

Fondazione Bruno Kessler

Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento
Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient

Contributi/Beiträge 25

I lettori che desiderano informarsi
sui libri e sull'insieme delle attività
della Società editrice il Mulino
possono consultare il sito Internet:
www.mulino.it

Gli inizi del diritto pubblico, 3

Verso la costruzione del diritto pubblico
tra medioevo e modernità

Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3

Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts
zwischen Mittelalter und Moderne

a cura di/hrsg. von

Gerhard Dilcher - Diego Quaglioni

Società editrice il Mulino
Bologna

Duncker & Humblot
Berlin

FBK - Istituto storico italo-germanico in collaborazione con il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento

III Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico «Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità / Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne»

Trento, 15-19 settembre 2009

Gli INIZI

del diritto pubblico, 3 : verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità
= Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3 : Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne / a cura di = hrsg. von Gerhard Dilcher, Diego Quaglioni - Bologna : Il mulino ; Berlin : Duncker & Humblot, 2011. - 858 p. : ill. ; 24 cm. - (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi ; 25 = Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge ; 25)

Atti del III Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico tenuto a Trento dal 15 al 19 settembre 2009. - Nell'occh. : Fondazione Bruno Kessler.

ISBN 978-88-15-23432-2 - ISBN 978-3-428-13705-3

1. Diritto pubblico - Sec. XV-XIX - Congressi - Trento - 2009 I. Dilcher, Gerhard II. Quaglioni, Diego III. Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico, 3., Trento, 2009

342.009 (DDC 22.ed.)

Composizione e impaginazione: FBK - Editoria

Scheda bibliografica: FBK- Biblioteca

ISBN 978-88-15-23432-2

ISBN 978-3-428-13705-3

Copyright © 2011 by Società editrice il Mulino, Bologna. In Kommission bei Duncker & Humblot, Berlin. Tutti i diritti sono riservati. Il file può essere utilizzato unicamente ad uso privato e personale, nei termini previsti dalla legge che tutela il diritto d'autore e non può essere caricato in siti internet.

Sommario / Inhalt

Einführung, von <i>Gerhard Dilcher</i>	p.	9
Introduzione, di <i>Diego Quaglioni</i>		17
I. I FONDAMENTI: DAL BASSO MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA / GRUNDLAGEN: VOM SPÄTMITTELALTER ZUR NEUZEIT		
1. <i>La Chiesa / Die Kirche</i>		
Papst – Konzil – Kardinalskollegium. Das Ringen um die oberste Gewalt in der Kirche im 15. und 16. Jahrhundert, von <i>Hans-Jürgen Becker</i>		27
Résumé		54
Foro della coscienza e foro esterno nel pensiero giuridico della prima età moderna, di <i>Giovanni Minnucci</i>		55
Résumé		82
2. <i>L'Impero / Das Reich</i>		
Die Rechtsgrundlagen von Königtum und Herrschaft in der Gegenüberstellung von «Sachsenspiegel» und «Buch'scher Glosse», von <i>Bernd Kannowski</i>		89
Résumé		109
Das Römisch-deutsche Reich in der Kanonistik. Die Wahrnehmung seiner Verfassung im Spätmittelalter, von <i>Jürgen Miethke</i>		111
Résumé		146
3. <i>Territori e città / Territorien und Städte</i>		
Das Herrschaftsverständnis deutscher Fürsten im späten Mittelalter, von <i>Dietmar Willoweit</i>		151
Résumé		169

Progetti di riforma istituzionale: Milano nell'età di Luigi XII, di <i>Claudia Storti</i>	p.	171
Résumé		194
«Plenitudo potestatis» und Delegation. Die höhere und die höchste Gewalt in Rechtsgutachten vornehmlich für deutsche Städte in Spätmittelalter und früher Neuzeit, von <i>Eberhard Isenmann</i>		197
Résumé		239
4. <i>Giudizio e processo / Gericht und Prozess</i>		
«Periculis obviare et scandala remove». Note sul processo medioevale tra diritto e potere, di <i>Cecilia Natalini</i>		245
Résumé		272
Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt – eine Skizze, von <i>Peter Oestmann</i>		275
Résumé		308
II. VERSO NUOVI ORDINAMENTI / AUF DEM WEGE ZU NEUEN ORDNUNGEN		
1. <i>Mutamenti fondamentali nella teoria e nella prassi / Wandlungen der Grundlagen in Theorie und Praxis</i>		
«Princeps imago Dei»? Il problema della sovranità nell'orizzonte della secolarizzazione, di <i>Pietro Costa</i>		315
Résumé		344
Zum Einfluss der Konfessionalisierung auf das Ius publicum des Reichs, von <i>Martin Heckel</i>		347
Résumé		376
«Contrarium ego assero». Althusius vs. Gentili nella «Politica methodice digesta», di <i>Angela De Benedictis</i>		379
Résumé		396
Jean Tavard – der vergessene «Staatsdenker». «Iurisdictio» und «Imperium» im juristischen Diskurs der französischen Renaissance, von <i>Andreas Karg</i>		399
Résumé		422

Il diritto pubblico nel rinnovamento della tradizione dottrinale. Il «De Iurisdictione» di Scipione Gentili (1601), di <i>Lucia Bianchin</i>	p.	425
Résumé		445
Die Bedeutung der «guten Policey» und vormodernen Ordnungsgesetzgebung für die Ausformung des öffentlichen Rechts im späten Mittelalter und in der Frühen Neuzeit, von <i>Karl Härter</i>		449
Résumé		479
Dal contratto al dono: la normazione parlamentare in Sicilia fra XV e XVI secolo, di <i>Beatrice Pasciuta</i>		483
Résumé		500
2. <i>Problemi dottrinali tra diritto pubblico e privato / Probleme zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Rechtswissenschaft</i>		
La dottrina feudistica italiana fra tradizione medievale e modernità, di <i>Christian Zendri</i>		505
Résumé		532
Ius commune in der Reichspublizistik der frühen Neuzeit, von <i>Susanne Lepsius</i>		533
Résumé		563
Potere pubblico e libera concorrenza. Il valore dell'«utilitas publica» nel «crimen monopolii» e nel «monopolium principis» in un «consilium» di Andrea Alciato, di <i>Fulvio Mancuso</i>		565
Résumé		594
Tra «pubblico» e «privato»: i principi giuridici sulla gestione dei beni comuni e un «consilium» cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi, di <i>Alessandro Dani</i>		599
Résumé		635
«Res publica» e «utilitas privatorum»: il problema della responsabilità della comunità nella letteratura consulente (secc. XV-XVI), di <i>Giuliano Marchetto</i>		639
Résumé		658

III. L'AFFERMAZIONE DI UN NUOVO ORDINE DEL «IUS PUBLICUM» / DIE ETABLIERUNG DER NEUEN ORDNUNG DES «IUS PUBLICUM»	
«Dominium», «iurisdictio», «imperium». Gli elementi non- moderni della modernità giuridica, di <i>Diego Quaglioni</i>	p. 663
Résumé	678
Alle origini della grande dicotomia: «Le droit public» di Jean Domat, di <i>Bernardo Sordi</i>	679
Résumé	694
Reichsgrundgesetze als Verfassung im System des Ius publicum, von <i>Heinz Mohnhaupt</i>	697
Résumé	723
Kaiserliche und ständische Positionen im Ius publicum des Reiches, von <i>Dieter Wyduckel</i>	725
Résumé	741
Una sensibilità nuova per il «ius inter gentes»: la riflessione di Genovesi, di <i>Italo Birocchi</i>	743
Résumé	766
Die Begründung des öffentlichen Rechts in der Naturrechts- theorie des 17. und 18. Jahrhunderts, von <i>Jan Schröder</i>	769
Résumé	791
IV. LO SPECCHIO DEL XIX SECOLO / DER SPIEGEL DES 19. JAHRHUNDERTS	
Staatsbegriff und Korporationsbildung zwischen privatem und öffentlichem Recht im Spiegel der Genossenschaftstheorie Otto von Gierkes, von <i>Gerhard Dilcher</i>	797
Résumé	824
Tavola rotonda / Ergebnisse im Rückblick, <i>Martin Heckel,</i> <i>Filippo Liotta, Pierangelo Schiera, Dietmar Willoweit, Diego</i> <i>Quaglioni, Gerhard Dilcher</i>	827

Tra «pubblico» e «privato»: i princìpi giuridici sulla gestione dei beni comuni e un «consilium» cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi

di *Alessandro Dani*

1. *Premessa*

I beni comuni¹ costituiscono una delle più tipiche espressioni della dimensione comunitaria pre-moderna, il cui modello si colloca un po' in mezzo alle nostre categorie del «pubblico» e del «privato», invece, com'è noto, privilegiate dal diritto romano giustiniano prima (pensiamo al rilievo, nella sua disciplina, dell'organizzazione imperiale da un lato e della proprietà privata dall'altro) e dal diritto dello Stato liberal-borghese poi².

La dimensione comunitaria pre-moderna presenta ai nostri occhi caratteri sia pubblici che privati: ma essi, calati in un modello antropologico peculiare³, assumono valenze assai diverse da quelle che noi attribuiamo

¹ Nella confusione terminologica che regna in materia, si sente il bisogno di precisare che con tale locuzione indicheremo qui i beni di comunità destinati alla fruizione collettiva degli appartenenti alla comunità stessa. Si tratta di quelle risorse naturali (come boschi, pascoli etc.) generalmente indicate come di proprietà collettiva o di uso civico, adoperando questi termini in senso lato, per comprendere situazioni giuridicamente anche assai diverse tra loro.

² Paolo Grossi, riferendosi alle proprietà collettive alpine, ha scritto che «è sterile ed assurdo domandarsi se esse appartengano all'una o all'altra dimensione [*scil.* pubblica o privata]», perché queste «si mescolano in modo indistricabile». Cfr. P. GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale*, in «Rivista di diritto agrario», 76, 1997, 3, pp. 268-269.

³ Sul quale, anche per indicazioni bibliografiche, cfr. il recente contributo di C. POVOLO, *La piccola comunità e le sue consuetudini*, in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, 2 voll., Soveria Mannelli (Catanzaro) 2008, II, pp. 591-642. Dal punto di vista antropologico, come scrive l'Autore, «elemento determinante della vita di una comunità era, ed è, infatti, quel reticolo comune costituito di interrelazioni sociali e familiari che faceva sì che dimensione individuale e dimensione collettiva si fondessero in un *unicum* che costituiva la base unitaria della stessa comunità. Questo *unicum* era fondato sulla rete di conoscenze che annodava costantemente il passato al presente, che poneva ogni individuo in stretta relazione con gli altri membri della

allo Stato e agli Enti pubblici da un lato e ai soggetti privati dall'altro⁴. La comunità conosce, protegge, aiuta, organizza, vigila, giudica, punisce o perdona per ristabilire la pace: ma queste attività, riferite ad una cerchia relativamente ristretta di persone, finiscono per assumere un carattere diretto, comunicativo, rapido, personale, che ne fa un'esperienza tipica: al di fuori della famiglia, è la prima spontanea, naturale, manifestazione del 'pubblico' (la marsiliana «prima *communitas vocata vicus*»)⁵, un 'pubblico' primitivo se si vuole, imperfetto, ma allo stesso tempo – si potrebbe pure osservare – ancora ignaro dell'avvilimento burocratico e dell'oppressione anonima dei grandi apparati. Edoardo Ruffini sottolineava giustamente, già nell'esperienza medievale, la sostanziale differenza delle assemblee dei Comuni rurali o comunque minori, in cui poteva udirsi la voce di tutti, dalla folla che si riuniva nella *concio* (o *arengo*) delle città maggiori, che non poteva che limitarsi ad acclamare o rumoreggiare⁶.

Comunità dunque come categoria al di là dei moderni/romani concetti di pubblico e privato: di qui anche la difficoltà a tradurre nella grammatica giuridica attuale quelle situazioni, come le Regole alpine, che del mondo comunitario pre-moderno sono figlie legittime. Così il decreto legislativo 1104 del 1948 dichiarò il carattere pubblico delle Regole, mentre la legge 97 del 1994 ne ha riconosciuto la personalità giuridica di diritto

comunità ...» (p. 594). A Ferdinand Tönnies si deve una delle prime analisi del concetto di comunità (*Gemeinschaft*, contrapposto a quello di *Gesellschaft*, cioè di società), anche sulla scorta degli studi di H.S. Maine e O. Gierke. Il sociologo indicò nell'immediatezza, nell'autenticità, in una storia ed una cultura condivise, e dunque tendenzialmente in un patrimonio di valori comuni, la cifra della dimensione comunitaria: cfr. F. TÖNNIES, *Comunità e società* (1887), Milano 1963, pp. 45-46, 51-81. Da allora, com'è noto, una folta schiera di filosofi, antropologi, politologi dei più diversi orientamenti si sono confrontati con l'idea di comunità, anche come «risposta al terremoto sociale provocato dalla modernizzazione»; V. PAZE, *Il comunitarismo*, Roma - Bari 2004, p. 81. Sul concetto di comunità cfr. anche N. ROULAND, *Antropologia giuridica* (Giuristi stranieri di oggi, 13), Milano 1992, pp. 197-199.

⁴ Ricondurre l'organizzazione dei Comuni soggetti ad una città dominante, principe o signore, teoricamente privi di *iurisdictio*, ad un ambito puramente privatistico, come pure la dottrina spesso ha cercato di fare (a partire dallo stesso Bartolo: cfr. L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari 2001, p. 24), non rende a mio avviso giustizia della concreta esperienza istituzionale (quantomai eterogenea) testimoniata dalle fonti storiche ed appare per certi versi come una forzatura: si considerino i poteri coercitivi, normativi, fiscali, la stessa struttura organizzativa comunale che, nei centri appena un po' più consistenti, tende a ripetere in piccolo quella delle città 'sovrane'.

⁵ MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis*, I, 3, 4.

⁶ E. RUFFINI, *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna 1977, p. 227.

privato⁷. Non trovando altri termini, si riferisce ad esse un carattere di cosiddetta «parademanialità». E, significativamente, i più delicati problemi giuridici sono posti oggi soprattutto dalla conflittuale interazione dei vari soggetti pubblici/privati presenti sul territorio con diversi ambiti di competenza (pensiamo alla pianificazione urbanistica), che danno luogo a sovrapposizioni e confusioni sconosciute all'esperienza pre-moderna⁸. Forse la storia giuridica, pur cercando di rispondere a quesiti essenzialmente storico-giuridici, può portare un contributo anche al dibattito scientifico su questi temi tra i giuristi positivi.

La dottrina di diritto comune elaborò, in tema di gestione dei beni comunitari di utilizzo collettivo, una serie di regole volte alla loro tutela, delineando per essi uno «statuto giuridico» diverso da quello degli altri beni comunali. Come al solito i giuristi costruirono tali regole muovendo dal diritto romano, necessaria base legislativa di partenza, ed estendendo *rationes* ricavate dal *Corpus iuris civilis* di Giustiniano a situazioni da questo non disciplinate⁹. La stessa qualificazione giuridica dei diritti sui beni comuni passò attraverso il «filtro culturale» romanistico, ovvero situazioni frutto di consuetudini diffuse nel mondo rurale, estranee alla tradizione giustiniana, furono lette alla luce delle categorie e dei concetti

⁷ Sia permesso, in proposito, rinviare a quanto detto nella recensione al volume di E. TOMASELLA, *Aspetti pubblicistici del regime dei beni regolieri*, in «Rassegna di diritto civile», 3-4, 2001, pp. 887-892.

⁸ Come già detto nella recensione appena citata, le sovrapposizioni e gli attriti che oggi esistono tra Regole e Comuni possono meglio comprendersi nella considerazione che entrambe queste istituzioni condividono storicamente una medesima matrice nell'esperienza comunale-comunitaria medievale, da intendere correttamente nel senso più ampio, comprensivo cioè, oltre che dei Comuni cittadini, di Comuni rurali e castrensi, Vicinie, Ville, Comunelli e simili: tutte forme organizzative territoriali che trapassano, impercettibilmente e senza nette cesure, dai più piccoli ambiti quasi-familiari a quelli più ampi e complessi, nella sicura assenza di un modello unico di Comune. Da tale medesimo punto di partenza, le Regole sembrano essersi trasformate chiudendosi e 'privatizzandosi' ed i Comuni moderni allargandosi, burocratizzandosi e facendosi sempre più 'enti pubblici': ciò fino a determinare quella macroscopica differenza che oggi è dato osservare. Ma nel tardo medioevo le cose stavano diversamente e basta confrontare una carta di Regola con un coevo statuto di un Comune rurale sufficientemente vitale (ovvero non soffocato da qualche prepotere cittadino o signorile) per scoprire che le similitudini superano di gran lunga le differenze.

