

I BENI DI INTERESSE PUBBLICO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

a cura di
LUIGI GAROFALO

tomo primo

estratto



JOVENE 2016

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2016

ISBN 978-88-243-2449-6

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

MARIA FEDERICA MEROTTO

‘AGER COMPASCUUS’: UN ESEMPIO DI VINCOLO DI DESTINAZIONE DI INTERESSE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. *Ager compascuus*: inquadramento. – 2. Problemi di qualificazione giuridica. – 3. La preminente spettanza del *ius* ai fondi. – 4. Un caso di *ius compascendi* privato. – 5. Rapporto tra fondi individuali e *saltus*: negazione della servitù prediale. – 6. *Ius compascendi* come riflesso di una ‘comproprietà destinata’. – 7. L’instaurazione del vincolo di destinazione. – 8. Osservazioni conclusive.

1. ‘*Ager compascuus*’: inquadramento.

Quella particolare tipologia di *ager publicus* conosciuta come *ager compascuus* presenta ancora oggi alcuni profili di interesse per il dibattito romanistico, soprattutto per quanto riguarda il regime di circolazione di fondi¹. Il quadro giuridico di riferimento è però complesso e

* Le citazioni delle fonti gromatiche sono tratte dal *Corpus* intitolato *Gromatici Veteres*, creato da F. BLUME - K. LACHMANN - A. RUDORFF, *Die Schriften der römischen Feldmesser*, I, Berlin, 1848.

¹ Il contributo si focalizza unicamente sui cd. *agri compascui* (o *compascua*), ossia quei pascoli assegnati ai proprietari di certuni fondi, spesso – ma non per forza – limitrofi all’*ager compascuus*. Oltre a questi, tuttavia, nell’ambito delle colonie sussistevano altre categorie di pascoli: i *pascua coloniae* (pascoli assegnati alla colonia come persona) e i *pascua colonorum* (pascoli assegnati *nominibus* alla collettività dei coloni). Tale classificazione, risalente a A. RUDORFF, *Gromatiche Institutionen*, in *Die Schriften*, cit., II, 395 ss., è data per pacifica dalla prevalente dottrina. Ciò posto, le tipologie appena elencate rimangono frutto della moderna rielaborazione degli scritti dei gromatici, posta la carente attenzione – sottolineata anche da G. IMPALLOMENI, *Il diritto di compascolo di*

lacunoso, cosicché risulta ancora per molti aspetti oscura la qualificazione più opportuna da assegnare all'*ager compascuus* nel sistema dei beni e dei diritti reali dell'ordinamento giuridico romano².

Le prime difficoltà si incontrano già sul terreno delle definizioni, considerato che le fonti sono spesso tra loro contraddittorie. Il termine stesso '*ager compascuus*' è in sé ambiguo, in quanto è stato frequentemente impiegato in senso atecnico³ ed omnicomprendente per identificare qualsiasi terreno destinato al pascolo, a prescindere dai soggetti abilitati a farvi confluire i propri capi di bestiame⁴.

Questo breve contributo sarà dedicato unicamente all'*ager compascuus* in senso proprio, ossia quell'istituto che la comune dottrina

cui a D. 8,5,20,1 di Scevola, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 489 (da cui le successive citazioni) – che i giuristi dedicarono ai compascoli pubblici.

² La categoria dei *compascua* ha spesso destato confusione in dottrina. Non distinguono tra *pascua* e *compascua* ad esempio E. SERENI, *Comunità rurali nell'Italia antica*, Roma, 1955, 446 ss., (il quale peraltro fornisce una nozione piuttosto imprecisa dei *compascua*, definiti come «pertinenza dei *fundi* che su di essi esercitavano i loro usi promiscui», probabilmente mutuata dalle teorizzazioni altomedievali sugli usi civici) e G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, I, *Concetto di cosa – cose 'extra patrimonium'*, Milano, 1945, 187 s., il quale afferma: «il compascolo può essere costituito non soltanto a favore dei proprietari dei fondi vicini, o in generale a favore dei proprietari di fondi determinati, ma anche a favore di tutti i membri della colonia. In questo caso il gruppo è più largo, ma il rapporto, evidentemente, resta fondamentalmente il medesimo». Lo stesso A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, 123 s., in specie nt. 24, pur ammettendo che indubbiamente i compascoli sono spesso presentati dagli *auctores* come una terza categoria rispetto ai pascoli della colonia e a quelli dei coloni, sottolinea che i *compascua publica Iuliansium*, citati da Hyg. Grom. *de lim. const.* 202.3, sono ora avvicinati ai *pascua coloniae* ora ai *pascua colonorum*, il che rende plausibile che i pascoli pubblici concessi in godimento ai privati potessero rientrare nella categoria dei pascoli ai coloni, dei quali avrebbero costituito «solo una ulteriore specificazione».

³ Come osservato da G.P. BOGNETTI, *Ascua et pascua*, in *Studi in onore di C. Calisse*, I, Milano, 1939, 208, già in epoca romana iniziavano a sorgere «difficoltà esegetiche dal fatto che certi nomi, di per sé indicanti una condizione naturale o topografica di un terreno, o anche l'uso agricolo che se ne fa (indipendentemente quindi dall'essere piuttosto di proprietà pubblica, comunale o privata) vengono ad assumere, in una loro particolare accezione, e, di solito, nel gergo locale e con riferimento al locale regime amministrativo o fondiario, una specifica portata giuridica».

⁴ Solo per completezza espositiva va ricordato che le fonti parlano pure di un'ulteriore antica forma di sfruttamento dell'*ager publicus* peculiare alle terre destinate al pascolo: il cd. *ager scripturarius*, ossia un regime dell'*ager publicus* pascolativo caratterizzato dal versamento di una tassa (*scriptura*) da parte dei privati cui era permesso il pascolo su quel terreno. Per un approfondimento sul rapporto tra il regime dell'*ager scripturarius* e quello dell'*ager compascuus* rinvio ad A. BURDESE, *Studi*, cit., 36 ss.

ritiene essersi delineato in sede di *divisio et adsignatio agrorum*⁵, conte-

⁵ Tale profilo genetico è massicciamente confermato soprattutto dalle fonti gromatiche, che testimoniano i molteplici aspetti del processo che Roma abitualmente compiva per difendere un territorio appena conquistato. Si trattava di un'impresa particolarmente difficile e impegnativa, nell'ambito della quale era favorito l'insediamento nei nuovi territori di popolazioni 'amiche', la cui realizzazione richiedeva necessariamente la costruzione di nuove vie di comunicazione e la fondazione di nuove colonie e culminava con un preciso cerimoniale ove l'*adsignatio* veniva deliberata con apposita legge o plebiscito. La *divisio et adsignatio agrorum* aveva ad oggetto l'*ager publicus populi Romani* inteso come territorio di conquista, ossia come bene fruttifero assegnabile a singoli soggetti per il tramite di un atto 'sovrano' che rescindeva l'appartenenza del bene all'intera collettività e ne trasferiva la proprietà (o il possesso) al singolo *civis*. Conseguenza imprescindibile di tutto ciò fu una radicale ristrutturazione del territorio, che subì enormi lavori di bonifica, disboscamento, opere idrauliche, costruzioni di insediamenti rurali, riduzioni a coltura. Tale sistemazione agraria è nota come 'centuriazione', nome che deriva – come narra Varrone nel *De re rustica* – dalla procedura, risalente ai tempi di Romolo, di distribuire l'equivalente di una centuria (pari a poco più di 50 ettari) a cento proprietari. Il terreno all'interno delle centurie era poi suddiviso in appezzamenti da assegnare ai coloni, il che è rispecchiato anche nell'origine leggendaria della stessa Roma, quando Romolo assegnò a ogni *paterfamilias* i *bina iugera*, affinché ciascuno divenisse *dominus* di un terreno – che avrebbe costituito l'*heredium* – per la casa e per l'orto, mentre l'ampissimo suolo rimanente, come sottolineato anche da G. TIBILETTI, *'Ager publicus' e suolo provinciale*, in *I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo*, Roma, 1974, 89 ss., fu messo a disposizione di qualsiasi appartenente al *populus*, che avrebbe potuto sfruttarlo «secondo la qualità e natura dei differenti appezzamenti, per l'agricoltura estensiva, la pastorizia, la raccolta della legna e altri simili 'usi'». È proprio in tale contesto che andrebbe collocata l'origine dell'*ager compascuus*, inteso come sistema 'giuridicizzato' di distribuzione di terre destinate alla pastorizia tra nuclei omogenei di piccoli proprietari terrieri. Al proposito, sebbene sia impossibile dire con certezza se l'usanza romana di considerare alcune parti del suolo destinato a pascolo di esclusiva spettanza di alcuni fondi limitrofi sia stata disciplinata *ex novo* nell'ambito della *divisio et adsignatio agrorum*, oppure se, in quella sede, sia stato recepito un modello già definito, mi pare indubitabile che il modo d'intendere il legame tra proprietà private e *saltus* sia stato impostato quantomeno in ossequio a una primordiale percezione di necessaria instaurazione di un vincolo tra terreni. Nelle fonti si scorgono le profonde radici dell'*ager compascuus*, le cui origini non possano essere limitate alla volontà di evitare che terreni tortuosi e incoltivabili fossero assegnati ai piccoli agricoltori. Una testimonianza di Igino spiega la necessità di mantenere inalterato lo *status* giuridico di una serie di luoghi – tra cui i *compascua* – anche se essi siano stati inglobati all'interno di una centuriazione: Hyg. *de cond. agr.* 120.12-18: *Illud uero obseruandum, quod semper auctores diuisionum sanxerunt, uti quaecumque loca sacra, sepulchra, delubra, aquae publicae atque uenales, fontes, fossaeque publicae uicinalisque essent, item siqua compascua, quamuis agri diuiderentur, ex omnibus eiusdem condicionis essent cuius ante fuissent*. Il passo è di estremo interesse, in quanto testimonia l'esistenza di alcuni luoghi interessati da vincoli 'intrinsecamente pubblicistici', che nemmeno la volontà riformatrice della *res publica* avrebbe potuto elidere. Oltre alla testimonianza di Igino, che si riferisce esplicitamente alla necessità di conservare il precedente regime dei *compascua*, altri indizi si ricavano da una definizione ricorrente nelle fonti gromatiche: gli *auctores*, infatti, spesso utilizzano il verbo *relinquere*

stualmente all'uso, invalso in sede di suddivisione del territorio e di assegnazioni viritane e coloniarie, di concedere pascoli – che rimanessero pubblici⁶ – a più assegnatari limitrofi, i quali vi avrebbero esercitato un *ius compascendi* esclusivo ovvero, stando alla descrizione mommseniana, *in quibus non qui velit, sed certi tantum homines, plerumque praediorum quorundam vicinorum domini, ius pascendi habeant*⁷.

