



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

**DOGMENGESCHICHTE UND HISTORISCHE
INDIVIDUALITÄT DER RÖMISCHEN JURISTEN**

**STORIA DEI DOGMI
E INDIVIDUALITÀ STORICA DEI GIURISTI ROMANI**

Atti del Seminario internazionale

(Montepulciano 14 - 17 giugno 2011)

A cura di

**CHRISTIAN BALDUS, MASSIMO MIGLIETTA,
GIANNI SANTUCCI, EMANUELE STOLFI**

2 0 1 2



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

107

2012

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2012*
by Università degli Studi di Trento
Via Belenzani 12 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-453-1
ISSN 1972-1137

Stampato in Italia - Printed in Italy
Novembre 2012

Litotipografia Alcione S.r.l. - Lavis (Trento)

DOGMENGESCHICHTE UND HISTORISCHE
INDIVIDUALITÄT DER RÖMISCHEN JURISTEN

STORIA DEI DOGMI
E INDIVIDUALITÀ STORICA DEI GIURISTI ROMANI

Atti del Seminario internazionale
(Montepulciano 14 - 17 giugno 2011)

A cura di

CHRISTIAN BALDUS, MASSIMO MIGLIETTA,
GIANNI SANTUCCI, EMANUELE STOLFI

Università degli Studi di Trento 2012

INDICE

	Pag.
Presentazione	1
I. ZUGÄNGE - UN PRIMO APPROCCIO	
CHRISTIAN BALDUS	
Il giurista «in gabbia»? Osservazioni minime sull'individualità storica dei giuristi quale paradigma vecchio e nuovo.....	7
II. INDIVIDUELLE ZÜGE JURISTISCHEN SCHREIBENS? BEISPIELE AUS DER REPUBLIK - CRITERI PER LA COMPrensIONE DELLE INDIVIDUALITÀ NELLA SCRITTURA DEI GIURISTI? ESEMPI REPUBBLICANI	
ALFONSO CASTRO SÁENZ	
Individualidad metodológica y dogmática: el ejemplo de Trebacio.....	25
III. DISZIPLINARITÄT UND INTERDISZIPLINARITÄT IM STREIT DER FAKULTÄTEN - DISCIPLINARIETÀ E INTERDISCIPLINARIETÀ NEL CONFRONTO TRA SAPERI	
SVEN GÜNTHER	
Theoriebildung in der Alten Geschichte und rechtsromanistische Methodendiskussionen	75
VIVIANNE GERALDES FERREIRA	
Das Brasilianische Recht und die europäische Romanistik.....	89
IV. FORSCHUNGSLANDSCHAFT - INQUADRAMENTO GENERALE	
JOHANNES MICHAEL RAINER	
Gli influssi della romanistica italiana sulla romanistica tedesca nel Novecento	119

	Pag.
GIANNI SANTUCCI La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il «dogma» della fungibilità dei giuristi romani	133
V. TEXTE AUS DER KLASSISCHEN JURISPRUDENZ. VORFRAGEN ZUR STANDARDISIERUNG ODER INDIVIDUALISIERUNG JURISTI- SCHEN SCHREIBENS - TESTI DALLA GIURISPRUDENZA CLASSICA. QUESTIONI PRELIMINARI CIRCA LA FUNGIBILITÀ O INDIVIDUALI- TÀ DELLA SCRITTURA DEI GIURISTI	
VALERIO MAROTTA Origine e natura della moneta in un testo di Paolo D. 18.1.1 (33 <i>ad edictum</i>)	161
ANDREAS NITSCH Sprachliche Individualität der römischen Juristen	207
JAVIER PARICIO Génesis histórica concreta del <i>ius publice respondendi ex aucto- ritate principis</i> : dos interpretaciones alternativas	229
EMANUELE STOLFI Il contesto culturale.....	251
GIOVANNI COSSA I giuristi e la retorica.....	299
VI. DIE JURISTEN UND DAS PROZESS - I GIURISTI E IL PROCESSO	
ULRIKE BABUSIAUX Celsus und Julian zum Edikt <i>si certum petetur</i> – Bemerkungen zu Prozess und «Aktionendenken».....	367
ENRICO SCIANDRELLO Giuliano e l'applicazione del senatoconsulto Macedoniano.....	433

	Pag.
VII. BEISPIELE FÜR LAUFENDE FORSCHUNGEN (ZUR KLASSISCHEN JURISPRUDENZ UND GESCHICHTE DER RECHTSROMANISTIK) - ESEMPI DI RICERCHE CORRENTI (CIRCA LA GIURISPRUDENZA CLASSICA E LA STORIA DELLA ROMANISTICA)	
IOLANDA RUGGIERO	
Il maestro delle <i>Pauli Sententiae</i> : storiografia romanistica e nuovi spunti ricostruttivi.....	485
ALESSANDRO CASSARINO	
Brevi note su alcune scelte individuali compiute dai giuristi del principato in tema di <i>bonorum venditio</i>	533
FRANCESCA NOCENTINI	
Il <i>divortium bona gratia</i> nell'elaborazione giurisprudenziale di II e III secolo	551
SABRINA DI MARIA	
La cancelleria giustiniana e l'infungibilità dei giuristi classici: l'esempio delle <i>decisiones</i>	575
ALVISE SCHIAVON	
Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle <i>res communes omnium</i>	593
JULIA GOKEL	
« <i>Arrae vel alio nomine</i> », un responso di Quinto Cervidio Scevola tra considerazione filologica e dogmatica-sistematica	635
MASSIMO NARDOZZA	
«Il problema della storia dei giuristi romani» nella romanistica italiana tra Ottocento e Novecento	663
VIII. SCHLUSSFOLGERUNGEN – CONCLUSIONI	
CHRISTIAN BALDUS	
Relazione di sintesi	725

STORIA DEI DOGMI E INDIVIDUALITÀ DEI GIURISTI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CATEGORIA DELLE *RES COMMUNES OMNIUM*

Alvise Schiavon
(Trento)

1. - *Introduzione*

Scopo del mio intervento è osservare come possano interagire gli argomenti maturati nello studio della personalità intellettuale dei giuristi e quelli tratti dalla ricostruzione dogmatica di una figura giuridica nell'interpretazione della categoria delle *res communes omnium*.

Prima di procedere, non sembra superfluo riprendere per sommi capi il contesto teorico all'interno del quale si è potuta affermare una tale alternativa metodologica tra approccio biografico e dogmatico nello studio del diritto romano, al fine di precisare il punto di vista da cui questo contributo intende riguardare tale contrapposizione.

L'esigenza di un approccio allo studio delle fonti romane che ponga al centro dell'analisi le biografie dei giuristi emerge in effetti già a partire dall'Umanesimo giuridico¹. È però nel quadro della riflessione novecentesca sulla *Historisierung* dello studio del diritto romano² – e

¹ F. WIEACKER, *I giuristi romani nella storiografia degli ultimi trent'anni*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1982, pp. 35 e ss., spec. p. 36.

² In particolare una già matura riflessione metodologica sull'opportunità di una storia biografica dei giuristi si legge in L. MITTEIS, *Antike Rechtsgeschichte und Romanistisches Rechtsstudium*, in *Mitteilungen des Wiener Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasiums*, 18, 1918, pp. 56 ss, in cui l'autore indica alla romanistica del suo tempo l'obiettivo di costruire una "biographische Rechtsgeschichte des römischen

con particolare fervore a partire dagli anni '60 nella dottrina italiana³ – che essa viene strutturandosi fino ad assumere i contorni di un'istanza metodologica autonoma, consapevolmente alternativa rispetto al paradigma tradizionale. L'assunzione della prospettiva dello studio delle personalità dei singoli giuristi romani, della loro posizione sociale⁴ e delle loro logiche e ideologie⁵, intende senz'altro porsi come un superamento di quell'approccio (astrattamente) dogmatico allo studio delle fonti che ha fortemente condizionato la storia della (cosiddetta) tradizione romanistica fino alla Pandettistica⁶ e oltre.

Nella misura in cui si tradusse nell'affermazione dell'inadeguatezza della mera rielaborazione dogmatica del materiale giuridico tramandatoci dalle fonti quale metodo di una romanistica pienamente storicizzata, mi pare che tale istanza metodologica possa essere utilmente avvicinata alla generale contrapposizione tra metodo storico e metodo dogmatico nello studio del diritto romano, dicotomia attorno cui – come noto – si polarizzò per decenni il dibattito sul metodo della scienza romanistica⁷ a partire (perlomeno) dalla celebre prolusione

Altertums, ähnlich wie Individualitäten in der Kunstgeschichte zeichnet" (p. 70). Peraltro lo studio delle personalità scientifiche dei giuristi romani si era già diffuso tanto in Germania (si pensi in particolare al lavoro di Pernice su Labeone) che in Italia (il lavoro di Costa su Papiniano, nonché ad alcuni lavori di Ferrini).

³ Lo nota A. SCHIAVONE, *Nota di lettura* a D. NÖRR, *Pomponio o "della intelligenza storica" dei giuristi romani*, in *LED. Rivista online di diritto romano* (<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02noerr.pdf>); ma anche G. PUGLIESE, *Brevi considerazioni su un recente indirizzo della storiografia romanistica*, in *Festschrift Wieacker*, Göttingen, 1978, pp. 145 ss. [ora in Id, *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, pp. 145 ss.].

⁴ W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*², Graz-Wien-Köln, 1967.

⁵ Il riferimento è in particolare alle opere di M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971 (seconda edizione Napoli, 1982), e A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani: nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971.

⁶ Su cui *infra* nota 30.

⁷ Ma che coinvolse pure gli altri filoni della ricerca storico-giuridica: uno sguardo

milanese di Betti del 1927⁸. Anche tale contrapposizione nasce infatti dalla reazione contro la (antistorica) assolutizzazione della dogmatica giuridica quale elemento ritenuto in grado di coordinare lo studio storico delle fonti e la spinta alla prassi applicativa. La problematizzazione del ruolo delle categorie dogmatiche nello studio delle esperienze giuridiche antiche⁹, che investì invero la stessa ‘pensabilità’ di un metodo storico-giuridico autonomo¹⁰, si accompagnava alla afferma-

di sintesi in L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, 1, 1974, pp. 3 ss., spec. pp. 9 ss. e in A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in *Studi storici*, 17, 1976, pp. 5 ss spec. pp. 13 ss.

⁸ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico F. Serafini*, XCIX, 1928, pp. 129 ss e C, 1928, pp. 26 ss (= in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1997, pp. 25 ss.) su cui P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 7, 1978, pp. 311 ss.

⁹ Ma si potrebbe notare che nello stesso torno di anni in cui nella romanistica si consumava la polemica tra “storia e dogma”, la dottrina italiana avviò una parallela relativizzazione del ruolo delle categorie dogmatiche con riferimento allo studio dei diritti positivi: mi riferisco naturalmente alla cosiddetta “polemica sui concetti giuridici”, sulla quale offre uno sguardo di sintesi N. Irti nella sua *Introduzione* a G. CALOGERO, W. CESARINI SFORZA, A.C. JEMOLO, S. PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004. Un collegamento tra i due dibattiti è suggerito da F. RICCOBONO, *I concetti e la storia. Brevi note sul pensiero di R. Orestano*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VII, Napoli, 2007, pp. 4759 ss.

¹⁰ Notissima ad esempio la presa di posizione di A. Momigliano in apertura del suo intervento al Primo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. 21 ss.): “Immagino – voglio immaginare – che siamo qui per celebrare un avvenimento storico di una qualche importanza, la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica”. La risposta di Pugliese, presente a quell’incontro, viene riportata (*verbatim*) da Cannata (in C.A. CANNATA, *Pugliese precursore*, in L. VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo: giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, Padova, 2008, pp. 5 ss.): “non si deve dimenticare che la storia del diritto non appartiene alle scienze storiche, ma alla scienza giuridica” (p. 10). Sul punto un’analisi (come di consueto) particolarmente lucida in R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, dapprima in *Jus*, 2, 1951 e oggi ripubblicato in *Scritti*, II, Napoli, 2000, pp. 993 ss. Che dietro la questione della posizione del diritto romano nella scienza giuridica si agiti il più generale problema

zione della opportunità di ri(con)durre il dato istituzionale al contesto storico generale, economico politico e culturale.

