



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

[Metadata, citation and similar papers](#)

nts Research

IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI STORICI NEGLI ORDINAMENTI COSTITUZIONALI

a cura di
MATTEO COSULICH
e
GIANCARLO ROLLA

2014



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

3

2014

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2014*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-566-8
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS -
Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it>) con Creative Commons
Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.
Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

*Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di
Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-6342-679-3.*

Settembre 2014

IL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI STORICI
NEGLI ORDINAMENTI COSTITUZIONALI

a cura di
Matteo Cosulich
e
Giancarlo Rolla

Università degli Studi di Trento 2014

INDICE

	Pag.
Matteo Cosulich e Giancarlo Rolla <i>Premessa</i>	VII
Diego Quaglioni <i>La storia come fonte del diritto</i>	1
Riccardo Ferrante <i>Beni comuni, tra storia e diritto</i>	13
Pietro Nervi <i>I diritti storici nell'esperienza degli assetti fondiari collettivi</i>	27
Giuseppe Di Genio <i>Gli usi civici: profili costituzionali</i>	45
Mauro Mazza <i>Itinerari di ricerca sugli assetti fondiari collettivi: dal (micro-)caso dei Walser alla (macro-)prospettiva della comparazione giuridica intersistemica (e interculturale)</i>	57
Marco Gaggero <i>Il libro fondiario in Trentino-Alto Adige/Südtirol: origini storiche e prospettive future</i>	127
Elisabetta Fiocchi Malaspina <i>Il libro fondiario in Venezia Giulia: alcuni profili storico-giuridici</i>	145

INDICE

	Pag.
Flavio Guella <i>Un “libro fondiario” in Eritrea, tra diritto coloniale e diritto tradizionale</i>	167
Davide Paris <i>Il maso chiuso nella giurisprudenza costituzionale. La storia e la tradizione nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi</i>	195
Barbara Lelli <i>I “diritti forali” in Spagna e l’Unione europea: la possibile con- ciliazione fra istanze di specialità ed esigenze di omogeneità</i>	215
Notizie sugli Autori	237

PREMESSA

Matteo Cosulich e Giancarlo Rolla

Il presente Volume raccoglie gli Atti dell'Incontro di studio trentino del 4-5 ottobre 2013, dedicato a «I diritti storici», momento conclusivo e culminante del progetto di ricerca «Rilevanza costituzionale dei diritti storici: libro fondiario e diritti forali. Una comparazione tra Italia e Spagna»; ricerca finanziata nel 2011 dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Trento e Rovereto (Caritro) e condotta dal Centro di ricerca sui sistemi costituzionali comparati dell'Università degli Studi di Genova, dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento e dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trieste.

Raggiunto con la pubblicazione di questo Volume un significativo traguardo nell'ambito di un proficuo cammino di ricerca, si vuole qui anzitutto ringraziare sentitamente i soggetti che hanno contribuito a renderlo possibile: la Fondazione Caritro che ha voluto finanziare la ricerca; la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, nella cui collana di Editoriale Scientifica viene pubblicato questo Volume; il personale amministrativo della Facoltà trentina che ha costantemente accompagnato il nostro lavoro, non facendo mai mancare la propria collaborazione, sempre cortese ed efficiente.

Trento rappresenta una sede particolarmente indicata per una ricerca sui diritti storici, in quanto nel territorio circostante, nella Provincia autonoma e, allargando la prospettiva, nell'intera Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol*, se ne riscontrano significative presenze, da tempo all'attenzione degli studiosi e analizzate da vari contributi ospitati nel presente Volume. Non per nulla, a Trento opera fattivamente il 'Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive' (presieduto con sicura capacità e indubbia perizia da *Pietro Nervi*), le cui riunioni annuali costituiscono un autorevole momento di riflessione scientifica sugli assetti fondiari collettivi, vale a dire sugli «usi civici»,

per riprendere una terminologia un poco *d'antan*, propria della legislazione italiana degli anni '20 del secolo scorso, ancora in larga parte vigente.

Come rileva *Diego Quaglioni* nel suo attento contributo, gli «usi civici» costituiscono un esempio di diritti storici che il legislatore riconosce, disciplinandoli, ma che paiono sussistere a prescindere da tale disciplina e da tale riconoscimento, in quanto «ordinamenti giuridici primari di comunità originarie».

Sembra quasi di essere in presenza di un fenomeno carsico, nel quale l'acqua dei diritti storici per lungo tempo scorre invisibile – soprattutto all'osservatore meno avveduto – sotto la superficie calcarea dell'ordinamento, per riemergere poi improvvisamente. In tale prospettiva, ben si coglie il porsi della storia come fonte del diritto, per riprendere la felice, icastica titolazione del saggio di *Diego Quaglioni*. L'ordinamento costituzionale non viene infatti edificato *ex nihilo*, su una sorta di *tabula rasa*, ma al contrario si costruisce su una superficie già profondamente solcata dai diritti storici, che, proprio in quanto non coincidenti con l'ambito spaziale di applicazione dell'ordinamento, tendono a determinarne deroghe territorialmente circoscritte. Diritti storici presenti da tempo immemorabile ovvero derivanti da ordinamenti preesistenti. Può esemplificarsi in proposito, facendo riferimento, da un canto, ai già menzionati assetti fondiari collettivi e, dall'altro, al sistema tavolare.

Proprio dagli assetti fondiari collettivi prendono le mosse i contributi qui raccolti.

Dapprima, mediante una lettura storico-giuridica, *Riccardo Ferrante* pone in una prospettiva metodologicamente convincente, scevra da suggestioni ideologiche, il tema dei «beni comuni», richiamando in tale ambito la riflessione, anche risalente, sugli usi civici.

Quindi *Pietro Nervi* delinea il modello degli assetti fondiari collettivi, in un'ottica interdisciplinare attenta ai loro elementi costitutivi, mentre *Giuseppe Di Genio* ne sottolinea i profili costituzionalistici, applicandovi proficuamente le categorie proprie del diritto costituzionale generale, italiano e comparato.

Così complessivamente inquadrato il tema degli assetti fondiari collettivi, l'ampio saggio di *Mauro Mazza* mostra la fecondità degli studi in materia, muovendo dal diritto colonico dei Walser per allargare pro-

gressivamente la prospettiva d'analisi, dapprima agli altri ordinamenti giuridici europei, quindi ai paesi in via di sviluppo e infine alla proprietà collettiva del suolo agricolo in Cina. Analisi quest'ultima particolarmente stimolante, anche alla luce della crescente attenzione rivolta nel nostro paese all'ordinamento cinese e alle sue tumultuose trasformazioni.

Richiamare i diritti storici quali istituti disciplinati da ordinamenti precedenti e conservatisi nell'ordinamento vigente significa evocare, soprattutto a Trento, il sistema tavolare. È ben nota la derivazione asburgica del libro fondiario quale sistema di pubblicità immobiliare, non a caso tutt'ora presente nelle terre che più a lungo fecero parte dell'Impero d'Austria: il Trentino-Alto Adige/*Südtirol* e la Venezia Giulia. In altre parole, se ci si riferisce ai rispettivi capoluoghi regionali, Trento e Trieste; nell'ambito dell'Ateneo trentino e di quello triestino il tema del libro fondiario è stato così oggetto di approfondita analisi, corrispondente ai contributi di *Marco Gaggero* e di *Elisabetta Fiocchi Malaspina*. La parte della ricerca dedicata al libro fondiario viene completata dal saggio di *Flavio Guella*, relativo alla meno nota esperienza eritrea, ricostruita muovendosi accortamente fra il diritto tradizionale, quello coloniale e quello postcoloniale.

Completano i risultati della ricerca racchiusi nel presente Volume i saggi di *Davide Paris* e di *Barbara Lelli*. Il primo dedicato all'istituto del «maso chiuso», quasi un archetipo dei diritti storici presenti nel nostro ordinamento, in quanto riconosciuto a livello costituzionale (statutario speciale) sin dagli albori dell'esperienza repubblicana e come tale da tempo oggetto della giurisprudenza costituzionale, attentamente ricostruita da *Davide Paris*.

Nel contributo di *Barbara Lelli* emerge con particolare evidenza il fondamentale approccio comparatistico, presente in filigrana nell'intero Volume. Nell'ambito delle linee di ricerca oggetto del finanziamento Caritro, il saggio si sofferma infatti sui «diritti forali» in Spagna, quale esempio paradigmatico di diritti storici, potenzialmente deroganti allo stesso diritto sovranazionale e dunque esaminati anche alla luce di una puntuale ricostruzione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in materia.

LA STORIA COME FONTE DEL DIRITTO

Diego Quaglioni

Ho accettato di prender parte a questa riunione scientifica più per amicizia che per competenza scientifica. Vorrei ricordare che per amicizia si possono perdonare molte cose: è perciò che mi auguro mi si perdoni la ripetizione di cose già dette in altre occasioni, soprattutto nelle riunioni periodiche del nostro vivace Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive, fondato e presieduto dal mio caro amico e collega Pietro Nervi.

Oggetto dell'incontro di oggi, sotto il titolo appropriato di *Diritti storici*, è infatti in gran parte la materia complessa degli "usi civici". Questa qualificazione, peraltro assai risalente in dottrina, nella legge 16 giugno 1927 n. 1766 comprende, in un conato di unificazione e uniformazione tipico della legislazione post-unitaria, una pluralità di forme giuridiche di origine storica, di *diritti storici*, appunto, di vastissima diffusione e di varia denominazione (usi civici, demani civici, proprietà collettive, partecipanze, università agrarie, regole, ecc.)¹.

¹ Non occorre di certo che io allegli, in questa sede altamente specialistica, neppure una bibliografia minima. Mi limiterò a ricordare che è recentemente apparsa la nuova edizione del vasto aggiornatissimo trattato di F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Milano, 2013 (*Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER), apparso la prima volta nel 2003. La seconda edizione è stata oggetto di una articolata presentazione, che ho avuto l'onore di coordinare, all'interno della XIX riunione scientifica del Centro Studi e Documentazione sui Demani civici e le Proprietà collettive, *Assetto fondiario collettivo e performances di una entità complessa* (Trento, 14-15 novembre 2013). Mi permetto inoltre di menzionare la recente pubblicazione del volume *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, 2013 («Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia», 21), all'interno del quale si legge un mio contributo dal titolo, involontariamente ingannevole ma funzionale alle esigenze del convegno di cui il volume raccoglie gli Atti, di *Panoramica storica del diritto di proprietà*, pp. 45-52. Vi si troverà una riflessione sul contributo della storiografia giuridica degli ultimi trent'anni, almeno a

Generalmente si tratta di proprietà in capo a una comunità o collettività territoriale e locale, la cui natura (storica e giuridica insieme) e la cui amministrazione (nel senso della gestione dei beni di uso civico, per lo più di tipo agro-silvo-pastorale) costituiscono oggetto di una vasta letteratura, che sconta spesso la difficoltà di accogliere le forme “originarie” della proprietà collettiva (così come in genere le forme consuetudinarie) entro un ordinamento nato all’insegna dell’ideologia panlegalistica, fino a porre in discussione lo stesso carattere della demanialità dei beni civici, che si traduce nel precetto della inalienabilità (salvo eccezioni), nel mutamento di destinazione solo quando esso rappresenti un reale beneficio per la generalità dei partecipanti, dell’espropriabilità solo in forza della legge, della imprescrittibilità dei diritti di godimento (perenni, che non si estinguono a causa del tempo o dell’occupazione abusiva) e quindi della insuscipibilità².

Ai problemi di natura storica e giuridica si uniscono problemi di carattere politico-economico, poiché sui beni di uso civico ha pesato a lungo – diciamo almeno fino alla consacrazione degli scritti della Ostrom con il conferimento del Nobel per l’economia – il duplice pregiudizio circa una loro dannosità ed inefficienza, pregiudizio nato con l’ideologia produttivistica e in ragione della natura eminentemente conservativa degli istituti stessi, nonché in ragione dell’ideologia proprietaria accolta generalmente nei moderni codici³.

partire dal convegno della Società Italiana di Storia del Diritto tenuto a Pontignano nel 1985, ai cui Atti appartiene l’imprescindibile contributo di P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, in E. CORTESE (a cura di), *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, pp. 205-272. Ed è pressoché superfluo ricordare che risale a quasi un decennio prima il volume dello stesso P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

² Commetto l’ulteriore ineleganza di una seconda autocitazione: cfr. D. QUAGLIONI, *La consuetudine come costituzione*, in *Proprietà collettive e Autonomia*. Atti del Convegno di Trento, Padova, 2000, pp. 9-28.

³ Per una sintesi estrema della questione, munita di essenziali indicazioni bibliografiche, mi permetto di rinviare al mio recente intervento introduttivo, dall’improprio titolo, dovuto esclusivamente alle esigenze convegnistiche, di *Panoramica storica del diritto di proprietà*, in *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, 2013 («Osservatorio “Giordano Dell’Amore” sui rapporti tra diritto ed econo-

Oggi crediamo prevalga, sia in ambito giuridico che politico-economico, la visione di chi ritiene che gli usi civici, in quanto ordinamenti giuridici primari di comunità originarie e forme di conservazione del patrimonio ambientale e delle risorse naturali, siano altamente meritevoli di tutela e del riconoscimento della capacità di auto-normazione e di autonoma gestione (soprattutto dopo il passaggio della competenza legislativa alle regioni e alle province autonome).

Il superamento del paradigma normativo-dottrinale di tipo distruttivo è particolarmente importante in una regione come il Trentino-Alto Adige, dove tali ordinamenti si sono conservati più e meglio che altrove in forza della consuetudine, e dove la loro gestione è spesso dinamica e produttiva di effetti benefici, non solo per le comunità ma per l'economia dell'intera regione (lo stesso sviluppo dell'economia turistica è impensabile senza la conservazione del bene-ambiente, alla quale gli usi civici contribuiscono assai, sempre che le amministrazioni separate sappiano resistere alle pulsioni di uno sfruttamento irrazionale del bene e che comuni, province e regioni sappiano resistere alla tentazione di sottoporre questi antichi diritti ad una disciplina di tipo rigidamente eteronomo).

Di qui il titolo di questa mia breve conversazione introduttiva – *La storia come fonte del diritto* –, titolo che vorrebbe indicare, soprattutto ma non solo in relazione alla questione degli usi civici come diritti storici, la necessità di considerare la storicità del diritto come unica via per superare astratte contrapposizioni tra normativismo e neo-pluralismo, a dispetto del risorgere di paradigmi che vorrebbero relegare il diritto alla sola funzione di autoritaria qualificazione dei fatti, e al tempo stesso a

mia», 21), pp. 45-52 (ora anche, con necessari ritocchi e col titolo *A proposito della proprietà nel secolo XXI*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, 3, Milano, i.c.s.). Elinor Ostrom è stata ospite della IV Riunione Scientifica del Centro Studi e Documentazione sui Demani Civici e le Proprietà Collettive dell'Università di Trento (Trento, 7-8 novembre 1998): cfr. E. OSTROM, *Come alcune comunità hanno evitato la tragedia delle risorse comuni*, in *Le terre civiche tra l'istituzionalizzazione del territorio e il declino dell'autorità locale di sistema*, a cura di P. NERVI, Padova, 2000, pp. 35-65.

dispetto di ogni risoluzione del giuridico nella pura indagine empirica dei fenomeni sociali⁴.

Storia e diritto, in una relazione necessariamente biunivoca. Può essere consolatorio pensare che gli storici si occupino della storia nell'impossibile intento di ridestare i morti e ricomporre l'infranto, per usare l'immagine di Walter Benjamin. Articolare storicamente il passato risponde invece al bisogno di reagire ai pericoli del presente; e tra i pericoli del presente c'è quello di perdere, con la memoria, un deposito di esperienza giuridica⁵.

In quella tradizione i diritti di origine consuetudinaria, cioè i diritti storici, costituiscono il diritto proprio in perenne dialettica con il *ius commune*, il diritto dotto, la tradizione scientifica. Tra *lex* e *consuetudo* non c'è quell'abisso concettuale e formale che il normativismo moderno vi ha sopra costruito.

Questo rapporto osmotico tra *mores* e *leges*, tra consuetudine e diritto scritto, questo «scambio perenne che garantisce il divenire armonico del diritto come veste del sociale»⁶, che per il giurista premoderno era la ragione stessa del suo interrogarsi sul diritto scritto, la scaturigine stessa dell'*interpretatio*, dell'ansia di scientizzazione del diritto, ha potuto invece costituire un problema insormontabile per il giurista ottonecentesco e per la sua sistematica, dominata da una dimensione tendenzialmente monodimensionale del diritto, quella autoritaria-legislati-

⁴ Tutto ciò ho scritto altrove, in un contributo dal titolo *La consuetudine come costituzione*, in *Proprietà collettive e Autonomia*. Atti del Convegno di Trento, Padova, 2000, pp. 9-28.

⁵ Alludo al celebre scritto, edito solo dopo la morte di Benjamin e abusivamente noto come *Tesi di filosofia della storia*; cfr. W. BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*. Traduzione e introduzione di R. SOLMI, Torino, 1962, pp. 75-86; ora con il più rispettoso titolo *Sul concetto di storia*, ma nella meno elegante traduzione di G. BONOLA, M. RANCHETTI, in W. BENJAMIN, *Scritti 1938-1940*, a cura di R. TIEDEMANN. Ed. italiana a cura di E. GANNI con la collaborazione di H. RIEDIGER, Torino, 2006 («Opere complete di Walter Benjamin», VII), pp. 483-493: 487.

⁶ Così nella suggestiva prosa di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, p. 90.

va. Era veramente troppo difficile riconoscere nella consuetudine «una delle ossature portanti dell'ordine giuridico»⁷.

Si dimentica così che uno dei massimi problemi della dottrina di diritto comune è proprio quello posto dalla dinamica tra legge e statuto, *ius civile municipale*. Alle soglie dell'età moderna la dottrina giuridica cerca risposte al problema della conservazione dell'autonomia di fronte al potere di deroga del legislatore territoriale che rivendica a sé la *solutio a legibus*, la sovranità. Per quei giuristi alle prese con le questioni della deroga dello statuto-consuetudine da parte del principe territoriale, come l'atto normativo del principe non gode di una presunzione di legittimità, ma va verificato, interinato, in quanto nel derogare al diritto vigente il legislatore potrebbe porsi contro regole generali o principi immodificabili del diritto, così anche il rescritto contrario al diritto consuetudinario scritto e non scritto deve essere motivato perché sia valido, perché cioè sia accolto in giudizio e valga a modificare il diritto vigente⁸.

Per i grandi interpreti del maturo diritto comune il legislatore può sì cassare lo statuto, ma ciò «sapit tyranniam», “sa di tirannide”, se non allega una *iusta causa*; perciò il rescritto «contra ius consuetudinarium vel municipale» deve ritenersi invalido in assenza di una clausola derogatoria speciale, perché in tal caso la *certa scientia* del legislatore non si presume, dove invece il rescritto contrario al diritto comune basta di una clausola generica⁹. Riprendendo questa dottrina e portandola alle estreme conseguenze, altri scriveranno che sebbene si debba presumere che il principe abbia *omnia iura in scrinio pectoris*, tuttavia non si presume che egli abbia notizia della consuetudine speciale dei luoghi, anzi si deve presumere che egli la ignori ed è canone che si estende allo statuto, poiché consuetudine e statuto sono la stessa cosa («consuetudo

⁷ *Ibid.*, p. 183.

⁸ Cfr. D. QUAGLIONI, *I limiti del principe legibus solutus nel pensiero giuridico-politico della prima età moderna*, in A. DE BENEDICTIS, I. MATTOZZI (a cura di), *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, Bologna, 1994, pp. 55-71.

⁹ Cfr. D. QUAGLIONI, *La legislazione del principe e gli statuti urbani nell'Italia del Quattrocento*, in S. GENSINI (a cura di), *Principi e città alla fine del Medioevo*, Pisa, 1996, pp. 1-16: 13.

idem est, quod statutum»)¹⁰. Insomma la *notitia iuris*, che deve presumersi nel legislatore ogni qual volta egli faccia uso della *plenitudo potestatis*, cioè agisca in modo tale da creare nuovo diritto anche solo con un atto di interpretazione, deve escludersi nel caso della consuetudine e dello statuto, cioè dei diritti storici.

È questa dottrina a costituire, nello snodo della prima modernità, un rafforzamento alle barriere fraposte all'esercizio della *plena potestas* da parte del principe, cioè dello statuto o della consuetudine come limiti alle prerogative della sovranità. Solo la fine del Cinquecento vedrà, e non senza faticosi compromessi con la tradizione dottrinale, l'espressione del volontarismo giuridico nella massima che vuole la sovranità intesa come il potere di derogare al diritto ordinario, dunque anche alla consuetudine e allo statuto, sulla base di una *voluntas principis* che non può essere soggetta ad un "controllo di legittimità" senza che sudditi e magistrati siano colpevoli di disobbedienza: della scienza e della coscienza del principe non sarà allora più lecito dubitare, e da quel punto in poi, là dove la tradizione di diritto comune viene ad essere più fortemente intaccata (in Francia dapprima, in Germania poi), il crepuscolo dei diritti storici sarà rapido, coincidendo con i processi di centralizzazione tipici dell'assolutismo giuridico e politico¹¹.

Qui sta forse l'origine della nozione dei diritti storici come sistemi normativi di carattere irriflesso e "primitivo", o anche, come sa il costituzionalista del nostro tempo, l'origine della convinzione che il fenomeno giuridico sia intrinsecamente autoritativo ed eteronomo.

La storia giuridica europea può essere letta, da allora, come storia della distruzione della tradizione e insieme ad essa dell'autorità della consuetudine e delle forme storiche dell'autonomia, dei diritti storici. La distruzione della tradizione ha portato con sé, largamente, la distruzione della memoria. In *Che cos'è l'autorità?* ha scritto Hannah Arendt: «Perdendo la tradizione abbiamo perduto il filo che ci guidava sicuri nel vasto dominio del passato. Ma questo filo era anche la catena che vincolava ogni generazione successiva a un determinato aspetto del passato. Forse soltanto adesso il passato si apre davanti a noi con inatte-

¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹¹ *Ibid.*, pp. 15-16.

sa freschezza, per dirci cose che nessuno finora aveva orecchie per ascoltare. Ma non si può negare che senza una tradizione saldamente radicata (e tale saldezza si è perduta già da alcune centinaia di anni) l'intera dimensione del passato risulta compromessa. Corriamo il rischio di dimenticare...»¹².

Non fa parte di questa dimenticanza l'opinione che assegna ai diritti storici e ai loro istituti tipici un valore residuale nel mondo moderno, quando non fa di essi delle «anomalie»? Si tratta di una difficoltà essenziale di molti giuristi del nostro tempo a comprendere il senso e il nome stesso dei diritti storici; e una tale difficoltà è avvertibile anche nella prospettiva che fa dei diritti consuetudinari un oggetto di speciale attenzione quasi solo per il giusantropologo, per il giurista studioso degli ordinamenti non formali delle società «primitive»¹³.

Non solo il traduttore straniero, di cui vent'anni fa parlò Bartolomé Clavero in un suo bellissimo contributo in memoria di Roberto Ruffilli, sarà, davanti al linguaggio costituzionale spagnolo, come il giurista persiano di Montesquieu, con la sua «feconda ingenuità», ma il giurista del nostro tempo sarà come il giurista persiano davanti a tutti quegli aspetti del fenomeno giuridico che il suo linguaggio e la sua esperienza gli impediscono di intendere¹⁴.

Un nostro costituzionalista ha ricordato di recente che ciò che è veramente fondamentale, nel diritto, «per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto», e che non già le regole, ma solo i principi svolgono un ruolo propriamente costituzionale, cioè «costitutivo» dell'ordine giuridico¹⁵. Se ciò è vero per le costituzioni scritte, che rappresentano il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo, ciò vale a maggior ragione per i diritti storici, per quella scrittura che tra-

¹² H. ARENDT, *Tra passato e futuro*, trad. it. di M. BIANCHI DI LAVAGNA MALAGODI, T. GARGIULO, Firenze, 1970, p. 104.

¹³ Mi sembra esemplare il caso della *Introduzione breve al diritto comparato* di U. MATTEI, P.G. MONATERI, Padova, 1997.

¹⁴ B. CLAVERO, «Territorios forales»: una pagina spagnola del palinsesto europeo, in P. SCHIERA (a cura di), *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bologna, 1993, pp. 15-45: 15; cfr. più in generale ID., *Fueros Vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, 1985.

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione, Torino, 1998, p. 148.

spare come in un palinsesto dalla pagina sovrascritta delle codificazioni, e che rinvia alla consuetudine come alla loro radice non ancora disseccata.

Non mi pare che ciò debba significare, semplicemente, che nei luoghi critici del costituzionalismo del nostro tempo «dobbiamo riconoscere la rinascita [...] di aspetti del diritto premoderno»¹⁶. Mi è già capitato di ricordare il saggio di Clavero, che parte dalla constatazione che l'Europa si sta costruendo secondo una forma costituzionale che viene ad integrare gli ordinamenti statali per affermare che questo costituzionalismo a più piani ha bisogno di articolare tra loro le diverse esperienze costituzionali, le quali dovranno essere innanzitutto «traducibili tra di loro»¹⁷.

Ora, proprio in materia di articolazione dei poteri locali, la Costituzione spagnola stabilisce «un principio di eccezione, con la salvaguardia dei *derechos históricos*, cioè precostituzionali, di alcuni *territorios forales*, senza una più precisa caratterizzazione né ulteriori specificazioni: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”»¹⁸.

Clavero nota che un traduttore italiano resta perplesso di fronte a qualcosa che lo sconcerta: «Non capisce che cosa ci faccia una espressione di questo genere in un testo costituzionale. Non sa come tradurla. Non trova una parola specifica per rendere l'aggettivo *forales* e decide di eliminarlo, a meno che non lo abbia lasciato da parte e poi dimenticato. Il fatto è che in questo modo scompare. Il problema è che manca il concetto perché non esiste neppure il vocabolo relativo [...], ottenendo la dubbia traduzione: “La Costituzione protegge e rispetta i diritti storici dei territori”»¹⁹. In altre circostanze, avverte ancora Clavero, «l'espressione *derechos forales* viene tradotta [...] “diritti tradizionali locali” o con la versione, decisamente più bizzarra, di “diritti forensi”, dalla comune radice di foro. Tale stranezza può essere spiegata. Non è

¹⁶ *Ibid.*, p. 169.

¹⁷ B. CLAVERO, «*Territorios forales*»: una pagina spagnola del palinsesto europeo, cit., p. 15.

¹⁸ È la prima disposizione addizionale della Costituzione spagnola del 1978.

¹⁹ B. CLAVERO, «*Territorios forales*»: una pagina spagnola del palinsesto europeo, cit., pp. 16-17.

possibile una traduzione. Non c'è la parola. Infatti altri opteranno per una corrispondenza letterale che in pratica non traduce [...]: “detto regime di diritto tradizionale locale” [...]. Altre versioni si complicano meno la vita. La loro scelta è tradurre senza tradurre, trasporre semplicemente in altre lingue il termine *fuero* o i suoi derivati [...]; nello stesso modo abbiamo anche *droit foral*, come una specie di *droit particulier*, e *territoires foraux*, o anche *Foralrecht* e poi *Sonderrecht* e *Foralgebiete*. Al contrario la traduzione inglese non si azzarda a creare termini: “*fuero*” or *special rights* oppure *special laws*, *territories with “fueros”*, incluso “*fuero*” *system*»²⁰. Ma di tutte le traduzioni possibili «quella che più colpisce è la prima, quella che non viene fatta, quella che fa semplicemente sparire l'aggettivo *foral*»²¹.

La radice di queste incomprensioni sta nella stessa ambiguità del testo costituzionale spagnolo, che nel riconoscere i diritti storici di alcuni territori, «quelli detti *forales* per essere titolari di un *fuero*, un “diritto singolare”»²², non dà ad essi vera portata costituzionale. «In effetti», scrive Clavero, «non sembra che qualche cosa di ciò sia costituzionalmente rilevante. Pare esserlo solo la Costituzione»²³. La stessa mancanza, lo stesso vuoto, la stessa sottovalutazione affliggono la storiografia giuridica e i trattati di diritto costituzionale, la stessa difficoltà a far luogo ai *derechos forales* come *derechos originarios e históricos*, come diritti di rilevanza costituzionale perché precostituzionali: «C'è una comprensibile resistenza a riconoscere francamente quello che, all'interno di un disegno costituzionale di unità statale e pluralità regionale, risulta in definitiva un'anomalia, un corpo estraneo»²⁴.

Scrivendo Clavero: «Pare che ci sia un tratto storico generatore di un principio giuridico, una storia produttrice di un diritto, che può definirsi con il termine di *fuero*. Ci sarebbero un momento storico ed un principio giuridico, una realtà ed una definizione, che arrivano ad avere portata costituzionale. Il vocabolo sarà pure antico, ma la realtà è attua-

²⁰ *Ibid.*, pp. 17-18.

²¹ *Ibid.*, p. 18.

²² *Ibidem.*

²³ *Ibid.*, p. 19.

²⁴ *Ibid.*, p. 22.

le»²⁵. Quel vocabolo antico, nella dimenticata sua definizione colta, ha nome *ius proprium*; la storia costituzionale «avanza in Spagna con scarso rispetto verso questa realtà di diritto proprio»²⁶. Insomma, nel caso spagnolo, «una sezione di “principi costituzionali di articolazione tra il potere centrale ed i poteri regionali” deve cominciare affrontando il problema della valenza giuridica della *storia*, proprio per la via *foral*, uno *storicismo* che viene però tacciato di irrilevanza agli effetti pratici e ripudiabile dal punto di vista teorico [...]. Non risulta concepibile un principio costitutivo che sfugga al testo costituzionale, alla sua capacità costituente»²⁷.

Il caso spagnolo ci riguarda (e sono lietissimo che la dottoressa Lelli affronti questo problema, il problema della possibile conciliazione tra istanze di specialità ed esigenze di omogeneità, nel corso del nostro incontro di studio); ci riguarda non solo come parte della scrittura del costituzionalismo europeo, ma anche perché il modello contestato da Clavero forma «un modello per qualunque altro Stato democratico»²⁸. Ci riguarda perché Clavero a tale proposito può citare il caso dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige, regione e statuto che travalicano «non solo le frontiere ma anche alcuni concetti statali dell'ordinamento giuridico»²⁹ (Davide Paris ricorderà, in questo luogo, che istituti di origine consuetudinaria che con estrema difficoltà sono pensabili in armonia con l'ordinamento giuridico italiano, si sono conservati, con stupore della dottrina, anche contro il tentativo di sopprimerli con legge dello Stato, e per sola forza del consenso delle popolazioni che in quegli istituti riconoscono un diritto *proprio*).

Più in generale, il caso spagnolo ci riguarda perché «nessuno Stato europeo ci appare disposto a riconoscere con franchezza che possa esistere dentro i propri confini una regione, comunità o territorio con diritto proprio ed irriducibile, anteriore alla ed indipendente dalla instaurazione della Costituzione o delle costituzioni, di uno Statuto o degli sta-

²⁵ *Ibid.*, p. 23.

²⁶ *Ibid.*, p. 24.

²⁷ *Ibid.*, p. 31.

²⁸ *Ibid.*, p. 32.

²⁹ *Ibid.*, p. 33.

tuti»³⁰; perché riguarda il processo costituzionale europeo, all'interno del quale altro è il livello di riconoscimento e di garanzia dei diritti individuali, altro è quello del riconoscimento e della garanzia dei diritti delle comunità; perché riguarda il concetto e la prassi dell'autonomia. È questa scrittura antica, non ancora del tutto cancellata sotto la riscrittura del costituzionalismo europeo, che non entra affatto nella prospettiva europea; ma senza di essa «non c'è l'Europa»³¹.

Recuperare «lo strato finora sotterraneo della effettività», del pluralismo giuridico, di quella «ricchezza perduta o almeno dimenticata»³², è quanto ci proponiamo di fare anche in questa sede con gli strumenti del discorso storico-comparativo.

³⁰ *Ibid.*, p. 32.

³¹ *Ibid.*, p. 45.

³² P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, pp. 1-11: 6.

BENI COMUNI, TRA STORIA E DIRITTO

Riccardo Ferrante

I profili giuridici della categoria “bene comune” appare ancora assai incerta, nonostante l’ampia e autorevole letteratura che incomincia a essere già disponibile su questo tema, e gli stessi singoli beni comuni sarebbero in via di definizione¹. Ad esempio potrebbe esserlo una piazza «in quanto luogo di accesso sociale e di scambio esistenziale»; per essere certificata come «bene comune», in quel luogo dovrebbe essere «invalida un’ordinanza sindacale che dovesse impedire l’uso delle panchine ai senza tetto o illecita, perché discriminatoria, la decisione di una barista di non far sedere cittadini extracomunitari poveri». La piazza bene comune infatti «“appartiene” a una comunità tipicamente globale [...] e ciò nei modi e nelle forme di cui ciascuno è interprete». In particolare tutto ciò al di fuori degli alternativi regimi giuridici di proprietà privata e proprietà pubblica, e di qualsiasi valutazione secondo «la nota mitologia della legalità formale (*rule of law*)»².

«Beni comuni», così declinato, come noto traduce *commons*, e dunque in queste pagine va inteso con lo stesso significato anche il singolare «bene comune»; quest’ultima espressione però non va confusa col «bene comune» nel senso di *common Good*, categoria del politico, af-

Il testo riproduce, con alcune integrazioni e modifiche, il saggio *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in *Ragion pratica*, 41, 2013, pp. 319-332; in quel contesto compaiono anche altri contributi sul tema dei beni comuni cui si rimanda come ulteriore fondamentale riferimento bibliografico. Per un ampio ed equilibrato quadro bibliografico si rinvia soprattutto ad A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, Arcidosso (GR), 2013, pp. 18-25; il volume di Dani, giurista-storico grande conoscitore del tema delle proprietà collettive, coniuga in modo particolarmente efficace intenti divulgativi e profondità scientifica, e se ne raccomanda caldamente la lettura.

¹ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; ID., *Una risposta ad alcune critiche*, in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012, pp. 125-127.

² ID., *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 55.

fatto diversa, e – va detto – con ben altra tradizione culturale e scientifica alle spalle³.

Ciò posto, la letteratura sui beni comuni tende ad utilizzare l'argomento storico a sostegno delle proprie tesi; di per sé, essendo io storico del diritto, trovo a priori questo metodo convincente. La storia – e la storia giuridico-istituzionale in specie – può essere però oggetto di approcci diversi.

Si inizia con la storia fatta sulle fonti, sulle carte d'archivio e sui testi più o meno antichi; è un lavoro duro, lungo e paziente, ma è quello che dà i risultati veri, originali. Si passa poi alla storia fatta con il supporto delle fonti secondarie e della storiografia; può rappresentare un bilancio, fatto in un determinato momento in un settore di indagine dato, e può fornire – se fatto professionalmente – una chiave interpretativa anche molto utile. Esiste poi la storia per sentito dire, magari con estemporanei riferimenti a qualche fonte (già edita) e pochi riferimenti bibliografici (magari solo uno), e dunque tacendone molti altri; è la storia per diletto, fintamente erudita, che di per sé non rappresenta un male, basta che sia presa per quello che è. I suoi cultori spesso prediligono, su suggestione romantica, un Medioevo senza tempo, un generico passato di maniera, con bluse larghe e cappelli di panno, insomma poco più che puro colore. Si tratta, venendo al tema che qui interessa, di un Medioevo – di chiara matrice romantica – «immaginario e distorto [...] popolato non da servi della gleba che cercavano di sfuggire alla loro condizione nascondendosi nelle città, ma da allegre brigate di liberi lavoratori»⁴.

³ Ovviamente le tematiche sono collegate. Recentemente E.I. MINEO, *Cose in comune e bene comune. L'ideologia della comunità in Italia nel tardo Medioevo*, in A. GAMBERINI, J.-P. GENET, A. ZORZI, *The Languages of Political Society. Western Europe, 14th-17th Centuries*, Roma, 2011, pp. 39-67, dove si declinano i termini «cose in comune» e «bene comune»; su questo secondo concetto E. LECUPPRE-DESJARDIN, A.L. VAN BRUAENE, *De Bono Communi. The Discourse and Practice of Common Good in European City (13th-16th c.)*, Turnhout, 2010; *Il bene comune: forme di governo e gerarchie sociali nel basso Medioevo: atti del XLVIII Convegno storico internazionale, Todi, 9-12 ottobre 2011*, Spoleto, Fondazione CISAM - Centro italiano di studi sull'alto Medioevo, 2012.

⁴ Così – a contraltare di Mattei, e in modo piuttosto convincente soprattutto nella riletture dei due capisaldi G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162,

Siamo in un terreno liminare al fantasioso passato della fiaba, che muove le grandi categorie dell'inconscio (il paradiso perduto, la paura dell'abbandono, l'abuso genitoriale, l'amore e la morte, il mostruoso...), anche per suscitare l'identificazione in una tradizione, cui tornare secondo un ben preciso disegno politico⁵.

Un primo elemento presente nella teoria dei beni comuni è la proiezione nella dimensione storica del concetto de «il comune», intendendolo come regime di vita che prevede l'utilizzo collettivo dei beni da parte dei membri della comunità (genericamente intesa).

Ora, in età medievale e moderna, almeno nella dimensione giuridica, «comune» è aggettivo applicato a concetti diversi. Innanzi tutto è usato in una dimensione comunitaria non ristretta, ma in chiave universalistica e innanzi tutto nel lemma *ius commune*, cioè di un diritto comune a tutti coloro che si riconoscono nelle due grandi autorità dell'Impero e della Chiesa. Ad esso per altro derogano i moltissimi diritti particolari – questa volta sì – delle comunità territoriali, che però sono indicati come *iura propria*, a intendere una visione certo fortemente identitaria, in senso collettivo, ma anche escludente i soggetti che a quella ristretta comunità non appartengono per nascita. Nel Medioevo, quello vero, se non sei formalmente membro della piccola comunità (cittadina, rurale, di valle...), sei semplicemente privo di diritti; la rappresaglia sullo straniero non è un mezzo barbaro di vendetta, ma banalmente un istituto giuridico del diritto medievale.

Il termine *commune*, come sostantivo, è utilizzato innanzi tutto nell'espressione *commune civitatis*, dunque con riferimento a una realtà politica urbana – concettualmente opposta a quella agreste *extra moenia*

1968, pp. 1243-1248 ed E. OSTROM, *Governing the Commons* (1990), trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006, i presunti “orco” e “fata” dei beni comuni – E. VITALE, *Contro i beni comuni*, Roma-Bari, 2013. Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., pp. 27-28.

⁵ Fin troppo noto come Jacob e Wilhelm Grimm – amici di Friedrich Carl von Savigny, dalla cui impostazione storicista furono molto influenzati – intendessero contribuire alla formazione di una identità culturale tedesca raccogliendo a tale scopo le favole della tradizione germanica. Cito Savigny, straordinaria figura con cui tutt'ora il giurista storico si confronta, anche per il recupero delle sue teorie «comunitaristiche» da parte dei teorici dei beni comuni; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 13.

– che nasce dalla rottura di equilibri socio-economici tradizionali (altomedievali), e si fonda piuttosto su valori politico-giuridici protoborghesi. Poi naturalmente ci sono le comunità (*universitates*) non cittadine.

Rimane certo che il Medioevo viveva di una rete di comunità, costruite intorno a tradizioni e valori condivisi (o più semplicemente a interessi economici), che soprattutto fornivano protezione in un mondo in cui il singolo – da individuo isolato – era esposto a gravi pericoli, di ogni genere⁶. Una sorta di società naturale dove era possibile difendersi solo con particolari (e non generali, «statuali») legami sociali, che implicavano conformismo sociale, regole spesso molto rigide ed anche crudelmente escludenti dell'altro; insomma, si tratta di una dimensione che vede l'uomo del Medioevo come innanzi tutto «fedele»: a una religione, a un signore, a una comunità ristretta, a un clan familiare, a una corporazione professionale, ecc. Una dimensione complessa, da conoscere caso per caso, modificata già dal processo di istituzionalizzazione del *commune civitatis* (dunque ancora in una fase pre-moderna), ma non ovunque e mai allo stesso modo.

Dunque «il comune», distrutto dalla modernità, posto a premessa della teoria dei beni comuni appare una categoria generale assai astratta cui si fa difficoltà a dare profili chiari e affidabili. Per altro il Medioevo giuridico proposto dalla medesima teoria – quantomeno nel suo «manifestarsi» – richiama insistentemente le pagine di uno storico del diritto di grandissima autorevolezza come Paolo Grossi (attualmente giudice costituzionale)⁷. Da più parti lo si indica come vero e proprio antesignano della teoria dei beni comuni⁸.

⁶ A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., pp. 36-42.

⁷ In particolare P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995.

⁸ Risalendo a P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, e con ciò accostato a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013; al che aggiungo R. BONINI, *La proprietà, il terribile diritto: eguaglianza degli uomini e destinazione dei beni nel settecento illuminista*, Padova, 1994, ricco di fonti storiche sul tema della proprietà. Quanto all'invasione del lemma «bene comune», si veda ad es. – tanto per rimanere nel campo della filosofia politica e della teoria giuridica – il mutamento di titolo scelto (presumo) dall'editore per M. SANDEL,

Grossi parte dal «primitivismo» e «naturalismo» altomedievali, concentrando in effetti la propria attenzione sulla dimensione dominicale. La «proprietà formale», ci ricorda, in questa fase viene meno, proprio a causa del disastro istituzionale post-diocleziano, ma le linee di cambiamento, l'adeguamento a una nuova realtà nei rapporti con la cosa, si ha nelle «situazioni reali», nel moltiplicarsi dei diritti di godimento, nel rapporto tra proprietario e concessionario, e senza far perno specifico sulle forme di proprietà collettiva⁹. Esse convivono, in modo armonico, con il regime di proprietà piena, che si concretizza talvolta nella piccola proprietà contadina, altre volte in proprietà estese, secondo una plasticità che non può essere racchiusa in schemi ideologici attuali¹⁰. In quella fase il soggetto è «partecipe della vita stessa della cosa grazie alle forze della detenzione, del godimento, della loro durata, dell'energia-lavoro unitiva fra lavoro e cosa», dunque «all'insegna di un marcato reicentri-

Justice. What's the Right Thing to Do? (2009), tr. it. *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, 2010.

⁹ Casomai altrove: «Non si pensi a una rivoluzione brusca, a un rovesciamento completo del caposaldo della proprietà individuale. Nemmeno il più barbarico momento protomedievale, pur con il dilatarsi delle forme gestionali collettive e individuali non-proprietarie, ha mai smentito un'idea formale di proprietà individuale come elemento legittimante della appartenenza» (P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 100). Il passaggio tra Medioevo ed età moderna, sul fronte dominicale, è non tanto quello da proprietà collettiva (che per altro resiste molto a lungo, e nemmeno tanto residualmente ancora oggi) a proprietà privata, ma dal «dominio diviso» (cioè un coacervo di diritti reali organizzati su un'asse principale che è quella che articola tra loro, su un medesimo bene immobile, il *dominium eminens*, astratto, e il *dominium utile*, cioè l'esercizio effettivo del possesso) alla «proprietà moderna», di matrice romanistica e sancita dal Codice Napoleone per rendere i beni effettivamente negoziabili. Su questo cfr. anche P. GROSSI, *Il domino e le cose. Percezioni medievali dei diritti reali*, Milano, 1992. Invocare il Medioevo comporterebbe anche ricordare che le popolazioni della sua prima fase, le tribù germaniche, erano nomadi, e dunque semplicemente non conoscevano la dimensione proprietaria, nemmeno quella collettiva (e nemmeno il testamento, il consenso contrattuale, ecc.). Gli stanziamenti la fecero emergere, ma in una dimensione clanica (cioè in forme di possesso familiare); cfr. ad es. R.C. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Private Law* (1992), trad. it. *Introduzione storica al diritto privato*, Bologna, 1995, pp. 225-226.

¹⁰ A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., pp. 42-47.

smo»¹¹; e comunque – sempre per evitare pericolosi fraintendimenti – non va dimenticato quanto sia «scorretto e antistorico pensare al primo medioevo come a un mondo di individui garantiti nei propri diritti»¹².

Elemento forte è il comunitarismo, in una società «che non fa conto sull'individuo». E difatti l'individuo, isolato, non può raggiungere la *pulchritudo*, che è «bellezza che risiede nel tutto, nell'ordine che armonizza e compone in unità»; ma questo si genera nel «flusso che dalle cose sale al Divino e dal Divino discende alle cose», come teorizzano sant'Agostino, Ugo da San Vittore, san Tommaso, e allora «anche se la Grazia opera sui singoli e per i singoli, è nella *universitas* che trova il terreno indispensabile per effondersi» (Ugo da San Vittore)¹³. D'altronde: «di una presenza della Chiesa (cioè, ovviamente, della Chiesa Romana) nella civiltà medievale nessuno dubita: questa civiltà è per buona parte creatura sua»¹⁴.

Posto questo contesto storico e culturale e scelto un taglio di analisi come ad esempio quello di Grossi, è lecito chiedersi quanto sia poi corretto contemporaneamente richiamare la Pacha Mama delle ultime costituzioni dell'America latina (come fanno i teorici dei beni comuni), in una sorta di sincretismo spazio temporale, in cui in effetti rientra un po' tutto, e allo stesso modo si può tagliare fuori ciò che non conviene¹⁵.

¹¹ Credo che questa accentuazione spieghi come la ricostruzione grossiana possa essere assunta da precedente storico da chi si rifà alla c.d. «ecologia profonda», su cui in particolare F. CAPRA, *The Web of Life* (1996), tr. it. *La rete della vita. Una nuova visione della natura e della scienza*, Milano, 2001, pp. 13-24, autore richiamato da Mattei.

¹² P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 71-73.

¹³ *Ibid.*, pp. 75-77.

¹⁴ *Ibid.*, p. 109. Nel secondo Medioevo, quello che Grossi indica come «sapienziale», sarà la dottrina giuridica – in base al suo *principatus* – a costruire gli schemi ordinanti della società.

¹⁵ E senza dimenticare che la suggestione dei modelli proprietari del Nuovo mondo ha una tradizione risalente; ad esempio si vedano le osservazioni di Gianrinaldo Carli, nel 1777, sulla proprietà presso gli Incas; R. BONINI, *op. cit.*, 145 ss. Per un quadro storico-giuridico, e anche sui profili proprietari, della «conquista», A.A. CASSI, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Roma-Bari, 2007. Più in generale in precedenza, attraverso le ricerche sulle popolazioni originarie del sud America e in una visione anti-statuale attenta alle componenti primitive, P. CLASTRES, *La société contre l'État. Recherches d'anthropologie politique* (1974), tr. it. *La società contro lo Stato. Ricerche di antropologia giuridica*, Milano, 1980: «La storia dei popoli che hanno una

Non si vuole con ciò negare che l'auspicio di Grossi sia per un netto ridimensionamento dello Stato, una riappropriazione del diritto da parte dei giuristi contro l'assolutismo giuridico di matrice illuminista e dunque a favore di un nuovo diritto sapienziale, di afflato universale (e non più statale-nazionale), magari anche sulla base degli insegnamenti del secondo Medioevo. Ma appunto senza riproduzioni antistoriche¹⁶.

Una delle due leve della mortifera tenaglia che ha spezzato «il comune» sarebbe costituita dallo Stato moderno (l'altra, dalla proprietà privata). La categoria «stato moderno» è stata però oggetto negli ultimi decenni di revisioni profonde, se non addirittura di attacchi radicali, che hanno condotto una larga e autorevole area della scienza storica a negare l'esistenza di una tale realtà istituzionale, posticipando la nascita dello stato all'avviarsi dello stato-amministrazione del primo Ottocento¹⁷.

storia è, si dice, la storia della lotta delle classi. La storia dei popoli senza storia è, si dirà con almeno altrettanta verità, la storia della loro lotta contro lo Stato».

¹⁶ P. GROSSI. *Unità giuridica europea: Medioevo prossimo futuro?* (2002), in ID., *Società. Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 67: «La maturità di tempi medievali fu realtà originale, storicamente tipica, perché provocata dalla incandescenza di quel momento storico. Una sua riproduzione manca di fondamento, sa di antistoricità. Quel medioevo è irrimediabilmente consumato nella sua vicenda storica. Ovviamente, cade anche l'ipotesi arrischiata di un modello; e non solo per le cautele sopra segnalate, ma in grazia della sua assoluta e irrimediabile tipicità».

¹⁷ Un ampio bilancio, ad esempio, era già possibile venti anni fa in L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di «Stato moderno»*, in *Storia Amministrazione Costituzione*, Annale I.S.A.P., 2 (1994), pp. 259-297; da ultimo F. BENIGNO, *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma, 2013, pp. 141-184. Sul fronte storico giuridico e costituzionalistico M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in ID. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, 2-36 (in particolare sui modelli di «Stato giurisdizionale», «Stato di diritto», «Stato legislativo e amministrativo», «Stato costituzionale» che si susseguono temporalmente) e per lo scenario complessivo R.C. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (1995), tr. it. *Il diritto costituzionale occidentale. Un'introduzione storica*, Roma, 2003. Sul caso inglese, con utilizzo del termine Stato moderno, J.-P. GENET, *La genèse de l'État moderne. Culture et société politique en Angleterre*, Paris, 2003. Per altro, la stessa idea di stato nazionale, e di nazione in particolare, a un'indagine più ravvicinata denota un panorama assai accidentato, come dimostrano di esserlo le stesse dinamiche di appartenenza territoriale e di identità locale; per l'esempio italiano, da ultimo, A. DE BENEDECTIS, I. FOSI, L. MANNORI, *Identità politiche e appartenenze regionali fra Settecento e Ottocento*, Roma, 2012.

Al di là delle diverse opinioni, alcuni punti fermi sono sicuri. Innanzi tutto valutare come un errore esiziale di prospettiva pensare allo Stato come qualcosa che si sviluppa secondo standard comuni in ogni luogo d'Europa. Non sono confrontabili, che ne so, realtà principesche con realtà repubblicano-aristocratiche, stati regionali con stati nazionali. Gli stati principeschi sono molto diversi tra loro, basti pensare a una monarchia assoluta come quella francese o al «governo misto» (o «governo moderato», secondo i diversi schemi e lessici del pensiero politico dell'età moderna) inglese, o ai principati germanici. Ugualmente diverse tra loro le esperienze politiche di matrice comunale, che si perpetuano in età moderna (fin dentro a quella contemporanea) come le repubbliche, per altro con un rapporto molto diversificato col loro «contado», col loro «distretto», col loro «dominio», dove si stanziano soluzioni comunitarie molto diverse e spesso molto resistenti. Lo stesso Grossi ha largamente spiegato la precarietà del modello statuale tra Medioevo ed Età moderna, parlando di diritto senza stato e stato senza diritto. Soprattutto ha messo in guardia dai continuismi, dai disinvolti trapianti di termini e concetti da epoca a epoca senza storicizzare¹⁸.

Incominciando a chiudere sulla storia economico-giuridico-istituzionale va detto che la bibliografia disponibile è molto ampia e, se lo si preferisce, a partire proprio da Elinor Ostrom, similmente a Grossi invocata come uno dei precursori scientifici della teoria dei beni comuni. Ma anche dalla sterminata storiografia sulle comunità del contado europeo tra Medioevo ed Età moderna, a partire dal contributo di Marc

¹⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 11: «Noi moderni usiamo correntemente concetti e termini come “Stato”, “sovranità”, “legge”, “legalità”, “interpretazione”, caricandoli di quei contenuti che la coscienza moderna vi ha grevemente sedimentato; concetti e termini compromessi inevitabilmente da quei contenuti. Se, come disinvoltamente si fa da storici e anche da storici del diritto, siffatti termini vengono trapiantati nel tessuto medievale quasi che un *continuum* legasse quel tessuto a noi; se invece, come positivamente è, il rapporto medievale/moderno si pone all'insegna della discontinuità con un cambiamento dei valori portanti dell'universo politico e giuridico; quei concetti-termini si risolvono in una forzatura della realtà storica e anziché strumenti di comprensione, fungono piuttosto da pericolose matrici di fraintendimenti ed equivoci». L'idea poi che legge e Stato siano sotto ordinati al diritto, il qual deve invece scaturire dal sociale, è la portante di P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.

Bloch, la cui straordinaria opera è ripetutamente ricordata dallo stesso Grossi¹⁹. Il Bloch de *La società feudale*, naturalmente, ma anche quello di un'operetta assai significativa, come si evince già dal titolo: *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII siècle*, tratta dagli *Annales* del 1930. L'editore – si badi bene, Jaca Book, concentrata all'epoca sui temi comunitaristici, fronte cattolico – preferì tradurre con *La fine della comunità e la nascita dell'individualismo agrario nella Francia del XVIII secolo* (1979)²⁰.

E poi l'ampia letteratura su proprietà collettive e usi civici, temi assai e ben arati dalla storiografia giuridica italiana²¹. Il dato comune è la

¹⁹ Ad esempio P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., pp. 35-36.

²⁰ Molto emblematico l'avvio di M. BLOCH, *La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII siècle* (1930), tr. it. *La fine della comunità e la nascita dell'individualismo agrario nella Francia del XVIII*, Milano, 1979, pp. 11-12, anche per comprendere i contesti di cultura giuridico-politica da tenere a mente: «Nel 1864, giunto al termine di una lunga vita operosa il cui solo riferimento costante era stato un gusto molto pronunciato per l'ordine sociale, Dupin il maggiore trovò nelle *Coutume de Nivernais* di Guy Coquille alcune parole che lo scossero profondamente. Spiegando come mai, nel suo paese, la maggior parte dei prati venisse aperta, dopo la prima falciatura, al bestiame di tutti, il vecchio giurista del Rinascimento aveva scritto: "Prima che le proprietà delle cose fossero distinte, tutto era pubblico e comune. E bisogna pensare che i primi autori delle leggi che hanno regolato i popoli per farli vivere in pace [...] abbiano riservato alla collettività, mantenendolo nella sua primitiva condizione, ciò che era necessario per la vita di tutti insieme [...] Pertanto si può dire che il signore di un prato da fieno non ne è signore nella piena proprietà, ma soltanto per servirsene nelle forme secondo cui la Consuetudine gli ha dato diritto e licenza". Simili idee, commenta Dupin, "semberebbero un po' socialiste se le si isolasse dalle altre dottrine di questo autore, che sono essenzialmente conservatrici". Antitesi ingannevole! Questo "socialismo" – diciamo più esattamente questa mentalità comunitaria – erano nell'antica Francia rurale parte di una tradizione consolidata; nella misura in cui presero a combatterli, i tempi moderni, il XVIII secolo in particolare, fecero opera di rivoluzione». Quanto al capolavoro di Bloch, cfr. M. BLOCH, *La Société féodale* (1939-1940), tr. it. *La società feudale*, III ed., Torino, 1959.

²¹ Ad esempio, per l'ampiezza dell'indagine, A. DANI, *Usi civici nello Stato di Siena di età medicea*, Bologna, 2003. Questa letteratura, di taglio giuridico e frutto di impegnativi studi d'archivio, non è citata da Mattei. Ma in genere non lo sono nemmeno gli studi italiani recenti, ben agganciati alle fonti, sul *commons governing*: G. ALFANI, R. RAO (a cura di), *La gestione delle risorse collettive. Italia settentrionale secoli XII-*

necessità di attuare analisi di dettaglio, sulle singole esperienze, proprio perché questi sistemi di risorse collettive – come la stessa Ostrom evidenzia – si realizzano efficacemente solo su scala ridotta (soggetti interessati: 50/15.000 individui)²². Per altro sarebbe interessante, e storiograficamente corretto, tenere conto dell'ampia letteratura di matrice fisiocratica che tra fine Settecento e inizio Ottocento fornisce molti dati sull'incidenza (ancora molto ampia) e sulle conseguenze economiche e sociali dei «beni comunali», bastando casomai depurarla delle talvolta molto evidenti componenti ideologiche.

Quanto allo «stato sovrano», inteso come un'entità politica che domina lo scenario europeo nell'Età post-aurea (cioè post-medievale, cioè in Età moderna), tale e quale ovunque: non è esistito, punto. Il tema della sovranità è estremamente complesso e ci vuole mano ferma e grande perizia nel maneggiarlo. Tra l'altro è totalmente fuorviante sostenere – *sic et simpliciter* – che non riguardi la fase medievale²³. Fuorviante è in particolare sostenere che il Medioevo politico-sociale si risolva nella dimensione comunitaria. Basta alzare gli occhi a uno dei maggiori trattati politici medievali, l'*Allegoria del buon Governo* di Lorenzetti, che affresca il Palazzo pubblico di Siena (1338-1339). Con tutti i segni della sovranità domina sulla città e sul contado il Comune in signoria, un vegliardo dal cipiglio minaccioso. Il testo è ricco di rimandi tomistici, come noto; grande rilievo vi ha la giustizia, e infatti dai piatti della sua bilancia partono le funi che legano il polso, oltre a legare tra loro, dei membri di quella comunità cittadina fino ad arrivare al polso del vegliardo. La lettura più accreditata è che quella fune sia il diritto, la *lex* (*ligare*); insomma – *absit iniuria verbis* e ben sapendo di non poter trasferire concetti da epoca a epoca, e parlando dunque in genere – dominano sovranità e legalità. Se si vuol parlare genericamen-

XVIII, Milano, 2011 (si veda, in particolare, l'inquadramento proposto nell'*Introduzione*, sempre a partire da G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., ed E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit.).

²² E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit., p. 44; sul punto si sofferma E. VITALE, *Contro i beni comuni*, cit., pp. 10-14.

²³ Sugerisco, per rimanere all'ambito della cultura giuridica, un prezioso libricino di un altro grande maestro di storia del diritto: E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale* (1966), Roma, 1982.

te di Stato sovrano per l'Età moderna, allora anche questo è Stato (il vegliardo, le funi, i soldati...), ed è questo Stato a garantire il benessere della città e del contado, in un affresco che sembra davvero rappresentare l'età dell'oro, anche perché probabilmente lì, con quel sistema di governo sovrano, lo era davvero²⁴.

Avviandosi a concludere – per scampare definitivamente la dimensione dell'idillio e seguendo chi non dimostra nessuna preclusione alla categoria dei domini comunitari (anzi) – non va occultato il «lato oscuro dei beni comuni»²⁵.

Il ventaglio delle evenienze era vasto: il consolidarsi di situazioni oligarchiche, abusi vari, litigiosità cronica, fino alle pesanti critiche di inefficienze avanzate con forza dal pensiero liberista e fisiocratico dalla metà del '700 in poi, o più semplicemente dai proprietari confinanti delle proprietà collettive che lamentavano sconfinamenti e danni patiti nei propri fondi (presunti esempi di modernità agricola ed efficienza produttiva). Ancora oggi vivono strutture associative di uso civico che rivendicano – anche con un certo cipiglio – la conservazione integrale della lor tradizione, con tanto di discriminazioni di genere (rileva nella gestione consortile il solo “capofamiglia”, e poi il primogenito maschio) e financo di esclusioni esplicite a danno dei “figli illegittimi” (equiparati – niente meno che – ai “forestieri”).

L'utilizzo collettivo delle risorse rimane una realtà viva, ma nella sua ridotta dimensione locale, storicamente frantumata. Per stare a ciò di cui ho una minima nozione diretta, nella provincia di Trieste, dimensionalmente assai esigua, sopravvive un complesso sistema di usi civici, vicinie, comunioni famigliari e consorzi, con centinaia di amministratori. Non entro nelle questioni, anche spinose, di diritto amministrativo, e allora annoto solo come qui la proprietà collettiva sia chiamata «comu-

²⁴ La bibliografia è infinita. Scelgo, anche per gli altri saggi che lo accompagnano nel medesimo volume, M. ASCHERI, *La Siena del 'buon governo' (1287-1355)*, in *Politica e cultura nelle repubbliche italiane dal Medioevo all'Età moderna*, Roma, Istituto Storico Italiano per l'Età moderna, 2001, pp. 82-107; da ultimo R.M. DESSI, *Il bene comune nella comunicazione verbale e visiva. Indagini sugli affreschi del “Buon Governo”*, in *Il bene comune: forme di governo e gerarchie sociali nel basso Medioevo*, cit.

²⁵ A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., pp. 79 ss.

nelle», però in un Carso largamente sloveno che utilizza, per indicarla, un termine proprio: «jus». Non ho le competenze per spiegare questa torsione linguistica, ma certo l'emergere del lemma latino, per descrivere una situazione reale tradizionale e fortemente identitaria, qualcosa significa; una memoria forte e persistente, credo, di un sistema giuridico europeo comune che in fondo proprio nello *jus* del *dominus* aveva uno dei suoi perni concettuali.

Infine, la sensazione è che sia poco corretto parlare oggi di «beni-comunismo», e non solo perché parola orribile (è vero, lo è), ma perché la eco che eventualmente solleva sarebbe fuorviante. Qui non si vuole «abolire la proprietà borghese», ma anzi confermarla²⁶. Si vuole caso-mai attaccare la proprietà pubblica, insomma quello spazio demaniale rappresentato dalla piazza di cui si già è detto. E questo nel nome di una sorta di comunitarismo, i cui profili incerti conducono all'abbraccio col neomedievalismo istituzionale²⁷. Col risultato che da un'ormai largamente condivisa sensibilità ecologista, si cerca il cambio di passo verso

²⁶ «Quando a destra si propone di “ridefinire” i confini della presenza dello Stato si dà per scontato che ciò debba avvenire a favore della proprietà privata, cioè del profitto d'impresa e del c.d. libero mercato. In realtà una tale ridefinizione potrebbe paradossalmente essere condivisa dai movimenti per i beni comuni, purché essa lasci spazio a una maggiore estensione dell'ambito del comune (sottratto tanto allo Stato quanto alla proprietà privata) a favore di una diversa logica, quella dell'autentica democrazia partecipativa». Tutto ciò per «far ripartire una narrativa controegemonica» (U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., pp. 105-106). E però viene in mente quanto dice il *Manifesto del partito comunista* sul «socialismo piccolo borghese»: «Tuttavia, quanto al suo contenuto positivo, questo socialismo o vuole restaurare gli antichi mezzi di produzione e di traffico, e con essi i vecchi rapporti di proprietà e la vecchia società, o vuole rinchiodare di nuovo, con la forza, entro i limiti degli antichi rapporti di proprietà i mezzi moderni di produzione e di traffico che li hanno fatti saltare per aria. In entrambi i casi esso è insieme reazionario e utopistico. Corporazioni nella manifattura e economia patriarcale nelle campagne: ecco la sua ultima parola. Nel suo ulteriore sviluppo questa tendenza è andata a finire nella depressione dopo l'ebbrezza».

²⁷ Si ritiene che «gli assetti della globalizzazione economica e istituzionale, interpretati in chiave neomedievale, rendano maturi i temi per la riemersione del comune» (U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. XVIII). «Come nel Medioevo le rivolte contadine si scatenarono sempre per difendere luoghi e beni comuni contro la cupidigia del potere formale, così nel nuovo medioevo i tempi sembrano maturi per rivolte e insurrezioni» (U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 24).

un neocomunitarismo recessivo (*rectius* regressivo), dunque in sostanza un passo indietro, col che la decrescita diventa anche sociale e politica (e nel secolo breve è già accaduto)²⁸. Insomma quella «riapparizione di una civiltà», in basse alla quale Goubert – dopo aver ampiamente illustrato l’impegno de «lo Stato contro le società» – vaticinava il ritorno all’*ancien régime*²⁹.

Tutto considerato la categoria dei beni comuni – contrariamente alle premesse – al momento pare fortemente minacciata dalla lettura storicista del neocomunitarismo, là dove gli elementi dichiarati formanti sembrano infondati storicamente; questi ultimi rischiano di essere piuttosto una zavorra che tira a fondo tutta la delicata questione. L’emergere di questo terzo genere proprietario va governato senza arbitrarie appropriazioni di istituti storici e dunque senza ambiguità, come d’altronde Grossi e Rodotà (per altro secondo prospettive non coincidenti) spiegano bene³⁰. Con ogni probabilità la civilistica si prepara ad un’ampia

²⁸ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., pp. 102-103: «L’ecologia invece, sola visione politica che può oggi fornire una mappa per invertire la rotta, si fonda fin dalle sue origini sulla tradizione recessiva, al cui centro si colloca la comunità».

²⁹ P. GOUBERT, *L’ancien régime. 1. La société. 2. Les pouvoirs* (1973), tr. it. *L’ancien régime. La società, i poteri*, Milano, 1999, pp. 407- 450 e 665-682. Cfr. anche G. DE LAGARDE, *Réflexions sur la cristallisation de la notion d’Etat au XV^{me} siècle*, in E. CASTELLI (a cura di), *Umanesimo e scienza politica*, Milano, 1951, pp. 247-256.

³⁰ E su questo, molto attentamente, S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 319 e poi ID., *Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., p. 470, dove si precisa: «Che [la proprietà comune] tuttavia, non deve essere considerata con lo sguardo nostalgico di chi vede in questo fenomeno il semplice ritorno ai tempi che precedettero, in Inghilterra, le “eclosures” delle terre comuni, altrove, il predominio della proprietà solitaria. Non è tanto “un altro modo di possedere” [cita P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit.], ma la necessaria costruzione dell’“opposto della proprietà”. Questo è un punto da considerare con attenzione, non per liberarsi del passato, ma perché talune ricostruzioni in materia di beni comuni portano con sé, espliciti o impliciti, chiari riferimenti alla premodernità, di cui talora si ripropone una rivalutazione. “Nel nuovo medioevo i tempi sembrano maturi per rivolte ed insurrezioni” [cita U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit.]. Si coglie qui una consonanza con il “neomedievalismo istituzionale”». Su quest’ultima categoria già in precedenza S. RODOTÀ, *La democrazia tra piazza e palazzo*, in *La Repubblica*, 16 maggio 2007: «La scissione tra partecipazione e rappresentanza sta già producendo uno spostamento della capacità rappresentativa verso modalità e luoghi che mettono in discussione non le

discesa in campo, e francamente a questo punto se ne sente il bisogno³¹; la storia giuridica avrà un suo spazio, come è sempre stato nell'affrontare i temi progressivi (detto senza offesa...), l'importante è che sia presa sul serio.

forme invecchiate della democrazia rappresentativa, ma la stessa logica democratica. Si parla di un “neomedievalismo istituzionale” che, in un mondo ormai senza più centro, fa emergere la realtà di grandi coalizioni d'interessi, soprattutto economici, che s'impadroniscono del reale potere di governo, utilizzando potentemente anche le nuove tecnologie. Lo stesso accade nella dimensione nazionale, dove la capacità rappresentativa abbandona i parlamenti, s'incarna nelle più diverse corporazioni, ci offre l'immagine di una società a suo modo feudale. Post-democrazia o congedo dalla democrazia?».

³¹ Spunti importanti, anche per collocare storicamente un nuovo interesse della scienza giuridica civilistica per i beni comuni, in A. SOMMA, *Democrazia, economia e diritto private. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVI/2, 461-494. Circa un “terzo genere proprietario” – cioè un *dominio comunitario* presente in età pre-moderna, visto nei suoi profili giuridici anche su base giurisprudenziale (anche se un po' tarda...) – cfr. A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., pp. 68-74.

I DIRITTI STORICI NELL'ESPERIENZA DEGLI ASSETTI FONDIARI COLLETTIVI

Pietro Nervi

SOMMARIO: 1. *L'emersione dell'economia di "un altro modo di possedere"*. - 2. *La longevità storica delle istituzioni di proprietà collettiva*. - 3. *L'assetto fondiario collettivo come istituzione*. - 4. *Per la comprensione del paradigma di "un altro modo di possedere"*. - 5. *Le "utilità" fornite dai demani civici*.

1. L'emersione dell'economia di "un altro modo di possedere"

Dopo la pubblicazione (1968) dell'articolo di G. Hardin sulla tragedia dei beni comuni¹, la disciplina degli assetti fondiari collettivi si è arricchita nella seconda metà del secolo scorso di numerosi contributi di grande levatura e di ampia rilevanza sul piano scientifico, nonché di grande importanza su quello operativo. Peraltro, si noti già inizialmente che nel citato contributo di Hardin la tragedia è il risultato dell'uso privato, senza restrizioni, dei beni comuni e che la parola cruciale è "libertà", non "proprietà comune".

Tuttavia è fuori di dubbio che il contributo di Hardin ha posto la necessità di studiare in maniera approfondita i sistemi di proprietà comune nel loro contesto storico, geografico, sociale.

Una prima precisazione di particolare interesse sul concetto di beni comuni è avvenuta con la pubblicazione (1975) dell'articolo di S.V. Ciriacy-Wantrup e R.C. Bishop², con il quale gli autori si sforzarono di separare chiaramente la proprietà comune dal sistema di accesso libero alla risorsa cui si riferiva Hardin. Secondo questi autori, infatti, la proprietà comune è una ripartizione dei diritti di proprietà sulle risorse na-

¹ G. HARDIN, *Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 168, pp. 1243-1248.

² S.V. CIRIACY-WANTRUP, R.C. BISHOP, *Common Property as a Concept in Natural Resource Policy*, in *Natural Resources Journal*, 1975, 15, 4, pp. 713-727.

turali, nella quale numerosi proprietari sono uguali nella capacità giuridica di usare una risorsa. Ciò non implica, peraltro, che i proprietari, uguali nella capacità giuridica di usare la risorsa, siano necessariamente anche identici in relazione alle quantità o ad altre specificazioni della risorsa che ciascuno preleva in un dato periodo di tempo. Di più, significa, invece, che i loro diritti non si perdono in mancanza di uso.

P. Grossi, operando nell'ambito dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato di Firenze e stante la familiarità con Giangastone Bolla che coltivava lo studio delle proprietà collettive in genere e, particolarmente dei complessi assetti collettivi dell'arco alpino orientale, di questi volle saperne di più e si formò la consapevolezza che si trattasse "non di episodi da relegarsi nel novero delle mere curiosità storiche, bensì di un pianeta appartato affondante in un costume almeno plurisecolare, munito di propri valori, disciplinato da un ben definito breviario di regole". E, all'interno della grande diffusa accanita disputa sulle origini remote dell'appropriazione individuale e collettiva del bene "terra", sul primato originario dell'una o dell'altra, sullo spazio possibile di una proprietà "collettiva" accanto al filone dominante di quella "individuale", Grossi³ pubblica nel 1977 il volume dal titolo vistosamente evocativo e provocatorio *Un altro modo di possedere*, riconoscendo che tale titolo è espressione tratta dal Primo rapporto che scrisse il grande intellettuale italiano Carlo Cattaneo⁴, chiamato ad indagare

³ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 392; ID., *An Alternative to Private Property; Collective Property in the Juridical Consciousness of the Nineteenth Century*, Chicago, 1981, XV, p. 344; ID., *Un altro modo di possedere rivisitato*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2007, 1, pp. 1-11.

⁴ Degli assetti fondiari collettivi C. Cattaneo scrive nel Primo Rapporto su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice, di data 16 novembre 1851: "Questi non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni; è un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli sino a noi". Lo stesso Cattaneo, malgrado le sue intenzioni e i suoi interessi ideologici riconosce nel Secondo rapporto, di data 20 maggio 1853, che la razionalizzazione del Piano di Magadino non otterrà facilmente cessioni del terreno comune, poiché "nel concetto delle popolazioni questo è il bene più prezioso", non in funzione del suo valore di scambio, sentito come riduttivo e funzionale, ma in forza del suo significato sociale di ambiente a vantaggio di ognuno.

sulla natura di certi assetti collettivi esistenti nella pianura di Magadino, nell'alta valle del Ticino. “Altra” soluzione all'eterno problema del rapporto uomo/terra che caratterizzava quegli assetti collettivi che appartenevano ad un costume plurisecolare, rimasto assolutamente minoritario e appartato nel corso dei secoli, ma sicuramente meritevole di rispetto. E, più recentemente, lo stesso Grossi⁵ mette nella dovuta evidenza come “il tratto tipizzante di queste realtà sia il *rapporto uomo/terra non riducibile all'emungimento di un forziere di ricchezza, né la terra è qui, in prima linea ricchezza*”.

