

Marina Frunzio

Riflessioni sul valore delle cose

1. *La valeur des choses* di Yan Thomas: l'appropriabilità e la definizione delle *res* rapportate al momento della lite - 2. La visione tendente al superamento dell'individualismo della proprietà - 3. Verso uno statuto dei beni comuni

1. La valeur des choses di Yan Thomas: l'appropriabilità e la definizione delle res rapportate al momento della lite

A circa quattordici anni dall'apparizione del saggio di Yan Thomas, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*¹ le Sue pagine continuano a sollecitare riflessioni e interrogativi presso gli studiosi.

Ciò in parte risulta, almeno per il nostro paese, dovuto anche alla recente pubblicazione in lingua italiana de *Il valore delle cose*, edizione curata elegantemente da Michele Spanò e corredata dal saggio di Giorgio Agamben². L'opera, peraltro, contiene le tracce di una riflessione più profonda che avrebbe dovuto trovare sede nella monografia *Des choses qui ne sont à personne. La religion, le commerce et la république en droit romain*, interrotta per la sopraggiunta e precoce morte dell'Autore.

Lo sguardo di Thomas si ferma su diversi aspetti, tutti meritevoli di attente considerazioni. Innanzitutto, il rapporto tra la parola e il diritto³. Diritto che nella visione di Thomas trasforma, attraverso la definizione, la realtà sensibile. Un bene, dotato di per sé di una propria oggettiva essenza, viene

¹ In «Annales. Histoire, Sciences Sociales», LVII.6, novembre-décembre 2002, p. 1491 ss.

² Macerata, 2015 (Edizioni Quodlibet).

³ Sui diversi «stili» e «linguaggi» della legge, si possono leggere le articolate riflessioni di P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto: genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2013. Cfr., inoltre, E. STOLFI, *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore metodologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, in «AUPA», LIX, 2016, p. 211 ss.

grazie al diritto a subire una trasformazione, diviene disponibile o indisponibile, religioso, sacro, pubblico, privato. Questa capacità di generare realtà si nutre della finzione giuridica, in grado di creare una nuova realtà che identifica gli oggetti, li definisce secondo precisi statuti, li libera dalla loro appartenenza ad un universo in continuo cambiamento. Dunque, il diritto ha in sé la forza di ricreare, ma anche di porre termine al continuo fluire e modificarsi della vita umana⁴. Il continuo processo di astrazione cui sono sottoposti garantisce, tra l'altro, una sorta di loro «tipizzazione», favorendone la tutela: la tecnica, per eccellenza, di «denaturazione del mondo».

Lo sguardo sulle *res* allontana dall'uomo e in ciò, come si è rilevato, consiste un altro contributo esemplare dello studioso algerino: accostarsi al diritto romano secondo una visione concreta, non aprioristicamente «individualista». La *res* che non è come «Sache» o come «Gegenstand», ma «ta pragmata», secondo una qualificazione giuridica che avveniva in sede processuale⁵.

Quello su cui intendiamo soffermarci in questa sede più da vicino è l'analisi giuridica del valore delle *res*, provando a cogliere alcune delle tante suggestioni che la visione di Thomas lascia scorgere.

Un punto di partenza nella costruzione dell'Autore al riguardo è nella presa d'atto dell'uso di termini come '*pecunia*' e '*pretium*' per designare la stessa identità della cosa. Ancora Giustiniano nel 531 si richiamava all'autorità degli antichi giureconsulti per concludere che col termine '*pecunia*' ci si riferisse tanto ad una somma di denaro, quanto ad una qualsiasi altra cosa oggetto di promessa o di contratto⁶. Ma in concreto, la determinazione poi

⁴ In *Vitae necisque potestas, le père, la cité, la mort*, in «Du châtimeut dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde, Rome 9-11 novembre 1982», Paris-Rome, 1984, p. 544, Yan Thomas affermava: «La vita non è in nessun caso un concetto giuridico», parole con cui prendevano forma i confini della propria riflessione.

⁵ Le *res*, afferma THOMAS, *Il valore*, cit., p. 57, «è un errore prospettico considerarle, come si è fatto così spesso, dal punto di vista della fisica e della metafisica greca, poiché ciò impedisce di vedere come il loro regime dipendesse in realtà da una costituzione del loro valore». Sul pensiero dello studioso, *praecipue*, «Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales» (cur. P. Napoli), Rome, 2014, e in particolare D. MANTOVANI, *Le détour incontournable: le droit romain dans la réflexion de Yan Thomas*, p. 21 ss., e A. SCHIAVONE, *L'Italie de Yan*, p. 15 ss. Ancor più di recente, M. BRUTTI, *La costituzione giuridica delle cose (a proposito di Yan Thomas)*, in «Rivista critica del diritto privato», XXXIV.1, 2016, p. 9 ss., rileva (p. 10) come «il distacco dalla vita» evochi «l'idea kelseniana della finzione»: secondo il Kelsen infatti, le norme avrebbero «finto» i soggetti e la persona altro non sarebbe che l'espressione «dell'unità di doveri giuridici e diritti soggettivi»; parallelamente, osserva il Brutti, il Thomas «affronta la problematica delle *res*, fissate nel pensiero giuridico come astrazioni, al pari delle persone».

⁶ L'autore non cita la costituzione che tuttavia identifichiamo, per la nota importanza del suo contenuto, con C.I. 4.18.2.1b-1d (Iustinianus A. Iuliano pp. a. 531): '*Et neminem mo-*

dell'esatto valore del bene avveniva in una fase ulteriore, quella del contenzioso. E' qui infatti che la *res* viene stimata, che riceve una valutazione in termini economico-giuridici la quale tiene in conto tutta una serie di elementi che non si esauriscono nell'idea di controvalore o di valore rapportato ad una stima, precostituita, di mercato.

La prova di ciò viene limpidamente ricavata da Thomas attraverso la lettura di due notissimi brani su cui abbiamo, sommessamente, fermato di recente la nostra attenzione⁷.

Si tratta di

D. 50.16. 13.1-3 (Ulp. 7 *ad ed.*): Res 'abesse' videntur (ut Sabinus ait et Pedius probat) etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est : et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re. 'Desinere' autem 'abesse' res tunc videtur, cum sic redit in potestatem, ne amittere eius possessionem possimus. Ob hoc, quod furto pridem subtracta est, abest et ea res, quae in rebus humanis non est,

e di

D. 50.16.14.pr.-1 (Paul. 7 *ad ed.*): Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi aut tabula rasa pictura, videri rem 'abesse', quoniam earum rerum pretium non in substantia,

veat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res quae pondere numero mensura constitutae sunt. Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res quae expressa est in constituendis rebus ponatur, quia distat a nomine ipsius pecuniae? Sed ut et subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, tamquam fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiunt et huiusmodi vocabulum et in libris iuris auctorum et in alia antiqua prudentia manifestissime inventum est. Sulla costituzione, oggi, soprattutto, si veda M. VARVARO, *Sulla storia dell'editto de pecunia constituta*, in «Studi R. Martini», III, Milano, 2009, specialmente p. 845 ss. Il riferimento nel testo a libri *iuris auctorum*, in cui il termine 'pecunia' risulta non limitato esclusivamente al denaro, lascia pensare che vada posto strettamente in relazione con tre frammenti, non a caso escerpiti dal 'de verborum significatione', D. 50.16.5 pr. (Paul. 2 *ad ed.*: 'Rei' appellatio latior est quam 'pecuniae', quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significato ad ea referatur, quae in patrimonio sunt'), D. 50.16.178 pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*: 'Pecuniae' verbum non solum numeratam pecunia complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellationi contineri nemo est qui ambiget') e D. 50.16.122 (Hermog. 2 *iuris epit.*: 'Pecuniae' nomine non solo numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur'), sulla cui interpretazione cfr. VARVARO, *op. cit.*, p. 845 ss.

