profluens* è ricordata sempre da Ulpiano (D. 39.3.1.22, Ulp. 53 ad ed.), ma senza riferimento al suo carattere di *res communis omnium*. La categoria non era dunque nota al solo Marciano: «essa fu nota a Celso (che vi esclude il lido del mare, e mette bene in rilievo quella che secondo lui è la differenza fra la condizione del mare e del lido) e così pure ad Ulpiano. E se si considera come talora, pur chiamando pubblico il mare od il lido, ci si sforzi di metterne in risalto l'individualità, se si pone a raffronto la categoria delle *res publicae iuris gentium*, si può dire che l'enunciazione della categoria distinta delle *res communes omnium* e la sua estensione è il risultato di un'opera di elaborazione compiuta dalla giurisprudenza» (31).

¹³ Per la matrice letteraria e filosofica della categoria v. P. Bonfante, *Corso di diritto romano, II La proprietà*, parte I, cit., 55 ss. («la categoria delle *res communes* [...] è [...] un prodotto caratteristico della speculazione etico-filosofica») e 64, ove la qualificazione dell'*aqua profluens* come *res communis* è considerato un «sofisma [...] chiaro se si considerano le sue fonti. Non le norme giuridiche, ma i riguardi di socievolezza impongono di non rifiutare l'acqua o l'accesso ai corsi d'acqua, e ciò perché l'acqua e il fuoco, dice pure il nostro popolo, ripetendo un primitivo assioma di socievolezza, non si rifiutano a nessuno»). Per l'influenza della letteratura e della filosofia anche M. G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, 37, per la quale Marciano «aveva una educazione più umanistica che giuridica». Poiché dunque fu «fra tutti i giuristi [...] quello più incline e ricco di allusioni letterarie e filosofiche», «gli fu facile e naturale creare questa categoria delle *res communes omnium*, recependo un prodotto tipico della ricerca filosofica». Così anche P. Lambrini, *Alle origini dei beni comuni*, in *IURA*, 2017, 65, 415 (poi in L. Garofalo (a cura di), *I Beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, cit., 85 ss.), per la quale Marciano sarebbe quello tra i giuristi «più ricco di allusioni e reminiscenze letterarie e filosofiche». Peraltro, la genesi letteraria del concetto non implicherebbe la sua natura atecnica, la contaminazione con aspetti culturali costituendo, al contrario, «un contributo sostanziale per le caratteristiche proprie del dibattito sui beni comuni, che anche oggi vede una fortissima interazione tra aspetti giuridici e aspetti sociali» (416). Critica sul punto E. Cangelosi, *Pubblica e communis. Acqua, mondo romano e beni comuni*, cit., 113: «anche se è plausibile ritenere che l'inclusione delle *res communes* nella categorizzazione giuridica derivasse da un interesse

Dal confronto tra il frammento marciano dei Digesta e quello delle Istituzioni, la dottrina ha ascrivito la menzione delle *res publicae* al diritto giustiniano¹⁴, laddove Marciano avrebbe “confuso” la categoria delle *res publicae* con le *res communes omnium* tra cui avrebbe noverato «tutte le cose che in altri giureconsulti ricevono il nome di *publicae iuris* o *iure gentium* o l’epiteto *iuris gentium* semplicemente, tanto più che lo stesso Marciano adopera per le sue *res communes omnium* anche la terminologia *iuris gentium*»¹⁵.

In senso contrario, si è ritenuto che «Marciano distinguesse la categoria delle *res publicae* sia dalle *res communes omnium* come dalle *res universitatis*, e che il “*quaedam publica*” sia caduto per un errore di amanuense nel passo del Digesto»¹⁶. Il testo integrale dell’elenco istituzionale marciano, inclusivo delle

del giurista per la riflessione filosofica non è possibile attribuire semplicemente alle influenze letterarie questa formulazione di una nuova categoria di *res* in cui inserire proprio l’acqua: perché mai infatti proprio Marciano avrebbe dovuto risentire dell’influenza di Plauto, Cicerone, Seneca, Ovidio in un contesto storico e sociale in cui questi autori facevano parte del patrimonio culturale di tutti coloro che appartenevano al *populus Romanus* e di certo di coloro che ne formavano l’élite? [...].»

¹⁴ S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*², I, Roma, 1928, rist., 596, per il quale l’idea di *res omnium communes*, ossia di cose appartenenti al genere umano, «non è né classica, né postclassica. È idea bizantina priva di qualsiasi contenuto e importanza giuridica». A fronte degli spunti classici evidenziati dalla dottrina, V. Arancio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*⁴, rist. Napoli, 2002, 171 e nt. 1, osserva, che comunque, «la contrapposizione dogmatica delle *res communes* alle *res publicae* mi sembra esclusa da Ulpiano (D. 43,3,1 pr.), mentre il passo di Marciano in D. 1,8,2; 4 pr. (cfr. Inst. 2,1,1-2) ha elementi che me lo rendono tuttora sospetto». E A. Guarino, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 326 nota 19.9.3., ritiene «difficilmente negabile il carattere alquanto infelice dell’inserzione nel catalogo marciano (probabilmente riferito ad un concetto classico: quello delle *res communes omnium*) quanto meno dell’*aqua profluens* (letteralmente acqua che scorre, forse acqua piovana) e forse del *litus maris* (che era piuttosto una *res universitatis*). In tempi recenti, critica la genuinità del testo di Marciano in ragione della “sua” incongruenza” sul piano della logica giuridica» L. Solidoro, *La tutela dell’ambiente nella sua evoluzione storica. L’esperienza del mondo antico*, Torino, 2009, 109.

¹⁵ P. Bonfante, *Corso di diritto romano, II La proprietà*, Parte I, cit., 54.

¹⁶ G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una “nota di lettura” di F. Gallo*, cit., 30. Sul punto anche A. Dell’Oro, *Le res communes omnium dell’elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 240, per il quale la conoscenza del giurista della categoria delle *res publicae* come distinta da quelle *communes omnium* è provata dagli stessi passi delle *Institutiones* di Marciano, giacché se «l’elenco delle *res communes omnium* tracciato da Marciano è specifico, contemplando fra esse solo *aer, aqua profluens, mare e litora maris*, [...] più oltre nello stesso libro III delle *Institutiones* (D. l. 8. 4. l) lo stesso giurista dichiara *sed flumina paene omnia et portus publica sunt*». Peraltro, la natura giustiniana della categoria è da escludere giacché «i compilatori, se avessero introdotto *ex novo* le *res communes omnium*, avrebbero indubbiamente accentuato questo carattere per le *res* che vi rientravano, avrebbero probabilmente esteso il loro elenco e certo avrebbero soppresso o almeno ridotto le attestazioni della loro diversa qualifica come *res publicae*, allo stesso modo che avrebbero modificato, rendendola più esplicita, la formulazione di Celso di D. 43. 8. 3 pr. (*litora, in quae populus romanus imperium habet populi romani esse arbitror*)» (254). Per la distinzione tra *res publicae* e *res communes* anche M. G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., 37, 63: «egli, assieme ad altri giuristi che pur conoscevano le *res communes*, doveva conoscere la categoria delle *res publicae*, e non avrebbe chiamato *res communes omnium* quelle che per gli altri erano *res publicae iuris gentium*, dal momento che egli dichiara di considerare pubblici i fiumi (D. 8.1.4.1) [...]». Sull’elenco originale marciano come inclusivo delle *res publicae*, omesse nel frammento dei Digesta per errore di un amanuense v. anche L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 34 nt. 64. La medesima prospettiva è stata rivista in tempi recenti da D. Dursi, ‘*Res communes omnium*’. *Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit., 8, per il quale Marciano distingueva nettamente le *res communes omnium* dalle *res publicae* («[...] prima tratta, infatti, del mare (*communis omnium*), in relazione alla libertà

res publicae, sarebbe stato conservato nel parallelo passo delle *Institutiones* di Giustiniano (I. 2.1 pr.), per tale via superandosi le difficoltà interpretative legate alla omissione nel frammento del Digesto.

In realtà, l'idea di beni comuni, nella disponibilità degli *omnes*, ricorre frequente nel pensiero letterario «a partire almeno dal primo secolo a.C.»¹⁷.

Plauto, Virgilio, Seneca ed Ovidio¹⁸, qualificando come comuni beni quali l'*aer*, il *mare*, i *litora maris* e, «sia pure in forma un po' vaga, l'*aqua*»¹⁹, ossia quelli che poi Marciano qualificherà come *res communes omnium*, attestano «l'esistenza di una tradizione largamente diffusa, che giustifica quindi l'attenzione verso quelle particolari entità, che saranno poi considerate *res communes omnium*, da parte dei giuristi»²⁰.

di pesca [...], e poi, appunto, delle *res publicae*, nella quale categoria faceva rientrare (quasi tutti) i fiumi e i porti: ne trattava nello stesso terzo libro delle sue Istituzioni, nel quale, viceversa, in sede di elencazione delle tipologie di *res*, le *res publicae* risultano assenti. Non si può, dunque, [...] sostenere che le *res publicae* siano ricomprese da Marciano all'interno di quelle *communes omnium*. Infatti, nell'elencazione di queste ultime, le *res* sono decisamente diverse da quelle *publicae*). Tuttavia, la scomparsa delle *res publicae* nel testo marciano non viene imputata alla svista di un copista, ma ad una scelta dei Compilatori che, «nella costruzione del titolo D. 1,8 [...] abbiano volutamente ommesso la categoria delle *res publicae* nel frammento 2 pr. (Marciano), avendole già menzionate nel notissimo e precedente Gai 2 *inst.* D. 1,8,1 pr., per contrapporle alle *res privatae*. La mancata menzione delle *res publicae*, in tal caso, risponderebbe esclusivamente a ragioni di coordinamento del testo al fine di evitare inutili ripetizioni. Tale problema, invece, non si poneva riguardo alle Istituzioni imperiali, perché la *divisio* marciana è posta in apertura del paragrafo e le *res publicae* non sono menzionate in precedenti classificazioni». Sulla menzione delle *res publicae* nel manuale marciano, subito dopo le *res communes omnium*, secondo ciò che si legge nelle Istituzioni giustiniane, che «sul punto riprendono, quasi pedissequamente, quelle di Marciano», v. anche Id., Aelius Marcianus. *Institutionum libri I-V*, cit., 151 ss. Per la distinzione marciana tra *res publicae* e *res communes omnium* anche M. Falcon, *Res communes omnium e diritto dell' "outer space"*. *Contributo al dialogo sulla "Roman space law"*, cit., 24, per il quale, dunque, «la menzione è pertanto sicuramente caduta».

¹⁷ P. Lambrini, *Alle origini dei beni comuni*, cit., 414. V. anche D. Dursi, 'Res communes omnium'. *Dalla necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit., 141 ss., che, dall'analisi del frammento plautino *Rud.* 969-975, e dalla qualificazione *communis omnium* del mare, trae la «suggerzione» per la quale la categoria delle *res communes* fosse «ben più antica di quanto sino ad oggi ritenuto» (la *Rudens* di Plauto risale al 190-180 a.C.), e, per quanto dai contorni ancora incerti e confusi, «radicata nella coscienza generale dei romani». Così anche V. Mannino, *Il «bene comune» tra precedente storico e attualità*, cit., 529.

¹⁸ Plautus, *Rud.* 975: [GR.] *Mare quidem commune certost omnibus* (su cui v. R. Ortu, «Mare quidem commune certost omnibus», cit., 165 ss.); Plaut., *Asin.* 1.3.46: *diem, aquam, solem, lunam, noctem, haec argento non emo; Vergilius, Aen.* 7.228-230: *Diluvio ex illo tot vasta per aequora vecti / dis sedem exiguam patriistisusque rogamus / innocuum et cunctis undamque auramque patentem*; r = Serv. *Ad Verg. Aen.* 1.540: *litus [...] commune omnium*; Seneca, *ben.* 4.28. 1 -6. Un'analisi dei testi letterari relativi ai beni comuni a tutto il genere umano è compiuta da P. Lambrini, *Alle origini dei beni comuni*, cit., 402 ss., ove si richiamano anche Petronio, *Arbitri Satyricon* 100.1-5; Ovid., *met.* 1.132 ss.; 8.187. Per un esame delle testimonianze letterarie sul tema v. anche; E. Cangelosi, *Publica e communis. Aqua, mondo romano e beni comuni*, cit., 63 ss.

¹⁹ A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 242.

²⁰ A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 242.

Riflessioni importanti sul tema sono svolte da Cicerone soprattutto nel *de officiis*²¹, l'ultima opera filosofica nella quale l'Arpinate, discorrendo dei doveri del buon cittadino romano verso il prossimo, nei rapporti all'interno della comunità, esprime una visione della società ispirata all'etica della *iustitia*, della *beneficentia*, dell'*honestum* e dell'*utile*²².