Rispetto alle altre due tipologie di compascoli (ossia i pascoli assegnati alla colonia come persona⁸ e quelli assegnati all'intera comunità dei coloni⁹), l'*ager compascuus*, inteso come sistema di distribuzione di terre destinate alla pastorizia tra nuclei omogenei di piccoli proprietari terrieri¹⁰, sembra l'istituto il cui studio meglio potrebbe mettere in luce

per indicare il momento dell'assegnazione dell'*ager compascuus* ai fondi limitrofi. In tal senso si veda ad esempio la definizione data da Festo nel *De verborum significatione* di *compascuus ager*, inteso come quell'*ager relictus ad pascendum communiter vicinis*; qui – come osservato anche da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Spazio privato e spazio pubblico*, in *La forma della città e del territorio. Esperienze metodologiche e risultati a confronto. Atti S. Maria Capua Vetere 27-28 novembre 1998*, a cura di L. Quilici e S. Quilici Gigli, Roma, 1999, ora in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Scritti scelti*, I, Napoli, 2010, 511 (da cui le citazioni seguenti) – il participio passato *relictus* in luogo di, ad esempio, *adsignatus*, lascia presagire – più che un'innovazione – un intento di mantenere inalterata una struttura organizzativa preesistente (comunque distinta dall'antichissimo istituto che sarebbe già stato conosciuto come *compascuus* recentemente rievocato da G. SABBATINI, *Appunti di preistoria del diritto romano*, Torino, 2014, 77 s.). D'altronde, come osservato da M. BRE-TONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari, 1999, 105, il regime fondiario poteva essere determinato dalla volontà, privata o pubblica, ma anche dalla «*vetustas*, ossia da uno stato di cose esistente da tempo immemorabile».

⁶ Come notato da B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli Agrimensori Romani comparate a quelle del Digesto*, Verona - Padova, 1897, 328, l'iscrizione nelle mappe *in modum o tantum compascuae* mostra che era concesso un puro diritto di pascolo, senza disponibilità del fondo.

⁷ Così T. MOMMSEN, 'Lex Agraria', in *Gesammelte Schriften*, I, *Juristische Schriften*, Berlin, 1905, 107.

⁸ Sulla considerazione della colonia come persona v. F. GRELLE, 'Adsignatio' e 'publica persona' nella terminologia dei gramatici, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, 1136 ss.

⁹ Con riferimento alla suddivisione 'classica', parla più genericamente di '*pascua communia*' «lasciati nella disponibilità indifferenziata della comunità» destinati ad essere differenziati solo in un secondo momento L. MAGANZANI, *Gli incrementi fluviali in Fiorentino VI Inst.* (D. 41.1.16), in *SDHI*, LIX, 1993, 232, nt. 117.

¹⁰ Sembra corretto negare – come ha fatto U. LAFFI, *L'ager compascuus*, in *REA*, 1998, C. 3-4, 537 – che gli aventi diritto al compascuo formassero associazioni di diritto privato del tipo della comunanza delle partecipanze. In senso contrario v. A. SOLMI, *Sulla natura giuridica delle 'Società degli antichi originari' e delle partecipanze agrarie nel sistema della proprietà fondiaria dell'Italia superiore*, in *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo*, Roma, 1937, 329 ss.

la concezione giuridica romana di una tipologia molto particolare di diritti su beni pubblici¹¹. Gli *agri compascui* concessi ai privati che prendono forma nel contesto della centuriazione possono, in un certo senso, essere considerati un 'ibrido' del sistema costruito sulla polarizzazione tra appartenenze pubblico-statali e privato-commerciali¹². È stato perciò incisivamente affermato che le terre destinate al compascolo, per come emergono dalle fonti gromatiche, paiono «di volta in volta pubbliche o private, o, addirittura, pubbliche e private insieme»¹³. Lo scenario di riferimento è infatti evocativo di strutture lontane tanto dalla prospettiva privatistica del *dominium* quanto da quella meramente pubblicistica: «come definire pubblica una terra che è pertinenza di specifici qualificati titolari? Ma come ammettere per essa una omogeneità di regime di quella proprietà individualistica che si assocerà per sempre al modello del *dominium*?»¹⁴.

La qualificazione giuridica dell'*ager compascuus* rappresenta dunque un punto nevralgico dell'intero apparato dei beni pubblici, che deve confrontarsi con un insieme non omogeneo di beni, per alcuni dei quali «non appare di immediata individuazione neppure la collettività di riferimento, che spazia da una collettività territoriale all'intero consorzio umano»¹⁵.

¹¹ Sebbene non sia questa la sede per soffermarsi sulla fondamentale distinzione tra *res in usu populi* e *res in pecunia populi*, preme sottolineare, sulla scia di A. BURDESE, *Studi*, cit., 117, che i pascoli, per la varietà di soggetti cui potevano essere assegnati, costituiscono un importante esempio dell'assenza di una demarcazione netta tra le due categorie, «in quanto non è detto che *res* di un dato tipo debbano sempre necessariamente appartenere all'una piuttosto che all'altra».

¹² Sulla dicotomia pubblico-privato e sulle distinte configurazioni che essa assume nelle diverse epoche del diritto romano, di recente, si veda l'analisi in chiave processuale svolta da A. DI PORTO, *'Res in usu publico' e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, 7 ss. Sui profili inerenti alla tutela dei luoghi pubblici, invece, basti il rinvio a N. DE MARCO, *I 'loci publici' dal I al II secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell' 'usus', gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004, *passim*.

¹³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Spazio*, cit., 513 ss.

¹⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Spazio*, cit., 502. Sull'impatto che la 'scoperta' delle strutture agrarie comunitarie può aver esercitato su una cultura giuridica profondamente dominata da valori individualistici e appiattita sul modello romanistico del *dominium ex iure Quiritium* cfr. ID., *Le forme di proprietà della terra*, in *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi*, I, Roma, 1981, 223 ss.

¹⁵ Così G. GUIDA, *Il regime dell' 'ager compascuus' tra proprietà collettiva e 'res communes'*, in questo volume, 225 s. Lo studio dell'*ager compascuus* lambisce la più complessa vicenda degli usi civici e della proprietà collettiva, sulla quale si registra un imponente

In questo caso specifico si coglie l'estrema difficoltà di leggere il dato pubblicistico, celato tra le fitte maglie di un istituto che «adombra un concetto empirico di appartenenza esclusiva»¹⁶: il fatto che l'*ager compascuus* appaia come un terreno assegnato al privato, trasmissibile *inter vivos* e *mortis causa*, tenderebbe infatti a 'sbiadire' i lineamenti pubblicistici di questa particolare tipologia di *ager publicus*. Aggiungasi che, su natura e regime dell'assegnazione dei compascoli, le testimonianze degli *auctores* sono nebulose e imprecise, poiché risultano incentrate su differenze per lo più di ordine pratico, come ad esempio l'individuazione del fondo cui spetti la porzione di pascolo, la determinazione dei confini o la distanza tra gli appezzamenti.

In via del tutto generale, non pare però dubitabile che la proprietà del compascuo restasse, almeno nominalmente, all'ente concedente¹⁷. Non verrà, dunque, in questa sede messo in discussione il sostrato pubblicistico dell'*ager compascuus*; interesserà, piuttosto, indagare la natura giuridica del nesso instaurato tra quest'ultimo e i fondi cui ineriva.

2. Problemi di qualificazione giuridica.

Ebbene, se in un'accezione generale l'*ager compascuus* consisteva in un terreno sul quale era consentito a un ristretto numero di persone – titolari di fondi più o meno vicini – di far pascolare le greggi¹⁸, volendo

sforzo ermeneutico profuso dalla dottrina. Per un panorama del contesto dottrinale di riferimento si rinvia al contributo appena citato.

¹⁶ A. BURDESE, *Studi*, cit., 131. D'altronde, come rammenta L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Spazio*, cit., 502, è proprio nell'ambito dell'*ager publicus* in generale che «la netta, cartesiana separazione tra pubblico e privato inizia a incrinarsi».

¹⁷ In tal senso U. LAFFI, *L'ager*, cit., 537. Sull'uso atecnico del termine *proprietas* nei gromatici cfr. anzitutto B. BRUGI, *Le dottrine*, cit., 327, cui si rinvia per un esaustivo quadro d'insieme sul rapporto tra cultura gromatica e diritto della giurisprudenza classica, ma v. anche ID., *Dei pascoli comuni nel diritto romano, nel diritto germanico, nel diritto italiano*, in *Commentario alle Pandette di F. Gluck*, VIII, 1900, 312 s.; ID., *Dei pascoli accessori a più fondi alienati secondo i libri degli agrimensori romani commentati col digesto*, in *AG*, XXXVII, 1886, 57 ss. (tenendo a mente che quest'ultimo lavoro del Brugi contiene un'impostazione del problema sulla natura giuridica dell'*ager compascuus* che l'autore ha modificato a seguito delle critiche provenienti da F. SCHUPFER, *Degli usi civici e altri diritti del comune di Apricena*, in *Atti Acc. Lincei*, Roma, 1886, 278 ss.); A. BURDESE, *Studi*, cit., 112, nt. 2, 125, nt. 27.

¹⁸ A. BURDESE, *Studi*, cit., 40.

inquadrare tecnicamente la fattispecie ci si deve chiedere quale fosse la connessione tra *saltus*¹⁹ e 'titolari' del diritto di pascolo; per comprendere meglio il senso di tale problematica, conviene fin d'ora gettare brevemente uno sguardo alle varie teorie sostenute.

In via di estrema sintesi, si può dire che, in base a una prima linea esegetica, il *ius compascendi* spettante agli attigui proprietari sui fondi ad essi *data depascenda* è stato descritto in termini di servitù prediale²⁰. Al proposito, va però rilevato che le fonti romane non inquadrano in alcuno schema i rapporti tra stato²¹ e privati relativi ai fondi dell'uno e dell'altro, e molto meno tra le *servitutes*: concepire una servitù gravante su suolo pubblico sarebbe stato giuridicamente impossibile, in virtù dell'atteggiarsi del sistema giuridico romano, refrattario ad ammettere che porzioni di terre pubbliche potessero essere qualificate 'serventi' rispetto a fondi privati²².

Altri ancora, negando ogni analogia con la servitù, avevano sostenuto il carattere accessorio degli *agri compascui*, definendoli pertinenze

¹⁹ Nel presente contributo, con il termine *saltus* si farà riferimento unicamente alle terre così definite da Varr. *de l. l.* 5.6.3: *quos agros non colebant propter silvas aut id genus ubi pecus possit pasci saltus nominarunt* (ma v. anche Fest. *de verb. sign.* voce '*saltus*'). Per un approfondimento sul concetto di *saltus* in generale si rinvia, invece, a G. CIOGNA, *Dei possedimenti denominati 'saltus'*, Pisa, 1905, 1 ss.

²⁰ A. RUDORFF, *Gromatische Institutionen*, cit., 395. Pare estensibile anche alle ipotesi di compascolo l'osservazione avanzata tenendo a mente alcune ipotesi di concessioni di acque pubbliche da R. ORESTANO, *Concessione personale e concessione reale dello 'ius aquae ducendae ex castello' (contributo all'esegesi del fr. 1. 38-44 D. 43. 20 di Ulpiano)*, in *BIDR*, XLIII, 1935, 310, il quale sottolineava la confusione terminologica nata tra il concetto di concessione reale e *servitus*, quest'ultimo usato spesso in senso volgare, cosa che «appare come una conseguenza necessaria, logica e direi inevitabile di aver concepito queste concessioni come aventi talvolta inerenza reale, anziché sempre e soltanto personale». Escludono trattarsi di servitù in senso proprio, per quanto riguarda le derivazioni di acque pubbliche, B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938, 610 ss., e, per quanto riguarda l'*ager compascuus*, U. LAFFI, *L'ager*, cit., 538 e F. SCHUPFER, *Degli usi*, cit., 280, i quali lo qualificano come un diritto reale di godimento *sui generis*, alla servitù soltanto affine.