⁷ M. FRUNZIO, 'Absentia rei' e furtività, in «Juris Antiqui Historia», VIII, 2016, p. 145 ss., e, più di recente, *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino, 2017, p. 143 ss.

sed in arte sit positum. Item si dominus rem, quae furto sibi aberat, ignorans emerit, recte dicitur res abesse, etiam si postea id ita esse scierit, quia videtur res ei abesse, cui pretium abest. 'Res amisisse' videtur, qui adversus nullum eius persequendae actionem habet.

La dottrina si è occupata dei due passi sotto molteplici aspetti, soprattutto per la ricostruzione della disciplina della *tabula picta*, al fine di rinvenirvi spie di una nuova considerazione del lavoro artigianale e per una valutazione dell'elemento *pretium* a base delle soluzioni giurisprudenziali classiche⁸.

Abbiamo avuto già occasione di insistere sull'evidente nesso con la tematica della circolazione delle *res furtivae*, le quali sembrano, nonostante la loro non scontata distruzione, sparire dal mondo del diritto quando non siano più recuperabili da parte del proprietario (o quando, caso ancora più significativo, il *dominus* ne sia tornato in possesso tuttavia ignorando di acquistare proprio la sua cosa: D. 50.16.14)⁹.

Secondo la ricostruzione del Lenel, sarebbe esistito un editto del pretore secondo il quale, a proposito del *vadimonium*, ci si sarebbe dovuti impegnare a garantire l'esistenza della *res* oggetto del contenzioso. In particolare, l'editto farebbe riferimento alle ipotesi di assenza del bene che avrebbe potuto «mancare» (*abesse*) in seguito ad un furto, ad un incendio o per lo stesso trascorrere del tempo (*periturae tempore*). La *res*, pertanto, non doveva essere «assente» prima del giudizio¹⁰.

La sintesi, correttissima, del ragionamento giuridico di Thomas di fronte ai su riportati testi è racchiusa nelle seguenti parole: «se qui il valore è sostanza della *res*, ciò è perché, nel processo, la cosa oggetto di controversia deve risultare presente nel suo valore, a cui precisamente si riduce la posta in gioco della causa. E' necessario che questa identità di valutazione sussista per il tempo in cui le parti se ne fanno garanti, perché il giudice possa valutare la 'cosa' sulla quale si concentra l'azione, la 'cosa di cui si tratta' (*res de qua agitur*) e nessun'altra. Essa cessa se il suo prezzo nel corso dell'istanza cessa di

⁸) Cfr. G. MELILLO, 'Res abest', 'res interdidit', in «Studi C. Sanfilippo», II, Milano, 1982, p. 401 ss., ora in *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli, 2000, p. 115 ss. Cfr. inoltre, A. PLISECKA, *Tabula picta: aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Padova, 2011, specie p. 100 ss.. Per ulteriori indicazioni bibliografiche, ci permettiamo ancora di rinviare a FRUNZIO, 'Absentia rei', cit., p. 145 ss., e *Res furtivae*, cit., p. 143 ss.

⁹) Ci si riferisce, evidentemente, alla *reversio* in potestà, introdotta dalla *lex Atinia* del II sec. a.C., che dai giuristi classici non era intesa solo come recupero materiale dell'oggetto, ma anche come recupero giuridico, da parte del *dominus*, che fosse nelle condizioni di rivendicare l'oggetto o di riacquistarlo, dopo il furto, purché consapevolmente. Sul punto, FRUNZIO, 'Absentia rei', cit., p. 149 ss.

¹⁰) O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, p. 85.

essere lo stesso – per esempio, se viene rimpiazzato dal ‘prezzo di un lavoro’. Per il giudice – e per le parti che se ne erano fatte garanti – la ‘cosa’ per la quale si erano adite le vie legali diviene allora ‘assente’».

Yan Thomas è riuscito a cogliere nelle soluzioni casistiche dei due passi la loro vera e intima ragionevolezza, a prescindere dai diversi aspetti che possono ricevere un’isolata ed autonoma considerazione. La correlazione con l’editto del pretore in tema di *vadimonium* ne attesta infatti la loro aderenza ad una determinante visione «processualistica» del diritto giurisprudenziale in tema di attribuzione del valore delle *res*¹¹. Cosa che risulta poi chiaramente dimostrata, sebbene il Thomas non vi insista punto, dal paragrafo 1 di D. 50.16.14:

‘Res amissae’ videtur, qui adversus nullum eius persequendae actionem habet.

Si tratta di un paragrafo conclusivo del discorso precedente, nient’affatto slegato rispetto ad esso. ‘*Amittere rem*’ implica, se non sbagliamo, la perdita del bene quando a vario titolo se ne sia determinata l’*absentia* ai fini di una valutazione economico-giuridica e dunque non sia possibile esercitare l’azione reipersecutoria. D’altronde, il tenore di entrambi i brani viene ritagliato sulla posizione giuridica del proprietario che addirittura perde il suo bene nell’ipotesi tipica del furto e non può rivendicarlo, perché incapace ormai di rintracciarlo né di aver consapevolezza del suo recupero.

Al riguardo, riteniamo decisive alcune testimonianze che confermano l’impostazione di Thomas¹²:

D. 50.17.83 (Pap. 2 *def*): Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit.

Sembrerebbe, dal passo, doversi riconoscere un saldo legame tra la perdita del bene e la posizione del *dominus* dello stesso che perde la sua cosa nel momento in cui, per varie cause, non può più rivendicarla.

D. 50.17.208 (Paul. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*): Non potest videri desisse habere, qui numquam habuit.

D. 50.17.15 (Paul. 4 *ad Sab.*): Is, qui actionem habet ad rem recipendam, ipsam rem habere videtur.

¹¹) Sarebbe dunque questa la *ratio* sottesa alla garanzia prestata dalle parti per la buona conservazione della cosa, in modo che l’*aestimatio* in sede processuale si riferisse con precisione al valore del bene oggetto della lite quale si presentava al tempo di esperimento dell’azione.