Cic. *de off.* 1.16.50: *optime autem societas hominum coniunctioque servabitur, si, ut quisque erit coniunctissimus, ita in eum benignitatis plurimum conferetur. Sed quae naturae principia sint communitatis et societatis humanae, repetendum videtur altius. Est enim primum quod cernitur in universi generis humani societate. Eius autem vinculum est ratio et oratio, quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate, neque ulla re longius absumus a natura ferarum, in quibus inesse fortitudinem saepe dicimus, ut in equis, in leonibus, iustitiam, aequitatem, bonitatem non dicimus; sunt enim rationis et orationis expertes 51. ac latissime quidem patens hominibus inter ipsos, omnibus inter omnes societas haec est. In qua omnium rerum, quas ad communem hominum usum natura genuit, est servanda communitas, ut quae discripta sunt legibus et iure civili, haec ita teneantur, ut sit constitutum e quibus ipsis, cetera sic observentur, ut in Graecorum proverbio est, amicorum esse communia omnia. Omnium autem communia hominum videntur ea, quae sunt generis eius, quod ab Ennio positum in una re transferri in permultas potest: Homo, qui erranti comiter monstrat viam, Quasi lumen de suo lumine accendat, facit. Nihilominus ipsi lucet, cum illi accenderit. Una ex re satis praecipit, ut quidquid sine detrimento commodari possit, id tribuatur vel ignoto 52. ex quo sunt illa communia: non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, si qui velit, consilium fidele deliberanti dare, quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum. Sed quoniam copiae parvae singulorum sunt, eorum autem, qui his egeant, infinita est multitudo, vulgaris liberalitas referenda est ad illum Ennii finem "nihilominus ipsi lucet", ut facultas sit, qua in nostros simus liberales.*

²¹ Sul pensiero ciceroniano v. E. Cangelosi, *Publica e communis. Acqua, mondo romano e beni comuni*, cit., 75 ss.; P. Lambrini, *Alle origini dei beni comuni*, cit., 406 ss., che cita oltre al *de officiis* 1.16.50-52; *Top.* 7.32; *Pro Roscio* 26.72: *Etenim quid tam est commune quam spiritus vivis, terra mortuis mare fluctuantibus, litus eiectis?* Su tale ultimo passo, nel quale Cicerone qualifica come comuni l'aria per i vivi, la terra per i morti, il mare per i naufraghi, il lido per i respinti dalle onde, contro la concezione dottrinale per la quale l'oratore, diversamente dall'opinione giurisprudenziale riteneva il lido un bene comune della comunità, la Studiosa ritiene invece che Cicerone «concordava con i giuriconsulti del suo tempo, ma nel senso di intendere *publicus* come termine che indicava anche i beni comuni a tutti gli uomini» (409), tenuto conto che, come emerge anche dai numerosi passi nei quali Seneca tratta dei beni comuni, il termine *publicus* è utilizzato «non nel significato di appartenente al popolo romano, bensì in quello di comune a tutti gli uomini» (414).

²² Sul *de officiis*, «un codice di condotta per l'aristocrazia appena liberata dalla tirannia di Cesare» (così A. Momigliano, *Appendice*, in Ch. Wirszubski, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e Impero*, Bari, 1957, 268) v. E. Gabba, *Per un'interpretazione politica del De Officiis di Cicerone*, in *Rend. Acc. Lincei, Cl. Sc. mor. st. e fil., serie VIII*, vol. 34, 1979, 117 ss.; nonché, per una considerazione complessiva e completa dei suoi vari profili, R. Fiori, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011.

Nella società formata da tutti gli esseri umani, per natura legati dalla ragione e dalla parola (*ratio et oratio*), è necessario mantenere la comunanza di tutte le cose che la natura ha creato per l'uso comune degli uomini (*quas ad communem hominum usum natura genuit*), come vuole il proverbio greco che dice che «tutte le cose siano comuni fra gli amici». Sono comuni a tutti gli uomini, e sottratti dunque alla proprietà privata, tutte quelle cose che appartengono al genere che il poeta Ennio ha ristretto ad un solo caso, ma che è applicabile a tutti quelli nei quali una cosa può essere fornita senza nostro danno, come l'acqua, il fuoco, un buon consiglio a chi deve decidere²³.

Qualificando taluni beni come destinati per natura all'uso della comunità, il pensiero letterario ha di fatto concepito quella ipotesi che poi Marciano ha concettualizzato nella categoria delle *res communes omnium*.

Peraltro, gli studi attenti che nel tempo hanno analizzato i passi marcianei relativi alle cose comuni hanno individuato nella letteratura giuridica, anche precedente a Marciano, una pluralità di testimonianze contenenti il riferimento a cose destinate all'uso di tutti²⁴.

Celso, nel II secolo d.C., impiega l'aggettivo *communis* per teorizzare che l'uso del mare e dell'aria sono comuni a tutti gli uomini: *communem usum omnibus hominibus*, laddove i *litora* che soggiacciono all'*imperium del populus Romanus* sono allo stesso imputabili.

D. 43.8.3 pr., Cels. 39 dig.: *litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror. 1. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactaque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

Il giurista adrianeo pone, dunque, una distinzione tra il lido, che è di dominio del popolo romano, e l'uso del mare, che è, invece, comune a tutti gli uomini, come quello dell'aria²⁵.

²³ Osserva P. Lambrini, *Alle origini dei beni comuni*, cit., 407, «alcuni beni cui l'oratore si riferisce nella esemplificazione sono abbastanza lontani da quelli che verranno elencati da Marciano e appartengono a una caratterizzazione più filosofica che giuridica, tuttavia appare chiaro il concetto per cui l'ordinamento giuridico avrebbe individuato alcuni beni che possono essere oggetto di proprietà privata, mentre altre cose rimangono, come nell'originario stato di natura, comuni a tutta l'umanità. L'oratore ne individua altresì una delle caratteristiche fondamentali, cioè il fatto che possano essere utilizzate da ciascun uomo senza che ciò ne limiti l'uso da parte degli altri [...]».

²⁴ Un esame delle testimonianze giurisprudenziali è, tra gli altri, compiuto da G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una 'nota di lettura' di F. Gallo*, cit., 30.

²⁵ Si tratterebbe di una diversa «condizione giuridica» del lido, di dominio del popolo, e del mare che è invece comune a tutti gli uomini. Così M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., 36 nota 104 e 105, ove precisa che, qualificando Celso l'aria come *communis* «non allude all'aria che si respira, ma probabilmente allo spazio aereo». Sul passo e sul valore della qualificazione celsina v. A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 243: «è fuor di dubbio che qua non si

Anche Ulpiano, discutendo della concessione dell'*actio iniuriarum* nell'ipotesi in cui qualcuno proibisca di pescare nel mare o di gettarvi la rete da pesca, qualifica *communes omnium* il mare, il lido e l'aria, come d'altronde riscontrato dai numerosi rescritti in forza dei quali non si può impedire a nessuno di pescare né di cacciare uccelli.

D. 47.10.13.7, Ulp. 57 *ad ed.*: *si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. Conductorum autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi.*

A prescindere dai sospetti di interpolazione avanzati riguardo la frase *et quidem mare commune omnium est et litora, sicut aer*²⁶, Ulpiano, qualificando come *communis omnium* il mare, i litora e l'aer, ossia i beni (o almeno tre dei quattro) inclusi nell'elenco marciano, ne evidenzia la distinzione rispetto alle *res qualificate publicae*²⁷.

Già verso la fine del I sec. d.C., Nerazio Prisco, membro del *consilium* di Adriano, qualifica i litora come quelle cose *quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt*.

parla né del mare né dell'aria come di *res communes*, ma piuttosto che se ne dichiara comune l'uso: a maggior ragione è pacifico che da questo passo non si può dedurre che Celso considerasse le *res communes omnium* come categoria autonoma; tuttavia egli finiva con il richiamarsi al concetto già enunciato dalla tradizione corrente in letteratura e poté quindi, in ordine al mare e all'aer fornire il primo spunto per l'introduzione nel campo giuridico della categoria delle *res communes omnium*. Sul frammento, con particolare riguardo ai litora maris, v. P. Cerami, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, in *AUPA*, 1985, 38, 208 nota 412; M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., 453 ss.

²⁶ E. Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, 110 ss. V. anche S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*², I, cit., 596 nota 1. Relativizza il rilievo della interpolazione del testo ulpiano P. Bonfante *Corso di diritto romano*, II *La proprietà*, parte I, cit., 76, per il quale «questa interpolazione, non priva di importanza, in quanto può dimostrare semplicemente che il concetto di *res communis* è esaltato da Giustiniano, non ha significato per il nostro oggetto, o non ne ha uno decisivo [...]».

²⁷ Sul rapporto tra Ulpiano e Marciano nella formazione della categoria delle *res communes* v. D. Dursi, 'Res communes omnium'. *Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit., 12 ss. Sul passo, v. A. Palma, *Limitazioni negoziali all'esercizio della pesca*, in Id., *Scritti di diritto romano*, Napoli, 2011, 192 ss., che evidenzia il «significativo conflitto tra portatori di interessi tra loro profondamente contrastanti: da un lato, coloro che esercitano la pesca, attività economica di cui veniva evidentemente riconosciuta un'importanza primaria; dall'altro, coloro che sono proprietari dei fondi rivieraschi e che non gradiscono l'intromissione di altri sul proprio fondo o sul tratto di acque fluviali o marine ad esso prospiciente».

D. 41.1.14 pr., Ner. 5 *membranarum: quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.*

Il lido del mare è dunque definito pubblico non in quanto si tratta di un bene che è nel patrimonio del popolo, ma in quanto si tratta di un bene che, come i pesci o la selvaggina, è per natura comune a tutti gli uomini, e non è dunque nel patrimonio di alcuno²⁸.

E la qualificazione del mare e del lido come *res publicae* o *publicae iuris gentium* doveva appartenere al pensiero giuridico, come informa lo stesso Cicerone.

Cic. *top.* 7.32.: [...] *solebat igitur Aquilius collega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus eis quos ad id pertinebat, quid esset litus, ita definire, qua fluctus eluderet.*

Se Giavoleno afferma la pubblicità del lido del mare²⁹, Scevola lo qualifica di *ius gentium*³⁰ e Paolo fonda proprio sul *ius gentium* la specificità della categoria di beni che Marciano qualificherà *communes omnium*³¹. Ulpiano, discutendo dell'uso comune dei pubblici fiumi come delle pubbliche vie e del lido, pone il limite della protezione dell'*incommodum publicum*, e dunque del pregiudizio dei terzi³².

Questi veloci accenni alle opinioni dei giuristi dimostrano che la riflessione giurisprudenziale intorno alla qualificazione ed al regime giuridico dei beni il cui uso è per natura comune a tutti è viva e vivace già prima di Marciano. I riferimenti specifici all'*uso comune* di taluni beni e le discussioni intorno ad una disciplina giuridica che concili la tutela dell'interesse pubblico con quello privato allo sfruttamento economico rappresentano attestazioni di un confronto giurispru-

²⁸ Sul passo, e per un confronto con la trattazione di Marciano, v. L. Solidoro, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, cit., 108 ss.

²⁹ D. 50.16.112, Giav. 11 ex Cassio: *litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est.*

³⁰ D. 43.8.4, Scev. 5 *resp.*: *respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.*

³¹ D. 18.1.51, Paul. 21 *ad ed.*: *litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

³² D. 39.2.24 pr., Ulp. 81 *ad ed.*: *fuminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat. Propter quod operis dumtaxat nomine cum satisfactione cavetur, de vitio loci nihil cavetur, hoc est operis, quod quis facit. Ceterum si ex loci vitio damnum timeatur, minime dicendum est damni infecti stipulationem interponi oportere: quis enim dubitat neminem esse, a quo stipuletur, cum nemine nihil faciente locus ipse publicus damnum inferat sui natura?*

denziale che Marciano, con la creazione della categoria giuridica delle *res communes omnium*, valorizza e porta a compimento³³.

L'intensità del dibattito giurisprudenziale lascia piuttosto intravedere l'esigenza dei giuristi di superare, con la classificazione gaiana tra cose pubbliche e cose private, lo schema dominicale nella divisione romana dei beni, privilegiando, in luogo dell'appartenenza, il criterio della utilizzazione del bene.

Ed il criterio funzionale appariva d'altronde necessitato dall'apprezzamento del rilievo economico della *res*, che matura massimamente nella giurisprudenza dei primi due secoli dell'impero, e dall'esigenza di disciplinare l'uso e lo sfruttamento privato delle risorse per natura lasciate al godimento collettivo³⁴.

La consapevolezza della relatività della distinzione tra criterio dominicale e criterio funzionale almeno con riguardo allo statuto dei beni pubblici non sembra mancare peraltro allo stesso Gaio quando, a proposito delle *res publicae*, dice che esse non appartengono a nessuno, appearing piuttosto nella disponibilità di tutti.