²¹ Alla luce della nota difficoltà di intendere e tradurre il termine *populus*, segnalata, tra i molti, da P. CATALANO, *'Populus Romanus Quirites'*, Torino, 1974, *passim*, si utilizza qui il termine 'stato' non nel senso hegeliano di 'Stato astratto', ma nell'accezione jehringhiana, che utilizza il termine '*Staat*' come espressivo della concreta pluralità del *populus Romanus*.

²² Sull'esclusione delle servitù pubbliche in diritto romano v. B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967, 738 ss.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, 1946, 85 ss.; ID., *La categoria*, cit., 577 ss.

comuni, di carattere privato, di alcuni fondi²³. Non si può dire, tuttavia, che i compascoli pubblici creassero rapporti pertinenziali in senso proprio, in quanto l'*ager compascuus* e i fondi ai quali accedeva non appartenevano al medesimo proprietario; sembra perciò difficile ammettere che gli agrimensori romani impiegassero in senso tecnico il verbo *pertinere*²⁴. Inoltre l'utilizzo della nozione di pertinenza implicherebbe il riconoscimento al titolare della cosa principale di una possibilità di interrompere il rapporto pertinenziale, cosa difficilmente vera per le concessioni del diritto di compascolo, il quale risulta – in particolare dai testi di Frontino²⁵ – inscindibile dalla proprietà dei fondi cui è complementare.

È stata infine avanzata la congettura che i titolari del diritto di compascolo avessero nei confronti del terreno pascolivo nulla più che un generico «diritto di compossesso, tutelato di fronte a terzi mediante i normali interdetti possessori»²⁶. Il diritto di compascolo però – lo si vedrà meglio poi – non spetta alle persone, ma è legato ai fondi, per cui un eventuale compossesso dei proprietari limitrofi esercitato sull'*ager compascuus* non basterebbe ad esprimere completamente l'essenza giuridica dell'istituto in esame.

3. *La preminente spettanza del 'ius' ai fondi.*

Come è evidente, tutte queste tesi alludono a concetti tra loro assai distanti, spesso richiamati «non senza incertezze e consapevoli approssimazioni dagli studiosi, a evidenziare, se necessario, una difficoltà che deriva dal carattere ambivalente delle indicazioni che incontriamo nelle fonti antiche»²⁷. Peraltro, prima di enucleare anche le mie convinzioni

²³ Così B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 70; ID., *Le dottrine*, cit., 328.

²⁴ Impiego ed estensione della nozione di 'pertinenza' (che compare soprattutto nei testi gromatici con riferimento alla *proprietas dei compascua*) e, in generale, il rapporto tra essa e le categorie di *res accessoriae* e di *instrumentum rei* non costituiscono punti pacifici in dottrina. Sul tema cfr. G. DIURNI, voce *Pertinenze (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 536 ss.; S. RICCOBONO, 'Vaticana fragmenta' 70¹. 'Instrumentum fundi'. *Rinneazione delle pertinenze immobiliari*, in *Studi in onore di B. Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo, 1910, 191 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 84 ss.; B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 83 ss.

²⁵ Sul punto v. oltre, § 3.

²⁶ Così A. BURDESE, *Studi*, cit., 131.

²⁷ Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Spazio*, cit., 510.

sul punto, va premesso che una ricostruzione che consenta di giungere a risultati incasellabili all'interno di uno specifico diritto reale elaborato dalla giurisprudenza romana pare assai difficile: l'*ager compascuus* risente di molte problematiche legate alla qualificazione giuridica dell'*ager publicus* in generale²⁸, la cui multiforme realtà contribuì a tenere l'istituto lontano dai tentativi di costruzione giuridica e lo rese, in un certo senso, 'immune' dalle teorizzazioni giurisprudenziali²⁹.

Per prima cosa, serve partire da un dato certo, ossia che la concessione veniva disposta a favore dei fondi, e non dei proprietari dei medesimi³⁰. I testi più significativi che lo dimostrano sono di Frontino, il quale esplicitamente afferma che *pasuorum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune* (Front. *de contr.* 15.5), o, ancora, con riferimento alle controversie sulla spettanza degli *agri compascui*, dichiara che *propterea proprietas ad quos fundos pertinere debeat disputatur* (Front. *de contr.* 15.3). Di concessioni direttamente fatte ai fondi vi è traccia anche in Igino Gromatico, che specifica che *siqua compascua aut siluae fundis concessae fuerint, quo iure datae sint formis inscribemus* (Hyg. Grom. *de lim. const.* 201.12) e che *multis locis quae in adsignatione sunt concessa, et ex his compascua fundi acceperunt* (Hyg. Grom. *de lim. const.* 202.1). Questi sono solo alcuni dei frammenti che documentano la preminente inerenza reale del diritto di compascuolo alla terra. Né la dottrina che li ha scrupolosamente esaminati ha avuto dubbi che la condizione giuridica dei compascoli potesse essere di natura personale: sebbene la lettura di un brano di Frontino ove si dice che *haec fere pascuua certis personis data sunt depascenda tunc cum agri adsignati sunt* (Front. *de contr. agr.* 48.24) possa, a prima vista, destare alcune per-

²⁸ Per un'approfondita disamina della nozione di *ager publicus populi Romani*, oltre ad A. BURDESE, *Studi*, cit., 1 ss., v. O. SACCHI, *La nozione di 'ager publicus' nella 'lex agraria' del 111 a.C. come riflesso dell'ideologia del suo tempo*, in *TR*, LXXIII, 2005, 19 ss.

²⁹ Sull'argomento cfr. G. TIBILETTI, *'Ager'*, cit., 97, che ha efficacemente evidenziato come il sistema organizzativo del suolo pubblico romano esprimesse «un crogiolo ricchissimo e un'inesauribile miniera di modi d'essere economici e sociali e giuridici», taluni dei quali si 'depurarono', cristallizzandosi in istituti di diritto positivo, mentre altri mantennero una propria identità «sotto forma di costumanze sociali e morali».

³⁰ Che non si tratti di un diritto personale d'uso, ma di diritti inerenti al fondo, non può essere posto in dubbio nemmeno dalla testimonianza di Front. *de contr. agr.* 48.24, ove è menzione di *certis personis*: sul punto, condivisibile pare l'osservazione di U. LAFFI, *L'ager'*, cit., 538, nel senso che «*certae personae* indica semplicemente l'esclusività del diritto di godimento, non la personalità dello stesso».

plexità, va condivisa l'osservazione di Brugi nel senso che con *'certis personis'* l'agrimensore non alludesse a un'assegnazione di pascoli fatta a individui, ma volesse piuttosto enfatizzare l'esclusività del diritto di godimento di quei *pascua*.

Il terreno da pascolo, dunque, veniva assegnato ai fondi³¹, dai quali era inscindibile e dei quali seguiva le sorti: *nam et per hereditates aut emptiones eius generis controuersiae fiunt, de quibus iure ordinario litigatur* (Front. *de contr.* 16.1). Si noti che le vendite e gli acquisti ereditari citati da Frontino riguardavano il fondo individuale cui i *compascua* erano assegnati, e non questi ultimi; ciò si vede chiaramente dal senso dell'intero discorso dell'autore gromatico, che così esemplifica le *controuersiae de proprietate*: Front. *de contr.* 15.1-16.2: *De proprietate controuersia est plerumque, ut in Campania cultorum agrorum siluae absunt in montibus ultra quartum aut quintum forte uicinum. propterea proprietas ad quos fundos pertinere debeat disputatur. est et pascuorum proprietas pertinens ad fundos, sed in commune; propter quod ea compascua multis locis in Italia communia appellantur, quibusdam prouinciis pro indiuiso. nam et per hereditates aut emptiones eius generis controuersiae fiunt, de quibus iure ordinario litigatur.*

Qui il gromatico spiega che le controversie *de proprietate*³² erano le più frequenti, e riguardavano l'individuazione dei fondi cui spettavano pascoli o selve. Frontino ricorda le dispute che si tenevano, ad esempio, in Campania: lì c'erano le selve dei campi coltivati che stavano nei monti, separate anche da più di quattro o cinque campi vicini. Apparentemente, dunque, era la distanza a rendere spesso incerto a quale fondo spettasse la 'proprietà' della selva, cosa di cui si disputava (*propterea proprietas ad quos fundos pertinere debeat disputatur*). Anche la 'proprietà' dei compascoli – continua l'agrimensore – spetta ai fondi, ma in comune, ed ecco perché questi pascoli in molti luoghi in Italia sono detti *communia* o, in altre province, *pro indiuiso*. Infatti sorgono controversie del medesimo tipo (*eius generis controuersiae*) a causa di eredità o compravendite, circa le quali si discute secondo il diritto ordinario. Ebbene, mi sembra indubitabile che il richiamo

³¹ Si spiega, così, come mai in dottrina sia stato spesso proposto un avvicinamento alle servitù prediali. Cfr. sopra, § 2.

³² Il termine *proprietas*, lo si ricorda, va qui inteso in senso atecnico, come espressivo di un più generico concetto di 'spettanza'. Sul punto v. i riferimenti di cui alla nt. 17.

attuato dall'espressione *eius generis* debba leggersi come un'equiparazione delle dispute in tema di pascoli a quelle menzionate sopra, in tema di selve; in base a tale traduzione delle parole di Frontino, dunque, anche le *controuersiae de proprietate pascuorum* avevano ad oggetto l'individuazione dei fondi individuali cui il pascolo spettava.

Peraltro, che potessero frequentemente sorgere controversie ove figuravano persone diverse dal primitivo titolare del fondo cui era stato assegnato il compascolo è facile immaginare. E che la questione non fosse sempre di immediata soluzione è pure indubitabile: il sistema delle concessioni su suolo pubblico non era infatti estraneo a riconoscere anche prerogative naturalmente commisurate alla durata della vita del solo concessionario. E, a ben vedere, gli *agri compascui*, pur legati preminentemente alle singole terre, esteriormente avevano tutti i requisiti per sembrare terreni sui quali lo stato avesse semplicemente istituito un diritto personale, permettendo ad alcuni coltivatori di far pascolare le proprie greggi.

È però un dato certo che il diritto romano conoscesse anche concessioni fatte direttamente al fondo, e non al suo proprietario, e ciò non riguardava solo il caso dei pascoli, ma anche – ad esempio – la facoltà di derivare acque pubbliche. Sul punto ci è giunta una fonte giuridica che distingue chiaramente due tipi di concessioni sottoposte al controllo dell'autorità, l'una fatta *personis*, l'altra fatta *praediis*, spiegandone i diversi regimi³³. E, considerato che la teorica giurisprudenziale attorno alle concessioni sulla *res publica* è in generale scarsa, e che quella in merito alla concessione di *agri compascui* è addirittura assente, analizzare le parole di Ulpiano pare a me fondamentale. Si veda dunque:

Ulp. 70 *ad ed.* D. 43.20.1.40: *Si ex castello permissum est, dandum erit interdictum: 41. Permittitur autem aquam ex castello vel ex rivo vel ex quo alio loco publico ducere. 42. Idque a principe conceditur: alii nulli competit ius aquae dandae. 43. Et datur interdum praediis, interdum personis. quod praediis datur, persona extincta non extinguitur: quod datur personis, cum personis amittitur ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit. plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est: nam si*

³³ In tema di concessioni direttamente inerenti al fondo cfr. G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 142 ss.; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., 87; R. ORESTANO, *Concessione*, cit., 297 ss.

docuerit praediis suis aquam debitam, etsi nomine eius fluxisse, a quo dominium ad se transiit, indubitate impetrat ius aquae ducendae, nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis forte non impetraverit. 44. Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam quaestionem finire adsignationis: non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi aut non habet, et interdictum totum finitur.