¹²) Ce ne siamo occupati in ‘*Absentia rei*’, cit., p. 151 ss. e nt. 2.

Paolo afferma chiaramente l'equivalenza tra *'habere rem'* e *'habere actionem ad rem recipendam'*, verosimilmente in linea con il pensiero di Sabino (e Cassio) che in tema di furtività riteneva sufficiente per una valida *reversio in potestatem* anche la semplice possibilità astratta di esercitare la *rei vindicatio*¹³.

Appare altresì chiaramente come proprio in tema di esercizio delle azioni reipersecutorie e *in primis*, della *rei vindicatio*, l'impossibilità di ottenere una condanna in forma specifica riconduca il problema della stima del valore dei beni al momento processuale.

Va pure rilevato come, in D. 50.16.13.3, l'accostamento tra la *res* che *abest* e la sua fuoriuscita dall'ambito delle *res humanae*, induca a concludere nel senso che non esiste una perfetta coincidenza tra queste e le *res in commercio*¹⁴. Infatti, il caso della *res furtiva*, espressamente richiamato, dimostra che non si tratta di una cosa divenuta incommerciabile – la circolazione dei beni in seguito ad un furto non è impedita, impedito ne è l'acquisto della proprietà per usucapione –, ma la refurtiva non è più qualificabile in termini economico-giuridici, finché non si estingua il vizio della furtività. L'*absentia rei* rivela la fondatezza dell'analisi del Thomas quando insiste sulla forza del diritto nell'organizzare operazioni di «sottrazione», «eccezioni», «cattura giuridica delle cose»: la *res* giuridicamente intesa «non è una cosa, ma un'operazione che la qualifica e costituisce, includendola nel diritto attraverso un'esclusione»¹⁵.

L'importanza poi del diritto pretorio per «organizzare una patrimonial-

¹³ D. 50.16.215 (Paul. l.s. ad leg. Fuf. Canin.): *'Potestatis' verbo plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium. At cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinius et Cassius aiunt?*

¹⁴ La distinzione, poi, tra *res in commercio* e *res extra commercium* non appare neppure presente in modo sistematico all'interno delle fonti classiche. Sul punto, G. NICOSIA, *Institutiones. Profili di diritto romano*, Catania, 1999, p. 113, e M. GENOVESE, *Res e relative qualifiche in rapporto al commercium*, in «Studi G. Nicosia», IV, Milano, 2007, p. 87 ss. Ma se pure si voglia ammettere l'esistenza di una distinzione, sebbene prevalentemente – e non generalizzata – scolastica, oggi più che mai essa andrebbe ripensata, cosa che già aveva rilevato S. PUGLIATTI, *'Cosa'*, in «ED.», Milano, 1962, XI, p. 28.

¹⁵ Così sintetizza, efficacemente, G. AGAMBEN, *Tra il diritto e la vita*, in Y. THOMAS, *Il valore*, cit., p. 16. Osserva BRUTTI, *La costituzione giuridica delle cose*, cit., p. 15, che, in ordine allo scambio concettuale tra la cosa e la lite, non emerge la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales*. Ma è l'autore stesso ad interpretarne la mancanza: «Il problema che affronta (scil. Thomas) non è quello della derivazione dell'oggetto da un dato materiale o da una condizione giuridica. Ciò che conta è il momento in cui gli oggetti sono definiti ...».

lità intesa nel suo senso più astratto di valori disponibili»¹⁶ trova la sua massima espressione nell'ampiezza conferita al termine 'bona': così, ancora in tema di appartenenza dei beni, colui il quale avesse acquistato una *res mancipi* semplicemente *tradita*, aveva quella cosa 'in bonis' e l'aveva nella misura in cui la potesse proteggere con una rete di mezzi processuali efficaci. L'*exceptio rei venditae et traditae* prima, l'*actio Publiciana* poi, sono le prove con cui il diritto pretorio garantisce il rapporto di appartenenza e definisce gli stessi beni che dunque saranno *res in bonis*, sottratte a quell'ambito definito – quasi paradossalmente – di *res nullius in bonis*. Anche nella *Publiciana* la *res* deve esserci, affinché se ne possa determinare la sua valutazione in termini economici e restituirla così correttamente all'universo delle transazioni tra i privati.

L'eccezione che tutto conferma sta nella sottrazione al sistema di attribuzione del valore del bene attraverso il processo per le cose pubbliche e sacre¹⁷. La loro inestimabilità derivava dalla stessa appartenenza alla collettività, e la loro perdita non avrebbe potuto essere colmata da una quantificazione economica, ma dalla loro restituzione. Questa ci sembra la vera differenza tra le *res* su cui poi verranno ritagliati statuti più specifici: *res* che vengono valutate e *res* che non possono essere valutate, dunque *res privatae* ed altre *res* che mantengono una ineliminabile «ipseità»¹⁸. Si trattava per esse di condanne *in ipsam rem*, si potrebbe dire, sulla base di una esclusione voluta *ab antiquo*, dalla stessa città che «per fondare se stessa... [le]... aveva isolate dal mondo e dalle procedure giuridiche del valore».

Il processo così delineato di «socializzazione» dei beni ha costituito, oltretutto, un momento determinante per l'acuirsi della polemica verso le scienze sociali. All'interno delle *Annales*¹⁹ risuona il richiamo dello studioso all'im-

¹⁶) THOMAS, *Il valore*, cit., p. 75.

¹⁷) Scrive THOMAS, *Il valore*, cit., p. 22 s.: «L'affermarsi di questa vocazione principalmente patrimoniale delle *res* non si coglie infatti che per contrasto rispetto al regime di indisponibilità da cui esse sono eccezionalmente colpite tanto nel diritto sacro quanto nel diritto pubblico. Perché appaia esplicitamente la loro natura giuridica di cose valutabili, appropriabili e disponibili, è necessario che alcune tra esse siano state escluse dall'area dell'appropriazione e dello scambio, e quindi destinate agli dèi o alla città, secondo un modello di tesaurizzazione comune al mondo antico ma che ha trovato la propria espressione giuridica più tipica, e forse la propria stessa concettualizzazione, solo a Roma. E' allora che la giurisprudenza dell'epoca imperiale qualifica questi beni, secondo una formula paradossale e che non sempre è stata compresa, come 'cose appartenenti a un patrimonio che non appartiene a nessuno' (*res nullius in bonis*); è allora che essa le qualifica anche come 'cose la cui alienazione è vietata' o, secondo un'espressione più frequente, come 'cose delle quali non si dà commercio'».

¹⁸) Il termine è di THOMAS, *Il valore*, cit., p. 84.

¹⁹) Le *Annales* furono una rivista fondata nel 1929 da Marc Bloch e Lucien Febvre

portanza della storia giuridica, a lungo trascurata da molti autorevoli storici, protagonisti proprio delle *Annales*: «Se non si comprende che la storia del diritto partecipa a una storia delle tecniche e dei mezzi attraverso i quali si è prodotta la messa in forma astratta delle nostre società sfuggirà praticamente tutto della singolarità della storia e della specificità del suo oggetto». Inevitabile è intravedere il riferimento ad alcuni esponenti degli studi sociologici, come Émile Durckheim, per il quale all'interno della religione il diritto avrebbe trovato la sua fonte primaria.