Gai. 2.11: *quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. privatae sunt, quae singulorum hominum sunt.*

Se, nelle Istituzioni, Gaio afferma un criterio dominicale, incentrando la distinzione tra *res publicae* e *res privatae* in ragione del criterio soggettivo dell'appartenenza, nelle *Res Cottidiane*, ove se ne riconosca la sua paternità³⁵, il giuri-

³³ Sul punto v. G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una 'nota di lettura' di F. Gallo*, cit., 31. Attraverso l'analisi dei singoli beni inclusi nella elencazione marcianea alla luce delle fonti giurisprudenziali, D. Dursi, *'Res communes omnium'. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit., 139, conclude ritenendo che «la categoria delle *res communes omnium* fosse patrimonio condiviso della giurisprudenza severiana». Secondo M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., 63, la categoria marcianea è il prodotto di uno sviluppo giurisprudenziale: «enunciata da Marciano, [...] ha già salde e dimostrate radici nella particolare configurazione giuridica del mare e del lido da parte di alcuni giuristi».

³⁴ Sull'«uso pubblico delle cose, nel senso di uso comune» come «sovrapposto» «all'appartenenza, che appare relegata all'ambito privato» v. F. Vallocchia, *Qualche riflessione su publicum-privatum in diritto romano*, in *RISG*, 7, 2016, 425: «la funzione(-utilità) del pubblico [...] sembra prescindere dal concetto di appartenenza, i cui schemi, infatti, maturano entro il privato». Ne è testimonianza il tentativo gaiano di basare sull'unitario concetto di appartenenza la distinzione tra cose pubbliche e private (Gai. 2. 10-11), a fronte del quale si pone la teorizzazione ulpiana circa la funzione dei luoghi pubblici verso gli usi dei privati che non presuppone affatto l'appartenenza (D. 43. 8. 2. 2, Ulp. 68 *ad ed.*). In questa prospettiva, la categoria marcianea delle cose comuni di tutti, basata sul concetto di funzione(-utilità), rappresenta il tentativo di (parziale) «superamento» della partizione pubblico-privato, nella misura in cui in essa, in ragione appunto della «utilità», «pubblico e privato perdono addirittura la loro ragion d'essere» (427).

³⁵ Sul dibattito intorno alla paternità delle *Res Cottidiane*, per la non classicità dell'opera, dopo V. Arangio-Ruiz, *Ancora sulle Res Cottidiane. Studio di giurisprudenza postclassica*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milano, 1930, 495 ss., e già prima E. Albertario, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *RIL*, 59, 1926, 409 ss. (poi in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 111 ss.), anche S. Di Marzo, *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, in *BIDR*, 1948, 51-52, 1 ss.; A. Guarino, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, 1968, 220 ss.; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, 44, 1993, 51 ss.; J. M. Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidiane*, Madrid, 1996, 211 ss. Per la paternità gaiana delle *Res Cottidiane*, dopo A.M. Honoré, Gaius. *A biography*, Oxford, 1962, 68 ss. e 113 ss.; D.

sta avverte la limitatezza di questo criterio meramente formale in relazione a beni come il mare o i lidi che rilevano per il profilo dell'uso, e si caratterizzano per la destinazione al godimento comune. In questa prospettiva nasce la sottocategoria delle *res publicae* di *ius gentium*.

D. 1.8.5 pr., Gai. 2 *rerum cottidianarum sive aureorum: riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuiuslibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt. 1. In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant*³⁶.

Anche a non ritenere che Marciano si sia limitato a dare nuova denominazione ad una categoria già esistente, qualificando come *res communes omnium* quelle che gli altri giuristi qualificano come *res publicae iuris gentium*, com'è nel pensiero di Bonfante, sembra però indubbio che il criterio che sottende entrambe le categorie è quello funzionale, dell'uso dei beni a beneficio degli *omnes*.

La definizione di *res publicae* come *in bonis universitatis* e di *ius gentium* sembra tradurre la rappresentazione funzionale evocata dall'aggettivo *communis* impiegata dalla giurisprudenza post gaiana.

Che vi sia una qualche connessione e suggestione tra le due categorie appare provato dalla circostanza che «nessuno degli autori, che identificano in modo deciso o in modo intuitivo, come Marciano, Ulpiano, Celso, la categoria delle *res communes omnium*, menziona le *res publicae iuris gentium* e che d'altra parte queste non vengono mai indicate come una categoria autonoma rispetto ad altre categorie di *res publicae* [...]»³⁷.

Liebs, Gaius und Pomponius, in A. Guarino, L. Bove (a cura di), *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, 1966, 63; E. Stolff, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, 63, 1997, 68; M. Bretonne, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 1998, 89; G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, 30 ss. ed in particolare note 73-76, per complete indicazioni bibliografiche; R. Martini, *Gaio e le 'Res cottidianae'*, in *AUPA*, 2012, 55, 171 ss.

³⁶ I. 2.1.4: *riparum quoque usus publicus est iuris gentium sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuiuslibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates earum illorum est quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt. 5. litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere. proprietates autem eorum potest intelligi nullius esse, sed eiusdem iuris esse cuius et mare, et quae subiacent mari terra vel harena.*

³⁷ A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 251, che aggiunge: «d'altra parte, se alcune delle cose, riguardate da Marciano come *res communes omnium*, sono qualificate o almeno riferite come *res publicae iuris gentium*, abbiamo però visto che tra le *res publicae iuris gentium* sono compresi *flumina* e *ripae fluminis*, che non sono poi recepiti fra le *res communes omnium*».

La comunanza, con la sottrazione al criterio dell'appartenenza, è relativa all'uso del bene che importa anche la possibilità di sfruttamento economico dello stesso.

Si affaccia presso i giuristi l'idea che la natura stessa del bene lo rende rilevante nella vita sociale e nella considerazione economica e, perciò, e sotto tali profili, *communis* cioè suscettibile di godimento e sfruttamento economico da parte di tutti. Non c'erano dunque solo influenze culturali ma anche «esigenze di carattere logico e pratico a fondamento della categoria»³⁸.

Marciano, che vive tra il II ed il III sec. d.C.³⁹, tira le fila di questo confronto giurisprudenziale, nel quale le ragioni economiche e le istanze sociali reclamano nuovi strumenti giuridici. Il bisogno sociale di sfruttamento collettivo di beni economicamente rilevanti è concettualizzato e tradotto nella categoria giuridica delle *res communes omnium* i cui elementi, tassativi o meno che siano, hanno in comune ciò, che il loro utilizzo obbedisce ad un bisogno collettivo ed è rimesso a tutti.

4. *Le cose comuni di tutti iure naturali*

La categoria marcianea ha dunque alle spalle un intenso confronto giurisprudenziale alla cui base possono con buona ragione porsi quelle pressanti ragioni pratiche, di natura economica, legate allo sfruttamento delle risorse per natura comuni a tutti.

L'esatta delimitazione dell'ambito oggettivo della categoria delle *res communes omnium* oggetto della riflessione giurisprudenziale passa attraverso la scomposizione della locuzione impiegata da Marciano per designarla: *res; communes; omnium; iure naturali*.

³⁸ Così A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 289, che analizza il pensiero giurisprudenziale sulla natura e sul regime dei beni inclusi nell'elenco marcianeo. E D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, cit., 154, evidenzia come Celso ed Ulpiano adoperano la categoria per «dipanare ipotesi controversiali e Ulpiano, addirittura, ricorda come *saepissime* intervennero rescritti imperiali. Le *res communes omnium*, dunque, erano frequentemente oggetto di liti tra privati [...]».

³⁹ Sulla figura di Marciano e sulle sue *institutiones*, v. R. Orestano, s.v. Elio Marciano, in *NNDI*, 10, Torino, 1982, 254; L. De Giovanni, *Per uno studio delle "Institutiones" di Marciano*, in *SDHI*, 49, 1983, 121 ss.; Id. *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 13 ss.; Id., *La giurisprudenza severiana tra storia e diritto. Le institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum* 94.2, 2006, 487 ss.; Id., *Istituzioni scienza giuridica e codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 90 ss.; R. Lambertini, *Sull'esordio delle Istituzioni di Marciano*, in *SDHI*, 1995, 61, 271 ss.; T. Giaro, 'Aelius Marcianus', in *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, I, Stuttgart-Weimar, 1996, 172. Da ultimo, D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, cit. Più in generale, sulle *Institutiones* di età severiana e sulla «forte impronta etico-filosofica iniziale» che le caratterizza, v. L. Maganzani, *Etica e diritto nella formazione del giurista: l'età severiana*, cit., 21 ss.

Si tratta anzitutto di *res* e tale, in senso giuridico, è quell'oggetto «che sia utile, cioè accessibile e desiderabile»⁴⁰.

Da questo punto di vista, le *res communes omnium* non sarebbero cose in senso giuridico. Poiché le *res communes omnium* «sono quelle che per natura sono accessibili a tutti in quantità illimitata, per modo che ognuno può goderne» (appunto l'aria, l'acqua corrente, il mare e per diritto giustiniano anche il lido del mare), esse sono «parti del mondo esterno» che «restano fuori dal campo del diritto, che non sono cioè cose in senso tecnico». Rispetto ad esse non si pone dunque un problema di divieto legale di rapporti giuridici patrimoniali, quanto piuttosto una loro «impossibilità, fisica od economica». Se ne trae la conclusione che il sistema gaiano, che non le menziona, «è forse preferibile per questo riguardo al sistema (marciano?-) giustiniano»⁴¹.

In realtà, la prospettiva controversiale dei giuristi romani supera la scissione tra il criterio economico e quello giuridico⁴² nella misura in cui la rilevanza giuri-

⁴⁰ V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., 162, laddove cosa in senso proprio è «ogni oggetto del mondo esterno suscettibile di godimento da parte dell'uomo, sia che la natura o l'industria lo individui rispetto ad ogni altro oggetto, sia che la limitazione sia segnata o supposta, ai soli fini del diritto, entro un ambiente continuo: le cose mobili (ad es. un cavallo o una tavola) appartengono alla prima categoria, gl'immobili per natura (terreni e case) alla seconda».

⁴¹ V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, cit., 171. V. anche P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, ristampa corretta della X edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifò, Milano, 1987, 194, 195: «cosa (*res*) in senso concreto e specifico, cioè in relazione ai diritti reali, è una parte limitata del mondo esterno, che nella coscienza sociale è isolata e concepita come una entità economica a sé stante [...] Cose comuni (*res communes omnium*) sarebbero quelle che si reputano non suscettibili di appropriazione individuale o di gestione economica; onde non sono regolate dal diritto ma lasciate all'uso di tutti e la turbativa del singolo nel godimento di esse è turbativa personale, che si reprime con l'*actio iniuriarum*. Il concetto, d'origine filosofica o retorica, è molto popolare, per la impronta naturalistica e per il suo stesso carattere vago, ma esso è in fondo vano perché le cose non suscettibili di appropriazione – gli astri, la luce del sole – non hanno valore economico né giuridico, e nelle sue applicazioni torbido e ibrido». Proprio perché non suscettibili di appropriazione individuale in via definitiva, né di gestione economica individuale, essi sono «una via di mezzo tra i beni giuridici e le cose naturali, perché tutti gli uomini ne possono trarre utilità, ma nessuno se ne può appropriare in via esclusiva»: P. Lambrini, *Alle origini dei beni comuni*, cit., 397.

⁴² Tenuto conto della rilevanza economica che il concetto di bene assume ai fini del diritto, affinché vi sia cosa in senso giuridico è necessario che tali entità siano utili per l'uomo: «perché si abbia una cosa ai fini del diritto, per quel concetto economico che il diritto assume, occorre che tale entità abbia attitudine a soddisfare un interesse economico, presenti cioè per gli uomini un'utilità che la renda desiderabile, e che essa sia accessibile, suscettibile di assoggettamento esclusivo dell'uomo» (G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una 'nota di lettura' di F. Gallo*, cit., 6). V. anche S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, ora in *Scritti giuridici*, IV, 1658-164, Milano, 2011, 431 ss. (da cui cito): la scienza economica «considera i beni in rapporto alla loro utilità e utilizzabilità da parte degli uomini»; quella giuridica «li considera sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento» (443). Ne deriva che «il bene in senso giuridico è la sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela (accordato ad un determinato soggetto)» (681). Sui concetti di cosa, di bene in senso giuridico e di oggetto di diritti v. per la prospettiva storica, G. Astuti, s.v. *Cosa I. Cosa in senso giuridico a) Diritto romano e intermedio*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 1 ss.; nonché in termini generali v. S. Pugliatti, s.v. *Cosa (Teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 19 ss.; D. Messinetti, s.v. *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 808 ss. In tempi recenti, sul rapporto tra beni e cose nella prospettiva dello storico del diritto, v. B. Biscotti, *Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni*, cit., 1 ss.

dica della cosa oggetto di diritti è determinata in ragione della sua utilità ed utilizzabilità e, dunque, del suo valore economico siccome appropriabile o sfruttabile⁴³.

Per Ulpiano il bene secondo il diritto naturale è ciò che reca una utilità, un giovamento, mentre secondo il *ius civile* è tale ciò che, suscettibile di valutazione patrimoniale, può rientrare nel nostro patrimonio⁴⁴.

