

Sopravvenienze, rischio contrattuale, *litora* e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico.

Barbara Biscotti

Profesora de Derecho Romano - Università di Milano-Bicocca (Italia)¹

1. L'oggetto principale del presente contributo è rappresentato da un caso giuridico, sottoposto ad un giureconsulto romano classico, il cui studio offre l'occasione di intrecciare le tre prospettive adottate come chiave di lettura del negozio giuridico, che hanno dato il titolo al convegno in cui il contributo stesso è stato presentato: dottrina civilistica, approccio linguistico, visione storica del diritto.

Attraverso la lente dell'analisi storica di tale responso antico si prenderà innanzitutto in considerazione un problema molto attuale, quanto spinoso, per la dottrina civilistica contemporanea, ossia quello delle cosiddette "sopravvenienze contrattuali", cercando di ricostruire, *per exemplum*, alcuni tratti di una storia delle idee in proposito.

Il testo che riferisce la *sententia* del giurista classico Proculo, che come si vedrà presenta d'altra parte una ben maggiore complessità di piani di lettura, suggerisce, in una prospettiva ermeneutica saldamente ancorata al linguaggio contrattuale, interessanti spunti per una comprensione del pensiero giuridico antico in tema di sopravvenienze, attraverso l'esame di una fattispecie contrattuale per molti aspetti, come spiegherò in seguito, peculiare.

Il tema, difficile, delle sopravvenienze, che pone il diritto a confronto con l'umanamente imprevedibile², sfidandolo proprio sul piano dell'esigenza di un temperamento equo della sopportazione delle conseguenze negative di un evento che esula dal normale flusso delle cose impedendo l'adempersi previsto del contratto, viene qui affrontato dal giurista antico verosimilmente in relazione ad un contesto negoziale che rappresenta il terreno tipico ove il tema delle sopravvenienze dispiega appieno, ancor oggi, tutta la sua problematicità, ossia quello dei rapporti di durata.

¹ Professore associato presso l'Università di Milano-Bicocca (Italia), Barbara Biscotti è titolare delle cattedre di Diritto Romano e Storia del Diritto Romano; insegna inoltre Istituzioni di Diritto Romano presso l'Accademia Allievi Ufficiali della Guardia di Finanza di Bergamo. PhD in Diritto Romano e Diritti dell'Antichità (Università di Padova), è autrice di numerose monografie, saggi ed articoli, anche di natura storico-comparatistica, su differenti temi del diritto romano. I suoi attuali prevalenti campi di interesse sono: ermeneutica contrattuale; beni, cose, diritti d'appartenenza; teoria istituzionale del diritto; sicurezza e libertà; libertà e dittature. Contatto: barbara.biscotti@unimib.it

² R. PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1996, 460 ss., riferendosi alle discussioni sul tema della cosiddetta "incompletezza" del contratto, prende posizione proprio sottolineando l'umana impossibilità di prevedere e tradurre in termini contrattuali *ex ante* onnicomprensivi ogni manifestazione di un "futuro indomabile".

2. Per comprendere appieno i termini della questione e la rilevanza attuale di una riflessione che vada alle radici della stessa, inizierò però accennando brevemente al problema in termini di diritto civile contemporaneo.³

La sopravvenienza contrattuale, che non ha a che fare con la conclusione, ma con l'attuazione di un contratto perfettamente valido, è quel fenomeno giuridico che si concreta in fatti oggettivi e imprevedibili, non imputabili alle parti, che incidono sulla produzione degli effetti del contratto stesso, rendendoli parzialmente o totalmente impossibili.

Essa, dunque, da un lato si iscrive nel tema più ampio del rischio contrattuale e della ripartizione dello stesso tra i contraenti⁴ e, dall'altro, si connette specificamente alle riflessioni sul concetto di alea e sulla gestione della medesima.⁵

Innanzitutto, infatti, è necessario stabilire se la controprestazione sia ancora dovuta, laddove, appunto per fatti non presi in considerazione dalle parti al momento della conclusione del contratto, il contraente che sarebbe obbligato ad offrirla si trovi nella condizione di non poter conseguire il risultato atteso. Come è noto e come ho già accennato, la questione – invero generale – investe in modo particolare, per sua natura, i *Langzeitverträge*, cioè gli svariati tipi di rapporti contrattuali 'di durata', ove l'adempimento non si risolve in un atto singolo, bensì assume carattere continuativo e le prestazioni hanno natura ripetitiva, lasciando maggiore spazio all'intervento di eventi che producano una, anche parziale, impossibilità nell'esecuzione degli obblighi contrattuali.⁶

Dal punto di vista degli effetti, le sopravvenienze possono essere raggruppate secondo tre differenti categorie, cui consegue un diverso inquadramento della questione.

Esse possono infatti comportare innanzitutto un'impossibilità, di ordine naturalistico-giuridico, di adempimento del contratto. In questo caso, dunque, è ovvio ci si regoli

³ La bibliografia civilistica in proposito è assai scarsa sull'argomento specifico, ma altrettanto vasta, ovviamente, sui temi più ampi del rischio contrattuale, dell'alea, della buona fede e della rinegoziazione. Si vedano, per tutti, quanto agli aspetti generali, G. ALPA, *sv. Rischio contrattuale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto*, LX, Milano, 1989, 1144 ss. e, sul tema specifico della sopravvenienza, P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, F.P. TRAISCI, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003, F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 1 ss., <http://hdl.handle.net/11590/142455>, ID., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V. Milano, 2006, E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Rivista di diritto privato*, 2013, 55 ss., J.F. CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, 2013, M. GARCÍA CARACUEL, *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2014.

⁴ Cfr. G. ALPA, *sv. Rischio contrattuale*, cit., 1144 ss.

⁵ Per tutti, G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.

⁶ F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 2, 4 e, in particolare, 9 ss.

prevalentemente facendo riferimento ai principi che presiedono alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta.⁷

Vi sono poi circostanze di sopravvenienze tali che le due prestazioni restano ancora possibili, ma viene alterato l'originale equilibrio economico tra le stesse, ossia il rapporto sinallagmatico. In tale situazione, pertanto, è naturale fare riferimento alla disciplina dell'eccessiva onerosità.⁸

Altre sopravvenienze, infine, riguardano il venire meno o il non realizzarsi, nelle more tra stipulazione del contratto e sua esecuzione, di presupposti, di fatto o di diritto, che hanno condizionato la stipulazione contrattuale, anche se le parti non l'hanno esplicitato.

Le soluzioni possibili, a fronte di ciò, individuate in modo molto essenziale, consistono o nel riconoscere la sopravvenienza come un rischio da accollare totalmente ad una parte (quella svantaggiata o, secondo criteri di efficienza propugnati dalla teoria economica del diritto, quella in grado di sopportarne le conseguenze al minor costo⁹), oppure nel considerarla, alla luce della clausola generale di buona fede, un fattore che, incidendo sull'equilibrio contrattuale iniziale, esige la risoluzione o la rinegoziazione, secondo il principio di conservazione del contratto.¹⁰

3. Tale questione giuridica, qui solo succintamente descritta nei suoi termini essenziali, è per la scienza civilistica contemporanea, come già accennato, particolarmente attuale, dal momento che la dottrina si trova a dover affrontare il problema dell'allocazione del rischio in un quadro davvero 'nuovo' per l'intrecciarsi di molte componenti della realtà giuridica, quali la normativa (nazionale e comunitaria)¹¹, la giurisprudenza, la prassi contrattuale¹²; una complessità che si tenta di conciliare nella riproposizione di una gamma diversificata di 'misure', secondo una visione che, archiviata dall'intento sistematico pandettistico, appartiene tuttavia alle nostre radici culturali romanistiche.

D'altra parte, è ormai evidente che la classica alternativa tra tutela dell'autonomia negoziale dei privati e intervento giudiziale nel contratto è frutto di una superata visione monolitica della disciplina contrattuale stessa, pur anche a ragione difesa per tentare di

⁷ Cfr., per tutti, C. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta. Nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008.

⁸ Cfr., per tutti, D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi UNIDROIT*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 23 ss.

⁹ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, TH. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 275.

¹⁰ Per tutti, si veda, come primo contributo in tale direzione nell'ambito della dottrina civilistica italiana, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970 e, più di recente, F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.

¹¹ F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 10 ss.

¹² Si veda, sul punto, in generale, F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 4 s.

conservare i buoni frutti di una sistematica per altri versi funzionale. Tale alternativa infatti non può più essere considerata in termini di assoluta antitesi¹³, dovendosi ravvisare piuttosto una linea di continuità logica tra la libera determinazione delle parti e l'*extrema ratio* giudiziale¹⁴, il cui *trait-d'union* è rappresentato dall'istituto della rinegoziazione.¹⁵

Questa, dunque, l'ampia griglia decisionale entro cui l'interprete, tenendo conto delle connessioni tra diritto privato e sviluppo economico, dovrebbe modulare la soluzione; innanzitutto, come ormai prevalentemente suggerito dalla dottrina, avendo il coraggio di sottrarsi all'illusione di una teorica generale del contratto, pur senza rinunciare alla coerenza logica delle previsioni codicistiche in merito, e aprendosi invece alla necessità di prendere in considerazione la multiformità dei contratti (dato che rappresenta un *a priori* della cultura giuridica romana); e di conseguenza offrendo ai contraenti una tutela che possa fornire soddisfazione alle esigenze espresse nell'iniziale regolamento d'interessi, nonché, dato non trascurabile sotto il profilo economico-giuridico, garantire la possibilità effettiva di un concreto affidamento sulla serietà del vincolo contrattuale, in vista anche della programmazione dell'attività economica.¹⁶

4. Da questo punto di vista, quindi, sembra che la realtà contemporanea ci stia appunto restituendo una complessità che era ben nota alla riflessione giurisprudenziale romana, ma cui, pur nella consapevolezza della problematicità ad essa connessa e proprio a causa di essa, già si cominciò a tentare di fornire una risposta più sistematica nello sviluppo del diritto intermedio, principalmente intorno all'istituto della *laesio enormis* e alla clausola *rebus sic stantibus*.¹⁷

¹³ F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 4.

¹⁴ Questa diversa visione delle dinamiche tra autonomia delle parti ed intervento giudiziale appare particolarmente evidente nell'esperienza tedesca, ove la teorica della *Vertragsanpassung*, ossia della possibilità di adeguamento non solo convenzionale, ma anche giudiziale del contratto, trova forti connessioni con la tematica delle rinegoziazione come punto di riconciliazione delle due istanze in precedenza considerate contrapposte. Compiuto questo breve cenno, devo però in proposito rinviare, per tutti, a F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 9 e nt. 48.

¹⁵ Su cui si vedano, per tutti, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 e F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

¹⁶ F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 4 e nt. 15, in particolare.

¹⁷ Cfr. I. BIROCCHI, sv. *Rischio contrattuale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, LX, Milano, 1989, 1133 ss., il quale, tuttavia, evidenzia come la stessa Scuola medioevale fosse ben lontana dall'appiattimento della problematica su soluzioni univoche.

In particolare sulla clausola *rebus sic stantibus* si vedano, per tutti, i più recenti contributi di M. RUMMEL, *Die «clausula rebus sic stantibus». Eine dogmengeschichtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Zeit von der Rezeption in 14. Jahrhundert bis zum jüngeren Usus Modernus in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden, 1991, K. LUIG, *Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: das Beispiel der clausula rebus sic stantibus*, 1999, 171 ss. e A. LANDI, *Inderogabilità dell'autonomia privata e rilevanza delle sopravvenienze. Un'indagine sulla cosiddetta clausula rebus sic stantibus nel maturo diritto comune*, in ID., *Storia giuridica per futuri giuristi: Temi e questioni*, Torino, 2015, 77 ss.

La Pandettistica accolse ed amplificò, nella volontà di elaborazione della moderna teorica del contratto, ogni spunto di natura assiomatica avanzato nelle epoche precedenti, ed in particolare i due criteri regolatori appena menzionati, integrandoli con l'assegnare un ruolo centrale alla teoria dell'impossibilità sopravvenuta. Quest'ultima venne declinata in principio specificamente, in ambito francese, nei termini dell'alternativa *culpa-casus*, fino a Domat e Pothier. In seguito, tuttavia, la dottrina virò più ampiamente verso la mera possibilità dell'adempimento, da un lato, nonché, dall'altro, specificamente centrando il discorso sull dogma della volontà, più fortemente strutturato in particolare in ambito pandettistico germanico¹⁸; in questo contesto, in particolare, l'apporto del romanista e civilista Bernhard Windscheid¹⁹, nella forma dell'elaborazione della teorica della *Voraussetzung* - in italiano recepita con il termine "presupposizione" - fu decisivo e diede avvio ad una tendenza interpretativa che ha avuto grande influsso anche sulle scelte dei legislatori.

Il paradigma della *Voraussetzung*, incentrato sull'interpretazione, o meglio presunzione, di quanto si doveva supporre le parti avessero anche implicitamente voluto e di quanto avrebbero voluto, ove avessero potuto immaginare circostanze alla conclusione del contratto imprevedibili, sembrò rappresentare la pietra filosofale della tematica della ripartizione del rischio contrattuale e poter costituire una chiave interpretativa unitaria per tutti i problemi di gestione delle cosiddette sopravvenienze.

Strumento ermeneutico elegante, la presupposizione aveva matrice romanistica ma non romana, in quanto la giurisprudenza antica, pur offrendo spunti di riflessione sull'*animus* dei contraenti, a tale criterio interpretativo di natura soggettiva preferì di gran lunga quello oggettivo del *quod actum est*²⁰, un criterio del «ciò che si è fatto», che (pur mediato ovviamente da altri fattori, primo fra tutti quello equitativo) trovava riferimento sicuro e concreto anche e soprattutto nel linguaggio negoziale utilizzato. Elaborata in quel crogiuolo di studi storici del diritto romano, canonico, germanico, che fu la Pandettistica, tuttavia, la teorica della presupposizione, così legata al dogma della volontà, ebbe grande fortuna e non ha mai cessato di influenzare la riflessione civilistica in merito.

In seguito, la dottrina del XX secolo ha elaborato tale dogmatismo ottocentesco, nel tentativo di domare la complessità del reale, utilizzando principalmente il paradigma della relatività del vincolo obbligatorio, e fondando tale relativizzazione di volta in volta sulle

¹⁸ V. I. BIROCCHI, sv. *Rischio contrattuale*, cit., 1133.

¹⁹ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850 e *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 78 (1892), 161 ss.

²⁰ Cfr., per tutti, F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 78 (1961), 1 ss. e, più recente, U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, München, 2006.

esigenze della buona fede, della solidarietà, dell'equità, della giustizia contrattuale²¹, sino ad accogliere in tempi più recenti tale problematicità, evidenziando la necessità di fornire, pur fermi alcuni criteri sostanziali, una risposta differenziata alla tematica delle sopravvenienze secondo le tipologie contrattuali.²²

Insomma, come forse apparirà chiaro da questa breve illustrazione della storia della problematica sollevata dalle sopravvenienze, è attualmente crollata sotto il peso della difficoltà e della multiformità del presente l'illusione di poter fornire a tali problemi una risposta univoca; constatazione che rende più che mai utile riandare alle origini della riflessione sulle dinamiche tra gli obblighi contrattuali e sulla ripartizione dei rischi ad esse connesse e, pur senza negare un'autonomia dell'esperienza presente, arricchirla anche, sul piano di una storia delle tecniche, del contributo metodologico del diritto giurisprudenziale romano.

Senza altro, pertanto, una sistematica ed esaustiva disamina delle soluzioni casisticamente fornite in tema di sopravvenienze dai giuristi romani, artefici delle categorie ordinanti della materia obbligatoria contrattuale, sarebbe assai opportuna; essa anzi costituirebbe un contributo realmente utile al difficile compito interpretativo della civilistica contemporanea, che si va sempre più orientando verso un approccio differenziale e rimediabile, disposto, dopo le istanze assolutistiche dei due secoli scorsi e forte dello strumentario così edificato, a ritornare verso una considerazione analitica e particolare dei fenomeni giuridici, in particolare contrattuali; circostanza questa che in un certo qual modo riavvicina l'esperienza contemporanea più a quella romana antica, già caratterizzata da un approccio sistematico ai contratti e non al contratto, che a quella ottocentesca.²³

5. La dottrina romanistica, in effetti, si è scarsamente occupata, in modo specifico²⁴, del fenomeno residuale delle sopravvenienze, le cui tracce, in mancanza di una disciplina espressa da parte della giurisprudenza romana²⁵, vanno ricercate setacciando i testi in

²¹ Cfr. in proposito F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, I, 537 ss.