Non è mia intenzione procedere a una organica rivisitazione dei termini di tale dibattito, tuttavia due precisazioni sembrano indispensabili al fine di chiarire la prospettiva a partire dalla quale si assumerà nel prosieguo del lavoro tale alternativa metodologica.

Innanzitutto, perlomeno nella versione (per così dire) matura della contrapposizione metodologica tra ‘storia’ e ‘dogma’ – ma forse nel pensiero dello stesso Betti¹¹ – la possibilità di un approccio ‘dogmatico’ alle fonti non è mai discussa nei termini di una riconduzione del materiale delle fonti entro una griglia concettuale sistematica univoca (la ‘dommatica’ intesa in senso pandettistico, di ascendenza essenzialmente giusrazionalistica)¹², ma piuttosto come ‘genealogia degli istituti giuridici’ che ricostruisca le dinamiche evolutive del pensiero giuridico da un punto di vista logico-formale¹³. In questo senso intesa, essa pure è

della ‘tecnicizzazione’ del sapere giuridico impartito nelle Facoltà di Giurisprudenza è ribadito da ultimo in N. IRTI, *La formazione del giurista nell’Università del «saper fare»*, in ID., *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, pp. 68, spec. pp. 76 ss.

¹¹ La rivalutazione critica della dogmatica da parte di Betti appare in effetti ambiguamente oscillare tra affermazione della radicale storicità di ogni schema ordinante per lo studio del passato (cfr. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e ‘dommatica moderna*, Torino, 2007, pagg 10 ss: spunti in questo senso in E. BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit., p. 105 ss.) ed esaltazione sovratemporale del metodo dogmatico di ascendenza ottocentesca (cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 406).

¹² Sull’ascendenza giusnaturalistica e giusrazionalistica della sistematica pandettistica rimane efficace l’espressione di Gierke secondo cui “il diritto naturale ancora lungamente dopo la caduta del suo potere formale riportò vittorie sostanziali” (O. VON GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, Frankfurt am Main, 1883, citazione che traggio da P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*, Milano, 2002, p. 19). Dello stesso avviso del resto la dottrina dominante, tra cui ad esempio G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *RISG*, 17, 1973, pp. 89 ss., spec. p. 93 [oggi in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1985, pp. 419 ss.]. Per una diversa impostazione si legga invece P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, Milano, 1984, in particolare pp. 16 ss.

¹³ Questo tentativo di superare la rigida sistematicità concettuale nello studio ‘dog-

pertanto da iscriversi in quel progressivo distacco dal paradigma attualizzante tipico della tradizione romanistica e di ripensamento in senso storicistico dei metodi della romanistica¹⁴.

In secondo luogo occorre sottolineare come, a parte alcune prese di posizione polemiche – invero provenienti soprattutto dal campo dei cosiddetti ‘storici’¹⁵ – tali da negare la stessa legittimità epistemolo-

matico’ del diritto romano, già presente nella riflessione di Grosso (G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*², Torino, 1946, spec. p. 31) mi pare perfettamente incarnato nella vicenda intellettuale di G. Pugliese in particolare nel suo scritto *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane* (in *Annali di storia del diritto*, 5-6, 1961-1962, pp. 71 ss., p. 76, oggi in ID., *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1985, pp. 27 ss.) emerge con particolare chiarezza l’esigenza di ancorare il metodo della romanistica alla ‘diagnosi di questioni giuridiche’ pur nella consapevolezza che ‘lo sforzo di rendere vivi e attuali gli aspetti giuridici delle fonti romane non implica, certo, il ricorso ai metodi dei glossatori o dei commentatori medievali e nemmeno a quelli dei pandettisti dell’Ottocento’ (pp. 69 ss.), come del resto testimoniano i tentativi (suoi e dei suoi allievi) di applicare il metodo casistico, piuttosto che la tradizionale sistematica concettuale, allo studio delle fonti romane (cfr. anche L. GAROFALO, *Diritto romano e scienza del diritto*, in L. VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, cit., pp. 263 ss.). Un’affermazione particolarmente incisiva della possibilità di studiare il diritto romano sotto il suo profilo logico-formale pur senza ridurlo antistoricamente alla sistematica contemporanea è quella proposta da Y. Thomas, secondo cui: “ce que la plupart des historiens s’obstinent à méconnaître, et parmi eux bien des historiens du droit qui pensent par emprunt, c’est que le juridique, avec son langage, ses normes et sa durée propre, qui n’est pas celle des autres phénomènes sociaux, constitue un domaine singulier. Sous le prétexte qu’il est fallacieux d’interpréter les dogmes romains à l’aide de dogmes contemporains, selon la méthode romanistique traditionnelle, on en vient à oublier que les dogmes ont une existence et une histoire, inscrite dans très longue durée” (Y. THOMAS, *Mommsen et l’Isolierung du droit romain*, in T. MOMMSEN, *Droit public romain*, Paris, 1984, p. 9 nota 36); ma analogamente anche R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 568, ove si legge che compito del giurista è “non solo ricercare dietro i concetti la vita, ma pure la storicità dei concetti stessi e le loro connessioni con la vita che attraverso di essi e in essi si esprime”.

¹⁴ Così ad esempio E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 697: “in questa polemica [...] il punto di vista della vecchia dogmatica, costruttiva di sistemi astratti, viene abbandonato quasi da tutti e si accetta da tutti, o quasi, l’esigenza di non estraneare la sistemazione scientifica dalla storia”.

¹⁵ Come notato anche nelle *Considerazioni conclusive* della (prima) inchiesta di

gica dell'opposto approccio metodologico, sia rinvenibile una sostanziale convergenza sul riconoscimento della complementarità delle due prospettive metodologiche e sul fatto che si tratti in ogni caso, nel dosare il ricorso a concetti tecnico-giuridici e alla ricostruzione storica, di una "questione di misura"¹⁶. L'astratta contrapposizione sul piano metodologico tra storia e dogma sarebbe il frutto di una malintesa enfaticizzazione di due istanze ugualmente necessarie – e anzi complementari – non solo allo studio (ovviamente storico) del diritto romano, ma a qualunque conoscenza giuridica¹⁷.

Alla (ri)costruzione di un metodo che valorizzasse entrambe le

Labeo del 1956 su 'Studio e insegnamento del diritto romano' (*Labeo*, 2, 1956, pp. 327 ss. spec pp. 333), gli attacchi alla stessa pensabilità di una storiografia giuridica incentrata sull'analisi logico-formale degli istituti maturarono in un due filoni filosofici (apparentemente) antitetici: da un lato l'idealismo storicista crociano (ad es. Momigliano, citato *supra*) dall'altro il materialismo storico di stampo marxista (ad es. M. Bartossek secondo cui una storia del diritto limitata al suo aspetto formale si ridurrebbe a una mera "successione di fantasmi": cfr. L. RAGGI, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *Scritti*, Milano, 1975, pp. 1 ss., spec p. 34; tali posizioni riecheggiano pure nel lavoro dello Schiavone, dove analogamente si legge che uno studio esclusivamente istituzionale della storia giuridica si ridurrebbe a "mera storia di luoghi ideologici": cfr. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 2) negarono qualsiasi valore epistemologico autonomo alle categorie giuridiche, riducendole a sovrastrutture dell'attività economica.

¹⁶ Così si esprime ad esempio F. VASSALLI, *Storia e dogma*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, CXII, 1934, pp. 156 ss. (anche in ID., *Studi giuridici*, vol. 2, Milano, 1960, pp. 449 ss., spec. p. 457). Un sostanziale riconoscimento dell'interdipendenza dei due approcci mi pare emerga da una pacata rilettura delle diverse risposte alle indagini promosse da *Labeo* ('Studio e insegnamento del diritto romano', in *Labeo*, 2, 1956 e 'Conversazioni sul metodo', in *Labeo*, 19, 1973) ma anche di quelli, più recenti, contenuti nel volume *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari 1982.

¹⁷ È questo in definitiva il risultato cui giungerà la riflessione di Orestano, secondo cui prospettiva storica e ricorso a schemi concettuali ordinanti sono elementi essenziali di ogni conoscenza giuridica, tanto che essa riguardi ordinamenti presenti che passati: cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., cap. 10 spec. pp. 338 ss., nonché quanto si legge, con specifico riferimento al problema della presunta 'crisi del diritto romano' a pp. 508 ss.

prospettive si dedicò con particolare impegno Riccardo Orestano¹⁸. Nella riflessione di questo autore, l'opposizione tra dogmatici e storici pare fondarsi in ultima analisi sull'ipostatizzazione degli strumenti concettuali, ovvero sulla confusione tra strumenti euristici e realtà storica¹⁹. La chiara posizione della differenza tra schemi ordinanti – che sono sempre propri dell'osservatore – e *quidditas* storica²⁰, permette di riconoscere come, nello studio storico del diritto romano, si possa ricorrere a diverse astrazioni utili a disporre e interpretare il materiale storico: tanto che rimandino all'analisi delle varianze dogmatiche che alla storia sociale, economica o biografica, tali astrazioni rimangono pur sempre strumenti, di cui l'osservatore può servirsi, sottoponendoli a continua verifica sul piano storico; o cui può asservirsi, finendo per proiettare inconsapevolmente sull'esperienza studiata punti di vista caratteristici della propria epoca²¹.

¹⁸ Cfr. da ultimo le considerazioni di M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica moderna'*, cit., p. 111 ss., secondo cui in particolare il tentativo “di abbattere quell'inutile quanto pericoloso dualismo, e di ricomporre la frattura storia-scienza, sarà uno degli obiettivi di Riccardo Orestano” (p. 112); ma già M. BRUTTI, *Storiografia e critica del sistema pandettistico*, in *Quaderni fiorentini*, VIII, 1979, pp. 317 ss.

¹⁹ Rimando a R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., pp. 385 ss (capitolo ‘Realtà parole valori’) ma spec. pp. 409 ss. Osservazioni analoghe in G. PUGLIESE, «*Res corporales*», «*res incorporales*» e il problema del diritto soggettivo, in *RISG*, 5, 1951, pp. 237 ss., spec. p. 239.

²⁰ G. GROSSO, *Introduzione*, in *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino, 1967, p. XII, ammonisce appunto a “non confondere ciò che è assunzione di definizioni o di punti di vista con un *quid demonstrandum*”.

²¹ Questo pericolo forse è più evidente dal lato dell'approccio dogmatico: il rischio è effettivamente quello di approdare a una mera ‘apologia del diritto moderno’ (come puntualmente rilevato da A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, XIII, 2, 1973, pp. 65 ss.). Del resto però anche il ricorso a strumenti ordinanti tratti dalla sociologia, dall'economia e perfino dall'antropologia, può comportare simili indebite sovrapposizioni. È lo stesso Betti a riconoscere che “come lo storico in generale corre il rischio di trascinarsi dietro schemi antiquati di rappresentazione storica, così il giurista storico [...] rischia di abusare dei concetti dogmatici correnti” (E. BETTI, *Storia e dogmatica del diritto*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit., pp. 105 ss., spec. p. 111). In questo senso

Questa è la prospettiva da cui ho affrontato il problema della diversa incidenza di fattori dogmatici e della personalità del giurista nell'elaborazione della categoria delle *res communes omnium*. In questo contributo si vorrebbe infatti cogliere l'articolarsi di dogmatica e individualità dei giuristi non tanto sul piano della diversa incidenza di questi fattori sullo svolgersi di una pretesa "realtà storica"²², bensì come alternativa tra strumenti concettuali, tra tecniche argomentative idonee a fondare differenti ipotesi circa lo svolgimento del pensiero giuridico romano. Il riferimento a uno specifico problema ricostruttivo spero possa contribuire a svelare – al di là delle affermazioni di principio – le opzioni metodologiche effettivamente in campo²³, e così a dare un'idea della complessità che si nasconde dietro alla (solo apparentemente) lineare alternativa metodologica tra storia dei dogmi e ricostruzione della personalità storico-culturale dei singoli giuristi²⁴.

particolarmente acuta mi appare l'annotazione di Cannata (intervento senza titolo in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1982, pp. 82-83) secondo cui la stessa idea del giurista come autore e personalità originale, contrapposto a tutti gli altri, sia essenzialmente moderna.