Giuridicamente rilevante *iure naturali* è dunque il bene che sia utile, sebbene non tale non sia per il *ius civile* perché non suscettibile di appropriazione individuale.

D. 50.16.49, Ulp. 59 *ad. ed.*: “Bonorum” appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequè bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.

Le *res communes* quali risorse liberamente disponibili in natura, sebbene prive del requisito, che è condizione della rilevanza economica, della limitatezza, posero invece il problema dello sfruttamento e, dunque, della definizione di un regime giuridico della fruizione. La naturale illimitatezza delle risorse, insomma, non valeva ad escludere la rilevanza economica del bene e, con essa, dunque il problema della tutela giuridica del godimento.

La tutela costituisce, insomma, il «nodo»⁴⁵ di quelle cose che vengono nella considerazione giuridica e giurisprudenziale per il profilo della “utilità” ed “utilizzabilità”: il riconoscimento della natura giuridica della *res communis* passa attraverso il riconoscimento della sua utilità e della protezione accordata al profilo della utilizzabilità collettiva⁴⁶. È «la controversia, il conflitto tra interessi confliggen-

⁴³ Il criterio della “limitatezza quantitativa”, che consente la individuazione è assunto da S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, cit., 503, quale elemento caratterizzante la cosa in senso giuridico: «una data quantità prelevata dal tutto si presenta come parte determinata: correlativamente si genera una utilità particolare (presupposto economico), in funzione del quale nasce l’interesse, che costituisce il centro di attrazione della tutela giuridica e il nucleo di un bene giuridico». Si trae la conclusione che le *res communes omnium* possono diventare oggetto di diritti soggettivi, dunque cose in senso giuridico, a seguito di un processo di individuazione che «consente di determinare, nel campo della realtà oggettiva materiale, la autonomia in virtù della quale una parte di codesta realtà, distinguendosi rispetto al tutto, assume la configurazione di unità oggettiva, per cui, divenendo centro di interessi umani (economici, sociali o di qualsiasi altra natura), in virtù della tutela giuridica di tali interessi, dà luogo ad un bene giuridico» (505).

⁴⁴ Sulla esegesi del frammento v. B. Biscotti, *Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni*, cit., 15 ss.

⁴⁵ Così A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013.

⁴⁶ In questa direzione metodologica, M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell’esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., 57, che, «mutando il percorso logico solitamente seguito dalla dottrina», si occupa dei “fiumi e dei mari nell’esperienza giuridica romana”, antepoendo i “profili di tutela processuale” a quelli relativi all’“inquadramento sistematico”: «mentre l’analisi si apre in genere con l’esa-

ti intorno alla titolarità od al godimento della *res*», «il luogo di riconoscimento dell'identità di una categoria di beni come giuridicamente rilevanti»⁴⁷.

Il criterio funzionale qualifica giuridicamente le *res communes omnium* quali «beni tutti esistenti in natura»⁴⁸ qualificati dall'*usus communis*, allo stesso modo per cui il criterio dell'uso sociale decide alla qualificazione giuridica del *locus* come *publicus*, garantito dalla tutela interdittale⁴⁹.

Peraltro, proprio il criterio della utilizzazione nella individuazione del concetto stesso di bene comune è stato invocato per attribuire a Marciano una sorta di confusione tra beni pubblici e beni comuni. Poiché l'*usus publicus* o *communis* rappresenta «l'elemento dogmatico comune delle due categorie», e «che vale a differenziarle dalle *res privatae* e dalle *publicae* comunque idonee a divenire private»⁵⁰, le due categorie di beni nella riflessione giurisprudenziale sarebbero

me delle classificazioni delle *res* presenti nelle fonti, e lo studio dei mezzi processuali di tutela segue come conseguenza del loro inquadramento nelle categorie generali, in questa sede si è ribaltata la prospettiva: la determinazione dei profili di legittimazione attiva e passiva agli interdetti ed alle azioni previste, nonché la delimitazione dei presupposti di fatto della loro concessione, precede quella delle classificazione delle cose».

⁴⁷ A. Palma, *Note intorno alla tutela dei beni comuni*, in G.M. Esposito, F. Fasolino (a cura di), *Cura e tutela dei beni culturali*, Milano, 2020, 213, per il quale «al di là delle mere descrizioni del catalogo delle *res* contenute nei diversi manuali istituzionali, quello che rilevano sono le forme di legittimazione alla tutela delle posizioni di interesse sulle medesime cose ed altresì i titoli di responsabilità e di legittimazione passiva per rispondere per danni alle stesse cose» (216). Poiché, infatti, «le posizioni sostanziali di diritto vanno agite processualmente ed assumono pieno riconoscimento solo nell'esercizio della tutela garantita dall'*actio* [...]» (213), «l'eredità più ermeneuticamente feconda per la modernità dell'elaborazione giuridica romana in tema di beni comuni risiede nella inscindibilità tra statuto giuridico delle *res* e la loro azionabilità, sia per quanto riguarda la tutela e fruizione, sia per quanto riguarda l'individuazione di forme di responsabilità ai fini della loro conservazione» (217).

⁴⁸ D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, cit., 155.

⁴⁹ Sulla correlazione tra il criterio della pubblica utilizzazione e la tutela interdittale v. A. Palma, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gramatiche dell'età del principato*, in Id., *Scritti di diritto romano*, cit., 33 ss., per il quale, precisato il concetto di *locus publicus* come destinato al pubblico uso, la tutela interdittale, «superata la prospettiva privatistica [...] acquista progressivamente la funzione di strumento di tutela dell'utilizzazione collettiva del *locus publicus*, nella misura in cui si precisa il concetto di luogo pubblico in quanto destinato all'uso pubblico» (51). Nei passi di Celso (D. 43.8.3, Cels. 39 *dig.*) e Scevola (D. 43.8.4, Scaev. 5 *resp.*) sui lidi del mare, peraltro, «sembra, analogamente alle *res publicae*, estesa la tutela interdittale pubblica alle *res communes omnium*, che potevano presentare aspetti particolari, avendo un diverso profilo rispetto ai beni pubblici» (51).

⁵⁰ Così A. Schiavon, *Acqua e diritto romano: "invenzione" di un modello?*, in G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese, *L'acqua e il diritto. Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* (2 febbraio 2011), Trento 2011, 179. L'impiego giurisprudenziale di *usus* per qualificare le *res communes*, lungi dal riposare «su un dato puramente descrittivo», derivava «piuttosto da un consapevole avvicinamento di taluni beni alla categoria delle *res in usu publico*, a partire dalla riflessione circa l'estensione ad essi del modello di tutela caratteristico di quest'ultima categoria» (177): «le fonti testimoniano infatti come la giurisprudenza fosse propensa ad estendere in via utile l'applicabilità di taluni dei rimedi interdittali – costituenti il paradigma privatistico di tutela dell'*usus publicus* – a beni originariamente non rientranti nel loro campo applicativo, in particolare proprio quei *mare* e *litora* che costituirebbero il nucleo originale della categoria delle *res communes omnium*» (178). Sulla nozione di *usus publicus* o *communis*, «quale paradigma orientativo della giurisprudenza romana elaborato a partire dalla predisposizione da parte del pretore di una serie di rimedi processuali di natura interdittale e usato per orientare la giurisprudenza nella costruzione e utilizzazione di concetti giuridici» e sulla emersione della categoria delle *res communes omnium* all'interno dell'orizzonte concettuale definito da questa nozione di *usus publicus*, v. Id., *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, in Ch. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi (a cura di), *Dogmengeschichte und*

contigue e in esse si troverebbe la ragione della «emersione storica della categoria delle *res communes*»⁵¹.

Questa prospettiva interpretativa in ordine ai rapporti tra le due categorie delle *res publicae in usu publico*⁵² e *res communes omnium* porta ad una sovrapposizione delle *res publicae* a quelle *communes omnium*, e presuppone un uso promiscuo dei termini *publicus* e *communis*⁵³.

In realtà, l'*usus communis* – che, evocando interessi ed utilità superindividuali giustifica l'estensione della tutela interdittale pubblica – se evidenzia una situazione di contiguità con le *res publicae*, come contigui sono i termini impiegati per rappresentarle, non può per ciò stesso significare una identità che non doveva verosimilmente avere nella riflessione giurisprudenziale. In questa prospettiva,

historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011), Trento, 2012, 620, 622. Sull'*usus* che genera confusione tra le due categorie di beni, *res publicae* e *res communes*, e sulla prevalente questione dell'appartenenza presa in considerazione da Marciano v. M. Falcon, "Res communes omnium": vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, cit., 116 ss. Per il criterio dell'appartenenza già P. Maddalena, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in *Federalismi.it*, 14, 2012 (poi, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per il nostro tempo*, in *SDHI*, 79, 2013, 1043 ss.).

⁵¹ V. A. Schiavon, *Acqua e diritto romano: "invenzione" di un modello?*, cit., 179; la categoria delle *res communes*, «come la differenziazione tra *res in usu* e *in patrimonio populi* – sarebbe un prodotto del lavoro giurisprudenziale sul campo applicativo degli interdetti a tutela dei *loca publica*, poiché deriverebbe dall'applicazione estensiva di tali interdetti a beni originariamente non ricompresi entro l'ambito applicativo delle clausole edittali. Tenendo a mente come nella delimitazione di tale campo applicativo la giurisprudenza avesse a mente più il profilo funzionale dell'oggettiva idoneità a soddisfare l'*utilitas publica* che la formale qualifica del bene, non pare sconsigliato ipotizzare che in questo modo si sia giunti a giuridicizzare, ovvero a dare regolamentazione giuridica, a beni originariamente non considerati *publici* in quanto originariamente non attribuibili alla pertinenza della *civitas*». Sulla estensione della tutela interdittale pubblica alle *res communes omnium*, «nella misura in cui si precisa il concetto di luogo pubblico in quanto destinato all'uso pubblico» v. A Palma, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e grammatice dell'età del principato*, in Id., *Scritti di diritto romano*, cit., 51.

⁵² Sulle *res in usu publico* v. A. Di Porto, '*Res in usu publico*' e '*beni comuni*'. *Il nodo della tutela*, cit., 3 ss.; A. Saccoccio, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle 'res communes omnium' e delle 'res in usu publico'*, in *Diritto @ Storia*, XI, 2013. V. anche Id., *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in L. Garofalo (a cura di), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. *In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova, 2011, 713 ss., ed in particolare 738 ss., per importanti considerazioni sulla incidenza che i concetti di Stato e di diritto soggettivo hanno avuto nella comprensione delle azioni popolari romane e, per quanto qui interessa, sulla nozione romana di *populus* e sulla natura degli interessi tutelabili.

⁵³ Così M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., 66, che da ciò desume la necessità di «interpretare con cautela i testi, non attribuendo troppo valore alle parole usate, ma piuttosto indagandone il vero significato dato volta per volta dagli autori nei testi stessi». Sull'uso promiscuo di pubblico e comune già P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II La proprietà, parte I*, cit., 57, che dall'esame dei testi dei giureconsulti che parlano di uso libero e comune a tutti (D. 18.1.51, Paul 21 *ad ed.*; D. 8.4.13 pr. Ulp.6 *opin.*; D. 43.8.3.1, Cels. 39 *dig.*; D. 41.1.14, Nerat. 5 *membr.*; D. 39.2.24 pr., Ulp. 81 *ad ed.*) rileva che «anche a oggetti indubbiamente pubblici è attribuito dai giureconsulti l'epiteto di comune, ad es. si dichiara circa i fiumi pubblici che comune è l'uso come si dichiara che comune è l'uso per il mare e per i lidi». Questo «fenomeno per così dire lessicale» relativo all'uso promiscuo dei termini "publicus" e "communis" era stato già segnalato da V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da Pietro Bonfante*, I, Roma, 1933, 130, che invitava perciò a stare «cauti nell'interpretazione dei testi» ed a non «porre troppo rigorosamente a base dei nostri ragionamenti le parole usate nei testi e invece ad indagare volta per volta, testo per testo, quale sia il significato di «publicus» e di «communis».

dottrina anche recente ha evidenziato il diverso statuto giuridico delle *res publicae* rispetto a quelle *in usu populi*, a loro volta distinte da quelle *communes omnium*⁵⁴.

L'ambiguità che talvolta si riscontra nelle fonti in ordine alla qualificazione di taluni beni ora come pubblici, ora come comuni, esprime lo sforzo giurisprudenziale di riempire di precisi contenuti le due categorie di *publicus* e *communis*.

Se è vero che «gli antichi procedevano nelle etimologie con meravigliosa leggerezza»⁵⁵, è anche vero che l'impiego di un termine in luogo di altro, contiguo, non può – e non poteva presso i giuristi – essere privo di significato.

L'aggettivo *communis*, come il sostantivo *communitas*, derivano da *cum* e *munus*.