Nel frammento si concede un interdetto per tutelare la posizione di quanti abbiano ottenuto di *aquam ducere* da un serbatoio, ma anche da un fiume o da un qualsiasi altro luogo pubblico. Quest'ultimo tipo di permesso – spiega Ulpiano³⁴ – soltanto *a principe conceditur: alii nulli competit ius aquae dandae*. Il giurista severiano continua spiegando che il *ius* (inteso evidentemente nel senso ampio di attribuzione, di qualificazione riconosciuta giuridicamente³⁵) poteva essere dato talvolta ai fondi, talvolta alle persone³⁶. La differenza stava essenzialmente nella durata di tale facoltà, perché se essa – comunque sempre potenzial-

³⁴ Il passo è stato ritenuto in più punti interpolato. In particolare, ritiene l'intera parte del brano ulpiano qui riportata «una massima estratta dal frammento ad opera di qualche annotatore, che l'ha appuntata in margine come riferimento al contenuto del passo» R. ORESTANO, *Concessione*, cit., 289 ss., 301, cui si rinvia per una nota bibliografica sui vari autori che hanno avanzato critiche interpolazionistiche.

³⁵ Per un approfondimento su valori e applicazioni del concetto di *ius* basti il rinvio a B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, 75 ss. e a R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, Palermo, 1967, 153 ss., ma v. anche C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, *passim*.

³⁶ Ammette che in epoca classica fossero già conosciute forme di *iura aquarum* con inerenza reale ai fondi E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, 39. Esaminando una serie di fonti (per lo più costituzioni imperiali), ritiene invece che fino alla fine del IV secolo d.C. il diritto romano conoscesse solo concessioni a titolo personale R. ORESTANO, *Concessione*, cit., 304 ss. Non sembrano, tuttavia, condivisibili le argomentazioni che l'autore trae dalle fonti gromatiche: egli, infatti, utilizza alcuni brani di Frontino in materia di acque pubbliche ove viene espresso il principio della personalità della concessione per dimostrare che la dottrina della divisione tra benefici reali e benefici personali fosse ignota all'agrimensore, vissuto prima di Ulpiano. Tuttavia si è visto che lo stesso Frontino, trattando dei *compascua*, dimostra chiaramente di conoscere e utilizzare il concetto di spettanza di diritti ai *praedia*. Il fatto che simili riferimenti siano assenti nei brani gromatici in tema di acque potrebbe dunque essere visto come una semplice prova della maggiore frequenza di concessioni di carattere personale in quest'ambito, e ciò contrariamente ai *compascoli* che, invece, venivano per lo più concessi ai fondi. Sul punto v. però anche B. BIONDI, *La categoria*, cit., 610 ss.

mente revocabile dalla pubblica autorità – fosse stata attribuita al fondo, *persona extincta non extinguitur*; al contrario, se il *ius* fosse stato attribuito alla persona, *cum personis amittitur ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit*.

È chiaro però – continua Ulpiano – che, se anche la concessione fosse stata fatta *praedio*, solo il proprietario – una volta dimostrato che il suo fondo godeva della relativa concessione – avrebbe potuto far valere il diritto con un interdetto.

Il passo, come dicevo, è fondamentale, in quanto non solo testimonia l'esistenza di due distinte forme di concessione su luogo pubblico, ma ne esplicita i difformi regimi. Esse, sebbene accomunate dalla tutela interdittale accordata, si profilano molto diverse: solo ove fatta *praedio*, la concessione sarebbe rimasta immutata a seguito di qualsivoglia successione nella titolarità del fondo stesso, al quale rimaneva legata tendenzialmente in perpetuo.

A valle del paragone con il frammento ulpiano, mi pare lecito presumere che gromatici e giuristi comprendessero esattamente il peculiare valore dell'assegnazione di un *ius* al fondo: l'instinguibilità dello stesso al mutare della titolarità del terreno³⁷. Così come per la concessione di attingere acque pubbliche, anche nel caso degli *agri compascui* il permanente collegamento tra fondi non era, evidentemente, incompatibile con un compossesso sul terreno pascolivo esercitato dai vari proprietari. Ciò non poteva però essere visto che come un riflesso del (preminente) legame tra fondi e *ager compascuus*. Ogni tesi che individuasse nel mero compossesso dei titolari l'unico elemento caratterizzante l'istituto in esame andrebbe invece respinta, in quanto inidonea a descrivere la fattispecie nella sua interezza³⁸.

4. *Un caso di 'ius compascendi' privato.*

Prendendo come punto cardinale il legame inscindibile tra diritto di compascolo e fondi, è ora possibile proseguire nell'analisi chiedendosi quale sia la migliore qualificazione giuridica da assegnare a tale

³⁷ L'analogia tra regime delle concessioni di acqua derivata da acquedotti pubblici e regime dei compascoli è enfatizzata anche da A. BURDESE, *Studi*, cit., 130 s.

³⁸ Diversamente A. BURDESE, *Studi*, cit., 131.

rapporto. All'uopo pare utile tenere a mente il paragone con un caso, riportato in un responso di Scevola, che riguarda una libera e volontaria pattuizione tra *municipes* istitutiva di un diritto ricalcante un rapporto giuridico di carattere pubblico.

Il frammento che ci si accinge ad analizzare riveste un ruolo importante per il tema trattato, soprattutto in considerazione della scarsità delle fonti giuridiche giunteci in tema di *ius compascendi*. Ciò deriva, con ogni probabilità, dal fatto che la frequenza dei pascoli privati in Italia «doveva essere limitata, essendone la funzione verosimilmente assoluta in maniera cospicua dai compascoli ammessi nelle aree pubbliche, ivi comprese quelle appartenenti a colonie e municipi» per i quali pure «manca la teorizzazione dottrinale, e il motivo è facilmente intuibile: nonostante l'ovvia importanza economica essi dovevano essere variamente disciplinati da normative territoriali, e come tali lontani dagli interessi della grande giurisprudenza»³⁹.

A fronte di questa carenza di dati sul regime del diritto di compascolo, l'esame di una fonte giuridica si prospetta certamente pregevole: seppur con i dovuti distinguo, un tentativo di far emergere i caratteri di base di un caso di compascolo privato ricordato nel Digesto potrebbe agevolare l'individuazione di alcuni punti fermi ipotizzabili anche per l'*ager compascuus* pubblico.

Si veda dunque:

Scaev. 4 dig. D. 8.5.20.1: *Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut ius compascendi haberent, mercati sunt idque etiam a successoribus eorum est observatum: sed nonnulli ex his, qui hoc ius habebant, praedia sua illa propria venum dederunt. quaero, an in venditione etiam ius illud secutum sit praedia, cum eius voluntatis venditores fuerint, ut et hoc alienarent. respondit id observandum, quod actum inter contrahentes esset: sed si voluntas contrahentium manifesta non sit, et hoc ius ad emptores transire. item quaero, an, cum pars illorum priorum fundorum legato ad aliquem transmissa sit, aliquid iuris secum huius compascui traxerit. respondit, cum id quoque ius fundi, qui legatus esset, videretur, id quoque cessurum legatario.*

³⁹ Così G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 489.

Nel passo si narra di alcuni abitanti di un *municipium*⁴⁰, ognuno titolare di un diverso fondo, che avevano acquistato un vasto podere comune per avervi un diritto di compascolo, diritto che fu conservato anche dai successori (a titolo universale) dei *municipes*. L'interrogativo riguarda la sorte di detto diritto nel caso di vendita di alcuni fondi individuali. Specificamente, il quesito che il giurista si pone è così riassumibile: se, nella vendita, anche il diritto di compascolo abbia seguito la sorte del fondo. Nel responso fornito da Scevola è anzitutto la *voluntas contrahentium manifesta* ad essere valorizzata⁴¹: ove i venditori abbiano voluto alienare anche quel *ius compascendi*⁴², allora tale volontà dovrebbe essere senza dubbio rispettata⁴³. Tuttavia – continua il giurista – nel caso in cui nulla sia stato specificato all'atto di acquisto, il diritto di compascolo dovrebbe ugualmente ritenersi trasmesso all'acquirente. Analoga soluzione viene prospettata per il secondo (speculare) quesito, cioè se, essendo legato uno di quei fondi in proprietà particolare, nel

⁴⁰ Va segnalato che le fonti sembrano identificare la posizione di *municipes* con quella di *civis*. Sul punto v. G. MANCINI, *'Cives Romani municipales Latini'*, Milano, 1997, 2 ss., cui si rinvia anche per un resoconto delle diverse impostazioni dottrinali sull'atteggiarsi del rapporto tra *municipium civium Romanorum* e *municipium Latinum*. Per un approfondimento sull'espansione politica di Roma e sugli abitanti di *municipia* e *coloniae* v., di recente, L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici*, I, *La classificazione delle 'incolae'*, Milano, 2006, 55 ss.

⁴¹ Come notato da F. LAMBERTI, *'Nominatim imponenda servitus'*, in *Labeo*, XLII, 1996, 67 s., nt. 122, «il passo è utile perché conferma l'attenzione di Scevola per l'*id quod actum*: il giurista guardava all'essenza dell'atto, così come manifestato all'esterno», il che emerge anche in un altro frammento (Scaev. 6 *dig.* D. 33.7.27.5) ove il medesimo giurista, come osservato da S. RICCOBONO, *La destinazione del padre di famiglia. Se per diritto romano fosse ritenuta efficace a costituire servitù prediali. A proposito di un recente lavoro dell'avv. G. Sala Contarini*, in *RISG*, XXI, 1896, 405 s., «non tiene in nessuna considerazione lo stato di servizio ordinato dal testatore, non si smuove dallo stato di necessità, e decide che il legato comprende *tantum, quod verbis comprehendisset*».

⁴² Quanto al modo di intendere l'*id quod actum*, mi pare preferibile aderire all'impostazione di G. GANDOLEI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 119, che non lo ritiene un criterio applicabile in sede di interpretazione di un atto negoziale (come aveva invece sostenuto F. PRINGSHEIM, *'Id quod actum est'*, in *ZSS*, LXXVIII, 1961, 1 ss.), ma piuttosto il «regolamento di interessi quale risulta scaturito dal negozio nella sua specifica concretezza». Di recente, sul significato da attribuire all'espressione *id quod actum*, v. gli approfondimenti di U. BABUSIAUX, *'Id quod actum est'. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen Zivilprozess'*, München, 2006, 1 ss.

⁴³ In dottrina, l'inciso *sed si voluntas contrahentium manifesta non sit* è stato ritenuto frutto d'interpolazione: vedasi citazioni in A. BURDESE, *Studi*, cit., 128, nt. 31; G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 496, nt. 25. Per una – condivisibile – lettura a sostegno della genuinità v. invece A. BURDESE, *In margine a D. 8.5.20.1*, in *Index*, XXVI, 1998, 325 s.

lascito sia compreso anche un qualche diritto sul compascolo. La risposta del giurista si basa sulla considerazione che, essendo il diritto di compascolo un 'diritto del fondo' reso oggetto di legato, nel silenzio del testatore, anche questo avrebbe dovuto essere ceduto al legatario.