²² Non rientra pertanto tra gli obiettivi del presente contributo affrontare il tema della cosiddetta *Isolierung* della giurisprudenza romana, che si risolverebbe in un tentativo di segnare un confine (peraltro convenzionale) tra fattori (cosiddetti) intrinseci ed estrinseci nello sviluppo di quell'esperienza giuridica.

²³ Cfr. invece la critica di 'sovrastutturalità' mossa da Talamanca al già citato lavoro di Costa (P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, cit.), in M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, pp. 716-717.

²⁴ M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, *BIDR*, 80, 1977, e-
sprimeva la "convincione che la ricerca impostata sul rilevamento del contributo particolare delle singole personalità di giuristi, individualmente differenziati, e sulle procedure comuni a tutta la giurisprudenza romana sia estremamente valida, e che i pericoli maggiori per essa si annidino per l'appunto nella mancanza di un rigoroso controllo sulla metodologia adoperata" (p. 198).

2. - *Uno sguardo sulle fonti relative alle res communes omnium*

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.

Lo stato oggettivamente ambiguo delle fonti romane sul punto e l'implicito riferimento della categoria a nozioni di valenza extra giuridica hanno infatti consentito alla giusromanistica di produrre una moltitudine di interpretazioni divergenti tanto nei risultati quanto, per quello che maggiormente interessa, negli approcci metodologici seguiti.

Il punto di partenza testuale è naturalmente il celebre frammento delle Istituzioni di Marciano, riportato dai compilatori del Digesto nel titolo *De divisione rerum et qualitate*²⁵, in cui il giurista severiano pare pianamente includere le *res communes omnium* nella sua *summa rerum divisio*, accanto a *res universitatis, nullius e singulorum*.

D.1.8.2 (*Marcianus 3 institutionum*) pr. [Lenel Marcianus fr. 67] *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

A un'esegesi più puntuale il passo rivela, nonostante la sua (apparente) laconicità, inaspettate difficoltà interpretative: sarebbe impossibile fornirne un quadro esaustivo, ma qualche cenno appare indispen-

²⁵ Nonché riprodotto (con la significativa variazione su cui *infra* nota 27) in apertura del titolo *De rerum divisione* delle Istituzioni giustinianee: cfr. Inst. II.1 pr-1.

sabile per il prosieguo del discorso. Le complicazioni sono essenzialmente di due ordini.

Innanzitutto la categoria non appare – allo stato delle fonti – compiutamente elaborata dallo stesso Marciano. Non solo infatti nella compilazione non si trova alcun passo in cui sia esplicitato il positivo contenuto di disciplina della categoria, ma lo stesso Marciano pare tracciare con mano incerta la sua classificazione delle *res* quando, in un frammento immediatamente successivo alla *summa rerum divisio* (fr. 4 *de eodem titulo*)²⁶, egli pare introdurre una categoria – quella delle *res publicae* – nemmeno menzionata nella sua classificazione generale e difficilmente armonizzabile entro quel quadro classificatorio.

Inoltre la categoria marcianea, di per sé ambigualmente attestata dalle fonti, pare sconosciuta a gran parte dei giuristi classici, ad esclusione forse del solo Ulpiano²⁷. Nelle fonti infatti da un lato addirittura manca una qualsiasi considerazione di *aer* e *aqua profluens* quali beni dotati di un'autonoma qualificazione giuridica, mentre gli altri due elementi costitutivi della categoria marcianea delle *res communes omnium*, ovvero *litora* e *mare*, risultano variamente qualificati dai diversi giuristi classici: per essi infatti le fonti attestano tanto il *nomen* di *res publicae iuris gentium*²⁸ quanto quello di *res publicae*²⁹.

²⁶ D.1.8.4.1 (*Marcianus 3 institutionum*) *Sed flumina paene omnia et portus publica sunt*. La categoria delle *res publicae* è assunta anche nella sistematica delle Istituzioni giustiniane, che com'è noto nel riprendere il frammento marcianeo inseriscono tra le *res communes* e le *res universitatis* la categoria delle *res publicae*: Inst. II.1 pr [...] *quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum* [...].

²⁷ Come parrebbe desumersi da D. 47.10.13.7 (*Ulpianus 57 ad edictum*), dove si legge l'espressione *et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer*; e da D. 39.2.24 pr (*Ulpianus libro 81 ad edictum*), che si apre con l'osservazione secondo cui *fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum*.

²⁸ D.1.8.5 (*Gaius 2 rerum cottidianarum sive aureorum*) pr. *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum*

Già da questa preliminare ricognizione dei problemi interpretativi posti dalle fonti può intuirsi con chiarezza la diversa possibile incidenza di argomenti dogmatici e storico-biografici nello studio della categoria marcianea delle *res communes omnium*: da un lato, infatti, si tratta di precisare il rapporto della categoria marcianea con le altre concettualizzazioni romane in tema di *res (lato sensu) publicae*, così da individuarne il contenuto (*proprium*) dogmatico; dall'altro, invece, occorre dar conto della particolare posizione che pare assumere Marciano nell'enucleazione della categoria, e del significato che essa poté avere nel pensiero di questo giurista.

Si può infatti affermare che l'interpretazione del passo marcianeo (D.1.8.2 pr.) e della categoria ivi menzionata delle *res communes omnium* si sia articolata attorno a queste due linee direttrici, oscillando la moderna dottrina giusromanistica tra soluzioni incentrate sull'analisi del contesto dogmatico in cui collocare questa nozione e altre fondate sulla considerazione di dati biografici idonei a individualizzare il pensiero di Marciano nella storia della giurisprudenza romana.

Dunque, considerato il fine del presente contributo, si tratta di procedere a una schematica mappatura della dottrina romanistica in tema di *res communes omnium* alla luce della diversa rilevanza di argomenti dogmatici e storico-biografici. Non procederò pertanto a una puntuale ricostruzione della storia delle interpretazioni delle *res com-*

est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.

D.43.8.4 (*Scaevola 5 responsorum*) *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.*

D.18.1.51 (*Paulus 21 ad edictum*) *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.*

²⁹ D.50.16.112 (*Iavolenus 11 ex Cassio*) *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est.*

D.1.8.10 (*Pomponius 6 ex Plautio*) *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*

munes, ma piuttosto tenterò di fornire – procedendo per *exempla* tratti dalla più recente dottrina – una griglia concettuale che possa servire a ordinare le diverse interpretazioni di tale categoria in ragione della loro avvicinabilità all’uno o all’altro dei poli metodologici.

3. - *Approcci interpretativi alla qualificazione delle res communes omnium*

a) *L’approccio tradizionale*

Occorre preliminarmente osservare come per lungo tempo anche nell’interpretazione della categoria delle *res communes omnium* abbia prevalso la tendenza, cui si accennava già sopra³⁰, a leggere (per così dire) planimetricamente le fonti romane, come insieme di previsioni giustapponibili sincronicamente all’interno di una struttura dogmatica coerente. Questo atteggiamento nei confronti delle fonti percorre la tradizione romanistica dalla Scuola bolognese fino alla Pandettistica e appare legato, al di là dei differenti contesti teorici ed epistemologici, alla persistente esigenza di trarre dai testi giustinianeî un sistema precettivo immediatamente applicabile³¹.

Peraltro, tale tendenza a rappresentare ‘assonometricamente’ il diritto romano come *corpus* di precetti coordinabili entro un orizzonte concettuale bidimensionale sopravvisse al tramonto della stagione dell’*Aktualisierung* del diritto romano, condizionando pure i primi passi

³⁰ *Supra* nota 6.

³¹ Orestano in particolare nota come da questo punto di vista la Pandettistica possa essere vista come “l’epigono di una lunga tradizione elaboratrice del *Corpus Iuris* rivolta ad attribuire funzione normativa alle fonti romane e quindi ad attualizzarne di secolo in secolo e di situazione in situazione i contenuti precettivi (effettivi o supposti)” (R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 478). Considerazioni analoghe in G. PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., p. 100.

della romanistica pienamente storicizzata³². Mi riferisco in particolare alla pretesa della dottrina di matrice interpolazionistica di giungere, attraverso la depurazione dei testi giustinianeî, alla conoscenza del “sistema del diritto romano” non più attuale, ma classico. La giustapposizione di piani implicita nel binomio classico-giustiniano comportava bensì la storicizzazione del *Corpus Iuris* (e una più chiara posizione dell’oggetto della ricerca romanistica), ma dal punto di vista del trattamento delle fonti riproduceva sostanzialmente i metodi della dottrina del diritto romano attuale³³.

Nel caso dell’interpretazione dei testi in tema di *res communes omnium*, i tentativi di comprendere la categoria riconducendola entro un sistema dogmatico statico si doveva però scontrare con l’oggettiva ambiguità del quadro concettuale emergente dalle fonti. Alla luce di questa difficoltà si possono spiegare le ardite costruzioni dottrinali elaborate dagli interpreti medievali per armonizzare i frammenti del *Corpus Iuris* in materia di *res communes* e *res publicae* all’interno di una teoria organica dei beni pubblici³⁴. Ugualmente essa può aiutare a

³² Seguendo la metafora tratta dalla geometria descrittiva, l’opera codificatoria giustiniana potrebbe rappresentarsi come la ‘proiezione planivolumetrica’ dell’esperienza storica del diritto romano in un corpo di precetti ordinati. Da questo punto di vista la tendenza della tradizione romanistica a rielaborare il *Corpus Iuris* quale sistema normativo può essere letta come il tentativo di studiare la proiezione esclusivamente secondo le logiche della geometria piana, dimenticando che essa in realtà rimanda a una realtà tridimensionale, e così storica: la suggestione secondo cui l’abitudine a vivere in un mondo bidimensionale importa l’oblio della terza dimensione è tratta naturalmente da E.A. ABBOTT, *Flatlandia. Racconto fantastico a più dimensioni* (trad. it.), Milano, 1966.

³³ Di “pandettizzazione del diritto classico” parla ad esempio R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., pp. 546 ss.

³⁴ Una panoramica delle diverse soluzioni in R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, 1967, pp. 86 ss., e in N. CHARBONNEL-M. MORABITO, *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, *RHDEF*, 65, 1987, pp. 23 ss. Rilevano la complessità di tali costruzioni in particolare M.J. SCHERMAIER, *Res communes omnium: The History of an Idea from Greek Philosophy to Grotian Jurisprudence*, in *Grotiana*,

interpretare l'atteggiamento verso questa categoria della dottrina ottocentesca di matrice pandettistica, impegnata nella precisazione concettuale del sistema del diritto romano attuale: l'irriducibilità della categoria romana entro tale edificio dogmatico spiega da un lato la marginalizzazione del tema nei principali manuali di Pandette³⁵, che ne offrono generalmente una trattazione defilata e superficiale senza alcun cenno ai diversi problemi di interpretazione e coordinamento delle fonti, dall'altro la celebre scomunica mommseniana delle "benedette *res communes omnium*, che non hanno né capo né coda"³⁶. Il conflitto tra l'esigenza di estrarre dalle fonti romane un sistema concettuale univoco e la contraddittorietà delle testimonianze in materia di *res communes* trova infine riscontro nella proposta, maturata in ambiente interpolazionista, di obliterare la categoria nella ricostruzione del (cosiddetto) diritto classico: eliminato per via filologica ogni riferimento allo *ius naturale* (e così uno degli elementi della *rerum divisio*), poteva riaffermarsi la coerenza del sistema, almeno per l'epoca classica³⁷.

30, 2009, pp. 20 ss., secondo cui "the efforts focused on the concepts of *res communes omnium* are a typical example of the endeavour of the medievals to harmonize the ancient sources" (p. 45); e R. PERRUSO, *The development of the doctrine of res communes in medieval and early modern Europe*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 70, 2002, pp. 69 ss. nota come "the attempt to locate the origin of common property within the recognized authorities of the Corpus Iuris and canon law could only produce results that seemed forced and artificial" (p. 80). Per una riproposizione di tale approccio (evidentemente debitore della lezione di Piacentino), si legga B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del litus maris in diritto romano*, in *Studi Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 271 ss. (oggi in ID., *Scritti giuridici vari*, Milano, 1965, pp. 107 ss.).