Ma non si può escludere anche una reazione ad un'intera stagione delle *Annales* che specie sotto la guida di Fernand Braudel recuperava un potente dialogo con tutti i settori delle scienze dell'uomo, e cioè «la geografia, la sociologia, la demografia, l'economia, la statistica, l'etnologia, l'antropologia, la linguistica, la cosiddetta matematica sociale»²⁰, senza alcun riferimento al diritto²¹.

La spiegazione può certo essere vista in un consapevole rifiuto verso la fenomenologia giuridica che poteva apparire limitante per una ricostruzione che ambisse a sminuire la «storia evenemenziale» a favore degli eventi di lunga durata, come è ben noto fosse disegnata la visione storica braudeliana. Ma

col titolo di *Annales d'histoire économique et sociale*. Tra il 1939 e il 1944 le leggi di Vichy imposero che il nome di Bloch, ebreo, non fosse presente sulla copertina. Non di buon grado, lo studioso accettò ancora di collaborare con lo pseudonimo di Marc Fougères e la rivista mutava il suo titolo prima in *Annales d'histoire sociale* e poi in *Mélanges d'histoire sociale*, che mantenne fino al 1944, anno della morte di Bloch. Da allora la carica di condirettore accanto a Febvre fu assunta da F. Braudel e la rivista si chiamò *Annales. Economies-Sociétés-Civilisations*, fino al 1994 in cui divenne *Annales. Histoire et sciences sociales*.

²⁰) F. BRAUDEL, *Histoire et sciences sociales. La longue durée*, in «Annales E.S.C.», IV, 1958, p. 725 ss.

²¹) Di recente, al riguardo, in un intelligente articolo di M. BARBOT, *E se Fernand Braudel avesse dialogato anche col diritto? Immaginando un destino più 'istituzionale' per il pensiero braudeliano*, in «Fernand Braudel, tre conferenze sul metodo. Trentacinque anni dopo: un seminario di riflessioni» (cur. M. Cattini), *special issue of «Cheiron, special issue of aggiornamento storiografico»*, LX, 2013, p. 6, si rileva come «l'identificazione semantica delle istituzioni con le sole istituzioni politiche e la scarsa attenzione alla dimensione giuridica costituiscono due tratti condivisi da molti contemporanei di Braudel, la cui formazione ebbe luogo in una fase di forte diffidenza fra storici e giuristi. Arroccati gli uni nelle facoltà umanistiche, gli altri nelle facoltà di diritto, questi due tipi di *homo academicus* ebbero in effetti poche e difficili possibilità d'incontro (e men che meno d'intesa) su terreni comuni». Sul punto, inoltre: J.-L. HALPERIN, *L'Histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?*, in «Revue d'Histoire des Sciences Humaines», IV, 2001, p. 9 ss. Barbot ricorda pure che alla terza conferenza tenuta da Braudel al «DES», lo storico francese nel tentativo di approdare ad una nuova definizione di società come «insieme degli insiemi» si riferì esplicitamente all'«economia, la politica, le gerarchie sociali, la demografia, la cultura o civiltà», eliminando ogni accenno al diritto. Sulla visione braudeliana della società, F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV^e-XVIII^e siècle)*, Paris, 1967, specie tomo III (*Le temp du monde*), *passim*.

si tratta anche e soprattutto dell'esito di un difficile dialogo tra gli storici e gli storici del diritto²² al cui interno la lezione di Thomas non può non rappresentare un momento di svolta²³.

2. La visione tendente al superamento dell'individualismo della proprietà

Recuperare, da parte di Thomas, quella pagina dell'*Edictum perpetuum*, sovente trascurata dalla dottrina, in cui l'*absentia rei* per volontà del pretore è in aperta connessione col *vadimonium*, evidenzia lo sguardo analitico e scrupoloso dello studioso alle fonti della Compilazione. Ne rileva, altresì, i tratti salienti di una formazione di giurista tipicamente antievoluzionista. Il suo è, senz'altro, come efficacemente ribadito di recente da Emanuele Conte²⁴, uno dei tentativi più

²² Il difficile percorso è stato colto anche da parte della storiografia italiana che, se da un lato non ha mancato, specie la giusromanistica, di accogliere la lezione di una storia giuridica 'aperta' – basterebbe pensare agli studi di Francesco De Martino o di Feliciano Serrao che, non a caso utilizzò la stessa nota espressione di Braudel, «economia mondo» (*Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pisa, 1989, p. 5 e nt. 2, p. 229 ss.) – dall'altro forse non si è ancora interrogata a fondo sulle motivazioni culturali che ne sono state alla base. Con queste parole uno storico del calibro di Paolo Grossi, nel convegno di Firenze del 1985, da lui stesso organizzato, su «Storia sociale e dimensione giuridica», interveniva sulla questione: «Invano cercheremmo presso gli *Annalistes* uno spazio per il giuridico ... In Braudel si preferisce fare scarsissimi e sporadici cenni alla storia delle istituzioni, queste cortecce esterne del giuridico dove esso si fonde col politico e col sociale. Se il silenzio si rompe, è per segnare le distanze da una storiografia giuridica troppo avulsa dal reale, troppo spesso fonte di asservimento e di isterilimento per molte tradizioni storiografiche», quasi come se la storia del diritto finisse col coincidere «con uno stuolo di ricercatori *chartistes* dominati dal culto positivistico e formalistico del documento scritto, contabili della storia legati a forme, nomi, liturgie, dati senz'anima, quasi dei fabbricanti d'ombre, lontani da una storia fatta di carne e di mentalità come quella auspicata dai programmi rinnovatori di Febvre e di Bloch». Indubbiamente l'esimio storico italiano non negava la responsabilità dei giuristi «inclini a coltivare il loro appagamento con le briciole dell'esegesi, l'inevitabile formalismo, l'inevitabile isolamento», ma gli risultava comunque difficile comprendere «la diffidenza programmatica e generale per il giuridico, la sua espunzione dal novero delle scienze sociali, la sua condanna all'esorcismo più umiliante: quello del silenzio».

²³ Rilevava G. CRIFÒ, *Scuola delle Annales e storia del diritto: la situazione italiana*, in «Mélanges de l'École française de Rome», XCIII, 1981, p. 486: «L'approccio delle *Annales* a temi giuridici, come quelli della famiglia, della proprietà, del matrimonio, dell'amministrazione della giustizia, dell'organizzazione ecclesiastica, ecc., avutosi sia in saggi e discussioni sia, specie in anni più recenti, in occasione di recensioni a opere di storia giuridica – a parte l'oggettiva importanza dei materiali discussi e il recupero di testimonianze altrimenti trascurate – è un approccio di tipo sociologico».