⁹ Questo, com'è noto, accadde regolarmente, specie dal Trecento, con «l'uso strumentale di quel *Corpus iuris* per sistemare la prassi»: cfr. E. CORTESE, *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del diritto comune*, in M.G. DI RENZO VILLATA (ed), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del convegno, Napoli 2003, p. 343.

giuridici romani (ad esempio come servitù o come beni pubblici con speciale destinazione), categorie che in un certo senso duttilmente, ma talora problematicamente, si piegarono a comprendere forme sostanzialmente aliene.

Insomma, tutta la disciplina dei beni comuni può essere vista come l'incontro di logiche giuridiche diverse¹⁰, come l'esito di una mediazione tra differenti culture, e per questo presenta un carattere complesso e poliedrico: non a caso, dal medioevo sino ad oggi, si è prestata a diverse ipotesi ricostruttive. Tali connessioni tra più sfere giuridiche mostrano l'opportunità di guardare al fenomeno non soltanto da un'angolazione puramente formalistica, ma anche da quella dell'esperienza giuridica nel suo complesso, fatta anche di pratiche quotidiane, mentalità popolari e modalità peculiari di percezione della giustizia. E certamente la concreta esperienza giuridica che si può cogliere dalla documentazione locale (come statuti, deliberazioni consiliari, atti giudiziari) può schiudere orizzonti interessanti. Se si considera anzi il ruolo assai rilevante che gli *iura propria*, i diritti particolari (scritti e consuetudinari), continuarono a svolgere nel sistema di diritto comune per tutto l'Antico Regime, al pari delle istituzioni locali entro gli Stati territoriali coevi, si dovrà riconoscere che la valutazione di questa documentazione costituisce un raccomandabile criterio metodologico ed un antidoto a letture affette da quei rigidi dogmatismi che vogliono applicare «verità assolute» ad ogni situazione, senza tener conto delle peculiarità dei diversi contesti storici.

Il compito che si prospetta per una consapevole ed affidabile ricostruzione storico-giuridica della gestione dei beni comuni non può pertanto che essere gravoso, poiché si tratta di esaminare un'ampia congerie di documenti locali con sguardo comparativo, ma tenendo, al contempo, necessariamente presente la dottrina di diritto comune, che influenzava costantemente gli *iura propria* dal loro momento genetico a quello applicativo, fornendo oltretutto – e soprattutto – la chiave di lettura e la cornice culturale complessiva entro cui ogni diritto locale era chiamato a vivere.

Nella vasta letteratura consulente sul tema della gestione dei beni comuni il *consilium* di Giovanni Pietro Sordi da Casale († 1598)¹¹ del tardo

¹⁰ Norbert Rouland, in un'ampia ottica antropologico-giuridica, vede nella reinterpretazione delle consuetudini «il modo più sottile di accomodamento di logiche diverse» che coesistono e sottolinea comunque il pericolo che i contenuti consuetudinari stessi finiscano per essere sostanzialmente modificati. Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 338.

¹¹ G.P. SORDI, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis 1584, cons. 65, cc. 184v-186v. Il Sordi acquisì notevole fama, oltre che per la raccolta di *consilia* testé citata (distribuita in quattro

Cinquecento che ci apprestiamo a seguire ebbe buona fortuna e larga circolazione: lo si è, ad esempio, potuto spesso incontrare richiamato nella giurisprudenza fino al Settecento inoltrato. Tra i suoi motivi di interesse v'è quello di condensare in modo chiaro i principi-cardine dell'amministrazione dei beni comuni ormai consolidatisi nella dottrina tre-cinquecentesca, soprattutto attraverso l'attività di *interpretatio* della compilazione giustiniana (*Codex* ed ultimo libro del *Digesto* in primo luogo)¹².

2. Le circostanze del «*consilium*»

Una deliberazione del Consiglio della Comunità di Livorno Piemonte (oggi Livorno Ferraris, nel Vercellese) aveva proibito di far pascolare le pecore nei pascoli pubblici comunali e nei fondi privati incolti, eliminando così un rilevante uso civico sin'allora costantemente esercitato dalla popolazione locale. Nonostante la regolare approvazione della deliberazione da parte della competente magistratura superiore, molti cittadini del luogo protestarono sostenendo l'antigiuridicità della deliberazione e chiedendo dunque la sua abrogazione¹³.

tomì e pubblicata più volte tra fine Cinquecento e primo Seicento), per una raccolta di decisioni del Senato di Mantova, di cui fu membro per dieci anni (*Decisiones S. Mantuani Senatus*, Venetiis 1597, poi riedita varie volte a Piacenza, Francoforte, Milano, Lione, Torino e Genova tra il 1598 ed il 1669), ed un *Tractatus de alimentis*, Venetiis 1594. Come osservano il Genta ed il Lupano, Giovanni Pietro Sordi (che sembra non abbia mai insegnato in sedi universitarie) fu soprattutto un grande consiliatore, avendo lasciato circa 567 pareri, resi a favore di ogni categoria sociale, tra cui anche molti esponenti di spicco della nobiltà monferrina e mantovana ed enti ecclesiastici. Nel 1598 (anno della sua morte) ricoprì il prestigioso incarico di ambasciatore del duca Vincenzo Gonzaga presso la Santa Sede. Incerta invece rimane la data di nascita, ipotizzata da Genta e Lupano tra il 1544 e il 1548. Iniziò ad esercitare la professione forense a Casale, dove fu anche avvocato fiscale presso il Capitano di Giustizia dal 1576 al 1598, nonché componente del Senato locale, di cui fu nominato presidente nel 1595. Per altre notizie biografiche e relative ad un momento di particolare rilievo della sua attività consulente cfr. E. GENTA - A. LUPANO, *Giovanni Pietro Sordi e il suo consilium sull'eredità del Ducato di Veragua*, in P. CANEPA - G. CASARTELLI COLOMBO DI CUCCARO - G. RIBALDONE (edd), *Atti del Congresso internazionale colombiano «Cristoforo Colombo, il Piemonte e la scoperta del Venezuela»*, Cuccaro Monferrato 2001, pp. 161-170 (ulteriore bibliografia alle pp. 161-166). Sordi è indicato come uno dei maggiori esperti in materia di alimenti di età moderna da G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti*, I, Torino 1972, p. 149.

¹² Anche in questo caso la letteratura consulente si conferma come «il vero ponte tra la scienza e la prassi», come nota D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima Età moderna*, Bologna 2004, p. 115.

¹³ «*Consilium loci Liburni statuit, ne quis in futurum audeat pecudes depasci facere in pascuis publicis, viis publicis, et praedijs zerbidis, sub gravibus poenis, et fuit statutum*

Il Sordi ci informa anche che i reclamanti erano «quampures ex ditioribus illius loci», e dunque la situazione lascia intravedere un contrasto di interessi all'interno della piccola comunità piemontese tra una maggioranza consiliare, che verosimilmente mirava a liberare la proprietà terriera privata¹⁴ dalle consistenti limitazioni dovute al pascolo collettivo ed una parte della cittadinanza invece interessata al mantenimento dell'uso civico, composta anche da persone agiate, probabilmente proprietarie di numeroso bestiame e che non esitarono a rivolgersi ad un giurista di spicco come il Sordi per tutelare le loro ragioni. Da quel poco che è dato sapere dal parere sulla situazione alla base della controversia, si può immaginare una conflittualità analoga a quella di cui si ha notizia in molte comunità di età moderna, che spesso non vedeva semplicemente contrapposti poveri da una parte e ricchi dall'altra, ma soggetti di diversa estrazione sociale portatori di contrastanti interessi nello sfruttamento delle locali risorse naturali¹⁵. Si tratta, com'è ovvio, di dinamiche socio-economiche sottese alla lite che qui non possiamo approfondire, essendoci proposti unicamente di individuare gli argomenti giuridici salienti che emergono dal parere. Allo stesso modo lasciamo necessariamente in ombra l'esito della controversia, ovvero le fortune e le «vicende terrene» del parere, di cui esso non ci informa e che richiederebbero indagini ulteriori su altri tipi di fonti.

3. I principi giuridici generali sulla gestione dei beni comuni

Vediamo allora quali sono i principi enunciati nel *consilium*. Anzitutto si afferma quello, veramente generale e pacifico, sia in dottrina che nelle

illud confirmatum ab excell. Senatu. Reclamant autem quampures ex ditioribus illius loci, quare videndum est, an iure subsistat constitutio illa», G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 1, c. 184vb.

¹⁴ «In loco autem Liburni consuetum est, quod quicumque habebant armenta uel pecudes, ea mittebant in pascua communia, quin et hiemali tempore in prata priuatorum», *ibidem*, n. 22, c. 186rb.

¹⁵ Il fenomeno è già ben noto alla storiografia: cfr. ad esempio M. BLOCH, *I caratteri originali della storia rurale francese* (1931), Torino 1973, p. 238; M. CAFFIERO, *Solidarietà e conflitti. Il sistema agrario consuetudinario tra Comunità rurale e potere centrale (Lazio, XVIII-XIX secolo)*, in «Mélanges de l'École Française de Rome. Moyen Age - Temps modernes», 100, 1988, 1, pp. 376-377; M. MONTORZI, *Giustizia in contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna*, Firenze 1997, pp. 162-163; N. VIVIER, *Propriété collective et identité communale. Les Biens Communaux en France. 1750-1914* (Histoire de la France aux XIXe et XXe siècles, 46), Paris 1998, pp. 54, 58 e 293-295; da ultimo A. DANI, *Usi civici nello Stato di Siena di età medicea* (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 7), Bologna 2003, pp. 350-377.

prassi ovunque seguite, che le Comunità possono deliberare su quello che concerne l'amministrazione dei loro beni¹⁶, tramite il proprio Consiglio: «Consilium legitime congregatum idem potest, quam totus populus, et videtur per omnes fieri, quod facit consilium, uel eius maior pars», scrive il Sordi¹⁷. Il fatto che presso molti Comuni esistessero più Consigli – spesso uno Generale più ampio, ed uno Speciale, più ristretto – non avrebbe reso superflua una specificazione, ma sembra da intendere che il riferimento fosse comunque al Consiglio più ampio della Comunità (che nei Comuni minori era frequentemente dei capifamiglia), al quale sappiamo che venivano riservati gli affari più importanti che riguardavano tutta la collettività¹⁸.

Certamente dunque la regola generale indirizza verso la competenza del Consiglio, e questo in via ordinaria si può legittimamente esprimere con il principio maggioritario: «maior pars quod facit, omnes videntur facere». Principio che, ricordiamo, del resto il diritto giustiniano già contemplava proprio riguardo le deliberazioni delle curie municipali, come nel frammento di Scevola inserito nel titolo *Ad municipalem et de incolis* del *Digesto*¹⁹. Ma nei casi in cui vi siano diritti dei singoli sul

¹⁶ Ed in tal senso si citano il Digesto e Bartolo: «Universitas vero in his, quae concernunt bonorum suorum administrationem habet facultatem statuendi l. 1 et l. ambitiosa ff. de decret[is] ab ord[in]e facien[dis] [rispettivamente, *Dig.* 50.9.1 e *Dig.* 50.9.4], Bart. in l. omnes populi, ff. de iust[iti]a et iur[e] [BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti Veteris partem*, Venetiis 1575, c. 9va]; G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 2, c. 184vb. Numerose le voci dottrinali in sintonia: ad esempio il Cravetta, in un parere del 1535, affermava: «unaqueque universitas circa administrationem rerum suarum liberam habet potestatem licet talis universitas iurisdictionem non habeat, ideo videmus quod potest universitas habens superiorem facere statuta super rebus suis aut super administratione rerum suarum sine licentia superioris». E questo secondo l'insegnamento di Bartolo e della dottrina sul frammento *Omnes populi* del Digesto [*Dig.* 1.1.9]; A. CRAVETTA, *Consiliorum pars prima et secunda* (1543), Venetiis 1566, cons. 238, pp. 51-52, n. 1. Il principio si trova fedelmente ribadito, nel Seicento, da esperti della materia come NICCOLÒ LOSA, *Tractatus de iure universitatum* (1601), Lugduni 1627, pars 3, cap. 15, pp. 210-211, nn. 1-3 e pars 3, cap. 1, pp. 127-128, n. 9; A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis, et de iure pascenti, cum notis Comitum Vincentii Bondeni*, (1632), Parmae 1698, cap. 12, nn. 1-3, pp. 45-46.

¹⁷ G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 3, c. 185ra.

¹⁸ Occorre nondimeno precisare che le prassi comunali presentano un'accentuata eterogeneità, dovuta a vari fattori locali di tipo sociale, economico, politico. In altri termini, esse si mostrano piuttosto riottose ad essere ordinatamente inquadrare nei principi enunciati dalla dottrina.

¹⁹ Cfr. *Dig.* 50.1.19: «Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur ac si omnes egerint». Ma cfr. anche, nello stesso libro, il frammento in *Dig.* 50.17.160. Già lì dunque, si introduce quella *factio* che sarà poi costantemente accolta dai giuristi medievali.

bene gestito, com'è per i pascoli di Livorno Ferraris, che «sunt omnibus communia»²⁰, il principio maggioritario non vale più e si passa a quello dell'unanimità²¹, ovvero del *consensus omnium*, conformemente ad un'opinione generalmente accolta in dottrina²².

Vi sono infatti due tipi di beni comunali, ritenevano i giuristi ancora sulla scorta del diritto romano, il quale distingueva *res in patrimonio* (o *in pecunia*) e *res in usu populi*²³. La prima specie comprendeva i beni che oggi diremmo «patrimoniali», di regola gestiti contrattualmente dal Comune con finalità lucrative; la seconda includeva invece i beni di uso civico o comunque lasciati al godimento della comunità locale. Si tratta peraltro, si potrebbe aggiungere, di una distinzione nella pratica dai confini spesso piuttosto tenui, sia per il passaggio dei beni da una categoria all'altra, sia per l'alternanza periodica o la simultanea coesistenza

²⁰ Sul senso dell'affermazione che i *pascua sunt omnibus communia* il giurista casalese torna più avanti, precisando quanto segue: «Quod pascua quo ad usum spectent ad cives et incolas, licet quoad proprietatem et dominium sint universitatis, probatur expresse ex communi omnium opinione quae habet, quod illi de universitate non possunt esse testes pro ipsa universitate, quando tractatur de pascuis, quia tunc dicuntur testimonium dicere in causa propria, ex quo utilitas pascuorum ad eos singulariter spectat uti singulos, et non ut universos. Ideo sicuti in causa propria non recipiuntur, ita nec in causa universitatis, cuius commodum est ipsorum testium proprium»; G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 7, c. 185rb. L'inammissibilità come testimoni dei comunisti in cause riguardanti i beni comuni da essi goduti era generalmente ritenuta in dottrina. La regola è stata tuttavia variamente intesa dalla storiografia: per alcuni sarebbe stata indice di un *dominium* (ancorché non pieno) in capo ai comunisti distinto dalla proprietà comunale, altri hanno decisamente contestato tale lettura, come U. PETRONIO, *La proprietà del bosco e delle sue utilità*, in S. CAVACIOCCHI (ed), *L'uomo e la foresta, secc. XIII-XVIII. Atti della ventisettesima settimana di studi, 8-13 maggio 1995* (Istituto Internazionale di Storia economica «F. Datini» di Prato, Serie II, Atti delle «Settimane di Studi» e altri Convegni, 27), Firenze 1996, pp. 430-432.

²¹ Adoperiamo qui il termine in senso lato, per indicare il consenso collettivo, e non nel senso più preciso e circoscritto dell'*unanimitas* canonica, di cui diremo tra poco.

²² Cfr. quanto diremo *infra*, § 5.

²³ Ad esempio il Lagunez, sulla scorta delle tradizionali letture del frammento *Bona civitatis* del titolo *De verborum significatione* del Digesto [Dig. 50.16.15], chiarisce che i beni delle Comunità sono di due generi: «quaedam sunt in ipsius universitatis peculio ... ut sunt praedia, molendina et similia, quae ut qualibet privatorum bona per oppida privativa habentur. Alia vero, quae omnibus illius oppidi ubi sunt communia reputantur, in nullius tamen dominio, sed vere publica quoad usum et commoditatem: ut sunt viae publicae, plateae, theatrum, fontes, pascua publica et similia»; M. LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus* (1686), Lugduni 1702, cap. 28, n. 236, p. 374. Similmente J. CANCER, *Variarum resolutionum iuris caesarei, pontificii et municipalis Principatus Cathalauniae pars tertia*, Lugduni 1683, cap. 17, p. 305, n. 199: «Universitas potest possidere duplicis generis bona, una destinata ad publicum usum, alia ad redditum proprium universitatis».

di gestione patrimoniale e, pur limitato, utilizzo collettivo, come è dato osservare non di rado per le bandite di pascolo, ma anche per i boschi o per la pesca.