Il prefisso *cum* evoca una prospettiva di “insieme”, la pertinenza ad una soggettività che supera quella individuale, “propria”: «”comune” (*commun, comun, common, Kommun*) è ciò che *non* è proprio; che comincia là dove il proprio fini-

⁵⁴ M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., 58, che ritiene la categoria delle *res communes omnium* «una rielaborazione tardoclassica, che prende le mosse dalle *res in publico usu*, distaccandone sul piano della fruibilità, per una più ampia libertà di accesso ad esse, riconosciuta agli utenti». Così sul punto, v. anche Id., *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, cit., 89, ove, rovesciando l'opinione di Dell'Oro, per quale Marciano avrebbe rappresentato «la fase finale dell'elaborazione giurisprudenziale e quindi i concetti da lui costruiti non poterono subire ulteriori perfezionamenti» (A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 289), ritiene che se sicuramente è ascrivibile a Marciano l'abbozzo della nuova classificazione «partendo dalle acquisizioni della giurisprudenza a lui precedente», «si trattava appunto di un tentativo ancora non compiutamente elaborato, soprattutto perché le *res communes omnium* ancora non erano tenute ben distinte dalle *res in publico usu*, né era stato tracciato con sufficiente rigore il recinto concettuale entro cui includere le *res publicae iuris gentium*. Quindi un margine di manovra per un ripensamento delle peculiarità di queste cose rispetto alle altre cose pubbliche teoricamente ci sarebbe stato» (90), ma non ci fu «perché nel frattempo la professione del giurista, autonomo rispetto alle carriere burocratiche svolte negli uffici giuridici imperiali, era venuta meno, e quindi mancò letteralmente il tempo per una riflessione scientifica sulla nozione» (89). Marciano dunque, «portando a compimento un processo di differenziazione all'interno delle *res in usu publico* che si stava svolgendo almeno dagli inizi del II sec. in relazione al mare e al lido, avrebbe proposto lo scorporo di alcune cose dal novero delle *res publicae*, in virtù di una singolarità di disciplina ben espressa da Giuseppe Grosso, da riportare al *ius naturale* e costituita dalla facoltà di sottrarre porzioni di lido e di mare dal carattere *communis* da loro rivestito, a séguito dell'appropriazione di singole parti. Ma i giuristi a lui successivi non avrebbero avuto il tempo (e forse l'interesse) di affinare la categoria, correggendone gli evidenti limiti classificatori» (Id., *Res communes omnium e commons. Contro un equivoco*, cit., 173 ss.) E già M. Falcon, «*Res communes omnium*»: vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, cit., 114, muovendo dal presupposto che la categoria marciiana si qualifica non già in relazione al *communes*, «giacché tale vocabolo è utilizzato per qualificare anche differenti tipi di proprietà, che certamente non potrebbero essere percepiti, oggi, come ‘comuni’», ma per la specificazione *omnium*, e quindi per «l'aspetto di comunanza a tutti delle cose», ipotizza che «la *climax* enucleata da Marciano proceda come segue: prima di tutto stanno le cose sulle quali si esercita il diritto di tutti (*communes omnium*), poi quelle su cui si esercita il diritto di tutti i cittadini dello ‘stato romano’ (*publicae*) – il che era di grande portata, essendosi Marciano notoriamente confrontato proprio coi problemi relativi all'estensione della cittadinanza romana a opera di Caracalla –, quelle sulle quali si esercita il diritto di tutti i cittadini di una singola città o comunque di una collettività (*universitatis*), le cose sulle quali tutti possono avanzare pretese, proprio perché non sono in proprietà di alcuno (*nullius*), e infine quelle su cui singoli specifici possono vantarne (*singularum*)».

⁵⁵ Così P. Bonfante, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* (“Res Mancipi” e “Res nec Mancipi”), in *Scritti giuridici varii*, II, *Proprietà e Servitù*, Torino, 1918 (1926), a proposito della interpretazione comune di *mancipium* quale sinonimo di mancipazione.

sce: *quod commune cum alio est desinit esse proprium* (Quint. inst., 7,3,24)⁵⁶. Questa contrapposizione tra *communis* e *proprius* è evidente dagli stessi testi nei quali si definisce *communis* ciò che *nullius est*, si afferma che le cose della *communitas* non appartengono a nessuno, non sono propri di alcuno.

Communis, dunque, da questo punto di vista si contrappone a *proprius*; *communitas* a *proprietas*, da *proprius*, aggettivo estratto dalla locuzione avverbale *pro privo* (a titolo privato)⁵⁷.

Più complessa la combinazione con l'altro termine di cui l'aggettivo si compone, e cioè *munus*.

Il termine *munus* ricorre frequente nelle fonti letterarie⁵⁸ e giuridiche, ed importante è stato lo sforzo della letteratura di mettere insieme le varie fonti e coglierne il significato⁵⁹.

D. 50.16.18, Paul. 9 *ad ed.*: “*munus*” *tribus modis dicitur: uno donum, et inde munera dici dari mittive: altero onus, quod cum remittatur, vacationem militiae muneri-que praestat inde immunitatem appellari. Tertio officium, unde munera militaria et quosdam milites munificos vocari: igitur municipes dici, quod munera civilia capiant.*

I tre significati del termine – *onus*, *officium*, *donum* – rinviano ad una «caratterizzazione sociale» in quanto afferenti ad un'«area concettuale complessivamente riconducibile all'idea di “dovere”»⁶⁰. Tale spettro semantico, se è compatibile con le prime due accezioni del termine (obbligo, ufficio, carica), risulta più problematico con riguardo alla terza significazione di *donum*: «in che senso un dono sarebbe un dovere?»⁶¹.

Di fronte al problema di «come associare l'idea di “carica” espressa da *munus* con quella di “scambio” indicata dalla radice» *mei-, che sta appunto per ‘dare in cambio’, Benveniste richiama Festo che definisce *munus* come «‘*donum*’ *quod officii causa datur*» (Fest.125, 18). Festo dunque spiega la connessione tra il dare in cambio e la carica ufficiale in quanto la carica prevede vantaggi ed onori, ma “in

⁵⁶ R. Esposito, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, Torino, 1998, XII.

⁵⁷ G. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, in Id., *Scritti giuridici*, IV, 1958-1964, cit., 851.

⁵⁸ Varro, *ll.* 5.179: *Et munus quod mutuo animo qui sunt dant officii causa; alterum munus, quod munien- di causa imperatum, a quo etiam municipes, qui una munus fungi debent, dicti*; Paolo Festo, 127.7: *munem significare certum est ‘officiosum’; unde e contrario im-munis dicitur qui nullo fungitur officio.*

⁵⁹ Su questi temi, con specifico riguardo alla nozione di *munus*, nella complessità dei suoi significati, v. F. Grelle, *Munus publicum. Terminologia e sistematiche*, in *Labeo*, 7, 1961, 308 ss.; *I munera civilia e le finanze cittadine, in Il capitolo delle entrate nelle finanze municipali in Occidente ed in Oriente. Actes de la Xe Rencontre franco-italienne sur l'épigraphie du monde romain (Rome, 27-29 mai 1996), Collection de l'École française de Rome 256*, Roma, 1999, 137 ss., entrambi poi ripubblicati in Id., *Diritto e società nel mondo romano*, a cura di L. Fanizza, Roma, 2005, 39 ss. e 443 ss.

⁶⁰ R. Esposito, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., XIII.

⁶¹ *Ibidem*.

cambio” obbliga il magistrato a spese di compensazione per l’allestimento di spettacoli: «si designano in effetti con *munus*, nei doveri del magistrato, gli spettacoli e i giochi. La nozione di ‘scambio’ vi è implicita. Nominando qualcuno magistrato, gli si offrono vantaggi e onore. Questo lo obbliga a sua volta a controprestazioni, sotto forma di spese, in particolare per gli spettacoli, che giustificano così questa ‘carica ufficiale’ come ‘scambio’. Si capisce meglio allora l’accostamento *gratus et munis* (Plauto, *Mercator* 105) e il senso arcaico di *im-munis* come ‘ingrato’, cioè ‘chi non rende il beneficio ricevuto’. Se *munus* è un ‘dono che obbliga a uno scambio’, *im-munis* è ‘colui che non tiene fede a quest’obbligo di restituire’. Questo è confermato in celtico dall’irlandese *moin* (*main*) ‘oggetti preziosi’, *dag-móini* ‘i doni, i benefici’. Di conseguenza, *com-munis* non significa ‘chi condivide le cariche’, ma propriamente ‘chi ha in comune dei *munia*’. Ora, quando questo sistema di compensazione gioca all’interno di una stessa cerchia determina una *comunità*, un insieme di uomini uniti da questo legame di reciprocità»⁶².

Se, dunque, «ciò che prevale nel *munus* è [...] la 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 communionem* nel vincolo sacrale della *coniuratio*»⁶³, allora il collettivo *communitas* acquista «una valenza inedita rispetto alla classica bipolarità “pubblico”/“privato” [...] *communitas* è l’insieme di persone unite non da una “proprietà”, ma, appunto, da un dovere o da un debito [...] a differenza di colui che ne è, invece, “esente” o “esentato”»⁶⁴.

Questa prospettiva rende assai problematica «la diffusa, ma assai dubbia, omologazione *communitas-res publica*, che riproduce a sua volta la altrettanto problematica sinonimia *koinonia-polis* [...]»⁶⁵. Se *communis* in antico significava «colui che condivide un carico (una carica, un incarico) [...] *communitas* è l’insieme di persone unite non da una “proprietà”, ma, appunto, da un dovere o da un debito. Non da un “più”, ma da un “meno”, da una mancanza, da un limi-

⁶² É. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I Economia, parentela, società*, rist. Torino, 2013, 71.

⁶³ R. Esposito, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., 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» (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*, cit., 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.

⁶⁴ R. Esposito, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., XV: «è qui che prende corpo l’ultima, e più caratterizzante, delle coppie oppostive 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*».

⁶⁵ R. Esposito, *Communitas. Origine e destino delle comunità*, cit., XV.

te che si configura come un onere, o addirittura una modalità difettiva, per colui che ne è “affetto”, a differenza di colui che ne è, invece, “esente” o “esentato”»⁶⁶.

L'analisi semantica del termine, valorizzando il profilo del dono e della reciprocità, supera la tradizionale prospettiva della condivisione di una identità o di una proprietà. L'*usus communis*, che importa dei doveri reciproci e reciproca responsabilità⁶⁷, qualifica le *res communes* dotandole, nella dimensione di una società “globale”, di una vocazione solidaristica che è probabilmente il principale tratto distintivo rispetto alle *res publicae*.

Il profilo della responsabilità e reciprocità nell'analisi dell'essenza dei beni comuni apre il tema ad una prospettiva molto ampia che riguarda la cittadinanza ed i doveri ad essa connessi.

Se le *res publicae* si qualificano in un'ottica dominicale per l'appartenenza al *populus*, laddove nelle *res communes* viene in rilievo quella funzionale, dell'uso che spetta a tutti gli uomini⁶⁸, la semantica della parola, e i profili sociologici e culturali ad essa sottesi, sembrano rinviare ad una ulteriore e più pregnante distinzione. Al vincolo di appartenenza politica che qualifica il *populus* si sostituisce nella *communitas* un tipo di relazione sociale qualificata dalla doverosità (il *munus*), dalla reciprocità, in ultimo dalla solidarietà.

Questa prospettiva interpretativa delle cose comuni evidenzia quanto sulla sua creazione abbiano influito una pluralità di motivi, che sono politici, culturali, ideologici.

Anzitutto, un ruolo decisivo va ascritto allo sviluppo storico della concezione del *populus* e, più in generale, il mutamento del rapporto tra il *civis* e la struttura centrale⁶⁹.

Com'è stato osservato, nel passaggio dalla *res publica* all'impero – con lo spostamento del potere dal *populus*, quale insieme organizzato e centro di imputazione di situazioni giuridiche, al *princeps* inteso come persona fisica al quale «venivano riferite le relazioni giuridiche con le persone dei sudditi e con qualunque elemento dell'ordinamento stesso»⁷⁰ – muta la posizione del *populus*, «tra-

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ E. Cangelosi, *Pubblica e communis. Acqua, mondo romano e beni comuni*, cit., 128: il principio della reciprocità è «l'elemento più interessante che l'aggettivo *communis* porta con sé: *cum-munis* implica responsabilità individuale e responsabilità collettiva, doveri reciproci, relazioni. Le relazioni innescano meccanismi di reciprocità che si pongono alla base dell'esistenza stessa dei beni comuni».

⁶⁸ Contrario D. Dursi, '*Res communes omnium*'. *Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit., 11, per il quale la categoria delle *res communes* si qualifica in ragione della «particolarissima appartenenza» dei beni, tali essendo «le sole *res* appartenenti, per natura (*naturali iure*...), a tutti gli uomini».

⁶⁹ Sulla impossibilità di 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, 185 ss. Sul tema v. anche di P. Catalano, '*Populus Romanus Quirites*', Torino, 1974, 5 ss.; Id., *Diritto e persona*, I, Torino, 1990, 163 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*³, Bologna, 2021, 17 ss.