Ci si deve chiedere, ora, come si poteva configurare questo *ius compascendi* rispetto ai *municipes* e ai loro fondi individuali.

Anzitutto mi sembra superfluo soffermarsi sulla natura di proprietari quiritari o di concessionari dei *municipes* relativamente ai *diversa praedia*. La questione pare infatti ininfluenza su quello che era il vero oggetto dell'attenzione di Scevola, ossia il rapporto tra i fondi. È perciò sufficiente ricordare che la comune dottrina ritiene che i *municipes* fossero proprietari dei rispettivi fondi⁴⁴.

Qui da sottolineare è piuttosto la natura del diritto dei *municipes* sul vasto potere acquistato *ut ius compascendi haberent*. Sembra condivisibile l'opinione della dottrina maggioritaria, che vede come dominicali i diritti dei *municipes* sul terreno acquistato ed adibito a compascolo⁴⁵. Peraltro, avallando la natura pubblica del *saltus*, il re-

⁴⁴ Così tendenzialmente B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 77; U. LAFFI, *L'ager*, cit., 541; A. BURDESE, *Studi*, cit., 126. Anche se non manca chi, come G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 491, abbia sostenuto il contrario, e cioè che questi fossero stati ottenuti dagli acquirenti del *saltus* solo in concessione dal municipio di appartenenza, che ne continuava a tenere il dominio eminente. Al proposito, va detto che l'utilizzo della terminologia del *possidere* non può essere considerato dirimente al fine di decretare se i *municipes* fossero proprietari quiritari o meno: il richiamo al possesso è invero frequente sia nel linguaggio dei giuristi che in quello dei gramatici anche in ordine all'appartenenza di fondi in proprietà privata (sul punto v. H.G. HEUMANN - E. SECKEL, voce *'Possidere'*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Jena, 1958, 441), per cui – come osservato da A. BURDESE, *In margine*, cit., 322 – «nel caso specifico potrebbe risultare al più indicativo della non rilevanza, ai fini della sua soluzione, della qualifica giuridica della appartenenza dei medesimi»; sempre seguendo l'opinione dell'autore, non pare «potersi considerare probante nel senso della loro spettanza in proprietà privata quiritaria la loro successiva indicazione nel testo come *praedia sua illa propria* (che si ripete nel secondo quesito del testo, ove è parola di *pars illorum priorum fundorum*), posto che ivi la qualifica di *proprius* sta piuttosto ad indicare la loro appartenenza individuale a ciascuno dei singoli *municipes*, di contro al *ius compascendi* a ognuno di essi spettante in comune sul *saltus* da loro acquistato come compascolo». La questione, comunque, non riveste particolare interesse per la presente analisi poiché, per il quesito in esame, le soluzioni prospettate sarebbero state probabilmente similari, sia che i fondi individuali fossero stati in piena proprietà ovvero in concessione. Conclusione, questa, cui giunge lo stesso G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 496.

⁴⁵ In tal senso B. BRUGI, *Le dottrine*, cit., 327; U. LAFFI, *L'ager*, cit., 541; G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 491. In senso contrario, negando che la terminologia utilizzata da Scevola rimandi all'ambito privatistico, A. BURDESE, *Studi*, cit., 127, esclude che si

sponso del celebre giurista riuscirebbe difficilmente spiegabile: come avrebbe potuto Scevola consentire ai proprietari dei fondi individuali di separare il *ius compascendi* dalla titolarità dei fondi medesimi? Il frammento in esame, infatti, oltre ad affermare l'alienabilità del diritto di compascolo unitamente alla proprietà del fondo⁴⁶, implicitamente ammette – ed è proprio questo il dato, a mio parere, più rilevante – che fondo individuale e compascolo, per volontà del titolare, potessero anche non avere sorte comune⁴⁷. Conclusione, questa, che striderebbe con quanto emerge dai frammenti di Frontino sopra visti, comprovanti l'assoluta inscindibilità del *ius compascendi* dalla titolarità dei fondi cui esso risulta assegnato⁴⁸.

tratti di acquisto del *saltus* in condominio privato (così anche ID., *In margine*, cit., 322 ss., affermando che il terreno acquistato fosse «già per sua natura destinato a pascolo ma presumibilmente ascritto all'appartenenza della collettività dei *municipes* che ne avrebbe potuto disporre»). Va detto che, se si sostenesse la natura pubblica del suolo acquistato *ut ius compascendi haberent*, si potrebbe leggere D. 8.5.20.1 tenendo conto di un analogo caso di (tentata) costituzione di servitù di non esercitare la pesca in mare di cui è testimonianza in Ulp. 6 *opin.* D. 8.4.13 pr.: *Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.* Qui Ulpiano, rilevata l'impossibilità di costituire con clausole contrattuali private una servitù su di un bene per sua natura aperto a tutti (ossia il mare), affermava che, qualora una simile clausola fosse stata apposta a un negozio di compravendita, chi fosse subentrato nella titolarità dei rispettivi fondi sarebbe stato comunque tenuto a rispettare quanto dedotto nella stipulazione o nella clausola della compravendita, e ciò per la natura di buona fede di questo negozio, che richiede il rispetto di tutte le clausole ad esso apposte. A ben vedere, però, il caso descritto da Scevola è diverso: oltre al fatto che non si parla di costituzione di servitù, in D. 8.5.20.1 non è da una qualche clausola apposta al contratto di compravendita che deriva l'effetto di mantenimento del vincolo che, al contrario, si ha solo nel silenzio delle parti.

⁴⁶ Dalla stessa espressione *praedia sua illa propria venum dederunt* usata da Scevola si potrebbe dedurre che il negozio concluso sia stato una *mancipatio*. Infatti che l'utilizzo nelle fonti del termine *venum dare* rinvii a una vendita consensuale ovvero a un negozio tipico di *mancipatio*, quest'ultimo specialmente funzionale al trasferimento di *res pretiosiores* (come, appunto, i fondi) è pacifico in dottrina, ed è stato di recente ribadito da S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, 210 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici. Si noti che, se davvero di *mancipatio* si fosse trattato, bisognerebbe ritenere che questa non avrebbe potuto avere luogo se il venditore non fosse stato *dominus ex iure Quiritium* del fondo venduto (e anche della connessa quota di pascolo).

⁴⁷ Nota che «il vincolo tra compascuo e fondo non è infatti così necessario come nelle assegnazioni» anche B. BRUGI, *Le dottrine*, cit., 330.

⁴⁸ In tal senso v. anche A. BURDESE, *Studi*, cit., 130; ID., *In margine*, cit., 326.

5. *Rapporto tra fondi individuali e 'saltus': negazione della servitù prediale.*

Ciò detto, va indagata la natura del rapporto tra fondi individuali e *saltus*.

Un primo dato da tenere in considerazione è la collocazione del passo esaminato: esso non solo si trova nell'ottavo libro del Digesto riguardante le servitù, ma anche nei *digesta* di Cervidio Scevola – da cui è escerpito – risulta inserito nella sezione che tratta di servitù prediali. Peraltro, nella seconda parte del frammento, il diritto di compascolo è esplicitamente definito un *ius fundi*, perciò destinato a seguire il fondo legato in mancanza di diversa disposizione. Tali circostanze, in prima battuta, indurrebbero ad appoggiare la tesi che equipara questa ipotesi privatistica di *ius compascendi* a una sorta di servitù prediale di compascolo a carico del *saltus* comune e a vantaggio dei singoli fondi individuali⁴⁹. D'altronde, considerando che quanto descritto da Scevola non riguarda una concessione su *ager publicus*, gli ostacoli sopra richiamati, attinenti all'impossibilità che un suolo pubblico sia 'servente' rispetto a un suolo privato, dovrebbero ritenersi superabili.

Eppure, l'analogia di D. 8.5.20.1 con le servitù prediali non pare indiscutibile: essa è stata da più parti osteggiata⁵⁰, ad esempio notando

⁴⁹ Come sostenne ad esempio A. RUDORFF, *Gromatiche Institutionen*, cit., 395.

⁵⁰ Sottolineava il probabile errore in cui erano caduti i compilatori nell'inserire il passo nei titoli sulla servitù (riferendo il frammento di Scevola alla dottrina delle pertinenze) già R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg, 1858, 133. Più di recente, hanno ritenuto arbitrario riferire il frammento a una servitù anche B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 73 ss., (cui si rinvia per una più approfondita disamina sui motivi ostativi alla ricostruzione del frammento in termini di servitù) e, con analoghe argomentazioni, G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 493; A. BURDESE, *Studi*, cit., 127; ID., *In margine*, cit., 327. Riconduce il frammento alle pertinenze immobiliari anche J.L. MURGA, *Sobre una nueva calificación del 'aedificium' por obra de la legislación urbanística imperial*, in *Iura*, XXVI, 1975, 74, nt. 79. Senza contare che, come efficacemente notato da A. BURDESE, *Servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, III.4, Milano, 1960, 30, «la servitù non potrà essere trasferita ad altri, sotto qualsiasi forma, indipendentemente dal fondo, come non potrà rimanere al precedente titolare, che trasferisca ad altri il godimento del fondo». È infatti fuor di questione – come notato da G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, 124 – che i Romani non si ponessero «il problema della individuazione di un diritto reale, avente il contenuto di una servitù, attribuito ad una persona indipendentemente da un fondo. Questo risultato pratico non si poteva raggiungere se non attraverso un rapporto obbligatorio, e nei limiti di questo».

che i romani avevano sì tipizzato la servitù di pascolo, ma non quella di compascolo, oppure considerando che difficilmente si sarebbe giustificato il quesito all'insigne giurista e l'importanza da costui data alla questione se davvero di una semplice servitù si fosse trattato⁵¹.

Non volendomi dilungare sulle opinioni già espresse, preme chiarire subito un punto fondamentale: mi sembra indubitabile che tra il fondo di ogni singolo compaesano e la rispettiva quota dell'appezzamento acquistato *ut ius compascendi haberet* non sia sorta una servitù prediale, e ciò in applicazione del principio *nemini res sua servit*⁵². Se proprio si volesse sostenere che il rapporto tra fondi sia stato *ab origine* impostato in termini di servitù, questa non potrebbe essere stata predisposta che secondo il seguente schema: ogni fondo individuale sarebbe stato dominante solo rispetto alle quote spettanti agli altri *municipes* sul fondo adibito a compascolo, ma non certo rispetto alla propria.

Una servitù prediale tra fondo individuale e rispettiva quota di pascolo sarebbe ipotizzabile solo a seguito di una compravendita del fondo individuale, nell'ambito della quale il venditore fosse rimasto comproprietario del *saltus*, contestualmente costituendo sulla propria quota una servitù anche a vantaggio del fondo appena venduto. In tal caso, però, è evidente che tra detti fondi il rapporto di servitù dovrebbe ritenersi sorto *ex novo* solo successivamente al contratto di compravendita. Cionondimeno, di questo *iter* traccia non v'è nel frammento. Ad ogni modo, si capisce come lo schema della servitù prediale non potrebbe in alcun caso descrivere il rapporto primo instaurato tra ciascun fondo e rispettiva quota di compascolo.

L'eventualità che in D. 8.5.20.1 si possa trattare di servitù andrebbe, poi, in generale esclusa in considerazione dell'indivisibilità che caratterizza questo particolare diritto reale limitato: facendo applica-

⁵¹ La peculiarità della questione si coglie se si pensa che la testimonianza del brano di Scevola, già isolata nel contesto della compilazione giustiniana, non è stata ripresa nei Basilici. Sul punto v. G. IMPALLOMENE, *Il diritto*, cit., 498.