A parte ciò, è comunque fuori discussione che i beni di uso civico non possano essere gestiti semplicemente con il principio maggioritario, ma in questi casi deve invece essere applicata la regola del *Quod omnes tangit* ... Afferma infatti il Sordi:

«quod tunc factum a maiori parte omnibus praeiudicat, quando tractatur de re, quae ad omnes spectat in uniuerso. Sed quando omnes ut singuli interesse praetendunt, omnium consensus requiritur, quia, quod omnes tangit ab omnibus debet approbari, capitulo quod omnes de regul[is] iur[is] in 6²⁴, Iaso. in d. l. iurisdictionum, § fin. num. 6, ff. de pact[is]²⁵. Ideoque si tractatur de re, quae ad omnes ut singulos pertinet, non sufficiat consensus maioris partis, sed singuli quoque intervenire et consentire debent, ut est glos. in l. 2 C. quae sit long[a] consuet[udo]²⁶, quia maior pars capituli non potest disponere de rebus singulorum»²⁷.

²⁴ VI. 5.12.29.

²⁵ GIASON DEL MAINO, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis 1589, c. 153vb.

²⁶ Gl. *Aut legem ad Cod.* 8.52(53).2.

²⁷ G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 17, c. 185vb. Continua il parere: «Pascua autem, de quibus agimus, licet ratione dominij et proprietatis spectent ad uniuersitatem, tamen quo ad usum et commoditatem sunt singulorum, quin unusquisque de populo consuevit hactenus suas pecudes et armenta ad depascendum immittere, quo casu res uidetur singulorum propria propter utilitatem, quam singuli de loco percipiunt, ut dictum est supra ... Ergo non possunt illi soli de consilio et multominus eorum pars maior in singulorum praeiudicium statuere, ut fecerunt. Et hoc sentit Ias. d. cons. 71, col. 2, versi. nec isto casu, uol. 3 [GIASON DEL MAINO, *Consilia*, III, Lugduni 1534, cons. 71], ubi dicit in casu suo non esse necessariam congregationem capitum domorum, quia tractatur de rebus, quae ad omnes spectabant ut uniuersos. Innuat ergo, quod si ad omnes uti singulos pertinuissent, omnium consensus fuisset necessarius. Et quamuis ipse loquatur in pascuis et nemoribus, et concludat nihilominus ea ad omnes in uniuerso pertinere, tamen potest eius dictum locum habere, quando uniuersitas consueuisset ea locare, uel a depascentibus certum quid exigere, eo enim casu non attenditur utilitas particularium, quia potius agitur de publica utilitate, cum in publicos usus commoditas illorum uersatur. Sed ubi consueuerunt singuli in pascuis publicis gratis animalia sua pascenda tenere, et ex nemoribus ligna capere, tunc utilitas similium rerum dicitur ad singulos spectare, ut per Alex. in consi. 68, num. 18, uol. 2 [ALESSANDRO TARTAGNI, *Liber secundus consiliorum seu responsorum*, Lugduni 1549, cons. 68], et in consil. 99, nu. 7, uol. 5, [ALESSANDRO TARTAGNI, *Liber quintus consiliorum* ..., cons. 99, n. 7] ubi refert, quod homines de uniuersitate non desinunt esse integri testes pro uniuersitate, quando agitur de pascuis, et nemoribus, ex quibus ipsi commodum non possunt percipere nisi soluant certum quid, quia tunc agitur de re, quae tam ratione utilitatis, quam etiam proprietatis, ad omnes spectat in uniuerso. Et in terminis nostris hanc sententiam probauit Cagno. in d. l. 2 in prin. in uersi. fin. nu. 45 de origin[e] iur[is] [Dig. 1.2.2] [G. CAGNOLO, *Repetitiones ad rubricas et leges Digesti de*

Come si vede, si cita come fonte del principio la XXIX *regula iuris* del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII (1298)²⁸, che recita appunto: «Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari»²⁹. E su questo importante aspetto dobbiamo soffermarci per qualche considerazione.

origine iuris ...], ubi dicit quod maior pars decurionum non potest statuere circa nemora et pascua, ad quae pro libito, quilibet de populo consueverat accedere, sed congregari debent capita domorum, atque omnes eo modo consentire, alias non sustinetur dispositio, quam maior pars decurionum faceret»; *ibidem*, nn. 18-19, c. 186ra.

²⁸ Le *regulae iuris* del *Liber Sextus*, com'è noto, furono formulate dall'insigne civilista Dino del Mugello e costituiscono un titolo «sostanzialmente civilistico», innaturalmente inserito nella compilazione bonifaciana secondo E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma 1995, p. 370. La *regula* in esame mostra tuttavia, come vedremo appresso, una derivazione civilistica formale ed un più sostanziale inserimento nella tradizione canonistica. Sui caratteri giuridici del *Liber Sextus* cfr. il recente contributo di F. LIOTTA, *Tra compilazione e codificazione. L'opera legislativa di Gregorio IX e Bonifacio VIII*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, 2 voll., Bologna 2007, II, pp. 21-39.

²⁹ Sul principio del *Quod omnes tangit* vi è una non esigua bibliografia: ricordiamo i contributi di P.S. LEICHT, *Un principio politico medievale*, in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano 1943, pp. 138-141; A. MARONGIU, *Il principio fondamentale della democrazia nel XIII secolo*, in «Paideia», 1.5, 1946, pp. 257-262, e, dello stesso autore, si veda *Il principio della democrazia e del consenso (quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet) nel XIV secolo*, in «Studia Gratiana», 8, 1962, pp. 553-575 e *Il parlamento in Italia nel Medio Evo e nell'Età Moderna. Contributo alla storia delle istituzioni parlamentari dell'Europa occidentale*, Milano 1962, pp. 34-46; G. POST, *A Romano-Canonical Maxim, «Quod omnes tangit»*, in *Bracton*, in «Traditio», 4, 1946, pp. 197-251; Y. CONGAR, *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet*, in «Revue historique de droit français et étranger», 36, 1958, pp. 210-259, poi riprodotto in *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, London 1982, III; P. GROSSI, *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in «Annali di storia del diritto», 2, 1958, pp. 251-256; P. MICHAUD-QUANTIN, «Universitas». *Expressions du mouvement communautaire dans le moyen âge latin*, Paris 1970; E. RUFFINI, *La ragione dei più*, cit., pp. 44-56, 310-315; G. ERMINI, *Il principio «quod omnes tangit etc.» nello Stato della Chiesa del Seicento (secondo il pensiero di G. Battista De Luca)*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 49, 1976, pp. 279-300; A. CAMPITELLI, «Plures ut singuli, plures ut universi»: *alle origini del principio maggioritario*, in A. CIANI - G. DIURNI (edd), *Esercizio del potere e prassi della consultazione*, Atti del colloquio, Roma 1991 («Utrumque ius». *Collectio Pontificiae Universitatis Lateranensis*, 21), pp. 55-68. Sulla lunga fortuna in campo ecclesiastico della formula, infine approdata alla codificazione canonica cfr. O. GIACCHI, *La regola «quod omnes tangit» nel diritto canonico (can. 101, § I, n. 2, C.J.C.)*, in *Studi in onore di Vincenzo del Giudice*, I, Milano 1953, pp. 341-372. Tale contributo di Orio Giacchi si riferisce ovviamente al primo Codice di diritto canonico del 1917; nel Codice di diritto canonico del 1983 la regola è stata recepita nel can. 119, terzo alinea. La codificazione ha inserito una piccola specificazione: «quod autem omnes uti singuli tangit, ab omnibus approbari debet». Sul tema cfr. A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche sulla regola «quod omnes tangit» e la «persona ficta»*, in «Il diritto ecclesiastico», 3, 1999, pp. 645-679.

La formula non nasce con il *Liber Sextus*: già aveva fatto sporadicamente la sua comparsa in ambito canonistico³⁰, come in una decretale di Innocenzo III in tema di rimozione di ecclesiastici minori³¹ ed in alcune glosse dell'apparato ordinario al *Decretum Gratiani*³². In tutti i casi non si fece altro che riprendere, riferendola a temi ecclesiastici, l'espressione di una costituzione di Giustiniano del 531 (*Cod.* 5.59.5) riguardante una materia diversa e particolare, quella dell'esercizio congiunto della tutela in presenza di più tutori³³. A sua volta Giustiniano probabilmente trasse il principio (se non nella sua identità formale, nella sostanza) dalla giurisprudenza

³⁰ Ha indicato approssimazioni al principio del *Quod omnes tangit* in vari testi patristici e conciliari tardo-antichi ed alto-medievali Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., pp. 224-225. Il Marongiu, dal canto suo, ha segnalato vari scritti canonistici di fine XII secolo, come l'anonima *Summa «Reverentia sacrorum canonum»* e la *Summa decretalium* di Bernardo da Pavia. Cfr. A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., pp. 38-39.

³¹ Essa (di incerta datazione secondo Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., p. 210), già inclusa nella *Compilatio IV*, fu poi accolta nel *Liber Extra* (cfr. X. 1.23.7). Nella parte che ci interessa, il § 6, disponeva che i decani rurali designati congiuntamente dal Vescovo e dall'Arcidiacono potessero essere rimossi dalla carica solo con il consenso di entrambi. Leggiamo nel testo: «Subsequenter postea quaesivisti, utrum decani rurales, qui pro tempore statuuntur, ad mandatum tuum solum vel archidiaconi, vel etiam utriusque institui debeant vel destitui, si fuerint amovendi. Ad hoc breviter respondemus, quod cum ab omnibus, quod omnes tangit, approbari debeat, et cum commune eorum decanus officium exercent, communiter est eligendus, vel etiam amovendus». La glossa ordinaria cita la costituzione in *Cod.* 5.59.5 ed il frammento in *Dig.* 39.3.8 che ci apprestiamo a vedere.

³² Come la glossa *Ab omnibus* a D. LXVI, c. 1 e la glossa *Pertinet* a D. XCVI, c. 4, che richiamano esplicitamente l'ultima costituzione del titolo *De auctoritate praestanda* del *Codex Iustinianus* (5.59.5) di cui subito diremo. La materia trattata nei luoghi grazianei citati riguarda, rispettivamente, le modalità di elezione e consacrazione degli Arcivescovi e la partecipazione ai sinodi.

³³ Nel testo giustiniano si legge: «Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a iudice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiae partibus. Ibi etenim necesse est singulis pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare, quia in hoc casu non absimiles esse testamentariis et per inquisitionem datis legitimos et simpliciter datos iubemus eo, quod fideiussionis onere praegravantur et subsidiariae actionis adminiculum speratur. Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res quae agitur solutionem faciat ipsius tutelae, ut puta si pupillus in adrogationem se dare desiderat, etenim absurdum est solvi tutelam nec consentiente, sed forsitan et ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus. Tunc etenim, sive testamentarii sive per inquisitionem dati sive legitimi sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur. Quae omnia simili modo et in curatoribus observari oportet».

classica: in un passo di Paolo inserito nel *Digesto* (42.1.47) si diceva che in giudizio le cause devono essere trattate «praesentibus omnibus, quos causa contingit»³⁴ e, soprattutto, un frammento di Ulpiano, collocato nel titolo *De aqua pluvia arcenda* del *Digesto* (39.3.8), prescriveva che la concessione di prendere acqua non potesse essere fatta solo dal proprietario del fondo dove essa sgorga, ma congiuntamente da tutti gli aventi diritto all'approvvigionamento³⁵. Non a caso, la glossa *Eius aquae* dell'apparato accursiano, chiosa il frammento con la formula del *Quod omnes tangit* citando proprio la costituzione giustiniana di *Cod.* 5.59.5.

Con il *Liber Sextus* si conferisce però al principio un portata generale, anche se ancora prevalentemente riferita alla disciplina di cariche ecclesiastiche. Ma non solo ad esse, se la glossa ordinaria alla *regula XXIX* afferma che «casus figuratur multis modis», e porta gli esempi della presenza alla consacrazione dell'Arcivescovo eletto di tutti i suffraganei della provincia³⁶, dell'elezione del prelado da parte di tutti i canonici ed anche, pur ponendo varie limitazioni, fa riferimento alla disposizione delle cose «quae pertinent pluribus ut singulis» (e non «ut universis»), portando l'esemplificazione dell'*aquae haustus* dell'appena ricordato frammento di Ulpiano.

Con il suo innalzamento a *regula iuris* sembrano dunque schiudersi al *Quod omnes tangit* nuove possibilità applicative dentro e fuori lo specifico ambito delle istituzioni ecclesiastiche.

Sul rapporto di questa formula con il principio dell'*unanimitas* canonica, che ebbe larghissima applicazione nell'organizzazione ecclesiastica medievale³⁷, si è soffermato Paolo Grossi rilevando la peculiarità del concetto di *unanimitas*, carico di significato teologico, ed affermando decisamente la

³⁴ Il frammento nel suo intero recita: «De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet».

³⁵ «In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur, nec immerito: cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant et generaliter sive in corpore sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet».

³⁶ Si tratta della situazione prevista dal *Decretum*, D. LXVI, c. 1, di cui si è detto poco sopra.

³⁷ Secondo Edoardo Ruffini, «per circa undici secoli la Chiesa non conobbe quasi altra forma di manifestazione del volere collettivo, se non l'unanimità». Cfr. E. RUFFINI, *La ragione dei più*, cit., p. 44.

non assimilabilità: «i due principi ... hanno diverso fondamento, diversi presupposti, diverse finalità», e se il *quod omnes tangit* ha una valenza democratica, l'*unanimitas*, espressione di quell'*unitas ecclesiae* in cui i singoli scompaiono misticamente nella totalità del *corpus*, ha piuttosto coloritura ierocratica³⁸.

Alla base del principio del *Quod omnes tangit* applicato ai beni comuni troviamo dunque una lontana disposizione giustiniana riguardante tutt'altra materia, e poi una regola di portata generale del diritto canonico³⁹. Possiamo nondimeno supporre che dietro o accanto a tale legittimazione formale ve ne fosse un'altra: una non scritta da nessuna parte se non nella mentalità stessa dell'uomo medievale. Ci troviamo infatti di fronte, credo, ad un elemento non accidentale della cultura giuridica popolare, un aspetto di quel «moto associativo», per usare l'espressione di Francesco Calasso⁴⁰, che pervase la civiltà medievale. I *libri iurium*, gli statuti comunali e le raccolte di deliberazioni assembleari della prima e piena età comunale colgono e testimoniano chiaramente momenti sia dello spirito associativo in generale, che del principio del *consensus omnium* in particolare⁴¹. Pensiamo alle sottoscrizioni collettive degli atti più importanti riguardanti le comunità, alle larghissime assemblee chiamate a decidere le maggiori questioni, tra cui anche la precisazione delle modalità di sfruttamento del territorio e delle sue risorse naturali. La storiografia, spesso enfatizzando gli aspetti oligarchici della vita comunale (aspetti beninteso evidenti e certamente di rilievo), ha forse mancato, talvolta, di porre nel dovuto risalto che questi convivevano con altri di altrettanto evidente portata democratica, in un intreccio diverso a seconda delle varie realtà e dei vari periodi⁴². E se in molti Comuni cittadini, com'è stato detto, il «governo largo» residuò ad una «tenue facciata giuspubblicistica posta a

³⁸ Cfr. P. GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 319. In dottrina vi è tuttavia anche chi non vede l'*unanimitas* ed il *Quod omnes tangit* come due principi diversi: cfr. A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche*, cit., p. 672 nota 90.

³⁹ Di portata così generale da essere riferita al campo puramente sostanziale privatistico, a quello processuale, a quello più vasto giuspubblicistico, come mostra A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche*, cit., pp. 645-679.

⁴⁰ Cfr. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano 1965, p. 95.

⁴¹ Sulla tipologia di queste varie fonti documentarie cfr. il quadro di sintesi di P. CAMMAROSANO, *Italia medievale. Struttura e geografia delle fonti scritte*, Roma 1991, pp. 125-174.