²² V. F. MACARIO, *Razionalità limitata*, cit., 15 ss.

²³ Come già sottolineato in proposito da R. CARDILLI, *Sopraavvenienza e pericoli contrattuali*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e R. Cardilli, Napoli, 2003, 1 ss. (ora in R. CARDILLI, *«Bona fides» tra storia e sistema*², Torino, 2010, 175 ss., cui qui farò riferimento).

²⁴ Si è occupato espressamente della sopravvenienza R. CARDILLI, *Sopraavvenienza*, cit. Inoltre, in prospettiva storico-comparatistica e con particolare attenzione alla individuazione, medioevale, della clausola *rebus sic stantibus*, quale criterio interpretativo fondamentale, si veda P. PICHONNAZ, *From clausula rebus sic stantibus to hardship: aspects of the evolution of the judge's role*, in *Fundamina*, 17 I (2011), 125 ss.

²⁵ L'assenza di una specifica «dottrina della sopravvenienza della onerosità nei contratti» da parte della giurisprudenza romana e l'ascrivibilità di una compiuta elaborazione della stessa al Diritto comune è evidenziata da S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950, 267 s. Ciò tuttavia non

tema di *periculum*, di cui rappresenta un ambito specifico; è, in effetti, prevalentemente negli studi su tale argomento che si ritrova anche qualche ulteriore cenno al tema più circoscritto qui preso in considerazione.²⁶

In questa sede, per i limiti ad essa connaturati, non mi propongo l'auspicata rassegna completa delle fonti che possono offrire indicazioni sull'argomento in questione, ma utilizzerò, come anticipato, un singolo passo²⁷ come spunto per alcune riflessioni.

A titolo di premessa, vale la pena tratteggiare almeno sommariamente la - pur difficilmente riassumibile - storia dell'evoluzione del pensiero giuridico romano in tema di *periculum*, nella quale appunto si iscrive la circostanza particolare rappresentata dalla sopravvenienza.

Come ho già anticipato, in effetti, la giurisprudenza romana si è occupata di temi contrattuali in genere ragionando in termini di tipicità causale²⁸; e della questione particolare del *periculum* - e, con esso, della sopravvenienza - prevalentemente in relazione a fattispecie di *emptio venditio*²⁹ e *locatio conductio*³⁰ di fondi.

Fatta salva, dunque, la necessità di un approccio specifico a ciascun singolo caso, si può affermare a grandi linee che, sin dall'ultimo secolo della Repubblica, i giureconsulti tendessero a risolvere la questione prevalentemente attribuendo il carico del *praestare* in

significa, come lo stesso Di Marzo contemporaneamente faceva presente, che i giuristi romani non abbiano offerto testimonianze di consapevolezza del problema e non abbiano additato, pur non organizzandoli in modo sistematico, criteri interpretativi in proposito, in particolare in funzione di esigenze di *aequitas*.

²⁶ La letteratura in argomento è sterminata. Si vedano, come riferimenti essenziali e generali, E. BETTI, «*Periculum*». *Problemi del rischio contrattuale in diritto classico e giustiniano*, in *Studi P. De Francisci*, I, Milano, 1956, 131 ss. (= *Jus*, 5 [1954], 333 ss.), G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, 691 ss., M. SARGENTI, sv. *Rischio contrattuale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, Milano, 1989, 1126 ss.

²⁷ Di cui si sono occupati, in modo più o meno approfondito, H. PHILIPP, s.v. *Sabate*, in *Realenzyklopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, II s., I/2, Stuttgart, 1920, 1537 ss., C. KRAMPE, *Proculi Epistulae: Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe, 1970, 31 s., A. LEWIS, *Alluvio: The Meaning of Institutes II.1.20*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, a cura di P. Stein e A. Lewis, London, 1983, 91 s., M.J. GARCIA GARRIDO - L.-E. DEL PORTILLO FERNANDEZ, *El lago de Rutilia Polla*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2761 ss., A. RODGER, *The Rise and and Fall of Roman Lakes*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 55 (1987), 19 ss., TH. MAYER-MALY, *Rutilia's Lake*, in *Israel Law Review*, 29, 1-2 (1995), 151 ss., M. SPERONI, *Lacus est quod perpetuam habet aquam. La disciplina giuridica dei laghi dal diritto romano alla fine dell'età moderna*, Genova, 2011, 11 s. (già - parziale - *Lacus est quod perpetuam habet aquam*, in *Aa.Vv., La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Soveria Mannelli, 2005, 453 ss.).

Non mi risulta, tuttavia, che il testo sia mai stato studiato nella prospettiva specifica delle sopravvenienze.

²⁸ R. CARDILLI, *Soppravvenienza*, cit., 196.

²⁹ V., per tutti, M. TALAMANCA, sv. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, 450, Id., *Considerazioni sul «periculum rei venditae»*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 7 (1995), 217 ss., M. BAUER, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998, M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum aktionenrechtlichen Denken im römischen Privatrecht*, Wien, 2000, A. MANZO, *Il rischio contrattuale in diritto romano. In particolare il periculum nelle obligationes consensu contractae*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, 4 (2005), 7 ss., S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2008.

³⁰ R. CARDILLI, *Soppravvenienza*, cit., 197 ss.

sede giudiziale al *dominus* del bene, sia in considerazione del rapporto privilegiato che questi ha con esso, sia per la valutazione dell'*oportere* in termini di *bona fides*.

Quest'ultimo elemento, d'altro canto, ha un peso notevole nelle soluzioni prospettate e si propone sin dal principio come elemento discriminante per ogni ragionamento giuridico in proposito, introducendo notevoli specificazioni ed anche contraddizioni del principio guida appena enunciato. Se, in particolare in tema di locazione³¹, al *dominus* si addossa tendenzialmente persino il *casus*³², in considerazione dell'ampiezza della sua obbligazione di garantire al conduttore l'*uti frui*, tuttavia proprio la constatazione dell'oggettivo utilizzo del bene ad opera della controparte suggerisce una serie di limiti a tale regola, laddove in qualche modo il pericolo, anche casuale, possa essere ricollegato al suddetto uso e godimento.³³

6. Con Labeone, tuttavia, nella tendenza alla «costruzione di un sistema aperto» della materia contrattuale³⁴, il profilo della responsabilità soggettiva, riconducibile a dolo e colpa nel quadro di un rapporto di natura proprietaria con il bene, incominciò a dissociarsi da quello del *periculum* inteso in senso oggettivo. Quest'ultimo, quindi, venne preso in considerazione da un lato valorizzando ulteriormente l'elemento della *bona fides* in sé - e non come correttivo rispetto ai criteri di imputazione legati alla condizione di *dominus* - e, dall'altro, assegnando un rilievo sempre crescente all'*aequitas*, nel suo significato ampio di valutazione e temperamento degli interessi in causa.

Tale prospettiva, certo non svincolata da un contesto caratterizzato dal passaggio da un'economia prevalentemente fondiaria ad una di natura più commerciale e dal conseguente consolidarsi di un sistema negoziale più complesso e dinamico, appare fortemente volta, nell'accollare il *periculum* tenendo conto in particolare dell'iniziativa negoziale e, quindi, del centro d'imputazione dei prevalenti interessi, a garantire la conservazione della causa synallagmatica del contratto; con una notevole oscillazione, tuttavia, tra tutela della bilateralità genetica e della bilateralità funzionale.

In tal senso, infatti, in relazione all'*emptio venditio* - la cui funzione era quella di destinare, sin dal perfezionarsi dell'accordo, il bene al patrimonio dell'*emptor* - ragioni pratiche,

³¹ Di cui mi occuperò in modo particolare, dal momento che si tratta dell'istituto che più probabilmente viene in questione nel caso che prenderò in esame.

³² Contraddicendo, come ricorda R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 199, la *regula* menzionata da Ulpiano secondo cui le circostanze di caso fortuito "*a nullo praestantur*" (D. 50.17.23, Ulp. 29 *ad Sab.*).

³³ Rinvio, per una giustificazione di tali affermazioni, alle fonti ed all'analisi di esse compiuta da R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 197 ss.

³⁴ R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 197 e, in particolare, 205 ss., con rinvio (*sub nt.* 57) alla bibliografia in proposito.

connesse alla tutela dell'affidamento sull'effettività dello scambio in conseguenza del consenso, sembra suggerissero alla giurisprudenza classica l'opportunità di addossare preferibilmente³⁵ il rischio al compratore³⁶, considerando il synallagma in una prospettiva genetica.

Diversamente, però, in relazione all'omologo contratto consensuale di durata, la *locatio conductio rei*, pare potersi affermare che il nesso tra prestazione e controprestazione fosse generalmente considerato dai giuristi tale da sottolineare, della sinallagmaticità, gli aspetti funzionali: l'una prestazione è ivi, infatti, in ogni singolo momento, il corrispettivo dell'altra. Sicché ne derivò l'applicazione prevalente del criterio del *periculum locatoris*, tale che l'impossibilità del godimento della cosa per fatto non imputabile al *locator* avrebbe determinato nondimeno la cessazione dell'*oportere* relativo al versamento del canone in capo al *conductor*.³⁷

Tuttavia, a prescindere dalla prevalenza, in termini generali, di una *regula* o di un'altra, è interessante osservare come l'*Aktionenrechtlichesdenken* dei giuristi romani, in effetti, inquadrasse l'intera problematica nella prospettiva dell'*actioe teneri* connesso al contenuto obbligatorio, ormai svincolato, nei rapporti consensuali, dal dato dominicale.³⁸

Ciò comportava, in relazione a tali contratti, ove l'*actioe teneri* era specificato dalla clausola *ex fide bona*, una libertà di individuare soluzioni circa l'accollo del *periculum* non condizionata dal rapporto dei contraenti con il bene, né necessariamente connessa all'assunzione di questo o quel ruolo contrattuale, ma piuttosto determinata dalle posizioni dalle parti assunte nel corso della negoziazione e, come già detto, dagli interessi emergenti dalla fattispecie e quindi, indirettamente, da una considerazione del vantaggio derivante alle parti stesse.³⁹ Non si può dimenticare, del resto, che la giurisprudenza che andò elaborando i responsi in materia di *periculum* è la stessa che costruì il sistema

³⁵ Ma non senza che vi fossero verosimilmente anche qui eccezioni, come sembra apparire da due celebri passi tardo-repubblicani (entrambi provengono infatti dai *Digesta* di Alfeno Varo, epitomati da Paolo), ossia D. 18.6.13 (12) (Paul. 3 *Alf. epit.*) e D. 18.6.15 (14) (Paul. 3 *Alf. epit.*).

Su di essi v. A. MANZO, *Il rischio contrattuale*, cit., 2, che (sulla scorta di R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 207) legge la dissonanza delle soluzioni proposte in tali frammenti in prospettiva evolutiva, ascrivendola ad un momento in cui «esisteva ancora una certa influenza dell'arcaica concezione della compravendita come scambio contestuale della cosa contro il prezzo (*mancipatio*)».

³⁶ In relazione all'ampissimo dibattito circa la *regula* «*periculum emptoris*» come criterio generale applicabile in relazione alla compravendita, rinvio per tutti a R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 295 ss.

³⁷ Si vedano a titolo di esempio i seguenti frammenti: D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.9.4 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.9.6 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.15.2-5 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.2.25.6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*), D. 19.2.27 pr. (Alf. 2 *digest.*), D. 19.2.33 (Afric. 8 *quaest.*), D. 19.2.61 pr. (Scaev. 7 *digest.*).

³⁸ Come ben evidenziato da R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 208.

³⁹ Tornerò su tale punto di vista, specificamente in relazione al caso che vado ad esaminare, più avanti; v. § 13.

dell'attribuzione della responsabilità contrattuale secondo il principio dell'*utilitas contrahentium*.⁴⁰

7. Su quest'ultimo aspetto dovremo tornare, in particolare in relazione al fatto che esso spesso trovava esplicitazione in atteggiamenti negoziali assunti dalle parti, anche e specialmente in termini di espressione verbale della volontà e, quindi, di utilizzo di un certo linguaggio giuridico o meta-giuridico. Per il momento, però, non andrò oltre, limitandomi a dire che, tratteggiato in estrema sintesi, è questo il contesto speculativo entro cui va collocato il caso, che è ora tempo di prendere in esame:

D.18.1.69 (*Proculus 11 epistularum*): *Rutilia Polla emit lacum Sabatenem Angularium et circa eum lacum pedes decem: quaero, numquid et decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Pollae iuris sint. Proculus respondit: ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit, et circa eum decem pedes qui tunc fuerunt, nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet quam emit.*⁴¹

Anche nel rispetto della necessità di rigore - sopra invocata - nel riferirsi a tipi contrattuali specifici, mi sembra fondamentale innanzitutto focalizzare l'attenzione sul fatto che la fattispecie riguarda un'ipotesi di contratto consensuale a prestazioni corrispettive. Tuttavia è altrettanto importante porre in evidenza la natura intrinsecamente ambigua del lessico abitualmente utilizzato dai Romani per indicare, indistintamente, compravendite e locazioni, che nelle circostanze in oggetto si traduce in una difficoltà di determinazione dell'effettiva natura del negozio.

È noto, infatti, il dato generale che nel linguaggio tecnico giuridico romano i verbi *emere/vendere* (*venire*) vengono utilizzati ad indicare tanto il contratto di compravendita,

⁴⁰ Qui non posso sviluppare tale suggestione, e mi limito a rinviare, per riferimenti all'*utilitas* come criterio indicativo per l'attribuzione della responsabilità, a G. SANTUCCI, "*Utilitas contrahentium*": Note minime su una regola che "cacciata dalla porta, rientrò dalla finestra", in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, III, Napoli, 2008, 277 ss. (ora, rivisto e semplificato con il titolo *Il principio dell'utilità dei contraenti*, in Id., *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, 51 ss.).

⁴¹ Traduzione: «Rutilia Polla comprò il lago Sabatene Angolaro e intorno a quel lago dieci piedi: domando, se anche i dieci piedi che allora erano accessori si trovino sott'acqua, poiché il lago è cresciuto, se siano di diritto di Rutilia Polla i successivi dieci piedi dall'acqua. Proculo risponde: io ritengo che sia stato *venduto* il lago, che Rutilia Polla comprò, nella misura in cui era allora, e intorno a quello i dieci piedi che allora c'erano, e che (ella) non debba, per quella circostanza, che il lago in seguito crebbe, possederlo in misura più ampia di quanto abbia *comprato*.». Darò conto subito di seguito nel testo del perché di questi corsivi, relativi ai verbi individuanti la fattispecie contrattuale in essere (v. *infra*, § 8 s.).

quanto quello di locazione. Solitamente, tuttavia, il contesto entro cui tali verbi sono impiegati vale a chiarire la natura del rapporto giuridico instaurato.

Non così in questo caso, ove non vi sono almeno *prima facie* elementi, se non indiziari, che facciano propendere per l'una o l'altra ipotesi. Affronterò, però, tale questione in seguito, dopo aver fatto il punto sugli elementi della fattispecie nella sua interezza.

Il testo, che non vi sono motivi di sospettare di interpolazione, trova posto nel Digesto giustiniano sotto la rubrica «*de contrahenda emptione*»: venne quindi recepito dai compilatori del VI secolo d.C. nella prospettiva dei termini della conclusione del contratto di compravendita e delle obbligazioni che ne scaturiscono.

Prima di narrare brevemente la fattispecie, dirò subito che si tratta senza ombra di dubbio di un caso reale sottoposto verso la metà del I secolo d.C. al giurista Proculo, eponimo di una delle due 'scuole' che dominarono la scena del pensiero giuridico nei primi due secoli del Principato.⁴²

Il primo indizio in tal senso è rappresentato dal fatto che la protagonista vi è presentata con il suo nome proprio, così come anche il bene oggetto del contratto: una tale Rutilia Polla, infatti, acquista il lago Sabatene Angolaro, ossia un lago ben identificato e di discrete dimensioni, distante da Roma una trentina di chilometri, il lago di Bracciano, e intorno a quel lago dieci piedi di terreno.