Ed è con la pubblicazione nel 1977 del volume di P. Grossi che si dà formalmente il via nel nostro Paese ad uno specifico filone di studi di approfondimento della conoscenza dei sistemi di proprietà comune; studi che portano anche all'adozione di una più adeguata terminologia: il sintagma, meno vincolante, di assetto fondiario collettivo⁶, quale tratto tipizzante il fenomeno organizzativo di una collettività impegnata su una certa terra.

Tale termine viene così ad essere onnicomprensivo delle differenti tipologie del possesso collettivo della terra: sia nel caso in cui parecchie persone hanno il diritto di usare il medesimo appezzamento di terreno, ciascuno per proprio conto pascolarvi il bestiame, prelevare legna da bruciare o da opera; sia nel caso in cui ogni individuo della collettività ha un diritto esclusivo all'uso di un certo appezzamento di terreno, ma il suo diritto all'uso della terra è limitato dal fatto che questa è in possesso della collettività titolare; sia ancora nel caso in cui l'ente di gestione espresso dalla collettività eserciti le funzioni di valorizzazione del demanio civico e corrisponda agli aventi diritto le quote di utilità singolarmente spettanti⁷.

⁵ P. GROSSI, *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2008, 1: 11-18.; ID., *'Usi civici': una storia vivente*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2008, 1, pp. 19-27.

⁶ P. GROSSI, *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2008, 1, pp. 17.

⁷ Il significato di assetto fondiario collettivo va quindi distinto dalla situazione in cui alcuni individui lavorano assieme nella stessa terra, sotto una medesima direzione e mettono in comune il ricavo: si tratta in questo caso della conduzione agricola collettiva o cooperativa.

La fase fondativa della materia ha raggiunto un successivo importante traguardo con la pubblicazione, all'inizio degli anni '90, da parte di E. Ostrom⁸ dell'opera conclusiva delle sue ricerche, nella quale affronta una delle questioni più antiche e controverse nel campo della gestione dei beni comuni: come l'utilizzo di questi può essere organizzato in modo da evitare sia lo sfruttamento eccessivo sia i costi amministrativi troppo elevati, sostenendo, con vigore, l'esistenza di soluzioni alternative alla "privatizzazione", da una parte, ed al forte ruolo di istituzioni pubbliche e regole esterne, dall'altra; soluzioni fondate, invece, sulla possibilità di mantenere nel tempo regole e forme di autogoverno delle collettività titolari dei diritti di uso delle risorse.

Il lungo percorso di studi sull'autogoverno delle comunità titolari dei diritti d'uso delle risorse è stato sanzionato in modo esemplare con l'assegnazione nel 2009 del Premio Nobel per l'economia a Oliver Williamson e ad Elinor Ostrom, premiati per i loro studi sulla "governance dell'economia", con i quali hanno dato peso non solo agli individui ma anche alle istituzioni ed hanno dimostrato che le analisi economiche possono far luce sulla maggior parte delle forme di organizzazione sociale, segnalando in tal modo l'esistenza di una terza via di efficienza tra Stato e Mercato.

Nel nostro Paese, questo processo di emersione è ampiamente evidenziato anche in termini quantitativi dall'incremento della superficie dei terreni di uso civico gestita dagli enti di gestione espressi dalle comunità titolari dei diritti. Infatti, secondo l'indagine, compiuta dall'INEA nel 1947 era stata censita nel nostro Paese una superficie di terreni di uso civico in 3.085.028 ettari, di cui 2.596.236 (84,2%) in possesso dei comuni e 488.792 (15,8) in possesso delle c.d. associazioni agrarie. Relativamente al valore dell'intera superficie, giova far presente come la rilevazione non tenne conto di alcune superfici di collettivo godimento presenti in alcune aree del Nord-Est del nostro Paese e che nel corso del tempo i dati su riportati hanno subito variazioni in aumento per successivi accertamenti e rivendicazioni da parte delle comunità locali e in diminuzione per espropriazioni, abusivismo, vendita. Il re-

⁸ E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, p. 280; ID., *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006, XLVI, p. 353.

cente Censimento dell'Agricoltura condotto dall'ISTAT nel 2010 mette in evidenza una realtà complessivamente differente, essendo stata rilevata una superficie di 1.103.000 ettari gestita dagli enti di gestione delle terre di uso civico eletti dalle collettività titolari.

L'entità della superficie sopra riportata precisa la dimensione economica ed ambientale degli assetti fondiari collettivi del nostro Paese e stabilisce i limiti del problema politico delle terre di collettivo godimento, alla cui comprensione è particolarmente utile la conoscenza della loro distribuzione geografica, della natura agronomica delle terre, delle funzioni degli ecosistemi e, quindi, delle utilità che dagli ecosistemi degli assetti fondiari collettivi si ottengono.

Peraltro, accostandosi a questa complessa e non facile materia, è fuori di dubbio la necessità, per un verso, di studi approfonditi, perché di ogni sistema di proprietà collettiva occorre tener presente la storia, la storicizzazione, l'attenta collocazione nel tempo e nello spazio, all'interno di fatti geologici, climatici, economici, politici, sociali al fine di coglierne la tipicità, registrarne le diversità, pretenderne il rispetto della singolarità; ma, per un altro verso, ricorre l'obbligo di praticare un percorso sia sincronico, cioè a prendere visione del fenomeno nel suo complesso, sia diacronico, vale a dire l'esame dello stesso in diverse fasi evolutive; e ciò al fine di riscontrare quelle tendenze che agiscono come marcatori forti, tanto da essere facilmente leggibili anche nella condizione attuale.

2. La longevità storica delle istituzioni di proprietà collettiva

Dai risultati delle numerose ricerche non si può non restare colpiti dalla longevità storica sia delle tecnologie applicate sia delle stesse istituzioni⁹ di proprietà collettiva. Diverse possono esserne le spiegazioni.

⁹ A titolo di esempio, nel Trentino, nell'anno 2010 la Comunità delle Regole di Spinale e Manez ha ricordato i 600 anni dell'approvazione del suo primo statuto scritto e nell'anno 2011 sono stati ricordati i 900 anni del riconoscimento ufficiale della presenza storica della Magnifica Comunità di Fiemme, attraverso la stipulazione dei Patti Gebardini; la Regola feudale di Predazzo ha festeggiato i 403 anni della sua fondazione, separandosi e distinguendosi dalla Regola Generale di Predazzo. Ma le istituzioni

Dalle ricerche compiute sulle esperienze degli assetti fondiari collettivi si può sostenere con Perrings¹⁰ che tale risultato non deriva dalla pigrizia o dalla ignoranza degli individui, dovendosi piuttosto attribuire alla *regolamentazione collettiva* della capacità produttiva del demanio civico adottata al fine di minimizzare l'eccesso di domanda di risorse comprese all'interno delle terre di collettivo godimento. Alcuni autori, in particolare A.V. Chayanov¹¹, sostengono che la performance degli assetti fondiari collettivi va individuata nella *differenza degli obiettivi perseguiti dalla proprietà collettiva e dall'impresa privata*: a differenza di quanto accade nell'impresa privata, negli assetti fondiari collettivi l'obiettivo non è il profitto, ma la massimizzazione delle utilità percepite dalle famiglie consociate nell'ente collettivo. Altri autori, ad esempio M. Nash¹², mettono in risalto non le preferenze degli individui, avendo tutti la stessa "motivazione al guadagno", bensì *l'esistenza di vincoli collettivi sul comportamento individuale nell'uso del patrimonio comune*. Altri, come M. Sahlins¹³, sostengono la *priorità della coesione sociale della comunità* imposta come fine dell'attività di gestione del bene comune, per cui il livello di domanda di utilità assunto come norma deve essere alla portata della maggioranza delle famiglie consociate nella comunità. *L'esistenza, infatti, di un sistema di regole d'uso delle risorse comuni* implica già di per se stessa un qualche tipo di consenso sociale sul tipo e sul livello di attività considerati appropriati e, quindi, una decisione collettiva, comunque presa. Altri ancora, in particolare M. Godelier¹⁴, sono giunti alla conclusione che la "struttura sociale" utilizza sistematicamente il bene comune secondo un *controllo cosciente* al fine di conseguire diversi obiettivi sociali, inclusa la sostenibilità dell'ecosistema rappresentato dal fondo comune. Altri mettono in evi-

qui citate devono ritenersi ancora più antiche rispetto alla data dei primi statuti manoscritti!

¹⁰ CH. PERRINGS, *The Natural Economy Revisited*, in *Economic Development and Cultural Change*, 1985, 33, 4, pp. 829-850.

¹¹ A.V. CHAYANOV, *On the Theory of Non-Capitalist-System*, in D. THORNER, B. KERBLAY (a cura di), *On the Theory of Peasant Economy*, Homewood, 1966.

¹² M. NASH, *The Social Context of Economic Choice in a Small Society*, in G. DALTON (a cura di), *Tribal and Peasant Economies*, Austin, 1967.

¹³ M. SAHLINS, *Stone Age Economics*, London, 1974.

¹⁴ M. GODELIER, *Rationality and Irrationality in Economics*, New York, 1972.

denza la valorizzazione del proprio patrimonio comune per ricavare risorse monetarie per acquistare beni di prima necessità per la comunità (olio, farina, ecc.) o garantire servizi alle persone¹⁵ oppure realizzare opere pubbliche.

Non avendo alcuna pretesa di rappresentare un'analisi particolareggiata, i diversi contributi che emergono dalle numerose ricerche compiute sulle esperienze degli assetti fondiari collettivi consentono di mettere in evidenza l'insegnamento che giunge dalle istituzioni di proprietà collettiva, lentamente ma sicuramente riemerge da un mondo appartato ma resistenziale. Una sintesi, accompagnata da un'ampia documentazione e dalla sua convinzione che "i cittadini e gli utilizzatori delle risorse hanno informazioni corrette", è compiuta da E. Ostrom¹⁶ nei principi progettuali suggeriti proprio dalle istituzioni di gestione di risorse comuni che hanno raggiunto risultati stabili. Questi principi sono: (1) confini chiaramente definiti; (2) congruenza; (3) disposizioni di scelta collettiva; (4) controlli; (5) sanzioni graduate; (6) meccanismi di risoluzione dei conflitti; (7) minimo riconoscimento del diritto ad organizzarsi; (8) iniziative organizzate su diversi livelli.

Ma ciò che emerge dagli approcci precedentemente riportati nella loro sintesi non è tanto il tentativo di superare la dicotomia del dualismo Stato/Mercato, quanto nella ricerca di rimarcare con forza che, ancor più che le forme mercantili o statali di regolazione e di coordinazione, risulta di fondamentale importanza la coordinazione sociale a livello di comunità locale.

¹⁵ I. FRANCESCHINI, *Beni comuni e finanziamento della comunità. L'affitto degli alpeggi a Pinzolo nella prima età moderna*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2013, 1, pp. 239-260; L. MOCARELLI, *Spazi e diritti collettivi nelle aree montane: qualche riflessione su Alpi e Appennini in età moderna*, in *Proposte e ricerche. Economia e società dell'Italia centrale*, 2013, 70, pp. 183-211.

¹⁶ E. OSTROM, *How Some Communities Have Avoided the Tragedy of the Commons*, Trento, 1999; ripubblicato tradotto col titolo *Come alcune comunità hanno evitato la tragedia delle risorse comuni*, in P. NERVI (a cura di), *Le terre civiche tra l'istituzionalizzazione del territorio e il declino dell'autorità locale di sistema*, Padova, 2000, pp. 35-65.

Infatti, D.C. North¹⁷ identifica le istituzioni, quali strumenti attraverso i quali viene ridotta l'incertezza nelle relazioni economiche ed è favorito lo sviluppo della realtà economica riguardata. Sulla stessa linea, S. Fadda¹⁸ insiste sul fatto per cui le istituzioni economiche vengono ad essere rappresentate soprattutto da regole formali ed informali che disciplinano gli scambi, da modelli di comportamento, dall'accesso e dalla distribuzione delle risorse, dai rapporti di fiducia e quant'altro si possa in pratica identificare nelle stesse.

A nostro avviso, i contributi richiamati precedentemente nella loro sintesi rimarcano con forza la necessità dello studio della disciplina in chiave interdisciplinare per la comprensione e la rappresentazione dei fenomeni economico-sociali degli assetti fondiari collettivi e per sottolineare gli aspetti di drammatica attualità, in una sconcertante sequenza di errori di comprensione e di omissioni che rischiano di portare al declino e persino alla estinzione di istituzioni di grande modernità.

3. *L'assetto fondiario collettivo come istituzione*

L'assetto fondiario collettivo, come ogni ente collettivo¹⁹, è caratterizzato dai seguenti elementi strutturali: rispettivamente di natura personale (la collettività locale), patrimoniale (il patrimonio civico) e teologica (lo scopo comune).

Per una migliore conoscenza e comprensione dell'assetto fondiario collettivo sembra utile svolgere alcune brevi approfondimenti sui singoli elementi strutturali.

a. La collettività locale

L'elemento di natura personale è costituito da una pluralità di persone fisiche individuabile nella collettività locale, non solo e non tanto

¹⁷ D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge-New York, 1990, VIII, p. 152.

¹⁸ S. FADDA, *Istituzioni e sviluppo economico. Un quadro metodologico con particolare riferimento al caso del Mezzogiorno*, in *La questione agraria*, 73, 1999; ID., *Istituzioni economiche ed economia delle istituzioni nei sistemi produttivi locali*, in *Argomenti*, 1, 2001.

¹⁹ Così U. BRECCIA et al., *Diritto privato*, Torino, 2003, p. 118.

come destinatarie dell'attività dell'ente di gestione, bensì in quanto pluralità di persone fisiche chiamate a gestire il patrimonio della collettività e a raggiungere lo scopo comune, conformandosi nella propria attività e nelle relazioni con il patrimonio civico a principi che la stessa collettività si dà.

La collettività locale va pertanto considerata secondo il principio affermato dalla Cassazione²⁰, per cui le frazioni dei comuni, pur costituendo circoscrizioni amministrative del Comune, possono essere *titolari di beni di proprietà o di uso collettivo*. Tale autonoma soggettività, rispetto a quella dell'ente di appartenenza, risulta attribuita già dalla legge²¹ e la più recente pronuncia²² che conferma le precedenti sentenze della stessa Suprema Corte²³ e del Consiglio di Stato²⁴.

Premessa, quindi, la distinzione tra l'amministrazione (cui compete la gestione) e la collettività locale (cui compete la titolarità dei beni di uso civico), l'amministrazione si configura alla stregua di un "braccio operativo", in quanto, sia in senso soggettivo che oggettivo, è preordinata allo scopo di attendere con continuità alla tutela, conservazione, miglioramento e valorizzazione del patrimonio civico. La pluralità dei componenti l'ente collettivo si qualifica, a sua volta, per la presenza di due caratteristiche peculiari: (a) l'organizzazione di comunità che lega fra loro le singole persone fisiche e che va intesa come facoltà di predisposizione di organi idonei ad assicurare il funzionamento e la rappresentanza dell'ente (vale a dire, organi di amministrazione, modalità di elezione degli organi, statuti e regolamenti d'uso delle risorse naturali ed antropiche); (b) la variabilità e la mutevolezza delle persone fisiche. Le singole persone fisiche non sono necessariamente sempre le stesse durante la "vita" dell'ente collettivo: esse possono variare nel loro numero e/o nella loro professione come anche mutare numericamente per l'inserimento nella collettività locale di nuovi membri.

²⁰ Sentenza n. 10748/1992 Sezione civile della Suprema Corte di Cassazione.

²¹ Legge 1776/1927 e Legge 278/1954.

²² N. 11127/1994.

²³ N. 3233/1952 e n. 1248/1954.

²⁴ N. 345/1986.

b. Il patrimonio civico

L'elemento di natura patrimoniale viene individuato, tradizionalmente, nel complesso dei beni economici, appropriabili, valorizzabili e producibili presenti nelle terre di collettivo godimento.

Si tratta, in verità, di un insieme molto più ristretto di quello dei beni che effettivamente costituiscono il patrimonio di funzionamento dell'assetto fondiario collettivo. Infatti, già i forestali, trattando della stazione forestale, hanno sempre inteso far riferimento ad un fattore complesso, in quanto abbraccia beni economici, come il terreno con le sue qualità fisico-chimiche originarie, e beni non economici, come gli elementi del clima²⁵. Nella fase più recente, la nozione di patrimonio non solo sottende una pluralità di contenuti, ma ha subito anche profonde modificazioni, in particolare attraverso una sua estensione in ragione della percezione delle diverse utilità che esso può fornire. In quest'ottica, pur con riferimento alla nozione di bosco, la Suprema Corte di Cassazione²⁶, raccogliendo questa interpretazione estensiva, ha precisato che "in base a dati di interpretazione sistematica forniti dal legislatore con una molteplicità di leggi diverse succedutisi nel tempo, il concetto di "bosco" deve essere riguardato come patrimonio naturale con propria individualità, un ecosistema completo, comprendente tutte le componenti quali suolo e sottosuolo, acque superficiali e sotterranee, aria, clima e microclima, formazioni vegetali non solo alberi di alto fuso, di una o più specie, ma anche erbe e sottobosco, fauna e microfauna, nelle loro reciproche profonde interrelazioni, e quindi non solo l'aspetto estetico-paesaggistico di più immediata percezione del comune sentimento".

Per quanto detto, l'elemento di natura patrimoniale dell'assetto fondiario collettivo deve quindi essere individuato nell'insieme degli elementi naturali e dei sistemi che essi formano e che sono suscettibili di essere trasmessi alla generazione futura oppure di trasformarsi.

L'impiego dell'aggettivo naturale al sostantivo patrimonio implica il doversi riconoscere che la collettività locale possiede anche elementi

²⁵ G. PATRONE, *Economia forestale*, Firenze, 1970, p. 46.

²⁶ Cass. Sez. III Pen., 8 aprile, 1993, 3436.

patrimoniali che non sono naturali, quali i beni culturali dell'opera dell'uomo e i beni culturali naturali.

Il patrimonio di funzionamento, costituito come si è detto dall'insieme degli elementi naturali e antropici presenti nelle terre di collettivo godimento, comunemente è detto demanio civico ed in questo la collettività locale individua il pool di risorse presenti all'interno dei confini della terra di collettivo godimento; pool di risorse che costituisce il cosiddetto patrimonio civico, dotato di autonomia rispetto ai patrimoni personali dei singoli membri della collettività.

c. L'elemento teleologico

L'elemento di natura teleologica è costituito dallo scopo che la collettività locale deve perseguire stante la natura demaniale civica delle terre di collettivo godimento e che si propone di conseguire con le attività di gestione. Esso prescinde dalle eventuali diverse finalità che i singoli componenti intendono perseguire a livello individuale: deve comunque essere determinato, lecito, possibile.

Trattando della proprietà collettiva, P. Vitucci²⁷ ricorda come "la proprietà collettiva non è la proprietà delineata dal codice civile; questa, nella forma più completa del diritto del proprietario, comprende anche il diritto di alienazione e di mutamento di destinazione. La proprietà collettiva, invece, risponde ad un modello culturale diverso e persegue mete diverse rispetto a quelle della proprietà del codice civile. La proprietà collettiva è, per legge e per storia delle istituzioni regoliere, configurata in modo diverso: è inalienabile, inusucapibile, indivisibile, non soggetta a mutamento di destinazione". E, richiamandosi a G. Venezian²⁸, P. Vitucci afferma che l'interesse protetto dal carattere della demanialità civica va oltre quelli che si riflettono nelle generazioni viventi, è l'interesse delle generazioni future. Sulla stessa linea, C.A. Graziani²⁹ precisa che nel caso della proprietà collettiva siamo di fronte ad

²⁷ P. VITUCCI, *Proprietà collettiva: la sua specificità*, in CONSULTA NAZIONALE DELLA PROPRIETÀ COLLETTIVA, *Atti dell'Assemblea costitutiva*, 7 marzo 2006, p. 25.

²⁸ G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, in ID., *Opere giuridiche di Giacomo Venezian*, II, Roma, 1920, p. 671.

²⁹ C.A. GRAZIANI, *Proprietà della terra e sviluppo rurale*, in *Diritto romano attuale*, 16, 2006, p. 83.

“una dimensione che sempre meno è riconducibile all’economia” e conclude che “in quelle proprietà la terra era veramente oggetto non già di dominio e sfruttamento, ma di buon governo”. E, più recentemente, lo stesso P. Grossi³⁰ mette nella dovuta evidenza come “il tratto tipizzante di queste realtà sia il rapporto uomo/terra non riducibile all’emungimento di un forziere di ricchezza, né la terra è qui, in prima linea, ricchezza”.

In definitiva, nella generalità dei casi, l’assetto fondiario collettivo si presenta come un’*unità oggettiva*, la terra di collettivo godimento (il c.d. demanio civico), tradizionalmente a destinazione agro-silvo-pastorale, ma anche con qualità di terreni agrari e corpi idrici, con a fianco una *unità soggettiva* (l’unità di gestione) che si incentra in un ente di gestione espresso dalla comunità locale o, in assenza di questo, è individuabile nell’amministrazione comunale in qualità di amministratore con contabilità separata da quella del comune.

4. Per la comprensione del paradigma di “un altro modo di possedere”

Una descrizione che abbia l’intento di fornire uno sguardo generale sul paradigma dell’“altro modo di possedere” deve prendere in esame il significato di diritto d’uso sia nel contenuto sia nell’esercizio di tale diritto.

Ricordiamo subito che, mentre l’esercizio del diritto può avvenire per mezzo del singolo utente, il diritto dell’intera collettività, invece, grava sulle terre di collettivo godimento come vincolo ad una specifica destinazione del fondo a vantaggio dei consociati nell’ente collettivo; il che spiega come le superfici di collettivo godimento abbiano avuto la denominazione di “demanio civico” e come il mutamento di destinazione sia connesso a mutamenti nei rapporti tra i componenti la collettività locale. Di più, la natura del diritto d’uso sulle terre di collettivo godimento è del tutto particolare, in quanto la proprietà collettiva, per sua origine e natura, ha carattere intergenerazionale.

³⁰ P. GROSSI, *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2008, 1, pp. 11-18.

Ciò determina nel cittadino consociato nell'ente collettivo una situazione complessa: di un interesse collettivo alla conservazione dei beni e di un interesse individuale avente ad oggetto un uso dei beni conforme alla loro destinazione. Rispetto all'uso comune sui beni demaniali che è a favore della generalità dei soggetti, il diritto d'uso sulle terre di collettivo godimento presenta due elementi caratteristici: il primo, di avere, normalmente e non eccezionalmente, ad oggetto utilità del fondo, consistente in uno sfruttamento dello stesso; il secondo di essere riservato ai cittadini di un Comune o addirittura ad una parte di essi. Da qui, il carattere connaturato di "riserva" proprio dei beni gravati da uso civico³¹.

Inoltre, i diritti di uso civico, anche se non esercitati per decisione individuale o per decisione motivata dell'ente gestore, sono imprescrittibili e non possono essere dichiarati estinti. La dichiarazione di estinzione dell'uso civico da parte della Pubblica Amministrazione o dalla legge corrisponde ad una vera e propria espropriazione, e pertanto come tale dovrebbe essere indennizzata.

In relazione al diritto d'uso del demanio civico sembra opportuno chiarirne ulteriormente il contenuto, distinguendo tra:

- (a) diritti a livello individuale (i c.d. diritti operazionali), da cui discendono gli eventi (accesso o entrata in una zona e prelievo di una particolare risorsa, uso di una determinata zona) e
- (b) diritti a livello collettivo (i c.d. diritti di amministrazione), da cui discendono le decisioni di gestione, vale a dire i diritti di ordinamento dell'ente, di tutela e di valorizzazione del patrimonio e diritti di esclusione dalla o inclusione nella comunità e conseguentemente di esercitare o meno i diritti operazionali.

In questo tentativo di inquadramento del modello deve essere ricordato il contributo di O. Lange³², nel quale l'autore richiama l'attenzione sulla differenza tra il modello dell'economia naturale, che caratterizza gli assetti fondiari collettivi, nella quale si produce per l'uso, con quello dell'economia delle merci, nella quale si produce per lo scambio. Più precisamente, con particolare riferimento ad uno spazio territoriale, se

³¹ M.S. GIANNINI, *Sull'esistenza degli usi civici di caccia*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1950, 3-4, pp. 101-107.

³² O. LANGE, *Political Economy*, Oxford, 1971.

nell'economia dello scambio le caratteristiche e gli elementi di un territorio sono filtrati e rilette come risorse apprezzate dal mercato, e quindi dal prezzo, nell'economia naturale la terra comune è considerata, invece, come una estensione di terreno alle dipendenze di una istituzione, fondamentalmente determinata da una superficie e da confini e quindi, come già detto, di interesse intergenerazionale.

Esiste quindi un legame inscindibile tra la comunità locale e il suo demanio civico ed in sintesi si può affermare che la comunità locale governa un dato spazio, lo occupa fisicamente in modo continuativo o saltuario, ne sfrutta gli elementi presenti, o si riserva di utilizzarli occorrenza.

Poiché, in ogni caso, è il sistema dei segnali che individua un modello di economia, al massimo livello di generalizzazione, possiamo definire una economia degli assetti fondiari collettivi come un sistema fisico di produzione di beni o di servizi organizzato secondo un sistema sociale di segnali riconoscibile da una particolare società e che ne guida il comportamento. Dobbiamo però riconoscere che, se nell'economia di mercato, i processi del sistema fisico sono organizzati secondo un sistema di segnali molto particolare, cioè il sistema dei prezzi di mercato, nelle economie dell'uso, invece, il sistema dei segnali è sempre rappresentato da una combinazione di valori di scambio e codici di comportamento culturali od anche ideologici.

In prima approssimazione, possiamo, quindi, definire l'economia degli assetti fondiari collettivi come un sistema fisico di produzione, individuabile nel demanio civico, organizzato secondo un insieme sociale di segnali fornito dalla collettività locale titolare dei diritti d'uso, di cui ciascun componente avrà un proprio sistema di valori.

Più in particolare, secondo un insieme di processi mutuamente dipendenti finalizzati alla soddisfazione di una gamma arbitraria di bisogni umani espressi dalle unità di consumo e/o di produzione, sotto il vincolo delle conoscenze e delle risorse comuni esistenti ed organizzati secondo un comune insieme di segnali.

L'esistenza di diritti di proprietà comuni, o della comunità, è del tutto compatibile con un sistema di valori ben definito, a condizione che i diritti usufruttuari di coloro che hanno accesso alla proprietà comune siano ragionevolmente ben definiti. Non sembra necessario passare in

rassegna il sistema dei valori dopo quanto espresso nel paragrafo secondo a proposito dei motivi della longevità storica delle istituzioni di proprietà collettiva.

5. Le “utilità” fornite dai demani civici

Dietro al termine generico “utilità” sono compresi i beni e i servizi che risultano dai prodotti tratti dagli ecosistemi, dalla valorizzazione dei cicli di regolazione naturale e dall'utilizzazione degli ecosistemi come supporto delle attività umane e socio-culturali (attività ricreative, educative, artistiche, ecc.).

Si tratta quindi di constatare come ogni demanio civico sia caratterizzato da un determinato regime fondiario; con la quale espressione intendiamo indicare quel complesso di caratteri e condizioni che ne determinano la varia attitudine a servire come mezzo di produzione e come sede di vita. Taluni di tali caratteri riguardano l'ambiente fisico (clima, terreno, acque) e le opere immobilizzate dall'uomo nel suolo e determinano la struttura c.d. tecnico-economica del demanio civico. Altri caratteri riguardano il titolo di assegnazione in possesso delle terre, i modi di appropriazione della terra da parte degli uomini, i modi di insediamento della collettività locale e i suoi rapporti con il demanio civico; questi caratteri determinano, invece, la struttura giuridico-economica del demanio civico.

Prendendo in esame il demanio civico, possiamo individuare in esso la base territoriale del patrimonio di funzionamento. Questo consiste, come già è stato detto, nell'insieme degli elementi naturali e dei sistemi che essi formano e che sono suscettibili di essere trasmessi alla generazione futura oppure di trasformarsi.

Tra le numerose classificazioni degli *elementi naturali* (che per il sistema economico e sociale sono potenziali risorse) può essere utile far riferimento a quella che suddivide le risorse in due gruppi: *risorse materiali* (risorse minerali, risorse biologiche, risorse di flusso) le quali danno origine a flussi di beni finiti o intermedi e di energie, e *risorse ambientali* (individuabili nel suolo, nell'aria, nell'acqua, nelle specie

biologiche, specialmente se uniche, ma anche nelle biocenosi, ecc.) le quali, combinandosi, danno origine ai cosiddetti servizi naturali finali.

Volendo tentare una classificazione dei sistemi che possono derivare dalla combinazione degli elementi naturali, è possibile riscontrare nella diversità di situazioni spaziali e temporali specifici *ecosistemi*: (a) suoli artificializzati (aree a parco peri-urbane, cave a cielo aperto, aree industriali, aree attrezzate, aree sportive); (b) suoli agricoli (terre lavorabili, prati, pascoli, aree a parco); (c) suoli forestali (fustaia, ceduo, castagneto, sughereta, formazioni rupestri, formazioni riparie); (d) suoli poco artificializzati (pascoli alpini, altri spazi con vegetazione, spazi senza vegetazione); (e) corpi idrici (corsi d'acqua, laghi, serbatoi artificiali, nevai e ghiacciai perenni). Negli eco-sistemi è possibile individuare una struttura (componenti e fattori), un funzionamento (i processi ecologici), una vicenda temporale (successione ecologica).

Seguendo la tipologia³³ adottata a livello internazionale, le “utilità” rese dagli ecosistemi in possesso degli assetti fondiari collettivi e suscettibili di una valutazione sembrano riconducibili, almeno in un quadro di approccio esplorativo, a quattro profili:

- a. di *regolazione*. Questo gruppo di funzioni si riferisce alla capacità degli ecosistemi naturali e seminaturali di regolare e mantenere a punto essenziali processi ecologici e supporti vitali dei sistemi attraverso cicli geo-chimici e altri processi della biosfera. In aggiunta alla conservazione della naturalità dell'ecosistema, questa regolazione delle funzioni procura un gran numero di servizi che hanno diretti o indiretti benefici alla società (quali sono la purezza dell'aria, dell'acqua e del suolo, e servizi di controllo biologici).
- b. di *spazio vitale*. Gli ecosistemi naturali costituiscono rifugio e consentono habitat riproduttivo alle piante ed agli animali selvatici e perciò contribuiscono alla conservazione in situ della diversità biologica e genetica ed ai processi evolutivi.
- c. di *produzione di beni*. Le *risorse materiali* (risorse minerali, risorse biologiche, risorse di flusso), come abbiamo visto più sopra, danno origine a flussi di beni finiti o intermedi e di energie. Esse alimen-

³³ R.S. DE GROOT, M.A. WILSON, R.M.J. BOUMANS, *A Typology for the Classification, Description and Valuation of Ecosystem Functions, Goods and Services*, in *Ecological Economics*, 2002, 3, pp. 393-408.

tano pertanto il processo delle produzioni territoriali; processo che si differenzia in ramo tra i quali distinguiamo: (a) le attività dell'agricoltura, (b) della selvicoltura, (c) dell'allevamento, (d) delle industrie collettive (della caccia, pesca, raccolta funghi, di piante medicinali ed ornamentali, ecc.), (e) dell'industria estrattiva, (f) delle industrie delle energie rinnovabili (idroelettrica, eolica, solare).

- e. di *informazione*. Gli ecosistemi naturali procurano opportunità pressoché illimitate per un arricchimento spirituale, sviluppo culturale e per attività di tempo libero. Negli ecosistemi sono presenti, infatti, situazioni, condizioni, atti, segnali, beni culturali naturali o dell'attività umana che – senza alterare la sostanza materiale dei beni, ma modificandone, invece, le condizioni estrinseche e di relazione – attirano l'attenzione dei consumatori. Si tratta di aspetti estetico-paesaggistico, di quadro piacevole di vita, di percorsi nella natura, di aree per attività ricreative a carattere rigenerativo e/o attivo/sportivo, di informazioni scientifiche ed educazionali, di fonti di ispirazione culturale o artistica.

Valutando con attenzione le diverse tipologie di “utilità”, si ravvisa una stretta connessione tra:

- (a) l'*interesse individuale* a trarre beni o utilizzare servizi per consumo familiare o aziendale (legna da ardere e legname da opera; funghi e tuberi, pascolo degli animali domestici, erbe aromatiche e medicinali, materiali da costruzioni; escursioni, ecc.); ma di tali beni o servizi il singolo non può fare commercio;
- (b) l'*interesse della collettività titolare* dei diritti, in quanto la parte eccedente la domanda dei censiti può essere destinata alla commercializzazione con decisione riservata all'ente gestore. Ma il vero interesse della collettività titolare sta nel fatto per cui essa si fa riconoscere come vero costruttore di ambiente vivo e vitale, e ciò per due motivi: il primo, per gli interventi finalizzati alla perennazione del potenziale di produzione del demanio civico impedendo il “consumo” di terra; il secondo, per l'attività di predisposizione di idonei sistemi di protezione, di controllo e di regolamentazione per un corretto uso delle risorse naturali in un sistema evolutivo economia-ambiente.

(c) *l'interesse della collettività generale*, alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio. E ciò in ragione di due motivazioni: (1) la prima, perché la funzione storica degli assetti collettivi della produzione di beni per il consumo delle famiglie o delle aziende della comunità locale (anche se ora non più richiesti come in passato) si mantiene come strumento unico per la salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio in quanto fondato sull'energia biologica della terra); (2) la seconda, perché ogni assetto fondiario collettivo continua a manifestare un sistema di valori creato nel corso della sua lunghissima esistenza e sintetizzabile in solidarietà sincronica nell'ambito della generazione presente e solidarietà diacronica nei riguardi delle generazioni future.

GLI USI CIVICI: PROFILI COSTITUZIONALI

Giuseppe Di Genio

L'obiettivo della presente relazione è quello di sottolineare la rilevanza e la portata costituzionale, soprattutto ai fini di una loro tutela effettiva ed incondizionata, di un istituto (C. cost. n. 66 del 1961 e n. 78 del 1961) e di una categoria giuridica tradizionale nonché tematica storica, alquanto difficile ed interdisciplinare nel panorama degli studi giuridici, quella degli usi civici e delle proprietà collettive (C. cost. n. 156 del 1995), indubbiamente qualificabili come diritti fondamentali, vecchi e nuovi, di prima, seconda e terza generazione, a seconda delle prospettive che si adottano e si adattano alla evoluzione degli ordinamenti giuridici, complessivamente intesi. Ad essi sono appropriate, dirimenti e confacenti, in una sorta di eclettismo metodologico e senza indugio, molte categorie del Diritto Costituzionale generale, italiano e comparato.

Non a caso, se ne sono occupati Santi Romano, Mortati e Crisafulli e più recentemente, tra i costituzionalisti (anche comparatisti), sotto vari profili, generali o specifici, Giorgio Lombardi, Gian Candido De Martin, Maurizio Pedrazza Gorlero, Alessandro Pizzorusso, Andrea Morrone, Fabrizio Politi, Andrea Simoncini, Antonio D'Atena, Giancarlo Rolla, Augusto Cerri, Adele Anzon, Massimo Luciani, Alberto Lucarelli, Agatino Cariola, Emilio Castorina, Lorenza Violini, Tania Groppi, Andrea Pisaneschi, Mario Bertolissi e Matteo Cosulich.

La stessa Corte costituzionale (oramai con più di ottanta decisioni in materia tra sentenze ed ordinanze, le ultime del 2013 sono la numero 89, 114, 176 – redattore Paolo Grossi sui masi chiusi –, 308), sin dall'inizio del suo operato, già nella sentenza n. 67 del 1957 (cui segue l'ordinanza n. 72 del 1958, con in Corte Perassi, Ambrosini, Cassandro e Sandulli) ha fatto rientrare la materia degli usi civici, in base alla legge n. 1766 del 1927, per gli interessi di carattere generale che vi si ricollegano e che lo Stato considera meritevoli di speciale tutela, nell'am-

bito del diritto pubblico. Vieppiù, ha aggiunto che i principi di diritto pubblico dominano le disposizioni della legge n. 1766 del 1927. Nella sentenza n. 142 del 1972 della Corte costituzionale (Presidente Chiarelli, relatore Mortati, tra gli avvocati Galgano, Benvenuti, Astuti ed Elia), si legge, nel considerato in fatto, che “usi civici” è una “espressione di comodo” che comprende istituti e discipline varie dell’intero territorio. Nondimeno, nella sentenza n. 49 del 1961, la Corte costituzionale ha affermato che la legge del 1927 è una legge per gli enti pubblici. Connotazioni pubblicistiche dei diritti di uso civico sono anche segnalate dai giudici remittenti (C. cost. n. 425 del 1992). Il rango primario, civilistico ed amministrativistico degli stessi (qui il ricordo di Umberto Potoschnig che si interessò delle Regole della Magnifica Comunità Cadonina sin dal 1953, sulla base del decreto legislativo n. 1104 del 3 maggio 1948, c.d. decreto Segni), quindi, non può che cedere il passo nel tempo (del diritto e dei diritti) a quello pubblicistico (*rectius*: costituzionalistico), meno appariscente e scontato, di nicchia, ma sicuramente più confacente sul piano della tutela e della rilevanza di diritti fondamentali, espressione di valori ancestrali e primitivi, *privatim*, in cui il ruolo dello Stato rimane, tuttavia, sussidiario, se non proprio secondario. Gli usi civici hanno degli indubbi contrafforti pubblicistici, così come le proprietà collettive, invece, privatistici, ma entrambi, tuttavia, sono da consolidare nel quadro dei limiti costituzionali e della formula costituzionale del “ri-conoscimento”, presente anche nel Diritto costituzionale comparato, così come nella teoria dei diritti fondamentali (e non tanto in quella dei beni pubblici e/o privati).

In particolare, nella c.d. sentenza Cassandro, la n. 87 del 1963, la Corte costituzionale (Presidente Gaspare Ambrosini, relatore Giovanni Cassandro, tra i giudici costituzionali anche Costantino Mortati e Aldo Sandulli) opera una attenta ed affascinante ricostruzione storica (usando fino ad un certo punto, per così dire, una tecnica decisoria basata sul dato storico) della legislazione sugli usi civici (riferimenti storici sono presenti anche nella sentenza n. 157 del 1973, relatore Guido Astuti, tra i giudici costituzionali Vezio Crisafulli), in particolare quella del 1927, verificandone la compatibilità o meno con la legge provinciale di Bolzano n. 2 del 1959 ovvero se suddetta legge provinciale avesse o meno violato, in alcun modo, la legge statale del 1927, in una sorta di logica

interposta, più volte utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale anche in altre occasioni. Stabilisce, propriamente, che la legge del 1927, sul ri-ordinamento degli usi civici, è una legge ordinaria, che ha ricondotto sotto una disciplina unica, fondata in via principale sulle tradizioni e la legislazione delle province meridionali, una materia, come quella degli usi civici che, si dice nella sentenza suindicata, ha avuto, nella storia giuridica, per tanti aspetti non unitaria del nostro Paese, origini e svolgimenti localmente differenti. Sicché la competenza riconosciuta non soltanto alle Province di Trento e Bolzano, ma anche alla Regione Valle d'Aosta (art. 2, lett. o – usi civici, consorterie, promiscuità per condomini agrari e forestali, ordinamento delle minime proprietà colturali – dello Statuto speciale), alla Sicilia (art. 14, lett. c, dello Statuto speciale) e alla Sardegna (art. 3, lett. m, dello Statuto speciale), dimostra il proposito del legislatore costituente di rimediare a codesta artificiosa uniformità, disponendo che la materia degli usi civici venisse regolata dal legislatore regionale e, in difformità dalle leggi dello Stato, in quelle Regioni, segnatamente in quelle alpine, dove si sono conservate tenaci tradizioni e consuetudini che possono essere ricondotte ad usi antichissimi, romani e germanici, comunque primordiali, e dove le condizioni geografiche e la natura degli ordinamenti agrari impongono regole particolari nell'uso dei boschi e dei pascoli. Stando così le cose, prosegue il testo della sentenza, non ha senso configurare un contrasto tra la legge provinciale e la legge ordinaria statale, assumendo a principi dell'ordinamento giuridico i principi che possono essere dedotti dalla legge ordinaria del 1927.

Da questa sentenza emerge, in pieno, il legame fondamentale tra storia, Costituzione, usi civici e proprietà collettive nonché le loro peculiarità come diritti puri, rudimentali da custodire-preservare-promuovere e come diritti originari/pre-esistenze, cicatrici del diritto, passato vivente e cultura civica, testimoni dell'umanità del diritto e dei diritti.

Lo stesso Vico nella Scienza Nuova si sofferma sul ricorso che fanno le Nazioni sopra la natura eterna dei feudi: riprendendo Vico, gli usi civici sono indubbiamente un elemento di continuità tra e nei “corsi e ricorsi storici”. L'uso civico è l'*occupatio primaeva* di Carl Schmitt, la terra, il suolo, lo spazio, il diritto e i diritti. La stessa Magna Charta Libertatum del 1215 è emblematica in tal senso e fu resa anche per elimi-

nare (affrancare) i demani regi (foreste), così come assume rilievo *The Agreement of the People* dei *Levellers* del 1647: la *lex terrae* del *Bonham case* è del 1610.

Il Landrecht, come insieme giuridico delle persone che coltivano e dominano il Land, in cui il suolo è lo spazio di vita e di sostentamento, confuta questa impostazione multidisciplinare, micro e macro-costituzionale, volta a garantire la tutela della terra, dei territori e delle comunità, come veri e propri formanti (i *Laender* in Germania e le *Comunidades Autónomas* in Spagna), della polis (aristotelica), e, quindi degli ordinamenti.

È noto, tra l'altro, che l'ordinamento costituzionale americano ebbe origine anche per la fuga delle sette pietiste tedesche dai soprusi dei feudatari. Interessanti, poi, sono i riferimenti al bene pubblico (*public good*) nella Dichiarazione di indipendenza americana del 1776 e quelli alla tutela della collettività nella Costituzione di Weimar del 1919. Il *Common Sense* di Thomas Paine risulta utile in tal senso.

Il settore del Diritto costituzionale comprende sia gli studi relativi all'organizzazione fondamentale dell'ordinamento giuridico, quale risulta dalla Carta costituzionale, con specifico riferimento alla formazione, alla composizione, ai poteri ed alle interazioni degli organi costituzionali, sia quelli che attengono ai principi fondamentali che governano i diritti di libertà individuali e collettivi. Gli usi civici e le proprietà collettive, discostandosi da una loro relazione oggettiva, possono essere annoverati proprio nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive ovvero dei diritti (misti) di libertà, individuali e collettivi, ovvero ancora, mutuando l'espressione da autorevole dottrina, nel diritto degli individui. Vale, tuttavia, precisare che il termine proprietà collettiva appare formalmente diverso, per alcuni versi, da quello di uso civico, tant'è che è usato dalla Corte costituzionale, propriamente, solo in tre sentenze (n. 204 del 1995, n. 395 del 1992 e n. 46 del 1995), a cavallo della logica privatistica della legge n. 97 del 1994, non escludendosi, tra l'altro, una sorta di equiparazione-richiamo con l'uso civico (anche *per tabulas*), così come solo tre, sino ad oggi, sono le sentenze della Consulta che hanno riguardato la portata della legge n. 97 del 1994 (una quella sul Laudo delle Regole, la n. 917 del 1988, Presidente Saja, relatore Casavola).

Gli usi civici sono presenti nel connubio inestricabile tra valori e principi costituzionali, già a partire dalla vecchia logica dei diritti pubblici soggettivi e dei diritti civici, ora diritti democratici e lavoristi ex art. 1 Cost., forme di esercizio della sovranità popolare (diritti di sovranità), diritti fondamentali (personali, pluralistici e solidaristici) ex art. 2 Cost., diritti di eguaglianza, formale e sostanziale, ex art. 3 Cost., diritti di autonomia (e sovranità) ex art. 5 Cost., diritti delle minoranze ex art. 6 Cost., diritti laici ma anche ecclesiastici (con il relativo demanio esterno) ex artt. 7 e 8 Cost., diritti ambientali e culturali ex art. 9 Cost., in uno Stato di (multi)cultura, diritti comuni(tari) e diritti umani ex artt. 10 e 11 Cost.

Hanno, dunque, una molteplice dimensione, a un tempo, personalista, pluralista, comune, solidarista, collettiva, civica, cooperativa, territoriale, frazionale, sussidiaria, storica, giuridica, politica, sociale, comparata, urbanistica, turistica, forestale, archeologica, etnologica, antropologica, culturale (e via dicendo).

Affrontare da un punto di vista costituzionalistico questa materia rappresenta sicuramente una sfida immane, di nicchia costituzionale, una palestra dottrinale (C. cost. n. 296 del 1998, proprio sul ruolo della dottrina sugli usi civici) non facile, ma non sarebbe giusto disarmarsi, desistere e privare un tema così affascinante e nobile di una serie di riflessioni che tentino di sottolineare (se non proprio sussurrare), sia pure sommessamente (secondo Pietro Nervi gli usi civici hanno solo la libertà del silenzio), che anche gli usi civici hanno non solo un cuore antico¹ ma uno spirito unitario e costituente ed una dimensione-anima riconducibile alla Costituzione, una forza costituzionale intrinseca, qualunque sia il modo di intenderla, in senso formale, materiale e vivente, precettiva e programmatica. D'altronde, gli usi civici e le proprietà collettive possono essere considerati micro-poteri costituenti e tra le principali radici dell'organizzazione territoriale (come una sorta di preistoria delle funzioni amministrative), ad esempio, anche attraverso l'estrema originalità frazionale, sottovalutata negli studi ordinamentali, ma specificata e valorizzata dal legislatore sin dal R. D. n. 383 del 1934

¹ P. GROSSI, *“Un altro modo di possedere”. L'emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, passim.

(sub art. 84). Nello studio di B. Cavallo, oramai datato, si afferma l'irrelevanza del problema della personalità giuridica della Frazione, come quello emerso in Assemblea Costituente per gli enti collettivi, e la proprietà collettiva è analizzata proprio sul versante degli ordinamenti giuridici, anche frazionari: la Frazione è vista come collettività e formazione sociale, che rientra nella formula dell'art. 2 Cost. Nel diritto esterno, poi, basta osservare i nuovi costituzionalismi sudamericani di Ecuador (2008) e Bolivia (2009), eredi del *poder moral* di Bolívar, intrisi di molteplici forme di tutela e garanzia formale dei diritti originari, come diritti costituzionali e diritti umani, e del ruolo fondamentale delle collettività nella forma di Stato. Rilievo minore, allo stato, assume il diritto europeo che sembra ignorare la materia, recuperabile, tuttavia, attraverso il regime proprietario classico e le tradizioni costituzionali comuni nei Trattati.

La stessa teoria della necessità (Santi Romano *docet*), come fonte del diritto non scritta e del tutto autonoma, sembra rappresentare un fondamento giuridico antecedente, ma costituzionalmente rilevante, di peculiare spessore istituzionale per gli usi civici.

Nel dibattito costituente e nel suo immediato seguito istituzionale si determinò un qualche interesse verso la materia degli usi civici con gli interventi, tra gli altri, soprattutto, di Ambrosini, Mannironi, Terracini, Conti e Calamandrei. Per Mancini nel Mezzogiorno, accanto alla “riforma giuridica” del diritto di proprietà, bisognava porre un'altra questione irrisolta: “la rivendica di tutti quei beni rustici, usi civici, monti frumentari, che rappresentarono la preziosa proprietà collettiva dei nostri comuni e che al popolo furono usurpati dalla influenza tortuosa delle famiglie più doviziose del luogo. I più solerti distruttori dei pubblici demani furono quelli che, alla proclamazione del nuovo regno, maggiormente dicevano di tutelare i diritti del popolo”. Ed ancora, “Poiché si tratta di un patrimonio che, per la sua finalità e per le leggi che lo governano, è inalienabile e imprescrittibile, si deve desiderare che sia ricostruito. Invece di pensare a liquidare i demani pubblici, quasi si trattasse di una bottega che occorre chiudere per il fallimento, occorre ricostruire i demani e rimboscarli”. Non manca nel Mezzogiorno qualche esempio di istituzioni cooperative nell'esercizio degli usi civici; ma si tratta di istituti ancora embrionali. Cassiani affermò che la questione

meridionale non era “una semplice questione di sperequazione finanziaria, di tariffe doganali, di dare ed avere nei confronti dello Stato”, era, invece, un problema squisitamente politico, il “meridionalismo” dei costituenti passò in gran parte per la via del regionalismo. La coscienza teorica di Cassiani, lo portava a privilegiare i temi forti del populatismo. Problemi secolari avrebbero potuto essere risolti dalle assemblee regionali, e tra questi innanzitutto, soprattutto l’assetto dei demani comunali, il destino dei beni demaniali superstiti. Solo chi non sa qual è la vastità delle terre demaniali nel Mezzogiorno, spesso usurpate dai latifondisti, può non comprendere l’estrema importanza di queste terre tra i cittadini poveri. Si tratta di uno dei problemi più decisivi sul terreno della riforma agricola. Altri, poi, come Einaudi incisero sull’art. 44 Cost. e come Nobili Tito Oro e Tega prospettarono un diverso art. 42 della Costituzione in cui la proprietà è pubblica, privata e in uso civico.

Gli usi civici sono, dunque, solo apparentemente, senza traccia nella Costituzione vigente, una pagina resa vuota ed assente dai nostri Padri Costituenti, in quanto sulla base di una semplice lettura delle disposizioni costituzionali, precettive e programmatiche, è possibile desumere molteplici riferimenti indiretti alla tutela e rilevanza costituzionale degli usi civici, anche nei diversi modi di intendere la Costituzione stessa (ad esempio, in senso economico, ambientale e sociale). D’altronde, è un dato inconfutabile quello secondo cui le dichiarazioni costituzionali possono essere generiche o specifiche, ma anche anticipate.

La stessa legge n. 1766 del 1927 si può definire come “legge a contenuto costituzionalmente anticipato”.

In questa direzione, è possibile utilizzare una prospettiva volta a considerare l’uso civico (usando il termine della demanialistica napoletana) come un valore costituzionale (*rectius*: degli ordinamenti giuridici, originari e derivati) presupposto, prima e non oltre lo Stato (pre-statalità), forma a priori e materia costituzionale, che fonda principi fondamentali (persona, pluralismo, solidarietà, ambiente, cultura, etc.) ex art. 2 Cost., cui sono riconnessi a loro volta numerosi diritti di libertà fondamentali, vecchi e nuovi.

In altri termini, non è da escludere, anche, una tutela diretta, autonoma e totale degli usi civici e delle proprietà collettive attraverso un dato legislativo, quello del 1927 e del 1994, pur con le dovute differen-

ze, e senza estremizzare un plausibile parallelismo, di rango e forza para costituzionale. La legge del 1927, in particolare, rappresenta, in effetti, un vero e proprio metro giuridico di costituzionalità, posto a salvaguardia delle molteplici forme di gestione degli usi civici nella Costituzione materiale. La legge del 1927 stabilisce scultoreamente, al pari della legge sulla montagna, una serie di linee direttrici ancora attuali, attraverso principi generali, limiti insuperabili e complessivamente omogenei nell'attuare una vera garanzia (costituzionale) dei diritti di uso civico e della proprietà collettiva.

Non a caso, Carlo Esposito riteneva magistralmente come in fatto vi sono, nelle leggi semplici, molte volte disposizioni costituzionali e nella Costituzione disposizioni legislative (sembra essere proprio il caso della legge del 1927): la prima ipotesi si trova, soprattutto, realizzata in regime di Costituzione flessibile, dove in leggi ordinarie o in atti parificati alla legge è contenuta la massima parte delle disposizioni relative alla Costituzione dello Stato².

La rilevanza costituzionale degli usi civici, delle proprietà collettive ovvero degli assetti fondiari collettivi, allo stato dell'arte, è, infatti, solo parziale ed indiretta, determinando, così, una visione riduttiva e limitata del tema, anche se, attraverso la tutela ambientale, in particolare, sembra porsi come un dato oramai certo ed acquisito sia nella giurisprudenza costituzionale sia in dottrina. Una lettura costituzionale diversa e dinamica, se non proprio classica, può essere utile a rivitalizzare e rinnovare un istituto giuridico autonomo ed originale, un tema tellurico, la cui portata ordinamentale, nel terribile diritto, non deve essere sottovalutata e "sfruttata" solo in senso ambientale, regionale (il c.d. diritto regionale degli usi civici) e giurisdizionale, secondo l'attuale *dictamen* della Corte costituzionale (e della stessa Corte di Cassazione). È auspicabile, pertanto, anche un maggiore coordinamento di indirizzi giurisprudenziali tra le Alte Magistrature, pur nella rispettiva autonomia, sacra ed intoccabile, ed una maggiore consapevolezza della rilevanza costituzionale di tale materia e delle inevitabili ricadute sui diritti dei *cives*. Immaginare un quadrato costituzionale (Corte costituzionale, Consiglio di Stato, Corte di Cassazione, Corte dei Conti), nella evolu-

² Così C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964, p. 53.

zione granitica della giurisprudenza delle Alte Magistrature, per racchiudere il senso e la portata degli usi civici, aprirebbe una prospettiva davvero interessante nella garanzia delle diverse forme di tutela sul territorio. È indubbio, tuttavia, che sono un tema costituzionale non formale ma materiale, in cui, tra l'altro vi è un evidente deficit europeo.

La Corte costituzionale ha stabilito, con la fondamentale sentenza n. 156 del 1995, che gli usi civici sono strumenti di conservazione della forma originaria del territorio e, quindi, strumenti di tutela dell'ambiente nello Stato di cultura. Nondimeno, con la sentenza n. 310 del 2006, la Consulta ha previsto che la disciplina statale di riferimento tende a garantire l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici, in relazione anche al vincolo paesaggistico, così contribuendo ad una precipua tutela ambientale partecipata ad ampio raggio.

Per gli usi civici si potrebbero riprodurre molte considerazioni e gli stessi principi giurisprudenziali, interni ed esterni, tipici della tutela ambientale (il diritto all'ambiente è un diritto della persona e interesse della collettività) e della cultura, soprattutto sotto il profilo dell'autonomia. Si pensi alla stessa materia scolastica ed universitaria ex artt. 33 e 34 Cost. ovvero al tema delle autonomie funzionali (trattandosi anche di diritti funzionali) e delle minoranze (i diritti frazionali, come diritti periferici, spesso sono anche connessi ai diritti linguistici). Nella recente esperienza costituzionale sudamericana i diritti collettivi sono strettamente connessi non solo ai diritti ambientali ma anche a quelli culturali. Tuttavia, l'ecocentrismo della società contemporanea non può essere considerato l'unico baluardo contro l'egocentrismo liquidatorio degli usi civici e delle proprietà collettive.

In conclusione, il complesso e variegato sistema usi civici – proprietà collettive – beni comuni, nel rispetto dei principi fissati dalla legge generale, deve essere rimesso ad una gestione prevalentemente autonoma, con proprie fonti e la cui rilevanza (che meriterebbe più attenzione da parte del legislatore statale e regionale nonché nella disciplina comunitaria attraverso finanziamenti ad hoc, che privilegino realtà locali specifiche dei singoli ordinamenti) nel processo di tutela e valorizzazione del territorio, delle autonomie, dell'ambiente, della natura e del paesaggio appare incontestabile, soprattutto nel quadro dei nuovi (in realtà vecchi, perché già consolidati nei singoli Stati) valori costituzio-

nali dell'Unione europea, la cui natura, (con)federale di fatto, non potrà, in futuro, che essere valorizzata.

Chissà se in futuro si potranno creare nuovi diritti di uso civico ovvero individuare (ad esempio, anche per testamento o donazione privata) nuovi terreni da destinare all'uso civico?

Tutto ciò al fine di tutelare appieno, geo-diritti, fatti, ordinamenti, autonomie, pre-statalità, comunità-collettività naturali pre-esistenti, complessivamente intese, ma anche riconosciute e costituzionalmente garantite, che sono forme vecchie, diritto e diritti anteriori, ma anche un nuovo esempio del dove giuridico di irtiana memoria. Gli usi civici, non solo attraverso il dato territoriale e frazionale, si confermano diritti fondamentali nella Costituzione materiale, la cui dimensione, affrontata addirittura da Santi Romano, Mortati e Crisafulli, è di sintesi e connubio, a un tempo, individuale, pubblica e collettiva, con le relative e rispettive prevalenze (C. cost. n. 917 del 1988), di volta in volta determinate nel divenire dell'ordinamento giuridico, inteso in senso pluralista. In conclusione, usi civici e proprietà collettive, sono espressione di diritti fondamentali (per Rolla sono diritti storici riconosciuti), complessivamente intesi, di cui, in primis, la persona umana gode sia come singolo sia nelle formazioni sociali "ove si svolge la sua personalità" *ex art. 2 Cost.*, in una dimensione aperta, pluralista, storicamente determinatasi, di dominio con-diviso. Pertanto, la rilevanza costituzionale degli usi civici e delle proprietà collettive *ex art. 2 Cost.*, attraverso la legge madre del 1927 (e la stessa legge n. 97 del 1994), nella sua dimensione preposta ed interposta, impone una tutela costituzionale rafforzata, diretta ed indiretta, degli stessi, anche attraverso una giurisprudenza costituzionale sempre più attenta. Ciò risulterà utile e determinante, da un lato, per la loro salvaguardia non solo ambientale e culturale, come terre di resilienza (e terre di cultura), ma anche statale e regionale-territoriale, dall'altro orientante per le scelte giurisprudenziali di prime cure, molte volte, *quotidie*, più vicine agli interessi concreti dei *cives* sul territorio. Basti pensare, in tal senso, alla recente legge della Regione Sardegna n. 19 del 2013 (c.d. editto delle chiudende), molto criticata, sottoposta ora al vaglio della Corte costituzionale nel 2014, perché ritenuta lesiva dei diritti dei cittadini, cui verrebbero sottratti, con procedure

abnormi, enormi quantità di terreni collettivi di particolare pregio ambientale e paesaggistico.

ITINERARI DI RICERCA SUGLI ASSETTI FONDIARI
COLLETTIVI: DAL (MICRO-)CASO DEI WALSER
ALLA (MACRO-)PROSPETTIVA DELLA
COMPARAZIONE GIURIDICA INTERSYSTEMICA
(E INTERCULTURALE)

Mauro Mazza

“Finché esisteranno le Alpi scenderà da esse il soffio della libertà”
Antico proverbio walser

SOMMARIO: *1. Fondamenti storici del diritto colonico walser: il contratto di affitto ereditario e il diritto statutario. - 2. Il gruppo corporato chiuso (dorf) nella tradizione giuridica dei Walser, con particolare riferimento al regime della proprietà comunitaria. - 3. Gestioni comunitarie delle risorse naturali del territorio e di proprietà collettive agro-silvo-pastorali: spunti per una comparazione tra i Paesi europei (esame delle esperienze di Francia, Germania, Grecia, Paesi scandinavi, Spagna, Svizzera e Gran Bretagna). - 4. Uno sguardo sul modello proprietario collettivo e sull'uso comunitario dei beni comuni nei Paesi in via di sviluppo (PVS). - 5. Comunità di villaggio e distribuzione delle terre secondo i diritti paleoslavi (id est, i diritti storici degli slavi orientali e meridionali). - 6. La proprietà collettiva del suolo agricolo in Cina.*

1. Fondamenti storici del diritto colonico walser: il contratto di affitto ereditario e il diritto statutario

L'istituto giuridico di maggiore rilevanza del diritto colonico dei Walser, popolazione che proveniva dall'alto Vallese (Svizzera)¹ e si diffuse in una vasta area fra le Alpi occidentali e quelle orientali (tra la Savoia e il Tirolo) durante un periodo di tempo approssimativamente

¹ Da cui il nome di Walser, che è contrazione di Walliser e, poi, di Wallser (ossia, comunque, Vallesani, ovvero, forse meglio, alto-Vallesani).

compreso fra il XII e il XV secolo², fu senza dubbio rappresentato dall'affitto ereditario.

Fin dal periodo medioevale, il diritto walser si basava sul contratto di affitto ereditario. Questo era, infatti, il titolo che rendeva possibile alla comunità walser l'insediamento permanente nelle alte Valli alpine, delle cui terre ottenevano la concessione ereditaria. Bisogna subito aggiungere che se era necessario un contratto di insediamento, non così avveniva quando l'attività di disboscamento e/o di dissodamento si rivelava non praticabile, poiché in tal caso l'impresa colonica dei Walser era da intendersi semplicemente abbandonata, senza che occorresse la stipulazione di (ulteriori) contratti scritti. Vi erano, invece, negozi giuridici eventualmente successivi alla concessione ereditaria delle terre. Si trattava, da un lato, della cessione della rendita (da parte signorile, ossia da un signore all'altro) e, dall'altro lato, della cessione del contratto di utilizzazione del podere, effettuata dunque da parte colonica in favore di un altro colono. Nella fase del diritto comune, il diritto colonico dei Walser presentò quindi particolarità rilevanti, dal momento che il contratto di affitto ereditario attribuiva alla comunità walser il possesso delle terre, ma siffatto *dominium utile* (contrapposto al *dominium directum* di cui era titolare la parte signorile) non era in verità molto differente dalla proprietà, soltanto che si pensi che il colono walser poteva utilizzare il podere per effettuare permuta, concedere pegni, ovvero procedere al subaffitto.

Una prima distinzione dei contratti walser riguarda il momento genetico od originario della concessione dei poderi alpini. Si potevano avere due forme. Secondo un primo modello, concernente i c.d. insediamenti pianificati, il signore concedeva alla comunità dei Walser, formata da non meno di dodici o quindici famiglie coloniche, un appezzamento di terreno ampio³, ed in questo caso i contratti prevedevano anche il riconoscimento delle libertà o autonomie amministrative e giu-

² V., da ultimo, L. ZANZI, E. RIZZI, *I Walser. L'avventura di un popolo nelle alte Alpi*, Milano, 2013 (*Studi Alpini*), ed ivi spec. L. ZANZI, *Walser: il popolamento delle "alte" Alpi e l'invenzione di uno "stile di vita"*, p. 6 ss., nonché E. RIZZI, *Un modello di colonizzazione alpina*, p. 82 ss.

³ La cui estensione poteva comprendere un'intera alta Valle alpina, come ad esempio la Valle di Davos.

diziarie che caratterizzano in maniera peculiare il diritto colonico walser. Sulla base di un secondo modello, che nella pratica si dimostrò più frequente, la concessione del podere riguardava soltanto una o, comunque, non oltre due famiglie coloniche walser, e in questa ipotesi non erano contemplate le libertà, le autonomie ed i privilegi normalmente stabiliti nel primo caso, mancando in particolare un tribunale autonomo dei Walser.

Caratteristica essenziale del contratto di affitto ereditario in favore dei Walser, almeno in una prima fase, era rappresentata dal fatto che soltanto il figlio primogenito della famiglia colonica ereditava il podere assegnato al padre. In tal modo, si intese per lungo tempo evitare che un carico demografico eccessivo, ed in particolare il carico di più famiglie, gravasse sul podere posseduto dalla famiglia colonica walser. Questo modello dell'economia walser comportava che gli altri figli della famiglia colonica migrassero lungo le vie alpestri, alla ricerca di nuovi poderi. Il motivo fondamentale della "vocazione" colonizzatrice dei Walser era appunto da individuare nella necessità che ad ogni podere dovesse corrispondere una sola famiglia colonica. Tale aspetto del sistema economico e giuridico dei Walser venne bene delineato in un contratto di concessione in affitto ereditario ai Walser stipulato dal Vescovo di Coira nel 1307, dove si parlava espressamente della concessione di terreni dell'alpe di Sapün nel Langwies (Svizzera) che, una volta dissodati, sarebbero passati in perpetuo, di generazione in generazione, unicamente al primo fra i figli della famiglia colonica walser.

Un ruolo speciale nella comunità walser era svolto dall'ammano, ossia dal capo colono. Si trattava di una persona anziana e autorevole, che normalmente svolgeva anche le funzioni di giudice della comunità walser, chiamato ad applicare il diritto consuetudinario dei Walser. La carica di giudice consuetudinario era abitualmente trasmessa per via ereditaria ai discendenti dell'ammano. In ogni caso, e più in generale, il capo colono assicurava la necessaria mediazione fra colui che concede le terre, vale a dire il signore (laico o religioso), e coloro i quali ottengono il possesso (ereditario) delle terre medesime, ossia le famiglie appartenenti alla comunità walser. Fra gli esempi più antichi di documenti che, nel contesto dell'atto di insediamento permanente dei Walser, prevedono la figura dell'ammano o capo colono vi sono la concessione

feudale di Rimella, nel 1256, che menziona il ruolo di Giovanni di Visper-Terminen, nonché quella che contempla la figura dell'ammano Guglielmo a Davos, risalente al 1289⁴. Quest'ultimo documento viene abitualmente considerato una sorta di *magna carta* del diritto (colonico) walser, dal momento che ne contempla tutti gli aspetti essenziali. In primo luogo, l'atto di insediamento walser del 1289 stabilisce l'ereditarietà nel possesso del podere. In secondo luogo, viene prevista l'autonomia sia amministrativa sia giudiziaria della comunità dei Walser. In terzo luogo, si determina l'ammontare del canone perpetuo. In quarto luogo, è stabilito l'obbligo reciproco dei Walser di prestare soccorso militare al signore e del proprietario del fondo di assicurare ai coloni walser la c.d. protezione signorile⁵. In quinto e ultimo luogo, sono definite le funzioni del capo colono, il quale svolge anche i compiti di giudice della comunità walser. Esistono, naturalmente, plurime interconnessioni fra gli aspetti sopra descritti. Ad esempio, rispetto al pagamento del canone di affitto ereditario⁶ il capo colono o ammano svolgeva la funzione sia di garanzia sia di mediazione. Particolare attenzione – come è agevole intendere – veniva attribuita nei contratti di affitto ereditario al versamento del canone. Quest'ultimo doveva di regola essere pagato annualmente. Erano previste le sanzioni per l'omesso o ritardato pagamento; tali sanzioni consistevano nel versamento di penali e/o interessi monetari, il cui ammontare era rapportato al numero dei giorni di ritardo nella corresponsione del canone. I contratti prevedevano, inoltre, che

⁴ Si veda, per questi e altri riferimenti, E. RIZZI, *Collezione di fonti per una storia del diritto colonico walser*, in Id. (a cura di), *Diritto europeo dei coloni e insediamenti walser nel Medioevo* (atti del VII Convegno internazionale di studi walser, tenutosi a Davos dal 22 al 23.09.1989), Anzola d'Ossola, 1990, p. 15 ss., spec. p. 20 (testo e nt. 4). *Amplius*, cfr. E. RIZZI (a cura di), *Walser Regestenbuch. Quellen zur Geschichte der Walseransiedlung. Fonti per la storia degli insediamenti Walser. 1253-1495*, prefaz. di L. Carlen, Anzola d'Ossola, 1991 (*Fonti alpine/Alpium fontes*, n. 1), dove sono disponibili 650 documenti e regesti, frutto dell'esplorazione da parte dell'autore di più di cento archivi in sei nazioni, concernenti la vicenda colonizzatrice (fra dissodamenti agrari medioevali e opera civilizzatrice dei monasteri) del popolo walser nella regione alpina.

⁵ In conformità ai principi della c.d. fedeltà feudale, nonché in adempimento del giuramento di vassallatico.

⁶ Denominato canone colonico.

dopo il decorso di un termine massimo di ritardo, il contratto di affitto ereditario era da intendersi non più vincolante per le parti: in altre parole, si verificava la risoluzione del contratto. Qualora, poi, l'inadempimento fosse parziale, e in particolare imputabile soltanto ad un colono ovvero ad alcuni dei essi, si prevedeva in genere la corresponsabilità dei consorti, nel senso che i coloni non inadempienti per la loro parte rispondevano altresì per i coloni che non avevano osservato l'obbligo del pagamento del canone. Il pagamento del canone assumeva spesso aspetti rituali. Ad esempio, ben cinquanta muli servivano a trasportare le derrate dovute a titolo di versamento del canone colonico dai Walser della montagna di Safien al Monastero di Cazis (Svizzera). All'arrivo dei Walser si procedeva con solennità alla pesatura dei prodotti, in presenza sia della Badessa del Monastero sia di un magistrato assegnato al Tribunale di Thusis, con successivo e conclusivo rinfresco offerto dalla Badessa ai Walser. Anche i coloni walser di Rimella (in Valsesia, Italia) pagavano solennemente il canone annuale ai monaci dell'Isola di San Giulio, recandosi da questi ultimi con una processione di barche. Il giorno fissato per il pagamento del canone era tradizionalmente l'11 novembre, ricorrenza di San Martino⁷. Il canone poteva comprendere vari elementi. Innanzi tutto, i canoni erano (almeno) in parte monetari. Parte del canone prevedeva la consegna di prodotti naturali, derivanti dall'agricoltura e dall'allevamento. Inoltre, potevano essere introdotti obblighi di versamento del canone mediante prodotti della caccia, oppure anche di alimenti, ecc. procurati attraverso il commercio lungo i valichi alpini. Naturalmente, nel corso del tempo i canoni in natura furono progressivamente rimpiazzati dai canoni monetari.

Talvolta era previsto un periodo massimo per effettuare il pagamento, sia pure tardivo e con pagamento di interessi e/o penali, del canone di affitto ereditario. Nella maggior parte dei casi, si trattava del lasso di tempo compreso fra San Martino (11 novembre) e Natale. In mancanza del pagamento entro quest'ultimo termine, il contratto di affitto eredita-

⁷ Pur essendo questa la data principalmente stabilita per il versamento del canone annuale, non mancavano nella cultura popolare walser ulteriori date, spesso connesse a feste patronali o, comunque, ad usanze locali: ciò poteva avvenire non soltanto per i giorni di Natale od Ognissanti, ma anche per le ricorrenze di Sant'Andrea, San Gallo, San Giorgio, San Michele, San Pietro, e così via.

rio era da ritenere risolto, né era abitualmente contemplata la corresponsione di indennizzo alcuno in favore dei coloni, i quali avevano effettuato bonifiche e interventi sul terreno. Queste regole occasionavano l'insorgere di controversie. Ad esempio, nel 1493 pendeva una disputa fra l'Abate del Monastero di Pfäfers (nel Cantone di San Gallo, Svizzera) e una comunità colonica di Walser insediati nello Splügen (Canton Grigioni). Oggetto del contendere era, appunto, il ritardo nel pagamento del canone di affitto ereditario. La risoluzione della controversia era stata affidata al Vescovo di Coira, il quale decise di acquisire il parere di alcuni noti giuristi del tempo. In particolare, il giureconsulto Martinus Uranius dell'Università di Zurigo predispose un parere legale⁸ nel quale si affermava che il pagamento del canone, verificatosi nella primavera del 1490, era del tutto tardivo perché riferito al canone colonico dovuto per l'anno 1488, canone che in base all'atto di insediamento permanente dei Walser non poteva essere corrisposto oltre la fine dell'anno 1489. Per tale motivo – proseguiva il giurista zurighese – il contratto era da ritenere definitivamente risolto, senza che l'Abate fosse tenuto a versare somma alcuna ai Walser per i miglioramenti apportati al fondo concesso in affitto perpetuo⁹.