³⁵ Lo nota da ultimo O. BEHREND, *Die allen Lebenwesen gemeinsamen Sachen (res communes omnium) nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart, 1992, pp. 3 ss. [= ID., *Institut und Prinzip: siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, 2, Göttingen, 2004, pp. 599 ss.], spec. p. 7.

³⁶ TH. MOMMSEN, *Sopra un'iscrizione scoperta in Frisia*, in *BIDR*, 2, 1889, p. 13.

³⁷ Sulla pretesa non classicità della nozione di *ius naturale* un'utile sintesi in U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle res pseudo marcianea 'che non ha né capo né coda'*, Milano, 1979, pp. 229

Una volta apertamente riconosciuta l'esigenza di trattare storicamente le fonti romane, distinguendone diversi piani in ragione delle esperienze ivi stratificatesi e al fine di pervenire a una ricostruzione prospettica del diritto romano³⁸, emersero pure le (soprarilevate) incongruenze delle testimonianze in tema di *res communes omnium*: la difficoltà di coordinare le diverse concettualizzazioni di *res publicae* in un quadro sistematico unitario e l'apparente isolamento di Marciano nel riportare la categoria. Proprio il diverso peso di questi due profili nei differenti tentativi di addivenire a una sistemazione coerente delle fonti romane in tema ci rimanda alla fondamentale opposizione tra prospettiva dogmatica e biografica nello studio storico del diritto (romano).

b) La tesi di Pernice e Bonfante

Una linea interpretativa ben radicata nella dottrina romanistica, anche in virtù del prestigio dei suoi alfieri, è infatti quella che vorrebbe spiegare l'incoerenza sistematica delle fonti, e l'isolamento di Marciano nell'enucleare la categoria delle *res communes omnium*, proprio sulla base del ricorso a un argomento (almeno apparentemente) biografico, relativo cioè all'individualità storica dello stesso giurista severiano. L'utilizzo di dati tratti dalla biografia di Marciano al fine di risolvere gli evidenti problemi esegetici posti dalle fonti in tema di *res communes*

ss. Contro l'impostazione del problema nella critica interpolazionistica già C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, spec. pp. 157 ss. Per una originale rivalutazione del problema cfr. W. WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in ZSS, 111, 1994, pp. 1 ss.

³⁸ “La moderna critica delle fonti è più che mai simile a un'indagine stratigrafica, in quanto tende a percepire e descrivere i diversi strati di cui i singoli testi possono risultare composti, isolando uno strato dall'altro e precisando di ciascuno la data, l'origine e la natura” col fine di pervenire a una “visione stereoscopica degli stessi” (G. PUGLIESE, *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, cit., p. 76).

può farsi risalire ai fondamentali lavori di Pernice³⁹ e Sokolowski⁴⁰ in Germania, e di Bonfante⁴¹ in Italia. Questi autori non negano la paternità marcianea, e così la classicità della categoria menzionata in D. 1.8.2 pr e in I. II.1 pr.-1, ma giungono piuttosto a disinnescarne il potenziale antinomico riducendola a *nomen* atecnico, a nozione sprovvista di un reale contenuto tecnico-giuridico in quanto concetto filosofico e genericamente evocativo, tratto da Marciano dalla tradizione letteraria piuttosto che da quella scientifica-giurisprudenziale romana, rispetto alla quale esso risulterebbe pertanto radicalmente distonico.

Il nucleo essenziale di questa argomentazione risiede dunque nella dimostrazione, a partire dall'analisi delle diverse testimonianze marcianee rintracciabili nella compilazione⁴², della formazione filosofica e umanistica di questo giurista⁴³, il quale avrebbe pertanto costruito la categoria delle *res communes omnium* a partire dagli ideali stoici della 'comunità universale degli uomini'⁴⁴ piuttosto che su un qualche preciso profilo di disciplina caratterizzante i beni raggruppati entro quella categoria. L'inserimento di questa categoria quale elemento fondamentale della *rerum divisio* rappresenterebbe pertanto una cesura rispetto allo svolgimento del pensiero giurisprudenziale romano, che sarebbe piuttosto andato organizzandosi attorno alla diversa nozione di

³⁹ A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, Berlin, 1900.

⁴⁰ P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie in Privatrecht*, Halle, 1902, pp. 43 ss.

⁴¹ P. BONFANTE, nota N in *Note a Windscheid, Diritto delle Pandette*, (traduzione, note e riferimenti al Diritto civile italiano iniziate da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante e Fulvio Maroi), vol. V, Torino, 1922; ID., *Corso di diritto romano. La Proprietà*, parte I, Roma, 1926, pp. 51 ss.

⁴² A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, cit., p. 4; P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 55.

⁴³ Così P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 55: "Ora, di tutti i giureconsulti romani Marciano è il più nutrito di cultura letteraria o almeno il più ricco di allusioni letterarie e filosofiche [...] e probabilmente la sua formazione è più umanistica, si direbbe oggi, che giuridica".

⁴⁴ A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, cit., pp. 8 ss.

res publicae iuris gentium.⁴⁵ Questa impostazione merita qualche rilievo critico.

Innanzitutto mi sembra azzardato negare la rilevanza tecnica di una categoria, la sua capacità di ordinare fenomeni emergenti dalla realtà giuridica, sulla semplice base di una possibile ascendenza filosofica della stessa; ove anche si giungesse a provare, sulla base di puntuali riscontri⁴⁶, la diretta influenza di un sistema filosofico nell'elaborazione di un principio o di un istituto giuridico, non rimarrebbe per ciò solo dimostrata la natura a-tecnica di una tale concettualizzazione⁴⁷: a tal proposito basti pensare alla vicenda storica della nozione di diritto soggettivo⁴⁸, elaborata in ambito politico-filosofico, trapiantata nella riflessione giuridica e infine (ancora oggi, e nonostante le critiche)

⁴⁵ Mi sembra possano collocarsi entro questo orizzonte interpretativo pure le classiche ricerche in tema di *ius gentium* di Lombardi e Kaser: cfr. G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946, pp. 90 ss. ma in particolare p. 101 (sull'incidenza della formazione filosofica sulla *rerum divisio* marcianea) e p. 150 (sulla non giuridicità delle cose incluse nella categoria delle *res c. o.*); M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, spec. pp. 106 ss.

⁴⁶ Sulla necessità di corroborare ogni ipotesi circa influenze filosofiche sui giuristi romani con dati esterni rispetto ai testi giuridici analizzati, insiste in particolare G. PUGLIESE, *Storia dei giuristi e storia del diritto*, in *La giurisprudenza romana*, cit., p. 59.

⁴⁷ Giustamente critico Yan Thomas verso questo dominante "postulat selon lequel un mot emprunté au lexique des valeurs religieuses et morales ne saurait revêtir, dans la langue du droit, un sens juridique autonome" (Y. THOMAS, *La langue du droit romain. Problèmes et méthodes*, in *Archives de philosophie du droit*, 19, 1974, pp. 103 ss., p. 107). In questo senso mi pare anche G. GROSSO, *Problemi generali*, cit., p. 110.

⁴⁸ M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957 specialmente il Capitolo dedicato a "Les origines de la notion de droit subjectif" (pp. 249 ss.), in cui l'A. sostiene che, nell'enucleazione della categoria, "déjà la philosophie avait, comme il est ordinaire, précédé les juristes" (p. 279). Analogamente R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 11, 1960, pagg. 149 ss. [oggi in ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 115 ss., cui faccio riferimento per le citazioni] spec. pp. 132 ss.

generalmente considerata centrale nel lessico giuridico, tanto dottrinale quanto legislativo⁴⁹.

In secondo luogo tale operazione interpretativa mi pare (paradossalmente) fallire proprio nel momento di mettere a fuoco la specifica individualità di Marciano. Essa infatti si risolve nella mera sussunzione del pensiero di questo giurista in un ‘movimento spirituale’⁵⁰ con una storia complessa e millenaria⁵¹, richiamato peraltro nei suoi termini

⁴⁹ La pretesa incompatibilità tra discorso filosofico e tecnico-giuridico nel pensiero di Bonfante potrebbe trovare essa stessa una spiegazione storica, nella nota contrapposizione di questo autore all’idealismo crociano allora imperante nella cultura italiana. Tale affermazione dell’autosufficienza del dato tecnico-dogmatico parrebbe infatti una reazione allo svilimento del diritto a disciplina ancillare riscontrabile nelle opere di Croce (su cui in generale A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974), con cui come noto il Bonfante intesse una vivace polemica: cfr. M. BRETONI, *Il ‘naturalismo’ del Bonfante e la critica idealista*, in *Labeo*, 5, 1959, pp. 275 ss. e F. CASAVOLA, *Cronaca di una storia del diritto romano*, in *Labeo*, 5, 1959, pp. 305 ss spec. pp. 318 ss. Sull’antifilosofismo di Bonfante si veda anche il *Prologo* di R. ORESTANO alla riedizione di P. BONFANTE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1986, pp. X ss.

⁵⁰ Il termine ‘geistigen Bewegung’ compare come sottotitolo in M. POHLENZ, *Die Stoa*, Göttingen, 1948, su cui si veda anche P. FREZZA, *Rec. A M. Pohlenz, Die Stoa*, in *SDHI*, 17, 1951, pp. 318 ss.

⁵¹ Proprio per spiegare la scelta del sottotitolo della sua monografia, Pohlenz osserva come il pensiero stoico non sia inquadrabile in alcun ‘starres Lehrsystem’ (*Introduzione* a M. POHLENZ, *Die Stoa*, cit.). Per un quadro complessivo dei temi e delle personalità legate allo stoicismo antico, si veda (oltre il lavoro dello stesso Pohlenz) M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione a Stoici antichi*, Torino, 1989, pp. 9 ss. Mi pare significativo che il medesimo argomento relativo all’influenza del pensiero stoico sul diritto romano sia stato richiamato per spiegare l’emersione sul finire della Repubblica delle nozioni – a mio avviso totalmente antitetiche a quella di *res communes omnium* – di proprietà privata e di Stato come persona giuridica astratta (mi riferisco a O. SACCHI, *Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio e l’influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell’epoca scipionico-cesariana*, in *RIDA*, LII, 2005, pp. 325 ss., spec. pp. 335 ss.): in questo caso peraltro l’analisi pare condotta su un piano sufficientemente individualizzato, trattandosi dell’influenza – storicamente provabile – di un particolare filosofo di “area stoica” su un determinato circolo politico-culturale romano; trova del resto conferma la scarsa capacità euristica del generico rinvio a una dottrina filosofica al fine di spiegare l’emersione o la trasformazione di istituti giuridici.

più generali. A ben vedere dunque manca un genuino sforzo di individualizzazione, ovvero di messa del fuoco del contributo individuale alla formulazione di un istituto giuridico⁵².

Forse dunque in questa operazione di svalutazione del contenuto tecnico della categoria ad opera dei sopracitati autori, potrebbero giocare un ruolo decisivo alcune pre-comprensioni. *In primis* l'assunzione di un paradigma 'decadentista' nell'interpretazione della storia del pensiero giuridico romano, incentrato sull'idea di progressiva volgarizzazione e offuscamento della rigorosa tecnicità del pensiero classico, ha condizionato – come notava Buckland⁵³ – anche gli studi sull'opera di Marciano, visto quale tipico rappresentante del pensiero (cosiddetto) tardo-classico⁵⁴.

