

La neve da res communis a bene demaniale

Federico Fernández de Buján
Ordinario di Diritto Romano
UNED e UPCOMILLAS. Madrid

1.- Prefazione

Costituisce per me una soddisfazione ed al contempo un onore avere la possibilità di intervenire a questo Forum Giuridico Europeo della Neve. Desidero che le mie prime parole siano rivolte, e devono esserlo, ad esprimere i miei auguri ai suoi organizzatori, al Presidente del Comitato Scientifico, Gianfranco Avella, che così amabilmente mi ha invitato per mezzo dell'abbondante e squisita corrispondenza tenuta via e-mail durante questi ultimi mesi, oltre che al Presidente del Comitato Organizzatore, Beppe Bonseri. A loro vanno i miei entusiasti complimenti, ammantati di gratitudine e di cordialità, per l'amabile accoglienza che hanno riservato ai partecipanti.

Grazie alla loro entusiasta iniziativa, giuristi provenienti da diversi Paesi possono avere l'opportunità di godere di un'amabile comunicazione e comunione intellettuale nei più diversi rami del sapere giuridico. Il Congresso scientifico costituisce inoltre uno splendido pretesto per l'Incontro umano. Ci ospita la *Magna Terra di Bormio e Honorate valli*. Come non ricordare da qua quella terribile immagine creata da Turner nel quadro "Annibale e il suo esercito attraversano le Alpi", in cui il grande protagonista della composizione pittorica non è il generale cartaginese, bensì la spettacolare tormenta di neve che imperversa sulle sue truppe durante il tentativo di penetrare nella penisola italiana. La magnifica città di Bormio orgogliosa sin dai tempi più antichi, è oggi l'*Alma Mater dei nostri studi*.

Presento che, quando domani si concluderà il nostro Forum, mi sentirò arricchito, oltre che privilegiato per essermi riunito con i miei colleghi in alcuni giorni di lavoro e convivenza, che comportano un'attività intellettuale ed al contempo una comunità di vita. Concludo queste parole introduttive sperando ed augurandomi che il prossimo anno venga convocato il nostro Terzo Forum, che stiamo già desiderando, e che questo possa consolidare questa feconda comunicazione giuridica, sportiva ed umana.

2.- Alcuni motivi che possano giustificare la mia presenza

Quando, nel corso di una Sessione di Dottorato alla quale ero stato invitato dall'Università di Parma, il Professor Piermaria Corso mi offrì la possibilità di partecipare all'Incontro odierno, pensai che sarebbe stato complicato poter apportare qualcosa di utile, o perlomeno di curioso, ai partecipanti di questo Evento internazionale di esperti nell'incipiente, seppur vigoroso, Diritto della neve.

Mi venne in mente, in quel momento, di cercare di ricordare alcuni concetti elaborati nella giurisprudenza romana in relazione al dominio pubblico ed al suo eventuale utilizzo, sui quali si potesse forse riflettere al momento di configurare un

diritto europeo unitario sulla neve. E' in questo senso, storico e pragmatico, che si deve inquadrare il mio contributo al presente Congresso.

3.- Un'annotazione linguistica ed una curiosità geografico-culturale

Prima di entrare nel vivo del mio intervento vorrei formulare un'annotazione linguistica e raccontarvi una curiosità culturale, a mo' di aneddoto, in relazione con la neve, sperando di poter risvegliare il vostro interesse.

Inizio dall'annotazione linguistica. La esprimo con la ferma convinzione che ogni giurista degno di tale nome debba essere straordinariamente preciso nell'uso del linguaggio, poiché solamente grazie al corretto uso di quest'ultimo si può definire in modo adeguato qualsiasi categoria o concetto racchiuso nell'ambito del Diritto.

La voce italiana neve, in spagnolo nieve, proviene dal latino nix - nivis; con essa si intende "l'acqua congelata che cade dall'alto in fiocchi leggeri di un bianco smagliante". Il Dizionario della Regia Accademia Spagnola definisce la neve nel seguente modo: acqua congelata che si separa dalle nubi sotto forma di cristalli di dimensioni estremamente ridotte, i quali, raggruppandosi al cadere, raggiungono il suolo in fiocchi bianchi.