²⁴ E. CONTE, *Storia per giuristi. Le discipline storiche nella formazione e nella cultura dei giu-*

riusciti di porre al fondamento della cultura giuridica occidentale il ragionamento giuridico all'interno del diritto romano, evitando di incorrere nella più diffusa inclinazione storico-comparatistica, avviata con forza dagli studi di Zimmermann. Il ragionamento giuridico, in altre parole, riceve la forza di porsi, per l'interprete moderno, come un valore di per sé, cogliere il quale rappresenta, oltre la comparazione, una delle più ardue e produttive sfide per il giurista.

Si pensi, in diverso modo, alla distinzione tra *res privatae* e *res* sottratte al commercio: la riflessione su beni che sono appropriabili pare rinviare ad una visione essenzialmente «contrattualistica», di beni che sono dei privati in quanto costoro ne possono disporre liberamente, scambiandoli, alienandoli. In questo senso, il valore delle cose altro non è se non la via per misurare i patrimoni, definire l'appartenenza, regolamentare i rapporti²⁵. Guardare agli atti di disposizione, che sono innanzitutto, atti a titolo oneroso su cui pare si concentri in modo precipuo l'attenzione della giurisprudenza: emblematiche, per un verso l'elaborazione di una teoria del giusto prezzo nella compravendita²⁶ e dall'altro, la problematicità della definizione di gratuità che attraversa trasversalmente tutta la storia del pensiero giuridico e filosofico europeo²⁷.

risti fuori d'Italia, in «Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive» (cur. I. Birocchi, M. Brutti), Torino, 2016, p. 233 ss. Scrive lo studioso, p. 235: «I comparatisti... sono interessati alle radici (roots), ai trapianti (transplants), ai fondamenti (foundations, Grundlage). Guardano l'albero che esiste e ne cercano la radice sotterranea per conoscerlo meglio; osservano una pianta nata in un territorio e ne cercano l'origine in un altro territorio; scendono nelle cantine di un edificio per conoscerne i fondamenti. Fuor di metafora: cercano nel passato l'origine di quello che esiste ancora oggi, pensando che ai giuristi interressi soltanto la prospettiva evolutivista che risale indietro a partire da ciò che osservano nell'attualità. Il lavoro di Yan Thomas, invece, si incuriosiva di elementi dimenticati, per ricostruire un mondo esotico, un 'dépayant', come diceva lui. Era esattamente in questo *dépayement* che si coglieva l'elemento peculiare della dimensione giuridica».

²⁵) Evidente risulta dall'impostazione del Thomas la conclusione per cui l'operazione di concettualizzazione della 'res' in termini di valore, che si attua attraverso il processo, ha soprattutto rilievo per la circolazione dei beni, dunque identifica la *res* in un preciso momento, che è quello dello scambio. Scrive così l'autore, *Il valore delle cose*, cit., p. 62: «Allorché il valore della *res* si determina attraverso un giudizio, ciò appare attraverso un procedimento diverso da quello del contratto (e, a fortiori, del mercato), ma altrettanto antico e in un certo senso altrettanto astratto». Soltanto le *res privatae* sarebbero possibili oggetti di appartenenza: D. 18.1.22 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *'Hanc legem venditionis 'si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil' supervacuum non esse. Sed ad modica loca pertinere, ceterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem'*.

²⁶) Per tutti, cfr. A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, soprattutto p. 271 s.

²⁷) Gratuità che viene identificata coi concetti di beneficio, di vantaggio, ma anche, talora, di modalità che si accompagna ad un atto senza uno scopo preciso e, come tale, potenzialmente arbitrario. Sul punto, C.M. MAZZONI, *Il dono è il dramma*, Milano, 2016, *passim*.

Ma la disciplina romanistica delle *res sacrae*²⁸ dischiude ulteriori orizzonti di riflessione. Queste ultime non appartengono alla categoria dei beni ceduti senza corrispettivo, ma a quella di beni incedibili, perché vincolati alla comunità che li ha eletti a simbolo della propria cultura. All'interno di questa dicotomia tra ciò che è appropriabile e ciò che non lo è, resta lo spazio per altre *res* che a mano a mano sono definite per la loro appartenenza e per la funzione che vanno a realizzare. *Res in publico usu*, ad esempio, che paiono coincidere con le nostre cose comuni, ebbero verisimilmente un riconoscimento già molto presto e poi furono fatte oggetto di specifica previsione da parte del pretore attraverso la tutela interdittale e con l'*actio iniuriarum aestimatoria*²⁹. L'esistenza di beni a disposizione della collettività rende meno stringente il binomio pubblico-privato e consente di riscrivere un nuovo statuto dei beni liberato dalla tradizionale gestione paternalistica delle risorse.

Oggi si assiste ad efficaci tentativi di superare, proprio attraverso uno studio razionale delle fonti, la visione individualistico-proprietaria del diritto romano, innescata soprattutto dal *Code Napoleon* del 1804 in cui il diritto di proprietà tendeva ad identificarsi con la cosa stessa³⁰. Visione che, oltre ad oscurare la verità storica, ha condizionato la storiografia in modo penetrante. Basterebbe pensare al «disagio» di Theodor Mommsen di fronte ad una sistematica delle cose comuni in diritto romano: «Benedette *res communes omnium*, che non hanno né capo né coda!»³¹.

²⁸) Per una visione organica della disciplina delle *res sacrae*, A. BUCCI, *La vicenda giuridica dei beni ecclesiastici della Chiesa*, Cerro al Volturno, 2012, p. 33 ss.

²⁹) A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni' in diritto romano*, Torino, 2013, p. 2 ss., sottolinea come, a differenza delle *res in patrimonio populi*, quelle *in usu publico* ebbero un incisivo riconoscimento attraverso la tutela riferita al *civis*, il quale assumeva, così, un ruolo attivo. Si pensi, all'interdetto *de locis publicis* (proibitorio), forse nato come interdetto popolare e poi scorporatosi in vari interdetti a tutela delle *viae publicae*.

³⁰) Al riguardo P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 7, ha ben chiarito come le scelte culturali all'interno del *Code* riflettano le prospettive della società del tempo che edifica sull'«avere» dell'individuo la propria essenza.

³¹) Th. MOMMSEN, *Sopra un'iscrizione scoperta in Frisia*, in «BIDR.», II, 1889, p. 13. Sul punto, cfr. A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, in «Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario Internazionale di Montepulciano, 14-17 giugno 2011» (cur. C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi), Trento, 2012, p. 593 ss. Osserva THOMAS, *Mommsen et l'isolierung du droit romain*, in «T. Mommsen, Droit public romain», Paris, 1984, p. 9 e nt. 36: «Ce que la plupart des historiens s'obstinent à meconnaître, 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 singuliers. Sous le prétexte qu'il est fallacieux d'interpréter les dogmes romains à l'aide de

L'indubbio problema che una categorizzazione di queste ultime ingenera per la non chiarezza delle fonti, la loro supposta emersione in epoca tarda, l'interpretazione non agevole del noto D. 1.8.2.pr.-1 tratto dal terzo libro delle *Institutiones* marcianee, hanno fatto a lungo discutere gli studiosi, circa la loro esatta configurazione e il loro rapporto con le *res publicae*³².