Più nello specifico poi ostacoli alla comprensione del possibile significato giuridico della nozione di *res communes omnium* sono forse ravvisabili nella stessa prospettiva dogmatica entro cui si muovevano quegli autori: quando si assuma (velatamente nel lavoro di Pernice, espressamente in quello di Bonfante) una nozione di 'cosa in senso giuridico' parametrata sul modello soggettivistico della proprietà priva-

⁵² Già Frezza (che pure mostrava di accettare l'idea di un'influenza del pensiero stoico sullo sviluppo della giurisprudenza romana: cfr. P. FREZZA, *Rec. A Pohlenz*, cit., pp. 325 ss.) ammoniva dalla tentazione di trarre conclusioni affrettate in tema di "cultura dei giuristi romani" da semplici rimandi a dottrine filosofiche presenti nei loro scritti: "notizie che ci consentono una cognizione individualizzante della cultura dei giuristi" ci sono offerte solo "quando sia possibile stabilire una relazione univoca fra questi richiami ed un ambiente di cultura della cui esistenza storica sia possibile avere certezza" (P. FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in *SDHI*, XXXIV, 1968, p. 363). Ma considerazioni analoghe nel già citato intervento di Cannata al già citato seminario barese su *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea* (p. 84).

⁵³ W.W. BUCKLAND, *Marcian*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, I, Palermo, 1936, pp. 273 ss.

⁵⁴ Tende dunque a perpetuarsi silenziosamente la contrapposizione binaria 'classico-giustiniano' tipica degli studi di matrice interpolazionista: vedi M. TALAMANCA, *Diritto romano*, cit., p. 697. Emblematiche le pagine di Pernice in cui contrappone la genericità della categoria marcianea a "der Schärf der privatrechtlichen Auffassung" dei giuristi romani (A. PERNICE, *op. cit.*, p. 11).

ta (diritto soggettivo di proprietà)⁵⁵, difficilmente si potrà riconoscere a una nozione come quella di *res communes omnium* un valore tecnico giuridico ma al più si potrà ritenerla, con Pernice, “mezza giuridica e mezza etica”⁵⁶.

Dunque in questo caso pare che il ricorso a un argomento apparentemente tratto dalla biografia intellettuale del giurista nasconda un’operazione interpretativa più complessa. È il generico rinvio a nozioni elaborate nel campo della filosofia stoica, piuttosto che la personalità scientifica di Marciano, a servire in questo caso come argomento per espungere dall’orizzonte della scienza giuridica romana la nozione di *res communes omnium*. Attraverso tale rimando si evitano i (sopracitati) problemi di coordinamento e interpretazione delle fonti, e si riafferma la possibilità di ordinare le fonti romane in un sistema coerente.

c) ...e quella di Grosso e Branca

Il secondo filone che innerva la moderna giusromanistica con riferimento all’interpretazione della categoria delle *res communes*

⁵⁵ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit.,: “non tutte le cose corporali sono oggetto di diritti reali o di diritti privati in generale, ma solo quelle che hanno un’utilità per gli uomini, e che, a causa della loro limitazione e della possibilità di essere appropriate in parti, hanno un valore economico” (p. 7). Ma anche le osservazione di Pernice nel paragrafo introduttivo del suo lavoro: A. PERNICE, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ A. PERNICE, *op. cit.*, p. 11: l’espressione di Pernice significativamente riecheggia il giudizio che sulla categoria delle *res communes omnium* diede il Bekker, secondo cui si tratterebbe di *Halbsachen* (E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, rist. Aalen, 1979, p. 287 nota f). Sulla inadeguatezza della moderna nozione di proprietà in senso soggettivistico come viatico per corretta valorizzazione delle fonti romane in tema di *res communes* si veda D. MESSINETTI, *L’oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 808, specialmente pp. 819 ss; in generale sulla sua inadeguatezza come paradigma per comprendere la storia dei regimi di accesso ai beni, ovviamente P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*², Napoli, 2006, spec. p. 25.

omnium, si caratterizza invece per il tentativo di ricostruire in chiave evolutiva e diacronica la posizione di questa figura giuridica nel pensiero giurisprudenziale romano. I lavori di Grosso⁵⁷ e Branca⁵⁸ (come pure quello di Scherillo)⁵⁹, cui può farsi risalire tale impostazione, tentano infatti di inserire l'emersione della categoria delle *res communes omnium* nel quadro dello svolgimento del pensiero giuridico romano in tema di *res publicae*. Si tratta dunque di una prospettiva che, in quanto tenta una ricostruzione genealogica della figura delle *res communes omnium*, risulta avvicicabile – ai fini della presente indagine – al paradigma della storia dei dogmi: gli autori in parola infatti, a fronte dell'impossibilità di interpretare la categoria delle *res communes omnium* quale elemento di un sistema coerente, tentano piuttosto di risalire alle possibili ragioni dogmatiche che condussero a un suo isolamento quale nozione giuridica autonoma.

Alla luce della fluidità⁶⁰ delle categorizzazioni romane in tema di beni sottratti all'appropriazione privata, la categoria delle *res communes omnium* non è più riguardata come eccentrica trovata filosofeggiante di Marciano, ma rappresenterebbe piuttosto l'epilogo di una corale opera di precisazione dello 'statuto di disciplina'⁶¹ delle diverse

⁵⁷ G. GROSSO, *Corso di diritto romano: le cose*, Torino 1941 (edizione online a cura di Rivista diritto romano, url www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/diritto_romano0102grosso.pdf).

⁵⁸ G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1940.

⁵⁹ G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945.

⁶⁰ Così G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, pp. 429: anche con riferimento alla posizione di questo autore Fiorentini parla di "processualità" tra le varie categorie romane in tema di *res publicae* (M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2003, p. 58 nota 124).

⁶¹ Il riferimento alla nozione di statuto di disciplina non è accidentale: confrontando l'impostazione di Bonfante con quella di Grosso e Branca si può misurare l'impatto che ebbe (anche) sulla dottrina romanistica il trapasso dal paradigma soggettivistico al paradigma oggettivistico nello studio dei regimi proprietari (su cui rimane fondamentale R. ORESTANO, *Diritti senza soggetto*, cit., pagg 179 ss., ora in ID., *Scritti*, cit., III, pp. 1433 ss.), propiziato nella dottrina italiana dai lavori di S. Pugliatti (su cui P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., pp. 1 ss. e ID., *Scienza*

tipologie di beni (*lato sensu*) pubblici. In particolare il profilarsi di tale categoria rispetto al generico ambito delle *res publicae* riposerebbe sulla considerazione della peculiare disciplina di *litora e mare*, sui quali la giurisprudenza romana avrebbe nel corso del tempo riconosciuto la possibilità di *aedificatio* senza la necessità di preventiva *concessio* (e conseguente pagamento di *vectigal*) da parte dell'autorità pubblica⁶². 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*.

Anche in questo contesto argomentativo dunque la particolare posizione di Marciano nell'enucleazione della categoria non riposa su elementi biografici realmente individualizzanti, riducendosi in ultima analisi alla mera collocazione del giurista entro un processo evolutivo interno alla dogmatica romana, che egli asseconderebbe senza vera originalità, come interprete fungibile di uno svolgimento dettato da necessitanti ragioni interne.

Il vero baricentro dell'argomentazione in questo caso risiede piuttosto nella individuazione del *proprium* dogmatico che avrebbe giustificato il progressivo isolamento, nel pensiero giurisprudenziale romano, delle *res communes omnium* quale categoria autonoma. Naturalmente questo genere di analisi presta il fianco a quelle "indebite sovrapposizioni"⁶³ di concezioni e sistemazioni dogmatiche moderne sul pensiero giuridico antico, che rappresentano il punto critico di ogni

giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950), Milano, 2000, pp. 230 ss.): basterebbe osservare che mentre il lavoro di Bonfante rimane ancorato alla tradizionale impostazione del problema dei beni come premessa alla trattazione della proprietà e degli altri diritti (soggettivi) reali, i lavori di Branca e Grosso (come poi il corso di Scherillo) sono monograficamente dedicati alla ricostruzione del regime delle cose in diritto romano.

⁶² G. GROSSO, *Corso*, cit., p. 32 ss.; G. BRANCA, *Le cose*, cit., ad esempio p. 206.

⁶³ L'espressione è ironicamente tratta dalla risposta dello stesso Branca al primo quesito della già citata inchiesta di *Labeo* del 1956, pp. 55-56.

approccio dogmatico allo studio storico del diritto. Proprio con riferimento a questo profilo le ricostruzioni di Branca e Grosso meriterebbero forse una revisione critica.

L'assunzione della libertà di *aedificatio* come *proprium* della categoria delle *res communes* riposa in effetti sulla lettura di frammenti di non univoca interpretazione⁶⁴ da cui la dottrina ha tratto infatti conclusioni contrastanti in tema di necessità di preventiva *concessio* per le costruzioni private sui diversi tipi di *res publicae*⁶⁵. Queste difficoltà della dottrina a pervenire a una posizione condivisa potrebbero essere indizio dell'infruttuosità di tale prospettiva dogmatica per descrivere il pensiero giuridico romano, e così dell'effettiva proiezione nello studio del diritto romano di problemi e categorie moderni. L'assunzione di tale profilo quale criterio della distinzione tra *res publicae* e *communes* manca infatti di considerare alcuni caratteri generali della metodologia della giurisprudenza romana messi a fuoco dalla dottrina romanistica.

Innanzitutto quello della previa autorizzazione per l'*aedificatio in publico* è problema di natura amministrativa che, sebbene certamente presente entro l'orizzonte dei giuristi romani, non sarebbe stato in grado di guidare la riflessione civilistica della giurisprudenza classica in tema di *rerum divisiones*⁶⁶. Si tratta ulteriormente di considerazioni tratte da profili sostanziali della disciplina dei beni, per cui tale proposta finisce per scontrarsi con l'affermazione (tanto ricorrente quanto seria-

⁶⁴ G. BRANCA, *Le cose*, cit., pp. 91 ss., G. GROSSO, *Corso*, cit., pp. 32 ss.: tanto che Grosso ad esempio è costretto a ricorrere a una loro interpretazione in chiave interpolazionistica (G. GROSSO, *op. cit.*, p. 34).

⁶⁵ Una panoramica delle diverse ipotesi ricostruttive in tema di concessioni per l'*aedificatio* su mare e spiagge si può rinvenire in S. CASTAN PEREZ GOMEZ, *Regimen juridico de las concesionas administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996, pp. 205 ss. L'autore peraltro giunge ad aderire alla tesi – che fu già del Perozzi e del Robbe – della necessità di un'autorizzazione preventiva da parte dell'autorità, di recente criticata, tra gli altri, da Fiorentini (*Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 360 ss) che riprende invece la posizione di Branca circa una sostanziale differenza di regime tra *res publicae* e *communes omnium* proprio in punto di libertà di *aedificare*.

⁶⁶ Lo nota, paradossalmente, proprio Scherillo (G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 139).

mente valorizzata) secondo cui alla base dell'attività classificatoria della giurisprudenza romana, specialmente poi in tema di *rerum divisiones*, ci stessero considerazioni di natura rimediale, ovvero l'analisi delle effettive forme di tutela predisposte dall'ordinamento⁶⁷.

A un livello più generale poi si può notare come la stessa esigenza di pervenire a una definizione del *proprium* della categoria delle *res communes*, all'individuazione cioè di un elemento concettuale idoneo a definirne univocamente i confini e così i rapporti dogmatici con le altre figure di *res (lato sensu) publicae*, fosse in buona sostanza estranea all'orizzonte metodologico della giurisprudenza romana: come felicemente sintetizzato da Arangio Ruiz, “presso i romani la tecnica giuridica procedeva diversamente, cioè per paradigmi: creato un modulo perfettamente adattabile ad una massa notevole di dati dell'esperienza, lo si applicava per approssimazioni successive, cioè sfumandone le linee e arrotondandone i contorni, a dati che non erano stati tenuti presenti nella prima costruzione, ma che apparivano in qualche modo analoghi alle materie così disciplinate”, concludendo col monito che “sempre meglio si riconosce che il carattere pratico dei concetti giuridici esclude che il sistema possa essere esattamente racchiuso in categorie fisse”⁶⁸.

⁶⁷ Nella dottrina italiana lo nota, tra gli altri, G. SCHERILLO, *op. cit.*, pp. 108 ss, ripreso da M. G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, p. 12; nonché A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico. Linee di un'indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, pp. 505 ss. spec. 510.

⁶⁸ V. ARANGIO RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi Riccobono*, IV, Palermo, 1936 [rist. Aalen, 1974], p. 355 ss, spec. p. 379 e nota 68, ricordato anche in G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tendi gratia*, Padova, 2001, p. 1.