La *quaestio* riguarda uno strano evento, che, in sé, si traduce giuridicamente in un chiaro caso di sopravvenienza: poiché il livello delle acque del lago si è innalzato e anche i dieci piedi litoranei, oggetto accessorio ma non secondario del contratto stipulato da Rutilia Polla, si ritrovano di conseguenza sommersi, si domanda se ella avrà diritto ad ulteriori dieci piedi di terreno.

Anche il dato relativo all'innalzamento del lago, che suona singolare, è tuttavia storico, secondo quanto risulta dalle evidenze geo-archeologiche; e, in base a queste ultime e a riscontri testuali, va collocato a mio parere tra il 57 e il 60 d.C.

L'evento esondativo, che portò il lago al livello attuale, deve essere verosimilmente collegato al fatto che il lago di Bracciano fa parte di un apparato lacustre di origine vulcanica, i cui bacini (alcuni altri dei quali furono coinvolti nella vicenda) spesso sono collegati tra loro da gallerie e fiumi sotterranei; a ciò si aggiunga inoltre che intorno a

⁴² Mi limiterò, di seguito, a riassumere brevemente gli esiti di uno studio da me già pubblicato in cui vengono presi in considerazione tutti gli aspetti della questione, delle cui circostanze oggettive ho tentato di proporre una ricostruzione: B. BISCOTTI, *Ermeneutica contrattuale, conseguenze pratiche, scelte politiche. Lo strano caso dell'acquisto del lago di Bracciano tra dati archeologici e riflessioni giuridiche*, in *Jus 2* (2014), 209 ss. A tale articolo, dunque, rinvio, per ogni argomentazione sui fatti, che qui mi limiterò ad enunciare come dati già acquisiti.

quest'epoca è registrata una esondazione del fiume Tevere che potrebbe essere connessa all'evento.

Dunque il caso è strano, ma reale: riguarda l'*emptio* di un bene tuttora esistente e individuabile (il lago di Bracciano), ha come protagonista una tale Rutilia Polla, una matrona romana ricca e intraprendente al punto da potersi permettere un acquisto di tale portata, si riferisce ad una vicenda contrattuale peculiare, in cui la natura si intromette a interrompere il regolare corso dell'adempimento, ed è esaminato da Proculo, uno dei giuristi più importanti del momento, nella fase più matura della sua carriera.

In considerazione della natura inusuale dell'oggetto dell'*emptio*, un lago ed uno stretto tratto di riva circostante, potrebbe essere ulteriormente interessante interrogarsi anche sui motivi della conclusione di un tale negozio da parte della matrona. Anche in proposito mi limito a rinviare alle ricerche già da me pubblicate in altra sede⁴³, riferendone solamente gli esiti, consistenti nella considerazione che Rutilia evidentemente gestiva un'impresa commerciale di pesca e rivendita di pesce.

Il lago, infatti, era famoso non solo per la ricchezza di pesce d'acqua dolce, ma anche per l'allevamento in apposite peschiere (di cui gli archeologi hanno trovato i resti sommersi) di alcune specie di pesci di mare. Il mercato romano assorbiva ingenti quantità di fauna ittica e la scarsa distanza dall'Urbe consentiva una consegna rapida. I tre metri di riva, oggetto del contratto insieme al lago, si giustificano solo alla luce delle esigenze dell'attività relativa alla pesca e carico della merce; ed in effetti nella zona dove tuttora sorge una cittadina chiamata Anguillara Sabazia, che ho ipotizzato - anche grazie al supporto dei dati emersi dagli scavi - fosse quella dove si svolgeva principalmente tale attività, sono stati ritrovati resti di due lunghi moli, ora sommersi, che si protendevano nel lago.

8. Descritto il caso nel fatto, possiamo ora tornare ad occuparcene nel diritto, *in primis* prendendo in carico il problema della menzionata ambiguità del termine *emere* qui utilizzato, onde tentare di fornire un'ipotesi interpretativa che possa meglio circostanziare la fattispecie.

In proposito, dirò subito che, diversamente da quanto avevo concluso nel succitato precedente lavoro, in cui mi sono occupata del passo prevalentemente sotto il profilo della ricostruzione storico-giuridica della fattispecie, sono attualmente più propensa, riconsiderati i fatti ed il caso anche nella prospettiva delle sopravvenienze, a collocare la fattispecie

⁴³ V. nota precedente.

stessa in una prospettiva di concessione in locazione, piuttosto che in quella della compravendita.

È vero, in effetti, che i Giustinianeî pongono il frammento sotto la rubrica *de contrahenda emptione* e che l'ipotesi dell'acquisto di un lago non è peregrina, dal momento che le fonti romane ammettono la proprietà privata sui laghi.⁴⁴ Ed in effetti in proposito, anzi, un passo di Ulpiano sembra additare nell'istituto proprietario di diritto privato il regime prevalentemente applicato in merito alla condizione giuridica delle acque lacustri.⁴⁵

Tuttavia in questo caso l'ipotesi parrebbe, sul piano fattuale, già ad un primo sguardo, poco verosimile.

Il lago ha dimensioni ragguardevoli e, come le risultanze archeologiche evidenziano, lo stesso rappresentava un frequentato luogo di villeggiatura dei ricchi Romani, le cui lussuose ville ne costellavano le rive. Difficile senz'altro, quindi, anche solo da un punto di vista pratico, pensare che Rutilia Polla potesse averne monopolizzato le acque acquistandolo interamente, o anche solo comperandone una porzione, sempre con tre metri di spiaggia tutt'intorno.

Più verosimile che alla stessa, in previsione dell'attività imprenditoriale alieutica di cui si è detto, fosse stato dato in locazione il godimento e lo sfruttamento del lago o di parte di esso, con la relativa riva.

Tale ipotesi, del resto, è totalmente plausibile sotto il profilo terminologico.

Innanzitutto è stata largamente studiata, anche in relazione alle locazioni private, l'ampia e attestata contaminazione lessicale originaria con i segni identificativi della compravendita.⁴⁶

Ma la possibilità che qui con il verbo *emere* si alludesse ad una concessione in locazione appare a maggior ragione verosimile ove si ipotizzi che il soggetto concedente fosse pubblico.

Come *emptiones venditiones*, infatti, erano da sempre individuate nelle fonti le concessioni a lungo termine di *ager publicus*, nelle loro differenti forme.⁴⁷ Ed anche gli

⁴⁴ Cfr. M. SPERONI, *Lacus est*, cit.

⁴⁵ D. 43.14.1.6 (Ulp. 68 *ad ed.*), cui *adde* D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*), ove si afferma, come di un dato normale della realtà, «... *in lacu tamen, qui mei dominii est ...*».

⁴⁶ Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999.

⁴⁷ Si vedano, per tutti, O. DILIBERTO, *Proprietà fondiaria pubblica e disponibilità dei privati nel diritto romano*, in *Atti del III Convegno internazionale sul Diritto romano, Diritto cinese e codificazione del diritto civile* (Pechino, 14-16 ottobre 2005), a cura di J. Ping e S. Schipani, Beijing, 2008, 1 ss., L. MAGANZANI, *Agri publici vectigalibus subiecti: organizzazione territoriale, regime giuridico*, in *Sistemi centuriali e opere di assetto agrario tra età romana e primo medioevo. Atti del Convegno Borgoricco (Padova)-Lugo (Ravenna), 10-12 settembre 2009*, in *Agri centuriati. An international Journal of Landscape Archaeology*, 6 (2009), 227 ss. e M. R. CIMMA, *Norma giuridica e effettività del diritto: alcune osservazioni in tema di superficie*, lezione tenuta presso l'Associazione di Studi Tardoantichi, Napoli, 23 marzo 2010, pubblicata in <http://www.studitardoantichi.org/einfo2/file/10076-CIMMA.pdf>.

appalti pubblici, pur configurati come locazioni, risentivano della suddetta contaminazione; quelli per la riscossione delle imposte *in primis*, nell'utilizzo di termini come *venire* (*decumas* ad esempio), ma anche di altri vocaboli più antichi, riferibili a un'idea preconsensualistica della compravendita, come *manceps*⁴⁸, individuante l'appaltatore, su base d'asta⁴⁹, di qualsivoglia dei moltissimi affari pubblici la cui gestione, in assenza di un apparato amministrativo a ciò preposto, veniva affidata ai privati⁵⁰ in misura massiccia⁵¹, che si trattasse, come testimonia Polibio, di opere pubbliche o di «fiumi, porti, boschi, miniere⁵², terre [...] tutto quello che è in mano ai Romani [...]».⁵³

9. Tutte le considerazioni appena svolte, dunque, sembrano già suffragare, come ipotesi più verosimile di ricostruzione delle circostanze del caso in esame, l'idea che Rutilia Polla potesse essere l'aggiudicataria di una concessione di sfruttamento della ricchezza ittica del lago e che la sua più probabile controparte concedente fosse un organo della *civitas*.⁵⁴

Inoltre, in ambito non giusromanistico, cfr. J.A. CROOK, *Classical Roman Law and the Sale of Land*, in *Studies in Roman Property*, a cura di M.I. Finley, Cambridge, 1976, 71 ss. e D.J. GARGOLA, *Lands, Laws, & Gods* Chapel Hill-London, 1995, 114 ss.

⁴⁸ La letteratura relativa a questo genere di rapporti è molto cospicua, specie in relazione a profili attinenti l'attività dei pubblicani. Senza, quindi, alcuna volontà di esaustività, che in questa sede sarebbe comunque superflua, mi limiterò a rinviare ad alcuni tra i contributi più recenti: si vedano A. TRISCIUOGGIO, «*Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, Napoli, 1998, ID., *Le concessioni di beni pubblici nell'esperienza romana*, in *Labeo*, 45 (1999), 292 ss., ID., *Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna*, in *Diritto@Storia*, 11 (2013), 1 ss., <http://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Trisciuoglio-Societas-publicanorum-responsabilita-esterna.htm>, A. MATEO SANZ, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*, Santander, 1999, G.D. MEROLA, *Autonomia locale-governo imperiale. Fiscalità e amministrazione nelle province asiatiche*, Bari, 2001, E. PENDÓN MELÉNDEZ, *Régimen Jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho Romano*, Madrid, 2002, L. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo editale de publicanis*, Torino, 2002, U. MALMENDIER, 'Societates publicanorum'. *Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln-Weimar-Wien, 2002, X. GUODONG, *I pubblicani romani: l'esperienza romana nell'attuazione privata della funzione statale*, in *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012, <http://www.dirittoestoria.it/10/Note&Rassegne/Xu-Guodong-Pubblicani-romani.htm>, A. TORRENT, *Los «publicani» en la «lex rivi Hiberiensis»*, in *Rivista di Diritto Romano*, 13 (2013), 1 ss., <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Torrent.pdf>.

⁴⁹ Su ciò si veda M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Memorie dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, s. VII, vol. VI, 2, Roma, 1954.

⁵⁰ In tal senso si veda anche J. ANDREAU, *Recherches récentes sur le mines à l'époque romaine. I. Propriété et mode d'exploitation*, in *Revue Numismatique*, 31 (1989), 86 ss.

⁵¹ Perlomeno in età repubblicana ed imperiale fino al periodo degli Antonini, a partire dal quale la dottrina tuttora prevalente ritiene si sia affermata la gestione diretta da parte dell'apparato amministrativo, ormai definitivamente strutturato da una gestione imperiale matura; si vedano, in proposito, l'analisi effettuata da O. HIRSCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian*², Berlin, 1905, 146 ss. e quanto scritto da M.A. LEVI (*I Flavi*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II 2, Berlin-New York, 1975, 177 ss.), che attribuisce a Vespasiano «la trasformazione del principato in istituto di diritto pubblico», aggiungendo che «Divenuto così regime, il principato doveva iniziare quel sistema di regolarità, legalità, chiarezza, oculutezza, che non era possibile quando tutto lo Stato era retto in maniera in certo senso *extra ordinem*, rivoluzionaria e quasi eroicamente sovrumana, come erano stati costretti a fare, almeno in parte, i Giulio-Claudi» (196).

⁵² Sulle quali, in particolare, si veda di seguito nel testo.

⁵³ Polyb. 6.17.2-4.

⁵⁴ Devo a Roberto Fiori questo mio più approfondito ripensamento sulla natura mista, pubblica e privata, di tale rapporto, dal momento che, in seguito ad una mia comunicazione avente ad oggetto il caso qui

In tale prospettiva potrebbero risultare particolarmente interessanti, per le indicazioni che forniscono circa le concessioni di sfruttamento delle risorse pubbliche in genere, le fonti relative alle concessioni minerarie⁵⁵, che presentano caratteristiche intrinseche in parte assimilabili a quelle per lo sfruttamento ittico.⁵⁶

In particolare le testimonianze relative a tali concessioni offrono diversi esempi di quelle *leges censoriae*⁵⁷ mediante le quali (oltre che attraverso i singoli atti di concessione) venivano regolati verosimilmente i rapporti tra soggetto pubblico e privati in relazione alla possibilità di sfruttamento delle risorse *populi Romani* e, pertanto, probabilmente anche di quelle ittiche di cui si tratta nel caso in esame. A quanto risulta, in tali *leges* – ed è ciò che qui più interessa – venivano forse contemplati anche profili relativi alla sopportazione del *periculum*, accollando lo stesso al contraente pubblico in caso non fosse più possibile sfruttare la concessione, ad esempio, *per vim aut incursum hostium*⁵⁸; ma su ciò si dovrà tornare in seguito.

D'altra parte l'ipotesi appena prospettata, come vedremo tra breve, potrebbe anche dar meglio conto della risposta negativa, *tranchante* e un poco sconcertante, fornita da Proculo

presentato, in occasione di una sessione del LXX Convegno SIHDA-Parigi 2016 (su «*lus et Periculum. Le droit face au risque dans l'Antiquité*») da lui presieduta, mi ha offerto utili elementi di riflessione in proposito, sostenendo l'idea, sulla quale prima io ero ancora titubante, che in effetti il caso potesse avere ad oggetto un rapporto negoziale con il soggetto pubblico e non tra privati.

È grazie a queste suggestioni, quindi, che ho in seguito deciso di approfondire il tema delle concessioni di sfruttamento delle risorse pubbliche, convincendomi della opportunità di riconoscere un rapporto di tal genere anche nella fattispecie esaminata da Proculo. Di conseguenza, ferme le convinzioni relative alla ricostruzione degli estremi fattuali della fattispecie, sono invece mutate le mie conclusioni, che qui presenterò, circa l'inquadramento giuridico del caso, rispetto al precedente lavoro che ho dedicato al passo (*Ermeneutica contrattuale*, cit.).

⁵⁵ Esaminate in particolare da G. NEGRI, *Diritto minerario romano. I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano, 1985 e Id., *Sulle 'concessioni' minerarie nel diritto romano, in I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica. Congresso internazionale SISD (Torino, 17-19 ottobre 1994)*, Napoli, 1997, 57 ss.

⁵⁶ Benché, va sottolineato, tale assimilazione possa essere compiuta solo sotto profili molto generali, dal momento che le peculiarità, anche differenti di luogo in luogo, dei giacimenti minerari, delle loro modalità di sfruttamento, del tipo di beni che se ne ricavava e quindi delle forme in cui essi venivano concessi ai privati, non consentono in effetti di dedurre un *corpus* generale della regolamentazione amministrativa delle concessioni di sfruttamento.

⁵⁷ In proposito si può vedere, in particolare, A. VERGARA BLANCO, *Contribución a la historia del derecho minero. I: fuentes y principios del derecho minero romano*, in *Revista de estudios Historico-Juridicos*, 12 (1987-88), 13 ss., S. LAZZARINI, *Lex metallis dicta. Studi sulla seconda tavola di Vipasca*, Roma, 2001, A. MATEO SANZ, *Observaciones sobre el régimen jurídico de la minería en tierras públicas en época romana*, Santiago de Compostela, 2001 e, più recentemente ancora, Id., *Nuevas reflexiones sobre el régimen jurídico minero romano*, in *Minería y metalurgia antiguas. Visiones y revisiones. Homenaje a C. Domergue*, a cura di A. Orejas e C. Rico, Madrid, 2012, 245 ss., A. CHERCHI, *Considerazioni in tema di società minerarie nel diritto romano del Principato. Note a margine di Vip. II.6-8*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 57 (2014), 63 ss. e A. TORRENT, *Pactiones, publicani y leges censoriae*, in *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2015, 68 ss., http://www.ridrom.uclm.es/documentos15/torrent15_pub.pdf. In generale sulle *leges censoriae*, si veda comunque anche il sempre interessante lavoro di F. CANCELLI, *Studi sui censores e sull'arbitratus della lex contractus*, Milano, 1957 (rist. 1960).