⁷⁰ R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, cit., 279.

sformato da protagonista a mera comparsa»⁷¹, e si ridimensiona il ruolo del *civis* nella misura in cui la nuova entità monopolizza tutto ciò che afferisce al pubblico.

La personificazione del *populus* altera la nozione originaria di *publicus*, che si svuota «progressivamente dall'idea di "comune"»⁷², 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.

Ne consegue che il godimento dei beni che un tempo era pubblico, e dunque collettivo, ossia dei *cives* in quanto tali e titolari delle *res*, viene ora concesso ai *cives*, «in realtà *cives subiecti*»⁷³.

Poiché, dunque, nel contesto dell'impero, il regime dei beni non ha più come centro di imputazione il *populus*, ma il patrimonio dell'imperatore, la categoria delle *res publicae* come patrimonio del popolo nel significato collettivo che questa categoria aveva nella società repubblicana viene evidentemente meno.

E, in questa prospettiva, trova ragione l'emersione dell'idea di beni "comuni di tutti" nella riflessione giurisprudenziale tarda, quando Roma non è più *res publica*, ma è impero, e la personificazione del *populus* aveva alterato la nozione originaria di *publicus*.

La giurisprudenza del III secolo d.C., che definisce comune l'uso di alcuni beni, elabora, insomma, il processo di separazione del *populus* dai *cives* e, per essa, l'esigenza di trovare collocazione a beni che non rientravano nella categoria "pubblica" tradizionalmente considerata⁷⁴.

Com'è stato giustamente evidenziato, è la prospettiva storica del mutamento del concetto di *publicus* a dare ragione della emersione nella riflessione dei giuristi del III secolo d.C. delle *res communes omnium* «come categoria distinta dalle *res publicae*»⁷⁵.

⁷¹ A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, cit., 41.

⁷² A. Di Porto, *op. cit.*, XIX. Sul «carattere comunitario» che caratterizza l'ordinamento politico dei Romani, e che, evidente nella terminologia usata di *res publica*, *populus*, *civitas*, bene esprime la concezione romana che vi è sottesa della partecipazione ed inclusione nella vita della città, v. L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*³, cit., 18 ss.

⁷³ L. Peppe, s.v. *Popolo (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 328, ed ivi 315 ss. per la nozione di *populus* e sulla pluralità di valori semantici strettamente connessa agli sviluppi storici.

⁷⁴ A. Dell'Oro, *Le res communes omnium dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, cit., 251: «i giuristi romani avevano intrapreso ad elaborare categorie di *res*, il cui inquadramento era particolarmente difficile nelle categorie fino ad allora costituite e perciò tentarono, più o meno decisamente, di dar vita ad un nuovo concetto: il primo a pervenire a un risultato ben definito è stato Marciano con il contrapporre secondo il criterio dell'appartenenza le *res communes omnium* alle *res publicae*, *universitatis*, *nullius* e *singulorum*. Egli rappresenta la «fase finale dell'elaborazione giurisprudenziale» (289)

⁷⁵ A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, cit., XX.

Lo svolgimento storico dell'esperienza romana genera moduli organizzativi diversi assunti quale «centro di imputazione»⁷⁶ di situazione giuridiche. La nuova organizzazione politica ed amministrativa imperiale importa, con una nuova significazione dei termini ad essa connessi, anche un nuovo criterio di classificazione dei beni, che supera la tradizionale bipartizione gaiana. La comunanza delle *res*, a fronte della perdita da parte del *populus* della qualità di soggetto, ossia «centro di imputazione», si traduce nella elaborazione giurisprudenziale della categoria delle cose comuni⁷⁷, che sono rimesse al godimento della *communitas*.

Le *res communes omnium* superano, così, la dicotomia pubblico – privato, integrando appunto quella «terza dimensione» nella quale, per effetto dello svuotamento della concezione di *populus*, si colloca l'*usus* delle *res* da parte del *civis*⁷⁸.

Al rilievo della successione nel tempo di due diverse concezioni del *populus* quale «centro di imputazione» di situazioni di interesse generale si aggiunge anche quello, ulteriore, della insufficienza del criterio dell'appartenenza a contenere tutte le relazioni giuridiche di rilievo generale nel frattempo emerse.

Può cioè immaginarsi che l'uso di beni di interesse generale sia venuto assumendo nel corso del tempo un rilievo economico, dunque giuridico, sempre maggiore, imponendo la valorizzazione di uno schema logico, quello appunto dell'*usus*, distinto dall'appartenenza, ovvero di un'«appartenenza funzionale»⁷⁹ che reclamava una propria concettualizzazione ed un proprio statuto giuridico.

⁷⁶ Secondo la felice espressione di R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, cit., 192.

⁷⁷ M. Sargenti, *Le «res» nel diritto del tardo impero*, in *Labeo*, 40, 1994, 3, 314 ss., ravvisa nella «sollecitazione della realtà socio-politica, più che nella recezione di modelli letterari privi di valore giuridico e di pratica importanza, come voleva il Bonfante [...] il vero criterio ispiratore della classificazione proposta da Marciano, nella quale, stando, almeno, alla versione che ne dà il Digesto, la categoria delle *res publicae* scompare. Marciano, insomma, avrebbe cercato di dare espressione giuridica ad uno stato di fatto in cui le *res* che già erano venute differenziandosi concettualmente, come *res in patrimonio* o *in pecunia populi*, da quelle in *usu populi*, rientrano, ormai, nel patrimonio imperiale, *fiscus Caesaris* ancora nel 3° secolo, prossimamente *patrimonium* e *res privata principis*, talché diviene opportuno distinguere le cose che non hanno carattere e destinazione patrimoniale, che non appartengono al fisco e non rientrano né rientreranno mai nel patrimonio imperiale e che nella classificazione marcianea vengono a costituire la categoria delle *res communes omnium*».

⁷⁸ A. Di Porto, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, cit., XX, e 13 ss. sulla «insufficienza» della dicotomia pubblico-privato per comprendere la complessità della realtà romana. Sulla distinzione pubblico-privato e sul valore della espressione *ius publicum v.*, nella vasta bibliografia, G. Anselmo Aricò, *Ius publicum - ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *AUPA*, 37, 1983, 447 ss.; M. Kaser, *Ius publicum und ius privatum*, in *ZSS*, 103, 1986, 1 ss.; G. Nocera, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, 1989; G. Nocera, *Ius publicum e ius privatum secondo l'esegesi di Max Kaser*, in *SDHI*, 68, 2002, 1 ss.; G. Falcone, *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di ius publicum*, in M.P. Baccari C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, II, Napoli, 2006, 1187 ss.; G. Valditara, *Alle origini dello «ius publicum»*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, XX-XXI, 2007-2008, 437 ss.; F. Vallocchia, *Qualche riflessione su publicum-privatum in diritto romano*, in *RISG*, 2016, 7, 415 ss.

⁷⁹ Così A. Palma, *Note intorno alla tutela dei beni comuni*, cit., 213, per il quale le *res in usu publico*, quale «categoria di beni di comune utilizzazione da parte dei *cives*», realizzano «un'appartenenza funzionale non esclusiva e tuttavia giuridicamente consolidata al punto di essere agita ed agibile processualmente». In sostanza, si ipotizza, con riguardo ai beni che non sono né pubblici né privati, un superamento degli schemi proprietari

Il bene comune, nel contesto politico ed ideologico dell'impero, e nella riflessione giurisprudenziale tarda, è quello che si qualifica per la sua vocazione funzionale, in quanto destinato all'uso comune e, dunque al soddisfacimento delle aspettative di godimento della collettività, a prescindere dalla identificazione "pubblica".

Gaio è il giurista che vive e scrive nel II secolo d.C., verosimilmente all'epoca di Antonino Pio, e dunque prima della *constitutio Antoniniana* del 212 d.C., con la quale la cittadinanza viene concessa a gran parte degli abitanti dell'impero⁸⁰.

La sua nozione di popolo chiarisce il senso della classificazione dei beni da lui proposta. Poiché *populi appellatione universi cives significantur* (Gai. 1.3), e dunque i membri del *populus* si individuano nei *cives*, ossia in coloro che godono della cittadinanza romana, e il *populus* è un «*coetus*» assunto a «centro di imputazione massimo» dell'ordinamento⁸¹, «il termine «pubblico» è impiegato nel valo-

ma non delle forme di appartenenza, «un'appartenenza tuttavia inclusiva e plurale, non proprietaria, ma funzionale alla fruizione conservativa ed in questo senso riferibile sia a soggetti privati che a soggetti pubblici» (220), giacché solo essa garantisce «quella indispensabile dinamica tra titolarità della fruizione ed imputabilità della responsabilità della gestione, che rende giustiziabili le posizioni di interesse generate dalle relazioni di qualsiasi natura con il bene comune» (219).

⁸⁰ Il tema ed i problemi interpretativi legati alla *Constitutio antoniniana* del 212 d.C. giustificano la grande mole di bibliografia 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 Meyer nel 1910 (P. M. Meyer, *Griechische Papyri im Museum des Oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen*, I, 2, Leipzig, 1910, 25 ss.; Id., *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 I*², 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 Anteiustiniani (FIRA)*, *Studi preparatori*, I, Leges, Torino, 2012, 695 ss. Tra i tanti studi, anche non recenti: A. Beltrami, *Per il testo del papiro di Giessen 40 colonna I*, in *Rivista di Filologia e di Istruzione Classica*, XLV, 1917, 16 ss.; G. Segrè, *Di nuovo sull'editto di Caracalla relativo alla concessione della cittadinanza romana e sul papiro di Giessen 40, colonna I*, in *BIDR*, 1922, 32, 3 ss.; E. Schönbauer, *Reichsrecht gegen Volksrecht? Studien über die Bedeutung der Constitutio Antoniniana für die römische Rechtsentwicklung*, in *ZSS*, 1931, 51, 277 ss.; Id., *Rechtshistorische Urkundenstudien. Die Inschrift von Rhodos und die Constitutio Antoniniana*, in *Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete*, 13, 1939, 177 ss.; A.N. Sherwin-White, *The Roman Citizenship*, Oxford, 1939, 220 ss. (e la recensione di A. Momigliano, in *JRS*, 31, 1941, 158 ss.); C. Sasse, *Die Constitutio Antoniniana: Eine Untersuchung über den Umfang der Bürgerrechtsverleihung auf Grund des Papyrus Giss. 40 I*, Wiesbaden, 1958; A. Biscardi, *Corso di papirologia giuridica*, Milano, 1966, 49 ss.; A.N. Sherwin White, *The Tabula of Banasa and the Constitutio Antoniniana*, in *JRS*, 63, 1973, 86 ss.; H. Wolff, *Die Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 I*, Köln, 1976; H. Bengtson, *Griechische Geschichte: von den Anfängen bis in die römische Kaiserzeit*, München, 1977, 546 ss.; V. Marotta, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*. *Una sintesi*, Torino, 2009; G. Purpura, *Il P. Giss. 40, I*, in *IAH*, 5, 2013, 73 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, 467 ss.; A. Palma, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, 2020, 14 ss.

⁸¹ R. Orestano, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, cit., 213. Sulla concezione del *populus* come *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* riflessa nella definizione ciceroniana del *de republica* 1.25.39, v. per i profili qui interessati, P. Catalano *Diritto e persone*, I, cit., 166 ss.; 189 ss.; Id., *Una civitas communis deorum atque hominum: Cicerone tra temperatio reipublicae e rivoluzioni*, in *SDHI*, 1995, 61, 725. In generale, sulla definizione ciceroniana di *populus*, v. F. Cancelli, «Iuris consensu» nella definizione ciceroniana di «res publica», in *Studi in memoria di Guido Donatuti* I, Milano, 1973, 216 (= *Rivista di*

re tradizionale di «*popularis*», afferente al *populus* quale pluralità di *cives*, che, «se non equivale a “comune”, ha in sé l’idea di “comune”, di “utilità comune”»⁸².

Marciano, invece, vive il processo di estensione della cittadinanza ad opera di Caracalla⁸³, per effetto della quale *Urbs* e *Orbis*⁸⁴ si identificano, e la dimensione del pubblico ripete quella globale dell’impero. Il suo ruolo di funzionario di corte, quindi assai vicino alla cancelleria imperiale, rende le sue Istituzioni, «testimoni immediati delle trasformazioni avvenute nel diritto di quell’epoca e anticipatori di molti motivi che segneranno il diritto dell’età successiva»⁸⁵.

La classificazione marcianea delle cose⁸⁶ risente dunque del clima politico e culturale che caratterizza l’età severiana, segnata in particolar modo dal provvedimento di Caracalla.