4. - Sintesi critica della dottrina dominante

Da questa analisi di alcuni classici contributi relativi alla categoria delle *res communes omnium* rimane confermato, come già preliminarmente rilevato in sede di lettura delle principali fonti sul tema, che per addivenire a una ricostruzione in chiave storica dell'emersione della categoria delle *res communes omnium* occorre prendere posizione su due punti chiave: da un lato si tratta di precisare il ruolo di Marciano nell'enucleazione della categoria, dall'altro di definire un contesto concettuale e dogmatico all'interno del quale possa essere compreso il significato tecnico dell'emersione di tale categoria. I due profili – quello biografico e quello dogmatico – non risultano infatti scindibili nel quadro di una ricostruzione storica del pensiero giurisprudenziale romano in tema di *res communes*.

Con riferimento al primo punto, si può osservare come entrambe le correnti interpretative riconoscano a Marciano una posizione particolare nel processo di emersione della categoria. Esse divergono invece radicalmente nel determinare da quali aspetti della sua personalità intellettuale egli abbia attinto la sua riflessione sulle *res communes*: da un lato (Pernice, Bonfante) si tende ad escludere che essa si inserisse in un dibattito strettamente tecnico, assumendo piuttosto l'apporto marciano quale mera importazione di modelli filosofici nel campo dell'argomentazione giuridica; all'opposto nella proposta interpretativa di Branca e Grosso, si riconduce sì il pensiero di Marciano nell'alveo del dibattito giurisprudenziale in tema di *res publicae*, ma a costo in ultima analisi di ridurre la formulazione marciana della categoria a naturale epilogo di precedenti sviluppi dogmatici, e così di fatto dissolvendo l'individualità del singolo giurista nell'anonimo processo di elaborazione concettuale della giurisprudenza romana.

Sul punto della selezione degli elementi utili a comprendere il ruolo di Marciano nell'elaborazione della categoria delle *res communes*

omnium, la dottrina consolidata appare dunque stretta tra due opzioni comunque inadeguate a proporre una ricostruzione che tenga effettivamente conto della personalità scientifica del giurista: da un lato la generica allegazione di influssi filosofici e culturali estranei al linguaggio tecnico romano, dall'altro una riduzione del pensiero del giurista a mera *bouche* dell'intrinseca evoluzione della dogmatica romana.

Anche per quanto riguarda la ricostruzione di un contesto dogmatico-concettuale idoneo a dar conto dell'emersione della categoria stessa, l'analisi della dottrina maggioritaria può offrire utili elementi per un ripensamento generale dell'approccio alla categoria. Tale analisi ci conferma infatti che – anche ove mossa dai più nobili e puri intenti storicisti, abbandonato ogni intento programmatico di *Aktualisierung* – la dottrina storico-giuridica non va esente dal rischio di proiettare sull'oggetto studiato schemi modelli e prospettive propri dell'esperienza giuridica contemporanea. Non solo dal punto di vista – più ovvio – del contenuto dogmatico delle categorie giuridiche utilizzate per inquadrare le testimonianze romane, come nel caso della nozione bonfantiana di *res* o della centralità dell'elemento della *permissio* statale nella ricostruzione di Branca; ma anche su quello più insidioso che riguarda il metodo della scienza giuridica, per cui si tende a proiettare sulla giurisprudenza romana tecniche e metodi propri della modernità, in particolare l'attitudine a pensare il diritto come sistema topograficamente definito di elementi concettuali univocamente individuabili, così dimenticando, proprio nel momento di affrontare il singolo problema storico-giuridico, i risultati dei diversi studi sulle peculiarità metodologiche della giurisprudenza romana.

D'altra parte, poiché la ricostruzione delle vicende storiografiche rimane 'uno' dei compiti della dottrina romanistica⁶⁹, non il solo, ché essa deve pur sempre mirare a una più consapevole prospettazione

⁶⁹ F. AMARELLI-A. MANTELLO, *Uno dei nostri compiti*, in *SDHI*, 62, 1996, pp. 401 ss.

dei problemi storico-giuridici, occorre ora, a partire dalle indicazioni metodologiche tratte da questa (breve) revisione critica della dottrina dominante in tema di *res communes omnium*⁷⁰, provare a prendere le mosse per una impostazione del problema coerente con gli appunti metodologici svolti fin qui. Un'impostazione che permetta di situare la categoria nel quadro dell'evoluzione storica delle concettualizzazioni romane in tema di *res publicae* dando al contempo conto dei rapporti con le altre figure di *res publicae* testimoniate dalle fonti e delle ragioni che condussero alcuni autori – e in particolare Marciano – a isolarla dogmaticamente.

5. - *Il paradigma dell'usus publicus*

Innanzitutto occorre segnare le coordinate concettuali entro cui spiegare la particolare architettura delle categorizzazioni romane in

⁷⁰ A mio avviso infatti nemmeno la recente analisi di Behrends (O. BEHREND, *Die allen Lebenwesen gemeinsamen Sachen*, cit., pp. 2 ss.) riesce, pur nella sua complessità, a distaccarsi da tali moduli interpretativi, rappresentandone al limite un tentativo di combinazione. Secondo questo autore l'inserzione da parte di Marciano della categoria delle *res communes omnium* riposerebbe sull'accoglimento da parte del giurista di una nozione (risalente peraltro al pensiero tardo repubblicano) biologico-naturalistica di *ius naturale* (condivisa pure dal contemporaneo Ulpiano: p. 10), inteso come nucleo istintuale (non precettivo) comune a tutti gli *animalia* (p. 11); in questa prospettiva le *res communes* segnerebbero uno dei limiti della costruzione istituzionale del giuridico, custodendo l'originario stato di natura (*ibidem*) e mantenendosi perciò disponibili all'appropriabilità da parte di chiunque (pp. 20 ss.). Decisiva rilevanza accordata all'accoglimento di una particolare prospettiva filosofica da un lato, extra- (o pre-) giuridicità e libertà di appropriazione dall'altro, sono pur sempre i poli attorno cui ruota la riflessione in tema di *res communes*. Peraltro un'impostazione sostanzialmente analoga a quella del Behrends è abbozzata in Y. THOMAS, *L'institution juridique de la nature*, in *Les opérations du droit*, Paris, 2011 pagg 21 ss. spec. p. 27 ss. [ma comparso originariamente in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 6, 1988, pp. 27 ss.].

tema di *res publicae* emergente dalle fonti⁷¹. In questo senso mi pare che l'approccio più appagante consista nel porre al centro dell'analisi la nozione di *usus publicus* o *communis*, inteso non già come elemento concettuale perfettamente determinato in grado di segnare univocamente il confine tra diverse categorie dogmatiche, bensì 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.

Secondando una preziosa intuizione di Scherillo⁷² di recente ripresa da Di Porto⁷³, si può ipotizzare che la nozione di *usus publicus* si sia affacciata nella scienza giuridica romana parallelamente all'isolamento di una categoria di *res publicae* che, in quanto tutelate mediante una serie di strumenti processuali attivabili dal singolo *civis*, erano appunto chiamate *in usu populi*.

In effetti la (astratta) correlazione tra la tutela interdittale di alcuni *loci publici* e la categoria delle *res in usu publico* può dirsi dato relativamente acquisito dalla dottrina. Del resto i frammenti di apertura del libro 43, in cui Ulpiano⁷⁴ e Paolo⁷⁵ propongono una disposizione

⁷¹ Non si tratta, come già ricordato in apertura, di contemplare o svelare la 'dogmatica' (magari implicita) della giurisprudenza romana come un *quid* storico autonomamente esistente nella sua oggettività, bensì di predisporre degli strumenti euristici in grado di disporre il materiale delle fonti coerentemente con le premesse metodologiche emerse dalla critica della dottrina dominante.

⁷² G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, pp. 108 ss., ripreso da M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, p. 12.

⁷³ A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico. Linee di un'indagine*, cit., pp. 505 ss. Tale impostazione mi sembra accolta ultimamente anche in N. DE MARCO, *I loci publici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus, gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004, p. 89.

⁷⁴ D.43.1.1 pr. (*Ulpianus 67 ad edictum*) *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. quae sunt*

della materia interdittale ricalcata sui differenti referenti oggettivi della tutela, testimoniano dello stretto collegamento, su un generale piano dogmatico e sistematico, tra tutela interdittale e il problema delle *rerum divisiones*. In questa sede assume però specifica rilevanza l'interferenza tra la riflessione sull'apparato di interdetti relativi ai beni pubblici e il problema della classificazione delle *res publicae*. In particolare sembra emergere dalle fonti una corrispondenza non occasionale (ma strutturale) tra applicabilità di un tale complesso rimediale e individuazione dell'*usus publicus* quale elemento determinante la pubblicità di taluni beni: significativa in tal senso proprio l'espressione di Paolo, secondo cui gli interdetti relativi a *flumina* e *viae* sarebbero stati predisposti per tutelare la *publica utilitas*, ovvero la pubblica utilizzabilità di quei beni; ancora più esplicitamente Ulpiano, commentando la clausola pretoria relativa all'interdetto *ne quid in loco publico fiat*, giunge a definire il campo applicativo di tale interdetto – quello di portata più generale tra gli interdetti *de rebus publicis* – ricorrendo proprio alla nozione di *res in usu publico*⁷⁶.

Proprio quest'ultima testimonianza fornisce una chiave di lettu-

alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuae.

⁷⁵ D.43.1.2.1 (*Paulus 63 ad edictum*) *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut religione, sicut est 'ne quid in loco sacro fiat' vel 'quod factum est restitatur' et 'de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando'. Hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. Publicae utilitatis causa competit interdictum 'ut via publica uti liceat' et 'flumine publico' et 'ne quid fiat in via publica': iuris sui [...].*

⁷⁶ D.43.8.2.4-5 (*Ulpianus 68 ad edictum*) 4. *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt. 5. Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

ra importante per comprendere la particolare natura di tale nesso tra la predisposizione di tali rimedi interdittali a tutela di alcuni beni e l'emersione di una categoria di *res publicae* caratterizzate per la loro destinazione all'*usus publicus*. Mi pare infatti significativa la circostanza che la riflessione giurisprudenziale su tale categoria di *res in usu publico* si sia sviluppata principalmente nel quadro della definizione dell'ambito applicativo degli interdetti *de rebus publicis*: oltre alla generale definizione di *res in usu publico*, data da Ulpiano proprio in sede di determinazione dell'estensione del campo applicativo del più generale di tale interdetti, occorre anche notare come gli unici frammenti in cui vengono espressamente definiti i criteri di pubblicità di *flumina* e *viae*, le principali *species* di *res in usu publico* attestate dalle fonti, trovino anch'essi collocazione nell'ambito del commento (anch'esso ulpiano) alle clausole con cui il pretore prometteva l'emanazione di interdetti in caso di comportamenti contrari alla destinazione a pubblico uso del bene.

Quella di *usus publicus* non è nozione che la giurisprudenza avrebbe inferito da una riflessione di tipo assiomatico circa gli astratti caratteri delle diverse categorie di *res publicae*, né farebbe riferimento a un particolare profilo sostanziale di disciplina. Essa sarebbe venuta delineandosi a partire dal lavoro interpretativo della giurisprudenza sulle clausole edittali relative agli interdetti *de rebus publicis* e indicerebbe il criterio, imperniato l'operatività di quel paradigma di tutela rappresentato dal complesso degli interdetti *publicae utilitatis causae*, che i giuristi utilizzarono per distinguere all'interno della categoria delle *res publicae*, in origine genericamente e indistintamente fondata sull'elemento dell'intitolazione del bene alla *civitas*, le *res in usu* da quelle *in patrimonio populi*.

All'interno dell'orizzonte concettuale definito da questa nozione di *usus publicus*, supportata dalle fonti e coerente con gli spunti metodologici sopra ricordati, è possibile provare a situare l'emersione

della categoria delle *res communes omnium*.