⁵⁸ Cfr. M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, 2008, 8 ss.

alla domanda circa un eventuale diritto di Rutilia Polla a conseguire ulteriori dieci piedi di riva, motivata dalla perdita, a causa dell'innalzamento del lago, del godimento di parte del bene oggetto del contratto.

La soluzione presentata da Proculo, in effetti, spiazza per la sua assoluta perentorietà, dal momento che, negato tale diritto alla donna, non sembra nemmeno lasciare spazio ad alcun temperamento o rimedio a suo favore.

Rutilia, infatti, aveva ottenuto in concessione il lago con una striscia di rispetto che le avrebbe consentito di esercitare la sua attività imprenditoriale, per lo svolgimento della quale l'*uti frui* del solo specchio lacustre non era sufficiente, essendo indispensabile poter godere dello stesso diritto anche su una striscia di terreno costiero, esigua ma bastante per tirare in secca le barche e gestire il governo delle attrezzature da pesca, lo scarico del pesce ed il suo trasporto: senza tale stretta porzione di riva, invero, il suo acquisto risultava inutile.

Ci troviamo, dunque, sotto il profilo oggettivo, di fronte ad una tipica circostanza di sopravvenienza: a causa dell'evento naturale, una *vis maior* totalmente imprevedibile ed indipendente dai contraenti, era stato sottratto a Rutilia, che aveva concluso il negozio per esercitare quella certa attività imprenditoriale non attuabile senza poter continuare ad usufruire del bene complessivo lago/riva, la possibilità di conseguire l'esatto adempimento del contratto.

La decisione di Proculo non dovette essere semplice, come sembra suggerire quel cauto «*ego existimo*», che solitamente introduce nel linguaggio giurisprudenziale un'opinione non univoca, quando non del tutto innovativa.

Il giurista, infatti, nega recisamente, come si è detto, la possibilità di dare seguito alla richiesta della matrona di ottenere, persi i tre metri rivieraschi originari, i successivi tre. La motivazione di tale responso, nelle sue parole, starebbe nel fatto che è «stato *venduto* il lago, che Rutilia Polla *comprò*, nella misura in cui era allora, e intorno a quello i dieci piedi che allora c'erano, e che (ella) non debba, per quella circostanza, che il lago in seguito crebbe, possederlo in misura più ampia di quanto abbia *comprato*».

Alla negazione del diritto di Rutilia, infine, non corrisponde nel passo, come già evidenziato, alcuna prospettazione di una possibilità di conservare l'equilibrio contrattuale prevedendo, ad esempio, l'estinzione o la riduzione della sua obbligazione. Apparentemente Rutilia deve sobbarcarsi integralmente le conseguenze negative dell'evento sul contratto.

10. Il responso in questione va esaminato, dunque, sotto plurimi profili:

- a) una sua collocazione nel contesto del pensiero giuridico precedente e contemporaneo a Proculo in tema di *periculum*, perlomeno in relazione a normali contratti tra privati;
- b) la specificità del contratto in questione;
- c) l'apparente assenza nel responso di una prospettiva equitativa volta a riequilibrare la posizione delle parti contrattuali.

Sotto il primo profilo, per i motivi sopra addotti, prenderò senz'altro in considerazione la fattispecie come riferibile ad una circostanza di locazione, valutando in prima battuta i criteri di ripartizione del rischio adottati nei rapporti di diritto privato; non trascurerò, tuttavia, ove utile, un confronto con lo scenario eventuale che si presenterebbe, laddove invece la fattispecie avesse avuto ad oggetto un'effettiva compravendita.

Dunque, la natura locatizia del contratto stipulato da Rutilia Polla ci porterebbe esattamente nel contesto - in cui tipicamente rileva in modo particolare, come già ricordato, il tema delle sopravvenienze - dei contratti di durata. Ove fosse stata, invece, stipulata una compravendita, in un certo senso essa potrebbe essere considerata - sotto il profilo della possibile rilevanza di eventuali sopravvenienze - alla stessa stregua, in quanto, dal momento che l'*emptio venditio* consensuale romana ha effetti obbligatori in relazione al mero trasferimento - istantaneo ed unitario - del pacifico godimento del bene, si presuppone possa operare, al suo interno, una dilazione tra il trasferimento di cui si è detto ed il successivo atto traslativo del dominio: in questo spazio, benché appunto si tratti di un contratto ad esecuzione istantanea, potrebbero quindi verificarsi delle sopravvenienze, suscettibili di inficiare la realizzazione effettiva della causa contrattuale per l'uno o l'altro dei contraenti.

Ho già sommariamente ricordato in precedenza quali fossero le soluzioni in prevalenza adottate dalla giurisprudenza preclassica e classica in proposito, rispetto alle quali il responso proculiano si presenta con alcune peculiarità.

Già la giurisprudenza del I secolo a.C., infatti, (in particolare a partire da Servio Sulpicio Rufo) da poco liberatasi - e non del tutto - dal rigoroso formalismo arcaico, proprio a causa della menzionata rilevanza della *bona fides* nei rapporti *iuris gentium*⁵⁹, aveva avviato lo sviluppo di un'attenzione ermeneutica specifica rispetto al temperamento del tenore letterale del contratto con l'esigenza di indagare sul *quod actum est*⁶⁰ ad opera delle parti.

⁵⁹ Cfr. R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, IV, Napoli, 2011, 97 ss.

⁶⁰ V. *retro*, nt. 20.

Il passaggio da una distribuzione del rischio legata al rapporto dominicale con il bene ad un altro criterio, facente perno sulla *bona fides* e connesso piuttosto alla – ad essa conseguente - individuazione del soggetto cui nella fattispecie dovevano essere imputati i prevalenti interessi contrattuali, trovò un efficace punto di continuità nell'attenzione all'enunciazione della volontà contrattuale, che dal portato formalistico rigoroso che aveva nella *sponsio/stipulatio* si andò progressivamente traducendo in strumento interpretativo sostanziale degli assetti di interessi nel loro insieme.

Di questa matrice si potrebbe avvertire l'eco nel responso di Proculo, che parrebbe rinviare in più punti alle esatte parole utilizzate dai contraenti per l'individuazione del bene oggetto della prestazione al momento della conclusione del contratto: «*lacus Sabatenem Angularium et circa eum lacum pedes decem*», «*eatenus lacum... quatenus... et circa eum decem pedes*».

Il linguaggio utilizzato sembra un elemento decisivo: il bene era stato individuato come quel lago e dieci piedi intorno ad esso; i «*proximi pedes decem*», che Rutilia pretende – sembra evidenziare Proculo - costituiscono un bene altro rispetto a quello concordato come oggetto della prestazione. Di qui l'apertura, almeno implicita, del passo sul tema del *periculum*, dal momento che, appurato che è andato irrimediabilmente perduto a causa di una *vis maior* parte del bene oggetto della prestazione, il *thema disputandum* slitta, almeno potenzialmente, sul terreno della distribuzione del rischio connesso a tale perdita.

11. La cautela con cui mi esprimo a proposito di un'effettiva considerazione della tematica del *periculum* nel frammento è motivata dal fatto che non è chiaro se Proculo, nel contesto originario del responso, si spingesse o meno su questo terreno.

Il richiamo, da lui compiuto, dei termini negoziali così esattamente enucleati in un certo assetto linguistico, viceversa, sembra effettivamente piuttosto volto qui ad additare nel *tempus contractus* il criterio da applicarsi al fine dell'individuazione della prestazione, evidenziando un approccio da parte del giurista parzialmente diverso da quello legato al problema del rischio.

Il dato irrefragabile, in proposito, è rappresentato dal fatto che la prospettiva appena menzionata ha condizionato la scelta dei compilatori giustinianeï, i quali, collocando il passo nel Digesto sotto il titolo *de contrahenda emptione*, evidenziano la loro interpretazione del

frammento stesso come attinente alle modalità di conclusione del contratto⁶¹ e non al *periculum* connesso allo stesso, la cui *sedes materiae* nelle Pandette è altrove collocata⁶².

In effetti, ove si ponga un'attenzione specifica alla *quaestio*, ci si rende conto che essa sposta il tema del decidere, rispetto a quanto sembrerebbe emergere nel *casus*, verso il reale interesse di Rutilia Polla, che, perlomeno *prima facie*, non verte sul *periculum* in senso tecnico, ossia sul destino della propria obbligazione, né su quello, atecnico, concernente il soggetto su cui dovrà gravare la perdita economica.

Ella domanda, invece, evidentemente nella prospettiva dell'interesse allo svolgimento della propria attività commerciale, di poter conservare il godimento del bene oggetto del contratto esattamente nella condizione in cui esso era stato individuato in origine: il lago e una corrispondente zona riparia di dieci piedi.

A tale richiesta fa fronte il responso, focalizzandosi sulla natura dell'oggetto della prestazione ('quei 10 piedi di riva' o '10 piedi di riva dal limitare delle acque') e sul momento dell'individuazione dello stesso attraverso il perfezionarsi dell'accordo nel contratto. È esattamente in questo senso che appare congruente (al di là delle considerazioni sul tipo di contratto in questione) anche l'appena ricordata collocazione del frammento sotto il titolo '*de contrahenda emptio*': la soluzione interpretativa proculiana non prenderebbe infatti (almeno non *ictu oculi*) in considerazione il tema del *periculum* (trattato in altro libro e titolo del Digesto), bensì le circostanze in cui si conclude – nel senso più ampio – il contratto.

In tal senso il giurista sottolinea, attraverso le parole del contratto, che il bene era stato individuato come «quel lago e dieci piedi intorno ad esso»; i «*proximi pedes decem*», che Rutilia pretende, sembrano costituire, quindi, un bene altro rispetto a quello concordato come oggetto della prestazione.

Sin qui il discorso sull'esatta individuazione dell'obbligazione del locatore (o venditore); rispetto al quale ultimo è lecito chiedersi se si potesse trovare nelle condizioni di dare comunque il lago con ulteriori dieci piedi di riva, sia prima che dopo l'esondazione.

A tale dubbio sembrerebbe sia data implicitamente una risposta nella stessa formulazione, da parte della protagonista della vicenda, della richiesta di avere quegli ulteriori tre metri costieri, che sembra lasciare intravedere una tale possibilità; ma su ciò dovremo tornare più avanti.

⁶¹ Che si tratti effettivamente di una compravendita oppure che, pur essendo questo un caso di locazione, fosse stato dai giustiniani comunque annoverato tra quelli riguardanti le modalità di conclusione dell'*emptio venditio* a causa di una superficiale lettura dei verbi contenuti nel passo, o perché in ogni caso i fondamentali relativi alla conclusione di un contratto di scambio di denaro contro un bene (merce o servizi) non differivano dall'uno all'altro di tali negozi, rispetto ai quali in ogni caso l'*emptio venditio* riveste un ruolo paradigmatico.

⁶² D. 18.6, *De periculo et commodo rei venditae*.

Chiarito, pertanto, che il dato esplicito, emergente ad un primo livello dalla lettura del passo è quello dell'interpretazione della volontà contrattuale in relazione all'individuazione dell'oggetto della prestazione ed alla *regula* in proposito da applicarsi, del riferimento al *tempus contractus*, tuttavia il responso si apre poi, in effetti, al tema del *periculum*, implicitamente evocato laddove si lascia intendere, nel silenzio circa il destino delle obbligazioni di Rutilia Polla, che gli effetti perniciosi dell'evento naturale dovessero ricadere qui interamente e senza rimedio su di lei.

12. In proposito, le considerazioni circa tale allocazione del rischio a carico di Rutilia Polla vanno differenziate a seconda dell'inquadramento che si sceglie di dare alla questione e sul quale, giunti a questo punto, bisogna concretamente interrogarsi.

Ove si pensasse ad un rapporto contrattuale tra privati, dovremmo riandare innanzitutto a quanto già ricordato circa il ruolo di Labeone, all'inizio del I secolo d.C., nel proporre in proposito un paradigma più ampio di quello serviano. In esso l'*actioe teneri*, cioè la legittimazione passiva all'azione, era condizionato non solo dal semplice contenuto obbligatorio del *praestare*, ma anche da circostanze non imputabili al debitore a titolo di responsabilità, secondo i paradigmi della *bona fides* e dell'*aequitas*, allo scopo di assicurare che venisse preservata la causa synallagmatica del contratto, ossia la correlazione tra l'impegno patrimoniale e le aspettative di ciascuna parte.

Proculo, giurista di una generazione successiva a quella di Labeone, pare qui non tenere però in alcun conto questi criteri interpretativi e disattendere le linee ermeneutiche prevalentemente individuate dalla giurisprudenza in tema di *periculum* in rapporti del genere di quello qui considerato.

Laddove, infatti, il contratto dalla donna concluso fosse stato una compravendita, la soluzione proposta apparirebbe conforme al principio *periculum emptoris* ed il giurista coerentemente darebbe rilievo agli aspetti genetici della bilateralità del rapporto.

Tuttavia, come ho già detto, questa ipotesi è difficile da accogliere. Una locazione dei diritti di sfruttamento della pescosità delle acque, integrati dalla possibilità di utilizzarne la riva più prossima, appare molto più realistica dell'acquisto di un lago (o anche solo di parte di esso) così intensamente sfruttato dal punto di vista 'turistico' dai ricchi Romani.

Ove, quindi, si opti - come credo preferibile - per una lettura del caso in esame in prospettiva locatizia, appare evidente come il responso di Proculo si discosti dal paradigma del *periculum locatoris*, connesso all'obbligazione di *frui licere praestare* che, nel caso analogo di affitto di fondi, comprendeva l'obbligo di garantire non solo la disponibilità del

terreno, ma anche il godimento dei frutti, derivanti dal concorrere dell'opera dell'uomo e di fattori naturali.⁶³

In termini più generali, ci troveremmo qui a confronto con la scelta di privilegiare semmai, anche in un contesto di *locatio rei*, il punto di vista del synallagma genetico e non, come di consueto, quello funzionale. Pur premessa l'ovvia incertezza circa il tenore ed il contesto originale del passo, infatti, ho già rilevato come sembri potersi dedurre che il giurista optasse per un'allocatione totale del rischio a carico di Rutilia, dal momento che egli non menziona contestualmente – come ci si sarebbe aspettati - il venir meno della corrispondente sua obbligazione al pagamento del canone.

La soluzione fornita, pertanto, negando di fatto a Rutilia la possibilità di ottenere quanto pattuito, pare scardinare completamente il criterio della *bona fides*, che pure presiedeva a questo genere di rapporti obbligatori, e, correlativamente, non dare nemmeno importanza alla conservazione del synallagma funzionale, in base al quale ci si sarebbe appunto attesi quantomeno l'affermazione della necessità di una sospensione dell'obbligazione di corrispondere il canone o della *reductio ad aequitatem* della controprestazione di Rutilia, cosa cui però il giurista nemmeno accenna.

13. Onde giustificare tale apparente totale distanza della soluzione proculiana dalle linee del pensiero giurisprudenziale prevalente in tema di rischio contrattuale, si potrebbe ancora pensare ad un'altra possibile prospettiva.

Si potrebbe ravvisare, nel riferimento da parte del giurista alle parole (reiteratamente ricordate) del negozio, anche una volontà di correlare tali termini contrattuali ad un soggetto che primariamente li enuncia, onde individuare la parte cui ricondurre l'iniziativa – e quindi l'interesse - contrattuale prevalente e così commisurare la sopportazione del *periculum* al beneficio derivante dalla conclusione del negozio.⁶⁴

L'individuazione specifica, attraverso le parole menzionate, dell'oggetto della prestazione, infatti, cui non si può sospettare ormai venisse ricollegato, almeno in relazione ai rapporti tra privati, un connotato formalistico, potrebbe valere a sottolineare il ruolo di chi, nella situazione in esame, si sia posto come *dominus negotii*; e dunque ad evidenziare in capo a quel soggetto (in questo caso semmai Rutilia) un potere contrattuale (in termini di

⁶³ Secondo R.CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano. (Il sec. a.C.-Il sec. d.C.)*, Milano, 1995, 235 ss., la prestazione del *locator* aveva ad oggetto non solo la garanzia del libero godimento del bene, ma anche quella «delle condizioni esterne», sicché «questa obbligazione di garanzia, se trovava certo un limite nel cattivo risultato agricolo dovuto all'incapacità del colono, sembrava non impedire un suo riconoscimento nel caso in cui una *vis* avesse interrotto il perfezionarsi del ciclo produttivo».