⁴² Equilibrata la lettura di A.I. PINI, *Città, comuni e corporazioni nel Medioevo italiano*, Bologna 1986, p. 152.

coprire l'azione dei potenti»⁴³, dobbiamo nondimeno riconoscere che in ben più numerose realtà, anche non esclusivamente rurali, esso continuò a rispondere, ancora vari secoli dopo la fine della cosiddetta «età comunale», alle esigenze di una radicata cultura giuridico-istituzionale, pure se in un ambito circoscritto (ma tutt'altro che irrilevante) come quello dell'amministrazione locale, implicante una notevole potestà normativa.

È difficile, proprio come per gli usi civici, dire se questi tratti della cultura giuspolitica risalgano a quelle concezioni germaniche che investirono in profondità la penisola italiana nell'alto medioevo⁴⁴, siano invece esclusivamente il frutto di nuove situazioni sociali e istituzionali delineatesi dall'XI-XII secolo o, ancora, continuino in qualche modo modelli organizzativi dell'età antica⁴⁵. È probabile forse che nuove situazioni sociali abbiano incanalato in forme nuove tradizionali propensioni associative e comunitarie anche di remota ascendenza. Ma non mi sentirei di escludere a cuor leggero neppure un influsso della cultura religiosa⁴⁶ e della prassi

⁴³ G. CHITOLINI, *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado*, Torino 1979, p. 7.

⁴⁴ Per il mondo germanico appaiono significative già le prime, notissime, testimonianze di CESARE, *De bello gallico*, VII, 1 e TACITO, *De origine et situ Germanorum*, XI. Altre fonti indica E. RUFFINI, *La ragione dei più*, cit., p. 46, nota 56 e p. 222. I vari momenti associativi della tradizione germanica, come la *Sippe*, il *Bund*, la *Gefolgschaft*, la *Gilde*, la *Genossenschaft* sono illustrati in un ricco quadro di sintesi da M. SCOVAZZI, *Scritti di storia del diritto germanico*, I, Milano 1975, pp. 201-264.

⁴⁵ Sulla persistenza nel medioevo di aspetti della cultura istituzionale romana cfr. G. LOBRANO, *La respublica romana, municipale-federativa e tribunizia: modello costituzionale attuale*, in «Diritto e Storia», 3, 2004, in www.dirittoestoria.it. Si dovrà nondimeno tenere presente che le Curie del mondo municipale romano del basso Impero spesso residuavano ormai ad espressione di un ristretto ceto di grandi possidenti terrieri ed erano impegnate soprattutto in funzioni di imposizione fiscale. Inoltre sembra che esse andarono generalmente scomparendo nel corso dell'alto medioevo. Il discorso, però, si fa più complesso per le circoscrizioni minori ed è forse proprio nelle campagne, nelle zone montane e meno raggiungibili che aspetti istituzionali antichi poterono talora conservarsi. Sulla questione mi permetto di rinviare, anche per qualche indicazione bibliografica, al mio scritto *Origini e continuità medievale del comunitarismo rurale: alcuni problemi storici aperti*, in «Studi Senesi», 120, 2008, 1, pp. 7-50.

⁴⁶ Vi è, in storiografia, chi ha visto un legame tra il comunitarismo medievale religioso e quello laico (nel senso che il primo avrebbe favorito il secondo), come R. CELLI, *Il principio del potere popolare nella genesi dei Comuni italiani*, in *Poteri, assemblee, autonomie. Il lungo cammino verso la sovranità popolare*, Miscellanea in memoria di Roberto Celli, Scritti di Celli, D'Agostini, De Biasio, Leicht, Menis, Mor, Perusini, Tagliaferri, Targhetta, Verri, Zago (Istituto di Storia dell'Università di Udine. Serie monografica di Storia moderna e contemporanea, 21), Udine 1989, pp. 52-55.

istituzionale ecclesiastica degli ambienti episcopali e monastici⁴⁷, che intrecciavano in molti modi la loro vita con quelli delle comunità laiche locali: si ricordi, ad esempio, che spesso, nelle città come nei villaggi, le assemblee comunali più ampie – le stesse che gestivano i beni comuni – si riunivano per motivi di spazio proprio in chiesa e che non di rado erano ecclesiastici locali a produrre e conservare le carte della comunità.

I giuristi medievali, come accadde in altri casi (il più emblematico è quello della categoria del dominio utile)⁴⁸, dettero veste giuridica romana a qualcosa che romano necessariamente non era, eppure era così presente e radicato – e dunque doverosamente da considerare – nella prassi del loro tempo. Vestire di romanità significava, a partire dal XII secolo, trasporre prassi ed istituzioni in un linguaggio giuridico universale, voleva dire inoltre caricarli di una nuova pesante *auctoritas* legittimante, salvandoli dalla precarietà che la dimensione puramente consuetudinaria poteva assumere in un mondo in rapida trasformazione. E poco importa se, allo scopo, si piega il testo di una costituzione imperiale indirizzata a disciplinare tutt'altra materia.

Il giurista è ormai educato ed abituato a vedere nel diritto romano il diritto per eccellenza e legge i fenomeni giuridici alla luce di quei concetti, di quelle categorie, di quella terminologia. È questo un aspetto tutt'altro che secondario dell'attività di *interpretatio*, con cui, com'è noto, si ricava la disciplina di un caso non previsto da quella di una diversa fattispecie determinata dal diritto romano, sulla base dell'individuazione di una medesima *ratio*⁴⁹. Ma i *motivi* che portavano ad interpretare estensivamente certe norme giustiniane e non altre e che determinavano la direzione verso cui tendere l'elasticissimo tessuto legislativo, rimangono di regola in ombra negli scritti dei giuristi. Tra questi motivi potevano esservi, come crediamo nel nostro caso, elementi spirituali della cultura popolare che agivano come una forza nascosta nell'enunciazione di principi apparente-

⁴⁷ Pensiamo alle stesse pratiche in uso presso i grandi ordini dei Domenicani e dei Francescani: cfr. H.M. STAMM, *I consigli nella legislazione dell'ordine dei Frati Minori nei primi tre secoli*, in A. CIANI - G. DIURNI (edd), *Esercizio del potere e prassi della consultazione*, cit., pp. 245-251. Del resto anche la regola benedettina imponeva all'abate, se non di ricercare un consenso generale, almeno di consultare tutti i confratelli per le questioni più rilevanti, come osserva A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., p. 50.

⁴⁸ Cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 41), Milano 1992, p. 247.

⁴⁹ *Ubi eadem ratio ibi idem ius*, si diceva. Sull'*interpretatio* e la sua non assimilabilità all'odierna interpretazione cfr. S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche, IV edizione, Sezione civile*, 10, Torino 1987, p. 13.

mente sorretti solo dal diritto romano o dal diritto canonico. Ma dietro, per dirla con Savigny, vi è l'impronta del *Volksgeist*, di cui il giurista si fa interprete, pur attraverso un'opera non piccola di mediazione. E così nell'esperienza giuridica medievale del diritto comune, il diritto romano è, per così dire, piegato dalla forza di gravità di consuetudini, prassi e mentalità di diversa radice e natura⁵⁰.

Così, il principio del *consensus omnium* (e dunque del *Quod omnes tangit*) applicato alla gestione dei beni comuni era probabilmente un principio già radicato nelle consuetudini delle popolazioni che, ad un certo punto (quando e come rimane da approfondire, e non può essere questa la sede), si traveste per assicurarsi dignità ed accoglimento indiscussi.

È nel Duecento che compaiono e si moltiplicano le citazioni della formula del *Quod omnes tangit* nei più diversi contesti⁵¹. Nell'*Oculus pastoralis* (un trattatello, probabilmente del 1222, sul governo comunale) l'ignoto autore scrive che le *communitates locorum* radunano a consiglio il maggior numero di persone in ossequio alla regola che «quod omnes tangit ab omnibus comprobari debet»⁵². Varie curie generali dell'Impero (come nel 1222, nel 1244 e nel 1274) furono convocate richiamando più o meno direttamente, ma inequivocabilmente, il principio⁵³, così come un parlamento inglese del 1295⁵⁴. La massima è espressamente richiamata,

⁵⁰ Credo che il nostro caso confermi e metta bene in evidenza che il diritto comune medievale-moderno non rappresentò affatto una seconda vita del diritto romano o soltanto un diritto romano 'ammodernato', ma nel diritto comune accanto all'elemento di base, *necessario*, della compilazione giustiniana, vi era, e non era certo di minor importanza, quello giurisprudenziale volto sia all'adeguamento delle norme romane ai nuovi tempi, sia al conferimento di vesti formali romane ad istituti del tutto estranei.

⁵¹ Cfr. Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., pp. 230-243; A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., pp. 44-45.

⁵² Più precisamente si legge nel testo: «Ex adverso comunitates locorum multos vocat et eligunt ad Consilia terrae suae, inherentes forte regnis [regulis?] illis, quibus quod omnes tangit, ab omnibus comprobari debet, ut ubi bonum, ibi emolumentum»; D. FRANCESCHI (ed), *Oculus pastoralis pascens officia et continens radium dulcibus pomis suis* (Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di scienze morali, storiche e filologiche, serie IV, n. 11), Torino 1966, p. 70, *sub* cap. 5, § *De Consilio et consiliariis*. L'*Oculus* condensa mirabilmente gli elementi di legittimazione del nuovo potere comunale, come ha osservato D. QUAGLIONI, *Politica e diritto ai tempi di Federico II. L'«Oculus pastoralis» (1222) e la «sapienza civile»*, in *Federico II e le nuove culture*, Atti del convegno, Spoleto 1995, pp. 1-26.

⁵³ Cfr. A. MARONGIU, *Il principio della democrazia e del consenso*, cit., p. 557.

⁵⁴ *Ibidem*.

come ha osservato il Leicht, in una deliberazione fiorentina del 1284⁵⁵. Siamo, anche qui, prima dell'elevazione del principio a regola generale del *Liber Sextus*, e dunque probabilmente si deve alla citata decretale innocenziana la larga diffusione della formula tra metà Duecento e metà Trecento, sia in Italia che Oltralpe (Inghilterra compresa), adoperata sia da pratici che da teorici in importanti dibattiti su aspetti istituzionali⁵⁶, tanto che gli storici vi hanno scorto già il trapasso del principio dal diritto privato al diritto pubblico-costituzionale⁵⁷. Non si può escludere neppure che tale fortuna, come ritiene ancora il Leicht, si debba anche alla politica della Chiesa volta a sostenere le autonomie e le libertà cittadine in funzione anti-imperiale⁵⁸. E neppure si può escludere – è osservazione del Congar – che un peso lo abbia avuto la riscoperta duecentesca del pensiero politico di Aristotele⁵⁹.

La regola del *Liber Sextus* invece non fu, certamente, estranea al perpetuarsi della formula in tempi più tardi, sia in scritti dottrinali (come esemplarmente nel parere del Sordi)⁶⁰, sia in testi legislativi generali (come le Costituzioni Egidiane)⁶¹, sia in statuti comunali, come quello del 1522 del Comune di San Mauro (in Romagna), dove si legge:

⁵⁵ Cfr. P.S. LEICHT, *Un principio politico medievale*, cit., p. 137.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 134-135, 139. Cfr. anche A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., p. 44.

⁵⁷ Cfr. Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., p. 243.

⁵⁸ Scrive il Leicht: «Il principio della sovranità popolare, che aveva servito al papato durante tutto il secolo decimoterzo, per combattere l'impero, diviene nel XIV, com'è noto, un'arma usata dai difensori del potere dei principi laici contro le smisurate ambizioni del pontificato vincitore»; P.S. LEICHT, *Un principio politico medievale*, cit., p. 138.

⁵⁹ Cfr. Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., pp. 258-259.

⁶⁰ Non mancano, come ha mostrato il Marongiu, numerosi riferimenti dottrinali trecenteschi e quattrocenteschi al principio, come nelle opere di Guglielmo Durante junior, Marsilio da Padova, Guglielmo di Ockham, Lupold von Bebenburg, Alvaro Pelayo, ed ancora del Gerson, del Cusano, del Favre. Cfr. A. MARONGIU, *Il principio della democrazia e del consenso*, cit., pp. 560-570.

⁶¹ Al fine di ridurre i fenomeni di tirannide e prevaricazione signorile, la rubrica *De statutis et ordinamentis terrarum* impone di destinare i tributi all'utilità collettiva, «quia interest locupletes habere subiectos et sicut rationi congruit ut quod omnes tangit ab omnibus approbetur»; P. SELLA (ed), *Costituzioni Egidiane dell'anno 1357* (Corpus Statutorum Italicorum, 1), Roma 1912, p. 91. Nella versione in volgare del ms. Vat. Lat. 3939 edita dal Colliva si legge: «Anche perchel se convene a la ragione che quello chi tocha ad ognomo sia approbato da ognomo, molto è lontano da la ragione e da la drittura che altri, chi recoglienno quello che non anno mettuto ..., la quale cosa encontra quando li beni delle università o etiamdeo de le singulare persone, li quali beni provenone de le colte e de le gabelle e de le prestance e dative chi se cogieno per dritto o per non

«quia quod omnes tangit ab omnibus debet adprobari, quod in dicto loco sit et esse debeat publicum et generale arengum, perpetuo duraturum ... et esse debeat ad dictum arengum faciendum unus videlicet pro domo qualibet maior in familia de hominibus dicti loci et eius curia»⁶².

Per inciso, il caso mostra come presso Comunità più piccole dei grandi centri cittadini forme di governo larghe poterono conservarsi ben oltre i confini di quella che suol indicarsi come «età comunale». Ho potuto constatare da fonti d'archivio che la maggioranza delle Comunità del territorio senese aveva ancora nel Seicento un'assemblea di un uomo per casa⁶³, e dunque non si può condividere la pur diffusa opinione, di matrice romantico-risorgimentale⁶⁴, che le larghe assemblee popolari ovunque scomparvero con il declinare della 'età comunale' per rinascere solo nell'età dei parlamenti moderni. Non si può condividere sia perché forme assembleari locali in moltissimi casi perdurarono per tutto l'Antico Regime, per essere soppresse proprio dallo Stato moderno democratico e liberale, sia perché la democrazia rappresentativa dei parlamenti moderni è qualcosa di profondamente diverso e non assimilabile alle istituzioni comunitarie pre-moderne.

Liber Sextus dunque importante nel consegnare al futuro una massima udita spesso nel Duecento europeo. In quella età, nel cuore del medioevo, è però assai più problematico indicare sicure filiazioni o derivazioni. L'eco della formula risuona in ambienti diversi ed è difficile dire dove la voce si è alzata per prima. Quello che sembra tuttavia aver donato una vita assolutamente nuova alle lettere morte e rinsecchite di una legge bizantina vecchia di secoli, fu probabilmente non solo l'iniziativa di un Papa o l'ingegno di un giurista, ma, ripetiamo, anche lo spirito della società

dritto, a quelli li quali, come tauri tra le vacche, di populi per aventaglio de possança o per impressione di tyrania si sè tirano et usurpano questi beni cusì facti, noi adunque, volendo provedere a cusì facte inconvenientie et altereççe ... statuimo et ordennamo che nessuno, de che condicione el se sia, alcuni beni mobili o immobili o peccunie, le quali de dative, colte, prestance o gabelle ... possa tore per sè o per altri ... sel non serà prima conceduto da tutta la comunità et università, no per modo de consiglio speciale o generale, ma per modo de parlamento generale ...»; P. COLLIVA, *Il cardinale Alborno, lo Stato della Chiesa, le «Constitutiones aegidiana» (1353-1357), con in Appendice il testo volgare delle Costituzioni di Fano dal ms. Vat. Lat. 3939* (Studia albornoiana, 32), Bologna 1977, p. 581.

⁶² O. DELUCCA, *San Mauro fra Medioevo e Età moderna. Note storiche e edizione degli Statuti*, Verucchio 1994, p. 104, sub I dist., rubr. 5.

⁶³ Cfr. A. DANI, *I Comuni dello Stato di Siena e le loro assemblee (secc. XIV-XVIII). I caratteri di una cultura giuridico-politica* (Documenti di Storia, 27), Siena 1998, *passim*.

⁶⁴ Cfr. ad esempio F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 198.

del tempo, uno spirito nuovo che aveva tuttavia felicemente assimilato tradizioni germaniche, religiosità cristiana e cultura civica antica. Che l'influsso dello spirito complessivo della società fosse stato determinante per la vitalità del principio era stato già, del resto, lucidamente intuito da Paul Viollet⁶⁵, e poi efficacemente espresso da Antonio Marongiu, che scriveva:

«il principio giuridico e politico che trova la sua espressione nella fortunata massima *Quod omnes tangit* ... non era né un fiore di serra, oppure un fioretto di retorica, né l'elucubrazione di pensatori ermetici e lontani dalla realtà; ma l'espressione fortunata e però realistica di una diffusa e seguita concezione di vita associata ed anzi dello spirito del tempo»⁶⁶.