Su un piano più generale, il diritto colonico dei Walser ebbe rapporti sia con istituti classici del diritto privato, come avvenne in particolare per il contratto di affitto ereditario che presentò molti elementi in comune con l'enfiteusi romana senza, però, con essa interamente confondersi, sia con vari aspetti del diritto feudale. Ciò che maggiormente conta rilevare è, comunque, la sussistenza di un vero e proprio diritto consuetudinario dei Walser, rimasto tuttavia per lungo tempo allo stato della non codificazione. Le consuetudini giuridiche dei Walser furono accolte, dal XVI secolo, nel diritto statutario walser, e di tale recezione degli usi giuridici walser si ebbero già nel XV secolo significative anticipazioni storiche, rappresentate soprattutto negli Statuti di Formazza

⁸ Il manoscritto è composto da ventidue pagine ed appartiene al fondo manoscritti della biblioteca del Monastero di Pfäfers (il documento medesimo si trova attualmente conservato presso l'archivio dell'Abbazia di San Gallo).

⁹ Il *consultus* di Martinus Uranius, datato 20 aprile 1493, trovò inoltre conferma nel parere (*consilium*) richiesto a Hieronymus de Crovaria, anch'egli affermato giurista di Zurigo.

(Italia), redatti fra il 1487 e il 1493, nonché dallo Statuto di Ursera (Canton Grigioni, Svizzera) adottato nel 1491. Ma i richiami al diritto consuetudinario walser si trovano in epoca risalente anche nei contratti di affitto ereditario. Così avviene per i documenti, redatti nel Quattrocento, che riguardano le concessioni in affitto ereditario di fondi situati nella località di Gettaz des Allamands in Valle d'Aosta, ovvero i contratti di diritto colonico walser relativi alla regione di Davos, specialmente quelli redatti dagli ecclesiastici del Monastero di San Lucio di Coira (Canton Grigioni) in favore delle comunità walser di Praden. Nel caso valdostano, il riferimento viene fatto ad un *usum Vallesii*, mentre nei contratti di affitto perpetuo del Canton Grigioni si parla di consuetudini¹⁰ giuridiche dei Vallesani a Davos. Non diversamente, il contratto di affitto ereditario stipulato dai Salis di Soglio (Canton Grigioni) con una comunità di Walser nel 1377¹¹ ed avente ad oggetto alcuni terreni posti nella parte più elevata di Avers¹², contiene il riferimento espresso a usi, costumi e consuetudini dei Walser. È evidente, quindi, che nel corso dei secoli XIII, XIV e XV si formò un diritto consuetudinario walser riguardante soprattutto la disciplina del contratto di affitto ereditario, poi perfezionato dal XIV-XV secolo mediante norme consuetudinarie inserite nel diritto statutario delle comunità dei Walser. In definitiva, i coloni vallesani/walser disponevano di un codice di norme consuetudinarie, le cui clausole, condizioni, disposizioni venivano talvolta richiamate espressamente nei contratti di affitto ereditario ovvero nel diritto statutario, ovvero erano comunque tacitamente presupposte nella regolamentazione contenuta negli atti di insediamento perpetuo nei fondi alpini da parte dei Walser. Le previsioni del codice consuetudinario walser erano, in ogni caso, principalmente rivolte al contratto di affitto ereditario, autentico caposaldo della tradizione giuridica dei Walser, e concernevano dunque le modalità della trasmissione ereditaria del fondo dal padre ai figli (per lungo tempo, soltanto al figlio pri-

¹⁰ Esattamente: quelli del Vallese.

¹¹ Il prezioso documento si trova conservato nel fondo Salis dell'Archivio di Stato di Coira.

¹² C.d. Cresta di Avers.

mogenito), nonché le questioni relative al pagamento del canone colono e, soprattutto, le scadenze di tale pagamento¹³.

2. *Il gruppo corporato chiuso (dorf) nella tradizione giuridica dei Walser, con particolare riferimento al regime della proprietà comunitaria*

Sulla scorta delle indagini condotte da antropologi del diritto e/o storici delle istituzioni giuridiche, fra cui in primo luogo Henry Sumner Maine¹⁴, una interessante ricerca sui rapporti fra proprietà collettiva e individuale venne svolta dallo statunitense Robert McC. Netting negli anni settanta presso la comunità alpina di Törbel nel Canton Vallese (Svizzera)¹⁵. Il Netting, in uno studio preliminare¹⁶ poi ampliato¹⁷, introdusse infatti la denominazione di gruppo corporato¹⁸, o *Corporate Group*¹⁹, per descrivere il peculiare rapporto fra proprietà, istituzioni e

¹³ Al fine di evitare la risoluzione del contratto, secondo la casistica sopra esaminata (in questo stesso paragrafo).

¹⁴ V. *retro*, nel paragrafo 2 del capitolo II.

¹⁵ Törbel si trova nella Vispental (it. Valle della Vista), che è compresa nella parte meridionale del Canton Vallese.

¹⁶ Cfr. R. MCC. NETTING, *What Alpine Peasants Have in Common: Observations on Communal Tenure in a Swiss Village*, in *Human Ecology*, 1976, n. 2, p. 135 ss.

¹⁷ Si veda R. MCC. NETTING, *Balancing on a Alp. Ecological Change and Continuity in a Swiss Mountain Community*, Cambridge, 1981, disponibile anche nella trad. it. *In equilibrio sopra un'Alpe. Continuità e mutamento nell'ecologia di una comunità alpina del Vallese*, con prefaz. di P. Laslett e saggio introduttivo di P.P. Viazzo (*Un africanista sulle Alpi: antropologia, demografia e storia nell'opera di Robert Netting*, p. XI ss.), Roma-San Michele all'Adige (Trento), 1996 (*Classici dell'Etnografia delle Alpi*, coll. diretta da P.P. Viazzo e G. Kezich).

¹⁸ Ulteriormente definito quale gruppo corporato chiuso, ovvero comunità (od organizzazione) corporata chiusa: si veda R. MCC. NETTING, *Familienpolitik: Alliance in a Closed Corporate Community*, in S. BECKERMAN, L.S. CORDELL (a cura di), *The Versatility of Kinship. Essays Presented to H.W. Basehart*, New York, 1980, p. 251 ss.

¹⁹ La nozione è (variamente) utilizzata dagli studiosi di etnologia e antropologia: v. la rassegna storico-comparativa di E.R. WOLF, *The Vicissitudes of the Closed Corporate Peasant Community*, in *American Ethnologist*, 1986, p. 325 ss., cui *adde*, con riferimento a contesti socioculturali remoti ed esotici (ben più di quanto non siano i Walser), E.R. WOLF, *Closed Corporate Peasant Communities in Mesoamerica and Central Jawa*, in *Southwestern Journal of Anthropology*, 1957, p. 1 ss. Nel caso degli studi sui

terre che si viene a creare nell'ambito delle comunità alpine del Vallese. Il ricercatore statunitense, facendo applicazione del metodo enunciato da Robert K. Burns per la conoscenza della cultura delle comunità della montagna in generale e della cultura alpina in particolare²⁰, rilevò nella comunità da lui studiata²¹ la preminenza della proprietà comunitaria rispetto alla proprietà individuale o familiare, nonché i molteplici controlli esercitati dalla comunità medesima sui possedimenti collettivi, rappresentati sia da terreni boscosi sia dalle terre coltivabili degli alpeggi.

Ora, la tipologia di organizzazione fondiaria costituita dal gruppo corporato chiuso ben si presta ad analizzare le istituzioni giuridiche locali contemplate, in tema di possesso delle terre comuni, dal diritto consuetudinario dei Walser²². Pur tenendo conto delle variazioni esistenti fra le diverse comunità walser del versante meridionale delle Alpi sul piano dei principi organizzativi, possiamo notare che la struttura corpo-

Walser, infatti, ci muoviamo nel settore che, fra i molteplici possibili contributi dello sguardo (da vicino o da lontano) comparativo, viene abitualmente classificato come *anthropology at home*, ovvero antropologia “domestica” o “nativa”: si veda, ampiamente, P.P. VIAZZO, *Uno sguardo da vicino. L'antropologia alpina fra esotismo e domesticità*, in P. SCARDUELLI (a cura di), *Antropologia dell'Occidente*, Roma, 2003 (*Gli Argonauti*, coll. diretta da L. Lombardi Satriani, n. 87), p. 163 ss.

²⁰ Cfr. R.K. BURNS, *The Circum-Alpine Area. A Preliminary View*, in *Anthropological Quarterly*, 1963, p. 130 ss. (il lavoro traeva origine da un *paper* presentato dall'autore al *meeting* annuale della *American Anthropological Association*, tenutosi a Chicago nel novembre del 1962).

²¹ Anche facendo ricorso alle fonti della tradizione orale.

²² Rileva (in uno scritto dedicato alle consuetudini giuridiche dei Walser) P. SIBILLA, *Consociazioni locali e confini culturali in un'isola alemannica delle Alpi occidentali italiane*, in *SM Annali di San Michele. Rivista annuale del Museo degli Usi e Costumi della Gente Trentina di San Michele all'Adige*, n. 6, 1993 (“*La frontiera nascosta rivisitata*”. *Ecologia, economia, etnicità nell'arco alpino*, atti del Seminario Permanente di Etnografia Alpina/SPEA - 1° ciclo, San Michele all'Adige 1991-1993, a cura di G. Kezich e P.P. Viazzo), spec. p. 328, che “I gruppi corporati chiusi sono consociazioni a base territoriale che svolgono un complesso di attività comuni in vista del raggiungimento di mete sia individuali sia collettive. Le mete individuali trovano un preciso limite nelle norme che privilegiano le finalità di tipo collettivo”. V. inoltre, per ulteriori riferimenti, P. SIBILLA, *Il paradigma della comunità fra sociologia e antropologia*, in P. SCARDUELLI (a cura di), *Antropologia dell'Occidente*, cit., p. 183 ss.

rativa rappresenta una caratteristica costante del nucleo comunitario, ovvero del gruppo clanico dei Walser. Sebbene vi sia stata, soprattutto a partire dalla fine degli anni cinquanta del secolo scorso, una inarrestabile tendenza allo spopolamento delle aree alpine di tradizionale insediamento dei Walser, resta il fatto che tuttora le comunità walser si presentano frazionate in segmenti abitativi, che prendono il nome (nel dialetto tedesco locale) di *dorf*. Viene abitualmente distinto l'insediamento permanente, o villaggio agglomerato (*Haufendorf*), dall'insediamento transitorio (estivo) posto in alta quota (*Angerdorf*). Nella terminologia in lingua italiana, questi segmenti abitativi o nuclei frazionali delle comunità walser prendono il nome di cantoni o vicinanze. Nell'ambito del gruppo corporato chiuso del *dorf* si afferma l'autonomia della comunità walser, la quale viene così a costituire un'autentica forma di microgoverno locale. La microcomunità in cui consiste il nucleo frazionale deve, poi, confrontarsi con la comunità walser intesa in senso ampio, ossia come insieme di cantoni o vicinanza, sia ovviamente con la c.d. società inclusiva, vale a dire con la popolazione non-walser tanto regionale²³ che nazionale. Il gruppo territoriale walser è formato da persone che sono innanzi tutto componenti di gruppi familiari o, comunque, di parentela; secondariamente, gli associati al gruppo traggono – in misura variabile nel tempo, decrescente, ma ancora significativa – i propri mezzi di sussistenza dall'uso in forma collettiva delle terre che sono comprese nella proprietà comune. Va da sé che la struttura corporativa (o comunità corporata chiusa) a base territoriale svolge una molteplicità di attività comuni²⁴.

Ogni *dorf* dispone di una organizzazione interna, che si occupa prima di tutto della gestione delle terre che formano oggetto di proprietà collettiva o comunitaria. Sebbene le proprietà (o beni) comuni abbiano attualmente meno rilevanza economica rispetto al passato, per i Walser si tratta pur sempre di terreni (boschi, alpeggi, ecc.) che hanno importanza fondamentale per la salvaguardia dei modelli culturali tradizionali della comunità etnica. Rispetto ad essi, in alcune circostanze, si verifica la c.d. mobilitazione collettiva, quale espressione tipica della co-attività

²³ Ovvero cantonale, nel caso della Svizzera.

²⁴ C.d. co-attività.

dei membri del gruppo corporato chiuso. I due concetti-chiave (o principi) per comprendere le dinamiche istituzionali della comunità corporata chiusa dei Walser sono quelli dell'*identità* e della *permanenza*. Con il primo, il componente della comunità si identifica in essa, tanto che ciascuno dei Walser viene abitualmente individuato dagli altri membri del gruppo corporato chiuso non soltanto utilizzando il nome²⁵, ma altresì mediante il riferimento al *dorf* del quale fa parte. Con il secondo, nonché in connessione con il primo dei principi appena esaminati, accade che ogni Walser inserisce il proprio agire, sia individuale sia collettivo, nel solco della tradizione che per tal modo risulta confermata e ravvivata, così da consentire la trasmissione da una generazione alla successiva di valori, regole, modelli di comportamento, e via dicendo. Il valore-base che si intende proteggere è quello della continuità sociale. La proprietà collettiva della comunità walser è, infatti, strettamente connessa con la dimensione dei diritti personali e familiari. Questo significa, in conformità con il principio di permanenza, che la struttura comunitaria è tendenzialmente chiusa. Certo, essa si rinnova attraverso i decessi e le nuove nascite, ma i casi di cooptazione nel gruppo corporato di estranei alla comunità walser è evento assolutamente eccezionale. Altrettanto straordinario e inconsueto, almeno in passato, era lo spostamento di nuclei familiari da un *dorf* a un altro²⁶; in definitiva, il solo trasferimento del tutto ordinario era rappresentato dal passaggio della donna nel *dorf* cui apparteneva il marito.

Ciò non significa, ovviamente, che manchino, ora come nel passato, le liti fra i Walser, specialmente con riguardo alla proprietà fondiaria; tuttavia, nelle situazioni di pericolo emerge fortemente l'aspetto della cooperazione e della co-attività, e comunque l'aggregazione solidale sia delle persone sia delle risorse costituisce spesso, nello speciale contesto ambientale e sociale vissuto dalla popolazione walser, una vera e propria esigenza, dal momento che – come giustamente è stato detto –

²⁵ Ovvero, eventualmente, il soprannome.

²⁶ Il passaggio di una persona ad altro *dorf* era sottoposto al pagamento di una controprestazione da parte del capofamiglia richiedente il trasferimento.

“nessuno potrebbe pensare di condurre un’esistenza autonoma in alta montagna”²⁷.

Nel passato, la tradizione democratica walser voleva che, sulla base delle norme consuetudinarie, l’autonomia politica del *dorf* fosse esercitata dalla riunione dei “Terrieri capi di famiglia”²⁸, i quali erano chia-

²⁷ In tal senso, v. P. SIBILLA, *Il gruppo corporato di “Vicinanza” e la proprietà collettiva in una comunità Alemannica Alpina. Ri-considerazioni su di un argomento storico-culturale*, in *Cheiron/Χείρων. Materiali e strumenti di aggiornamento storiografico*, a. IV, n. 7-8, 1987, fasc. monotematico “Alpe” e “Alpi”. *Economie e società della montagna tra Medioevo e XIX secolo*, a cura di M.A. ROMANI, p. 137 ss., spec. p. 160.

²⁸ Essi erano anche chiamati “capi di casa”, ovvero titolari di “fuochi” o “capifuochi”, come avviene anche nel diritto consuetudinario locale del Trentino orientale: v., infatti, L. ANTONIOLLI, *Diritto di voto nella Magnifica Comunità di Fiemme: i capifuoco e la posizione delle donne*, comunicazione presentata alla 16ª Riunione scientifica del Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive dell’Università di Trento, svoltasi dal 25 al 26.11.2010 presso la Facoltà di Economia dell’Ateneo trentino. Non diversamente, gli usi giuridici dell’alta Valcamonica prevedono che gli amministratori delle Vicinie (in numero di tre per ogni Vicinia, o Vicinanza/Comunanza), siano eletti dalla riunione o assemblea dei rappresentanti di ciascun “camin fumante”: cfr. G. MACULOTTI, *Le Vicinie, antiche istituzioni comunitarie*, in AA.VV., *L’alta Valcamonica (da Vione a Ponte di Legno)*, Brescia, 1992, p. 24, nonché, con maggiore ampiezza, B. FAVALLINI, *Camunni* (1886), presentaz. di A. Fappani e introduz. di G. Bezzi, Brescia, 2004, p. 65 ss.; D.M. TOGNALI, *La mia terra, la mia gente. Storia, tradizioni e linguaggio dell’alta Valle Camonica*, prefaz. di A. Bressan e introduz. di G. Calvi, II, Breno-Brescia, 2010, p. 168 ss. (*sub Le consuetudini - Antichi diritti accettati per tradizione*). L’assemblea annuale dei rappresentanti dei “camin fumanti” (o “fuochi fumanti”), denominata assemblea dei Vicini ovvero dei capifamiglia o “capifuochi” (chiamati anche Consortes, Terrazzani, oppure Originari: cfr. G. GOLDANIGA, *Storia della Valle Camonica*, I, Esine, 2011, p. 269 ss.), elegge ogni anno soltanto uno degli amministratori, cosicché viene evitata secondo il diritto consuetudinario la sostituzione contestuale di tutti i tre gli amministratori della Vicinia. Sui profili storico-giuridici, v. altresì A. SINA, *Esine, Storia di una terra camuna*, prefaz. di A. Cistellini, Brescia, 1946, sulle cariche della Vicinia (Consoli, Sindaci, Cancelliere, Camparo, Soprastanti, estimatori dei boschi, Daziario della macina, Massaro, ecc., alcuni di essi salariati e che venivano eletti nella, o incaricati dalla, Vicinia generale) e sui beni comuni, specialmente la c.d. montagna d’uso, ossia i pascoli montani (o patrimonio pascolivo) di uso comune; A. LANZETTI, *Valcamonica nel tempo*, Cividate Camuno, 1975, p. 53 ss., dove si legge (a p. 58) che “La coscienza di vivere “interessi in comune” fa nascere la Vicinia, che è l’unione dei “vicini” (da vicus = villaggio), ossia di tutti i capifamiglia originari del paese al di sopra dei venticinque anni di età. [...] Ogni anno

mati normalmente consorti, proprio a significare che vi era una comune sorte dagli appartenenti alla comunità territoriale walser, la quale richiedeva dunque un livello assai elevato di coesione sociale. I Terrieri o consorti adottavano le decisioni rilevanti per la comunità nel corso di un'assemblea pubblica, che si teneva nella piazzetta del *dorf* oppure nell'oratorio, sempre presente in ogni insediamento walser. Mentre ciascuno dei componenti adulti della comunità poteva prendere parte, con diritto di parola, alla riunione dei Terrieri, coloro che invece erano estranei al gruppo corporato chiuso potevano essere ammessi alla partecipazione soltanto se espressamente e formalmente invitati. È interessante rilevare che nelle comunità walser il ruolo di Terriero o consorte era aperto anche alle donne, a condizione che fossero vedove oppure nubili. Fra i compiti dell'assemblea dei Terrieri, convocata a date prefissate o, comunque, in caso di necessità o urgenza, vi era quello, percepito di grande rilevanza dai Walser, della scelta del Tesoriere della

vengono eletti i “consoli” ed i loro diretti collaboratori chiamati “sindaci”; un “cancelliere” svolge le mansioni di segretario e stende il verbale degli argomenti trattati; il “massaro” ha l’incarico di riscuotere i soldi dei debitori della comunità; il “camparo” sorveglia i boschi, i campi, i vigneti, ecc., denunciando coloro che in qualche modo non rispettano gli accordi stabiliti; i “fabbricieri” vigilano sulla sicurezza dei ponti e degli argini”; R.A. LORENZI, *Medioevo camuno. Proprietà, classi, società*, Brescia, 1979, 2^a ed. riveduta e corretta, Darfo Boario Terme, 1991, p. 7 ss. e p. 59 ss.; M. DELLA MISERICORDIA, *I nodi della rete. Paesaggio, società e istituzioni a Dalegno e in Valcamonica nel tardo medioevo*, in E. BRESSAN (a cura di), *La magnifica comunità di Dalegno. Dalle origini all’età napoleonica*, Breno-Brescia, 2009, p. 113 ss. Sul diritto statutario della Valcamonica v., inoltre, la raccolta curata da M. RICARDI, *Statuti di Valcamonica (1624)*, Cividate Camuno, 1977. Sulle norme concernenti la gestione dei beni comuni rappresentati dal patrimonio boschivo, cfr. G. BER-RUTI, *L’uomo e il bosco. Una storia di mille anni nelle valli bresciane*, Brescia, 2001, dove l’autore istituisce un parallelismo fra l’uso collettivo dei boschi e l’uso pure collettivo dei terreni a pascolo definiti “indivisi” (c.d. pascoli d’uso comune); adde L. ZANZI, *Per una storia “naturale” dei rapporti culturali tra uomo e foresta nel mondo “alpino”*, in S. CAVACIOCCHI (a cura di), *L’uomo e la foresta secc. XIII-XVIII*, Firenze, 1996, p. 1171 ss., nonché, per la prospettiva della *forest governance*, A. AGRAWAL, *Forests, Governance, and Sustainability: Common Property Theory and its Contributions*, in *International Journal of the Commons*, 2007, p. 111 ss. (ivi l’osservazione, a p. 111, che “The study of forests as commons has been one of the central sources of stimulus to the development of scholarship on common property”).

comunità. Si trattava di una carica turnaria, nel senso che il Tesoriere – eletto dai Terrieri al loro interno come *primus inter pares* – manteneva la carica normalmente per un anno, con passaggio successivo delle funzioni ad altro appartenente alla comunità, secondo principi generali di rotazione spesso formalizzati dalle regole del diritto consuetudinario. Il Tesoriere si occupava, fra l'altro, della riscossione delle somme dovute dalle famiglie appartenenti al gruppo corporato chiuso, incluse quelle connesse all'allevamento del bestiame e riguardanti, ad esempio, le spese di mantenimento del toro o dell'ariete, utilizzati con finalità riproduttive di mucche e pecore²⁹.

Il collegamento fra le cariche pubbliche e l'istituto della proprietà comunitaria era ben evidenziato dalla figura istituzionale del Tesoriere. Per svolgere tale funzione era infatti, in primo luogo, necessario rivestire la qualità di Terriero, e perciò essere nella titolarità della proprietà familiare³⁰ ma, al tempo stesso, dei diritti collettivi sulla proprietà fondiaria indivisa, in quest'ultimo caso nella specifica qualità di consorte³¹. D'altro canto, il principio della turnazione o rotazione nelle cariche sociali era finalizzato a porre su un piano di uguaglianza le varie famiglie appartenenti a ciascun gruppo corporato chiuso, cosicché si può affermare che il diritto pubblico dei Walser accoglieva il paradigma della democrazia sostanziale. Inoltre, il Tesoriere doveva essere necessariamente di sesso maschile, e tendenzialmente avere un'età piuttosto avanzata. Questo perché, fra le altre cose, il Tesoriere era tenuto a dimostrare di conoscere il diritto consuetudinario walser, oltre a possedere doti di equità, probità, buon senso, ecc., di cui doveva aver dato prova nel corso degli anni. Non si deve dimenticare che la società dei Walser era fondata su regole consuetudinarie, la cui vigenza è legata alla loro continua osservanza da parte dei componenti della comunità corporata chiusa e, quindi, occorre per un verso che le norme consuetudinarie siano applicate e, per altro verso, che si assicuri la loro conoscenza da

²⁹ Le regole consuetudinarie disciplinavano anche le responsabilità del Tesoriere.

³⁰ Ossia, l'abitazione permanente nel c.d. villaggio agglomerato (*Haufendorf*), e inoltre l'abitazione (più rustica) stagionale nell'insediamento d'alta quota (*Angerdorf*), quest'ultimo utilizzato unicamente per la pratica dell'alpeggio (nel dialetto locale, *d'âlpu*). V. *amplius* sopra, in questo stesso paragrafo.

³¹ V. *ante*, in questo paragrafo.

parte dei membri più giovani della comunità medesima. In diverse parole, la ripetizione dei comportamenti crea le regole consuetudinarie, che vengono trasmesse oralmente di generazione in generazione, attraverso la mediazione degli anziani e, specialmente, di coloro che ricoprono cariche sociali.

I principi della democrazia sostanziale accolti presso le comunità dei Walser non impedivano, peraltro, la formazione di stratificazioni sociali. Le cariche sociali, in particolare, furono sempre più spesso attribuite in via continuativa alle medesime persone, creando così posizioni di preminenza all'interno del gruppo corporato chiuso. Simmetricamente, vennero a determinarsi condizioni di subordinazione, le quali si sommarono alle divisioni dovute all'età e al sesso. Lo *status* sociale, con le correlate differenze economiche, divenne nel tempo un fattore di segmentazione della comunità corporata chiusa, talvolta incrinando la tradizionale compattezza di questa peculiare comunità germanofona alpina. Le deliberazioni di maggiore rilevanza venivano adottate dopo ampie discussioni nell'assemblea pubblica, e riguardavano principalmente la gestione delle terre collettive, l'utilizzazione delle acque, e anche la prestazione di lavoro collettivo obbligatorio sotto forma di *corvée*, ad esempio per la spalatura della neve³².

Le operazioni di carattere straordinario, poste a carico della collettività e per l'effettuazione delle quali ogni famiglia metteva a disposizione alcuni dei propri componenti, erano di varia tipologia. Vi rientravano le attività di cava, ossia di estrazione delle pietre utilizzate per realizzare tetti e pavimentazioni nei locali di uso comunitario. Inoltre, le operazioni in esame riguardavano la raccolta dei sassi e della sabbia³³ per le opere murarie di interesse generale. Lo stesso abbattimento degli alberi d'alto fusto era sottoposto a controllo da parte del gruppo corporato chiuso. Il meccanismo di ordine culturale e sociale in forza del quale la persona si autolimita³⁴, assoggettandosi alla prescrizione comunitaria, è precisamente il mezzo per l'affermazione del diritto con-

³² Altri casi di prestazione personale obbligatoria si verificavano per la manutenzione (ordinaria e straordinaria) di opere di pubblica utilità.

³³ L'alveo dei torrenti costituiva il luogo di prelievo della sabbia, peraltro in quantità limitate.

³⁴ Limita, cioè, la libertà d'azione personale.

suetudinario, che fonda la propria autorità sul riconoscimento implicito popolare.

Le istituzioni di governo locale del gruppo corporato chiuso al quale appartenevano i Walser avevano, in generale, una funzione regolativa e di controllo sociale. Le risorse erano scarse e dovevano essere sfruttate nel modo più razionale possibile. Tuttavia, il c.d. ideale autoconsuntivo, ossia in definitiva l'obiettivo della completa autosufficienza, non venne mai raggiunto dalle comunità etniche dei Walser, le quali infatti non sono definibili come economie naturali, chiuse su se stesse e prive di rapporti con il mondo esterno³⁵. Esse erano, al contrario, almeno in parte da classificare quali economie monetarie; poteva, infatti, essere rilevante l'apporto proveniente dall'emigrazione stagionale, da cui giungevano risorse comunque non trascurabili sia per i nuclei familiari sia per le istituzioni di autogoverno territoriale/locale³⁶. Correlata a quest'ultimo aspetto era, altresì, la capacità delle istituzioni locali di intervenire a sostegno delle persone appartenenti alla comunità che cadevano in situazione di miseria, a condizione che il nucleo familiare non fosse nella possibilità di aiutare il soggetto debole. Le istituzioni del governo locale walser, dunque, erano da un lato favorite, quanto al reperimento delle risorse necessarie per il loro funzionamento, dalla (sempre più) diffusa consuetudine dei lavoratori di praticare l'emigrazione stagionale e, dall'altro lato, adottavano misure volte a garantire la sussistenza in favore di tutti i membri della comunità.

La figura del Tesoriere quale vertice istituzionale della comunità corporata chiusa dei Walser emergeva anche da un altro aspetto. Il Tesoriere assicurava la corretta gestione delle risorse economiche comuni,

³⁵ Il punto è stato adeguatamente illustrato da P. SIBILLA, *Il mondo dei mercanti nelle tradizioni dell'Alta Valle del Lys*, conferenza tenuta presso il Centro Culturale Walser (per esteso: "Centro Studi e Cultura Walser - Walser Kulturzentrum") di Gressoney-Saint-Jean il 9.08.2012, nell'ambito degli incontri e delle manifestazioni del *Gressoney walser festival*.

³⁶ Si veda l'indagine comparativa (*cross-community analysis*) di G. SANGA, *Un modello antropologico dell'emigrazione alpina*, in *La Ricerca folklorica. Contributi allo studio della cultura delle classi popolari*, n. 35, 1997, p. 121 ss., il quale esamina il problema dell'emigrazione temporanea alpina nonché quello della "doppia economia maschile-femminile che ne consegue (uomini emigranti e donne dedite al settore agropastorale locale)" (la citazione è tratta da p. 121).

ma era nel contempo responsabile della custodia dell'Oratorio, ossia del luogo deputato alla conservazione delle reliquie del Santo patrono della comunità. Quest'ultimo edificio rappresentava simbolicamente l'unità del gruppo; in ultima analisi, possiamo dire che il Tesoriere svolgeva funzioni pluridimensionali, rilevanti sotto il profilo politico, economico ed anche religioso, atteggiandosi così a vero e proprio "capo" del *dorf*.

Entrando un poco più nel dettaglio dei compiti attribuiti al Tesoriere, troviamo che egli gestiva lo stesso patrimonio dell'Oratorio, grazie al quale potevano talvolta essere concessi prestiti in favore di appartenenti alla comunità locale, con la previsione della corresponsione di interessi (questi ultimi, peraltro, di misura alquanto tenue). Inoltre, l'Oratorio poteva normalmente contare sul versamento di una quota delle rimesse in denaro provenienti dai lavoratori emigranti stagionali, i quali venivano per tale finalità considerati facenti parte di differenti gruppi corporati di mestiere³⁷. Le risorse economiche dell'Oratorio erano, altresì, garantite mediante l'effettuazione di collette periodiche, che vedevano la contribuzione di ciascuno dei nuclei familiari. Poiché non raramente le collette portavano all'acquisizione non di denaro ma di offerte in natura, si poneva l'ulteriore problema della (eventuale) redistribuzione di questi beni all'interno della comunità. Anche sotto questo profilo era rilevante la funzione del Tesoriere dell'Oratorio, il quale procedeva a una sorta di pubblico incanto, mediante cui i beni venivano alienati, generalmente ad un prezzo inferiore di quello medio praticato nei mercati locali.

La comunità corporata chiusa dei Walser, raccolta intorno al Tesoriere e all'Oratorio, era comunque in grado di dialogare, specialmente nei periodi in cui prevalevano condizioni di crisi, sia con le istituzioni locali, quali la Parrocchia ovvero il Comune, sia anche con istituzioni extracomunitarie, come tipicamente avveniva per i rapporti con la Curia vescovile. L'eventuale svolgimento di co-attività con istituzioni non-walser si accompagnava, sempre nei momenti di crisi, alla collaborazione tra le vicinanze, cosicché si rompeva – almeno temporaneamente

³⁷ Tale suddivisione dei migranti rivestiva, dunque, un carattere sia economico sia religioso.

– la tradizionale condizione di (voluto) isolamento³⁸, nonché di chiusura e dispersione che costituisce la caratteristica storicamente fondante del *dorf*. Bisogna, inoltre, notare che lo stesso modello del gruppo corporato chiuso si riproduceva al proprio interno³⁹, così da formare ad esempio sotto-gruppi di interesse religioso, come avveniva per le confraternite sia maschili sia femminili, oppure importanti sotto-gruppi corporati (e corporativi) di mestiere, ovvero anche – ma in questo caso sicuramente con carattere transitorio – sotto-gruppi d'età, specialmente con riguardo ai giovani.

In una prospettiva diacronica e comparativa, il villaggio walser rappresentò per secoli la realizzazione del modello del gruppo corporato chiuso, con la precisazione che il senso di appartenenza alla comunità, al *dorf*, fu spesso maggiore di quello che lega la persona alla famiglia, ovvero quanto meno al gruppo parentale. Secondo la tradizione socio-giuridica dei Walser, nonché sotto il profilo psico-culturale della comunità etnica walser, il *dorf* costituisce la struttura organizzativa simbolica che assicura, nelle diverse fasi storiche, il principio di aggregazione, ovvero il senso di identità/appartenenza. La vicinanza – *recte*: il gruppo corporato di vicinanza – non subisce un'alterazione significativa delle sue caratteristiche istituzionali e delle sue prassi operative con il diffondersi del fenomeno della migrazione stagionale, che del resto ha interessato la generalità delle comunità alpine fin dall'Ottocento. Le strutture organizzative tradizionali dei Walser subirono, peraltro, i contraccolpi dei processi di modernizzazione. Innanzi tutto, essi si palesarono dal punto di vista del sistema politico, sia nazionale sia locale, nonché dei (correlati) nuovi principi del diritto e dell'organizzazione amministrativa. È evidente, in particolare, che con l'affermarsi dell'autorità locale dell'amministrazione comunale ne derivò, verso la fine dell'Ottocento e poi nel corso del Novecento, una contrazione del potere delle autorità tradizionali, sebbene le istituzioni del *dorf*, specialmen-

³⁸ In altri termini, le formazioni segmentarie si aggregavano per formare un sistema unitario.

³⁹ Si trattava, cioè, di un modello culturale pervasivo. I sotto-gruppi sono da classificare anch'essi come associazioni pluri-finalistiche, le quali tuttavia perseguono obiettivi più circoscritti rispetto a quelli della comunità walser complessivamente considerata.

te quelle riguardanti la proprietà collettiva delle terre e l'uso delle acque, mantennero in larga misura e tenacemente le loro originarie caratteristiche, quali beni comuni del gruppo (corporato chiuso) territoriale⁴⁰. In secondo luogo, il processo di industrializzazione del Novecento determinò il progressivo ma inesorabile spopolamento delle aree montane alpine, ossia in definitiva il loro impoverimento demografico. I Walser cominciarono a praticare l'emigrazione non più stagionale ma permanente. Ovviamente, erano i giovani e i nuclei familiari di più recente formazione a lasciare in modo numericamente consistente le alte valli alpine, preferendo la vita nel fondovalle⁴¹. Il mutamento sociale recò il mutamento culturale, nel senso che i terreni, i boschi, gli alpeggi, e via dicendo, cioè i beni comuni essenziali della cultura tradizionale delle comunità etniche walser, avevano ormai meno importanza che in passato, e nel contempo diminuiva la rilevanza delle stesse strutture istituzionali caratteristiche del diritto consuetudinario dei Walser⁴². Un terzo fattore, infine, contribuì al notevole indebolimento del sistema istituzionale walser modellato sulla tradizione. La rivoluzione industriale raggiunse anche le economie periferiche delle Alpi, tra cui quelle delle comunità corporate chiuse dei Walser. L'orizzonte culturale dei Walser subì profonde modificazioni, con l'introduzione delle aziende agricole che producono per il mercato, non soltanto come nel passato per assicurare la mera sussistenza degli individui e dei gruppi familiari. Non meno rilevante è il fatto che i valori fondativi dell'assetto comunitario della società walser, in forza dei quali la dimensione collettiva dei consorti, vale a dire dell'insieme dei componenti del gruppo corporato chiuso, è percepita come di fondamentale importanza, al pari e in una certa misura anche più della dimensione individuale e familiare, entrano in una crisi (finora) irreversibile, poiché il nuovo modello di impresa

⁴⁰ Venne conservata, quindi, la coesistenza di diritti individuali (*uti singuli*), spettanti a ciascuna unità familiare ovvero di parentela, e di diritti comuni o congiunti (*uti universi*) dei quali è titolare la comunità corporata chiusa.

⁴¹ Ovvero, comunque, altrove.

⁴² Cfr. P. SIBILLA, *Il gruppo corporato di "Vicinanze" e la proprietà collettiva in una comunità Alemannica Alpina. Ri-considerazioni su di un argomento storico-culturale*, cit., p. 169, il quale esattamente fa riferimento al processo di graduale disgregazione del gruppo corporato chiuso.

è di tipo individualistico, non riconosce se non in minima parte il valore (e gli obiettivi) della cultura tradizionale sovraindividuale, rifiuta tendenzialmente l'eredità dell'esperienza comunitaria. Orbene, nel rinnovato quadro culturale e valoriale, non deve stupire che la comunità agro-pastorale dei Walser si trasforma, con la conseguente emarginazione degli istituti del diritto consuetudinario plurisecolare, che appaiono ormai praticamente quasi irrilevanti, inclusi la dimensione dei beni comuni e le forme alternative⁴³ di possedere le terre, ossia le forme di proprietà collettiva o comunitaria.

3. Gestioni comunitarie delle risorse naturali del territorio e di proprietà collettive agro-silvo-pastorali: spunti per una comparazione tra i Paesi europei (esame delle esperienze di Francia, Germania, Grecia, Paesi scandinavi, Spagna, Svizzera e Gran Bretagna)

Le modalità di utilizzo solidale delle proprietà collettive, concentrate nelle aree rurali e montane, vengono studiate in Europa durante il XIX secolo, allorché per un verso sono ultimati i lavori preparatori concernenti le grandi codificazioni del diritto civile e, per altro verso, emergono nuove discipline nell'ambito delle scienze sociali, che hanno non trascurabile rilevanza per lo sviluppo delle scienze giuridiche, quali la sociologia, l'antropologia, l'etnologia e la storia economica⁴⁴. Si registrò, peraltro, una sfasatura, nel senso che il dibattito piuttosto vivace

⁴³ Rispetto alla proprietà privata.

⁴⁴ Le opere fondamentali per la ricostruzione di questo periodo storico sono: M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977; P.H. STAHL, M. GUIDETTI (a cura di), *Le radici dell'Europa. Il diritto ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, Milano, 1979; G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, ed *ivi* spec. P.H. STAHL, *L'evoluzione storica delle comunità di villaggio: alcuni riferimenti europei*, p. 325 ss. Nell'ottica della comparazione tra le forme di proprietà collettiva (o proprietà comuni) in Italia, v. M. GUIDETTI, P. STAHL (a cura di), *Un'Italia sconosciuta. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Italia dell'800*, Milano, 1977. Tra i saggi brevi, cfr. F. MARINELLI, *La proprietà collettiva nei codici civili europei*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005, n. 1, p. 13 ss.

sulla proprietà collettiva, condotto con metodo interdisciplinare, non ebbe quasi nessuna influenza nella redazione dei codici civili dell'Ottocento. D'altro canto, la riflessione sulle forme di proprietà collettiva deve tenere conto delle diverse tradizioni giuridiche e, soprattutto, delle differenti tradizioni proprietarie dei Paesi europei, nel cui tessuto normativo le proprietà collettive, ovvero delle c.d. comunità di villaggio, vanno ad inserirsi, cosicché ne derivano sia la quasi estraneità della disciplina delle proprietà collettive rispetto ai codici ottocenteschi⁴⁵, sia anche la notevole frammentarietà dello stesso fenomeno delle proprietà collettive.

Il punto di partenza della nostra indagine storico-comparatistica è rappresentato dalla codificazione civile francese-napoleonica⁴⁶. Il *Code*

⁴⁵ Sui profili essenziali della proprietà, come "cristallizzata" nei codici dell'Ottocento, si è da ultimo soffermato il professore (e giudice costituzionale) Paolo Grossi, nel seminario dedicato a *Le proprietà collettive: ieri, oggi e domani*, tenutosi a Roma presso l'Istituto svizzero di cultura (v. il resoconto di M. MAGALOTTI, G. STOLFI, "Le proprietà collettive: ieri, oggi e domani": un seminario di Paolo Grossi, in *Le Carte e la Storia. Rivista di storia delle istituzioni*, 2013, n. 1, p. 193 s.).

⁴⁶ Si vedano, in una bibliografia sterminata, A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996. In Italia, v. soprattutto P. GROSSI, *Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Il Code Napoléon: un palinsesto giuridico*, in ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, 2^a ed. (con una premessa: *Venti anni dopo*), p. 99 ss.; F. MARINELLI, *La cultura del Code civil. Un profilo storico*, Padova, 2004 (*Quaderni romani di diritto privato*, n. 10); U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002, sulle principali interpretazioni del *Code civil*; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, p. 66 ss. Da ultimo, cfr. l'ampia ricostruzione storica (dal diritto antico al diritto moderno e al diritto della post-modernità) di F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, prefaz. di P. Grossi, Roma-Bari, 2012, 3^a ed., che individua nel passaggio dall'umanesimo giuridico al *Code civil* la nascita della modernità giuridica. Nella prospettiva comparatistica, è notevole l'opera di G. HAMZA, *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, in corso di pubblicazione (2013), nonché prima, del medesimo autore, *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*, Budapest, 2009 (Gábor Hamza è docente di diritto comparato, diritto romano e sistemi giuridici dei Paesi dell'Europa dell'Est presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università budapestina *Eötvös Loránd*). D'altro canto, "l'Ottocento, per il civilista, è il secolo del *Code civil* e con esso anche i giuristi italiani devono fare i conti": così F. MARINELLI, *Civilisti abruzzesi dell'Ottocento. Gli avvocati*

italiani ed il Code civil, in *Rassegna forense*, 2012, p. 375 ss., e inoltre, *amplius*, P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002.

Per l'influenza di Pothier sul modello proprietario liberale accolto dal *Code civil*, v. le meditate pagine di P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985, p. 401 ss. (anche in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, 385 ss.), e *Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Qualche considerazione sul quadrivio cinquecentesco. Un cenno necessario: Pothier nel bozzolo di un luogo comune*, in ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., p. 94 ss., il quale peraltro tende a ridimensionare il contributo alla codificazione, e specialmente al tema della proprietà, recato dall'opera pothieriana (ovvero, del giurista orleanese). È, infatti, opinione di PAOLO GROSSI (*op. ult. cit.*, p. 98) che: "Un vecchio ritornello, recentemente ripreso con vivacità, ha voluto identificare in Pothier l'*homo novus*, il primo uomo d'una nuova sponda. Vieto luogo comune nato da ripetizioni inconsapevoli di asserzioni precedenti e soprattutto originato da una lettura frettolosa e distratta (quando non tendenziosa) della folta opera del giureconsulto orleanese sul 'domaine de propriété': a nostro avviso, egli ha unicamente il merito non piccolo di sistemare lucidamente quel complesso di conquiste, di intuizioni, di certezze accumulate nel corso della storia giuridica francese ma che sono già tali – e non embrionalmente – nel diritto consuetudinario cinquecentesco. Antistorico è deformare in profeta preveggenza chi fu e forse volle essere soltanto l'ultimo giurista dell'antico regime e il redattore fedele del suo testamento giuridico". *Adde*, nonché *contra*, T.O. SCOZZAFAVA, *La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1980, I, p. 327 ss., saggio poi trasfuso in ID., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 219 ss. *Ivi* l'autore argomenta nel senso che "se con i termini 'diritto moderno', 'proprietà moderna' si allude correttamente a strutture giuridiche del tutto nuove quanto al contenuto e alle modalità di concettualizzare ed esprimere quest'ultimo, si può, a buon diritto, affermare che questa nuova fase della cultura giuridica si inizia con Pothier" (v. p. 219). Tuttavia, osserva invece P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, cit. (nella *collectio Il dominio e le cose*, cit.), p. 390, che: "L'immagine che di Pothier e della sua teorica della proprietà è consegnata nelle pagine di Scozzafava è [...], a nostro avviso, una immagine sfuocata e falsata, e pertanto fuorviante. Pothier, lungi dall'esser recuperato storicamente, viene al contrario violentemente proiettato in una sorta di rarefatta metastoria, assunto infondatamente in un paradiso cui le proprie virtù non gli danno titolo. A meno di non costruire su di lui una apologetica; ma è per l'appunto il contrario di un'analisi storiografica" (l'impostazione accolta nel volume di Scozzafava è analizzata criticamente anche da A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 855 ss.). Lungo la medesima linea di pensiero di Paolo Grossi, circa il contributo del giurista di Orléans in tema di proprietà come modello del diritto soggettivo, si collocano altri illustri studiosi

civil, infatti, è una costruzione giuridica edificata sul concetto, la struttura e la funzione della proprietà. Come è stato efficacemente osservato, “gli istituti chiave del *Code* corrispondono tutti alla logica dell’individualismo e del liberalismo, e quindi alla “filosofia” professata dalla borghesia”⁴⁷. Si ricordi, in particolare, che il codice civile francese (*Code Napoléon*) del 1804 dedica il Libro primo alle persone, prese in considerazione certamente come individui ma in primo luogo come proprietari, mentre il Libro secondo si occupa dei beni, e quindi di ciò che tipicamente costituisce l’oggetto del diritto del proprietario, e che ancora il Libro terzo disciplina le modalità per il trasferimento della proprietà, sia che il trasferimento medesimo sia posto in essere tra vivi (*inter vivos*) oppure a causa di morte (*mortis causa*).

L’operazione logica e sistematica compiuta nel *Code civil* è centrale per quanto concerne l’individuazione della nozione giuridica della *propriété*. Si muove verso il definitivo superamento della distinzione, caratteristica dell’*Ancien Régime*, tra dominio diretto e dominio utile, quest’ultimo idoneo a individuare la condizione di colui che è in rapporto immediato con il bene, mentre il titolare del dominio diretto trae godimento dal bene che pure non utilizza direttamente⁴⁸. La proprietà, in altri termini, non è più scomposta, nel senso che in definitiva chi utilizza il bene non è quasi mai proprietario dello stesso, dal momento che

del diritto civile in prospettiva storica, e segnatamente: G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009 (rist., ed orig. 2000), p. 18, per il quale “Pothier è l’ultimo dei giuristi vecchi, non il primo dei giuristi nuovi; è un grande sistematore del diritto francese, di cui conosce a fondo la componente romanistica e quella consuetudinaria, seguace di Dumoulin, piuttosto che di Domat, più vicino al giurista della seconda metà del Cinquecento che non al grande razionalista fautore del giusnaturalismo della seconda metà del Seicento” (i corsivi sono dell’a.); A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989, p. 162 ss. (*sub II, L’immeuble: la propriété exclusive, 2, La construction de l’exclusivisme. La Révolution et la disparition des propriétés simultanées*).

⁴⁷ Sono parole di P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., p. 70. Ivi (cfr. 70 e 73) l’autore evidenzia che il *Code civil* è “il codice dell’uomo quale proprietario” (corsivo originale), ossia “il primo codice integralmente borghese”.

⁴⁸ V. l’attenta indagine diacronica di A. DANI, *Pluralismo giuridico e ricostruzione storica dei diritti collettivi*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005, n. 1, p. 61 ss.

la proprietà spetta al feudatario, o al re, oppure all'imperatore. Dopo la Rivoluzione francese, la concezione della proprietà è invece unitaria, e identifica la situazione giuridica nella quale si trova il soggetto che ha il più ampio potere possibile circa l'utilizzo concreto del bene. L'utilizzazione del bene da parte del proprietario, nel diritto civile francese post-rivoluzionario, ha carattere diretto e immediato; è il proprietario, insomma, il soggetto al quale va normativamente riconosciuto il maggior ambito di godimento del bene. Con la Rivoluzione francese, dunque, la figura del c.d. utilista si trasforma in quella del proprietario, poiché la classe borghese espropria per via legislativa i diritti del vecchio direttario⁴⁹. La nuova forma di appropriazione, ossia la proprietà di cui all'art. 544 del *Code civil*⁵⁰, segna il trionfo del proprietario che dispone di poteri tendenzialmente illimitati sul bene del quale è titolare⁵¹.

⁴⁹ Numerosi sono gli studi che hanno finemente scandagliato la dimensione ideologica del diritto di proprietà; v., ad esempio, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, 2ª ed. accresciuta; ID., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-1977 (*Itinerari moderni della proprietà*), t. II, p. 881 ss.; M. COMPORTI, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, I, p. 285 ss., il quale rileva (v. p. 286) "la stretta connessione fra la regolamentazione normativa della proprietà esistente in un determinato ordinamento ed in un certo momento storico e le idee dominanti della società che quella normazione ha espresso" (l'autore aggiunge subito dopo che "Ovviamente, tutto il diritto positivo evidenzia un collegamento con le ideologie del corpo sociale che tale ordinamento ha varato: ma taluni istituti privatistici, quali quelli relativi alle persone ed ai beni, sono particolarmente sensibili al condizionamento ideologico; altri, quali quelli relativi alle obbligazioni, hanno un carattere più spiccatamente tecnico, e quindi sono meno permeabili alla forza delle idee"). Si ricordi, altresì, che – come ha efficacemente (e con grande autorevolezza) osservato P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, p. 505 ss. (disponibile anche, in una veste leggermente diversa, ossia con alcune precisazioni e integrazioni, in ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, cit., p. 695 ss.) –, il processo ottocentesco di codificazione in Europa continentale è stato dominato dall'idea liberale individualistica. Con specifico riferimento alla dimensione delle terre civiche/proprietà collettive, v. infine F. MARINELLI, *Gli usi civici tra ideologia e diritto*, in *Rivista di studi politici*, 1990, n. 2, p. 69 ss.; ID., *Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000.

⁵⁰ Su cui v. S. RODOTÀ, *Note intorno all'art. 544 del 'Code civil'*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969 (Coll. *Annali della Facoltà di Giurispru-*

Se, per quanto sopra detto, la regola nel codice civile francese in materia di assetti fondiari è rappresentata dalla proprietà privata, cionondimeno permane l'eccezione, ex art. 542 del *Code civil*, dal momento che la disposizione da ultimo menzionata continua a prevedere la figura dei *biens communaux*. Questi beni sono caratterizzati dal possesso immemorabile, e la loro funzione consiste nel consentire attività quali la raccolta della legna e il pascolo del bestiame. I beni comuni della tradizione giuridica francese derivano storicamente da concessioni fatte dai signori locali in favore delle comunità di villaggio. I beni in questione hanno un regime giuridico speciale. In particolare, ai titolari dei diritti sui *biens communaux* non sono opponibili né la regola possesso vale titolo, relativamente ai beni mobili, né il titolo, confermato da una situazione possessoria, per quanto concerne i beni immobili. I *biens communaux*, inoltre, sono beni di proprietà non dell'ente comunale,

denza dell'Università di Genova, n. 19), p. 173 ss.; F. MARINELLI, *La cultura del Code civil. Un profilo storico*, cit., p. 64 (ad opinione del civilista aquilano, "l'intero codice francese ruota intorno all'istituto della proprietà"); P. GROSSI, *Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Il Code Napoléon: un palinsesto giuridico*, cit., p. 99, per il quale l'art. 544 del *Code civil* "ha, con il suo trionfalismo, così appagato la retorica borghese dell'Ottocento da consentire ai futuri giuristi di identificare in esso il volto della nuova proprietà giuridica"; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., p. 19, dove si rileva che "L'idea moderna di proprietà, come diritto assoluto, che non conosce limitazioni salvo quella stabilita dalla legge o quelle discendenti dalla volontà del proprietario, nasce non con Pothier ma dalla Rivoluzione francese, con il decreto del 15 marzo 1790 che abolisce il regime signorile e poi con la definizione dell'art. 544 del *Code civil*. In questa fase, però, non appare ancora concluso l'itinerario dei giuristi verso la concezione della proprietà postulata dagli economisti e dai filosofi, quella proprietà individuale, assoluta, stabile che serve al nuovo ordine", con la conseguenza che – secondo Guido Alpa – "Lo schema di proprietà del *Code civil* si presenta come un modello 'in transizione'". Sebbene il *Code civil* sia evidentemente "un codice vocato all'individualismo proprietario", esso tuttavia "dedica un incidentale frammento normativo alle c.d. "choses communes", "qui n'appartiennent à personnes, dont l'usage est commun à tous" (art. 714 *cod. civ.*)"; si veda M. GRANDI, *Les "choses communes" e l'art. 714 "Code Napoléon"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, spec. p. 218.

⁵¹ Rileva F. ADORNATO, *Pulsa la vita nel diritto (Laudatio per Paolo Grossi)*, in *Rivista di diritto agrario*, 2013, I, spec. p. 504 s., che la codificazione franco-napoleonica (unitamente a quella beghebeiana, su cui v. *infra*, in questo stesso paragrafo), segnò il "trionfo [...] dell'assolutismo giuridico e, in particolare, dell'unicità del modello proprietario".

quanto piuttosto dei singoli abitanti dei villaggi (ossia, dei piccoli comuni) nella loro collettività. Neppure tali diritti collettivi sono modificabili, poiché la legislazione ottocentesca li qualifica come diritti acquisiti. Le comunità di villaggio, espressione tradizionale della Francia contadina pre-rivoluzionaria, riuscirono almeno parzialmente a sopravvivere all'affermazione della Francia borghese dopo la Rivoluzione giacobina, anche se la codificazione e la legislazione extracodicistica ottocentesca della Francia post-rivoluzionaria si tennero ben lontane da ogni tentazione di qualificare i diritti sui *biens communaux* alla stregua di diritti reali⁵². Lo sfruttamento collettivo delle risorse agricole, garantito dal mantenimento della categoria giuridica dei beni comuni, continuò quindi ad essere praticato nelle zone di montagna, segnatamente nei Pirenei e, soprattutto, nella Savoia, dove erano costituite le c.d. società degli alpeggi⁵³.

Nessun dubbio, quindi, che il passaggio dalla proprietà medievale alla proprietà moderna determinato dall'adozione dell'ordinamento codicistico napoleonico non sopprime definitivamente la proprietà collettiva, la quale anzi trova sporadici momenti di emersione nello stesso tessuto normativo del *Code*, sia pure attraverso riferimenti svolti per così dire in negativo. Quando, infatti, l'art. 537 del codice civile francese parla di beni che non appartengono in modo specifico ad un proprietario, oppure laddove l'art. 650 del *Code civil* richiama le servitù pubbliche comunali, oppure ancora la previsione dell'art. 2227 c. nap., la quale menziona espressamente i beni comuni sotto il profilo della disciplina delle prescrizioni, ecco che in tutti questi (pochi ma significativi) casi la categoria dei *biens communaux* ha modo di ottenere una qualche misura di riconoscimento normativo⁵⁴.

⁵² Cfr. P. GUICHONNET, *Comunità di villaggio e proprietà collettiva in Francia*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 361 ss.

⁵³ Si veda R. MÉRIAUDEAU, *À qui la terre? La propriété foncière en Savoie et Haute-Savoie*, Grenoble, Institut de Géographie Alpine, 1986, dove l'autore effettua un esame minuzioso della proprietà fondiaria nei 595 comuni savoiani.

⁵⁴ Si cfr., per ogni riferimento, K.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, prima traduzione italiana eseguita nello studio dell'avv. V. De Matteis, I-V, Napoli, 1862 (si tratta della trad. di un'opera sul diritto civile francese in tedesco, fatta sull'ultima edizione parigina degli anni 1854 al 1861, tradotta sulla quinta edizione tedesca,

Da ultimo, va aggiunto che l'eccezione alla regola della proprietà individuale costituita dalla proprietà collettiva, che discende dai *biens communaux* pre-rivoluzionari, è stata ribadita dalla legge francese del 9 gennaio 1985 concernente lo sviluppo e la protezione della montagna, anche se va altresì dato atto sia del fatto che i beni comuni ivi contemplati tendono con grande frequenza a trasformarsi in beni comunali, sia comunque che i beni medesimi vedono progressivamente diminuire la loro rilevanza nel sistema socio-economico locale.

Nel contesto germanico, la dottrina pandettistica della seconda metà del XIX secolo ha elaborato sofisticate nozioni sia in ordine alla concezione del diritto soggettivo sia a quella del diritto di proprietà, la prima sotto il profilo eminentemente astratto e la seconda dal punto di vista della rappresentazione sul piano concreto del diritto soggettivo alla proprietà privata⁵⁵. Diverse esigenze e suggestioni muovevano nella medesima direzione. Per un verso, la scuola storica di Savigny aveva recuperato la concezione romanistica della proprietà privata che poteva costituire, dopo la lunga parentesi del diritto medievale, il fondamento della nuova concezione, moderna e liberale, del diritto di proprietà. Dall'altro lato, il richiamo alla tradizione romanistica in tema di proprietà era pienamente funzionale agli interessi della borghesia tedesca, fortemente interessata alla creazione, attraverso le operazioni concettuali della pandettistica, di una salda ed autorevole nozione giuridica del diritto di proprietà.

nonché annotata e ridotta secondo l'ordine del Codice Napoleone da G. Massé e G. Vergé).

⁵⁵ Cfr. P. GROSSI, *Alla ricerca del 'moderno' nella proprietà. Il nuovo modello teorico della Pandettistica*, in ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., p. 103 ss. Dello stesso PAOLO GROSSI, v. inoltre *La proprietà e le proprietà: condizionamenti di archetipi culturali. L'appropriazione individuale e il suo modello napoleonico-pandettistico*, in ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., p. 31 ss., dove si afferma che "All'interno dell'universo della appartenenza ha preso forma nel corso dell'età moderna – e si è soprattutto cristallizzato nella riflessione e nella prassi del secolo XIX – un singolare archetipo giuridico, che potremmo qualificare [...] napoleonico-pandettistico, una nozione cioè di proprietà non soltanto risolta nella appropriazione individuale ma in una appropriazione dai contenuti particolarmente potestativi" (cfr. p. 32).

Come è stato magistralmente osservato, a proposito della verità storica concernente gli assetti fondiari collettivi, essi “si collocano in un’altra tradizione giuridica, altra rispetto a quella ufficiale dell’Europa continentale occidentale; la quale, tenendo dietro alle conclusioni e soluzioni di quella civiltà giuridica esasperatamente proprietaria che fu la romana, ha sempre risolto nella proprietà individuale il problema della appartenenza dei beni, arrivando a farla assurgere a modello unico e indiscutibile; ed è la soluzione che campeggia nei Codici moderni e alla quale ha dato un basamento speculativo di altissima qualità teorica la riflessione pandettistica tedesca soprattutto nella seconda metà del secolo XIX”⁵⁶.

⁵⁶ Così P. GROSSI, *Gli assetti fondiari collettivi e le loro peculiari fondazioni antropologiche*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2012, n. 1, spec. p. 5. *Ivi*, a p. 6, il chiaro autore rileva, altresì, che “L’antropologia individualistica, che percorre tutta l’età moderna, porta a un diffuso sentimento quasi di ribrezzo verso ogni dimensione collettiva, come se nel collettivo si spegnessero quelle energie individuali sulle quali la civiltà borghese aveva costruito se stessa. L’unica comunione, di cui i Codici parlano, è quella di stampo romano, risolvendosi in un condominio dove ciascun condomino è proprietario individuale della propria quota/parte”. E ancora: “Accanto alla pluri-millennaria storia della appartenenza individuale scorre un altro canale storico-giuridico. *Altro*: né inferiore né superiore, né migliore né peggiore, ma *altro*, impastato di *altri* valori etici, sociali, giuridici, che l’acanita secolare difesa delle popolazioni rende degno di tutta nostra estimazione” (cfr. *op. ult. cit.*, p. 9, i corsivi sono originali). Sulla concezione (prima romanistica e quindi) liberale del diritto di proprietà, v. inoltre ampiamente P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, cit.; F. MARINELLI, *Miti e riti della proprietà*, L’Aquila, 2011; ID., “*In direzione ostinata e contraria*”. *Assetti fondiari collettivi: la visione del privatista*, relazione presentata alla 19^a Riunione scientifica del Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive dell’Università di Trento sul tema *Assetto fondiario collettivo: struttura e performances di una entità complessa – non studio del passato ma mediazione tra presente e passato in vista del futuro* –, svolto dal 14 al 15.09.2013 presso il Dipartimento di Economia e management dell’Ateneo trentino. Di F. MARINELLI, cfr. anche la *Presentazione della seconda edizione di Gli usi civici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2013, spec. p. XIV, dove si argomenta (in maniera convincente) nel senso che “la materia degli assetti fondiari collettivi sia ben lungi dal rappresentare un retaggio di economie e strutture sociali superate, bensì costituisca un banco di prova attuale ed utilissimo per elaborare e proporre alternative credibili sia allo stato sia al mercato”. Un poco più avanti (v. p. 7), l’autore da ultimo men-

L'elaborazione giuridica e politica della pandettistica tedesca è finalizzata a sovrapporre e far coincidere la concezione del diritto dominicale con quella del diritto di proprietà come diritto soggettivo, e ciò è per certi versi sorprendente proprio alla luce della tradizione storico-giuridica⁵⁷ autoctona tedesca, nella quale un posto importante ha avuto la creazione delle proprietà collettive mediante l'istituto della *gewere*, la quale prevedeva la possibile pluralità dei titolari di una situazione di appartenenza sul medesimo bene. Nel diritto medievale germanico, le situazioni di fatto e le situazioni di diritto in ordine all'appartenenza delle cose non erano nettamente divise, dal momento che al contrario la proprietà (*Eigentum*) non appariva chiaramente separata dal possesso (*Besitz*). Neppure vi era una rigorosa divisione tra la sfera dei diritti

zionato osserva, a proposito della proprietà collettiva come “presunta” eccezione, che “Solo timidi accenni è dato di rinvenire, nella legislazione contemporanea, e soprattutto nella codicistica, alla comproprietà; per non parlare della proprietà collettiva, che è completamente dimenticata, espunta dal codice come qualcosa di estraneo (verrebbe quasi da dire, di repellente) al pensiero giuridico moderno. Se facciamo riferimento alla comproprietà, le norme in tema di comunione e di condominio appaiono relegate in ambiti circoscritti e comunque neglette, quasi che le situazioni reali caratterizzate da una contitolarità del diritto di proprietà fossero marginali sotto il profilo giuridico ed inefficienti sotto quello economico”. In epoca molto risalente, per considerazioni svolte nell'ottica specifica delle comunità agrarie, v. M. KOVALEVSKY, *Il passaggio storico dalla proprietà collettiva alla proprietà individuale* (1896), trad. it., in P.H. STAHL, M. GUIDETTI (a cura di), *Le radici dell'Europa. Il diritto ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, cit., p. 329 ss. Si tratta invero di questioni antiche. Suggestiva è l'immagine richiamata da M. NICOLETTI, *Proprietà collettive e cultura della democrazia*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005, n. 1, spec. p. 98 s., il quale ricorda un passo del libro III delle *Leggi* di Paltone, dove il filosofo greco narra la vicenda di quegli uomini che, dopo una grande inondazione (o diluvio) che aveva invaso le pianure, trovarono rifugio sulle montagne, e furono così “salvi sulle cime, piccole scintille del genere umano” (*Leggi*, III, a-b). Orbene, gli uomini sulle montagne “si volevano bene perché erano pochi e soli e poi non dovevano combattersi per mangiare”; essi avevano un'organizzazione sociale basata principalmente sulla proprietà collettiva, la quale era disciplinata dalle consuetudini piuttosto che dalle leggi scritte, che compariranno soltanto allorché gli uomini, terminata l'inondazione, scenderanno nuovamente nelle pianure per costruire le città. Forse – conclude Nicoletti nel contributo citato – “quest'immagine può dire qualcosa a chi voglia domani mettersi in salvo sulle cime e dopodomani fondare nuove città” (v. 99).

⁵⁷ Ovvero, della tradizione tecnico-legale.

reali assoluti e quella dei diritti reali relativi. La *summa divisio* correva, invece, tra la categoria dei beni mobili e quella dei beni immobili. Secondo l'antico diritto germanico, infatti, unicamente le cose mobili erano suscettibili di appropriazione individuale; non così avveniva, invece, per i beni immobili, che erano posseduti in forma comunitaria, con la relativa appartenenza spettante alla tribù o comunità nelle epoche più risalenti⁵⁸ e, successivamente, alla famiglia⁵⁹.

⁵⁸ Per il rilievo che i popoli germanici, anticamente, non conoscevano l'istituto giuridico della proprietà privata, poiché per essi la terra era una proprietà collettiva della tribù, mentre agli individui spettava unicamente il godimento temporaneo, v. F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con particolare riguardo all'Italia*, II, Città di Castello, 1907, p. 43. Ma v. già A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, IV, *Storia del diritto privato*, Padova, 1874, sub § 142. La proprietà collettiva era basata sul c.d. condominio di diritto germanico o *condominium iuris germanici* (*Gesamteigentum*). V. il fondamentale studio di P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, cui adde, del medesimo autore, il saggio intitolato *Il problema storico-giuridico della proprietà collettiva in Italia*, in *Bosco e Ambiente*, n. 2, 1992, p. 4 ss. Lo stesso P. GROSSI, in alcune magistrali pagine (cfr. *Absolutismo giuridico e proprietà collettive*, in ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, cit., p. 723 ss., spec. p. 727), ha osservato che "Costruzione affascinante pur con tutte le sue ambiguità, il *condominium iuris germanici* è più un'architettura progettuale dei germanisti ottocenteschi, certamente espressione egregia di intelligenza e fantasia nonché di singolari capacità speculative, che una creatura tipica del diritto tedesco vivente, frutto di questa o quella esperienza storica, assetto concreto della vita quotidiana in un certo tempo e in un certo luogo".

⁵⁹ Cfr., ampiamente, B. POZZO, in A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992 (*Quaderni di diritto comparato*, raccolti da G. Alpa e M. Bessone, n. 11), p. 261 ss.; per ulteriori raffronti comparativi, cfr. A. GAMBARO, *Beni e cose nel diritto europeo*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, *Ricordando G. Crisculi*, Torino, 2013, p. 207 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 115 ss. (*sub I beni*); A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012. Sulla *gewere*, v. altresì E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione* (1935), ora in E. FINZI, "L'officina delle cose". *Scritti minori*, a cura di P. GROSSI, Milano, 2013 (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 98), p. 39 ss., ed *ivi* spec. p. 49 s. Tra le opere classiche, emergono A. HEUSLER, *Die Gewere*, Weimar, 1872 (si tratta di una vasta indagine storico-comparativa, che esamina i diritti tedesco, francese, spagnolo, italiano, inglese e normanno), nonché prima W.E. ALBRECHT, *Die Ge-*

Il concetto-chiave – come si è visto sopra⁶⁰ – consisteva nella *gewere*. Essa indicava il rapporto della persona con la cosa, il fatto che il titolare di *gewere* potesse trarre utilità dal godimento del bene. Si delineava, in definitiva, una concezione oggettiva del possesso, in forza della quale ciò che più conta, in materia di situazioni di appartenenza, è – appunto – la concreta appartenenza della cosa, prima e in misura preponderante rispetto allo stesso titolo formale di appartenenza. Poiché, dunque, una pluralità di persone può conseguire utilità dall'uso di uno stesso bene materiale, i titolari della situazione giuridica di appartenenza sulla medesima cosa possono essere plurimi, ossia sussiste – nel diritto tedesco medievale – il sistema della proprietà frazionata, che pone in evidenza le utilità economiche, il cui godimento è limitato sul piano temporale e/o quantitativo in relazione alle *gewere* che si riferiscono allo stesso bene.

L'insieme di queste caratteristiche storiche del diritto tedesco avrebbe astrattamente potuto favorire la recezione normativa in Germania dell'istituto del diritto collettivo di sfruttamento delle terre di cui sono titolari le comunità locali, ma ciò non avvenne per la circolazione nella dottrina germanica dei modelli romanistici, a partire dalla distinzione tra dominio diretto e dominio utile, cosicché la pandettistica trasformò la proprietà collettiva in comproprietà e il possesso collettivo in comunioni per quote (ideali) uguali.

Secondo la pandettistica tedesca, la concezione del rapporto tra il titolare e il bene è soggettiva e non oggettiva. Inoltre, si tratta di concezione soggettiva ed esclusiva, che configura il paradigma del diritto soggettivo assoluto. In altre parole, la concezione soggettiva in esame è il fondamento della concezione liberale della proprietà, pienamente accolta dal codice civile (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) entrato in vigore il 1° gennaio 1900⁶¹. Le consuetudini giuridiche germaniche in tema di proprietà collettiva sono così accantonate dalla pandettistica più matura (fortemente romanizzante), che sposa *in toto* la concezione della

were als Grundlagen des älteren deutschen Sachenrechts, Aalen, 1967, rist. anastatica dell'ed. orig. di Königsberg, 1828.

⁶⁰ In questo stesso paragrafo.

⁶¹ V. la puntuale ricostruzione di S. PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, 1999.

proprietà romanistica come modello della proprietà individuale e, quindi, della proprietà liberale. Ne deriva la completa assenza nel BGB di qualsiasi riferimento testuale alla proprietà collettiva, ossia alle tradizioni (e situazioni) collettive di appartenenza dei beni immobili che pure avevano caratterizzato ampiamente la storia della proprietà nell'area tedesca⁶².

I pochi richiami alla proprietà collettiva nel diritto tedesco attuale si trovano talvolta nella legislazione dei *Länder*, la quale include norme a protezione delle comunità rurali montane, soprattutto sotto il profilo dello sfruttamento delle risorse forestali. Più ampi sono, nei *Länder* austriaci del Tirolo e del Vorarlberg, i riferimenti ai diritti collettivi di godimento e utilizzo della terra da parte delle comunità agrarie, le quali mantengono tuttora in vita forme comunitarie di sfruttamento delle risorse naturali che derivano dall'antico diritto elaborato dalle comunità locali alpine.

In alcuni Paesi europei, nei quali la codificazione ha avuto rilevanza più contenuta rispetto alle esperienze di Francia e Germania, parimenti sussistono forme di proprietà collettiva.

È il caso, ad esempio, della Grecia, dove troviamo la speciale disciplina della proprietà collettiva familiare dell'Aroania (gr. *Αροάνια*)⁶³, la quale contempla un insieme di regole volte a rafforzare le relazioni parentali, dal momento che la divisione tra coeredi è prevista soltanto per la casa di abitazione con esclusione invece delle terre comuni familiari, le quali ultime sono destinate sia all'uso agricolo sia all'allevamento del bestiame, e che configurano quindi una forma di comunione ereditaria necessaria⁶⁴.

⁶² Non soltanto in Germania, ma anche nei diritti storici dell'Austria. In quest'ultimo Paese, esattamente in Carinzia, venne tra l'altro fondata nel 1478 la Lega di Villach, che si proponeva di creare una peculiare società contadina edificata su forme di proprietà collettiva.

⁶³ Nella Grecia occidentale; si veda, al riguardo, l'indagine di S. DASCALOPOULOS-CAPETANAKIS, *Forme di proprietà comunitaria e di organizzazione familiare nel Masiccio d'Aroania*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 387 ss.

⁶⁴ Sulle comunità rurali (o comunità di villaggio) della Grecia, v. anche gli studi concernenti Episkepsi (nell'isola di Corfù), e segnatamente R. CIPRIANI, V. COTESTA, N. KOKOSALAKIS, R. VAN BOESCHOTEN, *Episkepsi: il villaggio armonioso. Tradizione*,

Precisato che anche in Scandinavia sono previste forme di proprietà collettiva in favore delle popolazioni indigene dei Lapponi (i quali preferiscono autodenominarsi *Saami*) relativamente all'allevamento tradizionale delle renne⁶⁵, emerge altresì il caso importante della Spagna, che merita nel presente saggio qualche considerazione maggiormente approfondita in ragione fra l'altro della "fratellanza giuridica"⁶⁶ che è dato riscontrare tra i sistemi giuridici italiano e spagnolo.

Nel diritto spagnolo⁶⁷ sono in primo luogo da ricordare i beni comuni o *comunales*, che sono beni di dominio pubblico la cui titolarità (*id*

modernità, solidarietà e conflitto in una comunità greca, Milano, 1999, i quali sottolineano l'*ethos* comunitario del villaggio; M. COUROUCLI, *Structures économiques et sociales du village Episkepsi à Corfou de 1800 à nos jours*, Paris, 1981.