⁶⁴ V. *retro*, § 8.

definizione dello stesso, oltre che di interessi correlati) cui ben si potrebbe far corrispondere anche il contrappeso della sopportazione dell'eventuale *periculum*.

Tale prospettiva non risulterebbe isolata nel panorama del pensiero giurisprudenziale classico. In tal senso, infatti, sappiamo che si era già pronunciato lo stesso Labeone (seguito da Pomponio e poi da Ulpiano, che ne riferisce il pensiero) in tema di contratti innominati⁶⁵, fondando la scelta circa l'allocazione del rischio sull'individuazione dell'«iniziativa negoziale (*rogatio*), che riflette un preminente interesse economico alla conclusione dell'affare».⁶⁶

Indipendentemente dall'attribuzione di una responsabilità per dolo e colpa, che viene presa in considerazione qui solo come criterio residuale, laddove non vi sia un'iniziativa contrattuale specificamente riconducibile in capo ad una delle parti, è in colui che «*rogat*» - afferma Labeone - che si deve individuare il contraente cui addossare il *periculum*. Criterio che, a mio avviso, non è collegato solamente al fatto che egli è il soggetto che ha maggiore interesse evidentemente nell'attuazione dell'assetto contrattuale⁶⁷, ma anche al dato che usualmente, nella prospettiva dell'iniziativa negoziale, la parte in questione è quella che sostanzialmente «*legem dicit*» nel negozio⁶⁸, ossia, ferme le vicende del perfezionarsi dell'accordo in quanto tale, detta le condizioni nei termini principalmente da lei voluti.

Il riferimento preciso e ripetuto, da parte di Proculo, alle parole in cui si traduce il tenore della pattuizione intercorsa tra le parti nell'individuazione dell'oggetto della prestazione potrebbe dunque, in via generale, far pensare ad una attenzione di tale genere ai ruoli delle parti ed alle dinamiche, anche di natura economica, tra le stesse.

Tuttavia, d'altra parte, mi pare che non emerga nel passo considerato l'attribuzione da parte di Proculo di un ruolo negoziale dominante a Rutilia; il riferimento ai termini contrattuali viene compiuto dal giurista in modo estremamente oggettivo e non sembra in alcun modo inclinare verso quell'individuazione della donna in qualità di parte che *rogat*, che potrebbe giustificare qui, in analogia con la soluzione labeoniana sul caso delle perle, l'accollo totale a lei del *periculum*.

⁶⁵ D. 19.5.17.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): «*Si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum est? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, et dolum et culpam mihi praestes ...*».

⁶⁶ Così R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 207.

⁶⁷ In tal senso R. CARDILLI, *Sopravvenienza*, cit., 207.

⁶⁸ Su cui ancora fondamentale G. TIBILETTI, *Leges dictae*, in *Studi giuridici in memoria di A. Passerini*, Milano, 1955.

14. Se, dunque, l'adesione all'ipotesi che il caso abbia ad oggetto una fattispecie di locazione tra privati comporta una difficoltà in relazione all'inquadramento del pensiero di Proculo nelle tendenze giurisprudenziali già note, specie in relazione alla più volte menzionata assenza di qualsivoglia riferimento a rimedi favorevoli alla posizione di Rutilia che, ferma la risposta negativa alla sua richiesta, ne potessero attenuare la perentoria negatività, proprio tale silenzio del giurista su una possibilità di ristabilire in qualche modo gli equilibri contrattuali, eventualmente sospendendo l'obbligazione di Rutilia al pagamento del canone, rappresenta un indizio interessante per una migliore comprensione della fattispecie.

L'unica prospettiva, infatti, in cui mi pare trovi giustificazione il tenore del responso è, anche sotto tale profilo, quella che individua nel soggetto pubblico la controparte della matrona e riconduce il rapporto negoziale nell'alveo delle locazioni di concessione per lo sfruttamento di beni 'pubblici'.⁶⁹

Come già ricordato in precedenza, benché le fonti romane siano prodighe di tanto copiose testimonianze circa il regime giuridico del mare e dei fiumi, che è anche difficile venirne a capo, stante la contraddittorietà delle stesse, le stesse fonti non forniscono invece che poche notizie a proposito dei laghi.

Se, come evidenziato, essi potevano essere sia pubblici che (e forse prevalentemente) privati⁷⁰, in prima battuta si sarebbe tentati di credere che, ove ricorresse la prima ipotesi, le acque ferme dovessero rientrare non nel novero delle *res in usu populi*, tra le quali significativamente vengono menzionate le *aquae profluentes*⁷¹, bensì in quello delle *res in*

⁶⁹ Utilizzo per ora quest'ultima categoria in un senso convenzionale, nella consapevolezza della sua problematicità, in particolare in relazione alla qualificazione di determinate *res* (tra cui alcune di quelle qui considerate, ed in particolare il mare, su cui v. *infra*, nt. 71) e di alcuni rapporti, stante il dato, ormai in dottrina acquisito, dell'assenza nel pensiero giuridico romano di quella separazione tra diritto pubblico e diritto privato che invece connota (ma sempre meno) il diritto contemporaneo. Si veda in proposito, per tutti M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino, 2011, 62 ss.

⁷⁰ V. *retro*, § 8, nt. 44 s.

⁷¹ Nella misura in cui non attiene specificamente al tema del presente lavoro, non menziono per ora il mare (ma ad esso dovremo tornare in seguito, per un aspetto specifico della sua regolamentazione, di cui non potrò non occuparmi), in relazione al cui regime le fonti numerosissime e assai contraddittorie hanno suscitato l'interesse di molti studiosi. Non essendo qui il caso di compiere una rassegna completa, mi limito, però, almeno a rinviare a E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, P. BONFANTE, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in *Archivio Giuridico*, 87 (1922), 1 ss. (poi in ID., *Scritti giuridici vari*, IV. *Studi generali*, Roma, 1925), J. PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, in *Index*, 21 (1993), 433 ss., M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano, 2003, A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano: 'invenzione' di un modello?*, in *L'acqua e il diritto. Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento 2 febbraio 2001*, a cura di G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese, Trento, 2011, 117 ss.

Sull'idea di «*aqua profluens*», in particolare, si vedano L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano, 1966, G. LOBRANO, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e 'de iure condendo'*, in *Diritto@Storia*, 3 (2004), <http://www.dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Lobrano-Acqua-diritto-Mediterraneo.htm> e F. VALLOCCHIA,

patrimonio populi, come appunto le miniere, le terre, ecc., suscettibili di essere concesse in sfruttamento ai privati al fine di produrre reddito per il popolo romano.⁷² Il riconoscimento di una natura patrimoniale dei laghi, infatti, appare già implicito nel fatto che essi vengano indicati come possibile oggetto di proprietà privata e troverebbe semplicemente conferma nel testo in esame. Su ciò, però, dovrò tornare in seguito, alla luce di alcune altre considerazioni.

Qualora il rapporto negoziale oggetto del testo in esame fosse una concessione in locazione del lago con la sua riva, per lo sfruttamento della pesca e dell'itticoltura, comunque, di una sua possibile regolamentazione si potrebbe verosimilmente trovare qualche traccia nel contesto di operatività di quelle *leges censoriae* già in precedenza menzionate e di cui forse le testimonianze relative allo sfruttamento minerario possono rappresentare il modello più simile a quanto si potrebbe immaginare per la situazione qui considerata.⁷³

Tali *leges* potevano stabilire condizioni estremamente rigide, a tal punto che sappiamo dalle fonti essere prevista in proposito (per ottenere mutamenti delle condizioni d'asta, proroghe, revoche) per i privati la possibilità di ricorso al Senato⁷⁴, come attestato ad esempio da Cicerone⁷⁵, Livio⁷⁶ e Polibio⁷⁷. I singoli capitolati, poi, potevano certamente introdurre deroghe all'atto dell'offerta, ma sia le *leges censoriae* che tali regolamenti convenzionali specifici fornivano senz'altro un inquadramento del rapporto contrattuale normalmente imposto in modo unilaterale e difficilmente rivedibile, una volta che lo stesso fosse stato pattuito attraverso l'assegnazione mediante l'asta.

In un quadro di tal specie, pertanto, meglio si comprenderebbe la risposta netta data da Proculo alla richiesta di Rutilia, alla quale un eventuale capitolato non avrebbe lasciato spazio per richieste ulteriori o rinegoziazioni.

'Aqua publica' e 'aqua profluens', in *Diritto@Storia*, 10 (2011-2012), <http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Vallocchia-Aqua-publica-aqua-profluens.htm>.

⁷² Si vedano, per tutti, G. GROSSO, *Corso di diritto romano: Le cose*, Torino, 1941, ora in *Rivista di diritto romano*, I, Torino, 2001, 15 ss., <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> e F. SINI, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in *Diritto@Storia*, 7 (2008), <http://www.dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Sini-Persone-cose-res-communes-omnium.htm>.

⁷³ V. § 9, e in particolare bibliografia *sub ntt.* 55 e 57.

Adde, in generale sui rapporti tra privati e amministrazione civica S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996 e, in particolare a partire dalla testimonianza della *lex Irnitana*, X. D'ORS, *Las relaciones contractuales con l'administración pública a la luz de las leyes municipales en derecho romano*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione*, cit., 77 ss.

⁷⁴ Si veda in proposito, ad esempio, quanto scrive A. TORRENT, *Anulación por el senado de locaciones censoriae de vectigalia y ultro tributa en el 184 a.C. (Liv. 39.44.7-8)*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 7 (2014), 1 ss., <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cid=308>.

⁷⁵ *De prov. consularibus* 5.10-12, in relazione ai pubblicani.

⁷⁶ 39.44.7-8.

⁷⁷ 6.17.

15. Del resto, nemmeno sul piano processuale, correlativamente, si può ipotizzare che la stessa Rutilia Polla disponesse di uno strumento utile per vedersi riconosciuta, in qualunque forma, una reintegrazione del bene perduto o una *reductio* delle proprie obbligazioni. La natura peculiare della locazione conclusa, che vedrebbe il magistrato locatore in una posizione privilegiata, verosimilmente non lasciava margine per richieste da parte del privato, del quale solo veniva nelle fonti ipotizzata la possibile inadempienza.

Una pretesa come quella avanzata da Rutilia avrebbe potuto infatti trovare spazio in un giudizio tra privati, fondato sulla *bona fides*. Ma in relazione al tipo di circostanza qui ipotizzato, per quanto mi risulta non vi è proprio traccia, nei testi, di casi per i quali si preveda la necessità di una tutela a favore dei privati nei confronti del soggetto pubblico; mentre vengono, invece, presi in considerazione gli strumenti sanzionatori a disposizione di quest'ultimo per l'inadempimento da parte del privato, come anche quelli a tutela di interessi di terzi coinvolti nei rapporti in questione.

Semmai, comunque, si volesse immaginare in capo alla donna la disponibilità di uno strumento per rivendicare i propri diritti nei confronti dell'*aerarium*⁷⁸, si dovrebbe pensare verosimilmente ad un ricorso al Senato, in analogia con la possibilità appena ricordata di rivolgersi ad esso per rimostranze avverso il tenore delle *leges censoriae*; lo suggeriscono infatti sia le competenze generali di quest'ultimo in proposito, sia le testimonianze già ricordate, che ne attestano il potere di intervento su quanto previsto nelle *leges* magistratuali regolative dei rapporti contrattuali con i privati del genere qui considerato.⁷⁹

In ogni caso in un contesto simile non pare esservi spazio, né sul piano sostanziale, né su quello processuale, per una richiesta come quella avanzata da Rutilia, che appare veramente eccezionale.

Come scrive anche Trisciuglio⁸⁰, però, in relazione al tema - prossimo a quello qui preso in esame - degli appalti di opere pubbliche, da lui trattato, «... ben poco si può dire circa eventuali violazioni contrattuali operate dal contraente pubblico: le fonti, infatti, per quanto mi risulta, non presentano casi in cui i magistrati preposti all'*aerarium* non avessero disposto, in modo giustificato o ingiustificato, il pagamento del prezzo di aggiudicazione. In questo caso, per altro, mi sembra legittimo pensare che l'assenza di testimonianze non sia

⁷⁸ Al quale spettava ancora all'epoca di Proculo una competenza sulle *res populi Romani* che verrà attratta in seguito, verosimilmente in età severiana, al fisco. Per tutti in proposito si vedano F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 25 (1908), 4 (ora in ID., *Studi giuridici*, II, Milano, 1939, 3 ss.) ed E. LO CASCIO, '*Patrimonium*', '*ratio privata*', '*res privata*', in *Il 'princeps' e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari, 2000, 97 ss.

⁷⁹ Si vedano le fonti citate *sub* § 14, nt. 75 ss.

⁸⁰ A. TRISCIUGLIO, «*Sarta tecta*», cit., *passim* e 244 ss.

solamente casuale, ma possa riflettere, quanto meno, una inconfigurabilità dell'inadempimento dovuto a crisi di liquidità delle casse pubbliche: come già abbiamo rilevato, infatti, vigeva nell'età repubblicana un principio di natura contabile, secondo cui i rapporti locativi, che comportassero una spesa pubblica, dovevano instaurarsi «*pecunia praesenti*», cioè con un apposito accantonamento nell'*aerarium* dei fondi necessari per il pagamento dei *conductores*.».

Analogamente, una volta assegnata la concessione, che non può avere ad oggetto beni non nella disponibilità del soggetto pubblico, appare a maggior ragione difficile ipotizzare un'inadempienza da parte di questo stesso rispetto alla messa a disposizione del bene offerto in sfruttamento al privato. Più facile, semmai, ipotizzare turbative del medesimo da parte di altri privati, rispetto alle quali tuttavia soccorrevano differenti strumenti, elettivamente quelli interdittali.⁸¹

In tal senso, ritengo che la pretesa di Rutilia potesse rappresentare davvero un caso straordinario, se non unico, in relazione all'eccezionalità dell'evento che lo aveva determinato.

⁸¹ Segnatamente l'*interdictum uti possidetis*, menzionato da Paolo (13 *ad Plaut.*, D. 47.10.14) in relazione ad un eventuale «*proprium ius*» sul mare (verosimilmente relativo ai vivai di pesce, come annotava H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, curavit B.J.A De Kanter-van Hettinga Tromp, Annotationes novas ediderunt R. Feenstra et C.E. Persenaire, adiuvante E. Arps-De Wilde, Aalen, 1993 [rist. dell'ed. Lugduni Batavorum, 1939], II, III, x, 1, 209), con una spiegazione interessante in merito al tema qui preso in esame: «*Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica. Ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas.*».

È incerto, a mio parere, se Paolo nel passo appena menzionato volesse fare esplicitamente riferimento con «*utpote cum de iure fruendo agatur*» (parte del testo che, d'altronde, Eisele bollò come giustiniana), affiancandolo a quello appena menzionato, all'interdetto *de loco publico fruendo* (D. 43.9).

La Glossa accursiana ravvisa, in effetti, a commento del passo che immediatamente precede quello in questione, la possibilità che il riferimento all'interdetto possa riguardare sia l'uno che l'altro degli strumenti amministrativi menzionati (Glossa *ad D. 47.10.13.7 interdictum [Ulpianus LVII ad Edictum]*: «*uti possidetis utile secundum Azo(nem). Vel dic de loco publico fruendo. Ut s(upra) de loco publico fruendo in prin(cipio) (D. 43.9.1 pr.) iniuriarum etiam agi potest*»).

Anche a mio avviso certamente la prima, ma in particolare la seconda forma di tutela interdittale citata, creata appositamente in vista di situazioni di locazione di luogo pubblico, poteva venire elettivamente in considerazione in questi casi in genere; e, nello specifico in relazione alla fattispecie qui presa in esame, a maggior ragione, se leggiamo quanto recentemente osservato da P. SANTINI, «*De loco publico fruendo*». *Sulle tracce di un interdetto*, Napoli, 2016, 125 ss., a proposito di una sua applicazione utile relativamente alle *conductiones piscatus*.

Così anche G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Annali Trieste*, 12 (1941), 123.