Ma torniamo a seguire il *consilium* del Sordi per vedere quali altri principi si ritenessero da attendere nella regolamentazione dei beni comuni.

Dopo il *consensus omnium* viene subito all'attenzione un'altra grande protagonista della cultura giuridica popolare pre-moderna: la consuetudine. Per il Sordi i Consiglieri, ancorché con il consenso del Rettore (cioè del magistrato locale), non avrebbero potuto interdire ai cittadini ed agli abitanti l'uso dei pascoli che godevano da lungo tempo:

«Et in specie, quod decuriones cum consensu rectoris non possint usum pascuorum interdicerere civibus et incolis qui eis uti longo tempore consueuerunt, nec possint certis

⁶⁵ Cfr. P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, II, Paris 1898, p. 199.

⁶⁶ A. MARONGIU, *Il principio della democrazia e del consenso*, cit., p. 556. L'Autore si occupò in vari studi del *Quod omnes tangit* come principio politico generale, trascurando però le sue applicazioni in campo amministrativo, che invece a noi qui soprattutto interessano. Dall'angolo visuale prescelto, il Marongiu ricollega la fortuna del principio in questione alla 'dottrina della collaborazione' implicita nei meccanismi medievali di governo. Giustamente osserva che il compito del sovrano medievale «era quello di capo e di guida, non quello di dominatore. Per grande che il suo ascendente ed anche la sua potenza di comando fossero stati, la consapevole e volenterosa collaborazione dei sudditi costituiva lo strumento di successo e non solo più efficace, ma più facile a maneggiare. Questa dottrina della collaborazione e del consenso era dunque a portata di mano, non una creazione di pensatori ermetici e lontani dalla realtà, ma un dato della stessa comune esperienza. A un certo punto, si cominciò ad ammettere, a credere, a scoprire e a riconoscere che si trattasse anche di un principio giuridico ...», e fu facile trovarne la formula nel grande serbatoio giustiniano; A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., p. 34. Si tratta di riflessioni condivisibili, a cui possiamo solo aggiungere una piccola considerazione. L'Autore ipotizza un passaggio da una dimensione di opportunità e convenienza alla piena giuridicità: ma in una realtà, come quella medievale, dominata dalla consuetudine, è un vero problema indicare il momento di quel passaggio, che significherebbe nient'altro che indicare la nascita stessa della consuetudine (che già è pienamente diritto). Il 'salto di qualità' dell'individuazione di una formula precisa formalizzata da connettere alla prassi consuetudinaria non è dunque da identificare con l'ingresso nella piena giuridicità.

eos claudere limitibus, uoluit Didac. lib. 1 variar. resol. c. 17 num. 11⁶⁷, versi. si rector civitatis, allegat Bar[tolus]⁶⁸ in l. toties § 1 ff. de pollicitat[ionibus]⁶⁹ et in l. ambitiosa num. 12 ff. de decret[is] ab ordin[e] facien[dis]⁷⁰, ubi dicit quod facultas concessa a populo reformatoibus communis, intelligi debet, ut ea utantur moderate, et cum discretionem⁷¹.

Limitare l'antica consuetudine del pascolo collettivo sarebbe stato inoltre contrario alla pubblica utilità, perché il bestiame pascolando nel periodo invernale concima il terreno e lo rende più fertile:

«Secundo, dictum statutum est reipublicae perniciosum, quia pecudes et animalia minuta non utuntur pascuis, nisi hiemali tempore, et ea producerent grandiozem, et pinguiorem herbam, si dictae pecudes admitterentur, quia in illis herbando, et depascendo stercorizant, et impinguant, ut per eum uideri potest. Confirmatur haec sententia, quia semper a longissimo tempore citra, homines loci tenuerunt pecudes, atque eas miserunt in pascua, atque etiam in praedia priuatorum hiemali tempore, nec unquam per communitatem, uel priuatos fuit contradictum, et ideo non potest nunc Communitas prohibere, ne hi iuxta solitum pascuis publicis utantur, quia nihil fieri potest, per quod ius depascendi competens particularibus deterior fiat⁷² ...

Et pro hoc quoque facit tex. l. 1 C. de pascuis publ[icis] lib. 11⁷³, ubi dicitur, quod decuriones non possunt pro sua libidine, et uoluntate formam depascendi alterare, quam

⁶⁷ D. COVARRUVIAS, *Variarum resolutionum iudicarum ... liber primus*, Francofurti 1573, cap. 17, n. 11.

⁶⁸ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti novi partem*, Venetiis 1575, cc. 228rb-228va; 225vb-226rb.

⁶⁹ *Dig.* 50.12.6.

⁷⁰ *Dig.* 50.9.4.

⁷¹ G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 11, cc. 185rb-185va.

⁷² Continua: «ut est text. in l. sed et si quid, § sed nec seruitus, cum l. seq. ff. de usufructu [Dig. 7.1.25], ubi dicitur, quod proprietarius non potest invito usufructuario fundo seruitutem imponere, per quod usufructus conditio fiat deterior ... et per haec iura inquit Caepoll. de seruit. rustic. praed. cap. 9, de ser. iur. depas. col. 13 [B. CIPOLLA, *Tractatus de seruitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Lugduni 1688, tract. II, cap. 9, pp. 392-393], quod dominus praedij non potest in praedij eius, qui habet ius depascendi, mutare formam praedij seruiantis, et pascua reducere ad culturam, ad prata, uel uineas ... Quod ei qui habet depascendi ius in alterius praedio, licet propria autoritate destruere clausuram, quam fecit dominus fundi seruiantis, quia nihil aliud est quam tollere impedimentum et remouere obstaculum»; *ibidem*, nn. 12-13. Si noterà che qui il giurista richiama la disciplina romanistica dell'usufrutto e della servitù prediale non perché il pascolo collettivo rientri effettivamente in tali fattispecie, ma perché vi sarebbe, qui come là, la *ratio* comune di tutelare chiunque abbia propri autonomi diritti su di un fondo. Nella costruzione dell'istituto dell'uso civico, per le sue peculiarità estraneo alla compilazione di Giustiniano, si estendono *rationes* in questa contenute: lo *ius proprium* consuetudinario così riceve un'interpretazione estensiva passiva da parte dello *ius commune*.

⁷³ *Cod.* 11.61(60).1.

statuit antiquitas, nec ualent solitam augere pensionem ... et quod non ualent noua pacta, quae officiales deputati ad uenditionem gabellarum apponunt contra solitum modum ... quia eis censetur concessa potestas uendendi iuxta solitum modum et non aliter».

*Statuit antiquitas*⁷⁴: il tempo può scrivere le modalità di fruizione dei beni comuni: è la forza della consuetudine inveterata che si impone anche sulla volontà degli ufficiali comunali. È un'attestazione ulteriore, che si aggiunge a moltissime altre, della vitalità della fonte consuetudinaria non solo nell'età di mezzo, quando rappresentò a lungo la fondazione, la costituzione, e poi «una delle ossature portanti» dell'intero ordine giuridico⁷⁵, ma anche per tutto l'Antico Regime⁷⁶.

Si noterà pure, per inciso, che la difesa del livello giuridico consuetudinario ha rappresentato, in ogni epoca e realtà, un'arma delle comunità locali contro le tendenze egemoniche del potere centrale ed il controllo delle sue magistrature⁷⁷. Ed anzi, come è stato osservato dagli antropologi, esiste un nesso preciso tra oralità giuridica e dimensione comunitaria. Per Norbert Rouland «l'oralità giuridica è un modo di comunicazione che favorisce la formazione di un modello di relazioni sociali che non è né individualista, né collettivista, ma comunitario»⁷⁸, essa richiede infatti la partecipazione e la collaborazione del gruppo sociale e vitali meccanismi comunicativi interpersonali all'interno del gruppo, non indispensabili invece con il diritto scritto, che ben altrimenti si presta ad una gestione elitaria ed autoritaria. E questi caratteri delle consuetudini mostrano tutta la loro

⁷⁴ È l'espressione, ripresa dal Sordi, che chiude la costituzione di *Cod.* 11.61(60).1. Occorre precisare che detta costituzione vieta di aumentare la *pensio* tradizionalmente dovuta per la pastura del bestiame «in pascuis saltibusque rei privatae», ossia del Principe (come riconosce la stessa glossa *Cum nulla* dell'apparato accursiano), senza il consenso dell'Imperatore stesso. È evidente che si tratta di una situazione giuridica diversa da quella dei pascoli livornesi, e tuttavia assimilata nell'*interpretatio* del giurista.

⁷⁵ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma - Bari 1995, pp. 87-94, 182-190, in particolare p. 183. Cfr. anche le considerazioni di D. QUAGLIONI, *La consuetudine come costituzione*, in P. NERVI (ed), *Dominii collettivi e autonomia*, Atti della V Riunione Scientifica (Università degli Studi di Trento. Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive, 5), Padova 2000, pp. 21-40.

⁷⁶ Cfr. R. GARRÉ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 183) Frankfurt a.M. 2005. Per il pensiero del De Luca su questo tema cfr. il mio *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca* (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 13), Bologna 2008, pp. 145-155.

⁷⁷ Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 339.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 195.

importanza proprio nella gestione dei beni comuni, in cui ingerenze esterne e del potere superiore o centrale sono sempre perennemente in agguato.

Altro importante principio che il Sordi indica nell'amministrazione dei beni comuni è che la deliberazione comunale debba essere *iusta*, e quindi ad esempio non cadere in pregiudizio delle singole persone:

«Cum igitur tale statutum noceat particularibus personis, uenit officio iudicis rescindendum, l. qui se grauatos C. de censib[us et censitoribus ...], lib. 11⁷⁹, et contra statutum hoc modo particularibus perniciosum competit actio, uel etiam exceptio doli, l. 1 § fi. ff. de except[ione] doli⁸⁰, et dicit Bald[us de Ubaldis] in c. 2 de iureiu[rando] non ualere statutum, cui inest dolus, et secundum eum semper dicitur dolus inesse, quando tendit in praeiudicium singularium personarum, lex enim debet esse iusta c. erit autem lex 4 distinctio⁸¹, et quidquid sit contra ius alicui quaesitum dicitur iniquum et contra ius, et non ualet, l. quoties C. de prec[ibus] imp[eratori] offer[endis]»⁸².

Ed ancora:

«ad ualiditatem statuti, nedum requiritur uoluntas stautentium, sed etiam potestas ...

Sed respectu potestatis alia sunt necessaria, nempe, quod statutum sit iustum, et honestum, ut in d. c. erit autem lex⁸³, et ideo si non sit tale, non ualebit, etiamsi omnes decuriones nemine discrepante conuenissent. Hoc uero statutum, de quo sermonem habemus, est iniustum, quia factum in odium particularium, qui consueuerunt pecudes tenere, et quia est contra utilitatem»⁸⁴.

Ancora si invoca il diritto canonico, tramite uno dei luoghi più noti del *Decretum* di Graziano⁸⁵, per richiamare una convinzione centrale nella cultura giuridica medievale e, in parte, ancora di Antico Regime: non basta che una legge sia posta da chi detiene pur legittimamente il potere, ma occorre, affinché abbia vigore, anche che sia giusta⁸⁶. E qui la giustizia

⁷⁹ *Cod.* 11.59(58).5.

⁸⁰ *Dig.* 44.4.1. Più precisamente, il titolo del Digesto richiamato è: *De doli mali et metus exceptione*.

⁸¹ *Decretum Magistri Gratiani*, D. IV, c. 2.

⁸² *Cod.* 1.22.2; G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 9, c. 185rb.

⁸³ *Decretum Magistri Gratiani*, D. IV, c. 2.

⁸⁴ G.P. SORDI, *Consilia*, cit., n. 14, c. 185vb.

⁸⁵ Che, riprendendo ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiae*, II, 10, § 6, ammonisce che la legge deve essere «honestas, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporisque conueniens, necessaria, utilis, manifesta» e fatta per il bene comune.

⁸⁶ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma - Bari 2007, p. 41. La principale bibliografia sul tema è indicata da A. CELOTTO - E. CONTE, *Legge*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, 4, Milano 2006, p. 3387.

è individuata nel rispetto dei preesistenti diritti dei comunisti, che sembrano dunque caratterizzati da un fondamento superiore alle contingenti necessità del Comune che legifera.

Dati i propositi del parere, rimane in ombra un altro pur importante principio nell'amministrazione dei beni comuni: quello dell'approvazione delle statuizioni dei Comuni soggetti da parte dell'autorità superiore, peraltro necessaria in questa come in ogni altra materia. All'inizio del *consilium* il Sordi ci informa tuttavia che la deliberazione del Consiglio comunale di Livorno Piemonte era stata confermata *ab excellentissimo Senatu* (verosimilmente di Torino), anche se questo ovviamente rappresentava un fatto scomodo per dimostrare, come ci si proponeva, l'antigiuridicità della deliberazione.

Su quest'ultimo aspetto non rimane qui da aggiungere granché, se non per ricordare che già nel tardo medioevo e poi in misura crescente in età moderna, un po' ovunque la facoltà delle comunità di gestire e disporre delle proprie risorse incontrò limitazioni poste dall'autorità superiore (Principe o città dominante che fosse), anche con la finalità di mantenere la capacità contributiva ed evitare rovinose dilapidazioni dei beni comunali. Le Comunità mantennero la titolarità dei loro beni e dei loro diritti, vennero però assimilate alle persone incapaci di agire bisognose di un tutore per compiere i propri atti dispositivi⁸⁷. Questo, si può osservare per inciso, in varie realtà, come in Toscana e nello Stato della Chiesa, giocò spesso a favore della conservazione dei beni comuni, grazie alla paternalistica attenzione di magistrature centrali come i Nove Conservatori a Firenze, i Quattro Conservatori a Siena e la Congregazione del Buon Governo a Roma⁸⁸. Diverso è il caso della Repubblica di Venezia, dove tra la metà del Seicento e gli anni venti del Settecento la Serenissima procedette ad un'intensa attività di spoliazione ed alienazione dei beni delle Comunità soggette per far fronte alle spese belliche a difesa dei possedimenti d'oltremare⁸⁹.

⁸⁷ Su questi temi mi sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, al mio *Usi civici*, cit., pp. 451-465.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 461-465.

⁸⁹ Su queste vicende cfr. il recente e documentato studio di S. BARBACETTO, «La più gelosa delle pubbliche regalie»: i «beni comunali» della Repubblica Veneta tra dominio della Signoria e diritti delle Comunità (secoli XV-XVIII), (Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti. Memorie Classe di Scienze morali, Lettere ed Arti, 124) Venezia 2008.

4. Qualche breve considerazione sul rapporto tra dottrina e prassi locale

Il parere del Sordi concentra dunque vari princìpi destinati a circolare e ad essere costantemente richiamati per tutta l'età moderna. Se invece diamo un'occhiata alle prassi locali testimoniate dagli statuti, dalle deliberazioni consiliari e dagli altri documenti d'archivio molta della nitidezza dei princìpi disegnati dalla dottrina svanisce e ci troviamo di fronte, spesso, ad un quadro ben più eterogeneo. Tale varietà di prassi amministrative locali altro non era, del resto, che la inevitabile conseguenza del forte pluralismo giuridico che contrassegnò non solo l'esperienza giuridica medievale, ma anche quella dell'età moderna, fino alla codificazione ottocentesca.

Né la dottrina romanistica, né gli Stati territoriali di Antico Regime riuscirono mai ad uniformare completamente le regole di gestione dei beni comuni. Crediamo significativa ed inequivocabile la testimonianza di uno dei maggiori esperti della materia nel tardo Seicento, Giovanni Battista De Luca⁹⁰, che scrive:

«Ancorché dalla legge civile vengano ordinate molte solennità per l'alienazione de' beni delle comunità ..., tuttavia molto rari e forse niuni sono i casi, ne' quali in questa materia si abbia da camminare con la sola disposizione delle suddette leggi⁹¹: attesoché per la gran divisione de' principati e dei domini, la quale particolarmente in Italia, e nelle altre parti d'Europa, è seguita dopo la compilazione di queste leggi, non vi è forse luogo, il quale sopra ciò non viva con le sue leggi o consuetudini particolari, le quali così in questa, come in ogni altra materia, prevalgono alle suddette leggi chiamate comuni ...⁹². Che però non vi si può dare una regola certa e generale applicabile a tutti i paesi, ed a tutte le comunità, anche di uno stesso principato o dominio, dentro il quale suol essere ancora una notevole diversità di leggi o di stili, de' quali è impossibile il potere distintamente discorrere⁹³; sicché nelle occorrenze la decisione di ciascun caso dipenderà dalle

⁹⁰ De Luca, com'è noto, ha stilato in materia di usi civici una serie di pareri, inclusi nella prima parte del IV libro *De servitutibus* del *Theatrum*, che sono presto divenuti punti di riferimento indiscussi nella dottrina successiva.