⁵² Il principio, esplicitato in Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.26: *In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit*, (brano ritenuto interpolato dalla prevalente dottrina: cfr. B. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., 91; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, 13 ss.; ID., *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli, 1948, 135 ss.; ID., *Sul principio 'nemini res sua servit'*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 223 ss.; G. GROSSO, *Le servitù*, cit., 89) appare ampiamente attestato anche in Ulp. 10 *ad Sab.* D. 8.4.10; Paul. 15 *ad Plaut.* D. 39.3.17.3; Iul. 2 *ex Min.* D. 8.3.31; Afric. 9 *quaest.* D. 8.3.33.1.

zione del principio *servitus per partes constitui non potest*, i giuristi non concepivano che una servitù potesse sorgere a vantaggio o a carico di una quota ideale del fondo dominante o, rispettivamente, servente⁵³. È infatti pacifico che, in diritto romano, non si ammettesse la possibilità di costituire servitù prediali *ab origine* parziarie, come si vede, ad esempio, in Paul. 15 *ad Plaut.* D. 8.1.8.1: *Si praedium tuum mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterat*⁵⁴.

6. ‘*Ius compascendi*’ come riflesso di una ‘comproprietà destinata’.

Il caso riportato in D. 8.5.20.1, dunque, non sembra potersi risolvere in un’ipotesi peculiare di ‘servitù di compascolo’, ché la *sedes materiae* ove è stato collocato non può costituire un indizio sufficiente ad accreditare una ricostruzione lontana dai principi che informano il sistema delle servitù prediali.

Certo, però, si pone l’esigenza di indagare il valore tecnico da attribuire all’esplicita affermazione di Scevola, che definisce il diritto di compascolo un *ius fundi*⁵⁵.

Questa specifica dizione costituisce, a mio parere, il principale *punctum dolens* della qualificazione giuridica da attribuire all’intera fattispecie. Se non fosse per questa definizione, infatti, non vi sarebbero particolari problemi ad escludere – come vorrebbe una certa dottrina⁵⁶

⁵³ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 360. Del medesimo avviso, con specifico riferimento al frammento in esame, si è dimostrato anche B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 75, il quale notava: «perché nel compascuo avesse potuto coesistere comproprietà e servitù a favore dei più municipali possessori di fondi diversi sarebbe stato necessario che già prima fosse esistita una servitù di pascolo a favore dei singoli, e che dipoi questi avessero comprato in comune il fondo serviente».

⁵⁴ Un’ulteriore dimostrazione la si può ricavare sul piano processuale: in relazione alle servitù prediali non è dato riscontrare l’esercizio dell’*actio communi dividundo*, il che non stupisce, posta la totale assenza del presupposto necessario per l’esercizio dell’azione, ossia la *communio*. Alludendo a un caso di divisione del fondo servente comune, parla infatti di moltiplicazione e non di divisione della servitù G. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, in *RISG*, 1888, VI, 353 ss.

⁵⁵ Che con l’espressione *ius compascendi* si intenda qualcosa di specifico appare peraltro confermato dall’essere questo *ius* richiamato a più riprese nel prosieguo del testo. In tal senso v. anche A. BURDESE, *In margine*, cit., 324.

⁵⁶ G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 491.

– ogni sorta di ‘realità’ per il rapporto tra i fondi individuali dei *municipes* e il fondo destinato al pascolo. Negare del tutto, per D. 8.5.20.1, un collegamento in linea reale tra fondo destinato a pascolo e fondi individuali dei condomini stessi pare, invece, impossibile, e ciò proprio in virtù della naturale resistenza dell’unione tra i medesimi alle varie vicende di mutamento di titolarità dei *diversa praedia* affermata da Scevola.

Come qualificare allora la fattispecie?

Di nuovo servirà partire da un dato certo. Diversamente rispetto a un’ipotesi di *ager compascuus* pubblico, qui i *municipes* avevano acquistato il *saltus* in piena proprietà, tra loro suddivisa per quote ideali⁵⁷. È dato presumere che, all’atto di acquisto, essi abbiano stabilito, di comune accordo, la destinazione a pascolo; ciascun acquirente, dunque, avrebbe esercitato il compascolo *uti dominus* e, rappresentando il pascolo il frutto del fondo, in applicazione del generale principio sulla percezione dei frutti del *fundum communem*, avrebbe potuto goderne in maniera *non maiore ex parte ... quam ex qua dominus praedii est*⁵⁸. In base alle normali regole che scandiscono il regime della comproprietà⁵⁹, il *ius compascendi* dovrebbe allora essere visto come una semplice manifestazione del più generale diritto di comproprietà sul *saltus*, come tale commerciabile a piacimento del suo titolare, unitamente o disgiuntamente al fondo individuale. Questo parrebbe essere un punto fermo anche nel responso di Scevola circa i possibili effetti di un’eventuale compravendita⁶⁰.

Né ciò avrebbe potuto influire in senso negativo sulla destinazione pascoliva: una volta individuato lo scopo del fondo, esso sarebbe rimasto immutato, a prescindere dalle successive alienazioni delle varie

⁵⁷ In tal senso G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 491.

⁵⁸ Iul. 7 dig. D. 22.1.25 pr.: *Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, fructus, quos ex eo perceperit invito vel ignorante socio, non maiore ex parte suos facit quam ex qua dominus praedii est: nec refert, ipse an socius an uterque eos severit, quia omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur: et quemadmodum, si totum fundum alienum quis sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciet, quoquo modo sati fuerint, ita qui communem fundum possidet, non faciet suos fructus pro ea parte, qua fundus ad socium eius pertinebit.* Per un *excursus* critico delle varie teorie sostenute sul concetto di ‘quota’ si rinvia a G. SEGRÈ, *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, 40.

⁵⁹ Un quadro delle quali è fornito da M. BRETONE, ‘*Servus communis?* *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 3 ss., cui si rinvia per ampi riferimenti bibliografici.

⁶⁰ In tal senso G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 495.

quote. Irrilevanti sarebbero stati i successivi passaggi di titolarità, perché chiunque avesse rivestito la posizione di condomino avrebbe potuto utilizzare il bene comune solo in modo tale da non alterarne la sostanza. Vigeva infatti un principio in base al quale *in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat* (Pap. 7 quaest. D. 10.3.28). Al singolo condomino sarebbe, cioè, stato precluso il compimento di qualsiasi innovazione nella cosa comune (*facere in re communi*) senza il permesso degli altri, che, in ogni momento, avrebbero potuto esercitare il loro *ius prohibendi* per impedirglielo⁶¹.

Ciò chiarito, e prima di passare a esporre la mia lettura del frammento, rimane da spiegare il rifiuto dell'ipotesi – pur avanzata da un'illustre dottrina⁶² – di pattuizioni originariamente intercorse tra i *municipes* tese a mantenere il *saltus* legato ai *diversa praedia*. Il mio disaccordo è dovuto non solo al fatto che, così intesa, la destinazione mostrerebbe un contenuto tendenzialmente obbligatorio (che la esporrebbe per un verso al rischio dell'inadempimento, per altro verso a quello dell'inopponibilità ai terzi acquirenti del bene⁶³), ma soprattutto al fatto che l'effetto di questi ipotetici *pacta*, a ben vedere, mal si concilierebbe con quanto emerge da D. 8.5.20.1 ove, tutt'al contrario, si

⁶¹ Sul punto (e sul *ius prohibendi* in generale) cfr. G. SEGRÈ, *La comproprietà*, cit., 115 ss. Per fare un esempio: se il neo titolare della quota del *saltus* avesse voluto ivi erigere un edificio (facoltà astrattamente derivantegli dal diritto stesso di condominio) senza averlo prima concordato con gli altri comproprietari, sarebbe con ogni probabilità andato incontro alla *prohibitio* dei medesimi, così come emerge anche da Pomp. 33 *ad Sab.* D. 8.2.27.1: *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi.*

⁶² G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 497.

⁶³ Si sa che già in età classica, nell'ambito del *ius honorarium*, a determinati patti veniva riconosciuto effetto costitutivo di diritti reali. Tuttavia, nel caso di specie, non solo non si trattava né di servitù né di usufrutto (uniche ipotesi per le quali Gai 2.31 cita il patto quale possibile modo di costituzione), ma non v'è alcun cenno alla promessa del costituente fatta in forma di *stipulatio* che, come sottolineato anche da A. BURDESE, voce *Patto (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1957, 711, doveva necessariamente accompagnare la *pactio* affinché l'esercizio del diritto fosse assicurato. Peraltro, con specifico riferimento alla questione in esame, lo stesso ID., *In margine*, cit., 328, ha definito «alquanto problematica la possibilità di ricavare dal solo testo di Scevola l'esistenza di un tipo a sé di diritto di compascolo, basato su pattuizione privata cui si riconoscerebbe una sorta di effetto reale».

professa che solo nel silenzio delle parti il diritto di compascolo 'dovrebbe' seguire le sorti del bene alienato.

Il distacco sembrerebbe, invece, affatto lecito se i contraenti avessero manifestato di volerlo attuare. Né emerge alcun giudizio negativo sull'ipotetica separazione del *ius compascendi* dalla titolarità dei fondi individuali. Tale eventualità pare anzi ammessa senza riserve. Ecco perché non ritengo ammissibile che l'assoggettamento del *saltus* comune a compascolo in favore dei soli comproprietari dei fondi individuali possa essere stato «ottenuto mediante patto, con rilievo praticamente reale, comportante l'indivisibilità e l'immutabilità della destinazione, operante nell'ambito del diritto onorario, e tutelato processualmente con il gioco delle eccezioni»⁶⁴. Una simile convinzione non valorizza il senso del responso di Scevola nella sua completezza. Rivediamolo: *quaero, an in venditione etiam ius illud secutum sit praedia, cum eius voluntatis venditores fuerint, ut et hoc alienarent. respondit id observandum, quod actum inter contrahentes esset*. Ebbene, in queste parole deve leggersi non solo la possibilità di trasferire unitamente le titolarità di *ius compascendi* e di singolo fondo, ma anche la possibilità, *cum eius voluntatis venditores fuerint*⁶⁵, di disgiungerle.

In altri termini, eventuali pattuizioni intervenute a fondare una perpetua colleganza tra proprietà del fondo individuale e proprietà del

⁶⁴ Così G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 497, la cui ricostruzione è stata osteggiata – sebbene con motivazioni in parte diverse da quelle che propongo – anche da A. BURDESE, *In margine*, cit., 324 ss. e, in specie, 328 s., il quale ha ritenuto «più plausibile ricollegare il *ius compascendi* preso in considerazione da Scevola ai *compascua* di cui parlano le fonti gromatiche, in ordine ai quali la conservazione della destinazione a pascolo per l'utilità di determinati fondi appare garantita dal carattere pubblico che essi normalmente presentano», concludendo nel senso che D. 8.5.20.1 rappresenta una «testimonianza di una presunzione *iuris tantum* di volontà negoziale, fondata sul persistente perdurare di una situazione fattuale di accessoria tra compascolo e fondo fatto oggetto del negozio di disposizione».