In senso figurato con l'espressione neve si indica candore, ovverosia una bianchezza estrema di un oggetto. Viene usata metaforicamente nel linguaggio poetico. Con la voce neve vengono formulate espressioni quali: **nevi perpetue**, quelle che, in alta montagna, persistono da un inverno all'altro; **nevischio (agua-nieve)**, l'acqua che cade dalle nubi mescolata con la neve, diversa dall'**agua de nieve**, che corrisponde all'acqua prodotta dal disgelo.

Una curiosità in relazione con la neve, oggetto del nostro Forum: in Colombia esiste una montagna chiamata Tolima, che con i suoi seimila metri di altezza è la terza vetta del Paese, situata nella Cordigliera Centrale delle Ande, conosciuta come la **terra delle nevi perpetue**, oggi diventata il *Parco Nazionale dei Nevai*. Nel suo territorio vi sono acque termali, centinaia di lagune e vestigia archeologiche. Il nome Tolima deriva da una parola indigena che designava la dea *Tulima*, ovverosia la dea del **paese della neve**, la quale si diceva abitasse sulle cime innevate e fosse protettrice degli antichi indios *pijaos*. Il fatto di convertire Tulima nella dea del paese della neve mi è sembrato una bella immagine estetica, dalla meravigliosa plasticità; per questo motivo ho voluto condividere in quest'occasione tale immagine con tutti voi.

4.- Un'annotazione romanista nell'elaborazione del Diritto della neve

E' comunemente accettato che, per eseguire un'analisi adeguata a proposito del senso di una qualsiasi istituzione giuridica, o per raggiungere una corretta interpretazione del contenuto di una norma, lo studioso del Diritto deve conoscere e comprendere anticipatamente il contesto storico e sociale in cui tale disposizione normativa è stata promulgata ed applicata.

La vita sociale dell'uomo ed il divenire delle società in cui questa si svolge saranno sempre un *prius* rispetto all'ordinamento giuridico che li regola. Perciò il Diritto accompagna la vita, ed è questa che lo condiziona e lo modifica. Il Diritto è pertanto un prodotto storico, che non deve mai essere svincolato dall'ambito sociale in cui viene applicato. Il contrario significherebbe correre il rischio di convertire l'ordine giuridico in un'utopia artificiale e pertanto inservibile. Se la vita sociale condiziona il compito di adattamento del Diritto, sarà allo stesso modo essenziale per la corretta interpretazione di questo.

Oggi l'Europa si trova in corrispondenza di un dilemma giuridico nel suo compito di costruire un ordinamento sovrastatale. Il Diritto è uno degli strumenti di unione tra i popoli. Il vecchio continente, che è stato capace di albergare una splendida civiltà, si trova oggi a punto di configurare la propria realtà politica. Non è possibile costruire l'Europa dell'Unione svincolandola dal proprio passato. Nella riscoperta della propria identità, l'Europa deve tornare alle proprie radici; per poterlo fare deve imparare dalle proprie esperienze storiche unificate, sia legali che linguistiche e sociali, in modo da poter modellare, partendo da esse, su solide basi, la propria realtà, presente e futura. Il Diritto romano, in generale, è un presupposto essenziale del progetto di dotare l'Unione europea di un Diritto comune.

Data questa premessa programmatica, come formulazione astratta, vorrei esprimere alcune riflessioni concrete, cosciente della loro relatività, nel caso in cui per qualche aspetto potessero fornire uno spunto all'elaborazione di quella realtà normativa unificata del Diritto della neve alla quale tutti noi aspiriamo.

5.- La neve nelle fonti giurisprudenziali romane

Forse conviene iniziare la nostra analisi affermando che il termine latino *nix-nivis*, con i suoi derivati, compare solamente due volte in tutto all'interno del *Corpus Iuris Civilis* o Codice di Giustiniano. Si tratta di due testi giurisprudenziali contenuti nel Digesto. Il primo appartiene a "I Posteriori" di Labeone ed è contenuto nel titolo I del libro XVIII del Digesto, dedicato alla compravendita; vi si contempla il caso della vendita di una raccolto di grano che ancora non è stato raccolto. In seguito ad una nevicata va perduta parte del raccolto ed il giurista si chiede chi debba farsene carico. Il secondo caso è ancor più distante dalla neve, intesa come oggetto del nostro congresso, in quanto si tratta di un frammento di Pomponio, contenuto in D. 34,2,21, in cui si affronta la definizione di un'eredità: si tratta di determinare se, all'interno di un'eredità costituita da un servizio di bicchieri d'argento, debbano essere compresi anche altri oggetti ausiliari atti a preparare le bevande, come ad esempio un secchiello per il ghiaccio. Il termine ghiaccio è qui espresso con la parola latina *nivarium*.