⁶⁵ Sia consentito, per un'ampia disamina, il rinvio alle mie monografie dal titolo *I diritti degli indigeni sulle risorse naturali ed energetiche negli Stati artici. Profili internazionali e comparati*, Napoli, 2012, e *Percorsi di ricerca sul diritto polare*, Napoli, 2011, con riguardo agli ordinamenti di Norvegia, Svezia e Finlandia, nonché al saggio *I diritti degli indigeni saami all'uso comune delle terre nel Finnmark (Norvegia del Nord)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, p. 893 ss. Per il diritto contadino e l'economia popolare nei Paesi dell'Europa del Nord, v. O. LÖFGREN, *Family and Household among Scandinavian Peasants: an exploratory essay*, in *Ethnologia Scandinavica*, 1974, p. 17 ss.; H. SEVATDAL, *Proprietà comune nelle aree rurali in Norvegia e Svezia*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 413 ss., sulle terre comuni che appartengono alla popolazione agricola locale.

⁶⁶ L'espressione viene utilizzata da I. VIVAS TESÓN, C. FEDERICO, *Proprietà collettiva e tutela dell'ambiente in Italia e in Spagna*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2009, n. 1, p. 57 ss., spec. p. 65.

⁶⁷ Su cui v., in aggiunta allo scritto citato nella nota che precede, R. BOCANEGRA SIERRA, *I terreni vicinali in uso comune in Spagna*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 481 ss.; C. FEDERICO, A.J. MARTINEZ GONZÁLEZ, *Profili storico-giuridici della proprietà collettiva in Italia ed in Spagna*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2008, n. 1, p. 201 ss.; I. VIVAS TESÓN, *Il regime giuridico della proprietà collettiva in Spagna*, *ivi*, 2011, n. 1, p. 31 ss. Nella dottrina ispanofona cfr., *ex multis*, R.E. BOCANEGRA SIERRA, *Los montes vecinales en mano común. Naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, 2008; J.L. RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, *Los montes comunales y vecinales de Asturias*, Gijón, 2005; C. MONTIEL, *Origen y evolución de la propiedad forestal colectiva en España*, in *Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales*, n. 16, 2000, p. 285 ss.; O. REY CASTELAO, *La propiedad colectiva en la España moderna*, in *Studia histórica. Historia moderna*, n. 16, 1997, p. 5 ss.; E. COLOM PIAZUELO, *Los bie-*

est, proprietà) è in capo al Comune Il godimento e lo sfruttamento di tali beni comuni spetta agli abitanti del Comune. La relativa disciplina è contenuta nella *Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local* del 2 aprile 1985 (e successive modifiche), nonché nel Regolamento dei beni delle entità locali adottato nel 1986. Nel rispetto dei principi fissati dalla normativa di fonte statale sul regime locale, ulteriori disposizioni possono altresì essere approvate dalle Comunità Autonome. I beni di cui ora si è detto sono chiamati beni comuni tipici. Da essi si distinguono i beni comuni atipici, che hanno una disciplina speciale e separata per il fatto che in quest'ultimo caso spetta agli abitanti del posto non soltanto il diritto di godimento e di uso, ma la stessa proprietà è (non del Comune, bensì invece) collettiva. Titolari dei beni comuni atipici sono, a seconda delle varie ipotesi, direttamente i residenti del posto, oppure la persona giuridica nella quale i residenti si integrano. In ogni caso, i beni comuni atipici sono sia di uso privato collettivo sia di pro-

nes comunales en la legislación de régimen local, Madrid, 1994; A. NIETO GARCÍA, *Bienes comunales de los montes de Toledo*, Madrid, 1991; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las formas comunitarias de la propiedad forestal y su posible proyección futura*, Santander, 1986; J.J. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Montes vecinales en mano común*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 44, 1984, p. 745 ss.; R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Historia de la propiedad comunal*, con uno studio preliminare di A. Nieto, Madrid, 1981 (Colección "Administración y ciudadano"); E. BAUER MANDERSCHIED, *Los montes de España en la historia*, Madrid, Ministerio de Agricultura (Servicio de Publicaciones Agrarias), 1980; R. MARTÍN MATEO, *Sobre los montes vecinales*, in *Revista de Estudios Agrosociales*, n. 59, 1967, p. 63 ss.; C. PAZ-ARES, *Régimen de los llamados montes de vecinos de Galicia*, Vigo, 1966; J. ARANDA NAVARRO, *Los bienes comunales. Su concepto y naturaleza jurídica. Especial referencia al problema de su reivindicación*, Madrid, 1963. Per le peculiarità dell'area basca, quale espressione della tradizione comunitaria pirenaica, v. J.A. AZPIAZU, *Los bienes comunales en el pasado y el presente del País Vasco*, in *Archivo Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2011, n. 1, p. 65 ss.; T. LEFEBVRE, *Les modes de vie dans les Pyrénées Atlantiques Orientales*, Paris, 1933, p. 173 ss.; J. THAMALAS, *El colectivismo de los pastores vascos*, in *Yakintza. Revista de Cultura Vasca*, n. 17, 1935, p. 388 ss. In epoca assai risalente, si vedano altresì F. DE CÂRDENAS Y ESPEJO, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, I-II, Madrid, 1873-1874; R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890, opera quest'ultima in parte disponibile, limitatamente alle pp. 302-313, nella trad. italiana, sotto il titolo *Forme di proprietà comune in Spagna*, in M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, cit., p. 571 ss.

prietà collettiva. Tali beni, che sono contemplati dagli art. 600 e seguenti del codice civile spagnolo, si suddividono in tre categorie. In primo luogo, abbiamo i terreni vicinali in uso comune, ossia i *montes vecinales en mano común*. In secondo luogo, troviamo le comunità di pascoli e legna, vale a dire *comunidades de pastos y leñas*. Infine, vi sono i c.d. indivisi, ovvero *montes de socios*⁶⁸. Fra le menzionate tipologie di beni comuni atipici, speciale rilevanza hanno i *montes vecinales en mano común* (MVMC), che si caratterizzano per la maggiore estensione territoriale rispetto alle altre due categorie. I MVMC sono una porzione non trascurabile dei territori di Asturias, León, Santander e Zaroma; inoltre, e soprattutto, comprendono ben un quarto del territorio della Galizia⁶⁹. Il *corpus* normativo concernente i MVMC è rilevante, nonché stratificato nel tempo. I MVMC vennero per la prima volta riconosciuti beni collettivi, sulla scia di alcune decisioni del *Tribunal Supremo*, dalla (vecchia)⁷⁰ legge sui *Montes* del 1957. Seguì la *Compilación* di diritto civile della Galizia del 1963⁷¹, poi la legge n. 52 del 27 luglio 1968 relativa ai terreni vicinali in uso comune, completata dal Regolamento di esecuzione del 1970, e infine, soprattutto, la legge n. 55 dell'11 novembre 1980, anch'essa in materia di terreni vicinali in uso comune. La (nuova) legge sui *Montes* del 2003 è intervenuta a modificare la normativa *de qua*; ulteriori disposizioni sono contenute in provvedimenti approvati dalle Comunità Autonome, a condizione naturalmente che i rispettivi Statuti attribuiscono agli organi delle Comunità la competenza a disciplinare la materia dei beni collettivi. Tra le normative sub-nazionali di maggiore rilevanza, spiccano da un lato la legge n. 13 del 10 ottobre 1989 riguardante i terreni vicinali in uso comune della Galizia, integrata dal Regolamento del 4 settembre 1992, nonché la legge n. 4 del 24 maggio 1995 sul diritto civile della Galizia, modifi-

⁶⁸ In tutti questi casi, come ha precisato il *Tribunal Supremo* del Regno di Spagna nella sentenza del 23 ottobre 1964, si tratta di forme di comunità “in mano comune”, nelle quali manca l'idea di quota in senso romanistico.

⁶⁹ L'economia della Galizia si caratterizza, non a caso, per la rilevante produttività forestale.

⁷⁰ Per i successivi svolgimenti, v. *infra* subito nel testo.

⁷¹ La cui esatta denominazione è: *Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia*, approvata il 2 dicembre 1963.

cata dalla legge n. 2 del 14 giugno 2006⁷², e dall'altro lato la legge del Principato delle Asturias n. 3 del 23 novembre 2004 su *Montes y Ordenación Forestal*, completata dal decreto n. 23 del 14 marzo 2007, relativamente alla disciplina applicabile ai terreni vicinali in uso comune del Principato delle Asturias.

Le fonti del diritto in tema di beni comuni non sono, peraltro, soltanto le leggi e i regolamenti. Ciò è bene evidenziato dalla seconda disposizione finale della legge n. 13 del 1989 della Galizia⁷³, dove si stabilisce *expressis verbis* che il “Diritto proprio della Galizia in materia di terreni vicinali” è contenuto sia nella legge ora in esame sia nella consuetudine⁷⁴.

Dall'insieme delle previsioni normative e consuetudinarie di cui sopra, emerge che i terreni vicinali in uso comune sono beni che appartengono alle comunità di abitanti residenti nelle parrocchie, nei paesi o nei borghi. L'uso collettivo di tali terreni è, tradizionalmente, di durata plurisecolare. In particolare, i *montes vecinales en mano común* (MVMC) sono costituiti, in conformità alle previsioni dell'art. 1 della legge n. 55 del 1980⁷⁵, da terreni di natura speciale la cui titolarità va riconosciuta in capo a raggruppamenti di abitanti, i quali d'altra parte non possono essere intesi come entità amministrative, quanto piuttosto ed in via esclusiva quali gruppi sociali. Ogni membro del gruppo sociale, e quindi ciascuno dei residenti locali (a condizione che sia titolare di “casa aperta e con fumo”), utilizza dunque in forma collettiva i terreni, secondo la consuetudine dell'uso *en mano común*. Si tratta, in altri termini, di un diritto dominicale attribuito ad un determinato gruppo di abitanti; in caso di controversia, come ha stabilito la *Sala de lo Civil y Penal* del *Tribunal Superior de Justicia* (STSJ) della Galizia nella sentenza del 23 dicembre 2001, bisognerà fornire prova adeguata circa l'uso

⁷² Anch'essa sul diritto civile della Galizia.

⁷³ V. *supra*, in questo paragrafo.

⁷⁴ Conforme è sul punto l'orientamento della giurisprudenza galiziana; v., in particolare, la sentenza pronunciata l'8 maggio 1998 dalla *Sala de lo Civil y Penal* del *Tribunal Superior de Justicia* (STSJ) della Galizia (la quale richiama tra l'altro la sentenza del *Tribunal Supremo* del 2 febbraio 1965, in tema di regime consuetudinario dei terreni vicinali in uso comune).

⁷⁵ V. quanto detto poco sopra.

tradizionale del terreno, al fine dell'applicazione della normativa speciale contemplata per i MVMC. Se, da un lato, sussiste uno stretto collegamento tra i terreni in uso comune e le collettività sociali minori rappresentate da parrocchie, paesi e borghi, dall'altro lato sono invece assenti vincoli o collegamenti tra i terreni stessi e gli enti amministrativi, con l'ulteriore conseguenza che i confini degli MVMC non necessariamente coincidono con la circoscrizione territoriale dei municipi.

Il regime giuridico speciale dei *montes vecinales en mano común* prevede, in relazione ai terreni compresi in questa tipologia di proprietà collettiva, che essi sono indivisibili, inalienabili, imprescrittibili e impignorabili. Secondo quanto dispone il primo comma dell'art. 2 della legge n. 55 del 1980, per i MVMC "la loro titolarità dominicale corrisponde, senza assegnazione di quote, agli abitanti costituenti in ogni momento il gruppo comunitario di che trattasi"⁷⁶.

Anche nella vicina Svizzera è dato riscontrare aspetti interessanti circa le proprietà collettive. Qui troviamo una codificazione autorevole, che tuttavia rifugge dagli eccessi di dogmatismo della pandettistica tedesca⁷⁷. Si tratta del codice civile di Eugen Huber⁷⁸, approvato con voto

⁷⁶ Cfr., in tal senso, I. VIVAS TESÓN, C. FEDERICO, *Proprietà collettiva e tutela dell'ambiente in Italia e in Spagna*, cit., p. 72.

⁷⁷ Secondo P. CARONI, *Un rapido sguardo al codice civile svizzero del 1907*, in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., spec. p. 81, il codice civile svizzero "promulgato pochi anni dopo l'entrata in vigore del BGB tedesco (1900), subito apparve quale controfigura meno iperbolica, ossia più saggia e credibile, anche più accessibile".

⁷⁸ Su figura, opera e tematiche huberiane, v. P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in *Revue de droit suisse*, 1991, I, p. 381 ss.; ID., *Das "demokratische Privatrecht" des Zivilgesetzbuches*, A. Menger und E. Huber zum Wesen eines sozialen Privatrechts, in *Mélanges en l'honneur de H. Deschenaux*, Fribourg, 1977, p. 37 ss.; A. TROLLER, *Eugen Hubers Rechtsidee und Idee vom richtigen Recht*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 1977, p. 268 ss.; R. LIEBERWIRTH, *Eugen Huber und sein Wirken an der Universität Halle-Wittenberg*, in A. CSIZMADIA, K. KOVACS (a cura di), *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944)*, Budapest, 1970, p. 77 ss.; F. ELSENER, *Die Anfänge des schweizerischen Zivilgesetzbuches nach dem Briefwechsel zwischen Eugen Huber und Max Rümelin*, in F. ELSENER, W.H. RUOFF (a cura di), *Festschrift K.S. Bader. Rechtsgeschichte - Rechtssprache - Rechtsarchäologie - Rechtliche Volkskunde*, Zürich-Köln-Graz, 1965, p. 101 ss.; O. GAUYE, *Eugen Huber und das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch*, in *Revue de droit suisse*, 1961, I, p. 63 ss.; ID., *Raymond Saleilles, sa correspondance avec le rédacteur du Code Civil Suisse*, in *Civitas*.

unanime del Parlamento federale il 10 dicembre 1907 ed entrato in vigore (dopo una *vacatio* di cinque anni)⁷⁹ il 1° gennaio 1912⁸⁰, il quale (operò l'unificazione del diritto privato⁸¹, a distanza di sessant'anni dalla costituzione dello Stato federale/*Confœderatio Helvetica* avvenuta nel 1848, e in particolare – per quanto qui interessa –) certamente riconosce la proprietà individuale ma, nel contempo, caratterizzandosi altresì come codificazione popolare e sociale, pone anche il divieto dell'abuso del diritto⁸². Inoltre, la consuetudine mantiene una rilevanza significativa, come risulta dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 1 del codice civile, dove si stabilisce che: “Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di

Monatsschrift des Schweizerischen Studentenvereins, 1959-1960, p. 416 ss.; A. EGGER, *Eugen Huber als Gesetzgeber*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 1940, p. 93 ss.; F. WARTENWEILER, *Eugen Huber, der Lehrer, Gesetzgeber und Mensch (1849-1923)*, Zürich-Leipzig, 1932; A. WELTI, *Eugen Huber als politischer Journalist*, Frauenfeld-Leipzig, 1932; M. GMUR, *Eugen Huber*, in *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 1923, p. 209 ss.; O. IRMINGER, *Eugen Huber als Lehrer*, in *Wissen und Leben*, 1923, p. 700 ss.; J. KOHLER, *Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, in *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 1913, p. 1 ss.; D. MANAI, *Eugen Huber - Jurisconsulte charismatique*, prefaz. di A. Dufour, Bâle-Francfort-sur-le-Main, 1990 (Faculté de Droit de l'Université de Genève); W. YUNG, *Eugen Huber et l'esprit du CSS (1849-1923)*, in ID., *Etudes et Articles*, Genève, 1971, p. 27 ss.; V. ROSSEL, *Eugen Huber (1849-1923). Impressions et souvenirs d'un ami*, in *Wissen und Leben*, 1923, p. 679 ss. Il Governo elvetico (esattamente: il ministro della Giustizia) conferì ufficialmente nel 1892 a Eugen Huber l'incarico di predisporre un progetto di codice civile unitario. In precedenza, nel 1884, Huber ricevette l'incarico, da parte della *Société suisse des juristes*, di elaborare uno studio comparativo delle diverse legislazioni cantonali, allo scopo di allestire materiali preparatori per l'unificazione del diritto privato.

⁷⁹ Nonché dopo il decorso infruttuoso del termine per il *referendum* popolare.

⁸⁰ Il codice (*Zivilgesetzbuch*, ZGB) venne promulgato in tedesco, francese e italiano.

⁸¹ Sul tema, v. P. CARONI, *L'unificazione giusprivatistica federale (1862-1898) nell'ottica (periferica) dei ticinesi*, in AA.VV., *Lombardia elvetica. Studi offerti a V. Gilarioni*, Bellinzona, 1987, p. 11 ss.; ID., *L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle - Méthodes et problèmes*, Fribourg, 1986.

⁸² Si vedano P. CARONI, *Un rapido sguardo al codice civile svizzero del 1907*, cit., p. 77 ss.; ID., *Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974-1975 (Il “Socialismo giuridico”. *Ipotesi e letture*), t. II, p. 273 ss.

questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore⁸³. Proprio facendo leva sul riconoscimento codicistico della consuetudine, le forme di proprietà collettive delle valli alpine, rappresentate in particolare dai c.d. patriziati del Canton Ticino⁸⁴, sono riuscite a sopravvivere giungendo quasi inalterate ai nostri giorni. Tra l'altro, i patriziati sono ancora oggi proprietari – nella forma, ovviamente, della proprietà comunitaria – del 75% dei 140.000 ettari di bosco del Canton Ticino. Con riguardo alla interessante storia della legislazione patriziale ticinese, essa muove dalla legge patriziale del 1835, poi sostituita dalla legge organica patriziale (LOP) del 1857, la quale regolò i rapporti patriziali fino al 31 dicembre 1962, per essere più tardi a sua volta sostituita dalla nuova legge organica patriziale (LOP) del 29 gennaio 1962 (vigente dal 1° gennaio 1963), che sopravvenne alla codificazione del diritto privato svizzero nel 1907-1911 (codice civile svizzero-CCS, vale a dire il Zi-

⁸³ V., al riguardo, P. RESCIGNO, *Il giudice come legislatore nel codice civile svizzero*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1954, I, p. 495 ss., ora in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, a cura e con una nota di F. Caggia, Roma-Bari, 2013, p. 156 ss. (rec. di D. CARUSI, *Un viaggio nell'idea di codice*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, p. 335 ss.). A commento dell'art. 4 del *Code civil suisse*, nel quale si dispone che "Il giudice è tenuto a decidere secondo il diritto e l'equità quando la legge si rimette al suo prudente criterio o fa dipendere la decisione dall'apprezzamento delle circostanze, o da motivi gravi", cfr. D. MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité - Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, prefaz. di J.-F. Perrin, Lausanne, 1985 (Faculté de Droit de l'Université de Genève).

⁸⁴ Si vedano: A. MARTIGNONI, *Schema storico-giuridico del patriziato ticinese*, Lugano, 1917; G. TORRICELLI, *L'istituzione del "fuoco" nel Canton Ticino*, Lugano, 1922; P. CARONI, *La scissione fra comune patriziale e comune politico nel Ticino*, in *Archivio storico ticinese*, 1963, p. 743 ss. (in relazione ai profili di storia del diritto pubblico ticinese); ID., *Le origini del dualismo comunale svizzero. Genesi e sviluppo della legislazione sui comuni promulgata dalla Repubblica Elvetica – con speciale riguardo allo sviluppo ticinese*, Milano, 1964; ID., *L'altra storia del patriziato*, Bellinzona, n. 57-58, 1974 (num. monografico); R. BROGGINI, *I patriziati del Canton Ticino*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 511 ss.; G. SCOLARI, *Il Patriziato ticinese. Identità, pratiche sociali, interventi pubblici*, con un saggio introduttivo storico-giuridico di G.M. Staffieri, Riva San Vitale (Canton Ticino, Svizzera), 2003. In particolare, P. CARONI, *Le origini del dualismo comunale svizzero*, cit., affronta la questione della natura giuridica del patriziato, che definisce (v. p. 327) quale "persona giuridica e corporazione di diritto pubblico" (cfr. anche quanto si dirà *infra* nel testo).

vilgesetzbuch-ZGB, integrato da un autonomo *Obligationenrecht*, che costituisce una sorta di quinto libro del cod. civ.). La LOP è completata dal Regolamento di attuazione (RALOP); la più recente revisione della LOP è stata approvata dal Gran Consiglio (GC, *id est* il Parlamento cantonale ticinese)⁸⁵ il 13 febbraio 2012, con entrata in vigore il 1° gennaio 2013⁸⁶. D’altro canto, l’art. 59, cpv. 3, del CCS ha mantenuto la competenza legislativa cantonale nella materia *de qua*, poiché stabilisce che “I patriziati e simili corporazioni rimangono soggetti alla disposizione del diritto cantonale”. Dal punto di vista della normativa di rango primario cantonale, l’art. 35 della legge ticinese di applicazione e complemento al CCS del 18 aprile 1911 include il patriziato sotto il titolo “Persone giuridiche di diritto pubblico”⁸⁷. È, altresì, assai signifi-

⁸⁵ Con sede a Bellinzona.

⁸⁶ Vi sono state corrispondenti modificazioni del RALOP, che riguardano soprattutto – v. gli art. 23c-23h RALOP – l’istituzione del “Fondo di gestione del territorio”, il potenziamento del “Fondo d’aiuto patriziale”, come anche la cooperazione tra comuni e patriziati.

⁸⁷ Un progetto di riforma della disciplina del patriziato era stata presentata al Dipartimento cantonale dell’Interno dalla Alleanza patriziale ticinese (Alpa, fondata nel 1942 su iniziativa degli avv.ti Brenno Bertoni e Waldo Riva; sulla figura di Bertoni, v. L. SALTINI, *Un intellettuale prestato alla politica. Brenno Bertoni (1860-1945)*, in F. PANZERA (a cura di), *Il Ticino delle belle speranze. Stato e società, economia e cultura dal 1880 al 1918*, Lugano, 2008, p. 97 ss.; ID. (a cura di), *Tra ideale e pragmatismo: Brenno Brentani (1860-1945)*, Lugano, 2005) fin dal 1948, in esecuzione di una decisione adottata dall’Alpa il 1° luglio di quello stesso anno. Il progetto di LOP venne allora trasmesso dal presidente dell’Alpa, l’avvocato Teodoro Vassalli, e il direttore del Dipartimento dell’Interno (l’on. G. Lepori) assicurò che il progetto sarebbe stato tenuto “in debita considerazione” dalle autorità politiche-istituzionali ticinesi (Consiglio di Stato e Gran Consiglio). Si ricordi, altresì, che in base all’art. 112 della nuova LOP del 1962 il Dipartimento cantonale dell’Interno costituisce l’autorità di vigilanza sui patriziati. Degno di nota è, inoltre, che l’Alleanza patriziale ticinese cura tuttora la pubblicazione (trimestrale) della *Rivista patriziale ticinese* (come si legge a p. 3 del n. 1/2013 della *Rivista patriziale ticinese*, vi sono attualmente 211 amministrazioni o enti patriziali nel Canton Ticino). Rileva R. BROGGINI, *op. cit.*, p. 517 s., che l’associazione patriziale ticinese (Alpa) fa parte della Federazione dei patriziati svizzeri (conosciuta anche come associazione svizzera dei patriziati e delle corporazioni, che dispone di un proprio organo/bollettino di informazione biennale, la *Rivista della Federazione dei patriziati svizzeri/Schweizerischer Verband der Bürgergemeinden und Korporationen-SVBK*), “per cui c’è su un piano nazionale, pur nella diversità delle leggi cantonali, una forma

cativo che, sebbene il codice civile ticinese promulgato nel 1837 (e vigente dal 1° gennaio 1838) contenesse una definizione generale della proprietà, con cui si riproponevano quasi alla lettera le previsioni dell'art. 544 della codificazione civile francese del 1804⁸⁸, tuttavia le Costituzioni del Canton Ticino adottate nel corso del XIX secolo non includevano disposizioni sulla garanzia o protezione esplicita del principio giuridico della proprietà, fatta eccezione unicamente per la proprietà patriziale.

Infine, alcune considerazioni sulla proprietà collettiva nella tradizione giuridica di *common law*, e segnatamente nel diritto inglese. Sotto il profilo in esame si prospettano non poche difficoltà, che rendono non agevole la comparazione con le esperienze sopra analizzate del diritto dell'Europa continentale. Questo perché il concetto anglosassone di *right of property* non coincide con il diritto di proprietà dei Paesi di *civil law*, soprattutto in quanto il primo, a differenza del secondo, non

di collegamento tra le varie realtà riconducibili alle proprietà comunitarie di villaggio". L'Alpa, "ente mantello" dei patriziati (ad essa aderiscono 200 amministrazioni patriziali) nonché dei circa 90.000 "patrizi" ticinesi, è guidata (oltreché da un Consiglio direttivo, formato da quindici membri) da Tiziano Zanetti, recentemente confermato nella carica di Presidente (che detiene da otto anni) durante l'assemblea dell'Alpa svoltasi il 1° giugno 2013 (per una intervista a Zanetti, cfr. M. CALASTRI, *Sempre più propositiva e riconosciuta la vitalità dell'ALPA. L'ente patriziale si conferma una necessità per il futuro civile, territoriale, storico e anche civico del Paese*, in *Opinione Liberale*, 14 giugno 2013, p. 2. La prossima assemblea generale dello SVBK è in programma dal 13 al 14 giugno 2014 a Lugano).

⁸⁸ Secondo l'art. 178 c.c. ticinese, adottato il (*recte*, accettato nella votazione popolare del) 14 giugno 1837, "Il dominio è il diritto di godere esclusivamente e disporre delle cose a piacimento, in qualunque modo dalla legge non vietato". In dottrina, v. E. RAMELLI, *Fra segni e tracce. La ridefinizione della proprietà nel Ticino dell'Ottocento*, in G. DE BIASIO, A. FOGLIA, R. GARRÉ, S. MANETTI (a cura di), *Un inquieto ricercare. Scritti offerti a P. Caroni*, Bellinzona, 2004, p. 363 ss. Come rileva puntualmente A. NEGRI, in AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, con introduz. di G. Crespi Reghizzi, Torino, 2012 (rist. aggiornata), p. 67, il c.c. del Canton Ticino promulgato nel 1837 è "ispirato al *Code civil*, ma anche all'*ABGB*, al Codice parmense del 1820 e ai lavori preparatori del Codice albertino".

implica affatto l'appartenenza esclusiva del bene⁸⁹. Si osservi, dunque, che secondo la tradizione giuridica inglese alla distinzione storica tra *real property* e *personal property* coincide in larga misura quella tra rimedi recuperatori, riferiti alla prima forma di proprietà, e rimedi risarcitori, tipicamente riconnessi alla seconda fra le appena menzionate situazioni di appartenenza. La nozione inglese della proprietà, con particolare riferimento alla *real property*, è rimasta intimamente legata alla concezione germanistica della proprietà, piuttosto che a quella romanistica accolta invece nell'Europa continentale e nella stessa Germania a seguito della recezione nel BGB delle costruzioni concettuali elaborate dalla pandettistica tedesca nella seconda metà dell'Ottocento⁹⁰.

Almeno due ulteriori dati devono essere presi in attenta considerazione, allorché si ragiona sul diritto immobiliare inglese, anche al fine limitato della presente indagine concernente la proprietà collettiva. Per un verso, nel diritto inglese dei beni immobili la proprietà può essere riconducibile sia alla situazione di appartenenza non dissimile dalla proprietà (come diritto reale assoluto o “forte”) conosciuta negli ordinamenti di *civil law*, sia ad una più complessa situazione di frazionamento dell'appartenenza, soltanto in parte assimilabile alla nostra concezione dei diritti reali minori. Si tratta dei casi in cui la titolarità del bene non viene attribuita per sempre, ma per la durata della vita del titolare del bene medesimo, oppure in relazione alla durata della vita del titolare e dei suoi discendenti in linea retta, ovvero ancora per una durata minore e predeterminata. Nella cultura giuridica inglese si fa riferimento, per le quattro ipotesi ora delineate circa la durata della titolarità del bene ed in conformità alla c.d. teoria degli *estates*, rispettivamente alle situazioni di appartenenza *fee simple*, *life estate*, *fee tail* e *leasehold*. Per altro verso, la distinzione consolidata nel diritto continentale, e che è stata elaborata soprattutto nel contesto francese, tra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto privato in relazione all'istituto della proprietà, non trova precisi riscontri nell'esperienza giuridica dell'Inghilterra, dove l'istituto proprietario conosce invece una sostanziale

⁸⁹ V., per tutti, la scrupolosa e aggiornata indagine di L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2012, p. 45 ss.

⁹⁰ V. le osservazioni sopra svolte, in questo stesso paragrafo.

unitarietà, cosicché oltremarina diventa poco praticabile ogni riflessione sulla proprietà collettiva e sulla stessa proprietà pubblica. Ciò non significa, ovviamente, che anche nel diritto inglese non siano rintracciabili limiti (che noi diremmo) di diritto pubblico alla proprietà privata. Il fatto è che questi limiti, nell'esperienza dell'Inghilterra, sono conformati in modo differente⁹¹.

Se, conclusivamente, vogliamo prendere le mosse dall'impostazione metodologica magistralmente enunciata (ormai in anni non più recenti) da Mauro Cappelletti, per il quale la premessa dell'indagine comparativa è rappresentata dal problema o bisogno sociale⁹² al quale i diversi ordinamenti si sforzano di trovare una soluzione, bisogna osservare che certamente anche in Inghilterra si pone il problema di bilanciare gli interessi pubblici con quelli privati in relazione alle situazioni di appartenenza, senza che a ciò sia di ostacolo la natura unitaria del diritto di proprietà nell'ordinamento inglese. Poiché, dunque, il bilanciamento di interessi viene operato in Inghilterra principalmente per il tramite dell'elaborazione giurisprudenziale affidata ai giudici di *common law*, è soprattutto nella dimensione del diritto applicato e nelle pronunce giudiziarie che vanno ricercati gli spazi di possibile emersione, che sono sicuramente presenti anche nel diritto inglese sotto il profilo dei limiti di diritto pubblico alla proprietà privata, delle problematiche abitualmente connesse, nei diritti dei Paesi continentali (ovvero di *civil law*), alla proprietà pubblica nonché, in particolare, alla proprietà collettiva (ovvero, alle terre di proprietà collettiva nonché ai sistemi gestionali e ai diritti di uso ad esse collegati/connessi)⁹³.

⁹¹ Per un esame dettagliato dei modelli proprietari (tuttora fortemente differenziati) nei Paesi di *civil law* e di *common law*, cfr. A. CANDIAN, *Pubblico e privato nella conformazione della proprietà immobiliare: appunti di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, p. 177 ss.

⁹² Vale a dire, nel pensiero dell'illustre Maestro, il "comune punto di partenza pre-giuridico": v. M. CAPPELLETTI, *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia*, in ID., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, p. 11 ss., spec. p. 17, a proposito dell'individuazione del c.d. *tertium comparationis*.

⁹³ In dottrina, v. K.M. BROWN, *New Challenger for Old Commons: The Role of Historical Common Land in Contemporary Rural Spaces*, in *Scottish Geographical Journal*, 2006, n. 2, p. 109 ss.; I. AITCHISON, *Common Land in England and Wales: A Problematical Resource*, in *Journal of the Agricultural Society* (edito dall'University Col-

4. *Uno sguardo sul modello proprietario collettivo e sull'uso comunitario dei beni comuni nei Paesi in via di sviluppo (PVS)*

La definizione dello spazio rurale è conseguenza della trasformazione del territorio per effetto sia delle attività riguardanti il sistema agrosilvo-pastorale di produzione sia dei meccanismi per la protezione dei suoli. L'intervento tanto privato quanto pubblico ha certamente rilevanza in questo contesto, ma un importante apporto deriva anche dall'azione collettiva. Vengono in primo luogo in considerazione i diritti di uso civico, che incrementano la produzione agricola nella misura in cui tali diritti si riferiscono ai terreni seminativi. Sono in secondo luogo da considerare i diritti di pascolo e di erbatico, che da un lato preservano l'equilibrio del rapporto tra i prati e i boschi, mentre dall'altro lato consentono a coloro che non posseggono terreni agricoli o forestali di trarre risorse economiche dalla produzione zootecnica. In terzo luogo, emergono i diritti di legnatico, che possono avere diverse finalità, quali non solo il riscaldamento domestico, ma altresì la costruzione della casa familiare, nonché lo stesso lavoro agricolo e la coltivazione del bosco. Questi ultimi aspetti dei diritti di legnatico contribuiscono alla produzione del reddito familiare. Il paesaggio rurale è, così, definito da molteplici diritti collettivi, che gravano principalmente sui beni comuni, ma anche eventualmente sui beni privati o pubblici.

lege of Wales, 1992, p. 79 ss.); G. FOXALL, *A Note on the Management of 'Commons'*, in *Journal of Agriculture Economics*, 1979, n. 1, p. 55 ss.; A. GREYTER, *Dare valore al bene comune. Proprietà collettive, diritti d'uso e servizi ecosistemici: spunti per una comparazione tra Trentino, Lake District e Highlands scozzesi*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2008, n. 1, p. 285 ss.; F. SEEBOHM, *Il sistema inglese dei campi aperti*, in M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, cit., p. 475 ss. (trad. it. del cap. I, *The English Open-Field System Examined in its Modern Remains*, dell'opera dal titolo *The English Village Community*, edita a Londra nel 1883), dove l'autore definisce i campi aperti quali "terreni comuni di una comunità di villaggio o di un township sottoposti a signoria feudale" (cfr. spec. p. 482). Con riguardo al diritto irlandese, v. E.E. ESTYN, *Some Survivals of the Irish Openfield System*, in *Geography*, 1939, p. 24 ss.

Sulla base della teoria degli stadi di sviluppo⁹⁴ il sistema agro-silvo-pastorale sia privato sia collettivo o pubblico è soggetto a mutazioni diacroniche, nella direzione della sua costante evoluzione. Orbene, nei Paesi in via di sviluppo (PVS)⁹⁵, che sono attualmente caratterizzati dal livello più basso di reddito pro capite, la produzione agricola si manifesta tuttora nella forma della sussistenza. La produzione del ramo primario costituisce tra il settanta e l'ottanta per cento della produzione globale, con la conseguente marginalizzazione dell'artigianato per la produzione di servizi alla persona⁹⁶. D'altro canto, mancano i capitali necessari per l'avvio della fase dell'industrializzazione, cosicché è ben difficile creare occasioni di lavoro che non siano all'interno del settore agricolo (di sussistenza). La teoria degli stadi di sviluppo – come si accennava sopra⁹⁷ – ha efficacemente dimostrato che queste sono le condizioni in cui oggi si trovano i Paesi in via di sviluppo, ma non diversamente andavano le cose in passato negli stessi Paesi che ora sono invece caratterizzati dallo stadio di sviluppo del consumo di massa. I diritti collettivi sulla proprietà fondiaria svolgono una importante funzione nei Paesi in via di sviluppo. Qui i piccoli contadini, o i braccianti,

⁹⁴ Sulla quale cfr. W.W. ROSTOW, *The Stages of Economic Growth*, Cambridge, 1960.

⁹⁵ La cui considerazione è certo rilevante, anche nella prospettiva comparativa con i Paesi c.d. avanzati. Si tenga conto che, in Europa occidentale, “solo il 9% del territorio è gestito attraverso istituzioni di proprietà comune” (così N. DEUTSCH, A. GREYTER, *Gestione comunitaria delle risorse silvo-pastorali e valorizzazione mirata delle potenzialità turistiche, economiche e sociali. Ontario e Trentino a confronto*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2010, n. 1, spec. p. 223). D'altro canto, è proprio partendo dal modello proprietario collettivo nei contesti extraeuropei che si è affermato che “Le popolazioni tradizionali possono essere considerate dei nuovi soggetti politici che, attraverso la costruzione di un'identità sociale e collettiva, definiscono, in relazione ad una propria territorialità, strategie di rivendicazione finalizzate alla difesa della propria autonomia” (v. E. CALICETI, *La funzione socio-ambientale degli statuti appropriativi: la proprietà collettiva Quilombola nell'ordinamento agrario brasiliano*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2008, n. 1, spec. p. 260, nt. 122).

⁹⁶ Cfr. i dati riportati in O. CLAUSER, *Ruolo della proprietà collettiva nei paesi avanzati e nei paesi in via di sviluppo*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005, n. 1, p. 131 ss., spec. p. 136.

⁹⁷ V. ante, in questo paragrafo.

possono integrare la produzione derivante dal patrimonio fondiario privato con il reddito ottenuto mediante l'esercizio dei diritti collettivi, poiché in relazione a questi ultimi il godimento spetta al singolo sebbene titolare della proprietà collettiva sia la comunità. In altri termini, la proprietà collettiva diventa nei PVS complementare rispetto alla proprietà privata. Nei Paesi in esame l'industria è largamente assente⁹⁸; la forza lavoro è quindi "costretta" ad esercitare l'attività agricola, e i livelli di produzione sono tali da consentire il raggiungimento (quantomeno) dell'obiettivo della sussistenza per il contadino e la sua famiglia soltanto se l'utilizzo collettivo e regolamentato delle terre che ricadono nella proprietà collettiva riesce ad incrementare la quantità di terra coltivabile. Ne deriva, in definitiva, che è proprio nel primo stadio dello sviluppo, quello nel quale si trovano i PVS, che è fondamentale il ruolo della proprietà collettiva, nell'ottica di garantire la stessa sopravvivenza delle fasce più povere della popolazione, le quali traggono dall'esercizio dei diritti collettivi una quota significativa (oltreché essenziale per la sussistenza) del loro reddito globale.

In via di esemplificazione, come dimostrano documenti elaborati dalla Banca Mondiale⁹⁹, in India il reddito familiare mediamente prodotto dall'utilizzo delle terre comuni si aggira dal quattordici al ventitré per cento del reddito complessivo; inoltre, mentre per le famiglie povere la dipendenza dalle risorse economiche connesse all'esercizio dei diritti collettivi sulle terre comuni è compresa tra un minimo di ben l'ottantaquattro per cento fino ad arrivare addirittura al cento per cento, anche per le fasce cui appartengono le famiglie ricche la quota del reddito proveniente dall'uso delle terre comuni è comunque significativa, dal momento che la quota medesima varia tra il dieci e il diciannove per cento. Per altro verso, è stato stimato che nello Zimbabwe il trentacinque per cento del reddito totale sul quale può disporre la popolazione

⁹⁸ I PVS, infatti, si trovano nel primo stadio dello sviluppo, al quale segue il secondo stadio, detto anche stadio della transizione, che si caratterizza soprattutto per la creazione del sistema infrastrutturale (c.d. infrastrutture preparatorie). Infine, con il raggiungimento del terzo stadio – conosciuto altresì come stadio del decollo – nasce la vera e propria industria, e si ha quindi l'estensione dei vari settori manifatturieri.

⁹⁹ Si veda N.S. JODHA, *Common Property Resources. A Missing Dimension of Development Strategies*, Washington (DC), 1995 (*World Bank Discussion Papers*, n. 169).

rurale è prodotto dal godimento dei diritti collettivi sulle terre comuni, ossia deriva dall'uso di beni liberamente disponibili da parte della comunità (la quale ultima rimane l'unica titolare dei diritti collettivi)¹⁰⁰.

Nei Paesi in via di sviluppo, la proprietà collettiva – ovvero la proprietà comune ad accesso regolato – ha la funzione di garantire la c.d. sostenibilità diacronica dello spazio rurale, impedendo la sua trasformazione – in larga parte o, addirittura, totalmente – in spazio urbano¹⁰¹. Questo aspetto è certamente condiviso dai Paesi c.d. avanzati, nel senso che hanno sistemi economici avanzati rispetto ai sistemi economici arretrati dei PVS. Ma per i PVS la proprietà collettiva ha, altresì, una funzione essenziale che è ormai (pressoché) assente nei Paesi avanzati. Nei PVS, infatti, la funzione produttiva delle terre comuni è funzionale ad assicurare la stessa sopravvivenza della popolazione (numerosa e prevalentemente) povera, nella misura in cui quest'ultima non dispone di alternative occupazionali al di fuori dell'attività agricola.

5. *Comunità di villaggio e distribuzione delle terre secondo i diritti paleoslavi (id est, i diritti storici degli slavi orientali e meridionali)*

La riflessione sull'organizzazione sociale degli antichi popoli slavi¹⁰², condotta a partire dalle fonti storiche ma anche utilizzando materiali etnografici e folklorici, consente di fare ulteriormente avanzare le

¹⁰⁰ Cfr. O. CLAUSER, *Ruolo della proprietà collettiva nei paesi avanzati e nei paesi in via di sviluppo*, cit., p. 137.

¹⁰¹ Per il contesto dell'Africa subsahariana, v. l'eccellente analisi di É. LE ROY, *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, Paris, 2011 (Fondation Maison des Sciences de l'Homme, Coll. *Droit et société, Série anthropologie*, n. 54), p. 177 ss. (altrettanto stimolanti sono le dotte recensioni di quest'opera scritte da R. SACCO, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 163 ss., e A. GERMANÒ, in *Rivista di diritto agrario*, 2013, II, p. 222 ss.).

¹⁰² Soprattutto con riguardo al diritto consuetudinario/contadino russo, su cui v. M. KOVALEVSKY, *Comunità familiari e comunità di villaggio in Russia* (1891), trad. it., in M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, cit., p. 159 ss. (tit. orig.: *Modern Customs and Ancient Laws of Russia*).

conoscenze sui diritti storici relativamente a usi civici e proprietà collettive.

Il nucleo di base della comunità di villaggio, i cui abitanti vivono in abitazioni raggruppate, è rappresentato dalla famiglia allargata, all'interno della quale convivono diverse generazioni. Ogni famiglia allargata è guidata, per comune consenso, da uno dei componenti anziani, il quale riceve la delega generale ad amministrare la famiglia medesima. La figura del capofamiglia (allargata) prende tradizionalmente nel diritto privato paleoslavo il nome di *domovitŭ*, parola che deriva da *dom*, la quale a sua volta significa “casa”. Il *domovitŭ* viene, dunque, eletto dalla comunità familiare; al suo fianco opera, altresì, un capo femminile¹⁰³,

¹⁰³ Circa il ruolo della donna nell'antico diritto consuetudinario (privato e della famiglia) slavo, anche in relazione all'uso collettivo delle terre (ovvero al c.d. collettivismo agrario) e alla proprietà femminile, specialmente sull'orto domestico (c.d. agricoltura femminile di zappa: si ricordi che la zappa, nella cultura paleoslava, faceva parte del corredo in dote alle spose), v. M. GARZANITI, *Gli slavi. Storia, culture e lingue dalle origini ai nostri giorni*, Roma, 2013, p. 69 ss., ed *ivi* spec. p. 71, dove si legge: “Accanto al padre o al capo maschile eletto dal consiglio si trovava sempre anche un capo femminile, di solito la madre, che al contrario non occupava la sua posizione per elezione. Il capo maschile presiedeva ai lavori maschili, ai lavori agricoli e ai rapporti esterni della famiglia con le altre famiglie all'interno del *rod*, mentre il capo femminile esercitava la sua autorità sul lavoro delle donne e sulla disciplina interna della casa. Alla morte del capo maschile ciò che si verificava con maggiore frequenza e regolarità era la successione al capo defunto della vedova, che così assumeva senza più decaderne anche la direzione della parte maschile della famiglia, restando l'unico capo della casa. Si tratta di una successione contemplata dal diritto consuetudinario”.

Sul tema si rinvia, altresì, tanto alla monumentale opera di E. GASPARINI, *Il matriarcato slavo*, Firenze, 1973, quanto al saggio, del medesimo autore, intitolato *Finni e Slavi*, in *Annali dell'Istituto Universitario Orientale* di Napoli (*Sezione slava*, I), 1958, p. 77 ss., ora ambedue disponibili (nella riproduzione mediante scansione) con il titolo *Il matriarcato slavo. Antropologia culturale dei Protoslavi*, Firenze, 2010, t. I-III (i tomi, o parti/sezioni, sono rispettivamente dedicati alla cultura materiale, sociale e spirituale dei popoli paleoslavi), a cura di M. GARZANITI, D. POSSAMAI e con prefaz. di R. Faccani. *Ivi* Remo Faccani, che di Evel (all'anagrafe, Evelino) Gasparini fu discepolo, ricorda (cfr. alla p. XXIII della citata *Prefazione*) che la dizione *Il matriarcato slavo*, anticipatrice della successiva grande monografia “sansoniana” del '73 ma integrata dal (differente) sottotitolo *Note etnologiche sulle credenze religiose, le tradizioni iniziatiche e le costumanze degli antichi Slavi*, fece la sua prima apparizione sul frontespizio delle “dispense universitarie” (edite a Milano nel 1949) relative al corso monografico

ed esiste inoltre una sorta di consiglio della famiglia allargata, del quale fanno parte i componenti della comunità familiare che hanno raggiunto la maggiore età. Si tratta non soltanto di reliquie del passato, dal momento che una organizzazione siffatta viene tuttora conservata (quantomeno) in alcune aree rurali dei Paesi slavi contemporanei.

Più dettagliatamente, cedo qui volentieri la parola all'insigne slavista ed etnologo italiano Evel Gasparini, il quale così argomentava: "La grande-famiglia si forma con la convivenza di figli e figlie sposate nella casa dei genitori. Vivente il padre, è a lui che spetta la direzione della famiglia. Alla sua morte, se i discendenti continuano a convivere, la famiglia si trasformerà in un "consortium" o "societas bonorum" presieduta per comune consenso da uno dei membri anziani di essa, delegato ad amministrarla. Il governo del padre non dura che una generazione. La vera grande-famiglia, di quaranta, sessanta fino a cento e

tenuto da Gasparini nell'anno accademico 1948-49 presso l'Istituto Universitario "Cà Foscari" di Venezia (Gasparini mantenne la cattedra veneziana fino all'autunno del 1967, allorché passò a dirigere il prestigioso Istituto di filologia slava dell'Università di Padova; per alcuni anni, dal 1936 al 1941, fu anche docente, in veste di "professore ospite", nell'Università di Lubiana, dove venne nel contempo incaricato di dirigere il locale Istituto italiano di cultura. Le "dispense universitarie" per l'anno accademico 1953-54, pubblicate a cura dell'Istituto Universitario "Cà Foscari" di Venezia nel 1954, recavano invece il seguente titolo: *La costituzione matriarcale della "grande famiglia" slava*). V., inoltre, a commento dell'*opus magnum* del Gasparini, M. ELIADE, *On the Slavic Matriarchy*, in *History of Religions*, XIV, 1974, n. 1, p. 74, dove l'autore afferma (a p. 76) che "As a matter of fact, Gasparini's mastery of the comparative ethnological literature is perhaps without equal among contemporary historians of Slavic culture". Lo slavista Sergio Molinari, allievo anch'egli di Gasparini, ebbe a definire *Il matriarcato slavo* come una di quelle opere "michelangiolesche nell'insieme e fiamminghe nei particolari": v. R. FACCANI, *Prefazione*, cit., p. XXIII, nt. 22. Ancora a proposito del pensiero gaspariniano, R. FACCANI, *op. cit.*, p. XVIII, scrive che: "Per il campo di indagini e di esplorazioni che considerava l'approdo vero e definitivo del suo impegno di studioso, a Gasparini capitava di suggerire, almeno in privato, l'etichetta di 'slavologia', con l'evidente proposito di dargli un autonomo, specifico statuto all'interno (o al fianco?) della 'slavistica'".

Infine, nel diritto paleoslavo della famiglia viene privilegiato, in sede di successione *mortis causa*, non il primogenito bensì invece il figlio minore. In altre parole, non vige il diritto di primogenitura, che è tipico delle società patriarcali, ma il c.d. principio del minorasco, che certamente ben si addice ad una società matriarcale, o comunque a conduzione materna.

duecento componenti, si forma con la conservazione della comunità dopo la sua morte. Deceduto il padre, la grande-famiglia resta priva di capo naturale. Il potere di chi la presiede sarà limitato e controllato dagli associati (il patrimonio, infatti, non appartiene a lui, ma è comune a tutti gli aventi diritto) e durerà finché egli godrà della loro fiducia e del loro consenso. Indipendentemente dalle esperienze dell'occidente e nel solo ambito del diritto privato, sorgerà presso gli slavi un organo rappresentativo, un consiglio di famiglia, formato dai componenti adulti di essa, talora solo maschi, talora dei due sessi, con assoluta parità di diritti. Il principio della parità era sentito con tale forza da costituire una condizione della validità delle deliberazioni: l'elezione del capo-famiglia, le variazioni patrimoniali, l'ammissione di un membro estraneo, ecc., dovevano ottenere l'approvazione unanime dei soci. L'opposizione del singolo era sufficiente a invalidare la deliberazione. Talora si ricorreva all'elezione del capo solo quando i componenti della famiglia non erano concordi nel riconoscere come capo il membro più anziano di essa¹⁰⁴.

Le famiglie allargate, o "grandi famiglie", formate da discendenti di un medesimo capostipite, componevano una più ampia organizzazione sia parentale sia sociale, denominata *rod*¹⁰⁵. Anche la gestione del *rod*

¹⁰⁴ Si veda E. GASPARINI, *Il matriarcato slavo*, cit. (ediz. 2010), t. II, p. 217 s. Aggiungo che l'opera gaspariniana, come affermava lo stesso autore in una lettera inviata a Ettore Lo Gatto – slavista docente all'Università di Roma (fino al 1965), nonché accademico dei Lincei – il 2 maggio 1981 (e conservata alla Biblioteca Nazionale Centrale di Roma, Fondo Lo Gatto), "è una bella pietra di inciampo per ogni studioso che voglia occuparsi degli Slavi", anche in considerazione dell'apparato bibliografico (l'indice bibliografico del *Matriarcato slavo* contiene ben 1937 opere, "dalle quali – rileva lo stesso Gasparini nella lettera in esame – sono estratte più di 6000 citazioni riportate in nota a piè-pagina").

¹⁰⁵ Questa struttura viene chiamata in serbo *bratsvo*. In dottrina, cfr. J.L. Pič, *La costituzione del rod in Slovacchia* (1878), trad. it., in M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, cit., p. 217 ss., dove si osserva che "La comunità familiare, una delle più antiche ed originali forme della vita nazionale slava, si basa sullo stesso principio della gestione comune della terra su cui si basa la comunità di villaggio, ma con la differenza che non tutto il villaggio, ma gli abitanti di una casa, uniti dalla consanguineità o dall'affinità, con alla testa un *vladyka* o *gazda*, per sangue oppure eletto per accordo comune, hanno lo stesso diritto su tutta la proprietà mobile ed immobile che appartiene alla casa, e la

riprendeva le caratteristiche dell'organizzazione sociale della famiglia allargata. Troviamo, così, il consiglio del *rod*, formato dai membri adulti della comunità, nonché il capo del *rod* con funzioni di rappresentanza esterna dello stesso *rod*. Le decisioni nel consiglio del *rod* vengono adottate secondo la regola dell'unanimità. L'amministrazione dei beni del *rod* è improntata ad un regime di collettivismo. Le abitazioni dei membri del *rod* sono raggruppate, e se il villaggio (come avviene normalmente) è attraversato da una strada (o da un corso d'acqua), avviene frequentemente che da un lato della via (o del fiume/torrente) si trovino le case dei componenti di un *rod* e, dal lato opposto, le case abitate dai membri dell'altro *rod*¹⁰⁶.

gestiscono in comune” (v. p. 223). Con riguardo alle comunità familiari in Russia, v. E. DE LAVELEYE, *Comunità di famiglia e di villaggio* (1888), trad. it., in P.H. STAHL, M. GUIDETTI (a cura di), *Le radici dell'Europa. Il diritto ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, cit., p. 293 ss., spec. p. 299 s., dove l'autore scrive che “Il patrimonio familiare è indivisibile; tutti i membri della famiglia lavorano per la comunità, e le devono consegnare per principio ciò che guadagnano all'esterno, tolte le spese di mantenimento; la ragazza che si sposa riceve una dote, ma non può reclamare una parte dei beni comuni. Non c'è eredità, poiché la comunità si mantiene intatta attraverso i secoli, e le generazioni si succedono nel godimento del patrimonio familiare. Il capo della casa si chiama talvolta *Khozain*, l'“amministratore”, talvolta *Bolshoth*, “il grande personaggio”. Egli amministra, regola i lavori, vende, compera, come il direttore d'una società anonima; ma per le decisioni importanti consulta tutti gli adulti. Se si arriva alla divisione, essa viene fatta tra i maschi adulti abitanti nella casa della famiglia. Le donne e i figli che hanno abbandonato la comunità non vi hanno alcuna parte. È una specie di liquidazione di società. I vantaggi di questa vita in comune sono evidenti. Le spese complessive sono minori; si può applicare meglio il principio della divisione del lavoro. Ogni famiglia mantiene i suoi vecchi e i suoi malati. Quando un figlio parte per fare il servizio militare, i suoi fratelli lavorano al suo posto”. L'opinione di Emile de Laveleye sulla comunità familiare (come anche sulla comunità di villaggio) in Russia è non equivoca: a p. 302, egli afferma, infatti, che “Il dogma del progresso ha talmente invaso il nostro cuore e la nostra mente che noi vediamo in qualunque cambiamento ed in qualunque abbandono delle vecchie consuetudini un passo in avanti. Per quanto mi riguarda, io non posso veder scomparire senza rammarico queste antiche istituzioni collettive che sapevano difendere l'uguaglianza e la rettitudine dei costumi”.

¹⁰⁶ Si tratta della struttura urbanistica dei villaggi c.d. binari. Poiché, d'altro canto, le regole consuetudinarie slave prevedevano il divieto di contrarre matrimonio tra persone appartenenti al medesimo *rod*, ne deriva fra l'altro che “il folclore ci attesta nei canti popolari che l'immagine dell'attraversamento della strada o del corso d'acqua era

Una caratteristica piuttosto singolare dell'organizzazione sociale paleoslava, mantenutasi fino al XX secolo, è costituita dal c.d. affratellamento¹⁰⁷. In forza di questo istituto, assimilabile in qualche misura all'adozione, un giovane uomo poteva entrare a far parte di una famiglia allargata, ponendosi sotto la protezione del capofamiglia oppure, comunque, di un componente autorevole della comunità familiare. L'allargamento del gruppo familiare mediante l'affratellamento¹⁰⁸ era preordinato, nelle epoche più antiche, al compimento di azioni militari, mentre in tempi meno remoti si trattava di fare entrare nella comunità familiare uomini giovani da utilizzare per le attività di natura economica. Le tradizioni religiose dell'Est europeo assimilarono l'istituto dell'affratellamento, consentendone la perpetuazione sino alla fine dell'Ottocento. I c.d. patti di fratellanza erano conclusi, specialmente presso gli slavi del sud¹⁰⁹, nelle chiese (cattoliche od ortodosse), alla presenza del prete davanti al quale i due affratellati si scambiavano il giuramento di "sincera ed eterna amicizia"¹¹⁰. Il rito di affratellamento, dal quale

connessa all'idea del matrimonio" (così M. GARZANITI, *Gli slavi. Storia, culture e lingue dalle origini ai nostri giorni*, cit., p. 73).

¹⁰⁷ In slavo, *pobratimstvo*.

¹⁰⁸ Che si poneva in un certo parallelismo con la stessa istituzione del matrimonio.

¹⁰⁹ In Dalmazia, Serbia e Croazia. V. il fondamentale studio di F. DEMELIĆ, *Il diritto consuetudinario degli slavi meridionali*, in M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, cit., p. 33 ss., trad. it. del saggio originariamente pubblicato, sotto il titolo *Le droit coutumier des slaves méridionaux d'après les recherches de M.V. Bogišić*, in *Revue de Législation ancienne et moderne, française et étrangère*, 1876, p. 23 ss. Ma cfr. anche, sulle consuetudini giuridiche popolari degli slavi meridionali, G. BENACCHIO, *La circolazione dei modelli giuridici tra gli slavi del sud (sloveni, croati, serbi)*, Padova, 1995, p. 7 ss.; M. MAZZA, *Il diritto est-europeo nella circolazione dei modelli giuridici*, in A. COSENTINO (a cura di), *L'identità culturale europea nella tradizione e nella contemporaneità*, Udine, 2004, p. 55 ss., *passim*. Sui tipi di proprietà collettiva, o comunità fondiarie, nella (storia della) società contadina slavo-meridionale, v. N.F. PAVKOVIĆ, *Le caratteristiche della proprietà collettiva e il suo destino nella Jugoslavia contemporanea*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 399 ss.

¹¹⁰ Cfr. la descrizione del "rito di affratellamento" contenuta in F. CONTE, *Gli slavi. Le civiltà dell'Europa centrale e orientale* (1986), trad. it., Torino, 1991, 2ª ed. [tit. orig. *Les Slaves. Aux origines des civilisations d'Europe*], p. 233, il quale riferisce il

deriva una particolare unione fra le persone, vale a dire un legame parentale che però non è basato sul sangue, venne formalizzato nell'*Euco-logio sinaitico* dell'XI secolo, che rappresenta il più antico libro della liturgia slava¹¹¹. Certamente l'affratellamento, nel momento storico in cui diventa un rito sacramentale della tradizione religiosa, si trasforma adattandosi alla tradizione medesima, ma nel contempo si rafforza e ciò in definitiva consente la sopravvivenza stessa del patto di fratellanza.

La struttura sociale della comunità di villaggio – ovvero del c.d. *mir*¹¹² – del diritto paleoslavo fu attentamente indagata dal barone August Franz von Haxthausen negli anni quaranta del XIX secolo. Questi era un esperto agronomo tedesco, il quale già aveva svolto indagini sui sistemi agrari in Germania su incarico di Federico Guglielmo IV di

resoconto fatto dall'etnogiurista serbo VALTASAR BOGIŠIĆ, vissuto tra il 1834 e il 1908 [di quest'ultimo, v. *Materiali dalle risposte all'inchiesta nella Slavia meridionale* (1874), trad. it., in P.H. STAHL, M. GUIDETTI (a cura di), *Le radici dell'Europa. Il diritto ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, cit., p. 59 ss.; ID., *Le ricerche sul diritto consuetudinario russo* (1879), trad. it., ivi, p. 93 ss.].

¹¹¹ Si veda R. NAHTIGAL, *Euco-logium Sinaiticum, Starocerkenoslovanski Glagolski Spomenik*, in *Slovenska Akademija Znanosti in Umetnosti v Ljubljani. Filozofsko-Filolosko-Historicni Razred*, I-II, Ljubljana, 1941-1942 (testo in sloveno). In lingua veicolare, v. il lavoro assai documentato di J. FRCEK, *Euco-logium Sinaiticum: texte slave avec sources grecques et traduction française*, in *Patrologia Orientalis*, t. XXIV, 1933, p. 611-801, e t. XXV, 1943, pp. 490-622.

¹¹² Cfr. A. MEITZEN, *Un mir della Grande Russia* (1895), trad. it., in M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, cit., p. 211 ss. (con riguardo ad un *mir* posto nel governatorato di Charkov, a quel tempo territorio della Russia meridionale ed ora in Ucraina). Sull'evoluzione diacronica delle forme di auto-organizzazione autonoma contadina (c.d. organizzazioni di proprietà agricoli in forma comunitaria) in Russia, v. L. VOLIN, *The Peasant Household under the Mir and the Kolkhoz in Modern Russian History*, in C.F. WARE (a cura di), *The Cultural Approach to History*, New York, 1940; D. ATKINSON, *The End of the Russian Land Commune, 1905-1930*, Stanford (Cal.), 1983; O. FIGES, *Collective Farming and the 19th-Century Russian Land Commune: A Research Note*, in *Soviet Studies*, 1986, p. 89 ss. Per le caratteristiche della "proprietà della comunità" sulle aree boschive (ovvero, sul "bene-foresta") nella Russia zarista, v. M.P. RAGIONIERI, *Il diritto russo delle foreste. Aspetti economici e ambientali*, Milano, 2004, p. 1 ss. (sub cap. I, *Il regime delle foreste nella storia russa*).

Prussia¹¹³. Invitato dallo zar Nicola I di Russia ad effettuare ricerche sul sistema delle proprietà terriere nell'Impero zarista, von Haxthausen si recò in Russia negli anni 1843 e 1844, compì numerosi viaggi nelle aree rurali e fece il resoconto delle sue osservazioni in due volumi, pubblicati ad Hannover nel 1847 sotto il titolo *Studien über die inneren Zustände, das Volksleben und insbesondere die ländlichen Einrichtungen Russlands*¹¹⁴. *Mir* significa, nelle lingue slave, alternativamente “pace” e “mondo”. Presso gli slavi orientali, tuttavia, la parola *mir* indica la comunità di villaggio, e più precisamente la comunità agraria/rura-

¹¹³ Si veda A. VON HAXTHAUSEN, *La costituzione del territorio prussiano* (1839), trad. it., in M. GUIDETTI, P.H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, cit., p. 383 ss., dove l'autore esamina tipologia delle comunità di villaggio e strutture familiari (relativamente al possesso della terra) sia in Germania in generale sia in Prussia in particolare (nelle parole di Haxthausen, v. p. 401, si trattava di considerare “i rapporti giuridici nella provincia di Prussia, specie riguardo al diritto agricolo, a quello delle comunità ed a quello di famiglia”). Sul tema, v. altresì G.L. VON MAURER, *Storia della costituzione di villaggio in Germania*, in P.H. STAHL, M. GUIDETTI (a cura di), *Le radici dell'Europa. Il diritto ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, cit., p. 117 ss. (trad. it. delle pp. 1-68 del cap. I dell'opera dal titolo *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland*, edita ad Erlangen in due voll. 1865-1866).

¹¹⁴ Cfr. A. VON HAXTHAUSEN, *Viaggio nell'interno della Russia, 1843-1844*, con introduzione e cura di S.F. Starr, Milano, 1977, dove la trad. it. della edizione ridotta in lingua inglese del 1972 (tit. orig. *Studies on the Interior of Russia*), ed ivi spec. *sub Le comuni russe*, p. 345 ss. V., inoltre, F.S. STARR, *August von Haxthausen and Russia*, in *Slavonic and East European Review*, n. 44, luglio 1968, p. 462 ss. L'aristocratico August von Haxthausen fu senza dubbio una personalità eccentrica; ad esempio, negli anni in cui studiò giurisprudenza all'Università di Gottinga, tra il 1814 e il 1818, scrisse adattamenti di poesia popolare su un giornale letterario dal titolo *Die Wünschelrute* [La bacchetta magica], né trascurò di interessarsi di fiabe popolari nonché di epica germanica popolare medievale. Promosse costantemente raccolte di materiali folklorici (incluse canzoni folk) e fondò la “Società westfalica per studi storici e antiquari”. Egli, in particolare, tesseva abitualmente le lodi delle comuni agricole slave primitive (*id est*, del “primitivo possesso comune della campagna russa”), quali strutture corporative e base dell'organizzazione dei contadini. La comunità di villaggio russa era per lui espressione del “comunismo contadino”.

le o contadina (*obščina*)¹¹⁵ all'interno della quale i diversi gruppi familiari (*rod*) sono legati dal patto di solidarietà.

La forma organizzativa delle comunità di villaggio del diritto (paleo)slavo orientale è tipicamente collettivistica. L'economia del *mir*, frutto di una evoluzione millenaria, prevede infatti rigorosamente la redistribuzione collettiva sia delle terre sia dei prodotti. La struttura sociale del *mir* contempla la figura del capo-villaggio, che prende il nome di *starosta*. Quest'ultimo viene eletto dai componenti adulti della comunità di villaggio, il cui governo è altresì assicurato dal consiglio degli anziani. Le decisioni del consiglio degli anziani vengono adottate all'unanimità, mentre le stesse funzioni dello *starosta* sono comparativamente minori rispetto a quelle del consiglio degli anziani, e si riducono in definitiva alla rappresentanza esterna del *mir*. Le deliberazioni di maggiore rilevanza, e quindi le decisioni sui rapporti fra i diversi *rod* che compongono la comunità di villaggio, nonché soprattutto la redistribuzione delle terre e dei prodotti¹¹⁶, sono di competenza del consiglio degli anziani. In definitiva, il consiglio degli anziani ha un ruolo fondamentale nell'amministrazione della comunità di villaggio, specialmente sotto il profilo del mantenimento delle regole tradizionali, ossia della *starina*¹¹⁷. Il *mir* conobbe, a grandi linee, tre fasi principali

¹¹⁵ Osserva giustamente G. CRESPI REGHIZZI, in P. BISCARETTI DI RUFFIA, G. CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milano, 1979, nt. 98 a p. 163, che l'*obščina* costituisce la "forma più antica di comunità rurale consuetudinaria nella Russia prerivoluzionaria", nonché il simbolo del "socialismo contadino" dei populisti. In dottrina v., altresì, le ampie disamine di J. BLUM, *Lord and Peasant in Russia from the Ninth to the Nineteenth Century*, Princeton (NJ), 1972, 2ª ed. (il vol. consta di ben 655 pagg.), e di P.P. POGGIO, *Comune contadina e rivoluzione in Russia. L'obščina*, Milano, 1978, il quale, a proposito delle tradizioni comunitarie contadine nella Russia prerivoluzionaria, parla di "utopia comunitaria slavofila" che si struttura come "generalizzazione del modello rappresentato dalle comunità contadine" (cfr. p. 203). Di quest'ultimo autore, v. altresì il saggio intitolato *Controversie attorno alla "comune rurale" russa*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 471 ss.

¹¹⁶ Come anche la relativa pianificazione.

¹¹⁷ L'etimo (paleo)slavo *star-*, che significa "antico" o "anziano" e che è comune (come si è visto nel testo) alle parole *starosta* e *starina*, indica chiaramente l'importanza che viene attribuita alla conservazione della tradizione nell'amministrazione della

nel contesto istituzionale russo(-sovietico). In una prima (lunga) fase, la struttura del *mir* convive con le istituzioni zariste. Nel 1861, con l'adozione della legge di emancipazione dei servi voluta dallo zar Alessandro II, il *mir* vede riconosciute e anzi ampliate le sue funzioni e prerogative. Infine, a seguito della Rivoluzione bolscevica dell'ottobre 1917, il *mir* e le antiche strutture del villaggio slavo vengono dissolte per essere sostituite dalle nuove forme organizzative imposte dalla collettivizzazione socialista¹¹⁸.

Nonostante le vicende storiche sfavorevoli al mantenimento della struttura tradizionale della comunità di villaggio degli slavi orientali fondata sull'unione dei *rod* e sullo sfruttamento collettivo delle terre, anche in epoca contemporanea la distribuzione delle terre veniva talvolta operata presso i villaggi slavi nel modo sopra esaminato. Si ricorda, ad esempio, che soltanto dopo la prima guerra mondiale e grazie alle ricognizioni effettuate dall'aviazione, furono "scoperti" nella regione

comunità di villaggio, ovverosia alla persistenza diacronica di organizzazione e funzionamento del *mir* slavo-orientale.

¹¹⁸ Scorrendo le interessanti annotazioni di A. VON HAXTHAUSEN, *Viaggio nell'interno della Russia, 1843-1844*, cit., si reperiscono, ad esempio alle pp. 348-349, numerose (e significative) massime russe, in cui vengono riconosciuti "l'autorità, il diritto, la sanità della comunità"; tali massime popolari sono le seguenti: "Dio solo guida il *mir*. Il *mir* è una gran cosa. Il *mir* è come onda che monta. Il *mir* ha grandi il capo e il collo. Getta qualsiasi cosa sulle spalle del *mir*, perché il *mir* te la porterà via. Le lacrime del *mir* sono chiare, ma corrodono. Il *mir* sospira, e la rupe scoppia. Basta che il *mir* sospiri e l'eco s'udrà nella foresta. Uno taglia legna nella foresta, e le schegge volano al *mir*. Grazie al *mir* un filo diventerà una veste per l'uomo spoglio. Nessuno al mondo può separarsi dal *mir*. Quello che appartiene al *mir* appartiene anche alla cara madre. Quello che il *mir* decide dev'essere accettato. Quando tutto il *mir* sospira, la generazione d'allora va incontro a miserabile morte. Il *mir* è il bastione della nazione". *Ivi*, a p. 349, si legge altresì che "Per comprendere la natura del *mir* si deve prendere attentamente in esame la caratteristica fondamentale degli slavi in generale e dei russi in particolare. [...] Da nessun'altra parte i vincoli del sangue, l'unità della famiglia e della sua naturale estensione, la comunità, si sono rivelati con tanta forza come nel popolo russo. L'unità della famiglia e la *forma comunitaria della proprietà* costituiscono il carattere originale della società slava; pure, tra gli slavi occidentali questa caratteristica non è tanto sviluppata, o rigidamente conservata, come tra i russi" (il corsivo è mio).

della Polesia (o Polessia)¹¹⁹, al confine tra Bielorussia e Ucraina, alcuni villaggi rurali, i cui abitanti non sapevano della caduta dello zar e – ciò che più conta ai fini della presente indagine – avevano continuato ininterrottamente ad osservare le regole tradizionali millenarie in materia di redistribuzione collettiva delle terre e dei prodotti¹²⁰.

¹¹⁹ In bielorusso *Палесье*, e in ucraino *Полісся*. La radice (paleo)slava del nome Poles(s)ia significa “bosco”.

¹²⁰ Cfr. M. GARZANITI, *Gli slavi. Storia, culture e lingue dalle origini ai nostri giorni*, cit., p. 66. *Ivi* (p. 67) l'autore aggiunge, dal punto di vista storico, che “Già a partire dal medioevo le comunità slave all'interno del Sacro romano impero subirono forti pressioni affinché abbandonassero la tradizionale prassi di sfruttamento collettivo delle terre. Nella sua *Cronaca degli slavi*, Helmold testimonia come Enrico il Leone (1129-1195), duca di Sassonia, dopo aver sottomesso definitivamente le tribù slave occidentali degli obodriti, li costrinse a coltivare ognuno “il proprio appezzamento di terra” (*agrum suum*), ponendo un limite alle ruberie e all'abbandono della terra”.

Per quanto concerne, in particolare, le strutture collettivistiche delle antiche comunità contadine (c.d. villaggi comunitari) della Romania, disponiamo della importante opera di H.H. STAHL, *La comunità di villaggio. Tra feudalesimo e capitalismo nei Principati danubiani*, ediz. it. a cura di B. VALOTA CAVALLOTTI, Milano, 1976 [si tratta di una sintesi in lingua italiana della versione francese, apparsa a Parigi sotto l'egida dell'UNESCO, dell'opera originariamente pubblicata in tre volumi, dal 1958 al 1965, intitolata *Contributii la studiul satelor devălmase românești (Contributi allo studio dei villaggi comunitari romeni)*; fra l'altro, nella copertina della cit. ediz. it. è riprodotta la pianta del “Museo del Villaggio” di Bucarest]. V., inoltre, D. MITRANY, *The Land and the Peasant in Rumania*, London, 1930, p. 228 ss.; H.H. STAHL, *L'organisation collective du village roumain*, relazione presentata al XII Congresso Internazionale di Sociologia, tenutosi a Bruxelles dal 25 al 29.08.1935; ID., *Nerej, un village d'une région archaïque*, I-III, Bucarest, 1939. Circa, poi, il diritto della Romania post-socialista, v. A. PALETTO, A.F. SĂRGHE, *Il ruolo delle proprietà collettive nella gestione dei boschi in Romania*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2009, n. 1, p. 89 ss., ed *ivi* spec. p. 92 ss., sulle tre principali forme di proprietà collettive in Romania, rappresentate da *Obște*, *Composesorat* e *Padurea comunala* (la terza, che è la più diffusa, riguarda approssimativamente 900.000 ettari, ossia il 59% delle proprietà collettive romene, mentre le prime due si estendono per il restante 41%).