⁹¹ Con la locuzione «leggi civili» si indica ovviamente il diritto romano giustiniano.

⁹² Si tratta, questa, di una considerazione che De Luca ripete con insistenza e che trova nel *Theatrum* uno sviluppo accurato e puntiglioso, a monito degli ingenui accademici, ignoranti della vita quotidiana del diritto, che identificano il diritto vigente con il *Corpus iuris civilis*, non immaginando neppure in che misura esso venga derogato da consuetudini locali, statuti, diritto canonico, interpretazioni dottrinali, giurisprudenza di tribunali. «Delle dieci parte di quel che si pratica – scrive nella *Difesa della lingua italiana*, Roma 1675, pp. 35-36 – forse appena una sola nasce dalla chiara ed espressa disposizione delle suddette leggi antiche comuni». Sul tema sia consentito rinviare al mio scritto *Un'immagine secentesca del diritto comune*, cit., pp. 75-83.

⁹³ Quest'affermazione, in sintonia con numerosi indizi e testimonianze d'ogni genere, dovrebbe indurre prudenza nel fare del concetto di *diritto patrio* una chiave interpreta-

leggi o dalle consuetudini del luogo, e secondo le interpretazioni che a loro si siano date dai savi, ovvero dai tribunali del medesimo paese»⁹⁴.

In effetti, se esaminiamo le testimonianze di quanto accadeva all'interno dei palazzi comunali, vediamo una libera alternanza del principio del *consensus omnium* con quello della *maior pars*, vediamo comparire svariati tipi di maggioranze qualificate ed organi deliberanti formati nei più diversi modi⁹⁵. In base alla documentazione d'archivio relativa al territorio senese di età medicea si potrebbe affermare che il principio del *Quod omnes tangit* fu spesso disatteso, e che non di rado si regolavano i beni comuni di fruizione collettiva con gli stessi meccanismi deliberativi usati per gli altri beni del Comune⁹⁶. Ma si tratta, come già ho cercato di chiarire⁹⁷,

tiva ovunque valida per comprendere l'esperienza giuridica degli Stati italiani di Antico regime, ipotizzando uniformità di là da venire, come certamente per lo Stato della Chiesa e la Toscana del Seicento. Cfr. ancora *Un'immagine secentesca del diritto comune*, cit., pp. 9-12, 101.

⁹⁴ G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, II, Firenze 1840, lib. 7, cap. 8, p. 336, n. 1.

⁹⁵ Talora troviamo limpidamente e tassativamente prescritto il democraticissimo principio unanimitario, come nello statuto di Batignano (presso Grosseto) in vigore fino al pieno Settecento, dove si legge: «Anco fu proveduto per lo Consiglio solennemente che la bandita sia et essere s'intenda da durare in perpetuo, si che non si possa per veruno modo derogare, né fare contra, salvo che nel Consiglio d'un huomo per casa, et debbasi vincere in quello Consiglio a bossoli et lupini per tucti, et se ce ne mancasse uno del decto numero, et uno lupino di di tucti loro, derogare non si possa ... Et nella decta bandita possano stare et pascere bestie cavalline domate et asinine legate sença pena o bando, et altrimenti no ...»; Deliberazione aggiunta allo Statuto del Comune di Batignano 1373 (-1534), Archivio di Stato di Siena, *Statuti dello Stato*, n. 10, c. 64v. Altre volte emerge chiaro che anche in materia di beni comuni si segue il principio maggioritario, come nella vicinissima Montepescali per lo statuto del 1427, che recita: «Neuna bandita di Commune da Priori, Massari de le rendite, né da altri officiali di Commune si possa vendere, né dare licenzia a persona che con sue bestie pasturi, né in essa si possano bestie fidare, a la pena di soldi cento di denari da torre di facto a qualunque de' Priori o altro ufficiale contrafacesse o si ritrovasse a deliberare le predette cose, salvo che dal Generale Consiglio [*elettivo di 36 membri*], nel quale sta tutto l'arbitrio del Commune, fusse deliberato, nel quale caso si debba ad executione mectare ciò che da esso Consiglio sarà ordenato, prima però derogato a questo capitolo che esse bandite non si possano vendere et debbasi octenere per le tre parti de' Consiglieri che si troveranno in esso Consiglio»; I. IMBERCIADORI (ed), *Statuti del Comune di Montepescali (1427)*, Siena 1938, p. 83, *sub* III dist., rubr. 97.

⁹⁶ Per i riferimenti alle fonti debbo ancora rinviare al mio *Usi civici*, cit., pp. 398-415.

⁹⁷ *Ibidem*. Cfr. anche A. DANI, *Pluralismo giuridico e ricostruzione storica dei diritti collettivi*, in «Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva», 1, 2005, pp. 61-84.

di un 'terreno minato' per lo storico, per la presenza di possibili consuetudini locali taciute dagli statuti o magari di raccolte di deliberazioni assembleari che non ci sono pervenute. In ogni caso, in questa materia, si impone una lettura attenta ed integrale degli statuti ed il confronto di questi, quando possibile, con le raccolte di deliberazioni consiliari e con ogni altro tipo di documentazione capace di testimoniarcì la vita istituzionale del luogo.

Occorrerà sempre, infine, non sottovalutare, specie per quelle realtà e quei periodi più critici per gli equilibri comunitari, la ricorrenza, nella gestione dei beni comuni, di alienazioni illecite, usurpazioni, atti e comportamenti che in vario modo minacciavano la conservazione delle risorse collettive e, di conseguenza, una diffusa litigiosità. Non a caso i riformatori liberisti a partire dal secondo Settecento porteranno come uno dei principali argomenti per la privatizzazione dei beni comuni, accanto alla irrimediabile loro improduttività, quello di essere fonte di discordie: *communio est mater discordiarum*, come ognuno sa per esperienza. Nel clima acceso del dibattito sette-ottocentesco sui beni comuni – inevitabilmente acceso per i relevantissimi risvolti economici, sociali e politici della questione – spesso si dimenticò però di distinguere la patologia dalla fisiologia di questi istituti, si dimenticò che essi si presentavano diversamente a seconda dei vari contesti, si trascurò di ponderare attentamente la valenza sociale, morale e culturale dei beni comuni, spesso non misurabile sul piano meramente economico (su cui invece sempre più spesso unicamente e ossessivamente si insisterà).

Il parere del Sordi riassume i plurisecolari principi *fisiologici* dell'amministrazione dei beni comuni, principi sorti dalla coscienza giuridica dell'uomo medievale in cui risaltano, evidenti, anche istanze di democrazia e solidarietà sociale⁹⁸. Paradossalmente la semplificazione liberal-borghese eliminò – per quanto poté – proprio in nome della democrazia, della libertà e dell'uguaglianza un fenomeno – quello dei beni comuni – che aveva costituito per secoli quasi ovunque in Europa una concreta applicazione di tali principi.

⁹⁸ Sul nesso tra beni comuni e democrazia si vedano le condivisibili riflessioni di M. NICOLETTI, *Proprietà collettive e cultura della democrazia*, in «Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva», 1, 2005, pp. 85-99.

5. L'impatto della modernità sui principi tradizionali

Per secoli, certamente: magistrature giudicanti potevano richiamarsi al *consilium* del Sordi ancora nel Settecento. Lo abbiamo trovato citato, ad esempio, in una sentenza del 1706 della magistratura senese dei Quattro Conservatori, proprio a supportare il principio del *Quod omnes tangit*. Tale sentenza ribadiva che «non solo la Comunità come rappresentante l'Universale, ma ciascheduno di esso per il proprio interesse» poteva impugnare una decisione ingiusta, «non potendosi nei casi nelli quali l'utile s'appartiene *ad singulos, uti singulos*, pregiudicare ad alcuno senza il consenso di tutti legittimamente adunati (Surd. d. cons. 65, n. 17⁹⁹ cum aliis; Urceol. consult. cap. 76, n. primo¹⁰⁰)»¹⁰¹. A conferma del carattere giurisprudenziale, ancor più che legislativo, del diritto comune, si noti che il magistrato non cita, come avrebbe potuto, l'enunciazione di carattere generale del *Liber Sextus*¹⁰², né il luogo originario (ma invero troppo ristretto e 'fuori tema') del *Codex Iustinianus*, ma l'uso concreto che la dottrina aveva fatto di quel principio nella specifica materia dei beni comuni.

E se esaminiamo le opere dei maggiori esperti della materia del tardo diritto comune, vediamo che nella sostanza i principi-guida della gestione dei beni comuni rimangono gli stessi, nonostante le crescenti ingerenze (tuttavia diverse da caso a caso) del potere centrale, a cui già abbiamo accennato. Riguardo al principio fondamentale del *consensus omnium* possiamo ricordare ad esempio il suo accoglimento, per tutto il Seicento, nelle opere di giuristi insigni come Giovanni Francesco Capobianco, Giovanni Battista De Luca e Marco Antonio Savelli. Per il Capobianco, «territoria destinata pro pascuīs, nec universitas, nec baro poterit reducere ad culturam regulariter, nisi concurrentibus omnibus sollemnibus consensu civium» ed il fondamento del principio riposerebbe sulla l. *Per fundum* del Digesto (*Dig.* 8.3.11), ove si richiede, per l'acquisto di una servitù su un fondo appartenente a più persone, il consenso di ciascuna

⁹⁹ G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, cc. 185v-186r, n. 17.

¹⁰⁰ G. ORCEOLI, *Consultationes forenses rerum practicabilium et iudicatarum*, II, Coloniae Allobrogum 1733 (1662¹), consult. 76, p. 100, n. 1.

¹⁰¹ Archivio di Stato di Siena, *Quattro Conservatori*, n. 1598, fasc. causa *Placidi-Sasso di Maremma*. Più ampiamente cfr. il mio *Usi civici*, cit., pp. 409-411.

¹⁰² Che aveva, come tutto il *Corpus iuris canonici*, una funzione sussidiaria-interpretativa nel sistema delle fonti del diritto comune, insieme allo *ius civile* romano.

di queste¹⁰³. Similmente, per il De Luca, «cum hoc ius pascendi non concernat interesse civium in universum, sed interesse singulorum, non potest maior pars desuper statuere, ac minori dissentienti, praeiudicare, sed omnium consensus requiritur»¹⁰⁴. Ed anche nella *Summa diversorum tractatum* di Marco Antonio Savelli, si asserisce che «universitas non potest statuere de pascuis, nisi omnibus consentientibus»¹⁰⁵. Fedele accoglimento del principio troviamo anche nella maggiore e più autorevole opera sui pascoli del tardo diritto comune, il trattato dello spagnolo Fernandez De Otero¹⁰⁶, ben conosciuto e assai utilizzato anche nella penisola italiana.

Questo non vuol dire, e lo abbiamo già visto, che a livello di prassi locali non esistessero diversificazioni anche rilevanti e che i principi dottrinali trovassero puntuale applicazione. Particolari fattori economico-sociali, ambientali, culturali, politico-istituzionali sicuramente produssero un panorama vario e frastagliato che, nondimeno, mostra di essere costantemente influenzato dalla dottrina. E non avrebbe potuto essere diversamente, per i legami, gli scambi, le intersezioni tra momento pratico e momento sapienziale nell'esperienza giuridica pre-moderna. La dottrina di diritto comune svolse un'opera importante nel fornire una ricostruzione di tipo generale capace di elevarsi al di sopra della babele di innumerevoli prassi e normative locali, tanto statutarie quanto consuetudinarie. Si trattò di un'opera spesso condotta all'insegna del compromesso e dell'adattamento (e talora della forzatura), ma che finì anche per dare ordine, stabilità, fondamento autorevole ad una materia intricatissima e non di rado dominata dalla confusione e dall'incertezza. Il giurista di diritto comune, anche in quest'ambito, altro non intese fare che il proprio mestiere ed attendere dunque al proprio compito, felicemente descritto dal Caravale,

«di coordinare diritto giustiniano e mondo delle consuetudini, inquadrando quest'ultimo nelle categorie giuridiche, nei concetti, negli istituti che il primo aveva definito in maniera

¹⁰³ Cfr. G.F. CAPOBIANCO, *Tractatus de iure et officio Baronum erga vasallos burgenses seu mavis aurea commentaria super pragmaticis in titulis de Baronibus* (1603), Neapoli 1622, ad pragm. 11, p. 359, n. 2.

¹⁰⁴ G.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, IV (1669), Venetiis 1734, disc. 41, p. 50, n. 4.

¹⁰⁵ M.A. SAVELLI, *Summa diversorum tractatum*, IV (1686), Venetiis 1748, litt. U, § 19, p. 479, n. 47. Oltre agli autori citati cfr. anche N. LOSA, *Tractatus de iure universitatum*, cit., pars 3, cap. 15, pp. 210-211, pars 3, cap. 1, pp. 127-128; P. RENDELLA, *Tractatus de pascuis, defensis, forestis, et aquis regum, baronum, universitatum, et singulorum* (1630), Neapoli 1734, pars 3, cap. 5, pp. 72-74; G.M. NOVARIO, *Tractatus de vassallorum gravaminibus*, I (1635), Genevae 1686, cap. 33, p. 44.

¹⁰⁶ A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis*, cit., cap. 16, p. 68, nn. 21-23.

chiara e matura, in modo da conferire agli usi, in tal modo precisati, la stabilità e la certezza offerta dalla fonte nella quale Dio stesso aveva manifestato la propria volontà di giustizia e di ordine»¹⁰⁷.

Si trattava, aggiungiamo, di un'attività dal carattere prevalentemente propositivo, che non aveva, né pretendeva, di avere la forza vincolante, *necessaria*, della *lex* e dunque non poteva imporre uniformità dall'alto, alla stregua di un legislatore: di qui le persistenti peculiarità, le aporie, le deviazioni che il sistema consentiva¹⁰⁸.

Per osservare mutamenti rilevantissimi, rivoluzionari, occorrerà attendere la fine del Settecento (in certe particolari realtà, come la Toscana) e poi l'Ottocento, il secolo che vide ovunque prevalere – pur tra molte resistenze, dubbi, oscillazioni – i principi liberisti e statalistici figli dell'Illuminismo (quello fisiocratico vincente)¹⁰⁹ ed esportati con successo dalle armate napoleoniche. Possono correttamente chiamarsi, con un'espressione che oggi può apparire un ossimoro, i principi del liberismo statalistico, ossia i postulati di quella visione, coerente e per niente contraddittoria, in cui l'esaltazione dell'individuo – l'individuo borghese proprietario – si coniuga con l'invadenza dello Stato per eliminare dall'ordine civile la dimensione comunitaria, ritenuta pericolosa perché mal controllabile, riottosa perché istintivamente gelosa delle proprie autonomia e libertà¹¹⁰. Un'invadenza autoritaria che altro non è che un aspetto di quell'*assolutismo giuridico* (cioè del monopolio del diritto da parte dello Stato), più volte indicato da Paolo Grossi come cifra caratterizzante della modernità liberal-borghese¹¹¹.

¹⁰⁷ M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, p. 310.

¹⁰⁸ Ma sarebbe più corretto dire: in virtù della pluriordinalità che ancora il sistema non smentiva. Il concetto di autonomia comunale si lega infatti a quello di uno Stato unico titolare di sovranità, come quello contemporaneo, e dunque non è adeguato per indicare la giurisdizione municipale in età medievale e moderna. Si vedano in merito le recenti considerazioni di M. CARVALE, *L'autonomia municipale nella Repubblica romana giacobina*, in *Tra diritto e storia*, cit., I, pp. 269-270.

¹⁰⁹ È noto infatti come, in realtà, esistessero all'interno dell'Illuminismo anche posizioni assai diverse da quelle dei fisiocratici ed apertamente critiche verso il liberismo e l'esasperata esaltazione della proprietà privata appoggiata dai grandi proprietari terrieri. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 319-382.