L'assenza di un qualsiasi testo giurisprudenziale relativo alla neve che copre le montagne potrebbe certamente essere ragione sufficiente per comprendere che il Diritto romano possa apportare ben poco all'argomento di cui ci stiamo occupando. E' ovvio che il mondo classico in generale e la società romana in particolare non conobbero alcuna attività sportiva connessa con la neve. E' altresì vero che, del ricco insieme di realtà giuridiche regolate a Roma per mezzo di concessioni amministrative relative a beni di pubblico dominio, non ve ne sia alcuna che possa riferirsi allo sfruttamento ludico delle pendici di una montagna innevata.

Ciononostante la neve è, di per sé, acqua gelata o congelata caduta dalle nubi; sia durante la sua caduta in soffici fiocchi, sia dopo che forma una superficie che copre il suolo, costituisce una realtà materiale sulla cui natura giuridica è lecito interrogarsi. Per fare ciò è necessario riferirsi all'acqua come elemento fisico, del quale la neve è solo una delle possibili manifestazioni.

Non conosco, beninteso, il punto fino a cui potranno giungere le eventuali conseguenze pratiche della mia breve riflessione storica. In ogni caso le presento a questa comunità di studiosi del diritto della neve, nel caso in cui potessero interessare al fine di ricordare la nascita e lo sviluppo di una categoria tanto importante nel diritto amministrativo e di tanta ripercussione nell'ambito che ci impegna quale è la categoria dei beni di pubblico dominio o beni demaniali, una categoria straordinariamente complessa nella sua ricorrenza all'interno dei testi dei saggi romani e sulla cui classicità ed adeguata esegesi dei frammenti, nei quali è possibili seguirne la traccia per analizzarli, non vi è accordo nella dottrina romanistica.

Il mio proposito sarà quindi di offrire una sintesi di ciò che può essere la categoria delle *res communes omnium* per poi passare alle *res publicae* e concludere con una breve annotazione sulle possibili concessioni amministrative che potrebbero spettare sull'una e sull'altra categoria.

6.- La categoria problematica delle *res communes omnium*

Ho intitolato il mio intervento: **La neve da *res communis* a bene demaniale**. Devo sottolineare che la locuzione *res communis* per esprimere al singolare una cosa comune non compare letteralmente in nessuno fra i testi oggetto della raccolta del Codice di Giustiniano. L'espressione ricorrente nei testi romani, utilizzata in seguito dalla dottrina giuridica medievale e moderna, è quella al plurale di ***res communes omnium***.

L'espressione *res communis* si può riscontrare esclusivamente in alcune leggi municipali, come la Lex Salpensana e la Lex Malacitana, entrambe dell'Hispania romana e che formano parte delle Leggi municipali dell'epoca dei Flavii. Nei testi di queste leggi si impiega a volte l'espressione *res communis* per riferirsi ai beni propri dei municipi e differenziarli così dai beni del *Populus*

Romanus; in questo senso si può forse affermare che l'espressione *res communis* precede l'espressione *res universitatis*, in seguito ricorrente nelle fonti. Nelle *Instituta Iustiniani*, 2,1,6 si afferma che le *res universitatis* sono le cose appartenenti alla collettività, ovverosia a coloro che vivono nelle città; in questa categoria il frammento delle Istituzioni include i teatri, gli stadi ed altri edifici simili. Formerebbero parte di questa categoria, pertanto, tutti quei beni sui quali il governo municipale potrebbe esercitare i propri diritti.