Nell'ambito del diritto dell'Est europeo, v. pure N. CZETÒ, A. PALETTO, *Diritti di proprietà e forme di gestione forestale in Ungheria*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2010, n. 1, p. 127 ss. (per l'approccio del gius-forestalista); T. HOFER, *Proprietà collettive di diritto privato in Ungheria*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 519 ss.; B. WIERZBOWSKI, Z. WITKOWSKI, *Le comunità fondiarie in Polonia: il*

6. La proprietà collettiva del suolo agricolo in Cina

Nel contesto dei diritti asiatici, ed in particolare tra gli ordinamenti del lontano Oriente (ossia dell'Asia orientale), spicca il caso della Repubblica popolare cinese. Si tratta – come noto – di un sistema normativo che è tuttora fondato sui principî del diritto socialista, e che quindi attribuisce grande rilevanza alle forme di appartenenza collettiva (o comunitaria) del suolo¹²¹. Di speciale interesse, nell'ottica in esame, appare una sia pure breve disamina della proprietà collettiva del suolo, la quale rappresenta – ai sensi dell'art. 6 della vigente Costituzione della RPC del 1982 (ripetutamente emendata), la forma di proprietà pubblica socialista, di cui sono titolari le “masse lavoratrici”, che si colloca al livello immediatamente inferiore rispetto alla proprietà fondiaria statale. In via preliminare, occorre ancora ricordare che nell'ordinamento della Cina popolare lo studio del sistema politico non può mai essere disgiunto da quello dei sistemi sia giuridico sia della proprietà. Sempre in via di prima approssimazione al tema, è necessario altresì aggiungere che le definizioni di ordine generale in materia di proprietà dei suoli (non soltanto di quelli agricoli) hanno una certa rilevanza che, però, non può essere considerata decisiva, in considerazione del pluralismo degli statuti e della complessità che contraddistinguono la proprietà in Cina

tentativo di adeguamento delle vecchie istituzioni al nuovo ordine sociale, ivi, p. 433 ss.; A. PALETTO, *Agrarian commons in Slovenia: un concetto antico per una moderna forma di gestione forestale*, comunicazione presentata alla 19ª Riunione scientifica del Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive dell'Università di Trento, dedicata al tema generale *Assetto fondiario collettivo: struttura e performances di una entità complessa*, svoltasi dal 14 al 15.11.2013 presso il Dipartimento di Economia e management dell'Ateneo trentino.

¹²¹ Si vedano, oltre al saggio di A. SERAFINO, *L'incerta titolarità delle forme di appartenenza in Cina, tra proprietà collettiva e proprietà statale*, in G. AJANI, J. LUTHER (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009, p. 319 ss., le illuminanti disamine di G. CRESPI REGHIZZI, *Proprietà e godimento del suolo agricolo in Cina*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2011, p. 195 ss.; ID., *Proprietà e diritti reali sul suolo extraurbano*, in *Mondo cinese*, n. 145, 2011, p. 45 ss. Di G. CRESPI REGHIZZI v., altresì, il contributo dal titolo *Ownership and Right of Use of Agricultural Land in China*, in S. BERETTA, L. ZHANG (a cura di), *Contemporary China through the Eyes of Italian Experts*, Pechino, 2012, p. 188 ss. (testo in cinese).

come altrove, ma soprattutto tenendo conto delle peculiarità cinesi, dove le regole sulla proprietà e sulla relativa titolarità sono da cercare non tanto e non solo nella Costituzione oppure in grandi leggi (non peraltro nel codice civile, che ancora oggi non troviamo nell'ordinamento della Cina popolare), quanto piuttosto in misura significativa nelle leggi speciali come pure nelle fonti di rango secondario, vale a dire i regolamenti. Neppure è da trascurare, quando si riflette sul regime (pubblico) di appartenenza dei suoli in Cina, il profilo attinente per un verso le decisioni della magistratura e, per altro verso, i provvedimenti (nonché le prassi) adottati(/e) dalle amministrazioni pubbliche, e quindi in definitiva gli aspetti concernenti la *law in action* (contrapposta alla *law in the books*).

Sebbene anche in Occidente e, segnatamente, nel nostro Paese, non siano mancate in passato e siano anche attualmente piuttosto diffuse le ideologie in vario modo anti-proprietarie ovvero, comunque, sensibili alla stretta interazione tra la dimensione politica e la protezione della proprietà¹²², è chiaro che la questione proprietaria si pone in modo mol-

¹²² Basti pensare al tema, oggi molto dibattuto, dei beni comuni o *commons*, su cui v. in *primis* U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012, nonché prima, dello stesso autore, *I diritti reali*, I, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, e inoltre, sempre di U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, V, 2012, p. 1117 ss., il quale afferma: “Difficile immaginare un’area del diritto civile che più evidentemente rifletta, e a sua volta determini, le trasformazioni politiche, economiche e sociali di un dato periodo storico di quanto lo faccia la proprietà”, per poi aggiungere che “la più significativa trasformazione politica, giuridica e culturale dell’ultimo decennio in materia di proprietà è stata sicuramente l’irrompere sulla scena della nozione di beni comuni, categoria sovversiva della vecchia tassonomia binaria” (*id est* – come precisa poco sopra lo stesso Mattei – “la vecchia dicotomia fra proprietà pubblica e privata”; v. alle pp. 1117-1118). Non mancano, naturalmente, le voci dissenzienti, come per esempio E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, 2013, che prende decisamente le distanze rispetto alla “mistica dei beni comuni”, oppure (ma più cautamente) A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell’ecosistema*, Napoli, 2013 (*sub II*, *Una dimensione pubblica evoluta dei beni o una nuova categoria? Ragionando dei beni comuni*, p. 83 ss.). Poiché sottostante all’idea di bene comune, o *res communis omnium*, vi è la nozione di interesse generale, e quindi un riferimento alle nozioni di interesse pubblico e *res publica*, ne discende che valorizzare il bene comune significa nel contempo ri-valorizzare la *res publica*. Si vedano, ampiamente nonché di

to differente nella Repubblica popolare cinese. In quest'ultimo sistema, infatti, la proprietà non è attribuita soltanto in certi casi – come avviene in Italia – allo Stato, ovvero a enti regionali o enti pubblici, oppure an-

recente, A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 3/2013; A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2013; P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Studi in onore di C. Rossano*, Napoli, 2013, p. 601 ss.; A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino, 2013; G. GALASSO, *Liberalismo e democrazia*, Roma, Salerno Editrice, 2013, p. 69 ss. (il quale individua nei "diritti diffusi" la matrice logica dei beni comuni); C.A. GRAZIANI, *La terra: oggetto di possesso o bene comune?*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2013, n. 1, p. 1 ss.; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; U. MATTEI, *Contro riforme*, Torino, 2013; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, con introduzione della curatrice e postfazione di S. Rodotà, Verona, 2012 (in relazione a quest'ultima opera, v. i commenti di M. BARCELLONA, *A proposito dei "beni comuni": tra diritto, politica e crisi della democrazia*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 617 ss.; C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 209 ss.). Tutto ciò ha, altresì, importanti ricadute pratiche: cfr., da ultimo, I. FRANCO, *Il bene comune e l'incontro-scontro tra pubblico e privato nell'attività della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, p. 643 ss.; N. GIANNELLI, *Beni comuni e servizi pubblici: utilità sociale e gestione democratica*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, p. 583 ss., nonché, nella prospettiva del gius-privatista, A. NERVI, *Il ruolo del contratto nella gestione dei beni comuni*, comunicazione presentata alla 19ª Riunione scientifica del Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive dell'Università di Trento, dedicata al tema generale *Aspetto fondiario collettivo: struttura e performances di una entità complessa*, tenutasi dal 14 al 15.11.2013 presso il Dipartimento di Economia e management dell'Ateneo trentino (dove analisi delle nozioni di beni pubblici, proprietà pubblica, beni comuni e beni collettivi, nonché esame del caso pratico rappresentato dalla gestione dei rifiuti). Si ricordi, altresì, che le questioni concernenti la proprietà collettiva ed i limiti della proprietà sono state discusse anche sulle opposte sponde dei *libertarians*, ossia dei "libertari di destra" e "libertari di sinistra"; v. F.M. NICOSIA, *Il Locke conteso. I diritti di proprietà tra libertarians e left-libertarians*, in *Rivista di Politica*, aprile-giugno 2013, p. 119 ss. (ed *ivi* cfr. pure P. ADAMO, *Left and Right: alle origini del libertarianism*, p. 67 ss.). Per l'approccio critico della gius-comparatistica (e della filosofia politica), v. L. COCCOLI, *"Property is (still) theft!" From the Marx-Proudhon Debate to the Global Plunder of the Commons*, in *Comparative Law Review* (www.comparative-lawreview.com), n. 1/2013, cui *adde*, nella convegnistica, gli interventi di C. SALVI, A. AMENDOLA e A. SOMMA al convegno su *Disarticolare la proprietà? Beni comuni e le possibilità del diritto. Duncan Kennedy, Antonio Negri e Stefano Rodotà*, svoltosi l'8.10.2013 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.

cora – caso di notevole interesse ai fini della presente indagine – a comunità o collettività agro-forestali variamente denominate – e fatto altresì salvo il caso (residuale) dei suoli compresi nell’ambito del demanio pubblico necessario¹²³; per i cinesi, la terra è di proprietà esclusiva dello Stato o di organismi collettivi rurali. Nel primo caso, i testi normativi della Cina popolare fanno riferimento alla proprietà di “tutto il popolo”, mentre nella seconda ipotesi si tratta più propriamente della forma di appartenenza – o proprietà – collettiva, talvolta indicata come proprietà dei contadini. Questo è l’assetto della proprietà che emerge dall’esame delle fonti normative rilevanti della Repubblica popolare cinese, dopo che cioè sono state analizzate sia le norme costituzionali sia le principali leggi destinate in un futuro (forse prossimo) a confluire nel progettato codice civile¹²⁴, e inoltre nelle leggi speciali. Il modello

¹²³ *Id est*, la spiaggia, il lido del mare, ecc. V., *si vis*, M. MAZZA, *I beni pubblici nella prospettiva del diritto pubblico dell’economia*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2013, 2^a ed., p. 325 ss.

¹²⁴ Si vedano L. CHEN, C.H. VAN RHEE (a cura di), *Towards a Chinese Civil Code. Comparative and Historical Perspectives*, Leiden-Boston, 2012 (*Chinese and Comparative Law Series*, n. 1); H. MEILING, *Discussioni e tendenze nel processo di codificazione del diritto civile cinese*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici - International Survey of Roman Law*, n. 41, 2013, 585 ss. Per le regole contrattuali contenute nella *Uniform Contract Law of the People’s Republic of China* (UCL), promulgata il 15 marzo 1999 ed entrata in vigore il 1° ottobre dello stesso anno (il testo legislativo è formato da ben 428 articoli, suddivisi in ventitré capitoli), cfr. J. MO, *Developing Uniform Rules for Commercial Contracts in Greater China: Challenges and Possibilities*, in *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, 2013, p. 128 ss., il quale rileva che nella detta legge vi sono sia previsioni che aderiscono alla *civil law tradition* sia disposizioni aderenti invece alla *common law tradition*, cosicché la Cina appare – nell’opinione dell’autore – un Paese con *mixed legal traditions* (Mo considera comprese nella *Greater China Area*, oltre alla Cina continentale/*Mainland China*, anche Hong Kong e Macao – in quanto Regioni amministrative speciali o RAS – e altresì Taiwan). Adde T. SUN, *Du Droit Chinois des Contrats*, Aix-en-Provence, dicembre 2012, dove riferimenti alla legge sui contratti economici del 1981, alla legge sui contratti economici con l’estero del 1985, alle disposizioni rilevanti nei Principi generali del diritto civile del 1986, alla legge sui contratti tecnologici del 1987, nonché alla legge sui contratti (o legge unificata sui contratti) del 1999 (la nozione giuridica di contratto – in cinese, 合同 –, dapprima contenuta nell’art. 85 dei Principi generali di diritto civile del 1986, è ora delineata nell’art. 2 della legge sui contratti del 1999). In precedenza, v. pure l’ampio commento di Z. MO, *Chinese Contract Law. Theory and Practice*, Leiden, 2006 (la legge unificata

normativo della Cina popolare si presta – come si vede – ad essere studiato secondo le coordinate metodologiche che sono corredo abituale delle conoscenze dei giuristi (come anche degli operatori pratici) appartenenti alla tradizione giuridica di *civil law*, sia pure con alcune importanti eccezioni, le quali sono rappresentate, da un lato, dalla mancanza del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi¹²⁵ e, dall'altro lato, dalla natura quasi-normativa dei “chiarimenti”, ovvero “interpretazioni” o anche “istruzioni direttive”, impartiti(/e)¹²⁶ dalla Corte supre-

sui contratti del 1999 ha abrogato le previgenti leggi – di cui *supra*, in questa stessa nota – relative ai contratti economici ed ai contratti economici con dimensione internazionale, come anche la legge sui contratti concernenti la tecnologia).

¹²⁵ Sia consentito il rinvio al mio saggio breve dal titolo *Repubblica popolare cinese: Verso l'introduzione del controllo giurisdizionale (diffuso) di costituzionalità degli atti normativi?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 942 ss., dove riferimenti al dibattito cinese sviluppatosi – sia pure in anni non recentissimi – sul tema del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, quale alternativa al sistema che oggi è normativamente previsto (anche se in effetti scarsamente praticato) in Cina del controllo politico (o autocontrollo) costituzionale da parte dell'Assemblea nazionale del popolo, ossia del Parlamento nazionale unicamerale della RPC.

¹²⁶ Non diversamente da quanto accadeva in Unione Sovietica, e altresì nei Paesi dell'Est europeo sino al crollo del muro di Berlino nel 1989. Su interpretazione giurisprudenziale e valore del precedente nei Paesi socialisti, con particolare riguardo all'esperienza sovietica, sono tuttora fondamentali le pagine di G. CRESPI REGHIZZI, *Il cittadino Kirill Krapivin e la legge. Quarantaquattro casi di diritto sovietico*, Milano, 1983, ed *ivi v. sub Introduzione*, spec. 4, I “chiarimenti direttivi” delle Corti supreme, p. XVII ss., in relazione alle direttive periodicamente elaborate sia dalla Corte suprema dell'URSS sia, nei limiti delle rispettive competenze istituzionali, dalle Corti supreme delle Repubbliche federate. L'ordinamento giurisdizionale e processuale russo ha mantenuto questo “residuo sovietico”; cfr., da ultimo, A. DI GREGORIO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale della Russia nel biennio 2010-2011*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, spec. p. 4983, dove, a proposito della “natura vincolante dei cosiddetti “chiarimenti direttivi” delle due Supreme Corti della giurisdizione ordinaria ed arbitrale (Corte suprema e Corte arbitrale superiore), resi sia in astratto sia in occasione di un ricorso concreto e che riguardano l'interpretazione delle leggi”, i quali chiarimenti sono “emessi allo scopo di uniformare e chiarire la prassi di applicazione del diritto”, l'autrice rileva che “A tali chiarimenti viene attribuita la stessa efficacia della legge da applicare (con un parallelismo con le sentenze interpretative della Corte costituzionale) ed addirittura efficacia retroattiva, potendosi giustificare la riapertura di un procedimento già deciso con sentenza passata in giudicato qualora dopo la sua definizione normativa un chiarimento della Corte superiore abbia dato un'interpretazione differente delle di-

ma del popolo agli organi giurisdizionali subordinati¹²⁷. Orbene, le fonti cinesi ci dicono al di fuori di ogni possibile dubbio che la proprietà dei suoli, sia urbani sia rurali, in nessun caso può essere attribuita a soggetti privati, siano essi persone fisiche o giuridiche. Se, infatti, i suoli sono urbani, essi appartengono allo Stato; qualora, invece, si tratti di suoli rurali, posti cioè all'esterno delle circoscrizioni urbane, i suoli medesimi ricadono principalmente nell'ambito della proprietà collettiva (in alcuni casi – come sopra anticipato¹²⁸ – esse costituiscono forme di appartenenza collettiva dei contadini). Non sussiste, in ogni, caso, la proprietà privata dei suoli.

La disciplina rilevante è univoca, anche se dispersa in una molteplicità di fonti. Si tratta, in primo luogo, degli art. 6 e 10 della Costituzione della RPC, e inoltre della Legge sull'amministrazione del suolo del 1986 (modificata nel 2004)¹²⁹, dei Principi generali di diritto civile del 1986¹³⁰, della Legge sui comitati di villaggio del 1998, della Legge sul-

sposizioni applicate". Ed ancora – prosegue Angela Di Gregorio – “La Corte costituzionale [russa], nel caso trattato nella sentenza del 21 gennaio 2010 [riguardante la verifica, su ricorso presentato da alcune società per azioni, della compatibilità costituzionale di disposizioni contenute nel codice di procedura arbitrale della Federazione Russa: esattamente, si trattava dell'art. 170, c. 4, dell'art. 311, p.to 1, e dell'art. 312 cod. proc. arb.], ha avallato l'efficacia normativa e vincolante e persino retroattiva dei chiarimenti direttivi, pur stabilendo una serie di condizioni”. In definitiva, si constata la perdurante obbligatorietà dei chiarimenti direttivi emanati dalle Corte supreme nello spazio giuridico post-sovietico.

¹²⁷ Come osserva giustamente G. CRESPI REGHIZZI, *La legge cinese sui diritti reali: pensieri alla rinfusa*, in S. SCHIPANI, G. TERRACINA (a cura di), *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma, 2009, spec. p. 47, nt. 1, “Nonostante la posizione ufficiale e più conservatrice della dottrina cinese in tema di fonti del diritto – a questo riguardo debitrice del pensiero giuridico sovietico e del principio della “legalità socialista” – non v'è dubbio che, non solo nella pratica, questi interventi dell'organo giudiziario di vertice siano equiparabili a fonti normative”. Il chiaro autore *ivi* aggiunge che “Questa conclusione consegue alla constatazione che sentenze rese in contraddizione con interpretazioni della Corte Suprema sono state annullate o riformate per motivi equiparabili a violazioni di legge”.

¹²⁸ V. *ante*, in questo stesso paragrafo.

¹²⁹ Cfr. art. 2.

¹³⁰ V. gli art. 73-74. Sui Principi generali del diritto civile (cin. *Minfa Tongze*), approvati dall'Assemblea nazionale del popolo il 12 aprile 1986 ed entrati in vigore a

l'amministrazione degli immobili urbani del 1994 (emendata nel 2007), della Legge sulla concessione di fondi agricoli nelle aree rurali del 2002, nonché soprattutto (e più recentemente) dalle Legge sui diritti reali adottata dall'Assemblea nazionale popolare (l'organo legislativo nazionale della RPC)¹³¹ il 16 marzo 2007 ed entrata in vigore il 1° ottobre dello stesso anno¹³². Bisogna, ulteriormente, precisare, che quando

partire dal 1° gennaio 1987, v. H. PAZZAGLINI, *La recezione del diritto civile nella Cina del nostro secolo*, in *Mondo cinese*, n. 76, 1991, p. 49 ss. *Amplius*, cfr. R. BERTINELLI, *Verso lo stato di diritto in Cina. L'elaborazione dei principi generali del Codice civile della Repubblica popolare cinese dal 1949 al 1986*, Milano, 1988 (Università LUISS "Guido Carli", *Collana di studi storico-politici*, vol. 5). Nella letteratura straniera, v. *ex plurimis* J. OCKO (a cura di), *The Emerging Framework of Civil Law in China*, n. tematico di *Law and Contemporary Problems*, n. 52, 1989.

¹³¹ L'ordinamento cinese-popolare contempla, oltre alle leggi nazionali, le leggi di livello (sub-nazionale/sub-statale, e cioè) locale, adottate specialmente dalle Assemblee popolari provinciali, ma anche dalle Assemblee popolari sia delle regioni autonome sia delle municipalità autonome; si veda lo studio dettagliato di M. XIA, *The People's Congresses and Governance in China. Toward a Network Mode of Governance*, London-New York, 2008. Sulla funzione legislativa attribuita all'ANP, considerata nel quadro del sistema di governo assemblear-popolare della RPC, cfr. A. RINELLA, *Cina*, in R. DICKMANN, A. RINELLA (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti costituzionali contemporanei*, Roma, 2011, p. 387 ss.; ID., *L'attività legislativa in Cina. L'"obliquità" dell'ordinamento costituzionale cinese tra rule of law e pragmatismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 3 ss., il quale si sofferma sulla distinzione tra leggi nazionali fondamentali e leggi nazionali ordinarie (cfr. p. 14 ss.). Per il ruolo delle commissioni parlamentari, v. M. IACOMETTI, *L'organizzazione interna dei Parlamenti*, Roma, 2010, p. 247 ss. Con riguardo al (complesso) sistema delle fonti normative nella Cina popolare, v. infine F.R. ANTONELLI, *La "Legge sulla legislazione" ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, in *Mondo cinese*, n. 119, 2004, p. 23 ss., dove l'autore analizza in modo approfondito la legge sulla legislazione (*Law on Law-Making*, cin. *lifa fa*) approvata dall'ANP il 15 marzo 2000.

¹³² Di quest'ultima legge – c.d. *Law of Property-LP*, in cinese *wuquan fa* – cfr. gli art. 47 e 58. Per un vasto commento, con la partecipazione anche di studiosi della RPC, v. S. SCHIPANI, G. TERRACINA (a cura di), *Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, cit., cui adde F. FONTANAROSA, *La proprietà collettiva nel diritto cinese*, in *Archivio Scialoja - Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2012, n. 1, p. 199 ss.; P. RESCIGNO, *La nuova legge cinese sui diritti reali*, in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, cit., p. 215 ss. In particolare, P. RESCIGNO (*op. ult. cit.*, p. 215 s.), rileva che "Può essere interessante per gli studiosi italiani soffermarsi sull'articolo 3 della legge ora in vigore in Cina. La

si parla di proprietà statale e di proprietà collettiva nel diritto della Cina popolare, il titolare effettivo dei poteri di gestione e di controllo del suolo va individuato caso per caso, nel senso che per la proprietà dello Stato si tratterà del Consiglio (degli affari) di Stato, ossia il Governo

disposizione ha un carattere storico-narrativo con riguardo all'evoluzione del diritto cinese ed è così redatta: "Lo Stato, nella fase iniziale del socialismo, si attiene ad un sistema economico fondamentale in cui la proprietà pubblica costituisce l'elemento principale, e nel quale economie a più forme di proprietà si sviluppano congiuntamente. Lo Stato consolida – ed è questa l'attuale situazione del diritto cinese – e sviluppa l'economia pubblica, incoraggia, sostiene ed indirizza lo sviluppo dell'economia non pubblica. Lo Stato – infine – attua l'economia di mercato socialista, garantisce a tutti i soggetti del mercato una pari posizione giuridica e il diritto allo sviluppo". La norma, tuttavia, non ha soltanto finalità di ricostruzione storica del sistema; ha altresì valore di programma all'interno della legge sulla proprietà e i diritti reali".

Il testo legislativo della *Property Law* (o *new property code*) cinese è disponibile nella versione italiana: cfr. G. TERRACINA, *La legge sui diritti reali*, in S. SCHIPANI, G. TERRACINA (a cura di), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese*, Torino, 2008, vol. 5 (l'opera – meritoria per la conoscenza in Italia dell'ordinamento cinese – è realizzata su iniziativa dell'"Osservatorio sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico", grazie al sostegno del CNR-Dipartimento Identità Culturale, dell'Università di Roma "La Sapienza", dell'Università di Roma "Tor Vergata" e dell'Università della Cina di Scienze politiche e Giurisprudenza). Sui lavori preparatori, v. G. CRESPI REGHIZZI, *Proprietà e diritti reali in Cina*, in *Mondo cinese*, n. 126, 2006, p. 26 ss.; A. SERAFINO, *In tema di proprietà in Cina (i progetti della legge sui diritti reali)*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 549 ss.; G. TERRACINA, *Intorno alla legge sui diritti reali della RPC*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, n. 35, 2007, p. 281 ss. La Legge sui diritti reali, che si compone di ben 247 articoli, è stata emanata dall'ANP dopo sette esami della bozza; il lavoro di redazione del provvedimento legislativo, iniziato alla fine degli anni novanta del XX secolo, si è prolungato per circa otto anni. Nella dottrina straniera, v. ad esempio S. MESSMANN, *Protection of Property in China. Changes under the New Chinese Legislation*, in *Zeitschrift für Chinesisches Recht*, 2008, n. 2, p. 113 ss.; A.H.Y. CHEN, *The Law of Property and the Evolving System of Property Rights in China*, in G. YU (a cura di), *The Development of the Chinese Legal System. Change and Challenges*, London-New York, 2011, p. 81 ss.; X. SONG, *Das neue chinesische Eigentumsgesetz zwischen sozialistischer Kontinuität und Wandel. Zur Weiterentwicklung des verfassungsrechtlichen Schutzes des Privateigentums in der VR China*, Hamburg, 2013.

popolare centrale (o nazionale) della RPC¹³³, oppure di sue articolazioni periferiche¹³⁴, laddove invece per la proprietà collettiva viene in considerazione una pluralità di organi e organismi, chiamati di volta in volta comitati, gruppi (o sottocomitati) ovvero ancora organizzazioni economiche collettive, comunque istituiti ai differenti livelli delle suddivisioni amministrative previste dall'ordinamento cinese¹³⁵.

Ma è lecito domandarsi, a questo punto: è sempre stato così nella storia del diritto di proprietà nella Repubblica popolare cinese? Quale è stato il trattamento riservato ai diritti storici di proprietà nella RPC prima dell'attuale Costituzione del 1982, la quale senza dubbio – come si è visto sopra – afferma il duopolio della proprietà, ossia la rigida dicotomia tra proprietà statale e proprietà collettiva? La comparazione diacronica, o storiografica¹³⁶, non manca di fornire sorprese. Il Programma comune (o Costituzione provvisoria) del 1949, approvato all'indomani della proclamazione della Repubblica popolare cinese, faceva riferimento all'art. 27 alla proprietà del suolo acquisito dai contadini e alla correlata necessità di tutela, come anche più genericamente alla politica di assegnazione della terra ai coltivatori. A sua volta, la Costituzione del 1954 affermava, all'art. 5, l'esistenza in Cina di quattro forme di proprietà¹³⁷, rappresentate dalla proprietà statale e inoltre dalla proprietà cooperativa, personale e capitalistica. La medesima Carta costituzionale, rimasta in vigore per oltre un ventennio, stabiliva espressamente, all'art. 8, che la proprietà fondiaria dei contadini è protetta dallo Stato cinese.

¹³³ Rinvio al mio ampio studio monografico dal titolo *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, Milano, 2006 (spec. IV, *Le funzioni esecutive*, p. 63 ss.). V. altresì, più brevemente, A. RINELLA, *Cina*, Bologna, 2006 (Coll. *Si governano così*, a cura di C. Fusaro), p. 67 ss.; M. MAZZA, *La Cina*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009 (rist. 2013), p. 616 ss., spec. p. 624 ss.

¹³⁴ Che prendono il nome di Dipartimenti per la gestione dei terreni.

¹³⁵ Mi permetto di rinviare alla mia monografia intitolata *Decentramento e governo locale nella Repubblica popolare cinese*, Milano, 2009.

¹³⁶ Ovvero, la comparazione verticale, contrapposta alla comparazione orizzontale (il cui scopo principale consiste nel "tesaurizzare" le esperienze di altri Stati).

¹³⁷ Relativamente ai beni di produzione.

Gli usi collettivi del suolo basati sul diritto consuetudinario cinese sono alterati dalla legge sulla riforma agraria del 1950, che avvia un processo all'esito del quale la proprietà fondiaria dei contadini "ricchi" verrà effettivamente frazionata e distribuita ai contadini "poveri". Ma anche questa legge riconosce esplicitamente, all'art. 7, la proprietà fondiaria dei contadini "medi", e altresì quella della sottocategoria dei contadini "medi benestanti". La norma da ultimo menzionata, infatti, pone l'obbligo di rispettare (e, quindi, il divieto di violare) la proprietà dei suoli di contadini "medi" e "medi benestanti". Venne, quindi, il periodo della campagna per la cooperazione agraria, lanciata nel 1955 dal Partito comunista cinese. Anche in questo caso, peraltro, veniva fatta salva la proprietà privata del suolo, come risulta con evidenza dal tenore letterale degli Statuti-modello delle cooperative di coltivatori approvati dal 1956 nei quali, per un verso, si poneva l'accento sulla necessità di procedere risolutamente lungo la strada della gestione "unificata e centralizzata" della proprietà dei suoli, in vista della trasformazione del suolo agricolo in proprietà collettiva delle cooperative di coltivatori, ma per altro verso era altresì riconosciuto, all'art. 11 degli Statuti-modello in esame, il diritto del socio che intendesse recedere dalla cooperativa di ottenere la ri-assegnazione della terra che aveva in precedenza conferito nella cooperativa, ovvero comunque una porzione di terreno eguale, per estensione e qualità, all'appezzamento già conferito nella cooperativa. Nel 1958 si apre una nuova fase. Le cooperative agricole sono trasformate forzatamente nelle Comuni del popolo¹³⁸. Gli ex cooperativisti devono trasferire alle Comuni tutte le loro proprietà, che quindi entrano a far parte della proprietà collettiva delle Comuni. I soggetti collettivi, rappresentati da brigate e squadre di produzione, non hanno alcun titolo di proprietà sui fondi rustici¹³⁹, ma esercitano unicamente diritti di godimento. Persino durante il periodo convulso della Rivolu-

¹³⁸ Cfr. M. ZACCAGNINI, *Modelli di impresa agricola collettiva: le comuni popolari agricole cinesi*, in *Riv. dir. agr.*, 1980, I, p. 670 ss. (parte 1^a) e 1981, I, p. 80 ss. (parte 2^a), nonché M.B.C. GARZIA, *La Comune Popolare come strumento egemonico del Mao Tse-tung-pensiero*, in *Mondo cinese*, n. 17, 1977, p. 33 ss.

¹³⁹ Nonché sugli ex piccoli fondi rustici.

zione culturale e del c.d. nichilismo giuridico¹⁴⁰, nel vigore quindi della Costituzione “ultra-maoista” del 1975¹⁴¹, non venne del tutto cancellato il riferimento alla peculiare forma di appartenenza dei suoli consistente nella proprietà privata. Sebbene, infatti, manchino riferimenti espressi alla proprietà privata nella Carta costituzionale del 1975, cionondimeno il terzo comma dell’art. 6 della Costituzione in esame dispone che lo Stato può requisire, espropriare o nazionalizzare i suoli sia urbani sia rurali, e questo lascia implicitamente (ma univocamente) intendere che forme di proprietà privata continuavano a sussistere.

La successiva Costituzione del 1978¹⁴² certamente recepisce il paradigma della proprietà dello Stato sui suoli, secondo le previsioni dell’art. 6 Cost., ma fa altresì riferimento, nell’art. 7, alla proprietà collettiva delle Comuni del popolo, con alcune affermazioni dal carattere tendenzialmente “aperto”, nella misura in cui si parla della proprietà che, “nella fase attuale”, è attribuita su tre livelli, ossia la Comune, la brigata e la squadra di produzione.

In definitiva, è soltanto con l’adozione della Costituzione del 1982 che il duopolio della proprietà fondiaria, edificato sulla dicotomia della proprietà statale e della proprietà collettiva, giunge a perfezionamento. Tuttavia, se da un lato si è trattato di un punto di arrivo, segnato dalla consacrazione a livello costituzionale della protezione della proprietà esclusivamente attribuita allo Stato ovvero agli organismi collettivi ru-

¹⁴⁰ Dal 1966 al 1976, periodo che oggi i cinesi chiamano “i dieci anni di disordini”; cfr. R. CAVALIERI, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999 (Centro studi per i popoli extraeuropei “Cesare Bonacossa” dell’Università di Pavia, vol. 15), nonché prima G. CRESPI REGHIZZI, *Diritto cinese e rivoluzione culturale*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, II, p. 300 ss.

¹⁴¹ Preferisce parlare di Costituzione “tardo-maoista” J. LUTHER, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in G. AJANI, J. LUTHER (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, cit., spec. p. 106 ss. Un ampio commento al testo costituzionale cinopopolare del ’75 si trova in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Repubblica popolare Cinese. Un “modello” nuovo di ordinamento statale socialista (Costituzione del 17 gennaio 1975)*, Milano, 1977.

¹⁴² Che Jörg Luther definisce “post-maoista” (v. *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., p. 109 ss.).

rali¹⁴³, dall'altro lato la normativa costituzionale rappresenta nel contempo due diversi punti di ripartenza. Sotto un primo profilo, infatti, alle disposizioni costituzionali ha fatto seguito l'approvazione di parecchie norme legislative ordinarie – già sopra menzionate¹⁴⁴ – che hanno dato attuazione, specificandole nel dettaglio, alle previsioni di rango superprimario. Da un differente punto di vista, le norme della vigente Costituzione devono altresì fare i conti con le nuove tendenze del diritto (e della stessa politica) della Repubblica popolare cinese, non da ultimo in esito al recente XVIII Congresso del Partito comunista cinese svolto nel novembre del 2012¹⁴⁵ e dalla conseguente successione di Xi Jinping a Hu Jintao nelle cariche di segretario del PCC, Presidente della RPC e Presidente della Commissione militare centrale¹⁴⁶, poiché anche nella Cina popolare sono sempre più pressanti le domande volte ad ottenere almeno parzialmente la privatizzazione dei suoli sia agricoli sia suburbani e urbani¹⁴⁷, cosicché si ripresentano nella Cina odierna, so-

¹⁴³ È stata, così, portata a compimento la integrale nazionalizzazione e collettivizzazione dei suoli sia rurali sia urbani, mentre per l'epoca precedente bisogna dunque ritenere che tali fenomeni, sebbene di larga applicazione, non avessero però ancora del tutto eliminato l'appartenenza privata dei suoli.

¹⁴⁴ Nel presente paragrafo.

¹⁴⁵ Per l'esattezza, dall'8 al 14.11.2012. Cfr. P. GÉLARD, *Droit constitutionnel étranger - L'actualité constitutionnelle en Russie, dans les États de la CEI et de l'Europe centrale et orientale, et dans les pays toujours ou anciennement communistes (janvier-décembre 2012)*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, p. 757 ss., sub *Chine*, 3, *Le XVIII Congrès du PCC*, p. 783.

¹⁴⁶ In particolare Xi, già da novembre 2012 segretario generale del PCC e segretario della Commissione militare centrale, è stato eletto il 14 marzo 2013 Presidente della RPC durante l'annuale sessione plenaria dell'Assemblea nazionale del popolo, con 2952 voti favorevoli su un totale di 2956 (tre astenuti e un solo voto contrario). Si veda A. ANDRÉSY, *Xi Jinping. La Chine rouge nouvelle génération*, Paris, 2013.

¹⁴⁷ Cfr. V. CARDINALE, *Evoluzione del diritto di proprietà e socialismo del libero mercato*, in A. RINELLA, I. PICCININI (a cura di), *La costituzione economica cinese*, Bologna, 2010, p. 209 ss., la quale rileva che “Tra i diritti entrati a far parte della costituzione economica cinese quello di proprietà è probabilmente il più emblematico, in quanto tradizionalmente considerato l'elemento determinante, il perno, di due opposte concezioni del mercato, quella capitalista e quella socialista, la prima tesa a enfatizzare l'intangibilità e l'invulnerabilità della proprietà privata di fronte allo Stato, difensore dell'ordine economico e sociale esistente; la seconda invece diretta alla sua eliminazione”

prattutto (ma non solo) per i fondi agricoli, pastorali e boschivi, i pericoli rappresentati tanto dalla “invadenza dell’industrializzazione” quanto dalla “rapacità della speculazione immobiliare”¹⁴⁸.

(cfr. p. 209). Sul tema v., ampiamente, C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994.

¹⁴⁸ Si vedano le convincenti (e, a mio parere, pienamente condivisibili) osservazioni di G. CRESPI REGHIZZI, *Proprietà e godimento del suolo agricolo in Cina*, cit., p. 198.

IL LIBRO FONDIARIO IN TRENTINO-ALTO ADIGE/ SÜDTIROL: ORIGINI STORICHE E PROSPETTIVE FUTURE

Marco Gaggero

SOMMARIO: 1. *Introduzione: origini e sviluppo del sistema tavolare in Trentino-Alto Adige/Südtirol.* - 2. *Il sistema tavolare: Catasto e Libro fondiario.* - 3. *La concordanza tra Catasto e Libro Tavolare.* - 4. *Attualità e prospettive future nel sistema tavolare in Trentino-Alto Adige/Südtirol.*

1. *Introduzione: origini e sviluppo del sistema tavolare in Trentino-Alto Adige/Südtirol*

Per affrontare lo studio del sistema tavolare, con particolare attenzione alla Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol, è opportuno fare preliminarmente un richiamo alla genesi storica dell'attuale disciplina¹.

L'origine storica diretta del Libro Fondiario si può far risalire al sistema delle *tabulae terrae* o *Landtafeln*, da cui si trasse il nome del sistema "tavolare", posto in essere in Boemia già nel XIII secolo e consistente in pubblici registri degli affari conclusi in materia immobiliare. Nei territori occupati da popolazioni germaniche la necessità di accertare con mezzi inoppugnabili le variazioni della proprietà immobiliare

¹ La dottrina sull'argomento è molto ampia: per una ricognizione generale del sistema si rinvia, tra gli altri, a G. CERVAI, voce *Libri Fondiari*, in *Noviss. Digesto*, IX, Torino, 1963; G. FALQUI MASSIDDA, *Il sistema tavolare italiano e la trascrizione*, Trento, 1988; G. GABRIELLI, voce *Libri Fondiari*, in *Noviss. Digesto it.*, Appendice, V, Torino, 1983, 950; ID., voce *Libri Fondiari*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, 3; F. MARGONARI, *Libro fondiario e Catasto*, in *Commentario delle norme di attuazione dello Statuto speciale di autonomia*, Trento, 1995, 351; L. MENGONI, *Caratteristiche generali del sistema tavolare italiano in raffronto a quello austriaco*, in *Atti del Convegno sul sistema tavolare*, Gorizia, 1999; L. POMBENI, *Il Libro Fondiario nella teoria e nella sua pratica attuazione*, Bolzano, 1948; ID., *Il Libro Fondiario*, Trento, 1971.

aveva dato origine ancora in tempi relativamente remoti ad istituzioni pubbliche dirette ad attribuire carattere di verità alle manifestazioni tra le parti: ne sono vari esempi l'istituto della testimonianza delle variazioni immobiliari da parte di persone pubblicamente note come degne di fede, oppure l'istituzione del notariato, o ancora la stipula dei negozi giuridici davanti ai tribunali che conservavano appositi registri.

In tali registri venivano iscritti tutti gli atti di acquisto, modificazione, trasferimento ed estinzione di diritti reali, con l'effetto di fare fede pubblica di fronte a chiunque, poiché l'iscrizione aveva luogo solamente dopo che si era provata la disponibilità del fondo e la validità anche sostanziale del titolo di acquisto.

L'iscrizione nei registri, inizialmente considerata solo come prova, col passare del tempo assunse rango di requisito essenziale per l'acquisto o il trasferimento del diritto reale. Questo sistema, a poco a poco, si estese ad altri territori della Corona asburgica (come a Trieste con la Patente Sovrana 26 ottobre 1772), mentre in altre province dell'Impero trovarono applicazione differenti modalità di pubblicità immobiliare, come il sistema delle notifiche dell'Istria, quello dei libri delle ipoteche della Dalmazia e quello dell'archiviazione del Tirolo. Nel 1811 venne emanato in Austria il Codice Civile generale il quale, pur non contenendo norme relative al diritto tavolare e alla tenuta dei relativi libri, dettava norme di diritto materiale in relazione alle trascrizioni dei rapporti giuridici nei libri pubblici.

Le origini storiche e tecniche del Catasto fondiario ex austriaco in Italia si possono individuare nel Censo Milanese risalente al 1718 ed attivato da Maria Teresa d'Austria nel 1759 con il quale si era voluta la rappresentazione grafica della proprietà. Il Catasto austriaco, così come ci è pervenuto, venne successivamente ordinato da Francesco I d'Austria con la Patente Sovrana del 23 dicembre 1817 allo scopo di perequare l'imposta fondiaria: i lavori, iniziati alcuni anni prima di tale data, vennero portati a compimento in epoche diverse, tra il 1818 e il 1828 nel Friuli-Venezia Giulia, mentre furono eseguiti tra il 1851 e il 1861 nei *Länder* del Vorarlberg, Tirolo e Trentino, parte dei quali corrisponde al territorio dell'attuale Regione Trentino-Alto Adige.

Nel 1928, in sede di "unificazione legislativa nei territori annessi al Regno", il mantenimento del sistema tavolare, disposto dall'art. 2 del

R.D. 4 novembre 1928, n. 2325, appare come una soluzione transitoria “fino a nuove disposizioni di carattere generale per la pubblicità dei diritti sugli immobili”. Tale apparente transitorietà si consolida invece con il R.D. 28 marzo 1929, n. 499, il quale dispone che i libri fondiari siano regolati dalla legge generale austriaca 25 luglio 1871, B.L.I. n. 95, nel nuovo testo allegato, e che, limitatamente ai territori annessi, siano altresì conservati in vigore tutte le altre leggi e regolamenti sui libri fondiari e ferroviari, in quanto compatibili con il citato decreto e con il nuovo testo della legge generale austriaca del 1871².

Va in primo luogo sottolineata la singolarità di tale situazione, nella quale all'intenzionale manifestazione di sovranità consistente nel predisporre un formalmente autonomo testo della legge generale austriaca, fa riscontro un generico e confuso rinvio a tutte le altre fonti di disciplina del sistema, lasciando all'interprete il compito non facile di stabilire quali fossero le disposizioni compatibili e quali no, nel delicato settore dell'impianto e della tenuta dei libri³.

Con la circolare n. 9016 del 13 ottobre 1932 il Ministero delle Finanze disponeva: “Poiché nelle Terre Redente vige l'Istituto del Libro Fondiario (Tavolare) che non esiste nelle altre Province del Regno e poiché il Catasto vi è strettamente collegato e ne forma anzi un necessario completamento, la conservazione del catasto nelle terre Redente deve essere fatta seguendo la legislazione ex austriaca, e cioè sulla base della Legge 23 maggio 1883, B.L.I. n. 83, e dell'Ordinanza Ministeriale 11 giugno 1883, B.L.I. n. 91”, ricollegando pertanto la disciplina del Catasto a quella precedentemente dettata per il libro tavolare. Questa circolare rappresenta il primo riconoscimento ufficiale dell'esistenza e dell'operatività nel territorio nazionale di un sistema catastale del tutto diverso ed estraneo alla normativa prevista dalla Legge sulla perequazione fondiaria del 1° marzo 1886, n. 3682, che ordinava la formazione del Nuovo Catasto dei Terreni (N.C.T.) e conseguentemente a tutto il

² Vedi M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Trentino*, Padova, 1932.

³ Così F. TRAVERSA, *Sistema tavolare-catastale; coordinamento dei relativi servizi; aspetti giuridici, fiscali e tecnici*, in *Il Sistema Libro Fondiario-Catasto nel Trentino-Alto Adige (Atti del terzo Convegno, Bolzano 23-24 ottobre 1981)*, Trento, 1981, p. 28.

sistema di trascrizione vigente nel resto dell'Italia attraverso gli Uffici dei registri immobiliari⁴.

In verità già dal 1923 con il R.D. 11 gennaio 1923, n. 148, era stata estesa ai territori annessi dopo la conclusione della prima guerra mondiale la disciplina in materia di imposte dirette sui redditi vigenti nelle cosiddette Vecchie Province, comprese le disposizioni che regolano le agevolazioni o le esenzioni dalle dette imposte. Da allora, nessun atto di natura legislativa venne più emanato al riguardo, rinunciando a rendere applicabile anche nelle Terre Redente la normativa del N.C.T. e riconoscendo implicitamente l'autonomia del sistema pubblicitario del Libro Fondiario, nel quale i diritti raggiungono il valore di prova della loro titolarità rispetto al sistema della trascrizione che, come è noto, non offre ai terzi nessuna certezza della effettiva situazione giuridica⁵.

Il richiamo ad una legislazione esterna all'ordinamento italiano costituisce pertanto un'anomalia o, quanto meno, una condizione eccezionale, riguardante una limitata porzione del territorio italiano, mantenuta per i motivi sopra esposti, e che verranno approfonditi nel prosieguo, e ha conosciuto numerosi e successivi aggiornamenti e adeguamenti legislativi, favorendo altresì un significativo dibattito dottrinale circa l'estensibilità del sistema a tutto il territorio nazionale.

Sebbene numerosi siano gli interventi legislativi nazionali che si applicano anche ai territori ove vige il sistema tavolare (principalmente il Regolamento per la conservazione del N.C.T., R.D. 8 dicembre 1938, n. 2153; il R.D.L. 4 aprile 1939, n. 589, sulla revisione generale degli estimi), nell'attuare l'unificazione legislativa in tutto il territorio nazionale, il legislatore non ritenne necessario sostituire il sistema della trascrizione a quello del libro fondiario, conscio dei numerosi elementi positivi che quest'ultimo offre rispetto al primo. Dopo il secondo conflitto mondiale, la normativa sul Libro Fondiario, alla quale il Governo centrale aveva dedicato poca attenzione, ritorna nell'alveo di origine,

⁴ Sui dubbi in ordine alla legittimità dell'adozione di uno strumento quale la circolare amministrativa si rinvia a F. TRAVERSA, *op. cit.*, p. 29.

⁵ Parte della dottrina intravede nella assenza di provvedimenti di estensione del sistema catastale nazionale ai territori c.d. delle Terre Redente un riconoscimento implicito della superiorità del sistema tavolare: così C. TURCO, *Il sistema catasto-tavolare nella Regione Trentino-Alto Adige*, Trento, 1988, p. 5.

con l'attribuzione alla Regione Trentino-Alto Adige della competenza legislativa primaria e della competenza amministrativa in materia di impianto e tenuta dei libri fondiari; con le norme di attuazione del primo statuto speciale di autonomia, emanate con d.P.R. 30 giugno 1951, n. 574, la materia viene smembrata in più sub-materie: alla Regione l'impianto e la tenuta dei libri, allo Stato l'efficacia dei libri, i controlli giudiziari sulle operazioni tavolari e le attribuzioni dell'Autorità giudiziaria. Questa suddivisione, apparentemente razionale, si rivela alquanto teorica, non essendo possibile nella pratica separare compiutamente la tematica dell'impianto e della tenuta da quella degli effetti sostanziali del sistema, né dimenticare che gli interventi giudiziari spiegano efficacia anche sulla tenuta dei libri. Di tale difficoltà si trova traccia nella prima legislazione della Regione Autonoma, la Legge Regionale 8 novembre 1950, n. 17, la quale dispone che per l'impianto dei libri si applica la legge ex regime del 17 marzo 1897, B.L.I. n. 9 (valevole per la contea del Tirolo), mentre per la tenuta dei libri fondiari valgono le disposizioni del R.D. 28 marzo 1929, n. 499 in quanto non contrastino la legge regionale.

Questo intervento sblocca, se così si può dire, la situazione normativa prima rigidamente ancorata alla legge austriaca del 1871, ma, per converso, non contribuisce a chiarire la disciplina in quanto il R.D. del 1929 riguarda l'efficacia sostanziale del sistema e la procedura del suo funzionamento piuttosto che essere un provvedimento sulla tenuta dei libri. L'esperienza nel frattempo maturata induce perciò gli organi regionali ad intervenire in più riprese per chiarire i dubbi e correggere le distorsioni derivanti dalla applicazione di fonti normative originate in un diverso sistema, producendo così una serie di provvedimenti, di natura prevalentemente regolamentare, volti a modificare ed aggiornare i relativi provvedimenti dell'ordinamento austriaco come se fossero parte integrante dell'ordinamento italiano.

Tuttavia va sottolineato che, come sostenuto da autorevole dottrina, il riferimento alla legge austriaca del 1871 (attualmente non più in vigore in Austria) non ha il significato di un rinvio, cioè non designa una fonte, appartenente ad un ordinamento straniero, alla quale l'interprete deve attingere la disciplina dei libri fondiari in quelle che un tempo erano chiamate Nuove Province; alla stessa stregua non viene naziona-

lizzata, con valenza limitata alle suddette province, la legge austriaca appropriandosi del suo contenuto normativo e formulandone una traduzione in lingua italiana. Non solo numerose norme sono state soppresse, ma le norme conservate hanno subito modificazioni sostanziali tali da alterare persino il caratteristico tratto del sistema tavolare austriaco; di fatto, la legge austriaca del 1871 costituisce solamente il presupposto di fatto autonomamente assunto dal legislatore italiano per la determinazione del contenuto della disciplina impartita nel nuovo testo allegato al decreto n. 499 del 1929, dal che consegue che l'interpretazione di questa disciplina presuppone la conoscenza della dottrina austriaca ma deve procedere senza riferimento al complessivo sistema da cui proviene ma, bensì, in quello in cui si inserisce ed integra⁶. Il diritto speciale dei libri fondiari nelle nuove province deve essere sistematicamente coordinato con l'ordinamento italiano nel quale inserito, e dogmaticamente ricostruito secondo le categorie concettuali e i principi normativi propri che reggono tale ordinamento.

2. *Il sistema tavolare: Catasto e Libro fondiario*

Generalmente si ritiene che il sistema tavolare sia in vigore solamente nei territori che costituivano la cessata monarchia austro-ungarica, mentre invece legislazioni fondiarie derivate dai principi del diritto germanico sono presenti, seppure in forme diverse, non solo in Germania e Svizzera ma anche in Polonia, Finlandia, Russia, Svezia e nei paesi latini, in Spagna e Portogallo.

Inoltre, sistemi tavolari vennero introdotti nelle ex colonie italiane dell'Eritrea, della Libia e di Rodi, e, più recentemente, in Australia e Tunisia.

All'atto dell'annessione delle Terre Redente all'Italia, a conclusione del primo conflitto mondiale, esistevano due Ispettorati del Catasto fondiario, a Trieste e Zara, quest'ultimo successivamente soppresso. A Trento invece non esisteva alcuna autorità provinciale del Catasto Fon-

⁶ L. MENGONI, *Problemi di diritto tavolare nel quadro dell'ordinamento italiano*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario - Trento, 15-16 ottobre 1971*, Trento, 1972, p. 21.

diario, in quanto il Trentino e l'Alto Adige facevano parte del Land del Tirolo e Vorarlberg, avente capoluogo a Innsbruck: venne pertanto creata una nuova Sezione Tecnica Catastale, comprendente l'intero territorio della Venezia Tridentina. Le Sezioni Tecniche di Trento e Trieste funzionarono autonomamente fino al 30 giugno 1938 finché vennero assorbite dagli Uffici Tecnici Erariali con la nuova denominazione di "Seconde Sezioni - Terreni".

Il Catasto Fondiario ex austriaco è tuttora in vigore nei territori delle intere province di Trieste, Gorizia, Trento e Bolzano; due comuni del distretto delle imposte di Salò, in provincia di Brescia; alcuni comuni del distretto delle imposte di Cervignano del Friuli, Palmanova e Pontebba, in provincia di Udine; due comuni nel distretto di imposta di Asiago in provincia di Vicenza; mentre non è più in vigore nei comuni di Cortina d'Ampezzo, Colle S. Lucia e Livinallongo del Col di Lana, in provincia di Belluno, dove è stato disposto l'impianto del N.C.T.

In merito al contenuto del Catasto Fondiario ex Austriaco, va rammentato che questo catasto, talora impropriamente chiamato catasto probatorio, non assume affatto valore probatorio: esso è semplicemente collegato con l'Istituto del Libro Fondiario (Tavolare) che ha piena efficacia giuridica. Per comprendere meglio la differenza è utile un sintetico raffronto con il sistema del catasto terreni nel resto del territorio italiano: come è noto, il catasto vigente in Italia non è probatorio, in quanto sia nelle iscrizioni dei diritti reali (intestazioni) che nella rappresentazione topografica dei beni iscritti (mappa) esso ha efficacia solamente presuntiva ed indiziaria, in quanto è formato principalmente in base all'accertamento del possesso di fatto, che può anche non corrispondere allo stato di diritto. È ben vero che le variazioni di intestazione vengono eseguite in base ad atti pubblici giudiziari o scritture private, per i passaggi fra vivi, ovvero alle successioni *mortis causa*, ma esistono casi in cui le variazioni vengono eseguite in base al possesso di fatto, con annotazione di riserva e senza pregiudizio di qualsiasi ragione o diritto, il che comporta un difetto di corrispondenza tra le risultanze catastali e l'effettiva situazione giuridica.

La mancanza la corrispondenza tra catasto e situazione giuridica di fatto in un sistema così impostato è inevitabile dal momento che l'acquisto dei diritti avviene al momento della stipulazione degli atti trasla-

tivi, indipendentemente dalla loro trascrizione nei registri immobiliari e dalla loro successiva registrazione negli atti catastali. Al contrario, nei territori dove è vigente il Catasto fondiario ex austriaco, i diritti reali si costituiscono e si trasferiscono soltanto per mezzo della loro iscrizione nel libro fondiario, mediante l'operazione detta di intavolazione, in base al contenuto dei contratti, per gli atti tra vivi, e al decreto di riconoscimento della qualità di erede trasmesso da un giudice per la volontaria giurisdizione per i passaggi a causa di morte.

Il Catasto fondiario riporta pertanto nei suoi atti le iscrizioni del libro fondiario e provvede agli accertamenti necessari per la rappresentazione topografica dei terreni e dei fabbricati rurali ed urbani, senza peraltro incidere autonomamente sui diritti reali intavolati e sulla loro consistenza, se non all'interno di un unico corpo tavolare, ovvero nell'ambito della stessa proprietà, e nel rispetto di eventuali aggravii, provvedendo altresì agli accertamenti relativi ai cambiamenti nella destinazione e nei redditi dei terreni.

Il sistema del catasto fondiario si può quindi definire un inventario dei beni immobili a sistema geometrico-particellare, con estimo per qualità, classi e tariffe, che registra in via definitiva le variazioni nella proprietà o del diritto di superficie riportati nel libro fondiario e le variazioni nello stato e nei redditi dei terreni accertati con sopralluogo.

Alla tenuta del libro fondiario o tavolare nelle Province ex austriache provvidero, dall'epoca dell'annessione all'Italia, appositi Uffici Tavolari dipendenti dal Ministero di Grazia e Giustizia diretti da un magistrato, dislocati presso le preture mandamentali. Col passare del tempo, tuttavia, le funzioni relative all'impianto e alla tenuta dei libri fondiari nei territori in oggetto vennero affidate alle rispettive Regioni di appartenenza. Così, ai sensi dello Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia, approvato con la legge costituzionale n. 1 del 3 novembre 1963, il d.P.R. 24 febbraio 1971 ha stabilito che le potestà amministrative in materia di impianto e tenuta dei libri fondiari in quei territori siano esercitate dall'amministrazione regionale, ferme restando le nor-

me dello Stato in materia di efficacia dei libri fondiari e di controlli sulle operazioni tavolari⁷.

Appare opportuno soffermarsi sulla peculiarità dei contenuti giuridici del sistema tavolare, in comparazione con il sistema della trascrizione adottato nel resto del territorio italiano, per comprenderne i principali tratti che lo caratterizzano e che lo differenziano con il sistema del catasto italiano, che sono fondamentalmente alla base delle ragioni per il suo mantenimento anche dopo l'annessione delle c.d. Terre Redente alla fine del primo conflitto mondiale, più che per ragioni prettamente tradizionalistiche o di tutela e salvaguardia di una particolare tradizione storica di questa porzione di territorio.

Il sistema di pubblicità cosiddetto tavolare austriaco, mantenuto in vigore nelle nuove province come già detto col R.D. 4 novembre 1938, n. 2325, si differenzia nettamente dal sistema pubblicitario del tipo latino, in quanto impostato sul criterio "reale", ovvero riferito ai beni, e non su quello "personale", riferito alle persone, della trascrizione disciplinata dal Codice Civile del 1942. In esso, cioè, sono indicati direttamente i beni immobili con la descrizione di tutti i diritti sopra di essi spettanti alle singole persone.

Questo sistema costituisce un vero e proprio stato civile dei beni immobili dal momento che nei relativi registri fondiari risultano e vengono annotate tutte le vicende di circolazione degli immobili stessi: questo pertanto rappresenta il perno del sistema del catasto probatorio.

Il coordinamento tra i principi fondamentali di diritto sostanziale in materia immobiliare propri del sistema tavolare, introdotti dal Codice Civile Generale Austriaco nel 1811, con i principi del Codice Civile del 1865 avvenne come è noto con il più volte richiamato R.D. 4 novembre 1928, n. 2325, mentre il successivo coordinamento con il Codice Civile del 1942 venne attuato dall'art. 230 delle disposizioni transitorie e dalla legge 29 ottobre 1974, n. 594. Le norme che regolano pertanto il sistema tavolare rivestono qualità di norme di diritto speciale e, come tali, prevalgono sulla legge civile generale qualora con essa incompatibili.

⁷ Vedi G. DE CAPORACCO, *Note storiche sul libro fondiario nel Friuli e nella Venezia Giulia*, in *Atti del Convegno di studi sui problemi del libro fondiario - Trieste, ottobre 1974*, cit., p. 223; vedi altresì il contributo di E. FIOCCHI in *questo volume*.

Il sistema tavolare si regge su tre principi che lo caratterizzano per sicurezza e inoppugnabilità: sono i principi dell'iscrizione, della legalità e della pubblica fede.

Per il principio della trascrizione, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali su beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con la relativa iscrizione nel libro fondiario: alla stessa stregua non hanno effetti la modificazione e l'estinzione di tali diritti, negli atti tra vivi, senza la relativa iscrizione o cancellazione. Pertanto l'intavolazione, basata su un titolo giuridicamente valido, è un elemento costitutivo dell'atto traslativo, e quindi presupposto di efficacia, anche tra le parti, del trasferimento o della costituzione del diritto reale.

Ciò quindi in contrasto con quanto disposto dall'art. 1376 del Codice Civile, che pertanto viene disapplicato, secondo il quale il consenso delle parti, legittimamente manifestato, ha efficacia reale. Secondo il sistema tavolare, quindi, l'atto costituisce il titolo per l'acquisto del diritto reale, e l'iscrizione ne è il modo di acquisto; senza l'iscrizione, dunque, il consenso nella stipulazione del contratto espresso dalle parti ha efficacia solamente obbligatoria.

L'iscrizione ha efficacia probatoria, vale cioè a provare il relativo diritto, essendo condizione essenziale per l'acquisto del diritto stesso; in sede processuale essa comporta la presunzione della titolarità che non abbisogna quindi di ulteriore prova⁸.

Per il principio di legalità, invece, nessuna iscrizione può avvenire se non ordinata con decreto del giudice tavolare previo controllo, da parte dello stesso, del titolo in base al quale è richiesta l'iscrizione medesima. Tale principio trova la sua ragione di essere nella salvaguardia della cosiddetta pubblica fede⁹.

Per il terzo principio, cosiddetto della pubblica fede, l'iscrizione vale titolo in favore dei terzi, aventi interesse legittimo ed attuale, che in essa facciano affidamento. Quanto non è iscritto nel libro fondiario è quindi inefficace contro i terzi in buona fede e, al contrario, quanto è

⁸ Così M. BASSI, *Il principio della "iscrizione" e gli "atti tra vivi"*. *Aspetti pratici del problema*, in *Atti del Convegno di studi sui problemi del libro fondiario*, cit., p. 175.

⁹ Vedi M. BASSI, *Il controllo del giudice tavolare e il principio di legalità*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario - Trieste, ottobre 1974*, cit., p. 176.

iscritto viene tutelato contro chiunque in favore dei terzi in buona fede¹⁰.

La pubblicità tavolare, concludendo, non costituisce soltanto sistema di evidenza dei diritti immobiliari, ma soprattutto un sistema di sicurezza per i terzi acquirenti di tali diritti sulla fede del libro fondiario, cioè ignorando il vizio dell'iscrizione esistente nel libro a favore del venditore. In ordine all'iscrizione nel libro fondiario dei diritti reali immobiliari acquistati a titolo di successione ereditaria o di legato, è necessaria la presentazione al giudice tavolare del certificato di eredità o di legato, rilasciato dalla competente autorità giudiziaria; inoltre nessun diritto può essere iscritto nel libro fondiario a carico di chi abbia acquistato dei diritti reali immobiliari in base a eredità o legato, se il diritto di costui non sia stato a sua volta iscritto.

Infine, in ordine all'acquisto della proprietà mediante il possesso prolungato nel tempo, va rammentato che il sistema tavolare riconosce l'esistenza di una proprietà naturale contrapposta alla proprietà tavolare (che come ampiamente ricordato non si acquista che con l'intavolazione); questo prolungato possesso di fatto, alle condizioni previste dalla legge, consente il compiersi dell'usucapione, che diventa un altro modo di acquisto della proprietà immobiliare, ma, ai fini della pubblicità probatoria e della certezza giuridica delle posizioni immobiliari, tale acquisto deve essere intavolato in seguito ad una sentenza passata in giudicato che ne convalidi il diritto e serva da titolo per l'iscrizione stessa¹¹.

Per completezza va ricordato che l'intavolazione, benché abbia effetto costitutivo sull'atto traslativo, nel senso che senza di essa la proprietà non si trasferisce, non ha mai efficacia costitutiva dei diritti che ne formano oggetto, in quanto è possibile che un diritto immobiliare, sebbene iscritto in modo formalmente corretto, sia sostanzialmente inesistente. L'effetto costitutivo della trascrizione deve intendersi limitato ai mutamenti per atti tra vivi, atteso che i trasferimenti avvenuti per autorità del giudice, per successione ereditaria o negli acquisti per usu-

¹⁰ Vedi H. EGGER, *Qualche cenno sui limiti del principio della pubblica fede sul libro fondiario*, in *Atti del Convegno di studio sui problemi del libro fondiario - Trento, 15-16 ottobre 1971*, cit., p. 229.

¹¹ Sul punto si veda B. BERDON, *Usucapione e libro fondiario*, in *Atti del Convegno di studi sui problemi del libro fondiario - Trieste, ottobre 1974*, Trieste, 1975, p. 89.

capione comportano l'acquisto a pieno diritto a prescindere dall'intavolazione.

3. La concordanza tra Catasto e Libro Tavolare

Di particolare interesse rivestono i rapporti tra i due istituti del Catasto Fondiario e del Tavolare: il primo è chiamato ad assolvere ai compiti tecnico fiscali in ordine alla rilevazione geometrica ed estimale e alla individuazione particellare dei beni immobili, mentre il Libro Fondiario persegue a sua volta scopi esclusivamente civilistici in ordine alla costituzione, modificazione ed estinzione dei vari diritti reali di cui sono oggetto le entità catastali.

Tra i due suddetti istituti vige, come è agilmente intuibile, una stretta interdipendenza: ogni variazione della proprietà dei beni, sia per atto tra vivi che per successione o per atto giudiziario, viene iscritta nei registri catastali solamente in seguito a decreto tavolare; pertanto, ogni domanda di voltura non viene prodotta al catasto fondiario da coloro che sono tenuti alla registrazione dell'atto traslativo ovvero alla presentazione della denuncia di successione, ma va invece presentata all'ufficio tavolare la corrispondente domanda di intavolazione. Negli atti tra vivi la domanda tavolare viene prodotta dal notaio rogante, con la prova dell'avvenuta registrazione ai fini fiscali, mentre nel caso di successione la stessa viene prodotta dagli eredi dopo il giudizio ereditario unitamente alla denuncia di successione.

Analogamente anche le variazioni che non attengono ai trasferimenti di diritti sugli immobili, come i cambiamenti nello stato e negli estimi dei terreni, vanno registrate negli atti catastali e tavolari: sino al 1969 gli uffici del Catasto provvedevano a revisioni quinquennali dello stato dei terreni, per accertare le variazioni di configurazione e superficie dei terreni; dopo la legge 1° ottobre 1969, n. 679, gli uffici non hanno più provveduto alle revisioni periodiche, lasciando all'iniziativa dei proprietari l'introduzione nelle mappe catastali di nuove costruzioni urbane e agli Enti pubblici l'aggiornamento mappale delle opere da loro realizzate. Questi cambiamenti vengono accertati dall'ufficio del Catasto che provvede, laddove comporti interesse tavolare, alla trasmissione di un

foglio di notifica all'ufficio del Libro Fondiario, che emette e notifica al Catasto il relativo decreto tavolare.

Proprio la concordanza tra le informazioni raccolte dal Catasto con quanto raccolto dall'ufficio del Libro Fondiario costituisce oggetto di particolare attenzione da parte degli operatori e dei professionisti del settore; appare evidente infatti che le iscrizioni riportate nei rispettivi atti devono essere completamente concordanti, come espressamente sancito dalla più volte richiamata Legge fondamentale del Catasto fondiario 23 maggio 1883, B.L.I. n. 83 (ai paragrafi 11 e 40) e dal relativo regolamento: "Il Catasto fondiario da un lato e i Libri Fondiari eseguiti in base agli operati del Catasto Fondiario dall'altro devono tenersi sempre in perfetta concordanza. A questo scopo tutti i cambiamenti riguardanti la determinazione degli immobili e la loro rappresentazione in mappa devono sempre essere effettuati sia in Catasto che nel Libro Fondiario". L'importanza della perfetta concordanza fra le iscrizioni negli atti catastali e tavolari è una esigenza per la certezza del diritto che, in questo peculiare sistema, assume la forza della costitutività del diritto stesso, nonché per la funzionalità della pubblicità dei diritti immobiliari e della stessa probatorietà del sistema tavolare.

La corretta tenuta del Catasto e del Libro fondiario, fondato sul sistema reale rispetto alla tenuta dei libri a sistema personale, consente che si possa avere la certezza pressoché matematica che al di fuori di quanto emerge dalle partite tavolari non esistano altre iscrizioni che si riferiscano all'immobile che interessa, rendendo impossibile omissioni o sviste in occasione di rilievi.

4. Attualità e prospettive future nel sistema tavolare in Trentino-Alto Adige/Südtirol

Il sistema tavolare, benché imperniato su un impianto risalente al Settecento, è un sistema che può conoscere prospettive di ammodernamento e di miglioramento dei relativi servizi.

Con il d.P.R. 31 luglio 1978, n. 569 recante "Norme di attuazione dello statuto speciale di autonomia della regione Trentino-Alto Adige in materia di coordinamento tra catasto e libri fondiari e delega alla regio-

ne delle funzioni amministrative in materia di catasto” sono state recepite le istanze di molti operatori e studiosi del sistema tavolare probatorio: in particolare all’art. 2 laddove si recita “In relazione alla delega (delle funzioni amministrative statali in materia di catasto terreni e urbano) di cui all’articolo precedente è attribuita alla regione la potestà di emanare, nella materia delegata, norme legislative di organizzazione e di spesa, nonché norme di attuazione (...) al fine di coordinare i procedimenti amministrativi relativi al catasto ed ai libri fondiari. Le leggi della regione non possono in ogni caso pregiudicare la disciplina dei rapporti giuridici privati e l’esercizio della potestà tributaria statale”, consentendo pertanto alla regione di assumere concrete iniziative di coordinamento, sia sotto l’aspetto essenziale della strumentazione normativa che dell’organizzazione del servizio.

In questa ottica la regione ha provveduto ad emanare numerose disposizioni normative (si rammentano la Legge regionale 13 novembre 1985, n. 6, Normativa del Catasto fondiario e disciplina dei tipi di frazionamento, e la Legge regionale 8 marzo 1990, n. 6, Norme di coordinamento tra catasto fondiario e libro fondiario in applicazione della Legge regionale 19 dicembre 1980, n. 12) apportando i necessari aggiornamenti per la certezza del diritto e per un maggior snellimento ed efficienza dei servizi connessi.

In virtù della Legge regionale 17 aprile 2003, n. 3, in attuazione del Decreto legislativo 18 maggio 2001 n. 280 (comma 1 e 4 dell’art. 1), dal 1° febbraio 2004 le funzioni amministrative inerenti il Catasto Fondiario e Urbano in Alto Adige sono state delegate alla Provincia Autonoma di Bolzano; dal 1° agosto 2004 le funzioni amministrative inerenti la tenuta e l’impianto del Libro Fondiario in Trentino sono state devolute alla Provincia Autonoma di Trento.

Resta tuttavia obiettivo prioritario dell’azione del legislatore l’inderogabile necessità di eliminare le discordanze tra iscrizioni catastali e tavolari che ancora si riscontrano nei rispettivi atti.

Esistono infatti nel sistema numerose lacune che incidono negativamente sulla funzionalità del sistema pubblicitario del catasto tavolare, provocate in primo luogo dalla mancanza di coordinamento tra le norme sulla tenuta in evidenza del Catasto ex austriaco e quella per la conservazione del Nuovo Catasto dei Terreni (N.C.T.), dalla divaricazione

nelle sedi decisionali e dalle conseguenti incertezze nei rapporti tra gli uffici catastali e tavolare, ed ancora dalla mancata o incompleta applicazione di alcune particolari disposizioni per mantenere la perfetta concordanza tra le rispettive iscrizioni¹².

Il sistema ha conosciuto negli anni passati numerosi interventi del legislatore volti a superare le problematiche connesse alla modernizzazione del catasto ex austriaco, garantendo il collegamento con il Nuovo Catasto Edilizio Urbano; modernizzazione resa ancora più difficile dalla vetustà delle mappe catastali dei territori del *Länder* Tirolo meridionale risalenti al periodo 1851-1861, anni nei quali vennero conclusi gli ultimi rilievi di campagna. Dette mappe, sebbene caratterizzate da particolare qualità e precisione, sono state assoggettate all'usura del tempo e, talvolta, redatte secondo tecniche non propriamente ortodosse e derivanti da misurazioni disomogenee ed imprecise, con le inevitabili difformità rispetto alla situazione reale in virtù delle modifiche apportate dai rispettivi proprietari ai confini dei terreni che non hanno provveduto alla regolarizzazione catasto-tavolare al fine di eludere le relative spese tecniche e la imposizione fiscale dovuta.

Mediante la creazione di commissioni, l'Amministrazione regionale ha inteso perseguire l'obiettivo di aggiornamento dei dati rilevati nel sistema catastale e garantire, tendendo al maggior grado possibile, la rispondenza tra quanto rilevato e la situazione di fatto.

Al rifacimento delle mappe catastali è conseguito il reimpianto dei libri fondiari dei rispettivi comuni catastali, per garantire la regolarizzazione del corrispondente stato tavolare¹³.

Il modello attuale, frutto dei numerosi interventi volti a garantirne la precisione, l'affidabilità e la rispondenza con la situazione oggettiva è così uniformata al modello vigente in Austria, attraverso l'integrazione tra i due istituti del Catasto e del Libro tavolare in una banca dati laddove al Catasto è riservata la definizione della consistenza e della stima

¹² A conferma dell'attualità della divaricazione tra centri decisionali va rammentato che presso la Provincia di Trento sono ancora separati il Servizio Libro Fondiario e il Servizio Catasto, mentre nella Provincia di Bolzano i servizi sono accorpati nella Ripartizione Libro Fondiario, Catasto Fondiario e Urbano.

¹³ Vedi Legge regionale 1 agosto 1985, n. 3, recante norme su "Reimpianto, ripristino e completamento del Libro fondiario" e ss.mm.ii.

degli immobili, mentre al Tavolare la competenza giuridica sui relativi diritti reali, consentendo pertanto l'eliminazione delle attuali sovrapposizioni nelle operazioni catastali e tavolari oltre a rendere possibile l'eventuale unificazione delle certificazioni immobiliari.