⁶⁵ Con riferimento alla menzione della volontà dei soli venditori (cui non corrisponde il tenore del responso, che richiama la volontà dei contraenti), avevano ritenuto l'inciso *cum eius voluntatis venditores fuerint* frutto dell'intervento dei compilatori giustinianeî o di un glossatore postclassico B. BIONDI, *La categoria*, cit., 243; ID., *Le servitù prediali*, cit., 250; F. PRINGSHEIM, *Id'*, cit., 8, nt. 22, 60, nt. 210, nonché A. BURDESE, *Studi*, cit., 128, la cui opinione risulta tuttavia mutata in ID., *In margine*, cit., 325, ove l'autore afferma di condividere l'interpretazione di G. IMPALLOMENI, *Il diritto*, cit., 495, secondo la quale il postulante avrebbe sottolineato la volontà in concreto essenzialmente rilevante (quella del venditore), ma la risposta si sarebbe rifatta all'intento comune delle parti in quanto rispecchiante il maggior tecnicismo proprio del giurista che risponde.

saltus avrebbero impedito sia l'impostazione della questione sia il tenore della risposta fornita da Scevola⁶⁶.

In ultima analisi, dunque, da un lato, il venir meno dell'appartenenza dei fondi (individuale e *saltus*) ai medesimi soggetti non avrebbe comunque potuto influire sulla permanenza della destinazione pascoliva, la quale, da sola, sarebbe bastata a creare in capo a ogni contitolare – originario o successivo che fosse – del *fundum communem* un'obbligazione negativa e una positiva, la prima avente a oggetto un *non facere* consistente nel non mutare la destinazione impressa, la seconda avente a oggetto un *facere* consistente nel gestire il bene in modo conforme al vincolo; dall'altro, non è dato ipotizzare che la destinazione 'a compascolo' possa essere stata decisa a mezzo di pattuizioni 'a rilevanza praticamente reale' tese a creare un rapporto stabile e perpetuo tra tutti i *diversa praedia* e il *saltus*, in quanto tale eventualità mal si concilierebbe con il senso del responso reso dal giurista.

7. *L'instaurazione del vincolo di destinazione.*

Si è giunti così al nodo del problema: come giustificare il rapporto di servizio e la complementarietà funzionale apparentemente instauratisi tra *saltus* e fondi individuali?

Per istituire il rapporto di colleganza descritto da Scevola, potrebbe non essere stato necessario il ricorso agli strumenti giuridici di cui abitualmente ci si serviva, e ciò per i seguenti motivi: che vi sia stato un *pactum* tra comproprietari è da escludere per le ragioni appena viste. Si potrebbe allora considerare l'eventualità che una *nuncupatio* ovvero una *lex mancipii* sia stata pronunciata dai *plures ex municipibus* all'atto dell'acquisto del *saltus*. Nemmeno una simile ipotesi, tuttavia, sembra del tutto attendibile: volendo rifuggire la tendenza a configurare in termini unitari tutte le dichiarazioni comunque relative ad una *mancipatio*⁶⁷, e

⁶⁶ Anche se, come già rilevato da A. BURDESE, *In margine*, cit., 321, la circostanza che le domande siano introdotte da *quaero* potrebbe suggerire più la «presentazione delle medesime da parte del privato requirente che non la impostazione delle soluzioni date dal giurista rispondente ai casi propostigli, per cui non dovrebbe stupire una qualche diversità di angolazione tra la formulazione delle domande e quella delle risposte».

⁶⁷ Un'elencazione tipicamente unitaria dei *dicta in mancipio* è resa da M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, 149 ss. Ha posto in discussione l'identificazione della

accogliendo la distinzione proposta dalla dottrina maggioritaria, bisognerebbe infatti escludere che si possa essere trattato sia di una *nuncupatio* che di una *lex Mancipii*. Da un lato, le *nuncupationes* – sicuramente produttive di effetti reali – erano tipizzate⁶⁸, e nelle fonti non ricorrono esempi di *nuncupationes* istitutive di vincoli di destinazione; dall'altro, le *leges Mancipii*, pur rappresentando uno strumento in grado di modellare più liberamente il contenuto del negozio cui accedevano, producevano «effetti tendenzialmente limitati alle parti che le avevano utilizzate»⁶⁹. Ecco che, supponendo la pronuncia di una *lex Mancipii* all'atto di acquisto del *saltus* comune, si incontrerebbero i medesimi ostacoli evidenziati sopra per il caso di *pacta*⁷⁰.

A ciò aggiungasi che, in ogni caso, sia *leges Mancipii* che *nuncupationes* riguardavano solitamente un accordo tra *Mancipio dans* e *Mancipio accipiens*. Nel caso descritto da Scevola, la posizione dell'originario venditore del fondo da adibire a compascolo non viene presa in considerazione: il *focus* è sulle sole intenzioni degli acquirenti in comunione⁷¹. Questa notazione rende ancora più improbabile che un'eventuale dichiarazione pronunciata all'atto di acquisto abbia potuto produrre il legame tra fondi.

Ecco perché ritengo plausibile che il vincolo di destinazione sia stato ingenerato dal fatto stesso dell'adibizione a compascolo. Ci sono casi, infatti, nei quali «il diritto tiene in conto il fenomeno naturale come tale, prescindendo da una eventuale volontà concorrente», nei quali il

nuncupatio con le *leges Mancipii* per primo F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, 33 ss., il cui atteggiamento è stato seguito nell'approccio al tema dalla dottrina romanistica successiva. Tra tutti v. S. RANDAZZO, '*Leges Mancipii*'. *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1988, *passim*, cui si rinvia per adeguati riferimenti bibliografici.

⁶⁸ Che le *nuncupationes* fossero dichiarazioni a forma vincolata, rese esclusivamente con l'utilizzo di particolari *verba*, creati e tipizzati nell'ambito dell'*interpretatio* pontificale è evidenziato da G. GANDOLFI, *Studi*, cit., 294 ss. Per un *excursus* delle fonti in cui si fa riferimento al *nuncupare* v. S. RANDAZZO, '*Leges*', cit., 68 ss.

⁶⁹ S. RANDAZZO, '*Leges*', cit., 156, cui si rinvia in generale per un approfondimento sulle differenze di funzione e di efficacia giuridica fra *leges Mancipii* e *nuncupationes*.

⁷⁰ Ritieni che «la progressiva affermazione dei *pacta* e l'ampia ricezione di essi nei rapporti giuridici fra privati ... abbia gradualmente prodotto l'effetto di smarrire le linee di demarcazione fra il *pactum* e la *lex*» S. RANDAZZO, '*Leges*', cit., 154; nello stesso senso v. anche A. MAGDELAIN, *La loi a Rome. Histoire d'un concept*, Paris, 1978, 42.

⁷¹ Il ruolo del *Mancipio dans* nell'ambito dell'espressione della *lex Mancipii* è enfatizzato da C. BREZZO, *La 'Mancipatio'*, Torino, 1891, 120 s.

diritto «considera, sì, l'operare dell'uomo sulla natura esteriore, ma, ciò facendo, non valuta tanto l'atto umano in se stesso, quanto il risultato di fatto cui esso mette capo: vale a dire, la modificazione oggettiva che esso apporta allo stato di cose preesistente»⁷². Tornando al nostro passo, che ivi si dica che gli acquirenti avevano comprato il fondo *ut ius compascendi haberent* potrebbe essere servito semplicemente a mostrare quali fossero state le effettive e comuni intenzioni dei *municipes*. Ma l'effetto costitutivo del vincolo, le cui caratteristiche reali sono comprovate dalla naturale permanenza del legame tra fondi dichiarata nel frammento, non può essere scaturita da una (eventuale) dichiarazione di quelle intenzioni, poiché gli strumenti (formali o non formali) a disposizione delle parti non avrebbero probabilmente consentito la creazione di una realtà giuridica analoga a quella descritta da Scevola.

Non è un caso, infatti, che sia stato posto il quesito al giurista.

Ma se si supponesse che per imprimere la destinazione 'a compascolo' possa essere stato sufficiente nulla più che un fatto giuridico in senso stretto⁷³, non si potrebbe escludere che per dare vita al vincolo pertinenziale, oltre alla mera volontarietà di compiere tutte le operazioni attuative della destinazione, sia bastato l'elemento materiale, consistente nell'oggettivo collegamento economico instaurato tra i beni, indipendentemente dalla rappresentazione che i soggetti destinanti possano essersi fatti degli effetti giuridici ad esso connessi. E che il concreto asservimento – esteriorizzato e riconoscibile ai terzi – del *saltus* ai *diversa praedia* abbia costituito il vero nucleo genetico del legame pertinenziale

⁷² Così E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 172, che sottolinea come la rilevanza giuridica di simili fatti sia quanto mai evidente in taluni frammenti in tema di modi di acquisto a titolo originario della proprietà e, in particolare, di specificazione.

⁷³ Seguendo l'impostazione di E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1996, 31 s., si noti che le fonti, seppur non contengano espressioni o termini analoghi agli odierni concetti dogmatici, si prestano a essere guardate e comprese alla luce di alcuni concetti e principi dotati di un'efficienza dogmatica che oltrepassa e trascende l'epoca cui essi sono riferiti. In quest'ottica, certo si può ritenere che il diritto romano conoscesse il concetto di *destinare*, ossia di fissare o determinare una funzione precipua da realizzare a mezzo dell'asservimento di un determinato bene, e che tale attività avvenisse tramite un fatto giuridico in senso stretto, come sostenuto dalla dottrina civilistica. Sul punto, tra i molti, v. M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione 'ex' art. 2645 'ter' c.c.*, Padova, 2010, 18; A. CARROZZA, *Sul procedimento di destinazione pertinenziale*, in *Riv. dir. agr.*, 1967, I, 771; A. SCHERMI, *I presupposti legali per la costituzione del rapporto pertinenziale*, in *Giur. agr.*, 1960, II, 263.

emerge anche dalla circostanza, constatata e rimarcata da Scevola⁷⁴, che lo stato di fatto sia rimasto immutato per generazioni: *idque etiam a successoribus eorum est observatum*⁷⁵.

A giustificazione del legame di complementarietà naturalmente instauratosi tra i fondi, si potrebbe altresì supporre che lo spazio consentito all'autonomia privata in tema di imposizione di vincoli replicanti istituti di carattere pubblicistico fosse limitato alla scelta sul se utilizzare un certo istituto, mentre la regolamentazione del vincolo sarebbe rimasta esclusa dall'area decisionale delle parti⁷⁶. Se così fosse, sarebbe bastato il semplice acquisto *ut ius compascendi haberent* per sottoporre l'intero rapporto a un regime analogo a quello degli *agri compascui* e per innescare la suddetta relazione di accessorietà.

E infatti, partendo dal presupposto che quello descritto in D. 8.5.20.1 rimane un rapporto *sui generis*, non suscettibile di un preciso inquadramento giuridico, è dato ipotizzare che Scevola, nel dichiarare

⁷⁴ D'altronde, come evidenziato da A. BURDESE, *In margine*, cit., 321, considerata la tendenza di Scevola a descrivere i fatti indicando solo gli elementi essenziali all'impostazione e alla soluzione del caso, «non sembra azzardato attribuire una qualche pregnanza di significato in vista dell'inquadramento giuridico del problema e della relativa soluzione» a ogni elemento di fatto da lui menzionato.