¹¹⁰ Per Paolo Grossi «individualismo statalistico» e «statalismo individualistico» costituiscono la «suprema antinomia» che domina la modernità, la cifra del nuovo ordine sorto dopo la fine di quello medievale: cfr. P. GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in «Quaderni Fiorentini», 27, 1998, p. 32.

¹¹¹ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 52), Milano 1998, e, dello stesso autore, *I domini collettivi come realtà*

L'azione 'liquidatrice' liberista-statalista verrà condotta, non a caso, su due fronti: quello della proprietà, con iniziative legislative volte a promuoverne la pienezza e quello delle amministrazioni comunali, con la trasformazione dei vecchi Comuni (nella maggior parte dei casi ancora largamente partecipati: spesso veri «Comuni-comunità») in Enti pubblici burocratizzati, dai Consigli ristrettissimi e ben controllati.

Questo si manifesta in modo chiaro e precoce nella Toscana governata da uno dei campioni dell'assolutismo illuminato in Italia, Pietro Leopoldo d'Asburgo-Lorena¹¹². E tuttavia se la direzione in cui ci si muove è precisa, la strada percorsa segue «un percorso sinuoso e contraddittorio»¹¹³, come ha osservato Bernardo Sordi, all'insegna di una cautela quasi sperimentale, dovendo tener conto, oltre che delle certezze fisiocratiche e liberali, della coriacea diffidenza delle popolazioni governate¹¹⁴. Con vari editti degli anni Settanta del Settecento si avviò la formazione di una proprietà agraria dai pieni contenuti, consentendo (ma non imponendo, secondo la preferibile interpretazione), l'affrancazione degli usi civici¹¹⁵, mentre tra il 1772 ed il 1786 si attuò la riforma comunitativa, che eliminò i Comuni

complessa nei rapporti con il diritto statuale, in «Rivista di diritto agrario», 76, 1997, 3, p. 266.

¹¹² Figlio dell'imperatrice Maria Teresa d'Austria, fu Granduca di Toscana dal 1765 al 1790 (a lui si devono importanti riforme di progresso in molti settori) e Imperatore del Sacro Romano Impero (col nome di Leopoldo II) dal 1790 al 1792, su cui cfr. A. WANDRUSZKA, *Leopold II. Erzherzog von Österreich Großherzog von Toskana König von Ungarn und Böhmen Römischer Kaiser*, 2 voll., Wien - München 1963-1965; B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 37), Milano 1991, *passim*.

¹¹³ B. SORDI, *L'amministrazione illuminata*, cit., p. 20.

¹¹⁴ Tra i molti casi di resistenza alle riforme leopoldine vorremmo ricordare quello riferito da A. ZAGLI, *Pratiche e forme d'uso delle risorse collettive in un ambiente palustre: il caso di Bientina in Toscana*, in «Quaderni Storici», 81, 1992, pp. 801-852. Considerazioni anche sociologiche sui dissensi popolari verso le riforme svolge M. MONTORZI, *Modelli di proprietà in Toscana al tempo delle riforme leopoldine*, in E. CORTESE (ed), *La proprietà e le proprietà*, Atti del convegno, Milano 1988, pp. 487-488.

¹¹⁵ Ricordiamo, tra gli altri, gli editti del 20 gennaio 1776, del 2 giugno 1777 e soprattutto i vari editti emanati l'11 aprile 1778, pubblicati recentemente, insieme agli altri provvedimenti legislativi, da P. FEDERICO, *Codice degli usi civici e delle proprietà collettive*, Roma 1995, pp. 1696-1752. Dopo la dominazione francese, con la Restaurazione, i motupropri del 15 luglio 1840 e dell'11 gennaio 1845 mantennero in vigore le riforme leopoldine. Di questi sviluppi tenta di offrire una sintesi il mio scritto *Aspetti e problemi giuridici della sopravvivenza degli usi civici in Toscana in età moderna e contemporanea*, in «Archivio storico italiano», 580, 1999, pp. 285-326.

ritenuti troppo piccoli e semplificò drasticamente l'organizzazione degli altri, sopprimendo i superstiti meccanismi partecipativi e assembleari (compresa la vecchia e diffusa assemblea dei capifamiglia), togliendo la potestà normativa statutaria (gelosamente difesa ovunque per secoli) e consegnando di fatto e di diritto i Comuni nelle mani dei maggiori proprietari di terre nel luogo (neppure necessariamente residenti, contro ogni principio comunale antico)¹¹⁶. Di conseguenza, inevitabile fu lo scempio dei tradizionali principi sulla gestione dei beni comuni, a cominciare da quelli del rispetto della consuetudine e del *consensus omnium*, visti ora come ostacolo al progresso economico e civile¹¹⁷.

¹¹⁶ Su tale riforma, anche per ulteriore bibliografia, è d'obbligo rinviare al già citato contributo di B. SORDI, *L'amministrazione illuminata*, cit. L'idea che i Comuni dovessero essere governati da pochi proprietari terrieri già fu alla base, nei territori soggetti all'Austria, di un editto di Maria Teresa del 30 dicembre 1755: cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime al Fascismo*, Torino 2007, p. 20.

¹¹⁷ A distanza di oltre 170 anni restano quindi a mio avviso tutt'oggi valide le considerazioni di un giovane giurista toscano della Restaurazione, dotato di un vivacissimo interesse per la storia, come Francesco Forti che, nel primo dei suoi *Libri due delle istituzioni civili* (editi postumi nel 1840), rilevava la contraddizione di quanti al tempo stesso si professavano libertari e tessevano le lodi della riforma comunitativa leopoldina. La pagina del Forti, pur nota, è forse meritevole di essere riletta in relazione al nostro tema: «Tra le singolarità de' tempi nostri vi è pur quella d'intesser grandi apologie delle riforme del sistema municipale ordinate da Leopoldo. Io non dico se ciò si faccia a ragione o a torto; sarò osservante della legge impostami di non giudicare alcuna delle maggiori cose di Leopoldo. Osservo solo, che chi considera il reggimento municipale come coordinato a qualche sistema di politica libertà, cade in gran contraddizione facendo l'apologia del sistema municipale Leopoldino. Il gran riformatore considerò le amministrazioni municipali, come amministrazioni economiche e nulla più, ed a questa veduta subordinò le sue riforme. Le attribuzioni dei magistrati municipali furon limitate, ed il numero delle persone che prendevan parte alle cose del municipio fu ovunque ristretto. I ministri del governo trassero a sé molta della autorità che prima era devoluta ai diversi magistrati del Comune. Ciò era forse necessario per ottener maggior unità di amministrazione, per toglier molte piccolezze municipali, e per aver delle leggi relative alla più estesa libertà della persona e della industria la piena esecuzione che era nei voti del legislatore. Il sistema municipale antico era forse un impaccio alle più grandi riforme che contenevano le leggi generali del Granducato; nel moderno vi erano occasioni di meglio educare i Toscani all'amministrazione economica del Comune ... Ma comunque sia di tutto questo, certo è in fatto che la riforma municipale, quale si legge e nel regolamento generale del 1774 e nei regolamenti parziali (1785), è predominata interamente dalla veduta, che le magistrature municipali sono amministrazioni economiche e non punto poteri politici. Il che dico solo perché non sta bene prendere equivoco, allorché si parla di fatti storici»; F. FORTI, *Libri due delle istituzioni civili*, I, Firenze 1840, p. 541. Sull'Autore si è più volte soffermata, anche di recente, la storiografia giuridica: cfr. da ultimo il contributo di § F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione* (Storia dell'Avvocatura in Italia, 6), Bologna 2006, pp. 71-75 (ivi bibliografia).

Il vento della razionalizzazione economicistica – un vento di tramontana gelido e impietoso per i vecchi beni comuni – non tarderà a spirare, di lì a poco, anche nel resto della Penisola francesizzata¹¹⁸. Nel Meridione tra il 1806 ed il 1808 fu emanata da Giuseppe Bonaparte e Gioacchino Murat una legislazione volta a ripartire e privatizzare i demani comunitativi (nonché feudali ed ecclesiastici) e, con la Restaurazione, i Borboni proseguirono la politica francese¹¹⁹, come faranno del resto anche gli altri sovrani. Nel Regno sabaudo Vittorio Emanuele I, con un editto per la Sardegna del 6 ottobre 1820, consentì ai Comuni di alienare i propri terreni¹²⁰, mentre in Piemonte, come nel Lombardo-Veneto, non sembra di poter registrare una vera e propria legislazione eversiva, non dimenticando tuttavia che il decreto italico 25 novembre 1806, n. 225, aveva disposto il trasferimento dei beni «dei così detti corpi degli antichi originarii» ai Comuni¹²¹. Sul versante dell'organizzazione comunale la legge del 28 piovoso a. VIII dettò un nuovo assetto dell'amministrazione locale all'insegna dell'autoritarismo e del dirigismo centralistico. Ai Consigli comunali (ora di 10, 20 o 30 membri a seconda della popolazione) furono assegnate competenze limitate e soprattutto, come ha notato Piero Aimo,

«due altri principi generali conferivano al modello una pronunciata curvatura autoritaria: la nomina governativa degli amministratori locali ed il rigido meccanismo della tutela prefettizia. L'ordinamento municipale si riduceva così – in larga misura – a pura appendice degli apparati centrali, ad ultimo anello di una catena di comando che dall'Imperatore scendeva – attraverso i prefetti e i sotto-prefetti – sino all'estrema propaggine dello Stato»¹²².

Sarà poi di capitale importanza la legge comunale e provinciale piemontese del 23 ottobre 1859, n. 3702 (nota come legge *Rattazzi*)¹²³, perché desti-

¹¹⁸ Sui caratteri fortemente autoritari e statalistici dell'amministrazione locale napoleonica, di rottura nei confronti della tradizione di Antico regime, cfr. P. AIMO, *Il centro e la circonferenza. Profili di storia dell'amministrazione locale*, Milano 2005, pp. 55-82. L'Autore rileva peraltro come sul tema si contino molti studi specifici, ma manchi un'opera di sintesi; *ibidem*, pp. 57-58.

¹¹⁹ E. CORTESE, *Domini collettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, 13, Milano 1964, pp. 918-919.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Cfr. U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enciclopedia del diritto*, 45, Milano 1992, p. 933.

¹²² P. AIMO, *Il centro e la circonferenza*, cit., p. 107. Cfr. anche le pp. 121-170 sull'organizzazione comunale nel Regno di Sardegna.

¹²³ Il cui testo si legge in A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, III, Venezia 1962, pp. 156 ss.

nata, dopo l'Unità, ad essere estesa a tutto il territorio nazionale e poi ad essere presa come modello dalle successive leggi comunali e provinciali del Regno¹²⁴. Questa, sulla falsariga di una precedente legge del 1848, e più in generale della tradizione sabaudo-napoleonica, dopo aver affermato che i beni comunali dovevano di regola essere affittati, consentiva ai Consigli comunali di permettere, dove la condizione dei luoghi lo richiedesse, la fruizione collettiva da parte degli abitanti, previa deliberazione di un regolamento d'uso e la determinazione di un corrispettivo¹²⁵. La successiva legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865, art. 113, consentì poi alla Deputazione provinciale di rendere obbligatoria l'alienazione dei beni comunali incolti¹²⁶. Appare evidente, quindi, in questa coerente linea legislativa, il completo slittamento dei beni comuni entro la categoria del «pubblico», nella veste di proprietà dell'Ente pubblico territoriale, con la soggezione, espressamente prevista, all'ingerenza dell'amministrazione provinciale (che vale a dire, politicamente, del governo nazionale centrale). Poco rimane, non c'è quasi bisogno di dirlo, dei principi tradizionali sui beni comuni, e quel poco attiene al controllo superiore, ora perfezionato e reso ben più penetrante.

Nello Stato della Chiesa, dopo lunghi ma sterili dibattiti nel periodo della Restaurazione, fu solo nel brevissimo periodo della Repubblica romana che si dispose, con il decreto del 3 febbraio 1849, la liquidazione degli usi civici sui terreni coltivabili. Più cautamente, ma seguendo una linea politica che ormai si reputava non accantonabile, una notificazione di Pio IX del 29 dicembre 1849 consentì (senza imporre, analogamente a quanto aveva fatto oltre settant'anni prima Pietro Leopoldo in Toscana) l'affrancazione dei fondi dal pascolo collettivo.

¹²⁴ La legge Rattazzi, ispirata al modello autoritario ed accentrato napoleonico, sottopose i Comuni ad un rigido controllo governativo, e fu addirittura emanata dal Governo in opposizione al Parlamento, grazie allo stato di guerra. Cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, cit., pp. 168-169. Più in particolare, anche per ulteriore bibliografia, cfr. P. AIMO, *Il centro e la circonferenza*, cit., pp. 136-146 e 169-170. Sul grande tema del rapporto centro-periferia nella storia italiana cfr. E. ROTELLI, *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, Milano 1978; R. ROMANELLI, *Centro e periferia: l'Italia unita*, in *Il rapporto centro periferia negli stati preunitari e nell'Italia unificata* (Istituto per la storia del Risorgimento italiano, Atti dei Congressi, 28), Roma 2000, pp. 215-248.

¹²⁵ Cfr. U. PETRONIO, *Qualche spunto sulla 'questione demaniale' in Italia prima della legge Zucconi*, in P.G. FALASCHI (ed), *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888*, Atti del convegno, Camerino 1991, pp. 52-54.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 62.

L'indirizzo abolizionista divenne dunque nel corso dell'Ottocento, pur in varia misura, prevalente¹²⁷, ma in occasione del dibattito parlamentare sul riordinamento degli usi civici e dei demani collettivi nelle ex provincie pontificie, affiorarono nuove considerazioni e nuove tendenze (pensiamo all'opera di Giovanni Zucconi, recuperato all'attenzione storiografica dalle ricerche di Paolo Grossi)¹²⁸, nella constatazione che molto spesso, o quasi sempre, le privatizzazioni avevano del tutto fallito nel loro scopo di creare una piccola diffusa proprietà terriera privata, impoverendo, anziché sollevando, le popolazioni¹²⁹. La legge 24 giugno 1888, n. 5841 (cosiddetta legge *Zucconi*), indirizzata alle ex provincie pontificie, ammise l'affrancazione non solo in capo ai proprietari di terreni gravati da usi civici, ma anche in capo agli stessi comunisti, che potevano dunque costituire veri domini collettivi. La legge in parola, non prevedendo però forme autonome di gestione di questi beni, lasciò in pratica che gli enti comunali si ingerissero anche con scopi diversi dalla salvaguardia degli interessi degli utenti. Fu così che, con la legge 4 agosto 1894, n. 397 (anch'essa rivolta unicamente alle ex provincie pontificie), si demandò la gestione dei beni comuni ad associazioni di utenti distinte dal Comune, come Università agrarie o Comunanze¹³⁰. La legge 16 giugno 1927, n. 1766, art. 1 (tutt'oggi, com'è noto, la legge nazionale fondamentale sugli usi e demani civici) ed il regio decreto 26 febbraio 1928, n. 332, riguardante il relativo regolamento applicativo, capo IV (artt. 58-66), ammisero in via generale Università ed Associazioni agrarie, accanto a Comuni e Frazioni, come titolari di beni di uso

¹²⁷ Del resto, più in generale, forte fu l'influenza del modello francese nell'organizzazione amministrativa degli Stati pre-unitari e poi del Regno d'Italia: cfr. P. AIMO, *Il centro e la circonferenza*, cit., pp. 83-94, dove si osserva: «il modello francese transitò così dal Regno Italico (tramite lo stesso Regno di Sardegna, il cui territorio era stato inglobato direttamente nell'Impero) all'unificato Regno d'Italia, marcandolo dunque, in modo indelebile, con i suoi tratti burocratici, autoritari ed accentratori»; *ibidem*, p. 92.

¹²⁸ Cfr. P. GROSSI, *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in P.G. FALASCHI (ed), *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888*, cit., pp. 101-129.

¹²⁹ Come ha osservato il Cortese, «il fallimento delle quotizzazioni appariva ormai chiaro: gli assegnatari si erano per lo più affrettati a vendere le proprie quote ...; grosse proprietà si erano formate in mano di speculatori a costi irrisori; i comuni e le popolazioni si erano ulteriormente impoveriti, l'agricoltura non aveva tratto i benefici vagheggiati. Fu naturale porre sotto accusa le tendenze razionali ispiratrici della legislazione dell'età napoleonica, l'individualismo esasperato di marca giusnaturalistica, il culto della proprietà privata sciolta da ogni vincolo»; E. CORTESE, *Domini collettivi*, cit., p. 919.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 920.

civico esistenti o creati dalle procedure di affrancazione dagli usi civici dei terreni privati¹³¹.