Nonostante le difficoltà che ancora si possono riscontrare nell'attuazione del sistema tavolare, è opinione pressoché unanime della particolare qualità e affidabilità del sistema in confronto al sistema della trascrizione che vige nel resto del territorio italiano: nonostante la legge 27 febbraio 1985, n. 52, che ha modificato il regime della trascrizione imponendo l'indicazione dei dati catastali nelle note di trascrizione anziché dei tre confini, avvicinandosi quindi verso un sistema reale, l'indicazione dei tre confini è stata mantenuta nei documenti di trasferimento dei diritti degli immobili, quasi a testimonianza dell'insicurezza del legislatore nazionale ad abbandonare un metodo che dimostra spesso la sua fallibilità.

Si è molto discusso, fra gli operatori e gli studiosi del sistema catasto ex austriaco, della possibile estensione del sistema tavolare al resto del territorio italiano, idea accarezzata anche dal legislatore ma poi abbandonata in sede di adozione del Codice Civile nel 1942¹⁴.

Tra gli ostacoli principali dell'epoca, parzialmente presenti ancora oggi, vi era l'arretratezza e la frammentarietà della struttura catastale: senza un catasto seriamente impostato e tenuto non è possibile una pubblicità su base reale. Sebbene la trascrizione in Italia possa continuare a mantenere elementi di ricerca personale, il passaggio al sistema reale potrebbe portare sicuramente ad una maggiore affidabilità del sistema mediante l'adozione del principio di iscrizione dei diritti sulla base di documenti e non semplicemente sulla trascrizione di documenti, attraverso il passaggio al principio della costitutività dell'iscrizione.

Il percorso di integrazione tra i due sistemi è stato già tracciato, soprattutto in occasione dei convegni di studio cui si è rinviato ai più pregevoli contributi dottrinali: occorrerebbe una delega alle §Regioni per la tenuta e l'organizzazione amministrativa delle conservatorie dei Re-

¹⁴ Tra gli altri si veda G. GABRIELLI, *Lineamenti di una comparazione tra il sistema della trascrizione e l'ordinamento tavolare*, in *Atti del Convegno di studi sui problemi del libro fondiario - Trieste, 1974*, cit., p. 31.

gistri immobiliari nel territorio, seguendo le norme del libro fondiario, con il coinvolgimento dei comuni, impiantando locali libri fondiari.

Utilizzando la documentazione delle Conservatorie e ogni altra fonte verrebbero aperte partite suddivise in fogli nei quali iscrivere diritti, oneri, proprietà, e i dirigenti catastali diverrebbero così conservatori del libro fondiario. Impiantato così il libro, la sua tenuta avverrebbe secondo il sistema tavolare con la domanda accompagnata da documentazione idonea.

Ecco dunque che il sistema tavolare, spesso qualificato frettolosamente e superficialmente come un retaggio di una tradizione storica lontana e non affine agli schemi di derivazione latina, mantenuto in vigore ed, anzi, aggiornato e migliorato rispetto alle mutate esigenze e condizioni di fatto, potrebbe trasformarsi e transitare da diritto storico conservato in territori limitati a modello di regolamentazione e funzionamento efficace ed affidabile su tutto il territorio nazionale.

IL LIBRO FONDIARIO IN VENEZIA GIULIA: ALCUNI PROFILI STORICO-GIURIDICI

Elisabetta Fiocchi Malaspina

SOMMARIO: 1. *Il sistema tavolare in Venezia Giulia tra Settecento e Ottocento.* - 2. *Uno sguardo all'Italia unita circa la trascrizione immobiliare.* - 3. *L'annessione della Venezia Tridentina e della Venezia Giulia al Regno d'Italia.* - 4. *L'acceso dibattito per il mantenimento dell'istituto tavolare.*

1. Il sistema tavolare in Venezia Giulia tra Settecento e Ottocento

Il sistema tavolare è attualmente in vigore nelle Province di Trieste, Gorizia, Trento, Bolzano e in alcuni comuni della Provincia di Udine, nel comune di Pedemonte (Provincia di Vicenza), nei comuni di Magasa e Valvestino (Provincia di Brescia) e in tre comuni della Provincia di Belluno (Cortina d'Ampezzo, Colle Santa Lucia e Livinallongo del Col di Lana)¹, ma le sue radici si possono trovare nelle antiche *tabulae*

¹ Tra i numerosi lavori sul sistema tavolare, si segnalano: G. GABRIELLI, *Lineamenti di una comparazione fra il sistema della trascrizione e l'ordinamento tavolare*, Trieste, 1974, p. 2. Si rimanda: ID., *Libri fondiari*, in *Digesto discipline privatistiche - sezione civile*, XI, Torino, 1994, p. 3; G. GABRIELLI, F. TOMMASEO, *Commentario alla legge tavolare*, II ed., Milano, 1999. Cfr. anche: G. FALQUI MASSIDDA, *Il Nuovo libro del sistema fondiario e della trascrizione*, Rovereto, 2004; R. TRIOLA, *La trascrizione*, Torino, 2004; G. SICCHIERO, *La trascrizione e l'intavolazione*, Torino, 1994. Si segnalano anche i seguenti lavori che con metodo comparativo affrontano diversi sistemi di trascrizione: P. MANUEL-GISMONDI, *Le régime de la publicité foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie*, thèse pour le doctorat, Paris, 1933, p. 161 ss.; M. DAGOT, *Livres fonciers et publicité foncière*, in *Juris Classeur Périodique (La semaine juridique)*, 1972, p. 2448; W. BOHRINGER, *Comparison of the Land Registry System in Central Europe with Other Forms of Property Law: Introduction to the Basic Features of Central European Land Registry Law and Apartment Ownership*, in *Notarius international*, 1997, p. 166; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I modelli di pubblicità immobiliare nel diritto comparato*, in G. FUCCILLO (a cura di), *Pubblicità, trasparenza e funzione notarile*, Napoli, 2000, p. 40 ss.; J.A. ZEVENBERGEN, *Registration of*

terrae o *Landtafeln*, che venivano utilizzate a partire dal XII secolo in Boemia, Moravia e Slesia settentrionale e consistenti in primordiali pubblici registri degli acquisti conclusi in materia immobiliare².

Il sistema compilativo delle *Landtafeln* rimase immutato, ad eccezione della Boemia e della Moravia che fu perfezionato mediante le ordinanze di Ferdinando II, sino alle Sovrane Patenti Imperiali del XVIII secolo. Pertanto prima ancora dell'emanazione dell'ABGB, esistevano già da diversi secoli alcuni registri pubblici per l'iscrizione dei diritti reali sugli immobili: lo scopo di questi era di rendere evidente chi fosse il proprietario, quali pesi gravassero e di dare ai terzi la certezza nell'ipotesi di controversie sui diritti reali concernenti un immobile³.

Nel Settecento non esisteva tuttavia una normativa sul sistema tavolare uniforme e completa al fine di statuire da chi, con quali precauzioni ed in quale forma fossero da tenere questi registri civili o libri censuari⁴. Erano in vigore soltanto disposizioni particolari, emanate apposta-

Property Rights: A Systems Approach - Similar Tasks, but Different Roles, in *Notarius international*, 1-2, 2003, pp. 125-137; E. RAJOY, *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*, Madrid, 2005, p. 92 ss. Cfr. anche F. PADOVINI, *La pubblicità immobiliare*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 2009, p. 142 ss.; ID., *Semplificazione in materia di libri fondiari e di procedure di intavolazione*, in *Le Nuove Leggi Civili commentate*, 2002, p. 500 ss.; F. TOMMASEO, *Problemi attuali del diritto tavolare*, in *Notariato*, 3, 2002, pp. 1-9.

² M. BASSI, *Cenni storici dell'istituto del Libro Fondiario - parte seconda*, in *Rivista di Diritto Tavolare*, 1 (II), 1985, p. 27. Sulle origini del sistema tavolare cfr. anche: E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire: étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, 1891, p. 248 ss.

³ E. GASSER, *L'istituto del libro fondiario nelle nuove province*, Trieste, 1923, pp. 2-3.

⁴ L. BORSARI, *Giurisprudenza ipotecaria dei vari stati d'Italia: che comprende le legislazioni dello Stato Pontificio, del Regno Lombardo-Veneto, del Regno delle Due Sicilie, del Regno di Sardegna, del Gran Ducato di Toscana, degli Stati Estensi, degli Stati di Parma, Piacenza e di Guastalla*, vol. I, Ferrara, 1856, p. 152 ss.; J. WINIWAR-TER, *Il diritto civile austriaco sinteticamente esposto ed illustrato, parte quinta. Delle disposizioni comuni ai diritti delle persone ed ai diritti sulle cose, prima versione italiana per cura del dott. Annibale Callegari*, Venezia, 1839, p. 214; dello stesso autore si segnala anche l'interessante monografia *Della prescrizione secondo il diritto civile austriaco. Trattato*, Verona, 1829, *passim*.

mente per le singole province attraverso le Patenti: la più antica era la «Patente per le province tavolari per l'Austria inferiore» del 24 novembre 1758.

Tra le realizzazioni più significative e durature dell'azione riformatrice condotta dai sovrani della casa d'Asburgo nel Settecento, vanno senz'altro annoverati l'impianto di un regolare catasto dell'imposta fondiaria e l'estensione del sistema tavolare, opportunamente perfezionato, alla maggior parte delle province dell'impero⁵.

Per quanto attiene all'odierna regione Friuli Venezia Giulia fu con la Patente del 10 gennaio 1761, preceduta dall'istruzione del 26 novembre 1760 per il personale del costituendo ufficio, che la sovrana austriaca, Maria Teresa, dispose l'istituzione di un ufficio delle pubbliche intavolazioni (*Landtafeln*) per la contea di Gorizia e Gradisca, nel quale le variazioni della titolarità dei diritti iscritti avveniva con la produzione del titolo legalmente riconosciuto⁶.

La Patente Teresiana per le zone del goriziano ricalcava l'istituzione del sistema tavolare in Stiria, attribuita al padre dell'imperatrice Maria Teresa e risalente al 1730, il quale, a sua volta, si era ispirato proprio all'esempio boemo. Alla base delle iscrizioni fu preso il catasto teresiano e successivamente, per la revisione parziale, quello giuseppino. Dapprima il compito fu affidato ad un vice o sotto direttore dipendente dal presidente del consiglio capitanale, nel 1783 passò all'amministrazione giustiziale dei nobili in Gorizia, segnando così il passaggio del sistema tavolare dall'autorità politica all'istituzione civile⁷.

⁵ P. DORSI, *La prima fase del funzionamento del sistema tavolare a Trieste. Il lento cammino di una riforma*, in *Rivista di Diritto Tavolare*, II, 1984, p. 45.

⁶ *Ibidem*; cfr. anche ID., *Il litorale nel processo di modernizzazione della monarchia austriaca. Istituzioni e archivi*, Udine, 1994, p. 72.

⁷ P. DORSI, *op. cit.*, p. 46. Per approfondire su Gorizia e Gradisca cfr. anche: B. STAFUZZA, *Cenni storici sul Libro Fondiario e sul Catasto Fondiario di Gorizia*, Gorizia, 1977; M. STANISCI, *Fondi documentali teresiani nell'Archivio di Stato di Gorizia: catasti e istituto tavolare*, in *Da Maria Teresa a Giuseppe II. Gorizia-il Litorale-l'Impero*. Atti del Convegno del 29-30 novembre 1980, Udine, 1981, pp. 233-240; P. ANTONINI, *Il Friuli Orientale*, Milano, 1985, p. 390.

Identico destino toccò all'ufficio tavolare di Trieste istituito con Patente sovrana del 26 ottobre 1772, con la quale Maria Teresa dispose la registrazione, secondo un criterio personale, di tutti gli atti riguardanti i beni immobili di Trieste e del suo territorio. Dapprima dipendente dalle autorità governative provinciali, venne subordinato all'autorità giudiziaria con risoluzione del 1776⁸.

Qualche anno dopo, con la Patente Sovrana del 22 aprile 1794, fu introdotto il cosiddetto Libro Maestro (*Hauptbuch*), caratterizzato per l'organizzazione in fogli per ciascun fondo. In tal modo, superato il criterio cronologico di registrazione degli acquisti, prese avvio il sistema di pubblicità immobiliare tuttora vigente basato sul cosiddetto foglio reale⁹.

La pubblicazione del primo codice civile austriaco che entrò in vigore il 1° gennaio 1812 regolò, anche se non in modo specifico, il problema del diritto tavolare sostanziale: la disposizione fondamentale è contenuta nel paragrafo 321 dell'ABGB, dove si legge che «Nei luoghi ove esistono le così dette tavole provinciali, i libri civici o fondiari, o altri pubblici registri di simil genere, il possesso legittimo di un diritto reale sopra i beni immobili si acquista unicamente mediante l'iscrizione regolarmente fatta in questi pubblici libri»¹⁰.

Quanto predisponessa tale disposizione doveva altresì essere applicato alle diverse tipologie di diritti reali e cioè alla proprietà, disciplinata nei paragrafi 431 e seguenti, all'ipoteca (§§ 451-453), al diritto reale di servitù (§ 481), al trasferimento della proprietà di immobili lasciati in legato o in eredità (§§ 684 e 891 e rispettivamente §§ 436 e 437), al diritto reale di godimento del conduttore nelle locazioni, codificato nel paragrafo §1095.

⁸ P. DORSI, *op. cit.*, p. 46.

⁹ *Ibidem*. Cfr. anche P. KANDLER, *Le Tavole*, in *Raccolta delle leggi, ordinanze, regolamenti speciali per Trieste*, Quaderno III, Trieste, 1862; C. VON CZOERNING, *Geschichte der Triester Staats,- und Gemeinde- Steuern*, Trieste, 1872. Cfr. anche la monografia di A. TRAMPUS, *Tradizione storica e rinnovamento politico. La cultura nel Litorale Austriaco e nell'Istria tra Settecento e Ottocento*, Udine, 2008.

¹⁰ M.R. DI SIMONE, *L'ABGB e il dibattito per la riforma del Codice civile italiano nei primi anni del novecento*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, I, Milano, 2003, p. 963.

Ma se da un lato questa era la disciplina contenuta nel codice civile austriaco, dall'altro non esistevano ancora i «libri pubblici» fuorché in alcune province dell'impero austriaco. Mancava così una legge uniforme che disciplinasse la tenuta dei libri, ove appunto vi erano. Per usare le parole dell'avvocato Gasser «le registrazioni erano trascurate e difettose, e non davano affidamento di corrispondere alle vere condizioni di fatto e di diritto. I libri non corrispondevano quindi allo scopo principale per cui erano stati creati, cioè di rendere evidente in forma rassicurante l'esistenza dei diritti in essi riportati»¹¹.

Per arginare tale situazione di incertezza il 25 luglio 1871 vennero promulgate per l'impero austriaco due leggi (n. 95 e 96) che contenevano «norme da osservarsi nell'impianto dei libri fondiari»; successivamente vi furono l'ordinanza del Ministero della giustizia n. 5 del 12 gennaio 1872 come legge generale sui libri fondiari e la legge n. 70 del 10 maggio 1874¹².

Per ciò che concerne le Province della Venezia Giulia e Trentina si possono elencare le seguenti peculiarità legislative: i libri per Gorizia furono introdotti con la legge provinciale del 5 novembre del 1874, per l'Istria nel marzo 1875, per il Tirolo nel 1897; per Trieste invece non era necessaria una legge che impiantasse i nuovi libri fondiari, poiché i registri già esistenti erano tenuti in modo conforme alle richieste della nuova legge.

A Trieste, infatti, con la Patente del 26 ottobre 1772, come si è visto, era stato introdotto un sistema tavolare che fu mutuato dalle norme generali fissate successivamente con la legge del 1871. «La Patente era così precisa ed esaustiva che dopo l'introduzione della legge generale sui libri fondiari nel 1871, non si rese necessario l'impianto di nuovi registri ma soltanto venne introdotta la formazione con le particelle catastali dei corpi tavolari»¹³.

Tuttavia se la città di Trieste in principio non sentì il bisogno di una legge provinciale per l'impianto dei libri fondiari, nel 1887 si rese più che mai utile un intervento legislativo per far fronte alle nuove esigenze dell'epoca. Il Tribunale, infatti, ordinò una iscrizione in una lingua di-

¹¹ E. GASSER, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹² E. GASSER, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹³ *Ivi*, p. 4.

versa dall'italiano. Di fronte a questa imposizione insorsero la Giunta provinciale di Trieste, le Camere degli avvocati e dei notai e della protesta venne informata anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri¹⁴.

Fu la Dieta ad approvare una legge provinciale per la tenuta dei libri fondiari, in cui venivano prescritti l'impianto e la tenuta in italiano. Più precisamente al § 3 era stabilito che: «I libri fondiari consisteranno dei libri maestri e della collezione dei documenti. I libri maestri di tutti i libri fondiari per la città di Trieste col suo territorio saranno piantati e tenuti in lingua italiana. Qualora ai sensi del § 5 della Legge 25 luglio 1871, n. 95 nel libro maestro si facesse richiamo a punti non precisati di documenti non estesi in lingua italiana, dovrà essere provveduta d'ufficio una traduzione italiana dei passi richiamati»¹⁵.

Tale delibera fu adottata nelle sedute del 17 e 19 gennaio 1888, ma il Ministero della Giustizia con dd. del 29 settembre 1889 n. 7436, comunicato col rescritto luogotenenziale il 9 ottobre 1889 n. 15202, negò questa disposizione soprattutto con particolare riferimento alla prescrizione contenuta al § 3 dello stesso e cioè che i libri dovevano essere tenuti esclusivamente in italiano, perché tale decisione, ad avviso del Ministero, invadeva la competenza del governo¹⁶.

In effetti il periodo più critico per quanto riguarda l'uso esclusivo dell'italiano quale lingua del foro a Trieste si svolse tra il 1880 e il 1890. Il primo ricorso in lingua slava è stato presentato al Tribunale Provinciale (Civile e Penale) di Trieste nel 1880; esso fu accettato in prima istanza, ma rigettato in appello, perché non redatto nella «lingua del paese», come indicata al § 13 del Regolamento Giudiziario. Successivamente il concetto di «lingua del paese» fu sostituito con «lingue del paese». Venne così stabilito che potessero essere presentati ricorsi in più lingue e per quanto riguarda i libri tavolari potessero esserci iscrizioni in più idiomi.

¹⁴ P. DORSI, *op. cit.*, pp. 45-63; G. LIGUORI, *Osservazioni su alcuni documenti relativi alla introduzione e ai primi anni di applicazione del sistema tavolare in Trieste*, in *Atti del convegno di studio sui problemi del libro fondiario*, Trieste, ottobre 1974, p. 309 ss.

¹⁵ Riportato in E. GASSER, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ *Ibidem*.

In questa vicenda prese attivamente parte uno degli avvocati triestini più importanti dell'epoca: Iginò Brocchi. Egli, nato a Trieste nel 1872, si laureò in giurisprudenza a Vienna. Tornato a Trieste, esercitò la professione di avvocato distinguendosi in campo civile e commerciale; fu anche amministratore della Banca triestina di sconto e credito nonché autore di numerosi saggi e monografie di diritto commerciale e processuale¹⁷.

Nel 1898 pubblicava a Trieste *La lingua del Foro ed il nuovo regolamento di Procedura Civile*, in cui analizzava nello specifico, con grande passione e sincero sentimento nazionale, il problema del mantenimento dell'uso esclusivo della lingua italiana per garantire la certezza dei rapporti giuridici. Per quanto riguarda il sistema tavolare il giurista triestino precisava:

Sappiamo [...] che nei libri tavolari si fanno iscrizioni in tre anche quattro lingue presso un istesso ufficio infine che si esige tra gli impiegati la conoscenza perfetta di tre ed anche quattro lingue, così che i giudici non si qualificano più con riguardo alle loro cognizioni giuridiche, ma con il numero delle lingue da essi parlate – con quanto profitto della giustizia possiamo immaginarcelo¹⁸.

2. Uno sguardo all'Italia unita circa la trascrizione immobiliare

Parallelamente alla complessa situazione delle terre della penisola italiana dominate dall'Austria, anche nella restante Italia si procedeva

¹⁷ Sulla figura di Iginò Brocchi cfr. P. DORSI, *L'inventario dell'archivio di Iginò Brocchi*. Archivio di Stato di Trieste, Roma, 2000, p. 3; E. WINKLER, *Wahlrechtsreformen und Wahlen in Triest 1905-1909*, München, 2000, pp. 307-309. Cfr. anche: voce *Iginò Brocchi*, in *Chi è? Dizionario degli Italiani d'oggi*, Roma, 1931, p. 114; *Iginò Brocchi è morto*, in *Il Piccolo di Trieste*, 14 agosto 1931; F. SALATA, *La nobile figura dello scomparso rievocata da Francesco Salata*, in *Il Piccolo di Trieste*, 18 agosto 1931; *In morte di Iginò Brocchi*, in *L'Osservatore triestino*, 19 agosto 1931; A. MILLO, *L'élite del potere a Trieste. Una biografia collettiva 1891-1938*, Milano, 1989, pp. 117-119, 124, 248-249.

¹⁸ I. BROCCHI, *La lingua del Foro ed il nuovo regolamento di Procedura Civile*, Trieste, 1898, p. 6.

all'adozione di importanti provvedimenti riguardanti le vicende immobiliari e la loro trascrizione.

Nell'Italia unita, infatti, il codice del 1865 seguì, anche per quanto riguarda la trascrizione, l'impostazione del codice napoleonico, ma con significative modificazioni, inglobanti l'elaborazione teorica che aveva sorretto la redazione dei codici preunitari e le leggi ipotecarie francese del 1855 e belga del 1851¹⁹.

Il sistema delineato dal codice civile del 1865 presentava ancora, tuttavia, numerosi limiti. Due in particolare erano i punti più discussi: in primo luogo il numero degli atti, per i quali era prevista la formalità della trascrizione, era estremamente ridotto, infatti, non essendo disciplinata la trascrizione di tutti gli atti di disposizione di beni immobili era impossibile ricostruire la storia giuridica di un bene; in secondo luogo anche il novero delle domande giudiziali soggette a trascrizione era molto ristretto, inoltre non era prevista alcuna sanzione, né di carattere civile né di carattere penale, per la mancata esecuzione della formalità di trascrizione, nei casi in cui la stessa fosse disposta, con conseguente aggravamento del limite del sistema²⁰.

Dal punto di vista catastale nel 1877 veniva istituito il Catasto urbano (C.U.). Esso doveva essere descrittivo (cioè contenere la descrizione della consistenza dell'immobile), strutturato per singole proprietà e globale (cioè senza suddivisione di unità immobiliari). Nel 1886, con la legge numero 3682, chiamata anche Legge Messedaglia, nacque il catasto unico italiano o Nuovo catasto geometrico particellare e in partico-

¹⁹ L'influenza esercitata dai codici preunitari nell'elaborazione del codice civile del 1865, in materia di trascrizione, è stata ben evidenziata: V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, p. 189 ss.; S. SOLIMANO, «*Il letto di Procuste*». *Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, 2003, pp. 101, 106 nota 39, 270, 361; M.R. DI SIMONE, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, Milano, 2006; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 105 ss.; A. SANDONÀ, *Note all'istituto della trascrizione*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 84, 2011, pp. 363-416.

²⁰ G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Rivista di Diritto Civile*, 53, 2007, pp. 591-592.

lare vennero istituiti il nuovo catasto terreni (N.C.T.) e il catasto edilizio urbano (C.E.U.) che fu l'evoluzione del Catasto Urbano del 1877²¹.

L'aspetto "rivoluzionario" di questa legge fu proprio l'istituzione del Nuovo Catasto Terreni per l'accertamento della proprietà immobiliare e la tenuta in evidenza delle sue mutazioni: veniva infatti affrontato alla radice il problema della diversità dei catasti precedenti e della conseguente sperequazione fondiaria (per questo motivo la legge è nota anche come Legge della Perequazione Fondiaria).

Sinteticamente il Nuovo Catasto Geometrico Particellare presenta le seguenti caratteristiche: la registrazione dei terreni è separata dalla registrazione dei fabbricati, è di tipo geometrico particellare; è basato su stima e misura in un sistema di classi e tariffe ma soprattutto non ha alcuna valenza probatoria, aspetto quest'ultimo che fu oggetto di un vivo dibattito in Parlamento.

Il problema di una riforma del sistema catastale nel Regno d'Italia, infatti, si fece sempre sentire: furono nominate varie commissioni parlamentari, diversi progetti tutti orientati a dare al catasto un valore probatorio al fine di avere la prova certa dei diritti fondiari e di avere una solida base per il sistema di pubblicità dei diritti reali. Basti pensare alla Relazione dell'onorevole ministro Scialoja nella tornata del 3 marzo 1910, quando in Senato veniva presentato il disegno di legge relativo alle modificazioni del libro III con particolare riguardo al titolo XXII del Codice Civile, relativo alla trascrizione immobiliare. Il Guardasigilli affermava:

Unanimità di consenso nel riconoscere l'assoluta necessità di riformare il sistema del catasto per rendere più semplice e certo il titolo di proprietà; dissenso invece sui modi cui raggiungere tale scopo. E mentre autorevoli giuristi non esiterebbero ad accettare senz'altro il sistema tavolo, altri giuristi non meno autorevoli si dimostrano titubanti ad una

²¹ A. MESSE DAGLIA, *Il catasto e la perequazione*, Relazione parlamentare letta da M. Minghetti alla Camera dei Deputati nel 1884, pubblicata con prefazione di G. TASSINARI, Bologna, 1936, p. 274 ss.

radicale riforma la quale intaccherebbe l'organismo civile: essi si trovano nel dubbio che qualunque sia l'efficacia dei controlli preventivi²².

Il problema della trascrizione e del catasto si fece risentire con forza con l'annessione all'Italia delle Nuove Province.

3. *L'annessione della Venezia Tridentina e della Venezia Giulia al Regno d'Italia*

L'incontro o meglio ancora lo scontro tra la realtà legislativa italiana e quella presente nei territori di Trieste e della Venezia Giulia avvenne nel XX secolo, quando l'Italia al termine della prima guerra mondiale dovette affrontare il complesso problema di integrazione legislativa con territori che fino ad allora erano stati regolati da una da un sistema privatistico di tipo germanico²³.

Gli anni successivi all'annessione furono tutt'altro che semplici dal punto di vista politico, da quello sociale, in quanto si dovette fare fronte

²² Tale progetto è stato definito da Ferrara come «il più evoluto e perfetto» dei vari tentativi legislativi per regolare il nostro sistema di pubblicità immobiliare nel modo possibilmente il meno in contrasto con le esigenze del commercio fondiario. «Poiché ad un regolare e definitivo assetto del sistema di pubblicità sulla base e sul tipo di altre legislazioni gravi ostacoli si frappongono, e non è politicamente opportuno rinunciare ad un miglioramento immediato per attendere un lontano ideale, non restava che attuare le riforme più urgenti e colmare le lacune più gravi del nostro istituto di trascrizione. Il disegno Scialoja in parte utilizza lavori legislativi anteriori, in parte contiene radicali novità. Esso ripara ai tre principali difetti che viziano l'istituto della trascrizione attualmente in vigore, cioè le manchevolezze delle categorie di atti che devono trasciversi, l'interruzione della pubblicità dei trapassi al momento della successione mortis causa, l'insufficiente tutela dei terzi di buona fede nei casi di risoluzione revocazione o rescissione del titolo costitutivo dei loro diritti»: F. FERRARA, *Il progetto Scialoja sulla trascrizione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1, 1910, p. 46, anche in *Scritti Giuridici*, vol. II, Milano, 1954, pp. 469-475.

²³ E. SESTAN, *Centralismo, federalismo e diritti storici nell'ultimo mezzo secolo (1868-1918)*, in F. VALSECCHI, A. WANDRUSZKA (a cura di), *Austria e province italiane 1815-1918. Potere centrale e amministrazioni locali*, Bologna, 1981, pp. 301-330; cfr. anche A. MOSCONI, *I primi anni di governo italiano nella Venezia Giulia. Trieste 1919-1922*, Bologna, 1924, pp. 140 ss.

alla peculiare caratteristica di queste terre e alla convivenza di una radicata multietnicità costituita da austriaci, slavi, servi e croati, da quello economico con il ridimensionamento del porto di Trieste e del prestigio che ebbe con l'impero austriaco; ma soprattutto notevoli difficoltà si ebbero sotto il profilo legislativo. Si riteneva, infatti, più che mai urgente un vero e proprio coordinamento con le leggi vigenti nelle Nuove Province: da un lato vi erano quelle più recenti, emanate durante la guerra, dall'altro vi erano quelle stabilite dall'impero Austriaco²⁴.

Il lunghissimo periodo di dominazione asburgica aveva chiaramente creato e radicato un differente sistema non solo legislativo ma anche amministrativo e politico e l'Italia per fare fronte alla diversità riconobbe provvisoriamente, all'interno del provvedimento di annessione, la vigenza dell'ordinamento dell'impero austro-ungarico, mantenendo perciò tutta la normativa che regolava i rapporti tra privati, le strutture istituzionali, nonché l'attività amministrativa e finanziaria²⁵.

La decisione fu in principio solo temporanea ma soprattutto graduale, requisito indispensabile per una più precisa estensione della legislazione italiana vigente alle Nuove Province. Fu così che tale processo di assimilazione si svolse nell'arco del decennio successivo alla prima guerra mondiale e vide coinvolti, come si vedrà, moltissimi giuristi italiani.

La soluzione operata dal legislatore italiano fu quella di estendere, senza variazioni o limiti, il vigente diritto nazionale alle Nuove Province, ma la sovrapposizione del diritto italiano su quello germanico non fu totale. Una eccezione significativa e di impatto molto importante soprattutto sul diritto privato fu fatta in materia di pubblicità immobiliare. Si ritenne infatti non opportuno estendere il sistema italiano del catasto, mutuato dalla esperienza francese e belga ma di mantenere in vigore, seppur temporaneamente, il sistema del libro fondiario che aveva in quei territori antiche origini²⁶.

²⁴ P. ZILLER, *Le nuove province nell'immediato dopoguerra. Tra ricostruzione e autonomie amministrative (1918-1922)*, in F. SALIMBENI (a cura di), *Miscellanea di studi in onore di Giulio Cervani per il suo LXX compleanno*, Udine, 1990, pp. 243-274.

²⁵ E. CAPUZZO, *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana. Legislazione e amministrazione a Trento e a Trieste*, Milano, 1992, p. 133.

²⁶ *Ibidem*.

Ulteriori e uniche eccezioni deroganti in materia le norme dell'ordinamento del Regno hanno riguardato la società a garanzia limitata, il giudizio arbitrale di borsa, ma anche alcune espressioni di antichi re-taggi storici delle comunità territoriali quali, ad esempio, il sistema del maso chiuso (*Geschlossener Hof*)²⁷. Viceversa differente soluzione fu invece adottata per la regolamentazione dei cosiddetti beni comuni, che confluirono, come si vedrà a breve, nella legge n. 1766 del 1927 sul riordinamento degli usi civici. Nonostante la gravosità dei contenuti della legge, le proprietà collettive (Vicinie o Comunelle), presenti nuove Province, riuscirono a sopravvivere alle imposizioni richieste dal governo fascista, per poi essere nuovamente riconosciute dall'Italia repubblicana²⁸.

²⁷ Per il maso chiuso si rimanda sinteticamente a: G. GABRIELLI, *Maso Chiuso*, in *Digesto discipline privatistiche - sezione civile*, XI, Torino, 1996, p. 209. Si rimanda a: F. VALENZA, *La successione nel maso chiuso*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, III. La successione legittima*, Milano, 2009, pp. 1129 ss.; ID., *Il maso chiuso e le associazioni agrario-forestali dell'Alto Adige nella recente legislazione della provincia di Bolzano*, in *Rivista di diritto agrario*, I, 1962, p. 298, nota 3. S. MANGIAMELI, *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo. Contributo allo studio della crisi della forma di Stato in Italia. Istituto di studi sui sistemi regionali federali e sulle autonomie "Massimo Severo Giannini"*, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Milano, 2012, p. 154.

²⁸ P. CACCIARI (a cura di), *Viaggio nell'Italia dei beni comuni: rassegna di gestioni condivise*, Napoli, Marotta Cafiero 2012; N. CARESTIATO, *Proprietà collettiva e sviluppo locale: tre casi di studio in Friuli Venezia Giulia*, in *Bollettino Società geografica italiana*, 3, fasc. 4, 2010, p. 823-843. Cfr.: P. GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale*, in P. NERVI (a cura di), *I demani civici e le proprietà collettive. Un diverso modo di possedere un diverso modo di gestire*, Padova, 1998, pp. 13-29. Cfr.: G. ASTUTI, *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia*, in ID. (a cura di), *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli, 1984; G. BOGNETTI, *Per la riforma della legge sugli usi civici*, in *Rivista di diritto agrario*, 33, 1954, parte I, 280 ss. Per gli usi civici e problematiche connesse: G. DI GENIO, *Tutela e rilevanza costituzionale dei diritti di uso civico*, Torino, 2012, p. 66 ss.; ID., *Problemi e prospettive sugli usi civici*, Soveria Mannelli, 2010, *passim*; cfr. anche: S. CASSESE, *Problemi giuridici delle risorse naturali e dei beni collettivi con particolare riguardo alla montagna*, Roma, 1967; G. SOBBRIO, *Un'analisi di talune questioni in merito alla definizione di beni collettivi*, Roma, 1971.

4. *L'accesso dibattito per il mantenimento dell'istituto tavolare*

Già nel 1918 Vittorio Scialoja aveva già espresso l'esigenza di coordinamento tra la legislazione vigente nelle Nuove Province e quella italiana «con le opportune cautele» affinché venissero presi in considerazione tutti i «bisogni, tradizioni, e consuetudini locali, e valutare quanta parte del diritto e delle istituzioni italiane possa essere immediatamente applicata e quanta parte del diritto preesistente occorrerà che temporaneamente sopravviva»²⁹.

Con il Regio Decreto n. 1673 del 7 novembre 1920 Scialoja venne nominato presidente della «Commissione Reale per la revisione della legislazione di guerra e la Sistemazione delle Nuove Province», con il preciso compito di aiutare il governo nell'opera di coordinamento tra la legislazione di guerra emanata negli ex territori austriaci e quella vigente in quei territori³⁰.

In questo difficile incarico Scialoja fu coadiuvato da altrettanti rinomati giuristi, magistrati e avvocati già noti per il loro impegno nel Regno d'Italia. All'articolo 2 di tale decreto comparivano in qualità di membri: Giuseppe Chioventa, Alfredo Codacci Pisanelli, Silvio Longhi, Oreste Enrico Marzadro, Francesco Menestrina, Francesco Scaduto, Gino Segrè e Filippo Vassalli. Vi erano altresì con funzioni di segretari anche Gaetano Azzariti, Celso Caterbini, Giuseppe Paolo Gaetano e Salvatore Galgano³¹.

²⁹ V. SCIALOJA, *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna, 1918, p. 301; cfr. anche R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al Codice civile del 1942)*, Bologna, 1996, pp. 39-75. Cfr. G. SALVIOLI, *Sui conflitti di legislazione tra le vecchie e le nuove provincie del Regno*, Modena, 1922, in particolare p. 5 ss.; A. ASQUINI, *L'unificazione della legislazione commerciale entro i nuovi confini del Regno*, in *Rivista di diritto commerciale*, XIX, 1921, pp. 252-262. Per un preciso quadro sul dibattito politico e culturale si rimanda ad A. CANAVERO, *Le «Terre liberate e redente» nel dibattito culturale e politico nazionale*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Commissione parlamentare d'inchiesta sulle terre liberate e redente (luglio 1920-giugno 1922)*, vol. I, Roma, 1991, pp. 3-40.

³⁰ Decreto interamente riportato in F. SALATA, *Per le nuove Province e per l'Italia. Discorsi e scritti con note e documenti*, Roma, 1922, p. 273 ss.

³¹ E. CAPUZZO, *op. cit.*, p. 135.

Questa commissione vantava inoltre la partecipazione di illustri nomi di giuristi delle Nuove Province che avrebbero apportato la propria tradizione al fine di una maggiore unificazione: partecipavano attivamente alle riunioni infatti i consiglieri di Stato Domenico Barone e Iginio Brocchi, nonché i presidenti delle Camere degli Avvocati di Trieste e di Trento³².

La svolta in termini di unificazione legislativa avvenne, con il Regio decreto n. 1038 del 20 luglio 1922, all'istituzione del «Comitato tecnico per la legislazione relativa all'unificazione del diritto delle nuove Province con riguardo anche alle eventuali modificazioni da introdurre nella legislazione del Regno», che ebbe come presidente sempre Scialoja e al quale fu affidato il complesso compito di redazione di tutti i provvedimenti normativi da sottoporre al Governo, quelli elaborati dal Comitato, quelli per cui era richiesto il suo parere da parte dei singoli ministri e da Francesco Salata Presidente dell'Ufficio Centrale delle Nuove Province, organo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri con il R.D.Lgs. del 4 luglio 1919, n. 1081³³.

Nel decreto di istituzione del Comitato tecnico per la prima volta con molta enfasi veniva si trova scritto che «unificare non vuol dire estendere le leggi del Regno sopprimendo le leggi del cessato regime, ma anche modificare le Leggi del Regno ai fini della detta unificazione»³⁴.

Contemporaneamente Scialoja nella rivista mensile *Le nuove Province*, il cui direttore era Salata, in un saggio intitolato *Limiti e modi dell'unificazione legislativa* si soffermava appunto sui limiti e sulle modalità in cui si poteva attuare l'unificazione legislativa, distinguendone le diverse parti per poter tenere conto del contenuto delle leggi e del diverso grado della loro perfezione, attraverso un preciso esame per gruppi, riconoscendo, come avverrà in particolare per l'istituto tavolare, che molte leggi austriache erano migliori di quelle italiane³⁵.

³² *Ibidem*.

³³ E. CAPUZZO, *op. cit.*, p. 76 ss.

³⁴ F. SALATA, *op. cit.*, p. 273 ss.

³⁵ V. SCIALOJA, *Limiti e modi dell'unificazione legislativa*, in *Le Nuove Provincie: rivista mensile*, vol. I, fasc. 2, 1922, pp. 7-8.

Sulla stessa scia si inseriva anche Giovanni Brunetti, illustre professore di civile all'università di Modena, il quale così sosteneva:

il problema dell'unificazione legislativa delle provincie ora liberate dal dominio straniero, in quanto è, in gran parte, problema di unificazione, sia pur graduale, interessa anche la legislazione oggi vigente nelle vecchie provincie, perché unificare non può e non deve voler dire estendere senz'altro, le nostre leggi ai nuovi territori. Laddove la legislazione austriaca sia da giudicarsi migliore della nostra, sarebbe falsissimo e deplorevole nazionalismo il proporsi di regalare ai fratelli redenti un sistema legislativo peggiore di quello che ha regolato finora i loro rapporti. In questo caso un sano amore di patria dovrà piuttosto consigliare al legislatore un procedimento inverso, consistente nel prendere il buono dove si trova, nell'appropriare cioè, di questa favorevole occasione per affrettare il miglioramento legislativo negli stessi antichi territori. Incombe pertanto ai giuristi italiani, quale improrogabile dovere di buoni cittadini, quello di intensificare, nell'attuale momento, l'esame comparativo delle legislazioni italiana ed austriaca per valutare e criticamente valutare le divergenze³⁶.

È necessario altresì ricordare che con la legge n. 1005 del 18 luglio 1920 venne anche istituita una Commissione parlamentare d'inchiesta per le terre redente, che nel breve periodo di sei mesi avrebbe dovuto, ex art. 1 accertare la regolarità delle gestioni amministrative e contabili relative all'assistenza delle popolazioni e dei profughi nonché per la ricostruzione del Trentino e della Venezia Giulia; verificare la corretta erogazione degli oneri finanziari sostenuti dalla Stato per spese fatte in dipendenza di dette gestioni; accertare le eventuali responsabilità mora-

³⁶ G. BRUNETTI, *Le condizioni impossibili e illecite nei testamenti secondo il Codice Civile Italiano e il Codice Civile Austriaco*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, vol. IV, ottobre 1922, pp. 181-182; cfr. anche D. ROSSI, *Un'anomalia e una curiosità giuridica. La breve esperienza del Consiglio di Stato per le terre redente (1919-1923)*, in G. DE VERGOTTINI, D. ROSSI, G.F. SIBONI (a cura di), *Fenomenologia di una macro regione. Sviluppi economici, mutamenti giuridici ed evoluzioni istituzionali nell'Alto Adriatico tra età moderna e contemporanea*, Milano, 2012, p. 508 ss.

li, giuridiche, amministrative e politiche e proporre provvedimenti atti a reintegrare l'erario³⁷.

Era Francesco D'Alessio, giurista, professore universitario e deputato, nella tornata dell'8 agosto 1920 ad affermare che

La legislazione si deve adattare ai bisogni particolari di determinate regioni, e se in queste trovate ordinamenti già costituiti, leggi che sono preferibili alle nostre, che sono già accettate comunemente dalle popolazioni, e quel che è più da popolazioni di nazionalità diverse: se cioè, su questa legislazione è intervenuto il consenso tra le diverse razze consistenti, non vi lascerete attrarre dall'idealità vuota dell'uniformità per distruggere quel che esiste, e sostituirvi quello che sarebbe indubbiamente peggiore³⁸.

Ancora Salata nel 1922 esprimeva la necessità che nell'unificazione legislativa fosse estesa *in toto* alle Nuove Province ma solo «dove non siano in gioco principi fondamentali o interessi gravi, a me pare che convenga fare un rapido bilancio, tra i vantaggi e i danni della parificazione, e anche quando si deduca soltanto un lieve vantaggio oltre un danno non essenziale, concludere a favore della unificazione», e concludeva dicendo: «Mostrando questa tendenza avremo diritto maggiore a moderare frenesie assimilatrici là dove si tratti di cose gravi e di differenze notevoli»³⁹.

³⁷ CAMERA DEI DEPUTATI, *Commissione parlamentare d'inchiesta sulle terre*, cit., in particolare al saggio di M. MERIGGI, *L'inchiesta sulle terre liberate e redente nella storia delle inchieste parlamentari nel Regno d'Italia (1920-1922)*, pp. 243-288.

³⁸ ATTI PARLAMENTARI, *Camera dei Deputati, 2ª tornata dell'8 agosto 1920*, Roma, 1920, p. 5138-5140.

³⁹ F. SALATA, *op. cit.*, pp. 38-39. Questi erano anche gli anni in cui venne dato alle stampe *Il Foro delle nuove Province*, periodico che aveva il preciso scopo di indagare sui rapporti tra le nuove Province dal punto di vista non solo legislativo ma anche giudiziario e amministrativo. Il direttore era l'avvocato e professore Alberto Asquini. Particolarmente interessante è la sezione dedicata agli Studi e Rassegne in cui compaiono i saggi di alcuni dei più importanti giuristi delle Nuove Province: cfr. S. GALGANO, *La efficacia delle leggi italiane nelle Nuove Province*, in *Il Foro delle nuove Province*, II, 1923, pp. 273-277, nello stesso numero cfr. anche G. SALVIOLI, *L'esecutorietà delle sentenze nei rapporti fra vecchie e nuove Province*, pp. 278-294; M. UDINA, *Note sull'unificazione legislativa di Fiume colle altre provincie del Regno*, in *Il Foro delle nuove Province*, V, 1926, pp. 347-384. Sulla rivista si segnala il recente contributo:

Parallelamente si era levata una profonda attenzione all'argomento che veniva sentito a tutti i livelli sociali ma non soltanto triestini: nel ceto forense, in quello notarile, nella sfera bancaria e nella stampa. Vennero pubblicati scritti di comparazione tra il sistema catastale e quello fondiario, basti pensare al lavoro di Gasser intitolato *L'istituto del libro fondiario nelle nuove province* a quello di Todisco, *Raffronto tra il catasto italiano e il catasto austriaco* edito a Trieste nel 1926. Dall'Università di Pavia uscì invece l'opuscolo di Mazzoleni sul *Sistema tavolare della legislazione italiana* all'interno del quale viene ampiamente approfondito il problema dei sistemi tavolari nelle ex colonie italiane e vi è una comparazione tra il sistema ipotecario italiano e quello austriaco.

La rivendicazione della necessità del mantenimento del sistema tavolare sino alla creazione di una legge che desse certezza al regime delle trascrizioni dal punto di vista nazionale era così ben espressa da Gasser:

è innegabile: corrisponde ad un principio di giustizia e di retta amministrazione che una nazione deve venir regolata dalle stesse leggi;- che non vi deve essere differenza di diritti e di doveri fra i singoli cittadini che la compongono, non nella vita pubblica, non in quella amministrativa, nemmeno nel campo del diritto civile, - ed è pur vero che anche le leggi speciali, riguardanti singoli ordinamenti devono stare in armonia e correlazione coi principi ai quali si informano le leggi generali, dovendo le leggi di uno Stato nel loro assieme formare un complesso organico; ma quando in un determinato periodo la nazione riconosce la deficienza di un istituto e la necessità di riformarlo; - quando una legge per la sua imperfezione si trova alla vigilia di un vicino mutamento, tanto più attendibile in quanto il presente Governo ha dato prova di sapere affrontare e risolvere i più ardui problemi giuridici con spirito penetrativo e moderno, - per quale motivo non si dovrebbe ripromettersi da una amministrazione dello Stato che saggiamente mira a future riforme la conservazione nelle nuove province di un istituto che ha dato e dà ot-

R. FERRANTE, *La cultura giuridica nelle "nuove provincie". Temi e dibattiti nella Venezia Giulia fino all'unificazione legislativa (1928)*, in G. DE VERGOTTINI, D. ROSSI, G.F. SIBONI (a cura di), *op. cit.*, 430-444.

tima prova e che potrà formare un prezioso materiale di studio nell'elaborazione di nuove leggi nell'interesse della nazione⁴⁰?

È necessario precisare che uno dei massimi esperti del problema dell'introduzione della legislazione italiana nelle Nuove Province fu Alberto Asquini.

Alberto Asquini, nato a Tricesimo nel 1889, illustre professore di diritto commerciale, dopo aver insegnato a Sassari e poi a Messina, nel 1921 fu chiamato a Trieste per insegnare nella neocostituita università commerciale, della quale fu primo rettore dal 1922 al 1925. A Trieste, Asquini partecipò molto attivamente alla vita politica: su posizioni nazionalistiche divenne membro del Consiglio Comunale e fu tra i fondatori dell'Associazione coloniale italiana, fusa in seguito con l'Istituto coloniale Italiano. All'università tenne anche i primi corsi di diritto corporativo.

La conoscenza del diritto privato e commerciale austriaco acquistata fin dall'anteguerra e perfezionata in ambiente triestino, fecero di lui, come si è detto, il massimo esperto del problema dell'introduzione della legislazione italiana nelle province annesse dopo la prima guerra mondiale. Egli fu tra i più importanti sostenitori della superiorità del sistema tavolare rispetto al sistema vigente in Italia, tanto da essere il relatore nel 1928, del progetto di estensione della legislazione italiana alla Nuove Province, mantenendo però in vigore il sistema tavolare⁴¹.

⁴⁰ E. GASSER, *op. cit.*, p. 19. Occorre però una precisazione: il dibattito era sentito, come si è visto, tanto a livello legislativo quanto dottrinale ma sembra non essere lo stesso a livello pratico. All'interno degli Archivi di Amministrazione dello Stato Italiano conservati presso l'Archivio di Stato di Trieste, sembra infatti non esservi traccia di ciò che invece si stava svolgendo a Roma sul mantenimento del sistema tavolare. Sono stati consultati i documenti inerenti tanto alla sfera amministrativa quanto giudiziaria per il periodo 1922-1929 e la città di Trieste era intenta a risolvere "questioni" più squisitamente pratiche e urgenti. Cfr. ARCHIVIO DI STATO DI TRIESTE, COMMISSARIATO GENERALE PER IL TERRITORIO DI TRIESTE, POI COMMISSARIATO DEL GOVERNO NELLA REGIONE FRIULI-VENEZIA GIULIA, bb. 136/137.

⁴¹ N. RONDINONE, voce *Asquini Alberto*, in I. BIROCCI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (diretto da), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, Bologna, 2013, p. 116.

Egli partecipò al coronamento dell'intenso lavoro legislativo da parte del Parlamento che si tradusse appunto nel decreto di unificazione del 4 novembre 1928 n. 2325, nel quale vennero abrogate tutte le leggi preesistenti di diritto privato e processuale, con la contestuale estensione alle Nuove Province del codice civile, di commercio, di procedura civile, le leggi sull'ordinamento notarile e quelle sull'ordinamento giudiziario. Venne precisato però che «per evitare o per lo meno rendere minimo il turbamento del trapasso dalla vecchia alla nuova legislazione si è voluto che l'estensione non fosse assoluta e meccanica, e perciò si sono conservati provvisoriamente taluni istituti che sono più profondamente radicati nella coscienza giuridica e nell'economia locale e che più da vicino corrispondono all'orientamento della riforma dei codici in corso»⁴². Tra i vari istituti vi fu appunto il tavolare.

Alla revisione delle leggi che regolavano i libri fondiari e al coordinamento delle disposizioni del codice civile del 1865 con dette leggi, si provvide con il R.D. 28 marzo 1929, n. 499 e con l'allegato Nuovo Testo della legge generale sui libri fondiari, per il quale i libri furono ancora disciplinati dalla legge generale austriaca del 25 luglio 1871, B.L.I. n. 95. Limitatamente ai territori annessi furono dunque conservate in vigore tutte le leggi e i regolamenti sui libri fondiari e ferroviari, in quanto compatibili con il citato decreto⁴³.

⁴² Tale decreto venne così accolto dal direttore de *Il Foro delle Nuove Province*: «Il Decreto di unificazione legislativa 4 novembre 1928 inserisce definitivamente la vita giuridica della Venezia Giulia e Trentina nell'alveo del diritto patrio e porta la nostra rivista sul terreno della sua funzione specifica. Se infatti fino ad oggi dovemmo limitarci a seguire le lente tappe del processo di unificazione solo attraverso la legislazione speciale e attraverso la lenta penetrazione del diritto patrio nella cauta giurisprudenza della Suprema Corte, da oggi in poi l'estensione organica alla Venezia Giulia e Trentina della legislazione civile, commerciale e processuale italiana farà del Foro delle Nuove Province lo strumento indispensabile per seguire il processo di definitiva inserzione delle Province Redente nell'organismo giuridico della Nazione»: A. ASQUINI, *Ai lettori*, in *Il Foro delle nuove Province*, VII, Gennaio 1929, n. 1, p. 1, cfr. nello stesso volume anche G. BRUNELLI, *L'abrogazione delle leggi processuali austriache nelle terre redente*, pp. 185-191.

⁴³ Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia del 18 Aprile 1929*, VII, n. 29.

Con questa disposizione il sistema tavolare venne conservato non come accadde in Francia nei territori dell'Alsazia Lorena, attraverso una operazione di adattamento ai principi della trascrizione, ma sulla base di veri e propri principi antitetici: basti pensare al trasferimento anche *inter partes* dei diritti reali immobiliari, alla disponibilità degli stessi mediante l'iscrizione tavolare, all'efficacia non soltanto negativa ma anche positiva della pubblicità nei libri fondiari rispetto ai terzi e infine alla pubblicità reale anziché personale⁴⁴.

È interessante osservare che l'Allegato al Nuovo testo della legge generale sui libri fondiari del 1929, infatti, recepiva lo spirito e la dottrina alla base della legge austriaca del 1871, ma ne forniva una autonoma formulazione⁴⁵.

Principio fondamentale per l'acquisto della proprietà e di altri diritti reali su beni immobili è che l'acquisto non ha effetto se non con la iscrizione del diritto nel libro tavolare; allo stesso modo non ha effetto la modificazione e l'estinzione per atto tra vivi senza la relativa iscrizione o cancellazione, e alla stregua dell'articolo 2 anche l'estinzione per confusione presuppone la cancellazione. Inoltre anche gli acquisti a titolo di eredità o di legato dei predetti diritti devono pure essere iscritti nel libro fondiario: a tal fine è necessario presentare al giudice tavolare

⁴⁴ Con queste parole Asquini si riferiva alla nuova legge del 1929: «La conservazione dell'ordinamento tavolare nelle province redente è comunque fin d'ora un interessante esperimento di innesto di tale ordinamento nel sistema del nostro diritto civile. Esperimento originale, quando si tenga presente che la Francia la quale pure nel 1926 si era accinta a tale opera nell'Alsazia e nella Lorena, si era fermata a mezza strada. La Francia infatti, se conservò nell'Alsazia e nella Lorena la pubblicità tavolare nel suo apparato esteriore, la vuotò di contenuto, riconnettendovi con poche varianti i limitati effetti della trascrizione secondo il code civil, facendo cioè dei libri fondiari un mero sistema di evidenza dei diritti sugli immobili, non un sistema di sicurezza per il terzo acquirente di tali diritti; mentre è la sicurezza per il terzo acquirente quella che costituisce il pregio caratteristico dell'ordinamento tavolare e che permette di avvicinare la funzione dell'ordinamento tavolare nella circolazione della ricchezza immobiliare alla funzione dell'ordinamento cambiario nella circolazione della ricchezza mobiliare»: A. ASQUINI, *Prefazione*, in M. BRESCH, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, Padova, 1932, pp. VII-VIII.

⁴⁵ S. ASARO, F. COLLETTI, D. RECCO, *La trascrizione. La giurisprudenza di risoluzione dei conflitti tra più aventi causa*, Milano, 2011, p. 13.

il certificato di eredità o di legato rilasciato dalla competente autorità giudiziaria⁴⁶.

Così affermava Mazzoleni:

Certo il sistema dei Libri Fondiari è il sistema più moderno e perfetto di conservazione dei diritti immobiliari e fu originariamente ideato e normalmente attuato sull'appoggio di codici e legislazioni a tipo tedesco; ma l'Italia maestra di diritto, da un ventennio si è posta il problema del coordinamento fra il sistema tavolare e la legislazione a tipo latino, e pur non avendo ancora istituito un sistema tavolare unico italiano, ha indicato sicuramente le vie migliori per superare le non lievi difficoltà; particolarmente col R.D. di quest'anno [1929], il Patrio Legislatore ha dato una buona soluzione al problema nel caso, certo delicato, di applicazione a popoli latini di antica civiltà⁴⁷.

Le disposizioni della legge del 1929 erano da considerarsi provvisorie, in attesa di una radicale riforma del sistema di pubblicità immobiliare. Tuttavia il codice civile del 1942, conservò il sistema della trascrizione. Si presentarono così nell'immediato problemi di coordinamento della legge tavolare con le non poche innovazioni della disciplina contenuta nel nuovo codice⁴⁸.

Dopo trent'anni, più precisamente con la legge 29 ottobre 1974, n. 594, si provvide ad attuare il coordinamento della legge tavolare col nuovo codice. Si introdussero modifiche rese necessarie, sia per l'evoluzione dell'ordinamento giuridico, che per l'esponentiale aumento del traffico immobiliare. Questa legge di coordinamento sembrò porre una pietra miliare legislativa quasi definitiva. I richiami al codice civile furono precisi e dettagliati, si completarono e integrarono le norme sul certificato di eredità e grazie al lavoro di una commissione di studi si poterono risolvere, dove possibile, i dubbi interpretativi e di coordinamento⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ G.B. MAZZOLENI, *Il sistema tavolare nella legislazione italiana*, Pavia, 1929, p. 31.

⁴⁸ D. MALTESE, *Problemi di costituzionalità della legge tavolare*, in *Giurisprudenza Italiana*, IV, 1975 p. 85 ss.

⁴⁹ G. FALQUI-MASSIDA, *op. cit.*, p. 31.

Altre modifiche furono apportate alla legge tavolare con la legge 8 agosto 1977 n. 574 che coordinò il sistema tavolare con le nuove norme in materia di regime patrimoniale dei coniugi risultanti dalla legge 19 maggio 1975, n. 151 sul diritto di famiglia, sino ad arrivare ai più recenti interventi riguardanti, ad esempio, le competenze delle autorità regionali, la disciplina del contratto preliminare e l'istituto del trust⁵⁰.

⁵⁰ *Ivi*, p. 91.

UN “LIBRO FONDIARIO” IN ERITREA, TRA DIRITTO COLONIALE E DIRITTO TRADIZIONALE

Flavio Guella

SOMMARIO: *1. La circolazione dei modelli giuridici e il regime dei suoli. Il pluralismo negli istituti del colonialismo e del post-colonialismo. - 2. Le situazioni “proprietarie” nel diritto tradizionale eritreo. Titolarità collettiva e godimento frazionato. - 3. L’evoluzione della normativa coloniale italiana. Proprietà e demanio dalle esigenze di popolamento a quelle di sfruttamento. - 4. L’assetto della proprietà nell’Eritrea indipendente. La gestione della terra – come fattore tradizionale di identità, collettiva e individuale – nel modello amministrativo dello Stato autoritario. - 5. Il momento costitutivo nei trasferimenti fondiari, dalle aspirazioni private di certezza alle esigenze amministrative di controllo. Il pluralismo nel funzionamento concreto dell’ordinamento.*

1. La circolazione dei modelli giuridici e il regime dei suoli. Il pluralismo negli istituti del colonialismo e del post-colonialismo

Il regime giuridico della terra costituisce uno dei settori in cui con maggiore evidenza le tradizioni conformano il nascere e l’operare degli istituti del diritto, la regolamentazione della circolazione e dello sfruttamento della proprietà fondiaria risentendo fortemente non solo del contesto politico ed economico, ma anche dei rapporti che storicamente si sono affermati tra individuo, comunità e territorio, fondativi di precisi assetti sociali e di consolidate culture¹. Nella circolazione dei modelli

¹ Sui condizionamenti che il contesto sociale ed economico apporta nella definizione degli istituti giuridici afferenti la proprietà, cfr. J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Oxford, 1990, in particolare la parte II per un esame degli argomenti che l’evoluzione della cultura occidentale ha posto a giustificazione degli istituti proprietari. Sul tema delle premesse ideologiche e culturali della nozione occidentale di proprietà, cfr. anche S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, pp. 75 ss. Più in particolare sul tema delle ragioni e dei modelli storici dalla pubblicità immobiliare, quale istituto servente i diritti proprietari che costituisce

giuridici i casi di trapianto, contaminazione o imposizione di strumenti normativi che condizionano lo sfruttamento dei suoli presenta quindi dinamiche che spesso sottolineano e confermano lo stretto rapporto esistente tra diritto e tradizione.

Anche l'esperienza coloniale italiana offre spunti rilevanti in questo senso. L'ordinamento italiano ha infatti svolto – per alcuni decenni – un'influenza condizionante sul regime giuridico dei territori libici e del Corno d'Africa, sottoposti ad un regime giuridico speciale ed organico² che ha lasciato tracce nelle successive evoluzioni degli ordinamenti propri delle popolazioni autoctone, anche una volta conseguita la piena indipendenza.

L'interagire della cultura giuridica italiana con le tradizioni tribali preesistenti, da un lato, e con i regimi politici sopravvenuti, dall'altro, ha portato gli istituti introdotti dai colonizzatori occidentali a contaminarsi prima con la mentalità tradizionale africana, per poi lasciare un segno più duraturo nei processi di modernizzazione e di affermazione dei nuovi ordinamenti sovrani.

La consolidazione dell'esperienza coloniale non ha infatti operato una (impossibile) cancellazione dell'assetto giuridico tradizionale, ed è a sua volta divenuta – nei processi di affermazione della statualità degli ordinamenti africani, successivi alla seconda guerra mondiale – un ele-

oggetto della seguente trattazione, cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, Milano, 1957, pp. 34 ss.

² Per la trattazione generale del *corpus* normativo del diritto coloniale italiano si rinvia alle opere dell'epoca; in particolare, cfr. le trattazioni monografiche di A. MALVEZZI, *Elementi di diritto coloniale*, Padova, 1928; U. BORSI, *Principi di diritto coloniale*, Padova, 1938; E. CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, Roma, 1938; R. SERTOLI SALIS, *Nozioni di diritto coloniale*, Milano, 1939; E. GHERSI, *Diritto coloniale*, Milano, 1942; R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, 1943. Si segnalano inoltre A. CICCHITTI, *Prolegomeni di diritto coloniale italiano*, in *Rivista delle Colonie italiane*, 1919, pp. 457 ss.; U. BASSI, *Diritto e colonie*, in *Rivista coloniale*, 1925, pp. 249 ss.; M. COLUCCI, *Il concetto del diritto coloniale*, in *Dottrina e politica fascista*, Perugia-Venezia, 1930, pp. 338 ss.; M. COLUCCI, *Diritto coloniale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 4° vol., Torino, 1938; A. VUOLI, *Note introduttive allo studio del diritto coloniale italiano*, in *Jus*, 1940, pp. 268 ss.

mento di tradizione giuridica essa stessa³, patrimonio di cultura amministrativa fatto proprio dalle popolazioni prima solo autoritativamente soggette a quel diritto (ciò perlomeno per la parte in cui se ne è potuta avere un'accettazione nel tessuto sociale, o un'assimilazione nelle dinamiche di esercizio del potere poste in essere dalle nuove élite politiche locali)⁴.

Per quanto riguarda l'interagire di istituti occidentali con istituti tribali, l'esperienza italiana è stata caratterizzata da un riconoscibile pragmatismo giuridico⁵, nel quale si coglieva immediatamente il carattere di eccezionalità del diritto coloniale rispetto alle regole dell'ordinamento positivo metropolitano. In questo contesto, la figura del "privilegio" costituiva la base per l'imposizione di strutture giuridico-economiche che garantissero lo sfruttamento dei territori: la deroga ai valori illuministici di libertà, uguaglianza e proprietà veniva così fondata su una commistione di istituti tradizionali locali e di strumenti giuridici di ge-

³ Sul ruolo della tradizione nello sviluppo del fenomeno giuridico, e sul divenire il fenomeno giuridico stesso un elemento di tradizione accanto alle altre manifestazioni della cultura, cfr. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2010, in particolare cap. I e II.

⁴ Sul colonialismo e il suo contributo alla formazione di una cultura amministrativa negli Stati africani di nuova indipendenza, e le relative problematiche, cfr. P.P. EKEH, *Colonialism and the Two Publics in Africa: A Theoretical Statement*, in *Comparative Studies in Society and History*, vol. 17, n. 1, 1975, pp. 91 ss., dove si sottolinea in particolare come l'esperienza coloniale abbia condizionato la nascita di una struttura di potere pubblico di impostazione occidentale che ha comportato l'affermarsi di due dimensioni del pubblico: una fondata sulla cittadinanza statale-amministrativa ed una sull'appartenenza di gruppo-collettiva, con diversa legittimazione. Per una trattazione sistematica e una raccolta critica dei materiali relativi al fenomeno giuridico nell'Africa (anche) post coloniale, cfr. M. GUADAGNI, *Il diritto dei paesi africani nella letteratura contemporanea*, Trieste, 1984.

⁵ Sulle origini "pratiche" degli istituti di diritto coloniale (così A. MALVEZZI, *Elementi di diritto coloniale*, cit., p. 19), e quindi sulla nascita di tale settore dell'ordinamento non come *corpus* di disciplina dogmatico-scientifica, ma quale mera "legislazione coloniale", è esistita un'ampia letteratura; numerosi studi, in questa prospettiva, hanno cercato di ricostruire una sistematica del diritto coloniale italiano come branca autonoma degli studi giuridici. Cfr. M.L. SAGÜ, *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in *Clio – rivista trimestrale di studi storici*, 1988, pp. 589 ss.

stione specifici per i territori coloniali⁶. Su tali basi le esigenze di sfruttamento dei territori d'oltremare venivano incorporate in strumenti giuridici da coordinare o da affiancare agli istituti tradizionali di gestione dei suoli, con una commistione nella quale – nonostante le dichiarazioni ufficiali sul rispetto dei diritti locali – a prevalere erano gli istituti coloniali (il diritto autoctono essendo dichiaratamente vigente solo per quanto non contrastante con le disposizioni – in gran parte non legislative – approvate dalle autorità coloniali)⁷.

⁶ Sul perdurare nell'ordinamento coloniale di impostazioni giuridiche superate in Europa dopo l'assolutismo, cfr. G. MONDAINI, *Il carattere di eccezionalità nella storia del diritto coloniale e le nuove forme giuridiche di espansione territoriale nelle colonie*, in *Rivista coloniale*, 1907, pp. 7 ss. e P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2004-2005, 1, pp. 173 ss. In particolare, con riferimento al problema fondiario, si è osservato come “per gli indigeni i diritti naturali erano esclusi. Soprattutto poteva essere sacrificato quello individuale di proprietà. L'espropriazione delle loro terre a favore dei coloni europei era senz'altro legittimata dalle superiori esigenze della valorizzazione produttiva; del resto era proprio questo l'obiettivo economico di fondo della colonizzazione e della missione civilizzatrice”; così L. MARTONE, *Il diritto coloniale*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 2012, pp. 542 ss.

⁷ Sui rapporti tra diritto coloniale e diritti autoctoni in generale, nell'esperienza italiana, cfr. L. MARTONE, *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Milano, 2008, in particolare la parte prima sui caratteri generali del colonialismo italiano alla luce dei principi di specialità e diversità, tra situazioni di contatto e “abiura” del diritto indigeno. Si era anche parlato di un processo di islamizzazione degli istituti coloniali che avrebbe consentito agli stessi di essere meglio accettati nella realtà di destinazione; si è però evidenziato come in realtà l'esperienza concreta dell'ordinamento abbia conosciuto un processo opposto, di forte italianizzazione del diritto musulmano, considerando islamizzazione del diritto l'“adattamento di certe norme di diritto islamico (che il giudice dichiara di applicare) a rapporti e istituti che, sebbene da questo diritto realmente non contemplati, si fanno apparire compresi nella cerchia della sua disciplina”; così U. BORSI, *Principi di diritto coloniale*, cit., p. 175. Nello stesso senso S. ILARDI, *Nuovi orientamenti nella nozione e nella sistematica del diritto coloniale italiano*, in *Rivista di diritto coloniale*, 1938, p. 14, che segnalava come in realtà non si trattasse di islamizzare istituti occidentali ma piuttosto di occidentalizzare istituti e abitudini di genti musulmane, nonché E. GHERSI, *Diritto coloniale*, cit., p. 30, che affermava come il diritto indigeno non potesse essere qualificato coloniale, perché coloniale era soltanto ciò che atteneva al fenomeno della colonizzazione. Si registra quin-

Per quanto riguarda il residuare di profili della cultura giuridica coloniale nei processi di affermazione degli Stati sovrani africani, il lascito dell'esperienza italiana nel processo di decolonizzazione è stato caratterizzato da una non diffusa pervasività, gli istituti introdotti nel breve periodo dell'occupazione (essendosi trovati a competere con modelli di riferimento o più prestigiosi⁸, o più coerenti con il nuovo sostrato ideologico delle élite politiche locali⁹). Nondimeno, specie ai fini di una micro-comparazione, l'esperienza coloniale italiana ha lasciato il segno in singoli istituti e prassi amministrative locali, avendo contribuito alla formazione di una mentalità occidentale, specie negli apparati burocratici.

In questo quadro generale, il tema che qui si vuole analizzare è appunto legato al regime dei suoli, quale settore paradigmatico dell'integrare di elementi culturali profondi, propri del diritto tradizionale africano, con il dato di novità imposto dall'ordinamento della colonizzazione; ciò, in particolare, nella prospettiva del successivo superamento di entrambe le esperienze, e quindi del loro rispettivo apporto alla nascita del diritto africano contemporaneo. Più che di comparazione, di esperienze radicalmente diverse, si tratta quindi dell'analisi del diverso

di una netta chiusura degli autori dell'epoca rispetto alla possibilità di considerare un ruolo significativo del diritto autoctono; chiusura evidentemente legata a motivi ideologici connessi alla superiorità dell'ordinamento della potenza occupante, ma che non possono smentire – nella pratica della gestione dell'ordinamento – un ruolo significativo svolto dal perdurare degli istituti tradizionali, sfruttati al fine della pacifica gestione dei territori d'oltremare. Sul problema coloniale visto anche nella prospettiva della pluralità delle fonti del diritto, cfr. A. MACCHIA, *Contributo alla teoria delle fonti del diritto coloniale*, Reggio Emilia, 1941, in particolare cap. II su "rapporti tra Legge e consuetudine indigena".

⁸ Sulla codificazione civile in Etiopia, cfr. R. DAVID, *Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries*, in *Tul. L. Rev.*, 37, 1962, pp. 187 ss.; G. KRZECZUNOWICZ, *The Ethiopian Civil Code: Its Usefulness, Relation to Custom and Applicability*, in *Journal of African Law*, 7, 1963, pp. 172 ss.; J. VANDERLINDEN, *Civil Law and Common Law Influences on the Developing Law of Ethiopia*, in *Buff. L. Rev.*, 16, 1966, pp. 250 ss.; F.F. RUSSELL, *The New Ethiopian Civil Code*, in *Brook. L. Rev.*, 29, 1962, pp. 236 ss.

⁹ Sul successo degli istituti giuridici socialisti nel Corno d'Africa, cfr. C. CLAPHAM, *Revolutionary Socialist Development in Ethiopia*, in *African Affairs*, 86 (343), 1987, pp. 151 ss.

interagire di uno stesso modulo giuridico (di origine occidentale) in ambiti, epoche ed assetti socio-economici profondamente diversi tra loro: il tema è quindi quello della circolazione dei modelli giuridici, e del come il trapianto di un istituto – trovandosi a contatto con esigenze economiche radicalmente diverse – ne comporta la mutazione della funzione sociale tipica¹⁰.

L'istituto che si prende in esame a tal fine è quello del carattere necessario e costitutivo della pubblicità immobiliare, analizzando come esso abbia giocato un ruolo particolare nel primo colonialismo italiano¹¹, interagendo con i diritti tribali, e quali sono state le ragioni della sua adozione e della sua successiva sostituzione. Allo stesso modo si analizzerà il ruolo della pubblicità immobiliare nella decolonizzazione e nell'affermazione di uno Stato indipendente, verificando la diversa funzione (“pubblicistica” più che “privatistica”) che il medesimo meccanismo giuridico può assumere in un contesto politico-amministrativo profondamente diverso.

La realtà geografica analizzata è quella eritrea, che si pone come particolarmente interessante per una simile analisi, per tutta una serie di ragioni sia storiche sia di contesto.

In particolare, da un punto di vista geografico la presenza di un altipiano, agricolo e (relativamente) densamente popolato, costituisce il

¹⁰ Sulla circolazione dei modelli giuridici e le relative problematiche, tra tutti cfr. R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto disc. priv., sez. civile*, vol. III, Torino, 1989, pp. 365 ss.