⁷⁵ Nell'ambito della dottrina civilistica, ai fini della creazione del vincolo pertinentenziale, sottolineano la necessità di un comportamento oggettivo ed esteriorizzato, in quanto modificativo di una situazione di fatto, così da essere riconoscibile dai terzi. G. GALLONI, *Potere di destinazione e impresa agricola*, Milano, 1974, 216; A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 64; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 217. In particolare, ritengono non sufficiente la volontà di creare l'evento diretto a dar vita al vincolo strumentale, all'uopo occorrendo anche il concreto asservimento alla cosa principale, M. CEOLIN, *Destinazione*, cit., 17 s.; G. TAMBURRINO, voce *Pertinenze (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 552 s.; R. ALBANO, voce *Pertinenze*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 5; A. CARROZZA, *Sul procedimento*, cit., 769; F. AGOSTINO, *Brevi appunti sul concetto di pertinenza*, in *Giur. agr.*, 1975, 405; A. AURICCHIO, *La individuazione*, cit., 91. Come è ovvio, questa teorizzazione è assente nelle fonti romane; tuttavia, come notato anche da B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 81, (il quale ritiene indubitabile l'esistenza in diritto romano di rapporti pertinentenziali tra immobili) la circostanza – constatata da Scevola – che la condizione delle cose fu rispettata anche dai successori dei primitivi acquirenti sarebbe stata del tutto superflua se di servitù si fosse trattato, posto che questa «sarebbe senza dubbio stata trasmessa ai compratori e legatari, anche ove i *successores* dei primitivi titolari non si fossero giovati del pascolo», il che induce, a *fortiori*, a ritenere rilevante il *focus* di Scevola sulla permanenza del vincolo.

⁷⁶ Osservava, a proposito delle pertinenze, B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 70, che «il carattere di pertinenza rimpetto ad una cosa principale non deriva dall'arbitrio del *pater familias* ma dal *mos regionis*».

la naturale congiunzione tra titolarità del *ius compascendi* e del rispettivo fondo individuale, avesse ben chiaro il regime dei *compascua* pubblici, e che abbia ritagliato il proprio responso tenendone a mente le peculiarità.

Non si tratterebbe tanto di un'estensione analogica di norme dettate da non ben identificabili regolamenti locali⁷⁷, né di conferire al giurista impropri poteri modificativi della realtà giuridica. Piuttosto, è verosimile che, a seguito dell'acquisto di un terreno in comunione da parte di vicini coltivatori concordato *ut ius compascendi haberent*, sul bene si sia 'implicitamente' impresso un vincolo concernente l'utilizzo in concreto del *saltus* nel contesto di un collegamento funzionale istituito coi *diversa praedia*. Si sarebbe creata, cioè, una 'destinazione pertinenziale' modellata sulla comune concezione delle terre asservite all'attività di compascolo⁷⁸.

8. Osservazioni conclusive.

Vorrei ora tentare alcune considerazioni ricostruttive e di sintesi.

Anche alla luce degli spunti ricavati dalla lettura di D. 8.5.20.1, mi sembra che il legame inscindibile tra diritto di compascolo e fondi fosse percepito in modo talmente forte da incidere sulla conformazione stessa della destinazione pascoliva. Per quanto poi concerne la qualificazione giuridica da assegnare all'istituto in esame, il vincolo di desti-

⁷⁷ È infatti noto che i Romani, sebbene conoscessero il concetto di *analogia* nel senso di procedimento da un elemento giuridico già stabilito per estenderlo a un nuovo rapporto non regolato dalla legge sostenuto dalla medesima *ratio decidendi*, non possesero abbastanza in essere il concetto fondamentale dell'analogia, che presuppone una lacuna nella legge, ma estendessero il procedimento per analogia anche a casi in cui la lettera della legge dava luogo a dubbi ed incertezze, così confondendo l'interpretazione di un disposto legislativo con la risoluzione per analogia di casi non regolati dalla legge. Sul punto v. G. CAPITANI, voce *Analogia*, in *Dig. it.*, III.1, Torino, 1895, 170 s.; V. PIANO MORTARI, voce *Analogia*. a) *Premessa storica*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 344 ss.

⁷⁸ Sebbene, come visto sopra al § 2, lo schema della pertinenza immobiliare delineato dall'odierna dottrina (per tutti, cfr. M. CEOLIN, *Destinazione*, cit., 20) non descriva a pieno il regime giuridico degli *agri compascui* pubblici, ben potrebbe applicarsi a D. 8.5.20.1. Si ricorda, infatti, che caratteristica del vincolo pertinenziale non è la sola creazione di un 'legame di sorte comune' tra cosa principale e accessoria, ma anche la libertà di far venir meno detto legame, unita alla mancanza di conseguenze negative qualora tale eventualità si verifichi.

nazione pare l'unico elemento sicuramente espressivo della vera – e, vorrei dire, più semplice – essenza del compascolo romano, che riuscirebbe oscurata a seguito di inquadramenti in schemi giuridici più 'complessi'.

La destinazione, nella prospettiva indagata, sicuramente esplicava l'effetto di incidere sul diritto oggettivo, determinando le regole applicabili alle attività future esercitate sul bene 'destinato'⁷⁹. In chiave funzionale, tali regole determinavano di fatto l'organizzazione di ogni profilo gestorio del terreno, che doveva tendere al perseguimento dell'interesse sintetizzato nella destinazione, ossia il compascolo⁸⁰. La possibilità di far pascolare i capi di bestiame dei (soli) proprietari dei fondi limitrofi al *saltus* costituiva l'unico, sicuro e immutabile interesse posto a epicentro della situazione giuridica considerata e, conseguentemente, delle regole applicabili ai rapporti futuri a essa riferibili⁸¹.

In altre parole, l'intera natura pubblicistica dell'*ager compascuus* pare racchiusa nel peculiare vincolo di destinazione che veniva impresso al suolo, affinché si realizzasse un duraturo rapporto – percepito come rispondente a una fondamentale esigenza superindividuale⁸² – tra fondi coltivati e fondi destinati al pascolo. D'altronde, certo il carattere 'pubblico' non poteva derivare dalla natura del bene 'terra', oggetto per antonomasia percepito come suscettibile di appropriazione e idoneo a

⁷⁹ Come notato da O. BUCCISANO, *Profili dell'universitas*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, Milano, 1978, 369, l'atto di destinazione pertinenziale è causa della formazione di una nuova realtà economica che incide sul regime giuridico delle cose modificandolo. Da questo punto di vista, se si tiene conto che la destinazione è in grado di influire direttamente sulla determinazione dei limiti del diritto e sul suo contenuto, si può notare che, proprio per la funzione che il bene è chiamato ad assolvere, la concezione dello stesso diritto di proprietà sembra sempre più spostarsi dal piano astratto e statico dell'appartenenza a quello dinamico del regime di utilizzazione così come sintetizzata nella destinazione.

⁸⁰ L'approfondimento del concetto di destinazione nel diritto privato ha fornito preziosi spunti per la mia analisi; per un recente panorama bibliografico sul tema vedasi M. CEOLIN, *Destinazione*, cit., 1 ss.

⁸¹ Esattamente come notato da R. NICOLÒ, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di M. D'Amelio, Firenze, 1942, 599, il rispetto della destinazione della cosa non può essere visto come il contenuto di un obbligo in senso tecnico, ma è piuttosto un limite al godimento della cosa.

⁸² La necessità di adottare sistemi di gestione collettiva del suolo, riservando alcuni terreni alla pastorizia, si perde tra le più ataviche esigenze del collettivismo agrario che, sotto forme più o meno evolute, si ritrova presso tutti i popoli antichi. Cfr. sul punto G. TIBILETTI, *Ager*, cit., 92.

soddisfare le più forti esigenze egoistiche dell'animo umano⁸³; a conferire a un appezzamento di terreno il carattere pubblico poteva essere solo la destinazione, determinata talvolta da un atto solenne (*publicatio*), altre volte ritenuta imposta dal *ius gentium*, altre ancora determinata da consuetudine immemorabile⁸⁴.

Per questo, tenendo a mente che le principali fonti a nostra disposizione sono di autori gromatici⁸⁵ – che si esprimono utilizzando soprattutto concetti dell'agricoltura stessa e del *mos regionis* – e che ciò non consente ai moderni di «statuire, fuori che in termini assai generali, il rapporto tra la cosa principale e l'accessoria»⁸⁶ probabilmente vigente tra *ager compascuus* e fondi limitrofi⁸⁷, mi sembra che il nucleo giuridico del compascuolo romano stia in un nudo vincolo di destinazione, ingenerato (talvolta da un fatto giuridico in senso stretto, come per i 'compascoli privati' simili a quelli descritti in D. 8.5.20.1, ma per lo più) da un atto proveniente dall'autorità competente idoneo a fissare uno scopo precipuo da perseguire e realizzare a

⁸³ Anche se – affermava G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.*, 1952, I, 277 ss., – «il nudo fatto dell'unione del singolo con la singola terra, che sembra così semplice, che sembra avere la semplicità di uno schema, si rivela nella sua smisurata complessità». È a seguito dell'apparente distacco ingenerato dal riconoscimento della proprietà – continuava il filosofo del diritto – che nasce «lo sterminato sistema dei contratti agrari, che riempiono la storia, i quali non sono che le formule determinate e concrete che prende il moltiplicarsi delle unioni innestate sulle concretissime condizioni della terra, delle colture, del lavoro e della vita, nelle quali si svolge l'unione effettiva con la terra».

⁸⁴ Per un approfondimento sulla destinazione all'uso pubblico si rinvia a G. SCHERRILLO, *Lezioni*, cit., 104 ss.

⁸⁵ Per un quadro d'insieme su posizione sociale, mansioni e funzione processuale degli agrimensori, nella fase di passaggio dall'età repubblicana a quella imperiale, cfr. L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997, 1 ss.

⁸⁶ Così B. BRUGI, *Le dottrine*, cit., 822.

⁸⁷ Considerando che l'*ager compascuus* può essere visto come un lontano 'antenato' dell'eterogeneo e frammentato – istituto degli usi civici, va sottolineata la difficoltà di giungere a una definizione tecnico-giuridica del tutto precisa: gli usi civici, infatti, come osservato in un recente contributo da P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, in *Quaderni dell'Accademia dei Georgofili*, 2005, Firenze, 23, «non nascono da brillanti ipotesi scientifiche o da interventi legislativi di Sovrani o, comunque, di pubblici poteri. Nascono, invece, sparsamente come invenzioni spontanee di comunità storiche che credono di risolvere così il problema dell'utilizzazione di una terra e, conseguentemente, della stessa sopravvivenza della comunità; e nascono diversi, perché ha da essere diverso lo sfruttamento di un territorio boschivo e pascolivo da quello suscettibile di coltivazione agraria, di un terreno di pianura da quello di montagna, di uno stagno da un ambiente siccitoso».

mezzo dell'asservimento di determinati terreni, garantito da un collegamento stabile instaurato tra suoli pascolivi (pubblici) e fondi coltivati (privati)⁸⁸.

⁸⁸ Peraltro – ragionava in via ipotetica B. BRUGI, *Dei pascoli accessori*, cit., 59, nt. 9, – «anche se il terreno da pascolo (pertinenza) è adiacente al fondo (cosa principale) non vi è la coesione delle cose in senso stretto accessorie, perché nella divisione del suolo ogni parte avente fisionomia propria è un nuovo fondo ... e i segni del confine o la differenza delle coltivazioni sono l'unico modo della divisione del suolo, nella quale non si può rompere la coesione fisica delle parti».