Passando allo studio delle *res communes omnium*, è necessario svolgerne l'analisi a partire da una classificazione precedente e previa delle cose: in questo senso dobbiamo ricordare che la giurisprudenza romana, come è noto, ha elaborato diverse classificazioni delle cose come oggetto dei diritti. Nelle *Instituta*, Gaio inizia il libro II dedicato alle cose affermando:

Gaio, 2,1

Modo videamus de rebus; quae vel in nostro patrimonio sunt, ven extra nostrum patrimonium habentur

Trattiamo ora le cose che o si trovano all'interno del nostro patrimonio oppure sono al di fuori di esso.

Questa bipartizione di Gaio sarà ripresa tre secoli dopo, in modo praticamente letterale, dai compilatori giustiniane, in Inst. 2,1, pr., quando l'Imperatore ordina la redazione di un nuovo trattato espressamente a scopo di docenza.

Questi due compendi del diritto romano iniziano quindi con tale classificazione la loro trattazione delle cose e dei diritti che si possono avere sulle stesse. Ciononostante bisogna avvertire che la maggior parte dei testi della giurisprudenza classica offre delle classificazioni basilari delle cose una diversa bipartizione, che oltretutto ha avuto un'enorme trascendenza nell'ambito del Diritto pubblico; mi riferisco alla distinzione duale tra *res intra commercium* e *res extra commercium*. E' evidente come questa distinzione sembri più appropriata, riflettendo il senso dinamico di un'eventuale trasferimento delle cose e dei diritti che si possono avere sulle stesse; si riferisce quindi alla suscettibilità o meno delle cose come oggetto nelle relazioni giuridico-patrimoniali.

Continuando con la classificazione bipartita di Gaio, si afferma in Gaio 2,2 che alcune cose sono *divini iuris* y otras *humani iuris*. Riferendoci a quest'ultime, d'accordo con il *ius civile*, *le cose sono o pubbliche o private*, secondo quanto si può leggere in Gaio 2,10. *Si intendono per pubbliche*, in Gaio 2,11, *quelle che non sono di nessuno, in quanto si considerano proprietà della collettività, mentre le private sono quelle che possono appartenere ai privati.*

Sappiamo che le *Instituta Gai* furono il principale testo di riferimento nella redazione delle Istituzioni giustiniane. In questo senso, lo stesso Imperatore, nella

Costituzione *Imperatoriam Maiestatem*, nella quale promulga le Istituta, emanata alle calende di dicembre del 533 a Costantinopoli, dichiara espressamente che sono state composte tenendo in conto il contenuto di diverse opere docenti di Istituzioni elaborate da vari docenti classici, sebbene affermi espressamente che i membri della Commissione di compilazione hanno preso come modello principale le Istituzioni di *Gaii nostri*, come veniva denominato affettuosamente dall'Imperatore.

Per questo motivo sorprende, in relazione all'argomento di cui ci stiamo occupando, che le Istituzioni imperiali si siano allontanate, in modo tanto netto, dal modello di Gaio nelle classificazioni successive che si riferiscono alle cose. Così, in Inst. 2,1 pr., dopo aver copiato la prima bipartizione di Gaio tra *res intra patrimonium* ed *extra patrimonium*, invece di continuare con le divisioni contenute in Gaio, tra le altre cose tra di *divini iuris* e di *humani iuris*, e di seguire con la divisione tra *res publicae* e *privatae*, opta per realizzare una tetrapartizione, che non corrisponde al modello tradizionale dei testi giurisprudenziali classici. In questo senso, afferma:

Alcune, quindi, sono per diritto naturale comuni a tutti, alcune pubbliche, alcune dell'universalità, altre di nessuno e la maggior parte dei singoli.

Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius pleraque singulorum.

E' curiosa questa mancanza di concordanza tra le due opere delle Istituzioni, in quanto, come abbiamo indicato, quella di Giustiniano è solita riflettere fedelmente nel contenuto il testo correlativo compreso nelle Istituta di Gaio. Questa sorpresa aumenta ancor più se si nota che il Digesto, promulgato nel 533 d. C, contemporaneamente alle Istituzioni, incorpora letteralmente le distinzioni di Gaio alle quali abbiamo fatto riferimento, contenute in Gaio 2,10-11, e lo fa in un frammento inserito nel Titolo VIII del Libro I avente come rubrica: "Sulla divisione e la qualità delle cose". Questo brano, *D.1,8,1 pr. (Gai. 2 inst.)*, afferma:

*La prima divisione delle cose comprende due classi: alcune sono di diritto divino ed altre sono di diritto umano...
Le cose che sono di diritto umano si dividono in pubbliche e private.
Le pubbliche sono considerate non essere di nessuno, in quanto si ritiene che appartengano alla collettività. Sono private le cose che appartengono ai singoli.*

Il brano delle Istituzioni esprime quindi una tetrapartizione presa dal giurista Marciano, ma poco ricorrente in altri testi giurisprudenziali.