¹¹ Nelle colonie italiane (Eritrea, Libia e Rodi) venne in particolare impiegato un modello di pubblicità analogo a quello tavolare, di origine austriaca, denominato all'epoca nel dibattito giuridico nazionale come “catasto probatorio”. Tale approccio alla registrazione immobiliare non venne mai accolto sul territorio italiano, ma costituì la base di ispirazione per l'organizzazione del regime fondiario d'oltremare; gli elementi di analogia con il modello del libro fondiario erano numerosi, e possono essere riassunti (cfr. M. BASSI, *Manuale di diritto tavolare*, Milano, 2013, pp. 17 s.) nell'obbligatorietà dell'iscrizione di tutti gli atti e contratti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti sugli immobili, nonché degli atti limitativi della capacità delle persone titolari di diritti reali; nell'obbligatorietà della presentazione del titolo immobiliare all'atto della richiesta di iscrizione; nell'iscrizione solo sulla base di una ordinanza; nell'inderogabilità dei termini stabiliti per l'impugnabilità dell'iscrizione; nell'efficacia – anche fra le parti – degli atti soggetti all'iscrizione solo dopo l'effettuazione di quest'ultima.

presupposto per l'emersione fin dai tempi più antichi delle problematiche tipiche della gestione e ripartizione dei suoli, rese ancora più complesse dalla presenza di una pluralità di etnie (principalmente *tigrini*, ma anche *tigré* e *saho*), ognuna munita di propri istituti di governo e con un proprio ordinamento¹².

Dato tale contesto, la disciplina dell'utilizzo dei suoli ha costituito un problema politico sempre attuale e di centrale importanza nella storia di questi territori. Di conseguenza, l'evoluzione degli istituti giuridici relativi all'assetto fondiario si è accompagnata al mutare degli assetti politici: da quelli variegati del sistema tribale – con forti tratti feudali – propri dell'epoca pre-coloniale, a quelli del periodo di occupazione italiana, per passare poi alla fase di autonomia nel quadro della federazione con l'Etiopia ed infine all'indipendenza (con un regime di tipo autoritario e con tratti di ideologia socialista)¹³. Il fatto che l'Eritrea sia stato l'ultimo paese africano a raggiungere l'indipendenza ha così comportato che l'assetto dell'ordinamento percorresse un'amplissima serie di situazioni sociali e politiche, ognuna delle quali ha lasciato negli istituti di regolazione del problema dell'accesso alla terra – sempre centrale per la cultura e l'economia delle popolazioni insediate – una traccia del diverso approccio culturale ed ideologico via via prevalente.

La pluralità delle esperienze e delle tradizioni ha cioè portato a un accumulo di soluzioni normative diverse, per ognuna delle quali si pos-

¹² Per un inquadramento storico, che sottolinea la preesistenza all'epoca coloniale di una struttura politica compiuta e di un contesto sociale ed economico complesso, cfr. G. CALCHI NOVATI, *Il corno d'Africa nella storia e nella politica. Etiopia, Somalia e Eritrea fra nazionalismi, sottosviluppo e guerra*, Torino, 1994.

¹³ Per la ricostruzione dettagliata dell'evoluzione del regime fondiario eritreo in parallelo al mutare dei regimi politici e sociali, cfr. tra tutti L. FAVALI, R. PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, Milano, 2007, in particolare i capitoli 6 (responsabilità collettiva e proprietà comune della terra sugli altipiani: il lungo cammino verso la riforma) e 7 (vincitori e vinti: le dispute e la risoluzione dei conflitti sulla terra). Per una trattazione dettagliata del tema fondiario nell'evoluzione dell'ordinamento eritreo si rinvia anche a L.G. CASTELLANI, *Recent Developments in Land Tenure Law in Eritrea, Horn of Africa*, Land tenure center, University of Wisconsin - Madison, Working paper n. 37, June 2000, e S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, Trieste, 2013. Quale fonte più risalente si può fare riferimento a R. SERTOLI SALIS, *L'ordinamento fondiario eritreo*, Padova, 1932.

sono individuare elementi nell'assetto delle fonti di diritto vigente che ne costituiscono una derivazione.

Il tema della terra si trova infatti disciplinato fin dalle prime consuetudini tribali, anche talvolta codificate (fin dal XV secolo) nell'ambito dell'ordinamento feudale che ha caratterizzato lo sviluppo degli altipiani del Corno d'Africa¹⁴. Tale regolamentazione tradizionale è poi entrata in contatto con le fonti del diritto coloniale italiano¹⁵ e con quelle del periodo di federazione con l'Etiopia¹⁶, per – infine – riemergere nell'ispirazione degli atti adottati in materia dallo Stato nazionale eritreo, una volta raggiunta l'indipendenza¹⁷; atti normativi nei quali le precedenti esperienze si trovano commiste ad una nuova forma di Stato autoritaria, di impostazione presidenziale e con governo di transizione a partito unico¹⁸.

La pluralità di esperienze succedutesi nel tempo caratterizza così la base politica, economica e sociale sottesa agli istituti, trasformandosi in pluralismo normativo e giuridico. Diverse esigenze economico-sociali e diverse tradizioni politico-culturali si combinano nella declinazione pratica degli strumenti giuridici: o conferendo funzioni diverse ai medesimi moduli normativi, o portando ad emersione meccanismi giuridi-

¹⁴ Cfr. *infra* § 2. Per i riferimenti alle diverse “leggi” di derivazione tradizionale conosciute ancora al tempo della colonizzazione (es. di *Mə'em Mähaza* o di *May Adgi*, o ancora il c.d. codice dei *Loggo Sarda*), cfr. I. CAPOMAZZA, *Istituzioni di diritto consuetudinario del Seraè, La legge degli Atchemè-Melgà*, Macerata, 1912; ID., *Il diritto consuetudinario dell'Acchelè-Guzai*, *Massimario*, Asmara, 1937; C. CONTI ROSSINI, *I Loggo e la legge dei Loggo Sarda*, in *Giornale della Società Asiatica Italiana*, XVII, 1904, pp. 1 ss.

¹⁵ Cfr. *infra* § 3.

¹⁶ Cfr. *infra* all'inizio del § 4.

¹⁷ Cfr. *infra* § 4, seconda parte.

¹⁸ Sebbene la Costituzione eritrea preveda la libertà di associazione in formazioni politiche, l'unico partito politico legalmente presente in Eritrea è il Fronte Popolare per la Democrazia e la Giustizia. L'Assemblea Nazionale è l'organo parlamentare unicamerale, composto da 150 membri eletti a suffragio universale e diretto; tuttavia, il sistema costituzionale eritreo opera in un regime di transizione – legato anche alle tensioni militari con l'Etiopia – che ha di fatto sospeso il funzionamento democratico delle istituzioni (in gran parte ancora non operative) e la tutela effettiva dei diritti civili e politici previsti in Costituzione.

ci diversificati impiegati per rispondere – in contesti diversi – alla medesima esigenza fattuale.

La pubblicità costitutiva, in questo processo storico-culturale, è stata introdotta in epoca coloniale, come istituto nuovo anche per l’ordinamento metropolitano, utilizzato per rispondere alle esigenze dei cittadini interessati ad investire nei nuovi territori; il medesimo meccanismo ha poi conservato nello Stato eritreo contemporaneo una sua (nuova) utilità, venendo reimpiegato – opportunamente modificato – a fini di gestione amministrativa dell’assetto fondiario introdotto dopo l’indipendenza. In entrambi i periodi storici l’istituto si è trovato ad interagire con l’impianto tradizionale delle regole di uso della terra; regole tribali prima considerate come modello autoctono alternativo di regolazione, comprese nell’ordinamento in epoca coloniale (e di cui tenere conto sulla base di un regime giuridico a base personale), e poi assunte come modello ispiratore della riforma fondiaria nel diritto eritreo contemporaneo, condizionandone le scelte normative nelle quali – a livello crittotipico – permangono tuttavia chiare anche le tracce dell’impostazione amministrativa coloniale.

2. Le situazioni “proprietarie” nel diritto tradizionale eritreo. Titolarità collettiva e godimento frazionato

La disciplina fondiaria nel diritto eritreo tradizionale si caratterizza per due profili fondamentali. Da un lato, per la stretta connessione che si instaura tra il titolo legittimante all’utilizzo della terra e lo status personale del singolo beneficiario, individuato come appartenente alla comunità (con un determinato ruolo sociale) sulla base del proprio vincolo con il territorio¹⁹; dall’altro, per il carattere normalmente collettivo della titolarità dei suoli, accompagnato tuttavia da un contestuale godimento frazionato degli stessi.

Le situazioni proprietarie del diritto eritreo tradizionale, più in particolare, possono essere ricondotte ad alcune tipologie fondamentali di

¹⁹ Sul rapporto tra terra e status personali nell’antropologia giuridica, cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, in particolare cap. VI, § 4, e cap. XII, §§ 1-4.

sfruttamento, caratterizzate da tratti comuni di regolamentazione²⁰; ciò sebbene nel dettaglio siano fatte oggetto di regimi giuridici non sempre stabili, in quanto mutevoli nelle diverse fonti e nelle diverse epoche. Inoltre, a tali tipi fondamentali si sono affiancate modalità ulteriori di fruizione della terra giuridicamente riconosciuta, non tradizionali ma conosciute già in epoca pre-coloniale²¹. Tre regimi presentano tuttavia una marcata stabilità nelle diverse fonti (consuetudinarie e codificate) di cui è rimasta testimonianza²², e hanno rappresentato le modalità principali di gestione e sfruttamento del territorio eritreo fino all'epoca coloniale italiana.

In primo luogo va citata la condizione di *rästi*, quale regime cui è soggetta la terra appartenente alla famiglia estesa (la c.d. *enda*, comunità delle persone identificate dalla discendenza da un unico antenato fondatore del villaggio).

In questo caso la connessione tra titolo di "proprietà" e status personale è estremamente marcata, in quanto questo tipo di proprietà identifica un'oligarchia di abitanti originari che godono di precisi privilegi in quanto possessori di certe quote di terra (*resteynatat*), riservate al nucleo storico dei residenti del villaggio e diverse dagli ordinari terreni comuni su cui la comunità è insediata.

²⁰ Per una trattazione sistematica dei titoli tradizionali all'uso della terra nel diritto eritreo cfr. ancora L. FAVALI, R. PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, cit., in particolare pp. 239 ss. (su diritti di accesso alla terra, regime della terra comune, diritti temporanei di uso, connessione tra titoli all'uso della terra e "tributi", nonché sull'ordinamento fondiario particolare proprio delle tribù Saho). Sui medesimi temi cfr. inoltre L.G. CASTELLANI, *Recent Developments in Land Tenure Law in Eritrea, Horn of Africa*, cit., pp. 2 s. (su *customary systems of land tenure in the Eritrean highlands*) e S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., pp. 19 ss. (che distingue tra regimi applicabili alle terre del villaggio, alle terre della famiglia, ai pascoli e alle proprietà individuali, sia perpetue sia temporanee).

²¹ Esistono poi anche titoli temporanei all'uso della terra, ad esempio per contratto (*grat ferkha*), a titolo gratuito tra famigliari (*grat messah*), o tra vicini e concessi per ragioni "politiche" (*sedbi*).

²² Per i riferimenti alle codificazioni del diritto eritreo tradizionale si rinvia ancora a I. CAPOMAZZA, *Istituzioni di diritto consuetudinario del Seraè, La legge degli Atchemè-Melgà*, cit.; ID., *Il diritto consuetudinario dell'Acchelè-Guzai, Massimario*, cit.; C. CONTI ROSSINI, *I Loggo e la legge dei Loggo Sarda*, cit., nonché alla più risalente trattazione del tema di R. SERTOLI SALIS, *L'ordinamento fondiario eritreo*, cit.

Inoltre, come anticipato, in questo regime giuridico vi è una titolarità comune del bene immobile, ma il godimento è frazionato in quanto esercitato a partire da un'allocazione periodica di singole particelle del fondo a beneficio dei singoli appartenenti alla collettività originaria. Periodicamente, quindi, gli appartenenti all'*enda* provvedono a dividere le terre ad essi spettanti in piccoli appezzamenti da distribuire ai membri della famiglia: ogni membro della famiglia allargata gode così di un "diritto" alla fruizione di un podere, e questi appezzamenti sono redistribuiti periodicamente affinché tutti i famigliari – anche quelli che raggiungono la maturità dopo la precedente spartizione – possano godere individualmente del bene comune, di modo che la titolarità non divenga mai pienamente individuale e la turnazione sia sempre possibile²³.

Un secondo tipo di situazione proprietaria conosciuto dal diritto eritreo tradizionale è poi identificabile con la titolarità in *gulti*, ovvero nel diritto alla terra concesso dal potere politico (ad es., in particolare, dall'imperatore etiope) ai singoli *ras* (o comunque signori) locali, in rapporto fiduciario.

La natura feudale del sistema giuridico eritreo tradizionale emerge così – nelle sue basi – proprio nella regolamentazione della proprietà fondiaria, rendendo nuovamente evidente la stretta connessione tra proprietà e status sociale²⁴, in quanto il signore locale è tale perché "feudatario", titolare di terre per conto del signore di rango superiore. In questo quadro, specie dopo il consolidamento del sistema di governo negli schemi imperiali, la tipologia di *gulti* poteva essere tanto di tipo amministrativo-militare (*shum gulti*, caratterizzato da una ereditarietà di fatto

²³ I terreni soggetti a questo regime sono comunque alienabili, ma con una prelazione a beneficio dei famigliari; in ipotesi, la terra diventava *meriet worki*, letteralmente terra d'oro, ed ha contribuito allo sviluppo di un sistema di proprietà anche individuale (conosciuta essenzialmente nei grandi conglomerati urbani), che peraltro pare essere di diffusione successiva all'affermarsi del colonialismo. Sui titoli individuali di proprietà, a tempo indeterminato, cfr. S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., pp. 43 ss.

²⁴ Sulle tradizioni feudali etiopi, cfr. A.K. GHOSE, *Transforming Feudal Agriculture: Agrarian Change in Ethiopia since 1974*, in *The Journal of Development Studies*, Vol. 22, Iss. 1, 1985, pp. 127 ss. e P. GILKES, *The Dying Lion: Feudalism and Modernization in Ethiopia*, New York, 1975.

– ma non di diritto – del titolo nobiliare, connesso alla fruizione dei fondi), quanto di tipo religioso, con affidamento dei terreni a conventi o a istituzioni ecclesiastiche (assumendo il nome di *rim*)²⁵.

Infine, una terza tipologia di situazione proprietaria viene individuata nella *däsa* (o anche detta *šəhena*, e variamente regolata nei suoi dettagli a seconda dell'epoca e della fonte)²⁶.

Questo regime giuridico tradizionale regola la fruizione della terra del villaggio (quindi della terra di spettanza di tutti i suoi residenti, anche se non appartenenti alle famiglie originarie), ancora una volta quale bene comune a titolarità collettiva ma ad uso individuale. La terra comune soggetta a tale regime è infatti distribuita periodicamente tra gli abitanti del villaggio²⁷, per periodi di tempo ridotti (le fonti parlano di turnazioni di durata da tre a sette-otto anni) tali da permettere che possano accedere all'uso individuale anche i nuovi nuclei famigliari, formati tra una assegnazione e la successiva²⁸, e che non si crei tra fruitori e singolo appezzamento un legame stabile (di appropriazione).

Per quanto riguarda le modalità dell'attribuzione, il diritto consuetudinario prevedeva procedure complesse utili a tenere conto del bisogno dei singoli e di criteri egualitari di giustizia distributiva; il procedimento di distribuzione (*warieda*), si articolava in particolare nella ripartizione della terra in lotti decisa dal consiglio degli anziani (*ghelafo*), e svolta in modo da creare appezzamenti di analogo valore agrario, cui

²⁵ Per il riferimento ai due tipi di *gulti*, cfr. L.G. CASTELLANI, *Recent Developments in Land Tenure Law in Eritrea, Horn of Africa*, cit., p. 3.

²⁶ Sul regime della terra in *däsa*, cfr. più nel dettaglio S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., pp. 30 ss.

²⁷ E – a tali fini – nelle fonti vengono considerati residenti titolati alla assegnazione principalmente i maschi adulti con proprio gruppo familiare, più raramente le donne sole, mentre è comune nel diritto tradizionale eritreo il pieno riconoscimento di una posizione tutelata di aspettativa alla terra anche per i soggetti immigrati nel villaggio, se stabilmente insediati e accettati dal gruppo.

²⁸ Per i nuclei famigliari che si formeranno tra un *warieda* e l'altro era conservata una porzione di terra indivisa, da assegnare loro all'occorrenza.

faceva seguito un ulteriore momento – affidato ad un diverso consiglio (‘*acqwaro*) – dedicato al sorteggio degli appezzamenti²⁹.

In questo modo l’assetto fondiario tradizionale garantiva sia l’egualianza nell’accesso alle risorse per tutti gli appartenenti alla comunità, senza possibilità di accumulazione della disponibilità della terra – quale fattore di produzione – in capo a singoli individui, sia l’opportunità di sfruttamento differenziato del bene comune, il godimento individuale garantendo che il lavoro – apportato dai singoli sugli appezzamenti loro assegnati – si trasformasse in un beneficio proprio (e non collettivo).

3. *L’evoluzione della normativa coloniale italiana. Proprietà e demanio dalle esigenze di popolamento a quelle di sfruttamento*

A questo tessuto normativo tradizionale si veniva a sovrapporre, con la forza prevalente descritta in precedenza, l’ordinamento coloniale italiano, che con le proprie disposizioni andava a normare specificamente anche l’uso dei suoli.

Dal 1893 al territorio eritreo – già divenuto formalmente possedimento italiano³⁰ – veniva applicata la prima legge *ad hoc* sulla proprietà nella colonia³¹, che portava ad un avvio delle espropriazioni dei terre-

²⁹ Sulla distinzione tra il ruolo degli anziani (‘*acqwaro*) e dei notabili (*nābbāra*), cfr. L. FAVALI, R. PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, cit., p. 239 nota 22.

³⁰ Sulle origini del colonialismo italiano in Eritrea – a partire dall’acquisizione ufficiale della Baia di Assab da parte del Regno d’Italia nel 1882 (dopo che fin dal 1969 sulla stessa erano sorti titoli a beneficio di un armatore italiano) – cfr. I. ROSONI, *La colonia eritrea. La prima amministrazione coloniale italiana (1880-1912)*, Macerata, 2006 e N. LABANCA, *Oltremare. Storia dell’espansione coloniale italiana*, Bologna, 2002. Per un profilo giuridico, cfr. M. D’AMELIO, *L’Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. III, parte 2, sez. II, Milano, 1911 e A. BRUNIALITI, *Colonia Eritrea*, in *Digesto italiano*, VII, parte II, Torino, 1897-1902, pp. 652 ss.

³¹ La prima disciplina delle situazioni fondiarie nella colonia è riconducibile al Re regio decreto 19 gennaio 1893, n. 23. Per quanto riguarda il profilo pubblicitario, veniva istituito un registro fondiario con sede ad Asmara e Keren, strumentale all’attività di demanializzazione dei terreni (ma costituente anche un embrionale sistema catastale probatorio). Con Decreto Governatoriale 6 giugno 1893 n. 66 veniva in concreto creato

ni³² dirette a costituire un complesso fondiario ad uso dei cittadini italiani interessati ad investire nell'impresa africana.

La prima fase dell'occupazione italiana del Corno d'Africa è stata infatti caratterizzata da un colonialismo di popolamento (come politica di espansione, comunque, solo tendenziale³³), nel quale diveniva fondamentale la realizzazione di condizioni favorevoli all'insediamento di coloni; è in questa prospettiva che con il Regio decreto 31 gennaio 1909, n. 378 veniva introdotto un meccanismo di pubblicità costitutiva per trasferire i diritti di proprietà (e altri diritti reali, o titoli di utilizzo) insistenti sui terreni resi disponibili³⁴. Già prima dell'annessione dei

l'ufficio catastale e per l'accertamento della proprietà demaniale, scarsamente attivo nei suoi primi anni di funzionamento.

³² Sospese nel 1894 per le rivolte di *Akkälä Guzay*, e riprese successivamente con regimi più favorevoli agli indigeni, e con una maggiore attenzione per la conservazione di rapporti pacifici con la popolazione della colonia; in particolare, da ultimo il Regio decreto 7 febbraio 1926 n. 269 all'art. 5, co. 2 e 3, prevedeva che – anche una volta demanializzati – i terreni non potessero essere concessi a italiani se venivano rilevate tracce di coltivazione da parte della popolazione locale e che, in ogni caso, nella distribuzione delle concessioni si tenesse conto delle necessità delle popolazioni indigene.

³³ Sui concetti di colonialismo, tra i quali anche quello di popolamento (e di sfruttamento), per una critica alla loro rigida classificazione dato che nessun regime coloniale realizza una singola finalità, cfr. R. QUADRI, *Colonia*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VII, Milano, 1960, § 6.

³⁴ Con l'Ordinamento Fondiario del 1909 veniva istituito un c.d. catasto probatorio (cfr. *supra* nota 11) esteso a tutti – e soli – i terreni soggetti al regime giuridico italiano (demanializzati o di proprietà di coloni), regolando in modo certo la formazione, la pubblicità e la conservazione dei titoli. L'impostazione tecnica suggerita inizialmente propendeva per un meccanismo di immatricolazione facoltativa analogo a quello introdotto dalla legge francese per la Tunisia del 1° luglio 1885, adattamento alle esigenze coloniali del sistema dell'*Act Torrens* (E. COPPI, *Il sistema di Torrens e la sua applicazione nell'ordinamento della proprietà fondiaria della colonia eritrea*, Firenze, 1892). Tale soluzione non venne tuttavia implementata, la dottrina prevalente (E. GIANTURCO, *L'ordinamento legislativo della colonia Eritrea*, Napoli, 1904 e A. ASCOLI, *L'ordinamento fondiario per la colonia eritrea*, Milano, estratto da *Rivista di Diritto Civile* n. 23, Milano, 1910) ritenendo che un sistema catastale probatorio potesse risultare più razionale. L'art. 169 del Regio decreto 31 gennaio 1909, n. 378 prevedeva quindi l'istituzione ad Asmara dell'ufficio catastale, poi implementato con Decreto Governatoriale del 21 novembre 1910, ma che – avviate le operazioni di rilevazione e classamento nel 1912 – rimarrà di fatto inoperante sulla maggior parte del territorio a causa delle diffi-

territori redenti di Trento e Trieste – e del conseguente impiego del sistema del libro fondiario nel territorio metropolitano³⁵ – il Regno d’Italia aveva quindi utilizzato nel proprio ordinamento un sistema di trasferimento immobiliare di tipo costitutivo ispirato al modello austriaco³⁶, istituendo un catasto ad iscrizione necessaria che offrisse ai coloni le opportune garanzie di certezza circa i titoli vantati sui terreni coloniali³⁷; certezza dei rapporti giuridici che – assieme al contesto di pacifica convivenza con i nativi (assicurato tramite un sistema di indennità per gli espropri cui si affiancava la conservazione dei titoli proprietari tradizionali, ma con una vigilanza sulla gestione degli stessi svolta dalle nuove autorità coloniali) – era intesa a favorire il popolamento della colonia.

Con il consolidamento della presenza italiana, il modello di politiche di occupazione si andò orientando verso la valorizzazione di più numerosi elementi di colonialismo di sfruttamento. Come conseguenza di tale mutamento, nel regime fondiario si ebbe una massiccia demanializzazione dei terreni³⁸, tale per cui – di regola – i fondi della colonia era-

coltà dei lavori. Cfr. anche A. GABRIELLI, *Il catasto in Eritrea e la sua riforma*, in *Atti del III Congresso di Studi Coloniali*, Firenze-Roma 12-17 aprile 1937, Centro Studi Coloniali - Istituto Coloniale Fascista, Firenze, 1937, vol. III, pp. 231 ss.

³⁵ Sul sistema catastale tavolare in Italia, e relativi caratteri (principio del predecessore tavolare, dell’iscrizione, di legalità e della pubblica fede), cfr. O. MENEGUS, L. BATTISTELLA, *Guida pratica al sistema tavolare*, Milano, 2012; M. CUCCARO, *Lineamenti di diritto tavolare*, Milano, 2010; G. GABRIELLI, F. TOMMASEO, *Commentario della legge tavolare*, Milano, 1989.

³⁶ Sul modello catastale tavolare austriaco come esperienza ispiratrice del modello di catasto probatorio, e sull’applicazione dello stesso nella legislazione coloniale, si rinvia ancora a M. BASSI, *Manuale di diritto tavolare*, Milano, 2013, pp. 17 s. (cfr. *supra* nota 11).

³⁷ Sui caratteri del modello di pubblicità prefigurato per le colonie, nella sua prima configurazione e nelle sue evoluzioni, cfr. in particolare – oltre alle altre opere già citate – S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., pp. 121 ss. (dal catasto c.d. probatorio agli obblighi di registrazione nel regime fondiario vigente, passando per le esperienze intermedie e con una trattazione che da conto anche dei problemi di effettività – nella prassi – del sistema vigente).

³⁸ Sul processo di demanializzazione dei terreni nel corso dell’esperienza coloniale, analizzandone le diverse fasi alla luce anche dell’interrelazione tra norme coloniali e

no istituiti come beni a titolarità pubblica necessaria, per poi essere dati in concessione ai privati; ciò secondo un nuovo modello di gestione amministrativa della terra, che garantisse un più ampio controllo dell'autorità coloniale sullo sfruttamento privato dei suoli.

Tutto il territorio eritreo libero diventava quindi demaniale. Anche per la parte lasciata ai nativi, la terra veniva ad essere gestita attraverso un diritto tradizionale "razionalizzato", perché amministrato dalle autorità coloniali che conservavano un potere di decisione in ultima istanza sulle dispute locali. Il *gulti*, in questo nuovo quadro di riferimento, iniziava ad essere ricostruito giuridicamente come una concessione demaniale rilasciata dal nuovo potere politico ai notabili locali, così che la terra costituiva – elargita dall'autorità coloniale, a sua discrezione – un importante elemento di fidelizzazione della classe dirigente locale³⁹. Il *rasti* d'altra parte veniva convertito in *däsa* per dare maggiori risorse alla popolazione, a danno della ristretta oligarchia tribale dei fondatori dei villaggi; in questo quadro, il colonialismo diventava anche un fattore dinamico pro-produttivo, ma a danno dell'assetto tradizionale e alla ricerca strumentale di un consenso che fosse capace di garantire la pace nella colonia, con una gestione non eccessivamente conflittuale della terra.

La demanializzazione dei territori nella colonia, e il passaggio dell'ordinamento a profili più marcati di colonialismo di sfruttamento, ebbero inoltre conseguenze dirette anche sugli istituti giuridici relativi al governo della terra attribuita ai coloni.

Al perdurare della gestione in piccoli appezzamenti andava affiancandosi – in coerenza con la prevalente demanializzazione – lo sfruttamento del territorio eritreo mediante concessioni pubbliche; concessioni

assetto dei suoli preesistente, cfr. L. FAVALI, R. PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, cit., pp. 256 ss.

³⁹ Sulla trasformazione dei titoli di godimento riconducibili al *gulti* in concessione del Governatorato coloniale ai notabili locali o alla popolazione residente, cfr. art. 5 del Regio decreto 7 febbraio 1926, n. 269. Va notato che l'impostazione originaria era profondamente diversa, prevedendo il riconoscimento e la permanenza della nobiltà locale; l'art. 13 del Regio decreto 19 gennaio 1893 n. 23 disponeva infatti che la terra in *gulti* potesse essere dichiarata demaniale solamente se e quando la relativa discendenza si fosse estinta.

che sostituivano di fatto – con l’affidamento di grandi appezzamenti a iniziative imprenditoriali private – la funzione economica prima svolta dall’assegnazione diretta di titoli proprietari. A fronte di ciò, il Regio decreto 7 febbraio 1926, n. 269 modificava gli effetti dell’iscrizione nei libri catastali, la cui gestione veniva considerata troppo costosa (nell’ambito di un territorio comunque prevalentemente demaniale), derubricandone gli effetti da costitutivi ad un valore meramente notiziale e dichiarativo⁴⁰. Per operare un risparmio di risorse, si preferiva quindi un grado minore di certezza dei rapporti ed una maggiore flessibilità negli scambi (relativi ai piccoli appezzamenti non demaniali); tutto ciò a fronte di un elevato grado di certezza dei rapporti economicamente più significativi, che veniva invece assicurato dal titolo amministrativo di concessione⁴¹.

Si passava quindi – nell’evoluzione più generale del modello coloniale italiano⁴² – da un approccio privatistico, nel quale il ruolo del ca-

⁴⁰ L’Ordinamento Fondiario del 1926 ha quindi degradato il valore dell’iscrizione catastale ad un’efficacia meramente dichiarativa. In particolare l’art. 144 attribuiva alle mappe catastali valore di descrizione topografica (mentre l’art. 230 dell’Ordinamento fondiario del 1909 riconosceva alle mappe valore di piena consistenza) e l’art. 127 attribuiva all’iscrizione catastale valore di descrizione giuridica dello status dei suoli (mentre l’art. 206 dell’Ordinamento Fondiario del 1909 riconosceva che l’iscrizione costituisse – di per sé sola – constatazione legale dei diritti sugli immobili e delle loro mutazioni: unicamente la presenza del titolo nei registri catastali poteva dare base legale ai diritti sugli immobili e alle loro mutazioni). Con l’art. 64 del Decreto Governatoriale 9 luglio 1926, n. 4390 veniva poi approvato il nuovo regolamento di esecuzione, che confermava l’operatività del già istituito Ufficio del Catasto di Asmara.

⁴¹ “Dato, infatti il nuovo criterio di limitare il catasto alle sole terre soggette al regime giuridico italiano viene a mancare l’utilità del carattere probatorio, perché l’origine della proprietà è costituita dal titolo creativo del diritto, che emana dall’Autorità pubblica e che viene pubblicato nel Bollettino Ufficiale, cosicché l’esistenza di questi due titoli può dare luogo a discordanze e contestazioni di ardua soluzione e il catasto raggiungerebbe difficilmente lo scopo di una sicura prova della proprietà, mentre al riguardo provvedono già sufficientemente le disposizioni del codice civile circa la trascrizione”; così A. GABRIELLI, *Il catasto in Eritrea e la sua riforma*, cit., p. 236.

⁴² Sulle basi ideologiche e sulle esigenze pratiche sottese al colonialismo italiano, e sull’evolvere delle stesse con le aspirazioni imperiali del fascismo, cfr. P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2004-2005, 1, pp. 169 ss.

tasto era servente l'interesse dei privati (che al meccanismo delle registrazioni immobiliari chiedevano la certezza dei propri rapporti giuridici), ad un approccio pubblicistico, in cui la gestione della terra passava in gran parte attraverso concessioni governative (con le quali la certezza veniva garantita in radice, e diventava pertanto superfluo mantenere in funzione un sistema raffinato di pubblicità costitutiva che si rivolgeva non alle vicende dei territori demaniali ma ai residui appezzamenti in proprietà privata)⁴³.

4. L'assetto della proprietà nell'Eritrea indipendente. La gestione della terra – come fattore tradizionale di identità, collettiva e individuale – nel modello amministrativo dello Stato autoritario

Il processo di decolonizzazione che ha caratterizzato la storia eritrea è stato particolarmente prolungato, estendendosi attraverso una pluralità di fasi prima del raggiungimento della piena indipendenza. In questo percorso anche il regime dei suoli è stato oggetto di numerose riforme, e l'ordinamento fondiario ha conosciuto istituti estremamente diversificati tra loro che sono venuti ad interagire – nelle loro diverse impostazioni ideologiche – con l'eredità culturale lasciata, in tema di gestione della terra, tanto dal diritto tradizionale, quanto dai meccanismi di amministrazione coloniale.

In particolare, dopo la fine del mandato britannico l'Eritrea è stata federata all'Impero etiopico, dapprima godendo di un ampio grado di autonomia e poi, dal 1962 al 1991, con il mero status di provincia e in una condizione di permanente conflitto armato per l'indipendenza (tra alcu-

⁴³ Il periodo “coloniale” per i territori eritrei si estendeva ulteriormente fino al 1952, sotto mandato britannico; va notato come l'amministrazione condotta in questo diverso regime non ha comportato un radicale mutamento d'impostazione rispetto alla fase precedente. Si è infatti conservato, nei moduli di fondo, l'approccio pubblicistico tipico dell'epoca coloniale (anche italiana; approccio perpetrato nell'ottica – propria del pensiero giuridico di *common law* – della ricostruzione dell'istituto proprietario sulla base dell'esistenza di un *eminent domain* (come posto alla base del potere di espropriazione).

ni movimenti di liberazione nazionale eritrei e le forze regolari etiopi)⁴⁴.

In questo spazio temporale l'Eritrea ha conosciuto l'applicazione, dal 1960, di un codice civile di ispirazione francese⁴⁵; codificazione che pure permetteva in via transitoria l'uso dei diritti di proprietà tradizionali⁴⁶, ma con disposizioni dirette al successivo superamento della proprietà collettiva a favore di forme moderne di sfruttamento agricolo dei suoli⁴⁷. Successivamente, dal 1974 con l'affermarsi del regime del *Derg*⁴⁸, l'assetto fondiario veniva improntato a modelli maggiormente conformi all'ideologia socialista, mediante diffuse espropriazioni e con l'incentivazione dello sfruttamento delle aree rurali tramite cooperative agricole.

A partire dal 1961 il Fronte di Liberazione Eritreo acquisiva progressivamente – e con un'estensione variabile – il controllo di aree sempre più ampie del Paese, mantenendo un proprio governo provvisorio per tutto il corso della guerra, durata trent'anni; le forze di liberazione nazionale – anche esse di ispirazione socialista – sottoponevano così a loro volta i territori occupati a regimi di collettivizzazione misti, fra tradizione e socialismo, nei quali l'uso della terra e la sua redistribuzione (anche tra etnie) veniva a costituire uno dei principali fattori di propaganda e di differenziazione ideologica tra i contendenti⁴⁹.

⁴⁴ I due principali movimenti nazionali eritrei sono stati il Fronte Popolare di Liberazione Eritrea (EPLF) e il Fronte di Liberazione Eritrea (ELF); organizzazioni entrambe di ispirazione socialista e con diversa presenza sul territorio. Sulle diversità tra le due formazioni politiche – in punto di gestione del tema della terra e di proposte di riforma della relativa disciplina – cfr. S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., pp. 86 ss.

⁴⁵ Sulla codificazione civile in Etiopia cfr. quanto già citato *supra* alla nota 8.

⁴⁶ Cfr. artt. 3363 e 3364 del codice civile etiope.

⁴⁷ Cfr. artt. 1489-1500 del codice civile etiope.

⁴⁸ Per accenni all'impostazione in materia fondiaria seguita dal governo militare etiope di ispirazione comunista in carica dal 1974 al 1987, cfr. J.W. BRUCE, A. HOBEN, D. RAHMATO, *After the Derg: An Assessment of Rural Land Tenure Issues in Ethiopia*, Land tenure center, University of Wisconsin - Madison, Working paper, 1994.

⁴⁹ Sul regime della terra come fattore di lotta ideologica nel periodo della transizione e della guerra di liberazione, cfr. L. FAVALI, R. PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, cit., pp. 268 ss.

Raggiunta l'indipendenza nel 1991, la questione della terra rimaneva comunque centrale, e il nuovo regime Eritreo ne faceva uno dei capisaldi dell'instaurazione del nuovo Stato. In particolare, la riforma agraria costituiva una delle prime grandi trasformazioni dell'ordinamento eritreo della transizione, attuata tra il 1994 e il 1997. L'assetto fondiario, così delineato da una serie di provvedimenti legislativi ordinari⁵⁰, trovava coronamento nella Costituzione del 1997, che all'art. 23 dava uno spazio specifico e centrale alla questione della terra; nel nuovo assetto costituzionale si optava così per un modello collettivista ed autoritario nel quale tutta la terra è – necessariamente – nella titolarità dello Stato, che la concede ai propri cittadini, tutti parimenti titolati ad un diritto di godimento (individuale) una volta adempiuti gli obblighi militari⁵¹.

In questo modello gli elementi di diritto tradizionale (collettivi), i meccanismi di gestione amministrativa coloniale (statuale) e i profili di ispirazione socialista (partitici) si mescolano tra loro. Alla statualità della terra (tributaria della demanialità coloniale più ancora che dell'impostazione socialista, che era orientata invece all'uso di cooperative e al ruolo forte di una burocrazia partitico-militare) si affianca una versione moderna della *däsa* (di ispirazione tribale).

La nuova situazione proprietaria riconosciuta dall'ordinamento eritreo introduce peraltro alcuni fondamentali elementi di modernizzazione dell'approccio tradizionale, prevedendo – in particolare – che la cessione in godimento frazionato ai singoli sia a vita (con un usufrutto agrario, eventualmente accompagnato da diritto di abitazione in area rurale detto *tisha*), in modo che un più stretto vincolo si possa instaurare tra coltivatore e fondo; si riconoscono inoltre alcuni diritti alle mi-

⁵⁰ I principali provvedimenti in cui si è articolata la riforma fondiaria dell'Eritrea indipendente sono le Proclamazioni n. 58/1994 (c.d. *Land Proclamation*) e n. 95/1997, nonché la Nota legale n. 31/1997. Per maggiori dettagli sui contenuti precisi di tali provvedimenti – anche al di là dei profili attinenti al tema della registrazione degli atti relativi alle vicende della terra – cfr. S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., pp. 100 ss.

⁵¹ Sul regime fondiario vigente nell'Eritrea indipendente – per un'analisi delle ascendenze nell'impostazione tradizionale di gestione della terra, e delle implicazioni nelle dinamiche sociali – cfr. L. FAVALI, R. PATEMAN, *Sangue, terra e sesso. Pluralismo giuridico e politico in Eritrea*, cit., pp. 275 ss.

gliorie, oltre che alcuni titoli di successione nella concessione del medesimo fondo (se i discendenti soddisfano i requisiti di adempimento degli obblighi di leva richiesti per accedere al sistema di concessioni della terra)⁵². La lunga durata dell’attribuzione del fondo in usufrutto agrario o in *tisha* permette inoltre lo sviluppo di un mercato dello sfruttamento del terreno, essendo ammessa la sub-concessione in “locazione” (*leasehold*) – da dieci a sessant’anni – quale attribuzione di un diritto all’uso da privato a privato; posizione giuridica soggettiva sempre e comunque revocabile dall’amministrazione per mutamenti di destinazione d’uso o al ricorrere della carenza dei requisiti di titolarità⁵³.

L’ordinamento eritreo ha così perseguito una forte burocratizzazione della gestione della terra, che si è culturalmente sovrapposta alle strutture di gestione tradizionali, sostituendo all’autogestione dei consigli di villaggio l’azione degli apparati burocratici statuali. In questo contesto, il Ministero della Terra, Acqua ed Ambiente assume un ruolo centrale, anche con comitati locali di gestione (per il classamento e distribuzione tra gli aventi diritto dei lotti) e attraverso gli uffici catastali (per le registrazioni costitutive delle concessioni amministrative in *tisha*, e delle vicende relative alle stesse)⁵⁴.

Ogni trasferimento nel godimento della terra data in concessione va quindi autorizzato dall’amministrazione e obbligatoriamente registrato

⁵² Sul regime fondiario vigente nell’Eritrea indipendente – per la disciplina di dettaglio e l’analisi delle singole norme rilevanti – cfr. S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., pp. 103 ss. (con descrizione dei diritti fondiari individuali – *tisha* e usufrutto agricolo, oltre che locazione – e pubblici, nonché dei procedimenti di assegnazione e “espropriazione” della terra).

⁵³ Sul regime di locazione ammissibile nell’ordinamento vigente, e i suoi limiti, oltre a quanto sopra già citato in generale sulla *tisha* cfr. L.G. CASTELLANI, *Recent Developments in Land Tenure Law in Eritrea, Horn of Africa*, cit., p. 11.

⁵⁴ I riferimenti relativi all’organizzazione amministrativa degli uffici competenti sono da individuare nell’art. 5 della Nota legale n. 31/1997 e nell’art. 10, co. 2, della *Land Proclamation*. Organo centrale competente in materia – accanto agli uffici catastali – è la *Land Commission*, quale dipartimento del Ministero della Terra, Acqua ed Ambiente responsabile per la gestione del complesso fondiario eritreo; essa opera anche tramite uffici territoriali – i *Land Administration Bodies* (composti dai membri delle assemblee di villaggio) – cui è assegnato il compito di provvedere alla distribuzione dei terreni tra gli aventi diritto.

al catasto⁵⁵; ciò non solo affinché l'atto possa assumere efficacia ma – in aggiunta – anche per evitare severe conseguenze sanzionatorie, ogni trasferimento di titoli di godimento fuori dei casi previsti dalla legge essendo nullo e penalmente punito⁵⁶.

In Eritrea la registrazione dei terreni e dei beni immobili è infatti atto necessario, in quanto l'ordinamento richiede che l'assegnazione di qualsiasi terreno risulti presso il catasto⁵⁷, ponendo un consequenziale onere di riproduzione nei libri di tutte le vicende che riguardano i fondi e i beni immobili⁵⁸, anche relative al trasferimento per cessione (quando ammesso)⁵⁹. In questa diversa prospettiva ordinamentale l'obbligatorietà della registrazione viene così a legarsi non tanto al requisito di validità degli atti di volontà privati⁶⁰, bensì al carattere derivativo dei titoli di godimento; titoli che emanano dall'amministrazione e le cui vicende,

⁵⁵ La registrazione costituisce infatti un obbligo ai sensi dell'art. 3, co. 1, della Proclamazione n. 95/1997: è richiesta la trascrizione di diritti e obblighi relativi a ogni bene immobile, e delle cessioni dei titoli vantati sui fondi – per quanto disponibili – a seguito di locazione, donazione, successione e altri modi di trasferimento del godimento previsti dalla legge; così – per tutti gli usufrutti agricoli, i *tisha*, e le locazioni – i cambi o i trasferimenti di titolarità devono essere registrati (art. 3, co. 3). La legge – art. 6, co. 2, della Proclamazione n. 95/1997 – ammette tuttavia l'esistenza di alcuni diritti considerati non derogabili (c.d. vincoli di legge: quali diritti di passo, o servitù di elettrodotto, o diritto alla conduzione di acque) la cui esistenza è riconosciuta anche in mancanza della loro trascrizione. Fuori da tali ipotesi, tuttavia, il dato letterale della riforma agraria esclude la riconoscibilità di diritti non registrati.

⁵⁶ Sulla criminalizzazione dei trasferimenti fuori dai casi ammessi dalla legge, cfr. L.G. CASTELLANI, *Recent Developments in Land Tenure Law in Eritrea, Horn of Africa*, cit., p. 9.

⁵⁷ Cfr. art. 4, co. 1, della Proclamazione n. 95/1997.

⁵⁸ Cfr. art. 3, co. 11, della Nota legale n. 31/97.

⁵⁹ Cfr. art. 3, co. 13, della Nota legale n. 31/97.

⁶⁰ Cfr. art. 3, co. 2, della *Land Proclamation* e art. 6, co. 1, della Proclamazione n. 95/1997. Vista anche la prassi e la situazione di scarsa effettività del sistema catastale, quale sistema non completo, la rilevanza di fatto nei rapporti tra privati è limitata ai casi di controversia (dove il diritto di un titolare, se regolarmente registrato, prevale su quelli non registrati o registrati successivamente). Rimane comunque fermo l'impianto a registrazione obbligatoria e necessaria di tutti i titoli fondiari, come previsto dall'ordinamento positivo descritto, e come strumentale – in prospettiva – a un elevato grado di controllo pubblico sulle vicende della terra (più che alla garanzia dei rapporti giuridici tra privati).

quindi, devono necessariamente – per perpetrarsi – essere portate all’attenzione della stessa.

In questo modo la registrazione del titolo (qui amministrativo) torna ad avere valore costitutivo, secondo uno schema che – pur con finalità del tutto diverse – ricorda quello della pubblicità a fini privatistici, del libro fondiario o del catasto c.d. probatorio, cui la prima legislazione coloniale si era ispirata⁶¹.

Fermo il carattere amministrativo del titolo di godimento principale, oggetto della prima annotazione, le vicende traslative del godimento sono quindi ammesse se portate a conoscenza del potere esecutivo. L’art. 31 della Proclamazione n. 58/1994 riconosce ad esempio come possibile il trasferimento o la permuta degli edifici costruiti sulla terra statale (con titolo analogo ad un diritto di superficie); in tali ipotesi è però necessario che tutto ciò risulti sui registri catastali, gli artt. 4 e 5 della Proclamazione n. 95/1997 affermando che in tal caso l’acquirente deve ottenere una nuova concessione del terreno dallo Stato (poiché il diritto *tisha* si estingue con la cessione, essendo intrasmissibile, e serve quindi una nuova iscrizione originaria di un titolo amministrativo idoneo). Altri casi in cui può essere rilevante la registrazione costitutiva di un trasferimento di godimento sono poi i già citati rapporti di locazione tra privati (di durata ammissibile tra i dieci e i sessant’anni) insistenti sui fondi dati in concessione dallo Stato, nonché – in caso di morte – l’attivazione di alcuni istituti di garanzia dei figli, previsti dall’ordinamento, tra i quali la proroga della *tisha* e l’esercizio del diritto di prelazione sui terreni (sempre sotto condizione di una nuova decisione amministrativa concessoria, che va ottenuta e registrata pena la perdita di ogni aspettativa nei confronti dell’amministrazione)⁶².

⁶¹ Cfr. *supra* § 3 e il Regio decreto 31 gennaio 1909, n. 378.

⁶² La Proclamazione n. 95/1997 contiene all’art. 4 ulteriori specificazioni su ciò che è soggetto a registrazione: devono essere trascritti gli usufrutti agricoli convertiti in locazione ai sensi dell’art. 18, co. 3, della Proclamazione n. 95/1997; il *tisha* nel quale l’immobile costruito se il terreno venga trasferito; la sublocazione dell’usufrutto agricolo di durata pari o maggiore a un anno stipulata ai sensi dell’art. 27 della Proclamazione n. 95/1997; le ipoteche sui beni immobili; tutti i trasferimenti relativi a beni immobili costruiti sui terreni (art. 5).

Tutto ciò, ferma la radicale diversità di modi e funzione, perpetra nell'ordinamento attuale un modulo giuridico – il necessario inserimento in un apposito registro degli atti comprovanti le vicende giuridiche della terra – che nel suo funzionamento presenta però una forte disomogeneità con il passato, anche rispetto alle modalità tecniche della tradizione catastale. La forte amministrativizzazione si riflette infatti sulla struttura del re-istituito ufficio del catasto⁶³, in quanto non solo si rifiuta del tutto la natura giurisdizionale delle “trascrizioni” (la gestione delle scritture essendo integralmente lasciata agli organi del Ministero della Terra, Acqua ed Ambiente), e si minimizza nella prassi il ruolo del notariato (introdotto in epoca coloniale)⁶⁴, ma – ancora più radicalmente – le decisioni di tutti gli uffici ministeriali competenti in materia fondiaria non sono impugnabili in giudizio, e possono essere gravate unicamente da ricorsi amministrativi⁶⁵.

⁶³ L'Ufficio del Catasto – re-istituito dalla Proclamazione n. 95/1997 – è stato organizzato come dipartimento dipendente dal Ministero della Terra, Acqua ed Ambiente (ai sensi dell'art. 3, co. 1 e 2, articolabile anche territorialmente).

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 125 del Regio decreto 7 febbraio 1926, n. 342 il Governatore nominava notaio della colonia una persona a sua scelta, avente i requisiti per essere notaio nel Regno; in mancanza, l'ufficio notarile era esercitato dal cancelliere del Tribunale. Con l'art. 154 del Regio decreto 30 giugno 1935, n. 1649 si introduceva il principio del concorso, e si istituzionalizzava la figura notarile nell'ordinamento coloniale. L'ufficio del Catasto e quello Notarile hanno continuato ad operare in Eritrea anche successivamente, in epoca post-coloniale, nonostante alcuni tentativi di soppressione durante il regime etiope (cfr. S. MANCUSO, *Terra in Africa. Diritto fondiario eritreo*, cit., p. 127).

⁶⁵ Per quanto riguarda i rimedi impugnatori, l'art. 44 della *Land Proclamation* esclude che le controversie sull'assegnazione delle terre possano essere di competenza delle Corti; il potere giudiziario può invece essere attivato a tutela degli “espropriati”, l'art. 51 della *Land Proclamation* riconoscendo all'Alta Corte la giurisdizione esclusiva (con decisione in primo ed unico grado) sulle controversie in tema di indennità per la c.d. restituzione del terreno alla disponibilità pubblica.

5. Il momento costitutivo nei trasferimenti fondiari, dalle aspirazioni private di certezza alle esigenze amministrative di controllo. Il pluralismo nel funzionamento concreto dell’ordinamento

L’evoluzione del regime fondiario in Eritrea offre così un esempio di adattamento degli istituti giuridici al mutare dei contesti politici e sociali, la certezza del carattere costitutivo delle registrazioni pubbliche trasformandosi – in un contesto ordinamentale affatto diverso – da garanzia per i privati (coloni) a strumento di controllo pubblico (statale e autoritario).

Allo stesso tempo, la disciplina descritta evidenzia come il dato culturale o tradizionale di fondo permanga nelle strutture giuridiche dell’ordinamento anche al mutare degli strumenti normativi, e anche qualora le finalità politiche ed economiche perseguite siano del tutto diverse da quelle originarie; in particolare, la connessione con lo status (di appartenente al villaggio, in passato, e di cittadino in regola con gli obblighi di leva, nell’Eritrea indipendente), nonché il carattere collettivo della titolarità (di villaggio o demaniale) e individuale del godimento (turnario o con concessione amministrativa a vita), rappresentano due caratteri costanti nell’assetto giuridico delle situazioni proprietarie eritree; caratteri che riemergono tanto in epoca coloniale, così come nella nuova statualità raggiunta dopo il 1991.

In questi due sistemi politici così profondamente diversi tra loro il dato identitario (status) dato dal legame con la terra viene mantenuto come un elemento culturale di fondo, ineliminabile, cui si affiancano – di volta in volta – le diverse esigenze di controllo pubblico: della potenza coloniale occupante o del regime politico instauratosi dopo l’indipendenza. Ed entrambe tali manifestazioni del potere pubblico si avvalgono, ma a fini diversi, del sistema della pubblicità (o registrazione) costitutiva, inteso quale strumento neutro e – in quanto tale – potenzialmente servente alle opposte esigenze di controllo che il colonialismo di popolamento e il regime autoritario della transizione presentano.

Tale modulo comune, di pubblicità costitutiva delle vicende relative le situazioni giuridiche soggettive insistenti sui fondi, muta così di natura circolando in realtà profondamente diverse tra loro, perché l’oggetto della pubblicità è diverso. Mentre nel primo colonialismo italiano la

stabilità del modello ispirato al libro fondiario assumeva ad oggetto atti privati di trasferimento dei titoli reali, quali atti di volontà liberi e assunti su iniziativa dei singoli (in cerca di certezza per i propri rapporti giuridici, specie nell'incerto contesto non metropolitano), all'abbandono della pubblicità costitutiva in un colonialismo di sfruttamento ha poi fatto seguito una sua nuova utilizzazione a fini diversi; non più di registrazione di atti privati *tout court*, bensì di gestione delle vicende (solo in parte connesse alla volontà privata) relative a concessioni amministrative, a carattere autoritativo e ampiamente discrezionali, con le quali il nuovo ordinamento statale governa e controlla – in luogo della conduzione davvero collettiva tradizionalmente assunta dalla comunità del villaggio – l'impiego della terra.

La registrazione costitutiva di un atto, al mutare del contesto, diventa quindi strumento servente non la stabilità del diritto reale, ma l'instabilità (o la discrezionalità) della decisione amministrativa di distribuzione della terra. In questo nuovo assetto, profondamente diverso da quello di origine, del meccanismo tipico del libro fondiario rimangono validi – in un certo senso – i principi di iscrizione, legalità e pubblica fede, ma viene del tutto a mancare un principio del predecessore tavolare (in quanto la registrazione è strumentale a rapporti diretti tra pubblica amministrazione e concessionario, e solo indirettamente risulta invece utile ai trasferimenti di singole utilità tra privati); il carattere costitutivo della pubblicità, calato in una realtà così profondamente diversa, rimane un modulo giuridico solo nella forma analogo a quello di origine, la sua funzione sociale risultando invece del tutto travisata, orientandosi a diverse finalità (per le quali sono centrali i soli rapporti tra pubblica amministrazione e privato, e non tanto quelli tra privati).

La corrispondenza degli istituti giuridici a fronte della pluralità dei contesti sociali evidenzia allora come nella circolazione dei modelli il risultato finale dell'azione di un istituto giuridico in un contesto diverso da quello di origine possa essere radicalmente diverso rispetto a quanto avvenuto in passato; ciò sia in quanto l'uso politico degli istituti ne modifica l'impiego pratico, sia perché l'interagire con una diversa cultura e tradizione giuridica di base piega il funzionamento degli strumenti normativi a esigenze (nel caso di specie, di identificazione di status e di godimento individuale di beni che rimangono sovra-individuali) poten-

zialmente del tutto eterogenee rispetto alla matrice originaria. È così il pluralismo delle culture – tanto assunte nella loro dimensione tradizionale, quanto identificate nelle ideologie politiche attuali – a condizionare il funzionamento concreto dell’ordinamento e a determinare impieghi antitetici (a fini di garanzia dei privati, o di controllo amministrativo) di medesimi o analoghi moduli giuridici.

IL MASO CHIUSO NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

LA STORIA E LA TRADIZIONE NEL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI

Davide Paris

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* - 2. *La prima giurisprudenza costituzionale sul maso chiuso: la storia come schermo di costituzionalità.* - 3. *Crisi dell'impostazione originaria.* - 4. *Una più moderna lettura costituzionale del maso chiuso.*

1. Introduzione

Il «maso chiuso» (*Geschlossener Hof*) è istituto antichissimo, comune a tutto il Tirolo, fondato sul principio, ignoto al diritto romano ma ben presente nelle consuetudini dei popoli germanici, della «indivisibilità della proprietà contadina»¹. La sua finalità è quella di evitare che un'azienda agricola di un'estensione tale da corrispondere alle esigenze dell'adeguato mantenimento della famiglia che la conduce possa essere frazionata e dispersa in un numero crescente di porzioni più piccole singolarmente inadatte a garantire il sostentamento di una famiglia e destinate quindi, nel lungo periodo, all'abbandono. Per ottenere que-

¹ G. GABRIELLI, *Maso chiuso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 205. Per una descrizione della disciplina del maso chiuso e della sua evoluzione più approfondita rispetto ai limitati cenni introduttivi qui proposti v., oltre allo scritto appena citato, le omonime voci di C. FRASSOLDATI, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, pp. 292 ss.; C. SCHWARZENBERG, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 703 ss.; G. GABRIELLI, in *Noviss. Dig. it., App.*, IV, Torino, 1983, pp. 1170 ss.; A. DE CAPRARIIS, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, nonché, sulla riforma del 2001, N. FERRUCCI, *La nuova legge provinciale sul maso chiuso: spunti per una riviviscenza dell'istituto*, in *Rivista di diritto agrario*, 2002, pp. 86 ss. e S. MAYER, *L'istituto del «maso chiuso» nella Provincia di Bolzano*, in *Studium iuris*, 2002, pp. 1547 ss.

sto scopo la disciplina del maso chiuso consiste essenzialmente in una forte limitazione del potere di disporre del maso da parte del suo proprietario e in un regime successorio del tutto particolare.

Sotto il primo aspetto, vale la regola dell'indivisibilità del maso chiuso, per cui il suo titolare non può modificarne la consistenza né con atto tra vivi, né con disposizione testamentaria. Che si intenda venderlo, donarlo o attribuirlo come legato, il maso chiuso deve essere trasferito nella sua interezza: soltanto su autorizzazione di un'apposita commissione, e in presenza dei presupposti di interesse pubblico previsti alla legge, può essere modificata l'estensione del maso.

Quanto alla disciplina successoria, vale il principio dell'erede unico (*Anerbe*), che beneficia del diritto di liquidare gli altri coeredi cedenti sulla base non del valore venale del maso, bensì secondo il ben più favorevole criterio del rendimento dello stesso. In questo modo si vuole evitare che il peso dei debiti nei confronti degli altri coeredi possa compromettere la possibilità per l'assuntore di sfruttare adeguatamente il maso. In caso di successione *ab intestato*, quando cioè manchi la designazione dell'assuntore del maso da parte del *de cuius*, la legge detta i criteri per la determinazione dell'assuntore, privilegiando il figlio maschio primogenito.

L'istituto ha storicamente svolto un ruolo assai importante nel definire la conformazione economico-sociale del Tirolo e, in particolare, nel contrastare l'abbandono e lo spopolamento delle aree alpine. Nella sentenza n. 4 del 1956 la Corte costituzionale offre un'efficace sintesi dell'evoluzione storica della disciplina del maso chiuso:

Introdotta in Alto Adige fin dai primi secoli del Medio Evo in corrispondenza ad antiche consuetudini germaniche, si affermò nel tempo e formò oggetto, verso l'età moderna, di disciplina legislativa formale, quale quella delle Patenti imperiali dell'11 agosto 1770 e del 9 ottobre 1795, di una legge dell'Impero del 1° aprile 1889 che attribuì alla legislazione provinciale il compito di disciplinare la materia, e della legge provinciale del 12 giugno 1900, n. 47, «concernente i rapporti giuridici speciali dei masi chiusi valevole per la Contea principesca del Tirolo». Dopo che il territorio dell'Alto Adige entrò a far parte del territorio italiano, l'istituto rimase in vita fino a quando con R.D. del 4 novembre 1928, n. 2325 fu estesa alle nuove Province la legislazione nazionale.

Sennonché, anche dopo il suo disconoscimento legale, la popolazione dell'Alto Adige continuò a dimostrarsi attaccata all'istituto.

Proprio per andare incontro a questo attaccamento della popolazione alto-atesina all'istituto del maso chiuso, che aveva determinato, durante il periodo fascista, «un'ampia conservazione *de facto* dell'ordinamento masale, nonostante la soppressione *de jure*»², il legislatore costituente ha inteso attribuire alla potestà legislativa primaria provinciale l'«ordinamento dei masi chiusi e delle comunità familiari rette da antichi statuti» (art. 11, n. 9, l. cost. 26 febbraio 1946, n. 5, *Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*)³.

In attuazione di questa disposizione statutaria la Provincia autonoma di Bolzano ha approvato la legge 29 marzo 1954, n. 1, *Ordinamento dei masi chiusi nella Provincia di Bolzano*, oggetto, da subito e sino ai giorni nostri, di numerose modifiche⁴. Su questa disciplina la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi diverse volte, nella maggior parte dei casi nell'ambito di giudizi in via incidentale. Un'analisi di questa giurisprudenza risulta interessante, più che per i singoli aspetti della disciplina su cui si è espresso il giudice costituzionale, per vedere come la storia e la tradizione entrino nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi e quale ruolo assegni loro il giudice costituzionale. La storia e la tradizione svolgono infatti una funzione fondamentale in rapporto all'istituto del maso chiuso, sotto almeno due profili.

In primo luogo valgono a delimitare la competenza legislativa provinciale. Nell'attribuire potestà legislativa primaria alle Province in materia di masi chiusi, lo Statuto fa infatti riferimento a un istituto che, in quanto sconosciuto al diritto interno, non può essere definito se non rifacendosi alla sua storia e alla sua tradizione. Sono queste a riempire

² C. FRASSOLDATI, *op. cit.*, p. 294.

³ Oggi art. 8, n. 8, d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, *Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*.

⁴ Ancorché lo Statuto riconosca la medesima competenza in materia di masi chiusi a entrambe le Province, la Provincia autonoma di Trento non ha mai esercitato tale competenza. Per un quadro dell'evoluzione della legislazione altoatesina v. gli scritti citati a nota 1.

di contenuto la nozione costituzionale di maso chiuso, e, con ciò, a definire l'ampiezza della competenza legislativa decentrata.

In secondo luogo, il richiamo alla storia e alla tradizione vale a giustificare la deroga rispetto ad alcuni principi costituzionali rispetto ai quali l'istituto del maso chiuso si pone in evidente contrasto, *in primis* il principio di uguaglianza in rapporto alla posizione degli eredi. Tale deroga, entro certi limiti, può giustificarsi nella misura in cui rappresenta un tratto essenziale dell'istituto del maso chiuso, richiamato dallo Statuto.

In relazione a questi due profili è possibile individuare nella giurisprudenza costituzionale due approcci significativamente diversi, esaminati qui di seguito, che portano il giudice delle leggi da un atteggiamento di particolare favore verso il legislatore bolzanino che caratterizza la giurisprudenza più risalente a un più rigoroso controllo sulla disciplina dei masi chiusi negli anni più recenti.

2. La prima giurisprudenza costituzionale sul maso chiuso: la storia come schermo di costituzionalità

La prima giurisprudenza costituzionale in materia di maso chiuso è caratterizzata da un ruolo determinante assegnato alla storia dell'istituto, che porta a definire in termini estremamente ampi la competenza legislativa provinciale e a giustificare deroghe assai rilevanti ai più basilari principi costituzionali. La ricostruzione dogmatica che fa da sfondo a questa giurisprudenza è chiaramente definita dalla Corte costituzionale nella sua prima sentenza in materia – la n. 4 del 1956 –, ed è così articolata:

L'art. 11 n. 9 [dello Statuto] fa rivivere l'istituto dei «masi chiusi», che non trova riscontro nel diritto italiano, e quindi bisogna mutuarne la nozione dall'ordinamento in cui è sorto e si è sviluppato.

Ne consegue che esso

non può qualificarsi né rivivere se non con le caratteristiche sue proprie derivanti dalla tradizione e dal diritto vigente fino alla emanazione di quel R.D. 4 novembre 1928, n. 2325.

In questo modo la Corte altro non fa che recepire la teoria della «deroga implicita»⁵ elaborata da Alberto Trabucchi, secondo cui, nel richiamare l'istituto del maso chiuso, il legislatore costituente ha implicitamente riconosciuto al legislatore provinciale la possibilità di derogare a quei principi costituzionali il cui rispetto avrebbe impedito la riviviscenza del maso chiuso così come definito dalla sua lunghissima storia e antica tradizione. Così si esprimeva infatti Trabucchi in relazione alla legge bolzanina, alla cui stesura aveva contribuito in maniera determinante:

Se con legge costituzionale lo Stato aveva previsto il riconoscimento di un istituto, questo doveva essere reintegrato nella sua natura e nei suoi presupposti essenziali, quali sono consacrati da una antica felice tradizione. Il «maso chiuso» è esistenzialmente legato alla successione nell'ambito familiare, e sarebbe pertanto impossibile inserirlo in un rigido sistema vincolato al riconoscimento dell'egual diritto di tutti i discendenti legittimi ad una quota in natura; non solo, ma neppure potrebbe coesistere con l'applicazione dei normali criteri di valutazione: la stima del maso secondo il valore venale dei beni che lo compongono implicherebbe per l'assuntore l'onere di eccessivi esborsi per i conguagli⁶.

Di conseguenza, la potestà legislativa provinciale in materia deve comprendere

⁵ A. TRABUCCHI, *A proposito di costituzionalità dei masi chiusi*, in *Giur. it.*, I, 1956, pp. 625 s.: «Nell'espresso riferimento fatto dal legislatore dello Statuto regionale all'istituto del maso chiuso erano implicite le caratteristiche essenziali quali si trovano nell'antica storia giuridica locale e quali sono state definite nella legislazione tirolese che ha preceduto l'annessione all'Italia della provincia di Bolzano». In precedenza la teoria della deroga implicita era stata accolta da App. Trento, 21 giugno 1954 (in *Rivista di diritto agrario*, II, 1954, 148) per escludere dubbi di costituzionalità della legge provinciale in riferimento al divieto di divisione dei beni masali e al criterio di scelta tra i coeredi.

⁶ A. TRABUCCHI, *Il rinnovato riconoscimento legislativo del «maso chiuso»*, in *Giur. it.*, IV, 1954, p. 180.

la facoltà di derogare anche alle norme generali dell'ordinamento che non si adattassero alla speciale natura ed alle esigenze fondamentali dei masi chiusi. Lo Stato italiano, mutuando la figura giuridica da un lontano ordinamento, doveva concedere anche la potestà di uniformare alla stessa la disciplina speciale, pur in deroga alle norme più generali, ogni qualvolta tale deroga si fosse presentata come essenziale per riprodurre le caratteristiche dell'istituto⁷.

Da questa impostazione deriva una sorta di ampio «ritaglio» di competenza legislativa provinciale, fermamente protetto dalle interferenze della legislazione statale, all'interno del quale il legislatore bolzanino può con una certa disinvoltura derogare a fondamentali principi costituzionali nella misura in cui questo sia richiesto dalla necessità di rimanere fedeli alla storia e alla tradizione del maso chiuso. Secondo questa prima impostazione, la storia opera come schermo di costituzionalità, ponendo il legislatore bolzanino al riparo da vizi di legittimità costituzionale. Ne risulta, in questa prima giurisprudenza costituzionale, «una tutela straordinariamente ferma» della competenza legislativa provinciale, «che contrasta con l'indirizzo centralistico più spesso seguito dalla Corte», nonché «un trattamento di favore» dell'istituto del maso chiuso, «che pure si presenta quasi completamente *extra ordinem* rispetto all'ordinamento italiano»⁸.

Che il richiamo alla storia dell'istituto valga a definire una competenza legislativa particolarmente ampia è affermato espressamente sin dalla sentenza n. 4 del 1956:

Il legislatore provinciale, in virtù dell'art. 11 n. 9 dello Statuto regionale può disciplinare la materia dei «masi chiusi» nell'ambito della tradizione e del diritto preesistente e, in conseguenza, con una potestà necessariamente più ampia, data la natura dell'istituto, che per le altre materie nello stesso art. 11 contemplate.

Con ciò, la Corte costituzionale non solo esonera il legislatore provinciale in questa materia dal rispetto dei principi fondamentali conte-

⁷ A. TRABUCCHI, *A proposito di costituzionalità dei masi chiusi*, cit., p. 626.

⁸ A. PIZZORUSSO, *Illegittimità della legge statale sui fondi rustici in rapporto alla disciplina regionale del «maso chiuso»*, in *Rivista di diritto agrario*, 1972, p. 256 e p. 270.

nuti nel codice civile, ma riconosce anche che, in deroga all'art. 108 Cost., in questa materia la legislazione decentrata può legittimamente disciplinare anche gli aspetti attinenti alla giurisdizione e al processo. Così, nella sentenza citata la Corte esclude l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 della legge bolzanina che assegna a un organo giurisdizionale (il Pretore) una funzione non prevista da alcuna legge statale (la determinazione del reddito presunto del maso). È interessante richiamare un passaggio particolarmente significativo della motivazione:

Nella fattispecie, il legislatore provinciale di Bolzano, dettando la norma dell'art. 25 suindicato, non ha fatto altro che attribuire al Pretore la stessa competenza che, in virtù del paragrafo 19 della sopracitata legge della Contea principesca del Tirolo del 22 giugno 1900, n. 47, rimasta in vigore fino al 1928, era di spettanza del corrispondente organo giudiziario (Giudice distrettuale).

Emerge chiaramente da questo passaggio il ruolo di copertura costituzionale svolto dalla storia, a significare che, nella misura in cui rimane fedele alla storia e alla tradizione dell'istituto, il legislatore bolzanino può permettersi di derogare alle regole costituzionali sul riparto di competenza legislativa fra Stato e Regioni, persino alla basilare regola che riserva la giurisdizione alla competenza legislativa statale.

La maggiore ampiezza della potestà legislativa di cui gode la Provincia autonoma in materia di masi chiusi viene poi ribadita nella sentenza n. 55 del 1964 che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti procedimento da osservare davanti al pretore nei giudizi per la determinazione del prezzo di assunzione dei masi chiusi, disciplinato con legge provinciale. Espressamente il giudice costituzionale afferma che «tale competenza legislativa comprende anche materie processuali e quindi può essere esercitata anche in deroga ai principi di diritto civile e processuale comune».

A una lettura ampia della competenza provinciale corrisponde una forte difesa della stessa da possibili invasioni da parte del legislatore statale. Emblematica in questo senso è la sentenza n. 35 del 1972, che, attraverso un'attenta modulazione del dispositivo, dichiara l'illegittimità costituzionale della legge statale sull'affitto dei fondi rustici «nella parte in cui essa disciplina anche i contratti di affitto relativi ai masi

chiusi». Secondo la Corte, nell'ipotesi (peraltro ritenuta improbabile dallo stesso giudice costituzionale) in cui sia possibile che il maso chiuso venga concesso in affitto

è ovvio che le norme che regolano quell'istituto, di natura singolare e costituzionalmente garantite quanto alla materia e alla fonte, debbano avere la preminenza, e il contrasto di esse con le norme dell'anzidetta legge, per ciò che questa impedisce o ostacola le finalità perseguite dalla legge speciale, sono illegittime sul piano costituzionale.

Trova così conferma l'idea di una vera e propria riserva di competenza in favore del legislatore provinciale, tanto ampia nella sua configurazione, quanto ben protetta da possibili interferenze del legislatore statale.

In questa prima fase della giurisprudenza costituzionale la teoria della deroga implicita e il conseguente uso della storia come schermo di costituzionalità non valgono soltanto a definire in termini ampi la competenza del legislatore bolzanino, ma anche a consentire nella materia *de qua* pesanti deroghe a fondamentali principi costituzionali. La sentenza più significativa in questo senso è certamente la n. 40 del 1957⁹, dove di fronte al giudice delle leggi vengono contestati due architravi dell'istituto del maso chiuso: la preferenza per il figlio primogenito in sede successoria e la liquidazione dei coeredi cedenti secondo il criterio del rendimento del maso. È interessante innanzi tutto la premessa con cui la Corte affronta le questioni sottoposte:

La maggiore estensione della potestà legislativa del Consiglio provinciale di Bolzano in materia di masi chiusi, già affermata dalla Corte [...] in base alla norma speciale contenuta nell'art. 11, n. 9, dello Statuto per il Trentino-Alto Adige, sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute negli artt. 16, 18 e 25 della suddetta legge provinciale.

⁹ Oltre a questa pronuncia v. anche la sentenza n. 5 del 1957, che salva l'estensione retroattiva della qualifica di maso chiuso e della relativa disciplina alle aziende agricole cadute in successione ereditaria prima dell'entrata in vigore della legge prov. n. 1 del 1954 e ancora in regime di comunione tra coeredi. In questo modo il coerede non asuntore veniva a perdere la sua quota per ottenere soltanto la liquidazione secondo il criterio del rendimento del maso.

Ancora una volta la Corte si rifà all'idea di una riserva a favore del legislatore provinciale all'interno della quale quasi non sarebbero invocabili i più basilari principi dell'ordinamento costituzionale, a partire dal principio di uguaglianza. Scendendo poi nel merito, la Corte giudica infondate entrambe le questioni. Quanto alla preferenza per il figlio primogenito, la Corte liquida la questione, in quanto la regola si giustifica perché ispirata alle

esigenze della migliore produzione e gli scopi di natura familiare, di cui il legislatore costituzionale, con il maso chiuso, ha permesso il riconoscimento e la tutela per soddisfare le istanze della popolazione altoatesina [che] ispirano tutto il regolamento dell'istituto e le stesse norme degli artt. 16 e 18 della legge provinciale. Questa, sulla base di una presunzione tratta da un fatto normale se non costante, designa come assuntore preferito colui che, essendo più a lungo vissuto accanto al titolare dell'azienda agricola, può di questa conoscere meglio di altri il più efficace sistema di conduzione e può avere un maggiore attaccamento al fondo avito¹⁰.

È sorprendente la rapidità con cui la Corte afferma la prevalenza delle esigenze della produzione e della natura familiare sull'eguale diritto dei figli, con buona pace dell'art. 3 della Costituzione. E tuttavia, tale prevalenza, ancora una volta è ricondotta direttamente alla fonte costituzionale – l'art. 11, n. 9) dello Statuto – che con il richiamo all'istituto del maso chiuso avrebbe implicitamente consentito al sacrificio del principio di uguaglianza a favore delle esigenze dell'indivisibilità della proprietà fondiaria.