Si veda anche quanto di recente acutamente osserva, specificamente in relazione ad un'eventuale tutela interdittale in relazione al mare e ai *litora maris*, A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell'interpretazione della categoria delle res communes omnium*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen/Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano, 14-17 giugno 2011)*, a cura di Ch. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento, 2012, 593 ss., nonché Id., *Acqua e diritto romano*, cit., 144 ss. e già G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001, 49 ss. e 124 ss.

È vero che, come ho ricordato innanzi⁸², disponiamo di testimonianze, anche in relazione a tale genere di rapporti, relative alla previsione di acollo a se stesso del *periculum* da parte del concedente pubblico, per il caso di impossibilità del godimento da parte del concessionario *per vim aut incursum hostium*.⁸³ Ma innanzitutto in quest'ultimo caso la manleva da parte dell'amministrazione pubblica concerne ipotesi di turbativa violenta (da parte di altri *cives* o nemici), in relazione alle quali quindi si poteva presupporre un potere di controllo, intervento e repressione da parte del soggetto pubblico; mentre diversa è la circostanza che occorre nella fattispecie qui esaminata, connessa ad un evento naturale straordinario, il cui verificarsi nessuno poteva prevedere o impedire.

Inoltre è probabile che clausole espresse come quella sopra menzionata avessero carattere integrativo straordinario, fossero relative a casi specifici e previste in deroga ad uno standard contrattuale che probabilmente nemmeno contemplava usualmente l'ipotesi. In tal senso, se è fondata la ricostruzione qui proposta delle circostanze contrattuali del caso sottoposto a Proculo, dobbiamo immaginare, nel suo silenzio in proposito, che egli si confrontasse con un capitolato, relativo alla concessione di sfruttamento delle risorse ittiche del lago, che nulla prevedeva in proposito.

16. Tutto ciò, dunque, darebbe già efficacemente conto della perentorietà della risposta di Proculo e del suo silenzio in relazione ad eventuali possibilità di compensazione del danno subito dalla donna, attraverso riduzioni o sospensioni delle sue obbligazioni.

Ma vi è un ultimo profilo che va considerato, riguardante il problema dell'effettiva disponibilità in capo al locatore di quegli ulteriori dieci piedi che Rutilia chiede.

La misura indicata nel responso (all'incirca tre metri) per quell'esigua striscia di costa accessoria al lago non sembra poter essere casuale e non può non far pensare all'attuale concetto di battigia, ossia quel tratto di spiaggia ove si frangono le onde, parte del demanio dello Stato, la cui fruizione non può essere limitata attualmente⁸⁴ nemmeno dall'esistenza di concessioni sulla spiaggia retrostante.⁸⁵

⁸² V. § 9.

⁸³ V. G. NEGRI, *Sulle 'concessioni' minerarie*, cit., 57 ss.

⁸⁴ La regola giuridica, tuttavia, risale al diritto romano: basti leggere le Istituzioni di Giustiniano, ove (2.1.1), riprendendo un'affermazione marcianea (Marc. 3 *inst.*, D. 1.8.2.1), nell'includere i *litora* nel novero dei «*communia omnium*», si conclude «*nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur*».

Sul passo di Marciano si veda in particolare A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi*, cit., *passim*.

⁸⁵ In Italia ora regolata dalla L. 217/2011 ed individuata nella sua misura dagli enti locali o dalle Capitanerie di Porto; in linea generale, però, e salvo eccezioni essa corrisponde ad una striscia di 3/5 mt. di profondità, sino ad arrivare ad un massimo di 10 mt.

L'origine di questa nozione, invero, esattamente individuata nei termini descritti, può essere rinvenuta nelle fonti romane, che disquisiscono del *litus maris* proprio individuandolo come la porzione di spiaggia sulla quale le onde vanno e vengono.⁸⁶

Così innanzitutto Cicerone, menzionando l'amico Aquilio Gallo – e quindi attraverso lui una nozione sicuramente giuridica – scrive «... *quid esse litus, ita definire, qua fluctus eluderet*».⁸⁷

Lo stesso Cicerone⁸⁸, poi, è richiamato dal giurista Celso (25 *digest.*, D. 50.16.96 pr.) allo scopo di definire il «*litus*»: «*Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse.*».

Lo stesso tenore nell'individuazione del concetto di *litus* può ancora essere letto nelle *Institutiones* giustinianee (2.1.3), con una precisazione di ordine naturalistico, relativa al fatto che il flusso massimo delle onde viene registrato durante l'inverno⁸⁹: «*Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*».

Ma la testimonianza in proposito senz'altro più rilevante in questa sede è offerta da un passo di Giavoleno:

⁸⁶ Si veda, oltre alle fonti di ambito giuridico che si prenderanno in considerazione nel testo, la definizione che ne fornisce Isidoro, nelle sue *Origines*, 14.8.41: «*Litus est terra aquae et mari vicina: et dictum litus quia fluctu eliditur, vel quo aqua adluitur.*».

⁸⁷ *Topica* 7.32: «*Solebat igitur Aquilius conlega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus eis quos ad id pertinebat, quid esse litus, ita definire, qua fluctus eluderet.*».

Sul testo in questione si veda A. TRIGGIANO, 'Conlega et familiaris meus': note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, in *Index*, 38 (2010), 373 ss.

L'inciso «*quae omnia publica esse vultis*» è significativo, probabilmente, in relazione ad una fase in cui la riflessione sulle categorie in cui potevano articolarsi le *res* non appartenenti a privati era in fermento; e si può ipotizzare anche che la considerazione ciceroniana riportata *Topica* in qualche modo segnasse il tempo di quell'evoluzione del pensiero giuridico in proposito che porterà infine alla elaborazione della categoria marcianea delle *res communes omnium*, specie ove si confronti il suddetto testo dell'Arpinate con un passo del *de officiis* (1.16.52), in cui l'oratore fa riferimento a un'idea di *communia*, menzionando l'*aqua profluens*: «*... Ex quo sunt illa communia: non prohibere aqua profluente ... quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum.*».

⁸⁸ Come si può notare, emerge una discrepanza tra la testimonianza di Cicerone (che attribuisce la definizione ad Aquilio Gallo) e la citazione compiuta da Celso (il quale afferma invece che Cicerone sarebbe stato autore della definizione, in occasione di un giudizio in cui rivestiva l'*officium* di *arbiter*); fatto che ha addirittura indotto Théodor Mommsen ad emendare il testo di Celso nell'*Editio maior*, in «*idque Aquilium M. Tullium ait*». Per una considerazione più approfondita circa l'attribuibilità della massima a Cicerone o ad Aquilio Gallo, però, rinvio a C. MASI DORIA, *Litus maris: definition et controverses*, in *Riparia, un patrimoine culturel. La gestion intégrée des bords de l'eau. Proceedings of the Sudbury Workshop April 12-14 2012/Actes de l'atelier Savoirs et pratiques de gestion intégrée des bords de l'eau – Riparia, Sudbury, 12-14 avril 2012*, a cura di E. Hermon e A. Watelet, Oxford, 2014, 236 s.

⁸⁹ Do solo conto del fatto che la dottrina si è affaticata sull'interpretazione da darsi al riferimento al *hibernum*, in quanto da alcuni esso è stato considerato come connesso al concetto di *hiems*, inteso come tempesta. Mi sembra che correttamente, però, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. C. Fadda-P.E. Bensa, Torino, 1925, 21, nt. 2, leggesse il riferimento all'inverno semplicemente come al periodo in cui si registra un generico livello massimo dei flutti, in quanto di massima il mare può essere in quella stagione più agitato, senza arrivare a pensare a tempeste eccezionali.

D. 50.16.112 (lav. 11 ex Cassio): *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est.*

Si deve supporre che l'iniziale menzione del *litus tout-court* fosse riferibile a quello marino⁹⁰, dal momento che la definizione è conforme alle altre già viste, nel prendere a riferimento il limite massimo dei flutti del mare.

Ma la seconda parte della definizione stessa estende la *verborum significatio* in questione e soprattutto, con l'espressione «*idemque iuris est*», il regime giuridico che ne consegue, alle acque lacustri, ove esse non siano interamente private.⁹¹

Nemmeno qui posso addentrarmi, se non nella misura strettamente necessaria, nella disquisizione circa il significato da assegnare all'aggettivo⁹² «*publicum*» con cui viene individuata la zona costiera in questione: come ho già altrove ricordato, infatti, si tratta di attribuzione estremamente problematica, per la cui discussione approfondita devo limitarmi a rinviare a quanti si sono specificamente occupati del regime giuridico del mare e delle sue coste.⁹³ Per quanto interessa in questa sede, tuttavia, sarà sufficiente innanzitutto evidenziare che la natura pubblica del litorale menzionata nel testo, qualunque sia la specificazione che si voglia ricondurre a tale concetto, si contrappone a quella privata, nella misura in cui il bene in questione viene considerato necessariamente, con le parole di

⁹⁰ In tal senso, in generale, anche N. DE MARCO, *I 'loci publici' dal I al III secolo: le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus', gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004, 39.

⁹¹ Precisazione quest'ultima che non fa che confermare quelle ulpianee (v. § 8, nt. 45) già in precedenza menzionate, da cui si deduce come il regime di appartenenza dei laghi potesse essere anche, se non in prevalenza, di natura privatistica.

⁹² Mi limito a segnalare che parte della dottrina (per tutti G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose. I. Concetto di cosa - cose extra patrimonium*, Milano, 1945, 73 s.) ha letto «*publicum*», anziché come attributo, come predicato di *litus*, interpretando l'affermazione nel senso che «il lido è pubblico nella misura ...», ossia individuando una striscia di spiaggia che costituisce sempre lido pubblico. Personalmente non sono di questa opinione e ritengo piuttosto che nel frammento si individui espressamente un lido pubblico che, ove vi sia, ha quella certa estensione, lasciando aperta anche la possibilità di ipotizzare l'esistenza di un lido non pubblico, come appunto potrebbe accadere nel caso di un lago.

⁹³ Si veda la bibliografia già citata *sub* nt. 71. Cui *adde*, specificamente per una panoramica relativa al regime dei *litora maris*, M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 4 (1890-91), 219 ss., E. COSTA, *Il mare e le sue rive nel diritto romano*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2^a s., 5 (1916), 337 s., B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare e del "litus maris"*, in *Studi Perozzi*, Palermo, 1925, 271 ss. (poi in *Id.*, *Scritti giuridici vari*, III, Milano, 1965, 107 ss.), F. MAROI, *Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 62 (1919), 149 ss., N. CHARBONNEL – M. MORABITO, *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 65 (1987), 23 ss., M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di Res publicae*, Torino, 1999 e, più di recente, C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 233 ss., L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium e litus maris*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, II, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 333 ss., *Id.*, *Aedificatio in litore*, (per gentile concessione dell'A.) in corso di pubblicazione ne *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016.

Celso⁹⁴, «*populi Romani esse*», ossia a disposizione dei cittadini; come argomenterò a breve o per l'uso o per lo sfruttamento patrimoniale, ad esempio attraverso il regime delle concessioni.

17. Dunque anche in relazione ai laghi dobbiamo dedurre si identificasse una porzione di riva denominata *litus*, considerato «*publicum*» però - diversamente da quanto avveniva per quello del mare - solo ove il lago non fosse interamente privato; perché, qualora invece lo fosse, sarebbe venuta senz'altro meno, in relazione al lago, la funzione essenziale riconosciuta (con poche eccezioni) ai *litora maris*⁹⁵, ossia quella di garantire la possibilità di accesso ad un bene⁹⁶ che era per natura comune «*omnibus hominibus*»⁹⁷.

In proposito, benché una compiuta disamina del significato da ricollegare qui al termine «*publicum*», come appena anticipato, non possa trovare spazio in questa sede, alcune brevi considerazioni, finalizzate ad una riflessione sul caso del lago, sono necessarie.

La connotazione del bene lido del mare come genericamente «pubblico»⁹⁸, infatti, apre la strada al dubbio circa la collocazione di tali beni, in generale, nella categoria delle *res in usu populi*⁹⁹ o in quella delle *res in patrimonio populi*.¹⁰⁰

In proposito, però, sembra particolarmente incisivo, tra gli altri¹⁰¹, un passo di Nerazio, ove il giurista – di scuola proculeiana - afferma senza mezzi termini che i *litora publica* (con il

⁹⁴ D. 43.8.3 pr. (Cels. 39 dig.): «*Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror: ...*».

⁹⁵ A maggior ragione, evito qui di addentrarmi nel tema del regime giuridico delle rive fluviali, che presenta evidentemente elementi di analogia con quanto si sta qui discutendo, ma per il quale mi devo limitare a rinviare, per tutti e solo *ex variis*, ai recenti contributi contenuti in AA. VV., *Riparia dans l'Empire Romain pour la définition du concept. Actes des Journées d'étude de Québec, 29-31 Octobre 2009*, a cura di E. Hermon, Oxford, 2010 e AA. VV., *Riparia, un patrimoine culturel*, cit.

⁹⁶ Cfr. D. 1.8.4 pr. (Marc. 3 inst.): «*Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis absteineatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit.*», da cui *Inst.* 2.1.1.

⁹⁷ D. 43.8.3 pr. (Cels. 39 dig.), testo *sub* nt. 94. Si veda anche il già citato D. 1.8.2.1 (Marc. 3 inst.), il cui tenore sottolinea la natura funzionale del concetto di *litora* rispetto al mare e la derivazione della condizione giuridica dei primi come conseguenza («*et per hoc*») di quella del secondo: «*Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*».

⁹⁸ Si veda per bibliografia A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi*, cit., *passim*.

⁹⁹ Rinvio ancora, *ex variis*, ad A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi*, cit., nonché ad A. DI PORTO, «*Res in usu publico*» e *beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013, per una considerazione storica del rapporto tra questa categoria e quella delle *res communes omnium*.

¹⁰⁰ G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano*, cit., 90 ss. e G. PUGLIESE, «*Res publicae in usu populi*» e «*in patrimonio populi*» nel corso di Gaetano Scherillo sulle cose, in *Atti del Convegno Gaetano Scherillo*, Milano, 1994, 182 ss. (ora in Id., *Scritti giuridici [1985-1995]*, Napoli, 2007, 783 ss.).

¹⁰¹ Cfr. D. 43.8.4 (Scaev. 5 resp.: «*Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.*»); D. 1.8.10 (Pomp. 6 ex Plaut.: «*Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*»); D. 1.8.5 (Gai. 2 rer. cott. sive aur.: «*Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: quae de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*»); D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 ad ed.: «*... et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti*

che si rafforza l'idea che vi siano anche dei *litora non publica*) non rientrano nelle cose *in patrimonio populi*:

D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 membr.): *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.*¹⁰²

La natura pubblica dei lidi (che, come ho già fatto presente, si deve dedurre, dall'ampliamento esplicitamente compiuto in D. 50.16.112, fossero per antonomasia quelli del mare) sembra, dunque, declinarsi nelle forme delle *res* che, 'per natura', non sono nell'appartenenza di nessuno, nemmeno del *populus* (e quindi non sono, in senso etimologico, *publicae*), ma a disposizione di tutti; al punto che ciascuno può disporre, sino a edificarvi una costruzione, purché questo non impedisca che anche gli altri possano godere dello stesso vantaggio.¹⁰³ Posizione questa, che presuppone evidentemente una percezione del bene di cui si discute - non casualmente, infatti, spesso assimilato all'aria - come illimitato e inconsumabile.

Ribadisco che una discussione delle molte accezioni che vengono attribuite, in modo non sempre uniforme¹⁰⁴, dai giuristi romani al termine «*publicum*», anche solo in relazione alla categorizzazione delle *res*, richiederebbe uno spazio che non le si può concedere nel presente lavoro.¹⁰⁵ Tuttavia devo richiamare almeno un testo di Pomponio (citante Celso), che, insieme a quello di Nerazio appena menzionato, potrebbe aiutare a fare chiarezza sulla fattispecie del caso che qui si sta esaminando:

aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi ...»; D. 39.2.24 pr. (Ulp. 81 *ad ed.*: «*Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. ...*»).

¹⁰² Sul pensiero in proposito di Nerazio si veda, in particolare, V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e «valori» in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo*, 23 (1977), 163 s.

¹⁰³ «... ita tamen ut usui communi non noceretur ...», annotava H. Grotius, nel suo *pamphlet Mare liberum* (1609), ora in U. GROZIO, *Mare liberum*, a cura di F. Izzo, Napoli, 2007, 63.

¹⁰⁴ Dato magari spiazzante per noi, ma sicuramente corrispondente ad una elaborazione complessa e continuamente *in fieri*, nell'ambito del *ius controversum*, di categorie in perenne evoluzione, sulle quali, ieri come oggi, la discussione non può addivenire che a risultati provvisori e a posizioni anche differenti all'interno della scienza giuridica.

Sulla fluidità della categoria e sulla possibilità, comunque, che all'interno della stessa i medesimi beni potessero venire classificati a volte come *in usu populi Romani*, a volte come *in patrimonio* dello stesso, si veda L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 348 e nt. 56.

¹⁰⁵ Mi limito perciò a rinviare di nuovo, in particolare sul tema specifico della natura pubblica del mare e dei *litora maris*, alla bibliografia già citata *sub* nt. 93.

D. 18.1.6 pr. (Pomp. 9 ad Sab.): *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem <prohibitam Mo.> esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.*

L'affermazione di Celso dell'impossibilità di comperare beni la cui alienazione è vietata, viene chiarita attraverso una serie di esempi, tra i quali si menzionano i «*publica*»: quelli che «*non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur*», come il campo Marzio.

La lettura congiunta di questo frammento e di quello precedentemente citato di Nerazio chiarisce bene, mi pare, l'ambivalenza dell'aggettivo «*publicum*» riferito alle *res*: alcune *res publicae* sono *in patrimonio* o *in pecunia populi*, e pertanto possono costituire oggetto di commercio, altre sono *in publico usu*¹⁰⁶ ed incommerciabili.

I *litora publica* appartengono a questa seconda categoria, nella cui area concettuale vengono attratti, secondo quel paradigma funzionalistico ravvisabile come sottotraccia in molte delle fonti romane in materia di cose *in usu publico*¹⁰⁷, dalla *res* cui sono naturalmente congiunti e giuridicamente legati da un rapporto di accessorietà, cioè il mare, bene costantemente riconosciuto dalle fonti come *communis*.¹⁰⁸

Vedremo, però, più avanti come le fonti intendano questa idea di incommerciabilità legata all'«*usus*» da parte del popolo, che viene riferita senz'altro alla impossibilità di alienare propriamente il bene¹⁰⁹, ma non esclude altre forme di concessione di facoltà di utilizzo del bene, che non ne alterano la destinazione all'uso pubblico.¹¹⁰

¹⁰⁶ Cfr. anche D. 50.16.17 pr. (Ulp. 10 ad ed.: «*res quae publicis usibus destinatae sunt*») e *Inst.* 3.19.2 («*res quae usibus populi perpetuo expositae sint*»).

¹⁰⁷ Senza addentrarsi nei criteri che presiedono a questa categorizzazione, mi sembra fondamentale, però, ricordare il merito di F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae*, cit., 4, giustamente evidenziato anche da A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., 151, nel portare ad emersione l'adozione da parte della giurisprudenza romana di un criterio fondamentalmente funzionale, legato allo scopo, accanto a quello oggettivistico, connesso alla titolarità. Tale primo aspetto appare qui particolarmente rilevante, poiché emerge in modo particolare in relazione alla peculiare disciplina dei *litora*, come osservato anche da C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 239.

¹⁰⁸ V. in tale prospettiva già M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 435.

¹⁰⁹ In tal senso va interpretato anche, mi pare, D. 18.1.72.1 (Pap. 10 quaest.), ove si afferma che la vendita di un bene pubblico è valida solo «*si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit*», facendo riferimento, con quest'ultima espressione, alle *res in patrimonio populi*, in un'epoca in cui il concetto di fisco era ormai più attuale. Su ciò si veda anche L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 346, nt. 51.

¹¹⁰ V. *infra*, § 21 in particolare.

18. Tornando ora ai laghi, per quanto mi consta non vi sono altre testimonianze ad essi specificamente relative, che chiariscano alcunché circa il regime concernente gli stessi e i relativi *litora*.

I dati riguardanti gli specchi lacustri, infatti, vengono forniti dalle fonti prevalentemente per via di assimilazione o differenziazione rispetto al regime del mare e dei fiumi, ben più ampiamente trattati dalla giurisprudenza.

Da un lato, infatti, se ne afferma la possibilità di essere anche in parte o interamente oggetto di proprietà privata, a differenza di quanto avveniva per il mare e per i fiumi¹¹¹, beni sempre pubblici (in relazione ai quali si prevede, semmai, solamente la possibilità eccezionale di esistenza di un «*proprium ius*»¹¹², la cui natura non propriamente dominicale, però, è rivelata dalla tutela interdittale che viene ad esso riconnessa¹¹³).

D'altra parte, la menzionata affermazione di Giavoleno contenuta in D. 50.16.112 sembra estendere il regime riservato al mare, in materia di *litora*, anche ai laghi. Dal che si potrebbe dedurre che:

- a) anche in relazione ai laghi, che possono essere sia privati sia pubblici, è possibile identificare un *litus publicum*;
- b) esso non sussiste, però, ove il lago sia *totus*, interamente, privato;
- c) dal che si comprende che la *ratio* che presiede all'individuazione di un lido pubblico in relazione al lago è la stessa sottesa alla medesima individuazione in relazione al mare; ossia, nella sopra menzionata prospettiva funzionalistica, consentire, ove anche solo una porzione dello specchio lacustre sia del *populus*, una possibilità di accesso allo stesso. Necessità che per il lago può verificarsi o meno, a differenza di quanto accade per il mare e i fiumi, secondo appunto il regime di appartenenza applicabile al lago in questione;

¹¹¹ Benché si debba almeno notare come, sotto altri profili, il regime riservato al mare ed ai fiumi potesse differire. Si veda, in proposito, a titolo di esempio, la contrapposizione tra il menzionato D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 *membr.*) ed il seguente D. 41.1.15 (Ner. 5 *reg.*), su cui C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 238 e nt. 37.

¹¹² V. D. 47.10.14 (Paul. 13 *ad Plaut.*): «*Sane si maris proprium ius ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit, si prohibeatur ius suum exercere, quoniam ad privatam iam causam pertinet, non ad publicam haec res, utpote cum de iure fruendo agatur, quod ex privata causa contingat, non ex publica. Ad privatas enim causas accomodata interdicta sunt non ad publicas.*».

H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, cit., 209 commenta questo passo, scrivendo «... *ubi haud dubie de exigua agitur maris portione, quae in fundum privatum admittitur: quod a Lucullo et aliis factum legimus*»; è chiaro - l'ho già scritto - che Grotius, come emerge in particolare dalla menzione di Lucullo, pensava specificamente proprio all'uso romano di installare, in mare e nei laghi, allevamenti di pesce attraverso la costruzione di grandi peschiere.

Ma si può pensare anche alle costruzioni sul mare in senso più ampio, ove si metta a confronto il passo in questione con D. 1.8.10 (Pomp. 6 *ad Plaut.*), D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 *membr.*), D. 41.1.30.4 (Pomp. 34 *ad Sab.*) e D. 41.1.50 (Pomp. 6 *ex Plaut.*); v. C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., ID., *Aedificatio in litore*, cit.

¹¹³ Di differente avviso era M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare*, cit., 215, nt. 16, che leggeva quel *proprium ius* in termini di effettiva proprietà.

- d) se il lago è anche solo parzialmente pubblico, e vi accede, di conseguenza, un lido pubblico, il criterio di individuazione della misura del *litus publicum* è il medesimo applicato al *litus maris*, ossia quello del massimo livello dei flutti;
- e) secondo il tenore del frammento, l'analogia proposta da Giavoleno con l'espressione «*idemque iuris est in lacu*» è, a mio avviso, specificamente riferita alla regola stabilita dal diritto per l'individuazione della misura del *litus publicum*, tanto marino quanto lacustre. Ciò, però, non implica che il *ius* in questione corrisponda all'intero regime previsto per i lidi marini e fluviali; in particolare non ritengo che l'aggettivo pubblico, stante la sostanziale differenza evidenziata tra il bene lago, da una parte, e il mare ed i fiumi, dall'altra, si declini necessariamente in uno stesso senso nell'uno e nell'altro caso.

19. Possiamo quindi fare ora ritorno al caso specifico del lago Sabatene Angolaro, riflettendo su di esso alla luce di quanto sin qui evidenziato e, in particolare, di questi ultimi aspetti emersi dalla riflessione sul passo di D. 50.16.112.

A proposito dell'estensione del *litus*, se relativamente al mare si può immaginare che tale misura, pur differenziandosi da zona a zona, dovesse essere quantificata alla luce del criterio visto, allora come oggi - trattandosi sempre del Mediterraneo -, mediamente in 5 mt. di riva, con una possibile oscillazione in diminuzione fino ai 3 e in aumento fino ai 10, per quanto riguarda i laghi il moto ondoso è più ridotto e proporzionale alla loro dimensione, ma non assente, anche in relazione all'influsso lunare che produce comunque nelle acque interne le maree.

Appare, a questo punto, altamente verosimile, quindi, che i *decem pedes* contemplati nel contratto di Rutilia, corrispondenti a circa tre metri di spiaggia, rappresentassero esattamente il *litus lacu*, dal momento che è all'incirca questa normalmente l'escursione massima dei flutti riscontrabile nei laghi italiani.

La stessa terminologia utilizzata da Proculo nel suo responso per chiarire in quale misura Rutilia possa vantare un diritto sulla striscia costiera, sembra significativa in relazione all'individuazione dei *decem pedes* come *litus lacu*. Il giurista infatti utilizza ripetutamente nel frammento lo stesso avverbio «*eatenus*» che in seguito viene usato da Giavoleno (il quale verosimilmente riprende l'affermazione da Cassio) nell'individuazione del criterio di definizione dei *litora (publica)*, ricorrenza che sembra difficilmente poter essere casuale e

che fa pensare, viceversa, al comune riferimento ad una *regula dei veteres*: verosimilmente quella già menzionata, attribuibile a Cicerone o forse, più precisamente, ad Aquilio Gallo.¹¹⁴

Tutto ciò rafforza l'ipotesi che il rapporto contrattuale oggetto del responso proculeiano debba essere identificato in una locazione pubblica, nell'ambito della quale il tratto di terreno in questione ha una stretta natura di pertinenza rispetto allo specchio lacustre, connessa alla normale variabilità della linea di costa; di qui anche la necessità, non solo soggettiva della donna, ma oggettivamente intrinseca al tipo di concessione¹¹⁵, di poter disporre, in funzione delle attività connesse alla pesca, anche di accesso al lago e approdo, che l'innalzamento del lago ha fatto evidentemente venire totalmente meno.

La suddetta ricorsività, poi, nell'uso di «*eatenus*» da parte di Proculo e, al medesimo tempo, ipoteticamente nella formulazione della *regula veterum*, potrebbe ulteriormente far pensare che lo stesso capitolato di concessione facesse ricorso in questi termini all'idea di *litus* accessorio, servendosi di una di quelle convenzioni lessicali giuridiche che assurgono anche oggi a veri e propri 'standard' del linguaggio contrattuale, in particolare nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Queste considerazioni, ancora, darebbero conto anche della stessa formulazione della richiesta da parte di Rutilia, che presuppone la convinzione che il locatore abbia nella sua disponibilità quegli ulteriori dieci piedi di costa; cosa dubbia se si fosse trattato di un rapporto tra privati, ma certa se invece ha ad oggetto il *litus* di un lago pubblico, dal momento che tale bene giuridico non può cessare di esistere, per la funzione che gli è propria di garanzia della libera fruizione di acque pubbliche. Semplicemente, in quanto agganciata al dato naturalistico della linea di costa, si deve supporre che l'identificazione specifica del *litus*, come *res populi Romani*¹¹⁶, risulti in questo caso, dal punto di vista topografico, spostata all'indietro dall'evento esondativo di tre metri rispetto al nuovo limitare delle acque, come sembra si possa desumere anche, per analogia, da quanto affermato da Aristone in relazione a ciò che, «occupato» dal mare, diviene pubblico (D. 1.8.10, Pomp. 6 *ex Plaut.*): «*Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*».

¹¹⁴ V. nt. 87.

¹¹⁵ È significativo della prospettiva funzionale adottata dai giuristi romani in proposito anche quanto si legge in D. 18.1.51 (Paul. 21 *ad ed.*), in relazione alla natura accessoria dei *litora*, tale che essi non venivano nemmeno computati nel *modus* dell'immobile venduto cui appunto accedessero: «*Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*».

¹¹⁶ Si veda, di nuovo, Celso 39 *dig.*, D. 43.8.3 pr.: «*Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror: ...*».

20. L'eventuale natura pubblica riconosciuta ad un lago, tuttavia, differisce necessariamente sotto alcuni profili da quella attribuibile al mare.

È vero, infatti, che i laghi e le sorgive costituiscono la principale fonte di alimentazione degli acquedotti di Roma.¹¹⁷ E, segnatamente, proprio ai laghi del complesso Sabatino attingono, a Nord, metà dei nove acquedotti che riforniscono la città in epoca imperiale (gli altri si alimentano, a meridione, dai colli Albani).¹¹⁸

Questo dato, innanzitutto, dissuade ulteriormente dall'idea di ipotizzare che il lago di Bracciano potesse costituire oggetto di proprietà privata. Già Augusto, infatti, aveva iniziato nel 2 a.C. i lavori di costruzione dell'*Aqua Alsietina*, che attingeva all'omonimo lago (oggi di Martignano) e a quello vicino, appunto, di Bracciano, che costituiscono, con altri minori, un apparato lacustre dalla comune origine geologica di natura vulcanica.¹¹⁹

Difficile dunque pensare al lago del caso sottoposto a Proculo come ad un lago privato.

Ma ulteriormente, alla luce dei dati appena esposti, appare ovvio che, ove i laghi in questione fossero pubblici, senz'altro venissero considerati come *res in usu populi*, in relazione alla necessità di garantire a tutti i *cives* la possibilità di accesso a tale ordine di beni, come del resto anche testimoniato dal *curator aquarum* Frontino:

Front., *de aquaed.* 94.3-5: *Apud antiquos omnis aqua in usus publicos erogabatur et ita cautum fuit: "Ne quis privatus aliam ducat quam quae ex lacu humum accidit" (haec enim sunt verba eius legis), id est quae ex lacu abundavit; eam nos caducam vocamus. Et haec ipsa non in alium usum quam balnearum aut fullonicarum dabatur, eratque vectigalis statuta mercede quae in publicum penderetur. Ex quo manifestum est quanto potior cura maioribus communium utilitatum quam privatarum voluptatum fuerit, eum etiam ea quae privati ducebant ad usum publicum pertineret.*¹²⁰

Tuttavia proprio le affermazioni di Frontino relative all'assolutezza della riserva all'uso pubblico di tutte le acque dolci, sinanche per quell'acqua detta «*caduca*», ossia quella che

¹¹⁷ Si veda in proposito, *ex aliis*, A. MALISSARD, *Les Romains et l'eau*, Paris, 1994.

¹¹⁸ V. P. ARGENZIANO, *Sesto Giulio Frontino curator aquarum e il de aquaeductu urbis Romae*, in *L'acqua e l'architettura. Acquedotti e fontane nel regno di Napoli*, a cura di F. Starace, Lecce, 2002, 45 ss.

¹¹⁹ Si veda in proposito Frontino, *de aquaed.* 71 e 9.2. Su cui P. ARGENZIANO, *Sesto Giulio Frontino*, cit., 53 e A. LIBERATI SILVERIO, *Aqua Alsietina*, in *Il trionfo dell'acqua. Acqua e acquedotti a Roma IV sec. a.C.-XX sec.*, Roma, 1986, 72 ss.

¹²⁰ Sul passo si veda F. VALLOCCHIA, 'Aqua publica', cit. e ID., *Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D. 43.10.1)*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 6 (2013), 1 ss., http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2013/contributi/2013_Contributi_Vallocchia.pdf.

si disperdeva nel suolo¹²¹, chiariscono che questa categoria delle *res in usu populi*, non appropriabili da parte dei privati, non escludeva viceversa una concedibilità a (taluni) privati (gestori di bagni e lavanderie, in questo caso) - per interessi indirettamente pubblici - dello sfruttamento delle acque, contro una «*vectigalis statuta mercede*».

Se questo è quanto accade in epoca repubblicana, durante l'età imperiale si prevede espressamente una complessa trama regolamentativa delle concessioni di sfruttamento delle acque pubbliche, che già aveva trovato origine in alcune competenze dei censori e degli edili, oltre che dei *curatores aquarum*, e che intersecava variamente gli *usus publici*.¹²²

Tale apparente contraddizione, del resto, è già anche rinvenibile, *mutatis mutandis*, proprio in relazione al regime dei *litora maris*, che, come si è visto, sono altresì considerati per eccellenza, in relazione alla loro accessorietà al mare, *res in usu populi*; il che significa, infatti, da un lato che essi non possono essere nel *dominium* di nessuno in via esclusiva, e tuttavia, allo stesso tempo, che chiunque può 'appropriarsi' di parte degli stessi edificandovi strutture.¹²³ Anche in questo caso, dunque, ci troviamo a confronto con una costruzione per noi complessa dello statuto pubblicistico di questi beni, che però può essere ben compresa ove si pensi alla prospettiva in cui i Romani guardavano ai beni in questione come a risorse illimitate ed all'approccio pragmatico e funzionale con cui ne disegnavano le categorie.

Se lo sfruttamento delle acque 'caduche', che pure era di natura sottrattiva, poteva essere, benché a determinate condizioni ed in vista dell'*utilitas publica*, concesso a privati, a maggior ragione dobbiamo immaginare che la destinazione all'uso pubblico del lago non venisse percepita come intaccata dall'eventuale concessione di sfruttamento della pesca: tale utilizzo del lago, infatti, non avrebbe nemmeno sottratto acqua alla suddetta destinazione pubblica (principalmente consistente nella fornitura dell'acquedotto) e quindi non sarebbe stato contrario alla *ratio* che presiedeva alla classificazione del lago come *res in usu populi*.

¹²¹ Ricordo, per una migliore comprensione dell'affermazione, che i laghi in questione, a causa della loro origine vulcanica, formavano sottoterra un complesso reticolare che comunicava attraverso numerosi cunicoli. La zona, dunque, era prevalentemente paludosa, dal momento che le acque emergevano in superficie in forma di sorgive in diversi punti. Fu solo all'inizio del XIX secolo che si provvide a bonificare la zona (v. P. ARGENZIANO, *Sesto Giulio Frontino*, cit., 62, nt. 47).

¹²² Si tratta di una storia assai complessa, che riguarda specialmente l'acqua destinata, appunto, agli usi civili, attraverso gli acquedotti. Vi faccio qui riferimento solo per i menzionati collegamenti con i laghi e gli elementi che se ne possono trarre in relazione alle intricate trame della materia delle *res in usu publico*, rinviando per approfondimenti, per tutti, a F. VALLOCCHIA, *'Aqua publica'*, cit. e ID., *Fulloniche*, cit.

¹²³ Si vedano ad esempio i già citati passi di D. 43.8.4 (Scaev. 5 *resp.*) e D. 1.8.10 (Pomp. 6 *ex Plaut.*) e la bibliografia già citata *sub* ntt. 71 e 93, in particolare C. MASI DORIA, *Litus maris*, cit., 238 ss., L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 353 ss. e ID., *Aedificatio in litore*, cit.

21. Si potrebbe obiettare che il fatto di riservare le risorse ittiche ad un privato fosse, però, contrario a tale *ratio* e a quanto le fonti stabiliscono ripetutamente in relazione all'attività di pesca in mare.¹²⁴

Ricorre, infatti, presso i giuristi in modo pressoché uniforme, l'affermazione del divieto di impedire a chicchessia di attingere mediante pesca alla fauna ittica marina, anch'essa intesa come risorsa illimitata, *communis omnium*, e quindi da tutti appropriabile.

Tuttavia, anche in rapporto a tale aspetto, la situazione del lago appare simile, ma sostanzialmente diversa da quella del mare, sotto plurimi profili.

In primis il mare è aperto e, per questo motivo, viene percepito dagli antichi come non finito: per questo illimitate appaiono anche le risorse ittiche in esso contenute, come quelle venatorie sulla terraferma.¹²⁵ Mentre il lago (e a maggior ragione quelli laziali, di modeste dimensioni) è circoscritto e, pertanto, la quantità dei pesci che ospita risulta limitata. Come si è visto, quello della disponibilità illimitata è uno degli elementi decisivi sottostanti allo statuto delle *res in usu publico* come il mare.

In secondo luogo la concessione del diritto di pesca poteva riferirsi non alla pesca in senso proprio, bensì all'allevamento di pesci in apposite vasche costruite all'interno del lago. Attività praticata abitualmente dai Romani anche in mare¹²⁶, ma che, soprattutto, è attestata dalle risultanze archeologiche, per un'epoca corrispondente a quella cui si riferisce il responso di Proculo, nel lago di Bracciano, ossia il *lacum Sabatenem*.¹²⁷

Ove dunque la concessione riguardasse, come credo, questo genere di attività alieutica, ci troveremmo in una situazione in cui, a maggior ragione, anche ove si volesse considerare

¹²⁴ Cfr. D. 1.8.4 pr. (Marc. 3 *inst.*: «*Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstinenceatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et capenatis rescriptis.*»), ripreso in *Inst.* 2.1.1, e D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*: «... et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi ...»), da porsi a confronto con D. 43.8.2.9, Ulp. 68 *ad ed.*, circa l'alternativa tra l'utilizzazione dell'*actio iniuriarum* o della tutela interdittale contro colui che impedisca la libera pesca; in proposito, v. nt. 81 e A. D. MANFREDINI, *Un'iniuria' che non c'è*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 197).

¹²⁵ Il principio viene infatti rafforzato, nello stesso passo, mediante la similitudine con la caccia («... *sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. ...*»), come notavano già M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 416 e nt. 17 e L. D'AMATI, *Brevi riflessioni in tema di res communes omnium*, cit., 341. Ritroviamo tale assimilazione, del resto, anche in D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 *membr.*): «... *nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum ...*», ove si fa riferimento alle cose «*quae primum a natura prodita sunt*».

¹²⁶ V. *retro*, nt. 112. Rinvio, *ex variis*, e solo allo scopo di dare un'idea dell'importanza di tale attività commerciale a Roma, alle testimonianze di Columella, *Rust.* 8.16.5, a proposito della vendita di Catone delle *piscinae* di Lucullo (per 400.000 sesterzi), di Varrone, *Rust.* 3.3.10 e 3.17.3, che con Plin., *Nat. hist.* 9.171, narra del dono di 6.000 murene, allevate nelle sue vasche, da parte di C. *Hirrius* a Cesare per il suo banchetto trionfale come dittatore, e infine di Plut., *Cat. Mai.* 21.5, secondo cui lo stesso Catone il Censore si sarebbe dedicato, in età avanzata, all'attività dell'allevamento di pesce, assai più remunerativa dell'agricoltura. Per approfondimenti, v. J.A. HIGGINBOTHAM, *Piscinae. Artificial Fishponds in Roman Italy*, Chapel Hill-London, 1997 e A. MARZANO, *Roman Villas in Central Italy. A Social and Economic History*, Leiden-Boston, 2007, 47

ss.

¹²⁷ Rinvio, in proposito, a quanto da me riferito in proposito in *Ermeneutica contrattuale*, cit., 215 ss.

applicabile anche ai laghi il principio «*non posse quem piscari prohiberi*» valido per il mare, la locazione pubblica di una tale possibilità di sfruttamento non andrebbe contro le logiche della disponibilità *in usu populi* del bene, la cui fruibilità pubblica non sarebbe diminuita.

Del resto, va detto anche che la fluidità dell'applicazione di tale *ratio* in relazione allo stesso mare si evidenzia non solo nella variabilità delle posizioni in proposito adottate nelle fonti, cui ho già accennato, ma anche attraverso testimonianze, di cui disponiamo, relative all'esistenza di concessioni di pesca anche marittima.

Senza addentrarsi nel tema, infatti, si veda ad esempio l'attestazione che pare in proposito contenuta nella *Tabula Deae Hlundanae Sacra*, ritrovata sulle coste della Frisia.¹²⁸

La dottrina, del resto, è concorde nel ritenere che la possibilità di rilasciare concessioni su beni *in usu populi* non fosse contraria, bensì conforme allo stesso; sia perché esse non riguardavano il bene nella sua interezza, ma solo la facoltà di farne un uso specifico, sia in quanto si realizzava pienamente, attraverso le stesse, l'interesse della collettività, senza che il bene le venisse sottratto.¹²⁹ Contardo Ferrini¹³⁰ giunge a delineare le *conductiones* come quella della *Tabula* innanzi citata come «forme di imposta», conformemente, del resto, a quanto sembra attestare Frontino in relazione alla «*vectigalis statuta mercede*» richiesta ai *balneares* ed ai *fullones*.

D'altra parte, si consideri anche come lo stesso Ulpiano, nel medesimo lungo paragrafo del frammento in cui prende in esame le possibili forme di tutela contro chi pretenda di proibire ad altri la pesca¹³¹, faccia espresso riferimento a possibili concessioni pubbliche relative al medesimo diritto, per le quali addita in un interdetto lo strumento di tutela specifico: «... *conductorum autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. ...*».¹³²

¹²⁸ Iscrizione di Beegtum, CIL xiii: 8830: «*Deae Hlundanae / conductores / piscatus mancipi / Q. Valerio Secu[†] / †]ndo V[otum] S[olverunt] L[ibentes] M[erito] [†]*».

Di essa si è occupato, per primo, TH. MOMMSEN, *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 2 (1889), 129 ss. e, di recente, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., 471, nt. 84, che avanza anche il dubbio, però, nel silenzio dell'iscrizione in proposito, che la concessione potesse non riguardare il mare, ma acque interne.

¹²⁹ Così ad esempio E. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, cit., 107, B. BIONDI, *La condizione giuridica del mare*, cit., 5 ss., G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano*, cit., 76.

¹³⁰ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, 266 s.

¹³¹ D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*), su cui si veda anche M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, 108 e nt. 446.

¹³² A mio avviso l'affermazione qui riportata era senz'altro riferita al diritto di pesca, oggetto principale dell'intero paragrafo della lunga trattazione ulpiana, che principia «*Si quis me prohibeat in mari piscari ...*»; e l'interdetto menzionato era – penso – quello «*de loco publico fruendo*» (D. 43.9): coincidono infatti il richiamo della *conductio* e dell'elemento pubblicistico, tant'è vero che Mommsen, infatti, annotava la frase in questione, integrando «*hoc] locum*».

Devo dare conto, però, del fatto che sia G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano*, cit., 81, che G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium*, cit., 124 e S. SOLAZZI, *Usus proprius*, in *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 7 (1941), 373 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, 4, Napoli, 1963, 215) hanno interpretato, in questo passo, il

Se, dunque, questo passo testimonia indubbiamente della pratica delle concessioni pubbliche in locazione del diritto di pesca anche nel mare, da ultimo non si può trascurare il fatto che la stessa fonte ribadisce la differenza sostanziale introdotta, in relazione ai laghi, dalla possibilità che questi costituiscano oggetto di proprietà privata.

Ulpiano, infatti, nel seguito sempre dello stesso frammento, chiosa «*in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum.*».

Questa affermazione, che in sé si limita a specificare quanto è ovvio, ossia che ove il lago sia privato viene meno il divieto di proibizione della pesca (che varrebbe sempre, invece, in generale in mare), in effetti con ciò adombra la differenza sostanziale esistente tra mare e lago; la possibilità di quest'ultimo di essere privato, infatti, ne denota, come ho già in precedenza evidenziato, un carattere potenzialmente patrimoniale che fa vacillare l'assolutezza della *ratio* dominante ogni considerazione sulla natura pubblica del mare.

22. Considerato tutto ciò, possiamo concludere tornando un'ultima volta al frammento di Proculo da cui abbiamo preso le mosse, per alcune considerazioni finali.

A fronte di una fattispecie peculiare, l'autorevole giurista fornisce una risposta assoluta e negativa alla richiesta di colei che pone la *quaestio*, circa la sua possibilità di ottenere la disponibilità di ulteriori tre metri di litorale, rispetto alla nuova linea di costa generata dall'accrescimento delle acque del lago. Tale *sententia*, spiazzante sotto plurimi profili se la si immagina riferita ad un contratto tra privati, sembra fondarsi, invece, e trovare un adeguato contesto giustificativo nella prospettiva di un rapporto di concessione ad un privato del diritto di sfruttamento di una risorsa pubblica, ossia la fauna ittica del lago.

Rispetto alla richiesta avanzata dall'imprenditrice, chiaramente fondata sul dato, anche giuridico, della stretta interconnessione tra la concessione del lago stesso e quella del lido pertinente, il responso sembra introdurre e prendere a fondamento un ulteriore elemento, rappresentato dalla rigidità di un capitolato di concessione pubblica, come quello cui doveva avere aderito Rutilia, ove si individuava mediante un linguaggio specifico, forse standardizzato, il bene quale esso era al tempo della concessione stessa.

Il silenzio di Proculo in merito a qualunque giustificazione del responso fornito o, fermo il contenuto sostanziale del medesimo, ad eventuali possibilità di temperamento del suo

richiamo della tutela interdittale come relativo all'*uti possidetis* concesso a tutela di *aedificatio in litore*; da un lato in considerazione del tenore in tal senso del frammento di Paolo che i compilatori hanno voluto in successione a quello di cui si discute (D. 47.10.14, Paul. 13 *ad Plaut.*; v. nt. 112 per il testo), dall'altro legando l'affermazione in questione non al contesto generale dell'*excerptum*, ma all'ultima frase che la precede «... *aut si quis re mea uti me non permittat.*». Come ho appena scritto, tuttavia, resto di differente avviso, benché l'estensione del presente lavoro non mi consenta di argomentarlo in modo più approfondito (ma si veda anche *retro*, sub nt. 81).

rigore, sembra, pur nel contesto di una scienza giurisprudenziale spesso apofatica, che fonda le sue soluzioni sull'*auctoritas* che la connota, correlarsi ad una circostanza in cui non vi è ulteriore spazio per un'interpretazione funzionale all'*aequitas*.

Circostanza sostanziale, in riferimento, appunto, ad un provvedimento amministrativo di concessione unilateralmente definito, ed anche, correlativamente, circostanza processuale in cui non si profilano le possibilità di contemperamento *ex fide bona* degli interessi in gioco e di conservazione della causa sinallagmatica come accadrebbe in una locazione tra privati.

Evidentemente in assenza di una esplicita previsione in proposito, il tema del *periculum* sembra addirittura non trovare alcuno spazio - se non sottinteso dall'analogia, per altri versi, del paradigma del rapporto giuridico in esame con quello di natura privatistica - in relazione alla fattispecie considerata; o meglio, esso si presenta come un 'non-tema', stante la soluzione univoca che esige, dal momento che appare totalmente assorbito dalla natura del rapporto contrattuale e dai ruoli in esso rivestiti dalle parti. Il criterio ermeneutico qui adottato - che certo risente della riflessione sul tema dell'interpretazione del contratto di ambito più squisitamente privatistico, in particolare nella prospettiva della rilevanza del *tempus contractus* - appare tuttavia principalmente legato ad una lettura formalistica del tenore letterale del contratto stesso proprio in relazione al contesto di riferimento, che avrebbe potuto dar luogo solo, eventualmente, alla negoziazione di un nuovo rapporto.

L'esito è una soluzione casistica che, come si è visto, racchiude, a guisa di prisma, molto della visione giuridica antica circa la natura delle cose e dei rapporti con esse, che noi definiremmo di natura amministrativa, tra il soggetto pubblico, considerato in una prospettiva non istituzionale, e quello privato. Nel restituire tale soluzione, il giurista romano sembra disinvoltamente muoversi, mischiando (qui è proprio il caso di dirlo) le acque, tra il piano considerato privatistico della «macro-ratio»¹³³ della tutela in un contesto imprenditoriale dell'affidamento sulla serietà del vincolo contrattuale, come strumento idoneo alla programmazione e alla realizzazione dell'attività economica, e l'opportunità di contemperare (ed eventualmente sacrificare) l'interesse individuale con esigenze imposte da categorie concettuali riferibili ad una dimensione giuridica 'pubblica' che si declina in molti differenti modi.

Lezione storica che, pur non priva di interesse puramente culturale in termini di archeologia sociale, può e deve essere innanzitutto considerata come strumento dalla valenza precipuamente tecnica, al servizio di una più consapevole lettura del presente, e

¹³³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 1044.

come contributo ad una auspicabile emancipazione, tanto della dottrina civilistica quanto di quella amministrativistica, dalla «mitologia giuridica» contemporanea.¹³⁴

¹³⁴ S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008.