Già Scialoja notava come l'uso ambiguo, oscillante, del sintagma *usus publicus/communis* in veste di qualificante della condizione giuridica di talune categorie di *res publicae*⁷⁷, dovesse indurre a sdrammatizzare la questione circa il fondamento della differenza dogmatica tra le due figure di beni pubblici⁷⁸. Esso infatti concorre in entrambe le forme alla definizione tanto delle *res communes*⁷⁹, quanto delle *res in usu publico* e delle *res publicae iuris gentium*⁸⁰.

A mio avviso tale promiscuità terminologica potrebbe non essere determinata da un utilizzo a-tecnico ed evocativo del sintagma *usus publicus* (o *communis*), quanto piuttosto testimoniare l'esistenza di una zona grigia in cui il riferimento a tale nozione, piuttosto che la sussunzione sotto uno degli elementi della *rerum divisio*, appare il criterio decisivo al fine della qualificazione di una *res*.

⁷⁷ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1933, scriveva che “*publicus e communis* possono in molti casi usarsi promiscuamente” nelle fonti, e che “questo fenomeno lessicale deve renderci cauti nell’interpretazione dei testi e indurci a non porre troppo rigorosamente a base dei nostri ragionamenti le parole usate nei testi” (p. 130).

⁷⁸ L’analisi dello Scialoja, tentando la ricostruzione di un sistema dogmatico in cui le categorie delle *res publicae* e delle *res communes omnium* possano astrattamente coesistere in una dimensione quasi sovratemporale (cfr. soprattutto V. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 128), pare però perseguire il medesimo obiettivo di coordinamento sincronico delle fonti, ritenuto dalla moderna romanistica incompatibile con un approccio pienamente storicizzato alle materia.

⁷⁹ D. 43.8.3.1 (*Celsus libro 39 digestorum*) *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

⁸⁰ D. 1.8.5 (*Gaius libro 2 rerum cottidianarum sive aureorum*) pr. *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis [...].*

Mi sembra significativo ad esempio che in D.39.2.24 pr.⁸¹ *viae* e *flumina*, esempi di scuola di *res in usu publico*, siano accomunate (ancora una volta ad opera di Ulpiano) ai *litora*, che dovrebbero invece rappresentare il ‘nocciolo duro’ della categoria delle *res communes omnium*, proprio in virtù della loro destinazione all’*usus communis*; un elemento per precisare il significato non occasionale di tale avvicinamento mi sembra sia poi offerto dal frammento in cui Nerazio⁸² implicitamente avvicina le due figure attraverso la comune contrapposizione alle *res in patrimonio populi*, che sopra abbiamo visto delinearci come area di inapplicabilità degli interdetti *de rebus publicis*.

Queste osservazioni terminologiche suggeriscono come nella riflessione giurisprudenziale romana operasse un criterio di differenziazione delle *res* fondato sulla soggezione all’*usus publicus* (o *communis*), per cui taluni beni che poi rifluiscono nella categoria marcianea delle *res communes omnium* (*litora* e *mare*) risultano avvicinati alla nozione di *res in usu publico* e parallelamente contrapposti a quella di *res publica in patrimonio populi*.

Alla luce della precedente ricostruzione della nozione di *usus publicus* (quale paradigma affermatosi come criterio interpretativo nel quadro della ricostruzione del campo applicativo dei rimedi interdittali a tutela di talune *res publicae*) mi sembra possano essere valorizzati quei frammenti che testimoniano della tendenza diffusa nella giurispru-

⁸¹ D.39.2.24 (Ulpianus 81 ad edictum) pr. *Fluminum 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?*

⁸² D. 41.1.14 (Neratius 5 membranarum) pr. *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.*

denza ad estendere in via utile l'applicabilità degli interdetti *de rebus publicis* a beni originariamente non rientranti nel loro campo applicativo, in particolare *litora* e *mare*. Nella prospettiva qui adottata tale estensione non tanto sarebbe da riguardare quale effetto di una equiparazione a un livello astrattamente categoriale tra *res communes* e *res in usu publico*⁸³, ma rimanderebbe invece direttamente al contesto concettuale entro cui poté definirsi la categoria marcianea. Infatti, come l'isolamento della categoria delle *res in usu publico* deriverebbe dalla riflessione sul campo applicativo di quell'apparato interdittale, così la progressiva messa a fuoco delle *res communes omnium* come categoria autonoma sarebbe un prodotto del lavoro giurisprudenziale sul campo applicativo degli interdetti a tutela dei *loci publici*, poiché prenderebbe forma a partire dall'applicazione estensiva di tali interdetti a beni originariamente non ricompresi entro l'ambito applicativo delle clausole edittali predisposte dal pretore.

Dunque il quadro dogmatico entro cui a mio avviso risulta più adeguatamente pensabile l'emersione della categoria delle *res communes*, in quanto coerente con le fonti e coi caratteri dei metodi della *scientia iuris* romana, è rappresentato proprio da quel paradigma dell'*usus publicus* che guidò la giurisprudenza nell'elaborazione della categoria delle *res in usu publico*. All'interno di tale orizzonte dogmatico secondo me è possibile situare il problema storico-giuridico dell'emersione della categoria delle *res communes omnium* quale momento di un più vasto ripensamento di natura e caratteri delle *res publicae*, e non già quale eccentrico punto di emersione di concezioni radicalmente estranee alla storia del pensiero giuridico.

La ricostruzione di tale 'paradigma' dogmatico rappresenta bensì l'indispensabile premessa per l'interpretazione delle fonti romane

⁸³ Come invece fa Branca, del resto coerentemente con l'individuazione del fondamento della categoria delle *res communes omnium* in un profilo di diritto sostanziale idoneo a isolarla, caratterizzarla su un piano astrattamente categoriale: cfr. G. BRANCA, *Le cose*, cit., p. 115.

in tema di *res communes*, ma non è sufficiente a dar conto di quello ‘slittamento’ consistente nella loro assunzione come categoria autonoma e centrale della *rerum divisio* invece delle *res publicae*, operazione intellettuale in cui pare che il giurista Marciano innegabilmente ebbe un ruolo decisivo⁸⁴. Dopo aver messo a punto lo strumento interpretativo per comprendere la categoria all’interno di una più vasta trama dogmatica, nei suoi rapporti con le altre concettualizzazioni romane in tema di *res publicae*, occorre ora individuarne uno per pensare le ragioni della sua specificità, del suo isolamento come categoria dogmatica autonoma da parte di alcuni giuristi romani⁸⁵.

Per costruire un quadro interpretativo adeguato occorre pertanto affrontare il secondo dei problemi esegetici e storiografici emersi nell’analisi precedente, quello cioè relativo alle ragioni della particolare posizione assunta da Marciano nella vicenda dell’isolamento dogmatico della categoria, senza porre mano a quei riduzionismi – a una dottrina filosofica, a uno svolgimento dogmatico – che hanno impedito alla dottrina dominante di cogliere il senso del contributo scientifico di Marciano alla compiuta elaborazione della categoria.

⁸⁴ Calza precisamente per questo problema interpretativo l’ammonimento di Mario Bretone, secondo cui: “la giurisprudenza romana ha una sua continuità interna, sociale e tecnica. Si tratta però di una continuità relativa. In che modo essa si dispiega, si incrina o si interrompe, e come concorrono a determinarla o a intaccarla i giuristi singoli con le loro opere?” (M. BRETONE, *Postulati e aporie nella “History” di Schulz*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1982, pp. 15 ss., spec. p. 29).

⁸⁵ M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., pp. 675 ss.: “Il problema tecnico giuridico, siccome impostato nella giurisprudenza, è dunque il necessario presupposto per individuare il contributo che alla discussione ha portato il singolo giureconsulto, come, del resto, codesto contributo non può correttamente valutarsi senza tenere conto della personalità di chi l’apporta e dei suoi complessivi condizionamenti” (p. 760).

6. - *Res publicae e mutamenti costituzionali dell'Impero*

La questione di una ricostruzione effettivamente individualizzante del ruolo di Marciano nello svolgimento della vicenda che qui interessa, è senza dubbio complicata dalla scarsità di notizie biografiche relative a questo giurista, unanimemente lamentata anche dai suoi più recenti prosopografi⁸⁶. Due profili mi sembrano però sufficientemente stabilizzati nella più recente storiografia, da poter essere qui assunti come punti di partenza per la costruzione di un percorso argomentativo idoneo a valorizzare il ruolo di questo giurista nell'enucleazione della categoria. Pare innanzitutto indubbio che egli dovette operare a cavallo tra II e III sec. d.C., in piena epoca severiana: è probabile che in particolare le *Institutiones* abbiano visto la luce a ridosso del principato di Caracalla⁸⁷. Si sottolinea poi in dottrina come il giurista, in linea peraltro con una tendenza generale della giurisprudenza del periodo, appaia molto vicino alla cancelleria imperiale⁸⁸, da dove dovette godere di una prospettiva privilegiata sulle ricadute pratiche delle politiche legislative del *princeps*.

Queste notazioni biografiche corroborano quella peculiare interpretazione della natura e degli scopi dell'opera istituzionale marcianea – risalente a Contardo Ferrini⁸⁹, ma ripresa nella sostanza da Tala-

⁸⁶ In particolare le due voci enciclopediche: R. ORESTANO, voce *Elio Marciano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino, 1982, p. 254 e T. GIARO, in *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, I, Stuttgart-Weimar, 1996, p. 172.

⁸⁷ La tesi è di Ferrini, cui la dottrina successiva accede abbastanza pacificamente: da ultimo D. LIEBS, *Älius Marcianus. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, in *ZSS*, 128, 2011, pp. 39 ss, spec. p. 46.

⁸⁸ In particolare T. HONORÉ, *The severan lawyers: a preliminary survey*, in *SDHI*, 28, 1962, pp. 162 ss., spec. pp. 212 ss., sostiene che Marciano abbia frequentato l'ufficio *a libellis* già dall'inizio del III sec. e che egli possa essere giunto addirittura a rivestire la carica di *magister libellorum*.

⁸⁹ C. FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, in *Rend. Ist. Lombardo*, serie II, vol. 34, 1901, pp. 736 ss [oggi in *ID, Opere*, II, pp. 285 ss.].

manca⁹⁰ e De Giovanni⁹¹ – secondo cui essa andrebbe letta in stretta correlazione con quel secolare mutamento nella struttura costituzionale dell'impero⁹² che sfociò nel provvedimento con cui Caracalla, nel 212 d.C., concesse la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell'Impero⁹³. Infatti, pur tenendo ben presente le molteplici difficoltà che si presentano nella ricostruzione e interpretazione di questo provvedimento⁹⁴, non appare del tutto assurdo – perlomeno al livello congetturale entro cui si sta muovendo la nostra analisi – ipotizzare che, quali fossero le reali intenzioni del *princeps* e le ricadute sul piano pratico del suo editto, esso potesse aver suggerito, a un giurista addentro i problemi dell'amministrazione imperiale e dotato di una “spiccata tendenza alla

⁹⁰ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardo-classici*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec d.C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze 2-4 maggio 1974*, Firenze, 1976, pp. 95 ss., spec. pp. 211 ss.

⁹¹ L. DE GIOVANNI, *Giuristi Severiani: Elio Marciano*, Napoli, 1989, pp. 17 ss.; ID., *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo antico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, pp. 90 ss.; ID., *La giurisprudenza Severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, in *Athenaeum*, 94, 2, 2006, pp. 487 ss. (spec. pp. 496 ss.).

⁹² Su cui in particolare A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman citizenship*², Oxford, 1973.

⁹³ Occorre peraltro notare come tale collegamento tra l'opera marcianea e l'estensione della cittadinanza romana sia declinato diversamente da questi autori: mentre Ferrini parte dal problema dell'identificazione dei destinatari dell'opera di Marciano, identificati nei provinciali orientali di nuova cittadinanza romana (C. FERRINI, *op. cit.*, p. 287, ripreso in ciò da D. LIEBS, *op. cit.*, p. 56), Talamanca e De Giovanni si mantengono sul piano dell'analisi degli oggettivi riflessi sistematici e di disciplina che l'estensione della cittadinanza poté avere sulla riflessione marcianea. La diversità di prospettiva non mi pare che adulteri sostanzialmente il dato comune a queste interpretazioni.

⁹⁴ Una sintesi dei problemi da ultimo in V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (I-II sec d.C.)*, Torino, 2009, pp. 133 ss. Cfr. anche L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica e codici nel mondo tardo antico*, cit., pp. 65 ss. e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, III.1, Torino, 1993, pp. 5 ss. ma spec. pp. 8 ss.

classificazione”⁹⁵, una complessiva rilettura delle categorie ordinanti tralazie alla luce della mutata architettura istituzionale⁹⁶. Affermazione generica questa, che trova però – (specialmente) nei lavori di Ferrini e Talamanca – puntuali riscontri non solo nella generale sistematica dell’opera, ma pure nella trattazione di specifici istituti.

In particolare, Talamanca sottolinea come sia percepibile anche nelle *Istitutiones* marcianee quel livellamento terminologico nella classificazione delle comunità comprese nell’Impero, riscontrabile in generale nella riflessione giurisprudenziale dell’epoca, per cui “le strutture cittadine di cui fa ricordo il giurista sono genericamente *civitas, res publicae, decuriones*”⁹⁷, senza riguardo a quelle distinzioni di *status* civici che nella giurisprudenza precedente erano essenziali alla definizione dei rapporti delle stesse con Roma⁹⁸.

È indicativa di una maturata sensibilità storiografica il fatto che Talamanca non imputi tale appiattimento delle categorie ordinanti a una presunta e generica involuzione del pensiero giuridico romano, che in età tardo classica si sarebbe fatto già più semplicistico. L’autore cerca invece le possibili ragioni ‘tecniche’ di un tale mutamento di prospettiva, ricollegando il fenomeno proprio allo “influsso della *constitutio antoniniana*, la quale ha contribuito ad unificare formalmente le diverse

⁹⁵ Buckland notava che l’originalità di Marciano potesse risiedere nella sua ‘strong tendency to classification and co-ordination’ (W.W. BUCKLAND, *Marcian*, cit., p. 277).

⁹⁶ Occorre sottolineare la distanza della prospettiva qui adottata dalla discussione (risalente alle posizioni di Mitteis e De Visscher) circa l’effettivo rapporto – sul piano fattuale – tra diritto romano e diritti provinciali in seguito all’emanazione dell’editto di Caracalla (su cui cfr. bibliografia citata *supra* nota 94): per dirla con le parole di Talamanca, “io non mi riferisco qui al concreto, effettivo modo di porsi degli ordinamenti provinciali – nei loro molteplici aspetti pragmatici e normativi –, bensì al modo in cui questi aspetti sono, o non sono, giunti alla coscienza dei giuristi romani”, nella specie Marciano (M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., p. 95).

⁹⁷ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., p. 212.

⁹⁸ Una sintesi in F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV, Napoli, 1975, pp. 745 ss.

strutture dell'impero"⁹⁹, rendendo irrimediabilmente obsoleto lo "schema espositivo romano-centrico della giurisprudenza anteriore"¹⁰⁰; quest'ultimo, in quanto basato sull'imputazione del *populus romanus* alla *civitas* romana intesa quale concreta comunità cittadina, doveva risultare nell'assetto istituzionale disegnato (almeno su un piano teorico) dall'editto di Caracalla nulla più che un dazio pagato all'ideologia della città-stato¹⁰¹.

Arriviamo così al possibile punto di confluenza di questa prospettiva interpretativa sulle *Institutiones* di Marciano con il particolare problema delle *res communes omnium*.

Un parallelo fenomeno di uniformazione del lessico giuridico, analogo a quello appena ricostruito, emerge infatti dalle fonti con riferimento al problema della qualificazione dei beni appartenenti alle comunità cittadine, o comunque riferibili ad esse. È stato ipotizzato¹⁰² che la distinzione tra *res civitatum* e *res publicae* intitolate al *populus romanus* possa aver perso centralità in favore di quella tra *res in usu* e *in patrimonio populi*, su cui risulta invece parametrata la riflessione di autori come Ulpiano; questi infatti, pur lamentando su un piano astrat-

⁹⁹ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., p. 208. Con riferimento all'intera tematica resta fondamentale il lavoro di R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino, 1968, spec. pp. 185 ss.: rimane solo il rammarico che l'Autore non abbia svolto, come ripetutamente annunciato nel testo, la seconda parte dell'opera, che avrebbe dovuto toccare direttamente il tema dell'imputazione di situazioni giuridiche alle *civitates*.

¹⁰⁰ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., p. 210.

¹⁰¹ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali*, cit., p. 202 (osservazione svolta con riferimento a Modestino, ma successivamente estesa a Marciano: cfr. p. 211).

¹⁰² G. GROSSO, *Corso*, cit., pp. 37 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pp. 90 ss, con le dovute precisazioni, che esulano peraltro dallo scopo del presente lavoro, su cui comunque cfr. G. PUGLIESE, *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo: atti del Convegno, Milano, 22-23 ottobre 1992*, Milano, 1994, pp. 153 ss., spec. pp. 155 ss. Una simile interpretazione mi pare sia coerente anche con l'impostazione, pur solo abbozzata, di R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., spec. pp. 312 ss.

tamente qualificatorio la confusione tra *res publicae* e *bona civitatis*¹⁰³, sul piano delle conseguenze di disciplina pare invece considerare assorbente quella fondata sulla destinazione all'*usus publicus* del bene¹⁰⁴. Estendendo dunque a questo fenomeno le argomentazioni proposte da Talamanca, si potrebbe ipotizzare che il criterio (soggettivo) della intitolazione del bene al *populus romanus* inteso quale espressione della comunità cittadina sia potuto risultare inadeguato a ordinare i problemi posti dalla disciplina dei beni pubblici nel quadro della progressiva unificazione delle strutture cittadine sancita (non necessariamente determinata) dall'editto di Caracalla.

Se non mi sbaglio, queste osservazioni potrebbero valere a fondare un diverso approccio nei confronti del problema della definizione delle *res communes omnium* quali categoria dogmatica autonoma e della loro assunzione quale elemento centrale nella *rerum divisio* marcianea¹⁰⁵.

Come abbiamo visto l'isolamento della categoria riposa sull'operatività di quel medesimo paradigma dell'*usus publicus* – inteso come tutelabilità della destinazione al pubblico uso del bene attraverso rimedi pretori concessi al singolo *civis* – che guidò la giurisprudenza alla individuazione, tra i beni genericamente intitolati alla *civitas*, di quelli (*in usu publico*) la cui pubblicità avesse “un contenuto obiettivo, dato da note di scopo e di regime, più che dalla subiettiva riferenza”¹⁰⁶

¹⁰³ D.50.16.15 (*Ulpianus 10 ad edictum*) *Bona civitatis abusive 'publica' dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.*

¹⁰⁴ F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in *Studi Senesi*, XXV, 1908 (= ID., *Studi giuridici II*, Milano, 1960, pp. 3 ss., cui mi riferisco per le citazioni), p. 5; G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., p. 235; G. GROSSO, *Corso*, cit., p. 37; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 99.

¹⁰⁵ Riprendo qui un'intuizione appena abbozzata in M. SARGENTI, *Le «res» nel diritto del tardo Impero*, in *Labeo*, 40, 1994, pp. 309 ss.

¹⁰⁶ F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, cit., p. 4: appare secondaria in questa sede la questione circa l'effettiva identificazione *tout court* delle *res publicae* con tali beni.

alla *civitas* romana.

A fronte dell'epocale ristrutturazione dell'impero in senso propriamente territoriale, l'originario riferimento al *populus romanus* quanto espressione della comunità cittadina poteva sembrare incongruo¹⁰⁷. Mi pare in linea con la generale ispirazione delle *Institutiones* marcianee, corroborata dal particolare ruolo pubblico del loro autore e dalla prossimità della composizione loro all'emanazione dell'editto di Caracalla, ipotizzare che Marciano abbia potuto consapevolmente porre 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 romano¹⁰⁸.

L'interpretazione della categoria ruota così pur sempre attorno

¹⁰⁷ Cfr. M. SARGENTI, *Le «res» nel diritto del tardo Impero*, cit., p. 313, secondo cui già a partire dal III secolo “in un assetto politico-costituzionale qual è quello del tardo Impero, in un regime dei beni che ha come centro di imputazione non il *populus romanus*, ma il patrimonio o i vari complessi patrimoniali imperiali, non avrebbe più senso parlare di *res publicae* come *res populi*, di patrimonio della collettività nel significato che questi termini e queste categorie avevano nella società repubblicana ed almeno in parte conservavano ancora nel regime del Principato”.

¹⁰⁸ Tale relazione storica e concettuale tra *res in usu publico* e *res communes omnium* è abbozzata da M. SARGENTI, *op. cit.*, p. 314, “Marciano, insomma, avrebbe cercato di dare espressione giuridica ad uno stato di fatto in cui le *res* che erano già 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 III secolo, prossimamente *patrimonium* e *res privata principis*, talché diviene opportuno distinguerne 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*”. L'A., peraltro, si limita a suggerire una generale contiguità delle due nozioni, senza alcuna indicazione delle fonti a partire dalle quali sarebbe possibile ricostruire le ragioni tecniche di questo slittamento.

all'individualità del giurista Marciano. Questa però risulta sottratta a qualificazioni meramente "culturali" o genericamente filosofiche, e restituita invece alla concreta esperienza di un giurista vicino al potere imperiale e attento alle sue trasformazioni¹⁰⁹. La sua riclassificazione delle *res* risiederebbe infatti su un adeguamento dell'apparato concettuale giuridico romano alla trasformazione delle strutture organizzative e degli atteggiamenti ideologici in corso sotto i suoi occhi. Insomma, se non sembrasse paradossale affermarlo in questa sede, la ragione storica dell'isolamento della categoria da parte del giurista severiano potrebbe risiedere in un (precoce) tentativo di 'attualizzazione del diritto romano'.

Abstract

Der impliziten Aufforderung des Kongresstitels entsprechend, versuche ich in meinem Beitrag zu zeigen, wie die methodologische Herangehensweise einzelner Autoren die Interpretation der Kategorie der *res communes omnium* (D.1.8.2 = I. 2.1) beeinflusst hat. Nach Feststellung einer offenbaren Unklarheit der römischen Quellen ueber das Thema *divisiones* der *res (lato sensu) publicae*, werde ich eine kurze historiographische Erkundung der verschiedenen Ansaetze der Literatur durchfuehren. Nachdem ich die Schwierigkeiten der Versuche einer statischen Uebereinstimmung dieser Gebilde und die Unzufriedenheit jeder interpolatorischen Loesung festgestellt habe, werde ich mich auf die Versuche konzentrieren, die das dogmatische Problem der *res communes* im Rahmen einer historischen Rekonstruktion, das heißt aus der Perspektive der Entwicklung der Rechtssprechung ueber die

¹⁰⁹ Ancora limpidamente M. SARGENTI, *op. cit.*, p. 314: "In questa sollecitazione della realtà socio-politica, più che nella recezione di modelli letterari privi di valore giuridico e di pratica importanza, come voleva il Bonfante, potrebbe essere ravvisato il vero criterio ispiratore della classificazione proposta da Marciano".

Kategorie der *res publicae* analysieren.

In meiner Arbeit beziehe ich mich auf die maßgebliche italienische Literatur wie Bonfante, Branca, Grosso, Scherillo e Dell’Oro, deren Analyse hilfreich zur Klärung einiger Problempunkte beim Aufbau einer historischen Methode fuer das Studium des roemisches Rechts beigetragen hat. Dabei handelt es sich vor allem um die unterschiedliche Relevanz juristischer und metajuristischer Faktoren in der Geschichte des Rechtes und um die Rolle der moderne Dogmatik fuer die Auslegung und das Verstaendnis der Quellen.

Nach der historiographischen Analyse und nach Stellungnahme auf die ebengenannten Problempunkte, werde ich einen esegetischen Vorschlag machen, der bewusster mit seiner methodologischen Bedingung umgeht und diese mit einbezieht. Dieser selektiert besonders behuetsam die relevanten metajuristischen Gegebenheiten und betont vor allem die rechtsbehelfliche Natur bei der Beschreibung und Bestimmung der Evolution der Kategorie der *res communes omnium*.