Con essa, e più degli altri giuristi severiani, Marciano dimostra di porsi «il problema di divulgare il diritto romano ai nuovi cittadini dell’impero, operando anche, in qualche caso, le opportune “volgarizzazioni” per renderlo più chiaro ed accessibile»⁸⁷. La categoria delle *res communes* nasce, dunque, in ultima analisi, da esigenze di carattere pratico relative, «alla necessità di fare del diritto romano uno strumento sempre più vivo e concreto utilizzabile dalla stragrande maggioranza

cultura classica e medievale, 1972, 14, 247 ss.); M. Varvaro, *Iuris consensus e societas in Cicerone. Un’analisi di Cic.*, de rep., I, 25, 39, in *AUPA*, 45/1, 1998, 447 ss.; M. Miceli, “*Governo misto*”, *quartum genus rei publicae e separazione dei poteri*, in M.P. Baccari, C. Cascione (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. Labruna, tomo I, Napoli, 2006, 688.

⁸² A. Di Porto, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, cit., XVIII.

⁸³ Sul problema della datazione delle Istituzioni marcianee, anche in relazione alla formazione della categoria delle *res communes*, v. da ultimo D. Dursi, ‘*Res communes omnium*’. *Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit., 14 ss., per il quale le Istituzioni sarebbero state composte poco dopo la morte di Caracalla, «tra il principato, breve, dell’imperatore Macrino (217-218 d.C.), torno di tempo nel quale avvenne la divinizzazione di Caracalla e il principato di Eliogabalo quale termine *post quem*» (Id., *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, cit., 25). Così collocate cronologicamente, le *Institutiones* rappresenterebbero «l’opera conclusiva, di sintesi, dell’intera produzione scientifica marcianea a cavallo tra le esigenze della burocrazia imperiale e l’insegnamento didattico» (Id., *Res communes omnium*’, cit., 15). Sulle *Institutiones* di Marciano, anche per la questione cronologica, v. anche L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, cit., 18 e nota 21; Id., *Istituzioni scienza giuridica codice nel mondo tardoantico, Alle radici di una nuova storia*, cit., 91, che ritiene l’opera composta subito dopo l’emanazione della *constitutio Antoniniana*, quindi negli anni immediatamente successivi al 212 d.C., ed ivi per le principali indicazioni bibliografiche. V. anche M. Fiorentini, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, cit., 90, per il quale Marciano, «lavora nel periodo tra Caracalla, sotto il quale scrive le *Institutiones*, e Alessandro Severo».

⁸⁴ Così Ulpiano definisce l’Impero Romano dopo che la Costituzione di Caracalla aveva reso tutti *cives Romani*: D. 1.5.17, Ulp. 22 ad ed.: *in orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*.

⁸⁵ L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, cit., 6.

⁸⁶ Sulla pregnanza ed innovatività delle classificazioni e definizioni di Marciano nel contesto di una giurisprudenza che, nelle opere didattiche, «presta speciale attenzione a definire in modo sempre più appropriato i concetti giuridici come anche a darne una classificazione» v. L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, cit., 22 ss.

⁸⁷ L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica e codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, cit., 90.

dei sudditi dell'impero»⁸⁸, le cui istanze sociali non potevano essere imbrigliate entro le categorie dello stretto *ius civile*.

La giurisprudenza severiana, di cui Marciano sintetizza gli esiti, si confronta con un *populus* che non è più la *societas di cives* ciceroniana. La *communitas* esprime la nuova realtà di una collettività che trascende i singoli quale centro di riferimento di situazioni giuridiche di interesse generale.

L'aggettivo *communis*, accompagnato dalla specificazione *omnium*, bene si prestava a qualificare questa nuova dimensione territoriale, politica, ideologica⁸⁹. I beni *comuni di tutti* si qualificano per l'attitudine a soddisfare i bisogni della *communitas* e, dunque reclamano una fruizione collettiva.

In questo contesto ideologico, Marciano non identifica le *res communes omnium* con le *res publicae*, che evidentemente conosce⁹⁰, e, forse, non si pone neppure il problema di distinguerle. *Res publicae* sono quelle che, in una prospettiva dominicale, appartengono al *populus Romanus*⁹¹. *Res communes omnium* sono quelle che «per loro natura non appartengono singolarmente a nessuno e sono destinate all'uso di tutti, cittadini e non cittadini»⁹². Il genitivo *omnium* rafforza il valore inclusivo della categoria, qualificandone la natura e la funzione, giacché sono beni comuni di tutti solo quelli la cui fruizione è diffusa a tutta l'umanità: «*commune* [...] è *quod est plurium*. Più esattamente può dirsi, che è *commune quod est omnium*, di tutti cioè i componenti quella data categoria di persone o di cose della quale si parla»⁹³.

⁸⁸ L. De Giovanni, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, cit., 36.

⁸⁹ Valorizza il ruolo del provvedimento di Caracalla sull'opera istituzionale marciantea e in particolare sulla categoria delle *res communes*, A. Schiavon, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, cit., 627 ss., secondo il quale Marciano, «in linea con la generale ispirazione delle *Institutiones* marciantee, corroborata dal particolare ruolo pubblico del loro autore e dalla prossimità della composizione loro all'emanazione dell'editto di Caracalla», ha consapevolmente posto «al centro della sua trattazione una categoria (quella delle *res communes omnium*) che, pur rimandando da un punto di vista dogmatico alla nozione tecnica di *usus publicus* (e così alla categoria delle *res publicae in usu populi*), non implicasse alcun riferimento a una (oramai tramontata) realtà cittadina di Roma, che anzi nella sua formulazione alludesse alla dimensione universale che aveva oramai assunto il diritto romano» (632).

⁹⁰ Come risulta da altro frammento marcianteo conservato dai compilatori, in cui si dice che *flumina paene omnia et portus publica sunt* (D.1.8.4.1, Marcian. 3 inst.). Così A. Schiavon, *Acqua e diritto romano: "invenzione" di un modello?*, cit., 128.

⁹¹ F. Sini, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione Romanistica*, in *Diritto@Storia*, 7/2008, § 4, per il quale, come risulta dalla etimologia della parola (*res populi, populicae, poplicae*), *res publicae* sono le *res* del Popolo romano, quest'ultimo da intendersi come «pluralità di cittadini, nel senso di «tutti i cittadini», non già come persona o entità astratta, distinta cioè dai *cives* che la compongono». Le *res publicae*, a loro volta, si distinguono in cose destinate all'uso pubblico e cose destinate a sostenere col reddito che da esse si ricava gli oneri dell'organizzazione politica del Popolo romano (*res in patrimonio publico e res in publico uso* su cui v. D. 18.1.6 pr., Pomp., 9 ad Sab.).

⁹² G. Grosso, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una 'nota di lettura' di F. Gallo*, cit., 32.

⁹³ C. Manenti, *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche ed alle communes omnium*, in *Il Filangeri*, 1894, 19, 1, 327: «nei rapporti giuridici da persone a cose adunque sarà *commune* ciò che è ugualmente e contemporaneamente di tutti e singoli gli appartenenti a quel ceto di persone del quale si tratta».

Le tensioni e le ambiguità che emergono dalle fonti in ordine alla qualificazione di risorse comuni come il mare, il lido, o anche i fiumi, costituiscono un momento di quella controversialità del diritto entro la quale va inserita la qualificazione marcianea.

Res in usu publico, res publicae iuris gentium, res communes omnium sono caratterizzate da ciò, che il loro uso è aperto a tutti. E, su questo presupposto, Pugliese ha considerato la categoria delle *res communes* come «uno sviluppo o un'accentuazione della qualifica di «*res publicae iuris gentium*» data al mare e al lido (non però all'aria e all'acqua corrente)»⁹⁴.

Lo stesso Gaio, che con la categoria delle *res publicae*, che *nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur* (Gai. 2.11), aveva privilegiato nelle Istituzioni il criterio dominicale, nelle *Res Cottidianae*, con la categoria delle *res publicae* per diritto delle genti, sembra dare spazio al criterio funzionale. *Res publicae iuris gentium* sono quelle il cui uso è pubblico per diritto delle genti, e tale è il diritto che una *naturalis ratio* ha stabilito tra gli uomini e che ne impone l'osservanza da parte di tutti i popoli⁹⁵.

Nel contesto dell'universalismo imperiale e nella nuova dilatata comunità, la prospettiva gaiana di cose pubbliche per diritto delle genti, fondato sulla *naturalis ratio* (Gai. 1.1), appariva insufficiente a contenere la dimensione sociale superindividuale per come consolidatasi a seguito della soppressione della distinzione tra cittadini e non cittadini e, soprattutto dell'emergere nella coscienza sociale del valore dell'essere umano a prescindere dalla sua dimensione politica. La cittadinanza romana concessa agli abitanti dell'impero aveva assunto «il significato di simbolo di ammissione ad una *communitas* garante di privilegi asimme-

⁹⁴ G. Pugliese, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, 429, su cui v. M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., 58 nota 124, che parla di «processualità tra i vari concetti (*res publicae in patrimonio populi, res in publico usu, res communes omnium*)». V. anche Id., *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, cit., 98. Sulla progressiva differenziazione interna alla categoria delle *res publicae*, per cui le *res communes omnium* «sarebbero state isolate da alcuni giuristi (nonostante diverse oscillazioni) a partire dalla considerazione della speciale disciplina di *litora e mare* su cui – a differenza delle altre *res publicae* (ivi comprese le *res in usu publico*) – era lecito *aedificare* liberamente, senza preventiva concessione da parte dell'autorità né pagamento di alcun *vectigal*». v. anche A. Schiavon, *Acqua e diritto romano: "invenzione" di un modello?*, cit., 136 ss. La categoria delle *res communes* emerge dunque rispetto al generico ambito delle *res publicae* in ragione della peculiare disciplina di *litora e mare*, sui quali la giurisprudenza aveva riconosciuto la possibilità di *aedificatio* senza la necessità di preventiva *concessio* (e conseguente pagamento di *vectigal*) da parte dell'autorità pubblica: «Marciano, in questo contesto, non avrebbe fatto altro che sanzionare dal punto di vista dogmatico questa progressiva differenziazione sul piano della disciplina sostanziale, facendo delle *res communes omnium* un elemento a sé stante della sua *rerum divisio*» (Id., *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, cit., 614).

⁹⁵ Gai.1.1.: *omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

trici, sulla scorta anche del prevalere di ragioni ispirate ad un sistema assiomatico fondato sulla *humanitas* e sulla *benignitas*, assunte a fondamento di un rinnovato *ius gentium*, inteso come base della costituzione di un ordinamento complesso, di matrice essenzialmente non o latamente potestativa, a metà tra natura interstatale e sovrastatale o universale»⁹⁶.

Con la categoria delle cose comuni di tutti per diritto naturale, Marciano supera la categoria del *publicus* ancorata al *ius gentium*, proiettandola nella sfera del diritto naturale al quale afferisce *quod natura omnia animalia docuit* (D. 1. 1. 1. 3, Ulp. 1 *inst.*). Di qui il nuovo ambito riconosciuto alla *communitas* e all'*usus communis*.

5. *La fortuna delle res communes omnium*

La lettura del panorama giurisprudenziale nella emersione della categoria delle *res communes omnium*, alla luce del clima politico ed ideologico entro cui matura, attribuisce al problema della qualificazione marcianea una diversa prospettiva.

Se l'aggettivazione *communis* al confronto con le altre simili impiegate dagli altri giuristi può considerarsi un momento del confronto giurisprudenziale sull'uso comune delle risorse naturali, rispetto al quale non sarebbe utile alcun tentativo di armonizzazione, si tratta di capire le ragioni del suo gradimento da parte dei compilatori, cui è ascrivibile il successo della categoria negli studi romanistici, oltre che le suggestioni nelle riflessioni della dottrina moderna sui beni comuni.

Giustiniano, adottando, sia nei Digesta che nelle Istituzioni, il modello classificatorio marcianeo e menzionando i beni comuni che ne rappresentano un tassello essenziale, sembra voler porre fine al confronto che fino ad allora aveva animato la riflessione giurisprudenziale, consacrando la fortuna di una categoria.

Le ragioni di una simile scelta sono verosimilmente da ricercare nello spirito culturale ed ideologico in cui essa prende forma e che appariva più consono ai tempi dei compilatori⁹⁷. La costituzione di Caracalla aveva determinato una organizzazione politica senza confini, fondata ideologicamente sull'idea di un impero universale e giusto, generando una realtà sociale nella quale «*cives* romani e stranieri [...] vivevano già tutti da tempo con lo stesso *ius gentium* e soprattutto nel comune sentimento di appartenenza ad uno "spazio umano" sentito come comune»⁹⁸.

⁹⁶ A. Palma, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, cit., 54.

⁹⁷ Come ben avvisa A. Schiavon, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, cit., 601, «il problema interpretativo della categoria delle *res communes omnium* offre una prospettiva estremamente significativa per osservare come la risoluzione di un problema storico giuridico posto dalle fonti si possa fondare tanto sulla riconduzione della testimonianza entro una astratta cornice dogmatica concettuale, quanto invece sulla sua contestualizzazione, attraverso il riferimento all'individualità del suo autore, nell'ambiente storico e culturale che la ha prodotta».

⁹⁸ A. Palma, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, cit., 20.