Tuttavia, di recente, seguendo un approccio di indagine nient'affatto dogmatico, il Maddalena³³ ha proposto una più che condivisibile interpreta-

dogmes contemporains, selon la methode romanistique traditionnelle, on en vient à oublier quel es dogmes ont une existence et une histoire, inscrite dans tres long durée».

³² D. 1.8.2.pr.-1 (Marc. 3 *inst.*): *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*'. Nella descrizione marcianea, dunque, le *res communes*, prodotto della riflessione giusnaturalistica, si differenzierebbero tanto dalle *res universitatis* che dalle *res nullius* e da quelle appartenenti ai singoli. La categoria, tuttavia, comprensiva dell'aria, dell'acqua corrente, del mare e dei lidi del mare, non trova riscontro in altre fonti classiche, dove, invece, spesso sono confuse con le *res publicae*. Ma ancora Marciano, va rilevato, afferma, D. 1.8.6.1 (Marc. 3 *inst.*): *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si alia sunt communia civitatum*', dimostrando consapevolezza circa il significato di *'universitas'*. Inoltre, vi è l'ingombrante dato per cui D. 1.8.2.pr.-1 risulta sostanzialmente ripreso nelle Istituzioni giustiniane (Iust. *inst.* 2.1 pr.), dove, tuttavia, sono annoverate pure le *res publicae*, mancanti nel testo marcianeo: *Quaedam enim naturali iure sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. Et quidam naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris*'. A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'*, cit., p. 2 ss., inquadrando la tutela delle *res in usu publico* come appannaggio dell'apparato imperiale, pensa che le *res communes omnium* sarebbero emerse come categoria distinta da quella delle *res publicae* quando la dicotomia pubblico-privato non sarebbe bastata più a contenere ciò che è comune. Allora, sostiene l'autore, «è necessaria una terza dimensione». Sul punto, cfr., A. DANI, *Il concetto giuridico di 'beni comuni' tra passato e presente*, in «Historia et ius», VI, 2014, specialmente p. 22 ss. Si veda pure, V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. 38 e nt. 37. Assai interessante si presenta la recente proposta di costruire una nozione giuridica dei beni comuni partendo proprio da una visione universalistica dei diritti, secondo un approccio giusnaturalista che individui «una cornice di principi» dalla natura del diritto: così, A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in «Espaço Jurídico», XII.2, 2011, p. 11 ss.

³³ P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in «Federalismi.it», XIV, 2012 (= «SDHI.», LXXIX, 2013), p. 1 ss., che ritiene particolarmente significativo anche Sen., *epist.* 102. 6 – *Quidam continua esse corpora, ut hominem, quaedam esse composita, ut navem, domum omnia denique, quorum diversae partes iunctura in unum coactae sunt, quaedam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. Illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure aut officio cohaerent, natura diducti et singuli sunt*, in cui l'unità del concetto di *'populus'* – non sarebbe tale da offuscare l'idea di *'cives'* come singoli individui appartenenti ad una collettività. Ma l'idea è chiaramente espressa già in Cic., *off.*, 1.52: *Una ex re satis praecipit, ut, quicquid sine detrimento commodari possit, id tribuatur vel ignoto. Ex quo sunt illa communia: non prohibere aqua profluente, pati ab igne*

zione delle *res in publico usu*, inquadrandole in un ampio orizzonte storico in cui *ab antiquo* la proprietà collettiva aveva ricevuto il suo riconoscimento giuridico e sociale. Il risalente rapporto tra l'uomo e la terra individuerebbe, infatti, l'individuo come appartenente alla comunità politica. Un rapporto che si era caratterizzato per una duplice dimensione, pubblica e privata, attraverso la separazione tra ciò che era *ager publicus* e ciò che veniva assegnato in proprietà, dunque definito³⁴.

La de-finizione, poi, implicava un processo di regolamentazione, '*finis*' equivalente a '*regula*', come, sulla scorta dell'intuizione schmittiana³⁵, oggi si ritorna ad insistere, il diritto che nasce all'interno del rapporto uomo-terra³⁶.

Dunque, almeno sotto il profilo concettuale, l'idea della proprietà collettiva potrebbe dirsi addirittura precedente a quella della proprietà individuale.

Sulla base di

D. 41.3.30.pr. (Pomp. 30 *ad Sab.*): ... Tria autem sunt genera corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ἑνωμένον vocatur, ut homo tignum lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημιμένον vocatur, ut aedificium navis armarium; tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex, rell.,

ignem capere, si qui velit, consilium fidele deliberanti dare, quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum'. Ancora Seneca, *benef.*, 7. 12, offre un importante indizio per la comprensione di ciò che è comune: '*Equestria omnium equitum Romanorum sunt: in illis tamen meus fit proprius locus, quem occupavi: hoc si cui cessi, quamvis illi communi re cesserim, tamen aliquid dedisse videor. Quaedam quorundam sub certa condicione sunt. Habeo in equestribus locum non ut vendam, non ut locem, non ut habitem, in hoc tantum, ut spectem; propterea non mentior si dico habere me in equestribus locum. Sed cum in theatrum veni, si plena sunt equestria, et iure habeo locum illic, quia sederi mihi liceat, et non habeo, quia ab his, cum quibus mihi ius loci commune est, occupatus est*'. A proposito del *ius commune* riconosciuto agli appartenenti al ceto equestre sui posti in teatro, il filosofo precisa che l'indubbio diritto a vantare un posto riservato tuttavia si presenta come condizionato dalla circostanza che esso non sia stato già occupato da chi pure ha un analogo diritto, trattandosi di un '*ius loci commune*'.

³⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, '*Ager publicus*' e '*ager privatus*' dall'età arcaica al compromesso patrizio-plebeo, in «Estudios J. Iglesias», II, Madrid, 1988, p. 647, a proposito dell'*ager compascuus*, probabile espressione di terra indivisa, si è espresso in termini di «una vera e propria comunità di villaggio». Cfr., inoltre, ID., *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas Romana'*, Roma, 2000, p. 185 ss.

³⁵ K. SCHMITT, *Der nomos der Erde in Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, I, Berlin, 1950, trad. it. – *Il nomos della terra* –, Milano, 1991, p. 24.

³⁶ U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, 2007, *passim*.

e di

D. 3.5.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*): Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent, ...

si potrebbe ritenere che la giurisprudenza romana percepì chiaramente «la differenza che corre tra la proprietà privata e la proprietà comune o collettiva. La prima comporta un potere pieno ed esclusivo del soggetto sull'oggetto. La seconda si fonda sul concetto di 'appartenenza', che non esprime il significato di dominio, ma implica una sorta di interscambio tra soggetto ed oggetto³⁷, per cui la cosa offre al soggetto la sua utilità d'uso, ed il soggetto è tenuto a conservare la cosa nel suo stato naturale, in modo che possa essere utilizzata anche dalle future generazioni»³⁸.