La principale novità di questo frammento è la formulazione di una categoria, quella delle *res communes omnium*, a malapena utilizzati dai giuristi classici. Gli studiosi di questo testo ne hanno riconosciuto la provenienza in un frammento classico. Era molto improbabile che si trattasse di una categoria di nuova fattura elaborata in epoca giustiniana. I redattori delle Istituzioni di Giustiniano si sono ispirati ad un passaggio contenuto nelle Istituzioni di Marciano, che inoltre era stato oggetto di ricopilazione nel Digesto, inserito in D. 1,8,2pr. (Marciano 3, inst.)

Alcune cose sono comuni a tutti per diritto naturale, altre sono della collettività, altre di nessuno e le più numerose dei singoli...

Vediamo che nel brano delle Istituzioni di Marciano non sono contemplate le *res publicae*, che vengono in seguito incorporate nel testo delle Istituzioni di Giustiniano. Il resto del frammento è riprodotto, praticamente alla lettera, dai compilatori giustiniani. Non ci deve meravigliare l'uso di questa fonte poiché, come già da me indicato, i redattori delle Istituzioni di Giustiniano, Teofilo e Doroteo, pur basandosi principalmente su quelle di Gaio, consultarono e presero brani da altre opere di contenuto simile e di natura docente, quali le Istituta di Callistrato, Marciano, Florentino, Paulo ed Ulpiano. E' noto come queste opere scolastiche non corrispondano, in tutti i casi, all'autorità a cui vengono attribuite, in quanto, sebbene alcune di esse siano effettivamente opere docenti tardoclassiche, altre saranno state composte in epoca postclassica da parte di professori anonimi delle scuole orientali di diritto di Berito, Costantinopoli od Alessandria, dando luogo ad una nuova redazione alterata, composta sulla base e sulla consultazione di opere simili appartenenti a quei giuristi classici che vengono menzionati.

7.- La categoria classica delle *res publicae*

Un conosciuto testo giurisprudenziale contenuto nel celebre Titolo XVI del Libro L, avente come rubrica *De Verborum significationem*, stabilisce senza dubbio il concetto di *res publicae*. In questo senso Ulpiano, in un brano preso dal Libro X di commenti all'editto del pretore e contenuto in D.50,16,15, afferma:

Publica sunt quae populi romani sunt.

Sono pubblici solamente quelli che appartengono al Populus Romanus.

La dottrina romanistica intende che l'espressione *Populus Romanus* coincide a volte con il concetto moderno di Stato ed altre volte con l'espressione contemporanea di Amministrazione centrale. Questa locuzione latina sarebbe stata utilizzata dai giuristi per riferirsi a Roma come entità territoriale sotto un potere politico unitario. Farebbe inoltre riferimento agli stessi organi centrali romani di

potere come contrappunto a quegli organi di potere sempre romani, ma locali o periferici, quali gli organi propri di ciò che oggi viene denominata Amministrazione territoriale, come i poteri politici stabiliti nelle province, i municipi e le colonie.

Le cose pubbliche sarebbero la categoria principale tra le *res extra commercium* o *extra patrimonium*; per questo aspetto la maggior parte della dottrina romanistica è solita identificare questa categoria di *res publicae* con ciò che la moderna dottrina del diritto amministrativo denomina beni di pubblico dominio o beni demaniali. Sia gli uni che gli altri, tanto a Roma quanto oggi, sarebbero identificati dal fatto che svolgono funzioni di pubblica utilità, *utilitas publica*, per cui devono essere amministrati direttamente dai poteri pubblici.

E' pertanto evidente che le *res publicae*, i beni di pubblico dominio sin dall'epoca di Roma, devono essere assegnati alla pubblica utilità per poter essere considerati tali. Tale assegnazione, chiave interpretativa di questa categoria, può non essere necessaria per le cause naturali del bene stesso. Così l'acqua, come l'aria, non richiede un atto solenne di assegnazione formale, denominato in diritto romano *publicatio*, in quanto è la sua stessa natura a renderla pubblica di per sé. Accanto alla *publicatio*, in diritto romano è stata impiegata l'espressione *vetustas* per riferirsi a quell'assegnazione di un bene alla pubblica utilità giustificata dalla coscienza sociale del fatto che da tempo immemorabile tale bene fosse di uso comune e generale.

Abbiamo già indicato che per Gaio le *res publicae* non sono di nessuno, in quanto sono considerate come appartenenti alla collettività. (Gai. 2,11). Nelle sue *Instituta*, però, non offre in seguito un elenco delle cose che debbano considerarsi pubbliche, né fa riferimento ad altre suddivisioni alle quali possiamo fare riferimento per estrapolare il carattere pubblico o meno di una cosa. Sono al contrario abbastanza numerosi i testi giurisprudenziali classici nei quali possiamo trovare catalogazioni delle *res publicae*.

Il primo giurista del quale abbiamo notizia che riporti per esclusione la categoria delle *res publicae* è Neratius Priscus, il quale, in un frammento preso dal Libro V delle *Membranae* e contenuto in D. 41,1,14 pr., si riferisce alle *res publicae* come *res in pecunia populi*, stabilendo così che:

*La spiaggia ed il litorale non sono pubblici nello stesso senso
in cui lo è il patrimonio del popolo...*

Il testo in seguito qualifica impropriamente il litorale come una *res nullius* ed afferma pertanto che gli edifici costruiti sulle spiagge divengono proprietà del costruttore, il quale ne diventa il proprietario per appropriazione o, per esprimerci in forma più precisa, per appropriazione o *ocupatio*. E' evidente che nel I secolo a. C. il concetto di *res publicae* ancora non era definito in modo preciso.

Bisogna attendere la fine del primo terzo del II secolo d. C. per trovare una delimitazione più precisa della categoria di *res publicae*: si tratta di un testo di Pomponio, preso dal IX Libro dei Commenti a Sabino e contenuto in D. 18,1,6pr.

Ma Celso figlio dice che tu non puoi comperare..., consapevolmente, una cosa fuori commercio, come ad esempio le cose pubbliche che non si trovano all'interno del patrimonio del pubblico, ma nell'uso pubblico, come lo è il campo di Marte.

E' evidente come le *res publicae* siano una categoria delle *res extra commercium*; il giurista inoltre distingue tra le *res publicae in pecunia populi* e le *res publicae in publico usu*.

Le *res publicae in pecunia populi*, accanto alle *res in patrimonio fisci* saranno quelle aventi la finalità di sostenere i costi generati dalla stessa amministrazione dell'organizzazione politica romana. In molti casi, questi insiemi di beni fornivano, attraverso il loro sfruttamento, risorse economiche agli stessi poteri pubblici della comunità; così, ad esempio, l'*ager publicus* fu oggetto, in molti casi ed in diverse epoche storiche, di locazione, ad esempio nella Repubblica per mezzo dell'attività dei censori. In virtù ed in conseguenza di questi sfruttamenti, il *Populus Romanus* otteneva grandi rendite che confluivano nell'Erario pubblico.

A differenza delle cose nel patrimonio del *Populus*, le *res publicae in publico usu* saranno quelle che attualmente prendono il nome di beni demaniali, in quanto di titolarità del *Populus Romanus*, ovvero di pubblica titolarità, ma oltre a ciò sono destinate in linea di principio all'uso di tutti, quindi all'uso senza restrizioni da parte della collettività. Inoltre, per la loro particolare destinazione ed uso, sono inalienabili.

Tale differenziazione viene accettata da Papiniano in un brano preso dal X Libro delle *Quaestiones*, contenuto in D. 18,1,72,1. Il testo distingue tra *res in usu publico* e *res in patrimonio fisci*; quest'ultima categoria si origina dal fatto che il Fisco si configura a partire dal I secolo d. C. come un'entità distinta rispetto al *Populus Romanus* a causa della sua amministrazione da parte del Principe. In ogni modo Papiniano si riferisce anche alle *res in usu publico* come ad una categoria delle *res extra commercium* coincidente con il concetto attuale di bene di pubblico dominio o bene demaniale.

Un elenco delle cose che i giuristi classici considerano come *res publicae in publico usu* è di difficile attuazione; la ragione di tale imprecisione nella relazione delle stesse si deve al fatto che i testi giurisprudenziali che menzionano diversi tipi di *res publicae* non lo fanno con carattere esaustivo, bensì offrono un elenco variabile di cose che dipende dalla risposta offerta nel frammento e dalla questione problematica proposta all'attività del giurista.

Poiché la maggiore parte del contenuto delle opere dei giuristi è essenzialmente pragmatica e di natura problematica, nel senso che cercano di dare

la soluzione più equa alla fattispecie presentata, non è frequente trovare nel Digesto testi definitivi o classificatori. Per questo motivo, se analizzassimo i frammenti nei quali viene menzionata la categoria delle *res publicae*, ci troveremmo di fronte vari elenchi di cose, alcuni coincidenti ed altri complementari. Così, *ad exemplum*, Marciano in D. 1,8,4,1 (3 inst.) afferma che:

la maggior parte dei fiumi e dei porti sono pubblici.

Venuleio, nel I Libro delle sue *De Stipulationes*, contenuto in D. 45,1, 137, 6, dice che non si può svolgere una stipula su:

*res publicae quae publicis usibus in perpetuum relictæ sunt
un foro... od una cosa simile che sia dedicata in modo
permanente all'uso pubblico*

La stessa risposta viene riprodotta letteralmente in un brano di Paulo preso dal libro 72 dei Commenti all'Editto, contenuto in D. 45,1,83,5, quando afferma che:

*Non posso stipulare con efficacia... una cosa destinata in
modo permanente all'uso pubblico, come un foro...*

Infine, in un brano di Ulpiano contenuto in D. 43,8,2 (Ulp. 68 ed.), il giurista ed enciclopedista tardoclassico definisce le cose pubbliche come quelle che sono al servizio degli individui, intesi non come singoli, ma in qualità di beni di pubblico uso. Nel testo vengono enunciate numerose e diverse *res publicae* relative alle strade ed ai camminamenti pubblici, arrivando ad affermare che chiameremo strada pubblica quella il cui suolo sia pubblico, che sia stata tracciata all'interno di determinati limiti da chi aveva il diritto di dichiararla pubblica e che si possa andare e venire su di essa.

8.- Il contenuto delle *res communes omnium*.

Il primo aspetto che dobbiamo sottolineare è che questa categoria non è solamente enunciata nelle Istituzioni 2,1 pr., come abbiamo indicato, ma che inoltre è completata nel seguente brano per mezzo di un elenco espresso, e crediamo che sia anche esaustivo, di quelle cose concrete che devono essere comprese in questa categoria astratta. Così si afferma in Inst. 2,1,1:

*Et quidem naturali iure communia sunt omnium hæc: aer,
aqua profluens, et mare et per hoc litora maris.*

*E per diritto naturale sono, in verità, comuni a tutti le
seguenti cose: l'aria, l'acqua corrente ed il mare e, per lo stesso
motivo, le coste del mare.*

L'elenco citato viene preso praticamente letteralmente dallo stesso frammento sopra citato di Marciano, contenuto in D.1,8,2,1

Così sono comuni a tutti, per diritto naturale, l'aria, l'acqua corrente, il mare e con esso le sue coste.

Questo brano si inserisce nella sua opera principale, XVI *Libri Institutionum*, un trattato che in parte risponde alle caratteristiche di un'opera docente, ma che contemporaneamente contempla, su alcune questioni, dei commenti più profondi sul diritto vigente. Il suo stile chiaro, la sua acutezza e la sua perfetta sistematica fanno sì che questo trattato verrà in seguito molto utilizzato da Giustiniano al momento della composizione delle sue Istituzioni.

La maggioranza della dottrina romanistica che ha svolto la corrispondente esegesi di questo brano ha considerato che il suo contenuto non sia frutto di un'elaborazione giurisprudenziale che possa essere riscontrata in altri testi, né che sia la conseguenza di un'evoluzione nel pensiero dei giuristi. La dottrina dominante considera che tanto la creazione della categoria delle *res communes omnium* quanto la sua concretizzazione nelle quattro realtà materiali enunciate risponderebbero ad una creazione singolare dello stesso giurista, fortemente influenzato da concetti e categorie metagiuridiche.

In questo senso si deve ricordare che Elio Marciano è un giurisperito del III secolo d. C. dell'epoca severiana, dal contenuto delle cui risposte si può evincere un'importante cultura letterale e filosofica. È un giurista burocrate ed uno scrittore didattico. In molte delle sue opere troviamo precise citazioni di autori greci e latini di grande influenza ed irradiazione filosofico-culturale. *Ad exemplum*, nelle risposte di Marciano possiamo trovare riferimenti tanto ad Omero ed a Demostene, quanto a Cicerone ed a Virgilio. Per questo motivo si è considerato che, accanto ad una formazione giurisprudenziale, Marciano godette anche di una vasta formazione umanistica; le sue letture, ed ancor più la sua concezione giusfilosofica, lo avrebbero portato a considerare che determinate realtà fisiche si dovrebbero catalogare come di appartenenza generale a tutti gli uomini, senza che si potesse affermare alcuna titolarità su di esse.

Da questa concezione essenzialmente filosofica è evidente come, al momento di catalogare le cose che devono essere incluse nella categoria delle *res communes omnium*, in essa figurino gli elementi più indispensabili della vita stessa dell'uomo, tra cui spiccano l'aria e l'acqua. Marciano invoca inoltre il diritto naturale, conformemente a quella concezione stoica alla quale abbiamo fatto riferimento come causa del fatto che queste cose siano suscettibili di un libero e comune utilizzo da parte di tutti gli uomini, il che implica che si escluderà la possibilità che su di esse si possa ostentare una titolarità particolare.

9.- Postfazione

In conclusione, nonostante la categoria delle *res communes omnium* non fosse frequente nell'insieme della giurisprudenza classica, dobbiamo affermare che essa venne impiegata e godette di fortuna nell'era postclassica e che, a partire da questa, venne inclusa nella compilazione giustiniana. Per questa ragione, sebbene per i giurisperiti classici fossero le *res publicae* a corrispondere alla nostra attuale definizione di beni demaniali, si può anche affermare che, a partire dal diritto giustiniano, le *res communes omnium* si possono identificare con il concetto moderno di beni di pubblico dominio. In questo caso, la neve sarebbe una *res publicae* in epoca classica che, nel diritto giustiniano, sarebbe poi stata qualificata come *res communis*, ovvero appartenente alle *res communes omnium*. In ogni caso questa diversa denominazione terminologica non ha influito, in nessuna epoca, sul suo invariabile regime giuridico, in quanto la neve, come acqua congelata, non potrebbe essere in alcun momento oggetto di una titolarità privata che volesse essere esclusiva, e che pertanto impedisse il diritto da parte di tutti al suo utilizzo.

Nel diritto storico spagnolo, a partire dalle “Leggi di Partida” viene modificato il regime giuridico dell'acqua e ne viene permessa la patrimonializzazione, privandola della sua condizione di bene di pubblico dominio. Ciononostante, le stesse “Leggi di Partida” del Re Alfonso X il Saggio, che permettevano la privatizzazione dell'acqua dei fiumi, disponevano che da tale patrimonializzazione venivano escluse l'acqua piovana e certamente la neve che, in ogni caso, manteneva la condizione di cosa appartenente alle *res communes omnium*.

Compiendosi in modo inesorabile quest'eterno ritorno di Eraclito, in Spagna a partire da una Legge del 1866 viene recuperato il genuino senso romano: le acque vengono qualificate, siano esse superficiali, sotterranee, di fonte, dei fiumi o del mare, come *res publicae* o come una delle *res communes omnium*, in sostanza come un bene demaniale del quale noi tutti abbiamo diritto di godere. Godiamo quindi oggi a Bormio della neve e diamo nel nostro Forum quel diritto unitario che reclama e merita.

Concludo recitando le prime strofe di una bella poesia di Gabriela Mistral, una poetessa cilena, intitolato: ***Mentre scende la neve.***

***E' scesa la neva, divina creatura,
a conoscer la valle.
E' scesa la neve, sposa della stella.
Guardiamola cadere!***