La legge del '27, secondo diffusa e risalente opinione, non è immune da difetti, come quelli di assimilare situazioni diverse sotto una disciplina ispirata ai principi della legislazione liquidatrice meridionale e, per quanto di più ci interessa, di spostare sensibilmente la materia entro la sfera pubblicistica. Secondo una parte della dottrina, in base alle legge del '27 si dovrebbe parlare solo di proprietà comunale destinata ad uso civico, e non di proprietà collettive o demani collettivi, perché tali nozioni sarebbero del tutto estranee all'impianto della legge in questione¹³². In effetti è merito della giurisprudenza aver interpretato la legge considerando i Comuni come intestatari (con poteri rappresentativi e tutori) dei beni comuni e la popolazione del luogo come vera titolare di essi¹³³. E dove la comunità titolare non coincide con il Comune o la Frazione si ricorre a forme di amministrazione separata, dalle diverse denominazioni.

Se volessimo, in conclusione, tracciare un bilancio di quanto dell'esperienza giuridica antica dei beni comuni è giunto fino a noi, dovremmo constatare che molto è andato perduto o snaturandosi entro un contesto giuridico-istituzionale, culturale, socio-economico profondamente diverso. Oggi le associazioni di utenti per la gestione dei beni comuni, al di là della qualificazione più o meno forzatamente attribuita loro dal legislatore, continuano a testimoniare concretamente che tra la macro-sfera del pubblico-statale (e degli Enti che ne sono mere propaggini) e quella minima del privato-individuale può esistere ancora, e salutarmente, la dimensione comunitaria.

Ma non si può dimenticare, ed è anzi preciso compito dello storico ricordarlo, che quanto oggi sopravvive, quasi come in una riserva naturalistica, dell'antico comunitarismo rurale sono le briciole di una realtà multiforme

¹³¹ Ricordiamo infatti che la liquidazione degli usi civici su fondi privati, ai sensi dell'art. 5 della legge 1766 del 1927, può avvenire con la quotizzazione e suddivisione del fondo tra il privato e il Comune (o frazione o associazione) in cui si trova la terra, trasformandosi la parte che rimane al privato in proprietà privata piena e l'altra in demanio civico. Inoltre, per l'art. 7, II comma, è possibile l'assegnazione dell'intero fondo privato alla comunità, dietro pagamento di un canone al proprietario, quando ricorrono determinate esigenze di tutela degli interessi della collettività.

¹³² Cfr. U. PETRONIO, *Usi civici: radici storico-giuridiche; gli organi preposti (Comuni, Frazioni, Amministrazioni separate)*, in V. CERULLI IRELLI - DI MARCO (edd), *Usi civici. I problemi attuali e le prospettive di riforma*, Atti del convegno, Firenze 1995, pp. 10-11

¹³³ Cfr. V. CERULLI-IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, pp. 263-342.

vastissima, fatta di una miriade di situazioni diffuse ovunque, espressione di una cultura politico-giuridica comune all'intera Europa – ed il parere del Sordi, che ce ne ha brevemente descritto i tratti, riposa infatti su *rationes* universali, non certo limitate dai ristretti confini del principato piemontese. Questa cultura era vissuta per settecento anni, nel sistema di diritto comune, entro il flessibile, adattabilissimo, modello comunale antico e nei Comuni minori aveva senza dubbio influenzato e plasmato il modo stesso di organizzarsi dell'istituzione, reclamando assemblee, suggerendo rotazioni delle cariche e sorteggi, chiamando ciascuno a cooperare per il bene comune. Gli statuti e le fonti locali svelano questa verità storica, che attende ancora oggi studi comparativi a largo raggio per essere meglio compresa.

E così la via giuridicamente più coerente per salvare la cultura dei beni comuni sarebbe forse stata quella di recuperarli (a parte certe situazioni dai peculiari accenti privatistici) interamente dentro la dimensione comunale, ma in un Comune riformato in senso opposto a quello delle leggi 'liberal-borghesi': riconciliato anzitutto con la sua esperienza storica, reso dunque più flessibile e recettivo delle peculiarità (socio-economiche, ambientali e culturali), più partecipato, se necessario anche più piccolo, più capace cioè di gestire democraticamente in autonomia gli aspetti della vita locale, ferma restando una superiore istanza di controllo e supervisione. Un Comune post-moderno ricondotto, in altri termini, ad essere anche comunità (*universitas et homines*, nel bifronte ma unitario concetto medievale), più vicino alla *prima communitas* naturale, nello spazio tra «pubblico-statale» e «privato»¹³⁴ o, in altri termini, a rappresentare nuovamente quel «pubblico» non necessariamente statalistico che ha radici ben profonde nella nostra storia.

¹³⁴ Cioè in quella direzione, com'è noto, ripetutamente indicata da filosofi e sociologi, di diversi orientamenti ma tutti riconducibili, con qualche approssimazione, entro il grande alveo del pensiero comunitarista: basti qui ricordare, tra i padri nobili di questa corrente di pensiero, figure di spicco nella cultura europea ed americana come Emmanuel Mounier, Jacques Maritain, Martin Buber, Adriano Olivetti, Lewis Mumford, Murray Bookchin ed Ivan Illich, sui quali offre aggiornate indicazioni bibliografiche il già citato contributo di V. PAZÈ, *Il comunitarismo*, cit., *passim*.

Résumé

IM SPANNUNGSFELD VON «ÖFFENTLICH» UND «PRIVAT»: DIE RECHTSLAGE BEI DER VERWALTUNG VON GEMEINGUT UND EIN «CONSILIUM» GIOVANNI PIETRO SORDIS AUS DEM 16. JAHRHUNDERT

Das *ius commune* hat in Sachen Verwaltung von Gemeingut mit kollektivem Nutzen (heute in Italien als «*proprietà collettive*» oder, im weiteren Sinn, als «*usi civici*» bekannt) zu deren Schutz einen Regelkatalog aufgestellt und für sie einen *status* entworfen, das sich von dem des anderen Gemeinschaftsbesitzes unterscheidet. Auch in diesem Fall konstruierten die Juristen diese Regeln auf dem Grundstock des römischen Rechts und weiteten Prinzipien von Justinians *Corpus iuris* auf Situationen aus, die von diesem gar nicht geregelt werden.

In der gewaltigen beratenden Literatur zum Thema der Handhabung von gemeinschaftlichem Eigentum fand das *consilium* von Giovanni Pietro Sordi da Casale († 1598) aus dem späten 16. Jahrhundert Beachtung und große Verbreitung. Es kondensiert klar und deutlich die Grundprinzipien der Verwaltung des Gemeinguts, wie diese sich insbesondere vermittels der *interpretatio* der justinianischen Kodifikation in der Lehre vom 14. bis zum 16. Jahrhundert konsolidiert hatten.

Ein Beschluss des Gemeinderats von Livorno Piemonte (heute Livorno Ferraris, in der Nähe von Vercelli) hatte es verboten, auf öffentlichem Weideland und brachliegendem privaten Grund Schafe weiden zu lassen, womit ein wichtiger, bis *dato* von der lokalen Bevölkerung ausgeübter Bürgergebrauch beseitigt wurde. Viele Einwohner protestierten; sie beharrten auf der Rechtswidrigkeit des Beschlusses und verlangten daher dessen Aufhebung, Sordi verteidigte Ihre Gründe.

Unter den im *consilium* aufgezählten Prinzipien behauptet sich an erster Stelle jenes, das festsetzt, dass die Gemeinden in ihrem rechtmäßig einberufenen und normalerweise nach dem Mehrheitsprinzip entscheidenden Gemeinderat über die Verwaltung ihrer Güter bestimmen können: *maior pars quod facit, omnes videntur facere*. Aber in Fällen, in denen Rechte Einzelner am Gemeingut geltend gemacht werden sollen, wie eben an den oben erwähnten Weideflächen, die *sunt omnibus communia*, gilt das Mehrheitsprinzip nicht mehr und man geht entsprechend einer allgemein in die Lehre eingegangenen Meinung zum *consensus omnium* über: «*quod omnes tangit ab omnibus debet approbari*». Dieses Prinzip wird in der *XXIX regula iuris* des *Liber Sextus* von Bonifazius VIII. (1298) formuliert, es ist jedoch viel älter. Die Formel war schon im kanonistischen

Bereich sporadisch aufgetaucht: in einer Dekretale von Innozenz III. zum Thema Entfernung niederer Geistlicher und in einigen Glossen der *glossa ordinaria* zum *Decretum Gratiani*. In allen Fällen wurde der Ausdruck einer Konstitution Justinians aus dem Jahr 531 (*Cod. 5.59.5*), die einen anderen und speziellen Gegenstand betraf, einfach aufgegriffen und auf ekklesiastische Themen bezogen, nämlich die gemeinsame Ausübung der Vormundschaft bei Anwesenheit mehrerer Vormünder. Seinerseits hatte Justinian das Prinzip wahrscheinlich (wenn nicht in seiner formellen Übereinstimmung, so doch in der Substanz) aus der klassischen Rechtsprechung übernommen: so schrieb beispielsweise ein Fragment Ulpians, unter dem Titel *De aqua pluvia arcenda* der *Digesten* (39.3.8) vor, dass die Genehmigung zum Wasserholen nicht allein vom Besitzer gegeben werden konnte, auf dessen Grund sich die Quelle befand, sondern gemeinsam allen zustand, die ein Recht auf Versorgung hatten.

Grundlage des Prinzips *Quod omnes tangit* angewandt auf Gemeinschaftsbesitz sind also eine weitentfernte justinianische Disposition in einer ganz anderen Materie und eine Regel allgemeiner Tragweite aus dem kanonischen Recht. Trotzdem kann man annehmen, dass es hinter oder neben jener formellen Legitimation noch eine andere gab: eine die nirgends geschrieben stand, höchstens in der Mentalität des mittelalterlichen Menschen. Wir haben es – so könnte man meinen – mit einem nicht unwesentlichen Element volkstümlicher Rechtskultur zu tun, einem Aspekt jenes «moto associativo», um einen Ausdruck Francesco Calassos zu gebrauchen, der die mittelalterliche Zivilisation durchdrang. Die *libri iurium*, die Kommunalstatuten und die Sammlungen von Versammlungsbeschlüssen des frühen und hohen kommunalen Zeitalters vereinigen und bezeugen deutlich Momente sowohl dieses assoziativen Geistes im allgemeinen, als auch des Prinzips des *consensus omnium* im Besonderen. Denken wir nur an die kollektiven Unterzeichnungen der wichtigsten die Gemeinden betreffenden Akten, an die großen Versammlungen, die zum Entscheiden wichtiger Fragen einberufenen wurden, darunter auch die nähere Bestimmung der Möglichkeiten der Nutzung des Territoriums und dessen natürlicher Ressourcen.

Wie auch in anderen Fällen (so z.B. die Kategorie des *dominium utile*) kleideten die mittelalterlichen Juristen etwas in ein römisches juristisches Gewand, das nicht unbedingt römisch war; es war eben in der damaligen Praxis so präsent, dass es dementsprechend in Betracht gezogen werden musste. So war das Prinzip des *consensus omnium* angewendet auf die Handhabung gemeinschaftlichen Eigentums wahrscheinlich ein im Brauchtum der Bevölkerungen schon verankertes Prinzip, das sich ab

einem gewissen Punkt verkleidet, um sich unangefochtene Würde und Akzeptanz zu verschaffen.

Nach dem *consensus omnium* – ein weiteres Prinzip, das im *consilium* bestätigt wurde – ist der Respekt gegenüber den Gewohnheiten ein weiteres Hauptelement der vormodernen volkstümlichen Rechtskultur. Für Sordi hätten die Räte, auch mit dem Einverständnis des lokalen Magistrats, den Bürgern und Einwohnern die Nutzung der Wiedeflächen nicht verbieten können, da diese schon lange das Recht daran hatten. Die Zeit kann also die Bedingungen für die Nutznießung an Gemeinschaftsbesitz vorschreiben: es ist die Kraft der eingefleischten Gewohnheit, die sich auch über den Willen der Gemeindebeamten durchsetzt. Hiermit wird nur erneut die Lebendigkeit der gewohnheitsrechtlichen Quelle nicht nur im Mittelalter bezeugt, wo sie lange die Grundfesten, die Verfassung und dann «eine der tragenden Strukturen» der juristischen Ordnung insgesamt verkörperte, sondern auch im gesamten Ancien Regime.

Ein anderes wichtiges Prinzip, auf das Sordi bei der Verwaltung von gemeinschaftlichem Eigentum hinweist, ist, dass die Gemeindeberatung *iusta* sein muss, und daher beispielsweise nicht zum Nachteil einzelner Personen ausfallen kann, und weiter beruft man sich vermittels einer der bekanntesten Stellen des *Decretum Gratians* auf das kanonische Recht, um eine zentrale Überzeugung der mittelalterlichen Rechtskultur heraufzubeschwören: es genügt nicht, dass ein Gesetz vom rechtmäßigen Machthaber erlassen wird, es muss auch gerecht sein, um in Kraft treten zu können.

Angesichts der Zielsetzungen des Gutachtens bleibt ein anderes wichtiges Prinzip der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums im Schatten: die Billigung der Bestimmungen der unterworfenen Gemeinden durch die Autorität des Herrschers. In dieser Hinsicht gilt es daran zu erinnern, dass schon im späten Mittelalter und in zunehmendem Masse in der frühen Neuzeit, die Befähigung der Gemeinden ihre eigenen Ressourcen zu verwalten und darüber zu verfügen mehr oder weniger überall auf Beschränkungen durch die höheren Autoritäten stößt (der Fürst oder die dominierenden Städte). Die Gemeinden bleiben im Besitz ihrer Güter und ihrer Rechte, werden jedoch handlungsunfähigen Personen gleichgestellt, die zu ihrer rechtlichen Vertretung einen Vormund brauchen.

Das Gutachten Sordis konzentriert also verschiedene Prinzipien, auf die Lehre und Jurisprudenz, die Neuzeit hindurch Bezug nehmen sollten. Das Prinzip *consensus omnium* wurde beispielsweise das gesamte 17. Jahrhundert hindurch in die Werke berühmter Juristen wie Capobianco, De Otero, De Luca und Savelli aufgenommen. Was aber andererseits nicht bedeutet,

dass auf dem Niveau der lokalen Praxis keine wichtigen Unterschiede existierten und dass die theoretischen Prinzipien immer gewissenhaft Anwendung fanden. Wir haben es hier mit einem heterogenen Rahmen zu tun, eine unvermeidbare Folge des starken juristischen Pluralismus, der allem Anschein nach konstant von der Lehre beeinflusst war.

Um ausschlaggebende und revolutionäre Veränderungen zu beobachten, muss man bis zum Ende des 18. Jahrhunderts warten (in einigen besonderen Fällen, wie in der Toskana) und dann bis ins 19., als überall – trotz gehörigem Widerstand, Zweifeln und Unsicherheiten – die Freihandels- und die etatistischen Prinzipien der physiokratischen Aufklärung dominierten, die Napoleons Armeen erfolgreich exportiert hatten. Sie können sich korrekterweise – mit einem Ausdruck der heute ein Oxymoron erscheinen mag – die Prinzipien des etatistischen Freihandels nennen, oder die Postulate jener kohärenten Vision, in der die Verherrlichung des Individuums – des bürgerlichen Individuums ‘Besitzer’ – sich mit der Aufdringlichkeit des Staats verbindet, um die gemeinschaftliche Dimension aus der zivilen Ordnung zu entfernen. Diese Liquidierungsaktion wird nicht zufälligerweise an zwei Fronten geführt werden: an jener des Eigentums, mit legislativen Initiativen zur Förderung der Fülle, und an jener der Gemeindeverwaltungen, mit der Umwandlung der alten Gemeinden (in den meisten Fällen noch mit starker Beteiligung: oft waren sie richtiggehende ‘Gemeinden-Gemeinschaften’) in bürokratisierte und staatlich kontrollierte öffentliche Einrichtungen mit sehr eingeschränkten Räten.

Heute überleben von dem alten ländlichen Kommunitarismus – beinahe wie in einem Naturschutzgebiet – nur die Überbleibsel einer breiten und vielschichtigen Realität, die aus einer Unmenge überall verbreiteter Konstellationen besteht und Ausdruck einer politisch-juristischen Kultur ist, die über 700 Jahre hinweg im System des *ius commune* im flexiblen und so anpassungsfähigen alten kommunalen Model bestanden hatte.

Übersetzung von Friederike Oursin