Rilievo non indifferente sembrerebbe allora doversi riconoscere al criterio dell'«appropriabilità» dei beni, al cui interno le *res*, seguendo la visione di Thomas, troverebbero la loro sistemazione, in termini di valore, nel momento della lite giudiziaria. La riflessione circa la titolarità del bene condizionerebbe, evidenziandone la destinazione al tipo di uso, la stessa disciplina della tutela, incentrata sul *civis* titolare dell'uso o sul privato. Conclusione, d'altronde, del tutto coerente con la ormai comprovata esistenza, già in età repubblicana, di una dimensione «popolare» che non si esaurisce nel concetto di ciò che è *publicus* in contrapposizione a ciò che è *privatum* e che si risolve in una serie di mezzi processuali la cui legittimazione attiva è, appunto, 'popolare'³⁹.

³⁷) Cfr. THOMAS, *Res, choses et patrimoine (Note sur le rapport sujet-object en droit romain)*, in «Archives de Philosophie du Droit», XXV, 1980, p. 413 ss.

³⁸) P. MADDALENA, *I beni*, cit., p. 12. Interessante si presenta, sotto questo ultimo profilo, la ben nota distinzione gaiana (*inst.* 1.8), «*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*», da cui Paolo Maddalena ricava che «il riferimento alle *personae*, cioè agli uomini ed alle *res*, cioè alle cose, non coincideva affatto con il riferimento al soggetto ed all'oggetto, con la conseguenza che, in riferimento ai rapporti giuridici, le *personae* e le *res* potevano indistintamente essere considerate, o soggetto, o oggetto del rapporto stesso». La spiegazione dell'Autore permetterebbe di chiarire «l'elasticità» con cui i romani intesero, ad esempio, la posizione dello schiavo, rispettivamente come oggetto all'interno dei rapporti dominicali e come soggetto nel compimento degli atti negoziali. Cfr., inoltre, DANI, *Il concetto*, cit., p. 22 ss.

³⁹) Estremamente importanti le conclusioni che dalla lettura de *Il valore delle cose* trae il BRUTTI, *La costituzione giuridica delle cose*, cit., p. 19 s., secondo il quale la visione delineata dallo studioso algerino si accorderebbe perfettamente con l'analisi di C. MARX, quando quest'ultimo (*Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie*. Band III, 20, Berlin, 1949 – trad. ital. *Il Capitale* –, Roma, 1974, p. 387 ss.), lascia intuire la problematicità del valore di scambio «riferito a cose nella cui valutazione sociale è ancora prevalente l'apprezzamento del valore d'uso». Osserva lo studioso, p. 20: «Le pagine marxiane pongono in evidenza

3. Verso uno statuto dei beni comuni

L'approccio storico delineato permette, al di là di una mera prospettiva comparatistica, di comprendere la logica al fondo della nostra tradizione giuridica, recuperata la quale il dibattito su alcune tendenze attuali pare felicemente rianodarsi al passato ed in questo rinvenire importanti matrici di ragionevolezza. Pensiamo proprio ai termini della discussione che oggi coinvolge gli studiosi di diritto positivo su di un possibile statuto giuridico dei beni comuni.

Un recente tentativo propone, per i suddetti beni, la seguente tassonomia⁴⁰: 1) le risorse materiali come l'acqua e l'ambiente, il patrimonio culturale ed artistico del Paese e via di seguito; 2) le risorse immateriali – la conoscen-

una certa problematicità del valore di scambio, riferito a cose nella cui valutazione sociale è ancora prevalente l'apprezzamento del valore d'uso. Delineano intorno al rapporto tra i due termini le condizioni di uno sviluppo del capitale commerciale. I momenti più lontani dalle forme moderne sono quelli in cui prevale il valore d'uso e lo scambio è visto solo come origine di un accrescimento del danaro impiegato, dalla quantità necessaria per l'acquisto a quella ricavata dalla vendita». A. ATORINO, *rec.* a Y. Thomas, *Il valore delle cose*, cit., in «Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto», VI, 2016, p. 297, rileva come nell'opera dello studioso algerino «tanti ... ancora i punti da affrontare, come per esempio la messa a sistema delle *res nullius in bonis*, categoria annunciata come uno dei perni della trattazione ma di fatto solo elencata e non giustificata dalla nuova chiave di lettura proposta; del tutto insufficiente, anzi mancante, la catena dei riferimenti alle fonti, come assente è un vero confronto con la dottrina». Rilievo che lo stesso Autore ha cura di spiegare nelle sue motivazioni: «Tale saggio non va interpretato come la ricerca di una chiave epistemologica unica, capace da sola di organizzare i principi primi dei sistemi ordinamentali. Una siffatta lettura non renderebbe giustizia alla figura dello studioso ... da sempre in lotta contro le teorie antropogenetiche e dogmatizzanti. Il contesto in cui nasce tale lavoro spinge piuttosto a pensare che ci si trovi di fronte al primo passo della costruzione di una teoria scientifica ancora al suo stato embrionale, dove l'idea o, per meglio dire, l'ipotesi suggerita dagli studi, viene messa alla prova dei fatti, tentando così di vagliare la propria solidità quale base di un sistema equilibrato e completo». In realtà, forse più che ad un primo tentativo di una costruzione di cui Thomas intendeva con *Il valore* misurare la solidità, penseremmo, con una qualche cautela, ad un'esposizione sintetica, un unico fluire di un pensiero composito e già maturo, la cui completezza espositiva (e raffinatezza del dettaglio), come abbiamo rilevato in apertura, si sarebbe dovuta raggiungere poi, in un lavoro monografico di ben più ampie dimensioni.

⁴⁰) Riportiamo, quasi alla lettera, le parole di M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni oltre il pubblico e il privato*, in «UniNomade 2.0», 2012, p. 1 ss. Della stessa autrice, tra gli altri, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, *passim*, EAD., 'La funzione sociale oltre la proprietà', in «Rivista critica del diritto privato», IV, 2013, p. 551 ss., ed EAD., *Bene comune e beni comuni: le ragioni di una contrapposizione*, in *Genealogie del presente. Lessico politico per tempi interessanti* (cur. F. Zappino, L. Coccoli, M. Tabacchini), Milano, 2014, p. 25 ss.

za e le sue applicazioni, le creazioni artistiche, i saperi tradizionali e le culture popolari, le informazioni genetiche – oggi interessate da un imponente fenomeno di «recinzione» (*the second enclosure movement*), attraverso le varie forme di proprietà intellettuale (diritto d'autore, brevetto, e così via) che ne consentono l'appropriazione esclusiva, e di converso rivendicate come risultato della produzione collettiva; 3) lo spazio urbano, bene comune per eccellenza in quanto «cosa umana per eccellenza» prodotto della cooperazione sociale, spazio nel quale l'andamento delle nostre vite si definisce, oggetto di uno spossessamento frutto della *partnership* fra pubblico e privati e fonte di disgregazione sociale, di costruzione di identità svantaggiate, di distruzione di spazi di democrazia; 4) infine, le istituzioni erogatrici di servizi pubblici finalizzati alla realizzazione di diritti fondamentali come l'istruzione e la salute: dunque università, scuola, sanità, e così via, comprensive dei diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione.