Il cosmopolismo politico e l'universalismo ideologico costituiscono le risorse fondamentali entro cui maturano le esigenze solidaristiche e le ragioni umanitarie che, penetrate nella coscienza sociale, trovano espressione nella letteratura e nelle decisioni giurisprudenziali con le quali i giuristi, già di età antoniniana, e poi pienamente in età severiana⁹⁹, adeguano la giuridicità alla rinnovata dimensione universale dell'Impero¹⁰⁰.

Com'è stato osservato, «appare evidente il decisivo ruolo giocato in questa vicenda dall'universalismo imperiale, tramite il quale è possibile comprendere il tentativo di superamento della partizione pubblico-privato attraverso la categoria giuridica dei 'beni comuni': Ulpiano è il giurista che ricorre al concetto di 'orbis', che possiamo tradurre anche con 'mondo', per indicare l'impero romano; Marciano compone le sue Istituzioni quasi certamente dopo che la costituzione *de civitate* dell'imperatore Antonino Caracalla, nel 212 d.C., ha concesso (con eccezioni) la cittadinanza agli abitanti dell'impero; Giustiniano è l'imperatore che abroga il concetto di straniero nell'*orbe* romano»¹⁰¹.

Nel clima politico e culturale di età severiana, il concetto di *communis*, non nuovo allo spirito dei Romani¹⁰², appare a Marciano utile per indicare le cose

⁹⁹ Sulla *ratio humanitatis* nella prassi giurisprudenziale già di età antoniniana v. A Palma, *Humanior interpretatio. "Humanitas" nella interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1992.

¹⁰⁰ Supera la nozione romana di *humanitas* nel riconoscimento delle *res communes* V. Mannino, *Il «bene comune» tra precedente storico e attualità*, cit., 530, per il quale l'idea di *res* «geneticamente legate alla comunità» trova le sue radici culturali nel «convincimento che esistesse una primaria relazione tra il complesso dei componenti di una comunità e le *res*: il che, indubbiamente, trova una sua evidenza nella differenza tra l'idea di «*persona*» dominante in Roma e la moderna nozione, tutta giuridica e astratta, di «soggetto di diritto» la cui contropartita sarà lo sviluppo dell'idea di «sovranità» assoluta sui beni, ovvero la priorità della forma proprietaria individuale rispetto a qualsiasi forma di appartenenza. Infatti, per i Romani, al centro del sistema socio-economico vi era il soggetto-«*persona*», vedendosi nella «*persona*», innanzi tutto, un soggetto dotato di concretezza fisica». Tenuto conto che, per i Romani, il sistema sociale, nella sua proiezione giuridica, era conformato «dal fatto che ogni «agente nel diritto» aveva *persona*, con la conseguenza che ogni «*persona*» si trovava nel sistema socio-giuridico e che quest'ultimo, in tutte le sue manifestazioni, costituiva il riflesso diretto di ogni «*persona*» e che, dunque le «*res* erano passibili di godimento da parte di ogni «*persona*», «si sente aleggiare un'idea di «bene comune» in cui le *res communes* hanno una connotazione che va al di là dell'aspetto esclusivamente materiale e in cui un ruolo importante viene assunto dalla tensione primaria verso la virtù civica, assieme all'esigenza di essere innanzi tutto un buon cittadino» (532).

¹⁰¹ F. Vallocchia, *Qualche riflessione su publicum-privatum in diritto romano*, cit., 428.

¹⁰² F. Sini, *Personae e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione Romanistica*, cit, § 4 ss., ove richiama il passo del *de off.* 1.52, in cui l'Arpinate «teorizzava la necessità di concedere a tutti l'uso di quei beni comuni (*illa communia*) cui la natura ha dato vita affinché fossero nella disponibilità di tutti [...] Ad ulteriore riprova di quanto questa concezione universalistica fosse radicata nella mentalità giuridica e nella coscienza civile dei Romani, mette conto menzionare le considerazioni ciceroniane sull'*utilitas communis*. Questa sarebbe "naturalmente" anche del singolo, il quale vedrebbe in tal modo tutelati i propri diritti attraverso la tutela di quelli collettivi, in quanto appunto anche suoi, per la parte di propria pertinenza. Assai nota è, poi, la definizione di *res publica* elaborata da Cicerone, nella quale la *utilitatis communio* viene annoverata fra gli elementi costitutivi del *populus* come entità giuridica e organizzazione politica». Così anche A. Dani, *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna* (www.historiaetius.eu), 2014, 6, per il quale «la necessità di considerare comuni certi beni poggiava su un'idea, radicata e condivisa, di giustizia e di *humanitas*, a cui fa riferimento anche Cicerone [...]». Critica P. Lambrini, *Alle origini dei beni comuni*, cit., 416, per la quale «l'introduzione della nuova categoria fu resa neces-

che alla nuova sensibilità sociale per la giustizia e per l'*humanitas*, devono essere comuni a tutti. Il *ius naturale* con la sua vocazione universalistica e solidaristica bene si prestava a rappresentare il fondamento giuridico della categoria.

Il richiamo al *ius naturale*, «due volte a distanza di poche righe» costituisce in realtà un motivo centrale del manuale istituzionale¹⁰³: in sintonia con la sensibilità giusnaturalistica degli altri giuristi severiani.

Come noto, la definizione di *ius naturale* risale ad Ulpiano, che nel testo collocato in apertura dei Digesta¹⁰⁴, lo identifica nel diritto che non è proprio del genere umano, ma è comune a tutti gli esseri animati che nascono in terra, in mare, ed è comune anche agli uccelli.

Paolo, evocando suggestivamente la nozione celsina di *ius* quale *ars boni et aequi*¹⁰⁵, richiamata peraltro proprio da Ulpiano nel passo collocato nel primo libro dei Digesta, al titolo I rubricato *de iustitia et iure* (D.1.1.1, Ulp. 1 *inst.*), dice che il *ius naturale* è *quod semper aequum ac bonum est* (D. 1.1.11, Paul. 14 *ad Sab.*). E il riferimento all'equità ritorna in Ulpiano quando afferma che per diritto naturale gli uomini sono tutti uguali: *quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt* (D. 50.17.32, Ulp. 43 *ad Sab.*). Se, dunque, per diritto naturale, gli uomini sono uguali, «lo sono *a fortiori* davanti ai beni fondamentali indicati da Marciano»¹⁰⁶.

saria [...] da esigenze pratiche, in primo luogo dal mutamento di significato subito dal concetto di "pubblico, il quale nel passaggio dall'epoca repubblicana a quella imperiale si era svuotato dell'idea di popolare, di comune che vi era implicita, imponendo la creazione di una terza dimensione, quella appunto delle *res communes omnium*».

¹⁰³ D. Dursi, Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V, cit., 59. E ciò non solo nell'ambito della teoria dei beni e con riguardo alle *res communes*, dove viene richiamato «sia per fissare il fondamento delle *res communes omnium*, sia per introdurre l'elenco delle singole *res* ascrivibili alla categoria», ma anche relativamente al tema della schiavitù (su cui v. *ibidem*, 56 ss.) che, secondo un motivo comune alle trattazioni istituzionali di età severiana, subisce, proprio in nome del *ius naturale*, contrapposto al *ius gentium*, un giudizio di condanna "etica", «in ragione di una prospettiva ecumenica e del concetto stoico di unità del genere umano». Così L. Maganzani, *Etica e diritto nella formazione del giurista: l'età severiana*, cit., 24, che, su tale punto, segna la differenza rispetto al manuale gaiano, il quale «non premetteva alla trattazione didattica un esordio 'filosofeggiante' né di regola trattava di *ius naturale* come partizione a sé rispetto allo *ius gentium* e al *ius civile*, quanto piuttosto di una *naturalis ratio* alla base dei vari istituti di *ius gentium* (compresa la schiavitù)».

¹⁰⁴ D. 1.1.1.3, Ulp. 1 *inst.*: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.* Sul *ius naturale*, nella vasta letteratura, v. A. Burdese, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG*, 7, 1954, 407 ss.; G. Nocera, *Ius naturale nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1962; P.P. Onida, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli, 2012.

¹⁰⁵ D. 1.1.1 pr. Ulp. 1 *inst.*: *iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.* Sul tema la dottrina è vasta ed importante. Tra i tanti, v. P. Cerami, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in *AUPA*, 38, 1985, 5 ss.; G. Falcone, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA*, 49, 2004, 43 ss.; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 364.

¹⁰⁶ M. Falcon, "*Res communes omnium*": vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, cit., 110, nota 10.

La pluralità dei profili interessati dalla categoria delle *res communes omnium* dimostra la complessità del tema e giustifica il fermento dei giuristi romani, non meno intenso di quello che agita la dottrina moderna sui beni comuni.

Insomma, più che di categoria «senza né capo né coda» come la definiva, in maniera «sbrigativa»¹⁰⁷ e con «sprezzante giudizio»¹⁰⁸, Mommsen¹⁰⁹, meglio considerarli “beni complessi”¹¹⁰, risorse naturali a rilievo economico, che, proprio in ragione della molteplicità degli interessi coinvolti, che superano la dimensione individuale dei diritti, reclamano articolati meccanismi di tutela, oltre che di gestione.

Una siffatta complessità non è di certo sfuggita ai giuristi romani, e a Marciano in particolare, che, con la configurazione di *beni comuni di tutti*, ha inteso dare voce alle nuove sensibilità ideologiche portate dalla rinnovata organizzazione politica che la bipartizione gaiana tra cose pubbliche e cose private non riusciva ormai a contenere.

In tale “complessità”, i giuristi dei nostri tempi si sforzano di trovare uno statuto giuridico dei beni la cui funzionalità «all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»¹¹¹ sia compatibile con le categorie dogmatiche acquisite, prime fra tutte la statualità ed il diritto. I loro sforzi, tuttavia, non sembrano, almeno allo stato, così fortunati come quelli di Marciano¹¹².

¹⁰⁷ D. Dursi, ‘*Res communes omnium*’. *Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, cit., 2.

¹⁰⁸ M. Fiorentini, *Fiumi e mari nell’esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, cit., 46.

¹⁰⁹ Th. Mommsen, *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia*, in *BIDR*, 2, 1889, 130 ss.

¹¹⁰ Così, significativamente, è qualificata l’acqua da A. Simonati, F. Cortese, *Osservazioni conclusive*, in G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese, *L’acqua e il diritto*, cit., 403.

¹¹¹ La Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, è stata istituita presso il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. Nei lavori della Commissione, sono definiti come beni comuni «le cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». Lo stesso testo proponeva un elenco comprendente, 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. I beni residui venivano distinti in beni pubblici ed in beni privati, i primi, ulteriormente divisi in “beni ad appartenenza pubblica necessaria” (“quelli che soddisfano interessi pubblici fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali”: lett. d, n. 1), “beni pubblici sociali” (“quelli le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare i bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona”: lett. d, n. 2), “beni pubblici fruttiferi” (“quelli che non rientrano nelle categorie indicate dalle norme precedenti”: lett. d, n. 3). Nella prospettiva di un «legame tra persone e beni» v. i contributi di M. Miceli, L. Solidoro, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, 2021.

¹¹² La Commissione Rodotà ha concluso i suoi lavori nel febbraio 2008 con la stesura di una *Proposta di articolato*, che tuttavia non ha avuto alcun seguito, naufragata in seguito all’anticipata fine della legislatura. L’enorme mole di contributi che essa ha suscitato attesta la centralità del tema, sotto il quale giace «la questione ancor più vasta della modernità [...]»: la contestazione della rigida alternativa proprietà pubblica – proprietà privata evoca forme di possesso premoderno che lo sviluppo del capitalismo e l’apparato giuridico che l’ha accompagnato (i codici) hanno messo in secondo piano, quando non cancellato. È anche per questo che, a mio parere, la questione dei beni comuni fatalmente tende a caricarsi di un “di più”, visto che proprio attorno alla sorte della modernità si giocano i destini delle esperienze (e delle culture) giuridiche contemporanee: così M. Luciani, *Una discussione sui beni comuni*, cit., 377.

La fortuna delle res communes omnium. Cenni sulla storia di un concetto

L'articolo si propone di delineare il concetto di *res communes omnium* come emerso nel pensiero giurisprudenziale all'interno della divisione romana delle cose. L'individuazione dei presupposti ideologici e del contesto politico ed organizzativo in cui tale ipotesi concettuale prende corpo, ad opera del giurista Marciano, consente di definire la reale portata delle *cose comuni di tutti*, e, per tale via, di precisare la dimensione storica di un concetto che, in una prospettiva dialogica, può offrire utili spunti ermeneutici al dibattito sui beni comuni.

The luck of res communes omnium. Lines from history of the concept

The article aims to outline the concept of *res communes omnium* as it emerged in jurisprudential thought within the Roman division of things. The identification of the ideological presuppositions and of the political and organizational context in which this conceptual hypothesis takes shape, by the jurist Marciano, allows to define the real scope of the common things of all, and, in this way, to specify the historical dimension of a concept that, in a dialogical perspective, can offer useful hermeneutic insights to the debate on common goods.