Ancor più sorprendente è la soluzione data al principio della liquidazione secondo il criterio del rendimento, dove la Corte giunge ad affermare che la disciplina contestata realizza «un perfetto equilibrio tra i successori legittimi» (*sic!*) sia nel caso di permanenza del maso nelle mani dell'assuntore, sia in caso di vendita dello stesso dopo l'assunzio-

¹⁰ Nello stesso senso A. TRABUCCHI, *Il rinnovato riconoscimento legislativo del «maso chiuso»*, cit., p. 184.

ne¹¹: un'affermazione cui difficilmente potrebbe consentire un figlio secondogenito.

Essendo questo il quadro della prima giurisprudenza costituzionale sul maso chiuso è da considerarsi un bene che la Corte costituzionale non sia mai stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni della legge provinciale che privilegia(va)no i figli maschi rispetto alle femmine¹²: si è così verosimilmente evitata la scrittura di una pagina imbarazzante della storia della giustizia costituzionale italiana¹³.

3. Crisi dell'impostazione originaria

Questa prima impostazione della Corte costituzionale viene messa in crisi da due sentenze in cui emerge chiaramente come il richiamo alla

¹¹ Diversamente, il criterio della liquidazione dei coeredi cedenti secondo il rendimento del maso era stato considerato contrario all'ordine pubblico da Cass. civ., 26 giugno 1951, n. 1698, chiamata ad applicare la legge tirolese del 1900 a una successione apertasi in Alto Adige nel 1916; nello stesso senso v. anche Cass. civ., 12 giugno 1954, n. 1979, nonché i rilievi del Commissario del Governo in sede di rinvio della prima legge sui masi chiusi approvata dal Consiglio provinciale bolzanino nel 1952. *Contra*, conformemente alla sentenza della Corte costituzionale in esame, App. Trento, 26 agosto 1955. Per questi riferimenti v. R. CAMOZZI, *Sintesi della giurisprudenza italiana sulla legge provinciale di Bolzano sul maso chiuso*, in *Rivista di diritto agrario*, II, 1958, p. 504 e p. 506.

¹² In dottrina non è raro riscontrare l'affermazione secondo cui nella sentenza n. 40 del 1957 la Corte costituzionale avrebbe escluso l'incostituzionalità della preferenza dei maschi rispetto alle femmine nella determinazione dell'assuntore (v., ad esempio, A. DE CAPRARIIS, *op. cit.*, p. 2 e N. FERRUCCI, *op. cit.*, p. 87). In realtà in questa pronuncia la Corte affronta solamente la questione della precedenza accordata al coerede più anziano e non anche quella della preferenza per i maschi; né la Corte avrebbe potuto farlo, posto che il giudizio *a quo* vedeva contrapposti due coeredi maschi e la questione sarebbe risultata quindi inammissibile per difetto di rilevanza.

¹³ ...qualora la Corte avesse scelto di seguire, anche su questo aspetto, l'opinione di A. TRABUCCHI, *Il rinnovato riconoscimento legislativo del «maso chiuso»*, cit., p. 184: «Si preferiscono i maschi perché chiamati al diretto lavoro della terra; e sol per questo non ci sarebbe violazione della norma costituzionale relativa alla parità dei sessi».

storia non possa considerarsi sufficiente per superare qualsiasi contestazione di legittimità costituzionale.

Nella sentenza n. 87 del 1963, la Corte affronta un tema contiguo a quello dei masi chiusi, essendo chiamata a pronunciarsi, in materia di usi civici, sulla legittimità costituzionale della legge prov. n. 2 del 1959, che deroga alla legge statale n. 1766 del 1927, qualificando come comunioni di diritto privato «le interessenze, le vicinie e le altre comunità e associazioni agrarie comunque denominate e costituite». Nel difendere la propria legge, la Provincia autonoma di Bolzano insiste nell'affermare che la legge altro non avrebbe fatto che

restituire alle interessenze, vicinie e altre comunità e associazioni agrarie il carattere di comunioni di diritto privato, che era stato sempre loro proprio, e ai diritti dei membri di codeste associazioni il carattere di diritti «individuali» di proprietà o di servitù.

Il giudice costituzionale non soltanto solleva dei dubbi su questa ricostruzione storica, ma afferma chiaramente che

la legittimità di questa legge non si può far dipendere *in toto* dalla condizione che essa ripeta e rinnovi consuetudini, tradizioni, norme e istituzioni, così come erano intese e regolate nel periodo anteriore all'entrata in vigore della legislazione italiana nella Provincia di Bolzano. Condizione che porterebbe a negare al legislatore provinciale ogni discrezionalità in una materia, che, pur fondata sull'autorità di tradizioni secolari, non era del tutto pacifica e aveva dato luogo a contrasti tra le tendenze legislative imperiali, coerenti col moto generale del secolo scorso, diretto ad eliminare i residui del regime feudale e di regola alla «liquidazione» degli usi civici e alla «sistemazione» delle terre sulle quali venivano esercitati, e dall'altra parte le tendenze e le esigenze diverse, se non opposte, della popolazione dell'arco alpino favorevoli alla persistenza delle antiche comunità, e delle antiche forme di godimento e di uso delle terre comuni [...].

È evidente la distanza che separa questo approccio alla storia da quello precedentemente seguito dalla Corte: qui la storia non appare come un percorso univoco capace di offrire precise indicazioni giuridiche, ma, più realisticamente, come il terreno del contrasto fra spinte contrapposte, tra «i criteri ispiratori delle leggi imperiali e le aspirazioni

e le necessità locali». Ne consegue che il legislatore non è chiamato a una semplice riproposizione di regole del passato, quanto piuttosto a reinterpretare la storia e la tradizione di un istituto, cogliendone i tratti che rispondono alle esigenze del tempo presente nel rispetto dei vincoli costituzionali: a questo del resto è finalizzata la discrezionalità politica che la Costituzione riconosce al legislatore.

Ancor più emblematica del superamento del modello della storia come schermo di costituzionalità è la sentenza n. 505 del 1988, dove una disposizione della legge bolzanina sui masi chiusi conforme alla storia dell'istituto viene dichiarata incostituzionale perché, non tenendo conto del mutato quadro sociale, finisce per porsi in contrasto con le finalità stesse dell'istituto: un singolare caso di «anacronismo legislativo» di una disposizione rispettosa della storia del maso chiuso.

La pronuncia ha ad oggetto l'istituto della divisione suppletoria che si verifica quando l'assuntore del maso, dopo averlo assunto ad un prezzo agevolato secondo il criterio del reddito anziché secondo quello del valore venale, lo pone in vendita prima che siano trascorsi dieci anni, appropriandosi del suo valore di mercato. In questo caso l'assuntore è tenuto a conferire alla massa ereditaria la differenza fra il prezzo a cui ha assunto il maso (commisurato al rendimento dello stesso) e il prezzo ricavato dalla sua vendita (secondo il valore di mercato del bene) e ai coeredi spetta quindi un supplemento di divisione. Di fronte al giudice costituzionale viene contestata la disposizione della legge provinciale che, conformemente alla tradizione dell'istituto, limita l'applicazione della divisione suppletoria al solo caso della vendita volontaria del maso, escludendo invece l'ipotesi di vendita nell'ambito di un procedimento di esecuzione forzata.

Il ragionamento della Corte parte dalla ricostruzione della *ratio* della norma, che, secondo il giudice costituzionale risponde sia ad esigenze di equità nei confronti dei coeredi cedenti, sia ad una finalità sanzionatoria nei confronti dell'assuntore, che sarebbe così dissuaso dal tradire le «finalità di utilità sociale» in forza delle quali gli è stato concesso di assumere il maso secondo un criterio privilegiato. Questo spiega perché la divisione suppletoria non si applichi al caso dell'esecuzione forzata, che consegue non ad un volontario comportamento fraudolento dell'assuntore, bensì a una sfortunata gestione del maso. Ma – dice la Corte –

se questo era vero nel contesto sociale e culturale dove si è sviluppato l'istituto del maso chiuso, non lo è più nell'attuale situazione storica, dove la riproposizione di una regola del passato può favorire comportamenti opportunistici in contrasto con le finalità dell'istituto stesso:

L'idea che la vendita forzata del maso non possa normalmente intervenire se non a causa di una sfortunata gestione dell'impresa agricola, cioè per una causa non imputabile a cattiva volontà o a negligenza dell'assuntore, *presuppone un contesto sociologico inattuale*, incentrato sul maso chiuso come supporto economico di una «grande famiglia», nella quale «il diritto di comandare discendeva di generazione in generazione insieme con la proprietà dei fondi ereditari». Allora la successione a causa di morte, regolata dal diritto di primogenitura, non era soltanto una vicenda patrimoniale di mutamento del soggetto proprietario, ma aveva preminentemente il significato socio-politico di investitura nella qualità di capo del gruppo parentale. In siffatto contesto i membri del gruppo, pur in posizione subalterna, esercitavano, in virtù del rapporto di parentela, un controllo sulle decisioni del titolare, e in particolare sulle decisioni che comportassero assunzione di debiti, vigilando che esse fossero giustificate dai bisogni della conduzione del maso. *Oggi il declino della grande famiglia e dei costumi che ne salvaguardavano la compattezza distorce la funzione originariamente assegnata alla norma in esame*: piuttosto che sollecitare l'interesse dell'assuntore a perseverare nella fedele e diligente coltivazione del fondo e a resistere a tentazioni speculative, il limite della «volontarietà» della vendita, non più radicato nell'intimo legame un tempo esistente tra lo spirito della famiglia e la conservazione della terra, può trasformarsi in incentivo a una conduzione poco oculata o addirittura a comportamenti fraudolenti intenzionati a creare le premesse di una vendita forzata pilotata dall'assuntore allo scopo di lucrare un consistente residuo attivo sottratto a pretese dei coeredi. *In questo diverso contesto viene meno il supporto fattuale della logica sanzionatoria sopra enucleata* e invece si propaga anche al caso di vendita o assegnazione forzata l'esigenza di equità che impone all'assuntore l'obbligazione restitutoria verso i coeredi prevista dall'art. 30 della legge prov. n. 1 del 1954¹⁴.

Il richiamo alla storia, dunque, non vale più come salvacondotto nel giudizio di legittimità costituzionale: il legislatore non può limitarsi a una mera riviviscenza di regole passate, ma deve reinterpretare la storia dell'istituto, adeguandola alle mutate condizioni sociali. Se vuole essere

¹⁴ Corsivi aggiunti.

fedele alla storia dell'istituto il legislatore deve essere in grado di rinnovarla: diversamente può incorrere nella dichiarazione di incostituzionalità.

4. Una più moderna lettura costituzionale del maso chiuso

Se le due sentenze esaminate nel paragrafo precedente mettono in crisi l'impostazione inizialmente seguita dalla Corte nel misurarsi con la storia del maso chiuso, è solamente con la sentenza n. 340 del 1996 che il giudice costituzionale elabora una più moderna lettura dell'istituto alla luce dei principi costituzionali.

In questa pronuncia la Corte viene nuovamente chiamata a giudicare della divisione suppletoria, in questo caso per la sua mancata previsione nell'ipotesi di espropriazione per pubblica utilità. L'approccio della Corte è tuttavia significativamente diverso rispetto alla precedente sentenza n. 505 del 1988, basandosi non tanto su una ricostruzione della *ratio* della divisione suppletoria, quanto su una complessiva rivisitazione della giustificazione costituzionale del maso chiuso. Richiamando i più recenti sviluppi della legislazione provinciale in materia, la Corte riconosce che l'istituto del maso chiuso persegue la finalità di «garantire la funzione oggettiva del maso nell'ambito della famiglia» ed è in ragione del perseguimento di questa finalità che si giustificano le deroghe al principio di uguaglianza che privilegiano l'assuntore a danno dei coeredi.

Ora, quando quella funzione oggettiva venga meno, per effetto del trasferimento della proprietà dei fondi fuori dall'ambito dei parenti in linea diretta dell'assuntore, vuoi a seguito di vendita, volontaria o forzata, vuoi a seguito di espropriazione per pubblica utilità [...] viene meno la fondamentale ragione giustificatrice della disparità fra coeredi, e non può dunque non riespandersi l'esigenza di un loro eguale trattamento. [...] Una disciplina che escluda l'obbligo di divisione suppletoria nel caso di espropriazione per pubblica utilità, la quale faccia conseguire all'assuntore, attraverso l'indennità, somme eccedenti il valore di assunzione del maso (non reinvestite nel medesimo o in un'azienda che ne perpetui la funzione), non appare sorretta da ragioni giustificatrici della disparità di trattamento fra erede assuntore del maso e altri coeredi.

Con ciò viene meno, o quantomeno si attenua fortemente, il carattere *extra ordinem* del maso chiuso che cessa di essere un corpo estraneo ospitato nel nostro ordinamento e protetto in tutte le sue peculiarità dalla deroga implicita di cui all'art 11, n. 9 dello Statuto speciale, per essere invece integrato nel tessuto costituzionale. La storia giustifica una particolare tutela di certi valori (l'estensione minima della proprietà agricola e la sua permanenza all'interno della stessa famiglia) che consente di derogare al principio di uguaglianza, ma non sottrae l'istituto al controllo di ragionevolezza, né i valori tutelati in parola dal bilanciamento con altri beni giuridici di rango costituzionale. Così una disparità di trattamento in tanto è accettabile in quanto sia giustificata dal perseguimento dei beni giuridici del mantenimento dell'estensione minima del maso e della sua permanenza all'interno della stessa famiglia: diversamente la disciplina non si sottrae alla dichiarazione di incostituzionalità. Ciò significa che il richiamo alla storia non è più sufficiente per giustificare le deroghe al principio di uguaglianza connaturate all'istituto del maso chiuso: occorre che quelle deroghe trovino fondamento nel perseguimento di quei valori storicamente radicati nell'istituto del maso chiuso e tuttavia non privi di un riscontro nel testo costituzionale. Seguendo questa prospettiva, infatti, risulta meno difficile ricondurre l'istituto del maso chiuso a specifiche disposizioni costituzionali, e, in particolare, all'art. 41, c. 2 («La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale [...]») e c. 4 («La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria [...]») e, soprattutto, all'art. 44, c. 1 («Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie [...]).

Il cambio di prospettiva che si verifica con la sentenza n. 340 del 1996 è notevole, e la Corte a tal punto ne è consapevole da sentire l'esigenza di rispondere alla potenziale obiezione di aver misconosciuto la storia dell'istituto:

Non si tratta, come è ovvio, di disconoscere le caratteristiche tutte particolari dell'istituto tradizionale del maso chiuso, come sopravvive da noi nella legislazione della Provincia autonoma di Bolzano, caratteristiche che già questa Corte individuò in «quelle della indivisibilità del fondo, della sua connessione con la compagine familiare e della assunzione di esso fondo come maso chiuso da parte di un unico soggetto, cui un sistema particolare [...] permette di perpetuare e garantire nel maso stesso il perseguimento delle finalità economiche e sociali proprie dell'istituto» (sentenza n. 4 del 1956); né si deve ignorare che l'istituto «non può qualificarsi né rivivere se non con le caratteristiche sue proprie derivanti dalla tradizione e dal diritto vigente» prima del suo disconoscimento legale, nell'ordinamento italiano, avvenuto con la estensione all'Alto Adige della legislazione nazionale (ibidem). Ma si tratta solo di seguire il criterio per cui deroghe all'eguaglianza davanti alla legge nella disciplina di posizioni costituzionalmente garantite, pur introdotte nell'esplicazione di una autonomia legislativa connotata da particolare specialità, come è quella della Provincia di Bolzano, in tanto possono giustificarsi sul piano costituzionale, in quanto trovino fondamento nella ratio della speciale regolamentazione in questione: mentre al di fuori di questi limiti torna a dominare l'esigenza di parità¹⁵.

Volendo spiegare le ragioni di questo significativo cambio di prospettiva non va dimenticato che, alcuni anni prima, con la sentenza n. 1146 del 1988, la Corte costituzionale aveva affermato, proprio con riferimento allo Statuto speciale del Trentino-Alto Adige, che anche le leggi costituzionali e di revisione costituzionale possono essere sottoposte al controllo di legittimità costituzionale in rapporto ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Ciò ha notevolmente indebolito la teoria della deroga implicita: il mero richiamo all'art. 11, n. 9 dello Statuto, infatti, non è più sufficiente a escludere l'incostituzionalità delle deroghe al principio di uguaglianza presenti nella disciplina del maso chiuso, poiché, dopo la sentenza n. 1146 del 1988, anche la fonte statutaria può essere viziata di incostituzionalità, nella misura in cui viola un principio supremo dell'ordinamento, quale sicuramente è quello di uguaglianza.

La successiva giurisprudenza costituzionale seguirà questo più moderno approccio, secondo cui «la particolare tutela accordata all'istituto non giustifica qualsiasi deroga alla disciplina generale, ma soltanto

¹⁵ Corsivi aggiunti.

quelle che sono funzionali alla conservazione dell'istituto nelle sue essenziali finalità e specificità»¹⁶ (sentenza n. 405 del 2006), rifuggendo dalla originaria concezione di un'area sottratta allo scrutinio di legittimità costituzionale. Così, nella sentenza n. 405 del 2006, quando la Corte è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'esclusione del diritto di prelazione e dell'obbligo di denuncia previsti dal Codice dei beni culturali e del paesaggio in relazione ai trasferimenti di immobili facenti parte di un maso chiuso e assoggettati al vincolo di bene culturale nel caso di trasferimento della proprietà dovuto a successione aziendale entro il quarto grado di parentela, l'esclusione del diritto di prelazione viene giustificata, poiché

le norme censurate, essendo non soltanto predisposte alla tutela della indivisibilità del maso, ma soprattutto finalizzate a mantenerne la connessione con la compagine familiare, non contrastano con le norme statutarie invocate¹⁷ che, lette nei sensi di cui si è detto, giustificano, in materia di masi chiusi, le deroghe alla disciplina generale senza violazioni dell'art. 3 della Costituzione.

Al contrario, è incostituzionale escludere l'obbligo di denuncia del trasferimento del maso, poiché esso non è finalizzato esclusivamente all'esercizio del diritto di prelazione e poiché «l'eliminazione dell'obbligo della denuncia [...] non è funzionale al regime del maso chiuso».

Più chiaramente la sentenza n. 173 del 2010 applica il nuovo approccio all'estensione della competenza del legislatore bolzanino, per escludere l'illegittimità costituzionale della legge statale che impone l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione a chi intenda proporre in giudizio una domanda relativa all'ordinamento dei masi chiusi:

Considerato che la peculiare dilatazione della competenza legislativa provinciale trova esclusiva giustificazione nella circostanza che essa sia funzionale «alla conservazione dell'istituto nelle sue essenziali finalità

¹⁶ Sentenza n. 405 del 2006.

¹⁷ Il riferimento è al combinato disposto degli artt. 4 e 8 dello Statuto speciale, che individuano nell'armonia con la Costituzione e nei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica i limiti alla potestà legislativa primaria delle Province autonome.

e specificità» (sentenza n. 340 del 1996), ne deriva che, ogni qualvolta la predetta finalità non sia riscontrabile, da un lato, riemergono gli ordinari impedimenti alla competenza legislativa primaria della Provincia autonoma in materia di diritto privato e di esercizio della giurisdizione (sentenza n. 405 del 2006) e, dall'altro, la competenza nelle predette materie del legislatore statale, simmetricamente, conserva l'abituale estensione.

Poiché il tentativo di conciliazione «non opera alcuna, sia pur marginale, trasformazione della disciplina sostanziale dell'istituto stesso rispetto ai suoi contenuti fissati nella tradizione giuridica», ma si limita a introdurre «una misura di carattere processuale con chiari intenti di deflazione del contenzioso, la cui estraneità rispetto alla trama normativa che, conformemente alla sua cristallizzazione nel tempo, regola la figura giuridica del maso chiuso è evidente», non vi è violazione della competenza legislativa provinciale.

La nuova lettura costituzionale del maso chiuso inaugurata dalla sentenza n. 340 del 1996 pone le premesse e insieme trova conferma nella più recente evoluzione della disciplina legislativa del maso chiuso, che ha conosciuto una profonda rivisitazione dei criteri per l'assunzione del maso in caso di successione legittima che ha fatto definitivamente cadere due regole tradizionalmente caratterizzanti il maso chiuso. Dapprima la nuova legge sui masi chiusi (legge prov. 28 novembre 2001, n. 17, *Legge sui masi chiusi*), ha eliminato qualsiasi disparità di trattamento fra uomo e donna nella disciplina del maso chiuso e, in particolare, in sede successoria; quindi la legge prov. 22 gennaio 2010, n. 2, *Norme in materia di agricoltura, usi civici, utilizzazione delle acque pubbliche, energia, urbanistica e tutela dell'ambiente*, all'art. 1, c. 7, ha abrogato la preferenza per il coerede (maschio o femmina che sia) più anziano, che era rimasta nella legge del 2001 come ultimo criterio di determinazione dell'assuntore a parità di condizioni rispetto agli altri parametri.

Secondo il più recente insegnamento della Corte, perciò, sempre meno il legislatore bolzanino è chiamato a riproporre le singole regole che hanno storicamente caratterizzato l'istituto nei secoli precedenti, ciò che porterebbe oggi a sicure censure di illegittimità costituzionale, anche sotto il profilo della compatibilità con la Convenzione europea

dei diritti dell'uomo. La fedeltà del legislatore alla storia dell'istituto si misura piuttosto nella sua capacità di rileggere e reinterpretare quei valori che storicamente sono connaturati alla disciplina del maso chiuso (il razionale sfruttamento del suolo attraverso l'infrazionabilità della proprietà fondiaria e la sua permanenza all'interno della stessa famiglia), depurandola da quelle incrostazioni discriminatorie oggi non più tollerabili e insieme adeguandola a un contesto economico e sociale fortemente mutato.

I “DIRITTI FORALI” IN SPAGNA E L’UNIONE EUROPEA: LA POSSIBILE CONCILIAZIONE FRA ISTANZE DI SPECIALITÀ ED ESIGENZE DI OMOGENEITÀ

Barbara Lelli

SOMMARIO: 1.1. *La tutela dei c.d. fatti differenziali nella Carta del 1978 e nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo.* - 1.2. *Brevi riflessioni sull’inquadramento dei c.d. fatti differenziali e sulla tutela dei c.d. diritti forali.* - 2. *Il riconoscimento e la salvaguardia dei c.d. diritti storici da parte dell’Unione europea.* - 3. *Conclusioni.*

1.1. La tutela dei c.d. fatti differenziali nella Carta del 1978 e nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo

Il tema che sostanzia l’oggetto della mia analisi riguarda la possibile conciliazione dei c.d. *diritti forali* vigenti in Spagna – ed in senso più lato la disciplina dei c.d. *fatti differenziali* (*hechos diferenciales*) riconosciuti dagli Statuti di autonomia delle Comunità autonome (CCAA) e dalla Costituzione del 1978 – con i vincoli imposti dalle fonti del diritto dell’Unione europea, sia di rango primario che derivate, le cui norme, come affermato più volte dalla Corte di giustizia, in virtù del loro *primato*, o meglio della loro *primazia*, negli ambiti materiali attribuiti all’Unione, richiedono di essere applicate e osservate in modo *uniforme* all’interno degli Stati membri.

Tuttavia, questa richiesta di *uniformità* giuridica, dinnanzi alle esigenze di salvaguardia dell’*identità costituzionale* manifestata dagli Stati membri – per come anche espressa dal particolare tipo di *forma di stato* – può “sfumare” i propri contorni, e tradursi in una richiesta di *omogeneità*, di *compatibilità* giuridica tra fonti del diritto nazionali – e locali – e le fonti sovranazionali, proprio al fine di non intaccare i c.d. *controlimiti*.

Il titolo della mia relazione esprime, infatti, una visione fiduciosa di questo confronto, poiché – si ritiene di poter affermare – a livello di Unione europea vi è “apertura” e considerazione delle realtà locali, potendosi consentire, a certe condizioni, e con il rispetto di alcuni principi basilari che la Corte di Lussemburgo assume nel proprio sindacato, il mantenimento all’interno degli Stati membri di discipline giuridiche *differenziate*, per alcuni aspetti, anche nell’*ambito di applicazione* del diritto dell’Unione europea¹.

Il presente contributo si propone, quindi – e senza pretesa di esaustività in questa sede – di offrire un chiarimento su quali siano le “specialità” locali garantite dalle disposizioni della Carta costituzionale, legittimate a determinare un trattamento giuridico *differenziato*, per poi passare a valutare la compatibilità delle fonti giuridiche locali – che le riconoscono – rispetto ai “vincoli” imposti dall’appartenenza della Spagna all’ordinamento dell’Unione europea.

Fin d’ora, è possibile prendere atto di come questa “apertura” verso le realtà locali sia testimoniata dal disposto dell’art. 4.2 TUE, che subito riporta: “L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fonda-

¹ Mi riferisco, in particolare, ai principi di *effettività*, di *equivalenza*, dell’*effetto utile*, di *non discriminazione* e di *parità di trattamento*, con i quali la Corte ha saputo ampliare il proprio sindacato *anche al di là delle materie formalmente attribuite dai Trattati all’Unione*, effettuando un controllo di conformità anche su quelle legislazioni nazionali (ad esempio, concernenti lo stato civile, la previdenza sociale, il sistema tributario) che disciplinano le *condizioni* o anche le *pre-condizioni* strumentali al godimento e all’effettivo esercizio dei diritti riconosciuti ai “cittadini dell’Unione” e loro deroghe (c.d. dottrina dell’*incorporation*). Recentemente, ad esempio, la legge provinciale di Bolzano che disciplina l’erogazione per il sussidio per gli alloggi ai cittadini di Paesi terzi, soggiornanti di lungo periodo, è stata dichiarata dai giudici di Lussemburgo non conforme al diritto dell’Unione europea, in quanto il metodo di calcolo prospettato era ritenuto lesivo del principio di non discriminazione, e del disposto della direttiva 2003/109/CE (Corte giust. sent. C-571/10, *Servet Kamberaj* contro *Provincia autonoma di Bolzano e l’Istituto per l’Edilizia sociale*, del 24 aprile 2012).

mentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali [...]”².

In Spagna, il *sistema delle autonomie locali e regionali* si è costruito assecondando la *vocazione identitaria* delle realtà sociali radicate sui territori, e connota direttamente la peculiare *forma di stato*, definita *autonómica*.

² Sull’interpretazione di questa disposizione, e sui corollari che ne discendono, la Corte di giustizia si è pronunciata con alcune interessantissime sentenze, che hanno ammesso ad alcune norme contenute nelle legislazioni nazionali, nelle carte fondamentali e nelle loro disposizioni attuative, di apportare *deroghe* o *restrizioni* all’esercizio di alcune libertà fondamentali garantite dall’Unione europea, incidendo sulle *condizioni* o *pre-condizioni* strumentali al loro esercizio.

Ad esempio nella sentenza C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein* del 22 dicembre 2010, riguardante l’interpretazione dell’art. 21 TFUE e della sua portata, la Corte dichiara che questa norma *non osta* ad una legislazione nazionale che consenta ad un ufficiale di stato civile (nella specie, il Governatore del *Land* di Vienna) di rettificare il cognome di una cittadina austriaca (residente in Germania, e adottata da un nobile tedesco), eliminando nei registri il titolo di *Fürstin von* (principessa di/da), conformemente alla legge *sull’abolizione della nobiltà* del 3 aprile 1919, avente rango costituzionale in forza dell’art. 149 n. 1 della Costituzione federale.

La Corte, infatti, richiamando il disposto dell’art. 4.2 TUE (p. 92), riconosce che “[...] nel contesto della storia costituzionale austriaca, la legge sull’abolizione della nobiltà può, in quanto elemento dell’identità nazionale, entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone, riconosciuto dalle norme dell’Unione. La giustificazione invocata dal governo austriaco in riferimento alla situazione costituzionale austriaca deve essere intesa come richiamo al limite dell’ordine pubblico [...]”; in ragione di ciò, “non risult[a] sproporzionato il fatto che uno Stato membro cerchi di realizzare l’obiettivo di preservazione del principio di uguaglianza vietando qualsiasi acquisto, possesso o utilizzo, da parte dei propri cittadini, di titoli nobiliari o di elementi nobiliari capaci di far credere che il soggetto portatore del nome sia titolare di una dignità siffatta. Rifiutando di riconoscere gli elementi nobiliari di un nome [...] le autorità austriache non sembrano essere andate oltre quanto è necessario per garantire la realizzazione dell’obiettivo costituzionale fondamentale da esse perseguito” (pp. 83 e 93).

Ancora un richiamo alla *storia costituzionale* ed alle *soglie di sensibilità e di tolleranza* del consumatore medio dell’Unione europea, viene effettuato dal Tribunale di prima istanza nella sentenza del 20 settembre 2011, T-232/10, *Couture Tech Ltd*, che dichiara legittimo il rifiuto dell’UAMI di registrare un marchio raffigurante lo stemma sovietico (art. 7 n. 1 lett. f) reg. CE n. 207/2000), rilevando al riguardo una disposizione del codice penale ungherese che vieta l’uso dei *simboli di dispotismo* in luogo pubblico.

La rivendicazione della vocazione identitaria delle CCAA è sempre stata talmente forte – specialmente da parte dei Paesi Baschi³, Navarra e Catalogna⁴ – che, già sul fronte interno, tutti i tentativi volti a centralizzare, uniformare il trattamento giuridico dei consociati, non hanno portato all’abbandono dei *fueros*, e dei *facti differenziali*, sentiti dalle popolazioni locali come irrinunciabili.

I costituenti dovettero, pertanto, ammetterne la tutela, accogliendo una *forma di stato* espressiva di questo riconoscimento: la forma di stato *autonómica*, qualificazione che comporta una serie di corollari, come anche l’integrazione del c.d. *blocco di costituzionalità* da parte delle fonti del diritto prodotte a livello locale (Statuti di autonomia delle CCAA).

Il c.d. *principio autonómico* è, infatti, riconosciuto all’art. 2 della Carta Fondamentale, secondo cui “La Costituzione si fonda sull’indissolubile unità della Nazione spagnola, patria comune ed indivisibile di tutti gli spagnoli e riconosce e garantisce il diritto all’autonomia di tutte le nazionalità e regioni (*nacionalidades y regiones*) che la compongono e la solidarietà tra tutte loro”.

Ancora, l’accesso all’*autonomia política* che contraddistingue il regionalismo “aperto” spagnolo, è garantito dal c.d. *principio dispositivo* affermato nell’art. 143 c. 1 Cost., in base al quale “Nell’esercizio del diritto alla autonomia riconosciuto dall’art. 2 della Costituzione, le province limitrofe con caratteristiche storiche, culturali ed economiche comuni, i territori insulari e le province con carattere regionale storico possono accedere all’autogoverno e costituirsi in Comunità autonome secondo quanto previsto in questo capo e nei rispettivi statuti”⁵; l’art. 137 Cost. sancisce che “Lo Stato è diviso territorialmente nei municipi, nelle province e nelle Comunità Autonome che si costituiscono. Tutti questi enti godono di autonomia per la gestione dei loro rispettivi interessi”.

³ Si pensi al c.d. *Piano Ibarrexe - Progetto di Statuto Basco*, che prospettava l’esistenza di uno Stato Basco indipendente e liberamente associato allo Stato Spagnolo.

⁴ Si ricordi, infatti, che il Tribunale costituzionale spagnolo dovrà decidere sulla *Dichiarazione di sovranità* del Parlamento della Catalogna del 23 gennaio 2013.

⁵ Sulla qualificazione costituzionale del principio dispositivo G. ROLLA, *L’autonomia delle comunità territoriali. Profili costituzionali*, Milano, 2008, pp. 149-194.

La Costituzione del 1978 garantisce così il *decentramento del potere*, in linea con le esigenze delle realtà territoriali, dopo un periodo di forte centralismo manifestatosi soprattutto a partire dalla Costituzione di Cadice del 1812 fino alla cessazione della dittatura franchista (1939-1975).

Il tema è delicato poiché il dibattito sulle rivendicazioni identitarie fra governo centrale ed enti infra-statali è già acceso a livello nazionale, ed il Tribunale costituzionale spagnolo è dovuto spesso intervenire a precisare non solo la linea di confine fra le rispettive competenze legislative, ma, soprattutto, quali “specialità” le disposizioni della Carta costituzionale tutelano, di quali CCAA, e come, in ossequio a quali principi.

La tendenza da parte delle CCAA – inaugurata a partire dalla stagione delle riforme statutarie del 2006/2007⁶ – è, infatti, quella di invocare nei rispettivi Statuti di autonomia, nei Preamboli e nelle “clausole di auto-qualificazione”, il riconoscimento, sul piano giuridico, di alcune “aspirazioni” identitarie, allacciandole a pretesi “diritti storici”, non solo per accrescere le proprie competenze, ma, soprattutto, al fine di ottenere deroghe alla legislazione comune statale, esenzioni e agevolazioni fiscali⁷, cercando di allacciarsi alla Prima Disp. Add. CE, che, tuttavia, garantisce la salvaguardia di *regimi forali giuspubblicistici* solamente a quei pochi territori che possono qualificarsi “forali” in senso proprio (*Álava, Vizcaya, Guipúzcoa* e Navarra)⁸.

⁶ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Lo stato autonómico spagnolo: la stagione delle riforme*, 2007, al sito Internet <http://www.issirfa.cnr.it>.

⁷ Sottolinea questo intento I. RUGGIU, *Testi giuridici e identità. Il caso dei nuovi Statuti spagnoli*, 2007, al sito Internet <http://www.forumcostituzionale.it>.

⁸ Si riscontrano alcuni esempi di rivendicazioni identitarie, prive di valore giuridico nella *Ley Orgánica* n. 1/2011, de 28 de enero, *de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, art. 1.4 St. [...] “sono elementi differenziali dell’Estremadura e devono orientare l’azione dei poteri pubblici, la vitalità della sua recente identità collettiva, la qualità dell’ambiente e del suo patrimonio culturale, il predominio del mondo rurale, la sua proiezione in Portogallo e Iberamerica, gli elementi storici che hanno condizionato il suo sviluppo socio-economico, la bassa densità della sua popolazione e la scarsa diffusione sul territorio, intese come difficoltà nell’accesso ai servizi e alle risorse primarie. I poteri pubblici adottarono le misure necessarie per evitare che da tali differenze derivassero delle disuguaglianze rispetto allo Stato consi-

Infatti, secondo questa disposizione, rubricata *Respeto a los regímenes forales*: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”.

Per comprendere il significato di questa disposizione, si tengano sempre presenti gli incisi *de los territorios forales* ed *en el marco de la Constitución*.

Come affermò il Tribunale costituzionale spagnolo nella sentenza n. 76 del 1983 sulla LOAPA (*Legge organica di armonizzazione del processo autonomico*) “[...] La struttura delle autonomie è caratterizzata proprio da un equilibrio fra l’omogeneità e la diversità dello status giuridico pubblico degli enti territoriali che lo compongono. Senza la prima non ci sarebbero né unità, né integrazione a livello statale; senza la seconda non esisterebbero né il vero pluralismo, né la capacità di governo decentrato, tutti elementi che caratterizzano lo Stato delle Autonomie”; tuttavia, con decisione n. 76 del 1988, lo stesso giudice precisò che “la Costituzione non è il risultato di un patto fra i territori storici che conservano dei diritti innanzi alla Costituzione, sovraordinati ad essa, bensì una norma espressione del potere costituente che si impone con la propria forza vincolante generale, senza che permangano all’esterno della stessa situazioni con origini storiche anteriori”.

In STC n. 11 del 1984 si afferma che i “diritti storici” “sono uguali rispetto alla loro subordinazione all’ordinamento costituzionale”, ed il loro aggiornamento non può andare contro i “principi costituzionali”; ancora nella sentenza n. 88 del 1983, si ribadisce che i “diritti storici” “[...] non possono considerarsi un titolo autonomo da cui trarre competenze specifiche, visto che la Costituzione non garantisce privilegi, ben-

derato nel suo insieme e per correggere quelle esistenti”; art. 57 St. *Valencia. El Real Monasterio de Santa María de la Valldigna. El Real Monasterio de Santa María de la Valldigna es templo espiritual, histórico y cultural del antiguo Reino de Valencia, y es, igualmente, símbolo de la grandeza del Pueblo Valenciano reconocido como Nacionalidad Histórica*; *Ley orgánica n. 2/2007 Andalucía*, art. 37, nei “principi fondamentali delle politiche pubbliche” inserisce la “valorizzazione” del flamenco, mentre nell’art. 56 St. professa un sistema urbanistico “a misura d’uomo”.

si alcuni sistemi forali, il che non implica la garanzia dei diritti storici che hanno caratterizzato il passato”.

1.2. Brevi riflessioni sull’inquadramento dei c.d. fatti differenziali e sulla tutela dei c.d. diritti forali

Innanzitutto, l’espressione *hechos diferenciales* – avente una connotazione “qualificata” rispetto ai più generici “diritti storici”, che alcune CCAA tendono a sovrapporre – intende designare quel complesso di *segni di autoidentificazione* che, nel corso della storia, si sono formati in alcune CCAA e nei Territori storici, riconosciuti dalla Costituzione del 1978 e dai rispettivi Statuti di autonomia, e sentiti come proprie ed irrinunciabili dai consociati di quei luoghi.

Sottolinea Járegui: “il concetto di «fatto differenziale» costituisce l’espressione del riconoscimento costituzionale e statutario degli elementi di una personalità storico-politica differenziata che possiedono alcune Comunità autonome. E di conseguenza, fornisce un fondamento oggettivo che permette alle istituzioni di quelle Comunità autonome di mantenere la loro propria personalità al di là della generica potestà di autogoverno che condividono con le altre [per cui] la dimensione giuridica del «fatto differenziale» ... implica il riconoscimento costituzionale di certe specificità di ordine linguistico, giurisdizionale, insulare, o, il riconoscimento di un regime fiscale esclusivo”⁹.

In ogni caso – come rimarcato dalla dottrina e dal Tribunale costituzionale spagnolo – non qualsiasi “aspirazione identitaria” può ascriversi al *genus* dei *fatti differenziali*, e ricollegarsi alle disposizioni derogatorie della Carta costituzionale del 1978, nemmeno potendo la “preesistenza” storica di un *fueros* costituire uno “schermo costituzionale”, qualora non possa rinvenire, nei lavori preparatori della Legge Fondamentale, e nelle valutazioni del tribunale costituzionale la sua garanzia¹⁰.

⁹ G. JÁREGUI, *Las Comunidades Autónomas y las relaciones internacionales*, Oñati, 1986.

¹⁰ J.F. LÓPEZ AGUILAR, *Lo Stato autonómico spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella Costituzione spagnola del 1978*, Padova, 1999, pp. 122 e 123.

La categoria dei *facti differenziali* ricomprende al suo interno anche le norme di diritto “forale” sia di *carattere civilistico*, sia *giuspubblicistico*, prodotte (o mantenute) dalle istituzioni dei Territori storici e delle CCAA, derogatorie rispetto alla disciplina comune statale, in virtù di una competenza costituzionalmente garantita, e della tipica connotazione “forale” riconosciuta a questi.

Brevemente, l’origine storica dei *diritti forali* risale ai *fueros* (dal termine *forum*), redazioni scritte del patrimonio consuetudinario locale, la cui vigenza, concessa ai consociati dei territori locali, dalla Corona nel periodo della *Reconquista* cristiana delle terre ispaniche (718-1492), garantiva il mantenimento di alcuni privilegi, esenzioni, nonché *regimi giuridici speciali*.

Nel corso del tempo, una successione di leggi e decreti, volti a uniformare il trattamento giuridico dei consociati, ha mantenuto i *fueros* di carattere giuspubblicistico solo in alcuni territori delle Comunità autonome, sopprimendoli in altri: ad esempio, ai Decreti di *Nueva Planta* del 1707 – che abolirono i *fueros* in alcune Comunità – seguirono la *Legge di conferma dei fori* del 25 ottobre 1839, e la *Ley Paccionada* del 16 agosto 1841 che modificò il regime pubblicistico forale per la Navarra (lasciandolo però sussistere)¹¹, nonché la Legge del 21 giugno

¹¹ *Ley Orgánica* n. 13/1982, de 10 de agosto, *de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, Preambolo “Avanzado el siglo XIX, Navarra perdió la condición de Reino, pero la Ley de 25 de octubre de 1839 confirmó sus fueros, sin perjuicio de la unidad constitucional, disponiendo que, con la participación de Navarra, se introdujera en ellos la modificación indispensable que reclamara el interés de la misma, conciliándolo con el general de la Nacional y de la Constitución de la Monarquía. A tal fin, se iniciaron negociaciones entre el Gobierno de la Nación y la Diputación de Navarra y, en el acuerdo que definitivamente se alcanzó, tuvo su origen la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, aprobada por las Cortes de la Monarquía española. Al amparo de las citadas Leyes, que traían causa de sus derechos originarios e históricos, Navarra conservó su régimen foral y lo ha venido desarrollando progresivamente, conviniendo con la Administración del Estado la adecuación de facultades y competencias cuando fue preciso, acordando fórmulas de colaboración que se consideraron convenientes y atendiendo siempre las necesidades de la sociedad. En justa consideración a tales antecedentes, la Constitución, que afirma principios democráticos, pluralistas y autonómicos, tiene presente la existencia del régimen foral y, consecuentemente, en el párrafo 1.º de su disposición adicional primera, ampara y respeta los derechos históricos de Navarra y, en el apartado 2 de su disposición derogatoria, mantiene la vigencia en dicho

1876 che, invece, intese abolire il regime forale pubblicistico vigente nei restanti territori.

L’operazione di ricognizione storica dei *fueros* non è semplice, tuttavia è ammesso in dottrina che, mentre l’attuale vigenza del regime forale giuspubblicistico per la Navarra è direttamente riconducibile all’opzione della Legge concordata del 1841 (rinvenendo in questa un’effettiva origine storica), l’ammissione e garanzia di quelli presenti nei Territori storici di *Álava*, *Vizcaya*, *Guipúzcoa*, sono dovuti, in realtà, alle pressanti rivendicazioni della Comunità basca¹², ed al tentativo di sedarle, che spinse i costituenti, nella seduta plenaria del 21 luglio 1978, ad introdurre un emendamento che derogasse alle modifiche e soppressioni apportate dalle leggi del 1839 e 1876, ma limitatamente alle tre circoscrizioni citate¹³.

L’esistenza di queste “specialità” locali (meglio note come *fatti differenziali*) può derivare da “asimmetrie” che nascono da condizioni “di

territorio de la Ley de 25 de octubre de 1839. De ahí, que, recién entrada en vigor la Constitución, se promulgará, previo acuerdo con la Diputación Foral, el Real Decreto de 26 de enero de 1979, con el que se inició el proceso de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra. [...]”. Art. 1 St. “Navarra constituye una Comunidad Foral con régimen, autonomía e instituciones propias, indivisible integrada en la Nación española y solidaria con todos sus pueblos”.

Art. 2 St. “Uno. Los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de veinticinco de octubre de mil ochocientos treinta y nueve, a la Ley Paccionada de dieciséis de agosto de mil ochocientos cuarenta y uno y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero de su disposición adicional primera. Dos. Lo dispuesto en el apartado anterior no afectará a las Instituciones, facultades y competencias del Estado inherentes a la unidad constitucional”.

¹² J. CORCUERA ATIENZA, M.A. GARCÍA HERRERA, *La constitucionalización de los Derechos Históricos*, Madrid, 2002.

¹³ Alcune spiegazioni sulla *ratio* della Prima Disp. Add. CE, e sui lavori preparatori che condussero alla sua redazione, sono rinvenibili anche al sito Internet http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=1&tipo=3; l’emendamento approvato il 21 luglio 1978 sanciva: “En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogado el Real Decreto de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876” (BOC, n. 135, 24 de julio de 1978).

fatto”, quali, ad esempio, l'*insularità* per le isole Canarie e (*pluri-insularità*) per le Isole Baleari: infatti l'art. 138 CE¹⁴ riconosce il *fatto insulare* (*hecho insular*), come anche l'art. 3 St. Baleari (*Insularidad*), e art. 29 St. delle Canarie.

Si tratta di una caratteristica territoriale che comporta una serie di corollari sul piano giuridico, quali il riconoscimento di peculiari organi istituzionali democraticamente eletti: i *Cabildos* per le prime, ed i *Consejos insulares*, per le seconde¹⁵.

In virtù di ciò, a queste Comunità è riconosciuto un peculiare *regime economico e fiscale* (REF), di cui alla Terza Disposizione Addizionale alla Costituzione spagnola¹⁶, approvato con legge n. 19/1994 e modificato, nel 2000 e poi nel 2006 con la legge n. 12, in quanto *territori ultra-periferici* (RUP).

Altro *fatto differenziale* che trae origine dai “fatti” è rappresentato dal consolidamento dell'uso di una particolare *lingua* su un determinato territorio, sentita come propria, e dichiarata nello Statuto di autonomia *idioma* “paritario” o “co-ufficiale”, al pari del castigliano.

L'art. 3 CE¹⁷, infatti, riconosce come lingua “ufficiale” sia il castigliano, sia quella propria di ogni Comunità autonoma dichiarata dallo Statuto di autonomia, quale elemento culturale da proteggere, ed in ragione della cui salvaguardia è possibile, per la legislazione della Comu-

¹⁴ Art. 138 CE. [*Equilibrio económico territorial*] 1. *El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.* 2. *Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales.*

¹⁵ Art.8 St. Canarie, *Ley Orgánica* n. 10/1982; art. 39 St. Baleari, *Ley Orgánica* n. 1/2007.

¹⁶ *Tercera. [Modificación del régimen económico y fiscal de Canarias] La modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico.*

¹⁷ Artículo 3. [*Idioma*]1. *El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen deber de conocerla y el derecho a usarla.* 2. *Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.* 3. *La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.*

nità autonoma, operare differenziazioni o introdurre criteri, ad esempio, per l’assunzione di alcune categorie di lavoratori nel pubblico impiego (soprattutto “insegnanti”), volti ad accertare la conoscenza e l’utilizzo di questa lingua autoctona¹⁸. Al riguardo, la STC n. 31 del 2010, che si è espressa sulla riforma dello Statuto di autonomia catalano, ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione dell’art. 6 EAC che, in violazione del *bilinguismo paritario* e della *co-ufficialità* delle due lingue, definiva l’idioma catalano lingua *preferente*, il cui uso è privilegiato nel rapporto con le pubbliche amministrazioni e negli impieghi di insegnamento.

Dagli sforzi ermeneutici di questa pronuncia, che effettua un ampio utilizzo della tecnica dell’interpretazione “costituzionalmente conforme”, dichiarando “prive di valore giuridico” molte disposizioni dello Statuto catalano, in evidente contrasto con la Legge Fondamentale del 1978 (però salvandole), si può comprendere ancora una volta il tenore della Prima Disp. Add. CE, e la *ratio* del suo inciso *en el marco*.

Queste “specialità” possono, altrimenti, consistere nel riconoscimento di un’“asimmetria” giuridico-costituzionale, ma solo in favore di alcune CCAA (la Navarra) e Territori storici (*Álava, Vizcaya, Guipúzcoa*), che possono vantare una peculiare organizzazione politico-amministrativa, dotata di istituzioni “forali” (*Diputaciones*), una speciale organizzazione municipale, un regime fiscale agevolato e proprie forze dell’ordine¹⁹.

In proposito, si deve pertanto distinguere la diversa ragion d’essere di due disposizioni costituzionali, e le conseguenze che ne derivano.

La Prima Disp. Add. CE (già incontrata) salvaguarda la vigenza della *foralità di carattere giuspubblicistico*, riconoscendo i “diritti storici”

¹⁸ Ad esempio, l’art. 4 St. Baleari e Preambolo riconoscono come ufficiale il catalano, insieme al castigliano; l’art. 9 St. Navarra riconosce anche l’*euskera* nell’area basco parlante; l’art. 6 St. Paesi Baschi – *Ley Orgánica* n. 3/1979 – che anche riconosce paritariamente l’*euskera*; art. 5 St. Galizia – *Ley Orgánica* n. 1/1981 – che riconosce il *gallego*; art. 6 St. Valencia – *Ley Orgánica* n. 5/1982 – che riconosce anche il *valenciano*.

¹⁹ L’articolo 149.1.29 CE salvaguarda infatti l’istituzione della *polizia autonómica* per la Navarra (art. 51 St. *Policía Foral*), Paesi Baschi (art. 17 St. *Policía Autónoma*) e Catalogna (art. 164 St. *Policías Locales de Cataluña*).

dei “Territori forali” del solo Paese Basco (nelle circoscrizioni di *Álava*, *Vizcaya*, *Guipúzcoa*) e della Navarra (come chiarito dalle STC n. 88 del 1983 e n. 214 del 1989), ed il loro *sistema fiscale speciale* mediato dalle leggi statali sul *Concerto economico*, stipulato con la Navarra (*Ley* n. 28 del 1990, e art. 45 LORAFNA; St. Autonomia del 1982) e con quella dei Paesi Baschi (*Ley* n. 12 del 2002)²⁰.

In tale ottica il Tribunale costituzionale con sentenza n. 88 del 1993 ha ribadito come il significato di questa disposizione “[...] non è quello di garantire o di ordinare il regime costituzionale del diritto forale civile, ma quello di permettere l’integrazione e aggiornamento nell’ordinamento post-costituzionale con i limiti stabiliti da tale Disposizione, di alcune delle peculiarità giuridico-pubbliche che, nel passato, resero singoli determinate zone del territorio della nazione”.

Altra *ratio* è stata rinvenuta nell’art. 149 comma 1, alinea 8 della Carta Fondamentale, concernente la *foralità di stampo civilistico*, che legittima il c.d. *policentrismo normativo*, e consente ad alcune CCAA il *mantenimento* del proprio *regime di diritto civile forale* (ad esempio, in materia di rapporti familiari, successioni) ma solo per quelle CCAA *in cui già esisteva* – all’entrata in vigore della Costituzione spagnola del 1978 – la *vigenza* di queste norme forali *codificate* o applicate *in via consuetudinaria*, come ha ribadito il Tribunale costituzionale spagnolo (sentenze nn. 121/1992, 88/1993, 236/2000, da ultimo STC n. 93 del 23 aprile 2013 sulla Legge forale n. 6/2000 concernente la disciplina delle “unioni di fatto” nella Navarra)²¹.

L’art. 149.1.8. Cost., infatti, dopo aver elencato le materie di competenza legislativa *esclusiva* dello Stato, puntualizza: “senza pregiudizio della conservazione, modifica e sviluppo [*desarrollo*] da parte delle

²⁰ J.M. MARTINEZ SIERRA, *El concierto económico y los derechos forales vascos en sede judicial europea*, in *REDC*, n. 72/2004, pp. 235-265.

²¹ Già la *Ley de Bases* del 1888 dovette riconoscere la “foralità” di stampo civilistico, ed oggi il *Código civil*, nel *Titulo preliminar*, agli artt. 13 e 14, ne prende atto; in particolare, il Congresso nazionale di diritto civile di Saragozza del 1946, affrontando la *cuestión foral*, segnò il successo delle tesi “foraliste”, che reclamavano la coesistenza – a fianco del diritto civile comune – di diversi sistemi di diritto forale localistici, le cui intersezioni e/o antinomie vengono risolte con il criterio della c.d. *vecindad civil* (la disciplina di questo istituto è, però, di competenza esclusiva dello Stato).

Comunità autonome dei diritti civili, tradizionali o speciali, laddove esistano²²: *allí donde existan*, come ribadito dalla STC n. 121/1992, e attualmente riconosciuti alle CCAA di Galizia²², Navarra²³, Paesi Baschi²⁴, sussistendo un diritto civile *speciale* per Aragona, Catalogna e Valencia²⁵.

²² Art. 27.4. St. *Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego*.

²³ Art. 48 St. "Uno. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral. Dos. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral", precisandole poi agli artt. 49 e 50; Ley n. 1/1973, de 1 de marzo, *porque se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra*.

²⁴ Art. 10 St. De las competencias del País Vasco "[...] 5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia". Ley n. 3/1992, de 1 de julio, *del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco*.

²⁵ Art. 71 *del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007 conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución*; d.lgs. n. 1/2011, de 22 de marzo, *del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas*. art. 129 St. *Cataluña: Derecho civil. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña*; art. 5. St. *Los derechos históricos. El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana, que el presente Estatuto incorpora y actualiza al amparo del artículo 2, la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución, de los que deriva el reconocimiento de una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil, la lengua, la cultura, la proyección de éstas en el ámbito educativo, y el sistema institucional en que se organiza la Generalitat*; art. 3.4. St. *Valencia: El Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes*.

Sul tema C. ALIBERTI, *La disciplina dei diritti forali nella Costituzione spagnola del 1978*, in R. TORINO, *Il diritto privato regionale in Spagna*, Padova, 2008, pp. 32-43.

2. Il riconoscimento e la salvaguardia dei c.d. diritti storici da parte dell'Unione europea

Intessute le brevi considerazioni riportate sul dibattito concernente la tutela dei c.d. *diritti forali* – e, in senso più lato, dei c.d. *fatti differenziali* – è ora il momento di valutare l'impostazione che l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, ed i giudici di Lussemburgo, hanno adottato in relazione al loro riconoscimento, ed alla possibile capacità derogatoria rispetto al diritto sovranazionale.

Innanzitutto, si può prendere atto di come l'“apertura” alle *autonomie locali e regionali* sia testimoniata anche dal modo in cui è stato congegnato il c.d. *meccanismo di allerta preventivo* (*early warning system*): infatti, all'art. 6 del Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, *sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, si prevede che per la formulazione del *parere motivato* sul mancato rispetto del *principio di sussidiarietà* da parte del progetto di atto legislativo dell'Unione, “Spetta a ciascun parlamento nazionale o a ciascuna camera dei parlamenti nazionali consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi”.

In attuazione di questa previsione, è intervenuta la legge spagnola n. 24 del 22 dicembre 2009, che ha modificato la legge n. 8 del 1994, rafforzando il ruolo di impulso della *Commissione mista per l'Unione europea* delle *Cortes Generales*, al fine di adeguare le sue competenze alle novità introdotte dal Trattato di Lisbona: al *sistema de alerta temprana* (SAT) vengono *associati i parlamenti delle Comunità autonome*²⁶, infatti all'art. 6 di questa legge, è previsto l'obbligo per le *Cortes* di trasmettere ai parlamenti delle Comunità autonome i progetti di atti legislativi dell'Unione, e questi, entro *quattro settimane*, potranno trasmettere, a loro volta, un parere motivato sul rispetto del principio di sussidiarietà in relazione alle materie di loro spettanza; qualora le *Cortes* decidano di inviare un parere motivato alle istituzioni dell'Unione

²⁶ Su questo tema J.L. DE CASTRO RUANO, *El Sistema de Alerta Temprana para el control de la subsidiariedad: su aplicación por el Parlamento vasco*, in *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n. 99/2012, pp. 93-111: il parlamento del Paese Basco è il più attivo nella formulazione dei pareri motivati.

europea, devono allegare anche quelli dei parlamenti delle Comunità autonome²⁷.

Più nel dettaglio, per quanto riguarda le isole Canarie e Baleari, il peculiare regime fiscale *differenziato* viene ammesso (e giustificato) dall'art. 349 TFUE, che riconosce nell'*insularità* un fattore che rende più difficoltoso lo sviluppo dell'economia in questi territori²⁸.

Degne di grande interesse sono anche le pronunce della Corte di giustizia che hanno riconosciuto nella *lingua* locale, e nel peculiare regime forale giuspubblicistico dei Territori storici di *Álava*, *Vizcaya*, *Guipúzcoa*, fattori che direttamente contribuiscono a connotare l'*identità costituzionale* dello Stato spagnolo, ex art. 4.2 e 3.3.4 TUE, nonché 22 della Carta di Nizza-Strasburgo²⁹.

²⁷ R. IBRIDO, *Spagna. Varata la nuova disciplina volta ad adeguare le procedure nazionali ai nuovi poteri attribuiti dal Trattato di Lisbona ai parlamenti nazionali*, in *DPCEonline*, n. 2/2010.

²⁸ Art. 349.1 TFUE: "Tenuto conto della situazione socioeconomica strutturale [...] delle isole Canarie, aggravata dalla loro grande distanza, dall'insularità, dalla superficie ridotta, dalla topografia e dal clima difficili, dalla dipendenza economica da alcuni prodotti, fattori la cui persistenza ed il cui cumulo recano grave danno al loro sviluppo, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, adotta misure specifiche volte, in particolare, a stabilire le condizioni di applicazione dei trattati a tali regioni, ivi comprese le politiche comuni. [...]". Ancora, si ricordi l'intervento della Commissione europea con la Comunicazione del 12 settembre 2007, n. 507, *Strategia per le regioni ultraperiferiche: realizzazioni e prospettive*. Il Tribunale costituzionale spagnolo, con sent. n. 16 del 2003, ha affermato che la finalità del REF risponde, in modo strumentale, agli obiettivi dell'art. 138.1. CE, fra cui "la realizzazione effettiva del principio di solidarietà in ragione del *hecho insular*" (e STC n. 137/2003 e 108/2004). Nelle Canarie non si applica la disciplina dell'Unione europea sull'IVA né le imposte sull'alcool, idrocarburi e tabacco; incentivi fiscali sono stati previsti dalla *Ley* n. 19/1994 che ha introdotto la RIC (*Reserva para Inversiones en Canarias*) e la ZEC (*Zona Especial Canaria*), e queste isole sono state associate ai programmi dell'Unione europea POSEICAN nel 1991 e POSEI nel 2006.

Su questo profilo, F. RÍOS RULL, I. EXPÓSITO SUÁREZ, *El régimen jurídico de Canarias como territorio ultraperiférico de la Unión europea*, al sito Internet <http://www.webs.ulpgc.es/unamuno>.

²⁹ Art. 3.3.4. TUE: "[l'Unione] rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo"; e art. 22 della Carta di Nizza: "L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica".

In proposito, la Corte di giustizia, già dalla sentenza *Groener* del 28 novembre 1989³⁰, ha riconosciuto come “obiettivo legittimo” la politica di tutela e valorizzazione della lingua nazionale dichiarata *ufficiale* dalla Costituzione di uno Stato membro, obiettivo intrinsecamente legato al rispetto dell’*identità nazionale*: si può, quindi, dedurre che altrettanta tutela valga per tutte le lingue proclamate *ufficiali*, in via paritaria, dalla Costituzione dello Stato membro e dagli Statuti di autonomia.

Pertanto, ai fini dell’assunzione di personale nel *pubblico impiego*, legittimamente può essere richiesta la conoscenza di un livello “adeguato” dell’*idioma ufficiale locale* ai candidati e ad alcune categorie di lavoratori, ma in ragione della “natura” dell’impiego, dovendosi giustificare la possibile *restrizione alla libertà di circolazione dei lavoratori e di stabilimento* (artt. 45 e 49 TFUE, e artt. 15 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) alla luce del *principio di proporzionalità* (nel triplice *test* di cui si compone: criterio dell’*idoneità*, della *necessità* e della *proporzionalità in senso stretto*), e non potendosi tradurre l’intervento normativo delle istituzioni locali nell’adozione di misure eccessivamente preclusive, tali da pregiudicare anche il c.d. *contenuto essenziale* del diritto garantito dall’Unione³¹.

Nella sentenza *Groener* viene dunque affermato che il “[...] ruolo di professore a tempo pieno negli istituti pubblici di istruzione professionale è un impiego la cui natura giustifica un requisito di conoscenze linguistiche [...] purché il requisito linguistico in causa s’inserisca in

³⁰ Corte giust. sent. C-379/87, *Anita Groener* del 28 novembre 1989. La Corte di giustizia rilevò come la politica di valorizzazione e tutela della lingua nazionale (si trattava della *lingua gaelica* in Irlanda, rispetto a quella inglese) fosse compatibile con i trattati, dovendosi rispettare comunque l’assunto del *principio di proporzionalità* e del *principio di non discriminazione*.

³¹ Tali parametri, impiegati nel giudizio di bilanciamento effettuato dai giudici di Lussemburgo, sono stati codificati nella *clausola orizzontale* 52 n. 1 della *Carta dei diritti dell’Unione, sulla portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, secondo la quale: “Eventuali limitazioni dell’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

una politica di valorizzazione della lingua nazionale, nel contempo prima lingua ufficiale, e venga attuato in modo proporzionale e non discriminatorio”.

Ancora, la Corte di giustizia nella sentenza *Vardyn*, C-391/09 del 12 maggio 2011, dichiara compatibile con gli artt. 18 e 21 TFUE la legislazione lituana sulla registrazione dei cognomi nei registri di stato civile che impone l’uso dei *segni diacritici* caratteristici della lingua ufficiale nazionale (veniva in rilievo l’art. 14 Cost. lituana)³².

La Corte, richiamando gli artt. 3.3.4, 4.2 TUE e 22 della Carta dei diritti dell’Unione europea, riconosce che “le disposizioni del diritto dell’Unione non ostano all’adozione di una politica di difesa e valorizzazione della lingua di uno Stato membro, la quale sia, nel contempo, lingua nazionale e prima lingua ufficiale [...]. Infatti [ai sensi degli articoli citati] l’Unione rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica [e] parimenti, l’identità nazionale dei suoi Stati membri, in cui è compresa anche la tutela della lingua ufficiale nazionale dello Stato”³³.

Nella sentenza *Anton Las*, C-202/11 del 16 aprile 2013, sui contratti di lavoro a carattere transfrontaliero, redatti in lingua neerlandese la Corte di giustizia, richiama le pronunce *Wardyn* e *Groener*, chiarendo che la salvaguardia dei valori affermati agli artt. 3.3.4 e 4.2. TUE, nonché 22 della Carta UE, consentono l’istituzione di norme restrittive rispetto alla libertà di circolazione *ex art.* 45 TFUE, ma sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, in modo da garantire il “consenso libero e informato” tra le parti del contratto³⁴.

³² In questo caso, nel certificato di matrimonio, il Comune di Vilnius aveva registrato il cognome da sposata della sig.ra “Wardyn” (“W” in polacco, secondo la nazionalità del marito) con la “V”, poiché la “W” non era compresa nell’alfabeto lituano.

³³ In proposito il governo lituano aveva sottolineato che “[...] la lingua lituana costituisce un valore costituzionale che salvaguarda l’identità della nazione, contribuisce all’integrazione dei cittadini, garantisce l’espressione della sovranità nazionale, l’indivisibilità dello Stato, nonché il buon funzionamento dei servizi dello Stato e delle *collettività territoriali*”.

³⁴ La Corte dichiara che l’art. 45 TFUE *osta* ad una legge regionale di un ente federato (regione neerlandese del Belgio) che impone al giudice di rilevare d’ufficio la *nullità* di alcune clausole di un contratto di lavoro redatto in una lingua quale l’inglese, tuttavia compresa da entrambe le parti, poiché *eccede quanto necessario per la realiz-*

Di grande rilievo per il tema trattato in questa sede, sono le pronunce della Corte di giustizia che hanno riguardato il *regime di diritto tributario forale* dei Territori storici del Paese Basco (nella specie quello di *Álava*), censurato dai rappresentanti della vicina Comunità autonoma di *Rioja*, in quanto produttivo di “aiuti di stato” a favore delle imprese radicate su quel territorio, in violazione dell’art. 87 TCE (oggi art. 107 TFUE).

Queste problematiche sono state rilevate dal Tribunale di primo grado di Lussemburgo, nel caso T-92/00 e T-103/00, *Ramondín SA contro Commissione europea* del 6 marzo 2002, poi confermata dalla Corte di giustizia nella sentenza C-186/02 e C-188/02P dell’11 novembre 2004.

La *Diputación Foral de Álava* aveva, infatti, adottato un decreto *foral* (n. 22/1994) che accordava incentivi fiscali alle imprese stabilite su quel territorio, e consistenti in un credito d’imposta del 45% e in una riduzione della base imponibile per l’imposta sulle società; la società *Ramondín* si era trasferita dalla Comunità autonoma della *Rioja* nel territorio storico di *Álava*, potendo quindi beneficiare della normativa forale agevolata: così la prima aveva inoltrato una lettera di denuncia alla Commissione europea, ritenendo che la società *Ramondín* avesse beneficiato di “aiuti di Stato”.

Il Tribunale di primo grado ha ritenuto che, per quanto la misura fosse generale, applicabile indistintamente a tutte le imprese sul territorio storico di *Álava*, la *discrezionalità applicativa* che le norme concedevano all’amministrazione del territorio forale, rendeva potenzialmen-

zazione dell’obiettivo di valorizzazione e tutela della lingua: infatti “le parti di un contratto di lavoro a carattere transfrontaliero non hanno necessariamente la padronanza della lingua ufficiale dello Stato membro interessato. In simili circostanze, la formazione di un *consenso libero ed informato* tra le parti richiede che esse possano redigere il loro contratto in una lingua diversa dalla lingua ufficiale di tale Stato membro. Peraltro, una normativa [...] che *consentisse altresì* di redigere una versione autentica di tali contratti [a carattere transfrontaliero] *anche* in una *lingua conosciuta da tutte le parti interessate*, sarebbe *meno lesiva* della libera circolazione dei lavoratori [...]” (pp. 31, 32, 33). Sull’uso della lingua nazionale, etichettatura dei prodotti e libertà di circolazione delle merci: C-33/97, *Colim NV*, del 3 giugno 1999; C-169/99, *Schwarkopf*, del 13 settembre 2001.

te “selettiva” tale misura che, dunque, si configurava “aiuto di stato” ai sensi dell’art. 87 n. 1 TCE (oggi art. 107 TFUE).

Ancora, dette problematiche riemergono nella sentenza C-471/09P del 28 luglio 2011 della Corte di giustizia, sul recupero degli aiuti di stato (eccedenti) non notificati alla Commissione europea, concessi dalle norme fiscali forali dei Territori storici di *Álava*, *Vizcaya* e *Guipúzcoa*: i giudici di Lussemburgo invocano il mancato rispetto dell’*effetto utile* del disposto di cui agli artt. 87 e 88 TCE.

Tuttavia, la Corte, nella celebre sentenza C-428/06 dell’11 settembre 2008³⁵, che ha visto la Comunità autonoma della *Rioja* contrapposta ai Territori storici di *Álava*, *Vizcaya* e *Guipúzcoa* (Paese Basco), richiamando la c.d. *dottrina Azzorre*³⁶, ha riconosciuto compatibili con il diritto dell’Unione europea, nella specie l’art. 87 TCE, le *norme forali in materia fiscale* elaborate dalle *Juntas Generales de Vizcaya* (n. 7/2005), il *decreto foral normativo del Consejo de Diputados de Álava* (n. 2/2005) ed il *decreto foral de la Diputación foral de Guipúzcoa* (n. 32/2005), che, *in deroga* ai parametri fissati dalla legislazione tributaria nazionale spagnola, fissavano una riduzione dell’aliquota d’imposta sulle società situate nei rispettivi territori al 32,5% (rispetto al 35% nazionale, *ex regio* d.lgs. n. 4/2004) ed una detrazione del 10% dell’importo degli investimenti in attivi fissi materiali, destinati allo sviluppo dell’attività economica dell’impresa (possibilità, invece, non prevista dalla legislazione statale spagnola).

I criteri elaborati dalla c.d. *dottrina Azzorre* sono ritenuti rispettati, e l’incentivo non integra gli elementi costitutivi della nozione di “aiuto di

³⁵ Su questa pronuncia I. ALONSO ARCE, *Nuestro Derecho Tributario Foral después de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 11 de septiembre de 2008*, in *Academia Vasca del Derecho*, *Boletín JADO*, n. 17/2009, pp. 225-258; J. MARTIN Y PÉREZ DE NANCIARES, M. URREA CORRES, *Unión europea y financiación autonómica: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los sistemas tributarios de los entes territoriales subestatales*, in *REAF*, n. 8/2009, pp. 37-84; S. SERRANO GAZTELURRUTIA, *La incidencia de las ayudas de Estado en las cooperativas vascas*, in *GEZKI*, n. 7/2011, pp. 111-153.

³⁶ Corte di giustizia, sentenza C-88/03, *Repubblica portoghese c. Commissione europea*, del 6 settembre 2006, che si era pronunciata sulla conformità di un decreto legislativo della Regione autonoma delle Azzorre che stabiliva una riduzione dell’aliquota d’imposta dal 20 al 30% applicabile alle società stabilite su quel territorio.

stato”, poiché questi enti infrastatali godono di un’*autonomia istituzionale* (dall’esame della Costituzione, dello Statuto di autonomia e dell’accordo di concertazione economica, risulta che gli enti infrastatali quali i *Territori Históricos* e la Comunità autonoma del Paese basco, in quanto dotati di uno Statuto politico e amministrativo distinto da quello del governo centrale, soddisfano detto criterio); di un’*autonomia procedurale* (possibilità per l’ente di adottare una decisione in modo indipendente, cioè senza possibilità di un intervento “diretto” da parte del governo centrale in merito al suo contenuto, essendo anche possibili procedure collaborative di consultazione); ed, infine, di un’*autonomia economica e finanziaria* (in quanto le conseguenze economiche di una riduzione dell’aliquota dell’imposta applicabile alle imprese presenti nella regione non sono compensate da sovvenzioni o contributi provenienti da altre regioni o dal governo centrale, ricadendo le perdite solo su quell’ente). Non essendo esercitata una “discrezionalità applicativa”, poiché le percentuali sono determinate, in modo fisso e non modulabile dalle amministrazioni – valevoli generalmente per tutte le imprese stabilite su quei territori – non si configura il “carattere selettivo” tipico della nozione di “aiuto di stato” ex art. 87 TCE.

3. Conclusioni

Dall’insieme delle considerazioni che ho esposto, alla luce dei Trattati e della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, certamente si può ritenere che sussista “apertura” da parte del diritto dell’Unione europea al riconoscimento delle *specialità giuridiche locali*, pur se con il dovuto rispetto di certe condizioni: infatti, occorre – già a livello nazionale – certezza sull’individuazione delle “specialità” costituzionalmente garantite, capaci di comportare trattamenti giuridici differenziati, e comunque non esorbitanti dalla sfera di competenza normativa accordata alle Comunità autonome, né agganciate in modo pretestuoso all’art. 149.1.8 CE o alla Prima Disp. Add. CE.

Inoltre, le discipline locali che apportano restrizioni all’esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali garantite dall’Unione europea, o che comunque sono *derogatorie* rispetto a queste, dovranno trovare una

giustificazione ammissibile a livello sovranazionale: dunque, ricavare la propria ragion d’essere da uno specifico profilo di concretizzazione dell’*identità costituzionale* dello Stato membro ex art. 4.2 TUE, oppure rappresentare una misura *necessaria e proporzionata* – nel contesto di quella specifica realtà locale – per la tutela di un *motivo di interesse generale* riconosciuto dall’Unione, in ossequio all’art. 52 n. 1 Carta dei diritti fondamentali, e rispettare i principi ed i criteri elaborati dalla Corte di giustizia, precedentemente analizzati.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Matteo Cosulich – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Giuseppe Di Genio – Professore associato di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Salerno

Riccardo Ferrante – Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova

Elisabetta Fiocchi Malaspina – Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Diritto privato e Storia del diritto dell'Università di Milano

Marco Gaggero – Dottore di ricerca in Scienze giuridiche - Diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Flavio Guella – Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Barbara Lelli – Dottoranda in Studi costituzionalistici, italiani, europei e transnazionali presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova

Mauro Mazza – Professore associato di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bergamo

Pietro Nervi – Presidente del Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive dell'Università di Trento

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Davide Paris – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze politiche, economiche e sociali dell'Università del Piemonte Orientale

Diego Quaglioni – Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento

Giancarlo Rolla – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