La necessità di conferire un'autonomia giuridica e, innanzitutto, concettuale alla categoria dei «commons» prende vita dall'osservazione della realtà odierna, in cui sempre più spesso si assiste a tentativi anche da parte dei singoli di «appropriarsi» di ciò che è sentito come «comune»⁴¹, fino alle grandi proprietà collettive diffuse in Europa e in Asia⁴².

Di fronte al proliferare di simili comportamenti volti a riconoscere la gestione di beni, a prescindere dalla loro titolarità attuale, come spettanti alla collettività che ne deve usare per il bene comune, emerge l'idea di un concetto di proprietà che si pone «oltre» il pubblico ed il privato. Ed invoca

⁴¹) Notissimo il caso dell'occupazione del teatro Valle a Roma, su cui, AA.VV., *Teatro Valle Occupato. La rivolta culturale dei beni comuni*, «DeriveApprodi», 2012, *passim*, ed il tentativo di renderlo una fondazione di diritto privato. Interessantissima si presenta poi la recente sentenza della Corte Suprema, n. 3665 del 2011 relativa ad una valle di pesca della laguna di Venezia. La Corte ha rigettato l'istanza della società ittica con cui se ne sosteneva la proprietà, dichiarando trattarsi di un bene finalizzato alla realizzazione di diritti fondamentali, quali quello della tutela dell'ambiente costituzionalmente protetto, secondo il dettato dell' art. 9 della Costituzione italiana.

⁴²) Al riguardo, si segnalano in questa sede i pregevoli contributi contenuti in «I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana» (cur. L. Garofalo), Napoli, 2016, e soprattutto, per la particolare aderenza ai temi che stiamo trattando, assai significativi quelli di B. BISCOTTI, *Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni*, p. 1 ss., P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, p. 85 ss., M. FALCON, *'Res communes omnium'. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana*, p. 107 ss., A. RAMON, *L'appartenenza e la gestione delle 'res sacrae' in età classica*, p. 249 ss., A. MILAZZO, *La configurazione e l'evoluzione della distinzione tra 'res in commercio' e 'res extra commercium'*, p. 373 ss., B. CORTESE, *L'estinzione della proprietà: limiti in funzione dell'utilitas pubblica*, p. 405 ss., P. ZILLOTTO, *Pubbliche vie e tutela interdittale*, p. 693 ss. e C. BUZZACCHI, *Pubblico e privato: l'esistenza di schemi ibridi nell'uso comune dell'acqua in età imperiale*, p. 743 ss.

quell'ampiezza di contenuti che aveva già indotto, nel 1954, il Pugliatti, a parlare «delle proprietà», piuttosto che «della proprietà»⁴³.

Nelle recenti proposte si fa strada la trasformazione del *dominus* da soggetto individuale a soggetto universale, collettivo. La prospettiva universalista, tuttavia, come cautamente si avverte, andrebbe mitigata da un processo di positivizzazione del diritto naturale, di oggettivizzazione di alcuni valori che si radicano in principii, nel diritto pubblico internazionale e nelle singole Costituzioni. «Occorre, in sostanza, definire un processo di integrazione costituzionalista di determinati valori; di un processo politico di oggettivizzazione di valori che attenua l'assolutismo escludente ed antipluralista del pensiero giusnaturalista ortodosso o anche dello stesso storicismo. Il modello, intorno al quale si riflette, intende configurare un *continuum* tra valori, principi, decisione politica, regola giuridica, effettività e partecipazione. Rispetto al mondo conosciuto, rispetto all'universale, occorre impegnarsi al fine di realizzare una struttura di norme e valori generali; l'impegno e lo sforzo intellettuale deve essere quello di procedere con metodo democratico verso la prescrittività dell'universale, che evidentemente nel suo percorso di oggettivizzazione assume i connotati di quello che potremmo definire diritto naturale laico»⁴⁴.

La lezione del Thomas, oggi particolarmente presente, sta soprattutto in questa necessità, innanzitutto storica, di «denaturalizzazione» dei dogmi che hanno offuscato la concretezza e la ragionevolezza della tradizione giuridica romanistica. *In primis*, quello della proprietà privata, la cui rivisitazione in chiave dinamica e concreta è un'esigenza che prima ancora che dallo storico più accorto, proviene dalla società stessa⁴⁵.

Nella teorizzazione di uno statuto dei beni comuni infatti, il problema maggiore sta proprio non tanto «nella sua distanza dalla proprietà privata individuale, quanto nella naturalizzazione di questa; cioè nel confronto con ciò che è divenuto un paradigma imprescindibile e necessario, fino ad essere prospettata come unica forma giuridica delle relazioni tra cose e persone, un'istituzione appunto naturalizzata, oltre la dimensione della sua storicità»⁴⁶.

⁴³ *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, specie p. 159 ss.

⁴⁴ A. LUCARELLI, *Note*, cit., p. 17.

⁴⁵ Il debito di molti giuristi, antichisti, filosofi verso il pensiero di Yan Thomas è grande. Pensiamo, uno per tutti, all'importanza che lo studio sul valore delle cose ha avuto sulla filosofia di Giorgio Agamben, l'intuizione secondo la quale sarebbe all'interno dell'uso che si costituisce la cosa, l'uso che genera, istituisce ciò che è comune a tutti (si veda, specialmente, G. AGAMBEN, *L'uso dei corpi*, Vicenza, 2014, *passim*).

⁴⁶ MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, cit., p. 3 ss. Cfr. pure S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, specie p. 33 ss., e R. BONINI, *La proprietà, il*

'terribile diritto'. Eguaglianza degli uomini e distribuzione dei beni nel Settecento illuminista, Padova, 1994, specie p. 95 ss. Da ultimo, A. LUCARELLI, *Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, in «Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online», giugno 2016, p. 1 ss. Un'impostazione che tende al superamento della titolarità, preferendo il criterio della finalizzazione alla realizzazione di diritti fondamentali è alla base dei lavori della Commissione Rodotà. La quale, incaricata di riscrivere il Capo II del Titolo I, libro III del codice civile del 1942, ha individuato i beni comuni in quelli che, al di là della loro appartenenza pubblica o privata, si caratterizzano per un vincolo di subordinazione, in quanto funzionali alla realizzazione dei diritti fondamentali. Nel disegno di Legge Delega, consegnato nel 2008, la Commissione, nel prevedere un'autonoma categoria dei beni comuni, distinti sia da quelli pubblici che privati, ha definito i primi in questi termini: «categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato».