

LA LETTURA GIURISPRUDENZIALE DEI 'BENI COMUNI' IN UNA DECISIONE DELLA ROTA FIORENTINA DEL 1742*

Alessandro Dani

I. PREMESSA

La decisione della Rota fiorentina che ci apprestiamo a seguire nei suoi passi salienti presenta vari motivi di interesse: testimonia in primo luogo una realtà diffusissima nel Medioevo e in Età moderna, quella della scomposizione dei beni in funzione delle utilità che potevano offrire all'uomo. La *res* non è vista come un oggetto monolitico in balia assoluta della volontà di un proprietario (pubblico o privato che sia), ma la sua identità si scompone, come la luce in un prisma, nei vari modi di utilizzo che consente. Le situazioni giuridiche potevano essere diverse: coesistenza di *dominia* (come in questo caso), ma anche diritti reali di godimento *in re aliena*, fino ad usi e facoltà di vario tipo. Il dato significativo è la possibilità che un bene possa essere fruito, in base alle sue caratteristiche, e spesso in virtù di radicate consuetudini e aspettative della popolazione, da una pluralità di soggetti.

La decisione attesta poi un altro elemento degno di nota: la possibilità del dominio di un bene (o di un altro e più limitato diritto reale) in capo ad una comunità di utenti senza la formalizzazione di questa in persona giuridica.

* Questo scritto trae spunto da una lezione tenuta presso l'Università di Trieste il 28 ottobre 2014, nell'ambito degli incontri dedicati a *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica* ed è pubblicato, con qualche differenza e senza l'edizione della decisione, anche negli Atti di quegli incontri. Cfr. *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica*, a cura di P. Ferretti, M. Fiorentini, D. Rossi, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2017, pp. 15-35.

Un *dominio comunitario* dunque, diverso dalla proprietà comunale, diverso dal condominio romanistico per quote, diverso dalla situazione delle *res communes omnium*¹. Si tratta di qualcosa di assimilabile – ma non del tutto, e vedremo perché – ai demani civici attuali: un tipo di ‘beni comuni’ – comunitari da non confondere con quelle risorse (come l’acqua potabile, l’aria, la salubrità dell’ambiente ecc.) riferibili alla collettività più ampia, o con i *new commons* del tipo di Internet o delle tecnologie informatiche di accesso libero.

Un ulteriore aspetto degno di nota è la funzione di *tutela* ordinariamente assegnata al potere superiore: il sovrano è titolare di un alto dominio (*quoad iurisdictionem et protectionem*) sul territorio soggetto (fondamento stesso di tale potere tutorio) e può sottrarre egli solo, in casi particolari, tali beni alla fruizione collettiva.

Prima di esaminare questi tre motivi di interesse, in tutta la loro distanza dalle certezze giuridiche moderne, occorre però dire qualcosa sulla decisione e sui fatti che la sollecitarono.

2. LA SENTENZA E LE SUE CIRCOSTANZE

La decisione *Senensis iuris colligendi castaneas sylvestres* reca la data del 24 settembre 1742, la relazione a sentenza fu opera dei giudici rotali Alessandro Luci e Rinaldo degli Albizzi ed occupa 71 pagine del tomo decimo, curato da Celso Marzucchi, della grande raccolta delle decisioni della Rota fiorentina edita nella città gliata nel corso dell’Ottocento². Si deve a Luca Mannori di aver per primo colto l’interesse di essa e di averne indicato i tratti giuridici salienti³. La parte iniziale di taglio teorico generale (Articolo I, *Si premettono alcune cose generali*), di 11 pagine, fu inserita dagli estensori per pro-

¹ Per quest’ultimo profilo si vedano le condivisibili osservazioni di MARIO FIORENTINI, *L’acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, «Analisi giuridica dell’economia», I, 2010, pp. 39-78.

² *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina dal 1700 al 1808*, a cura di C. Marzucchi, X, Firenze, presso la Vedova Marchini, 1852, dec. 852, pp. 558-629.

³ Cfr. LUCA MANNORI, *L’amministrazione del territorio nella Toscana granducale. Teoria e prassi fra antico regime e riforme*, Firenze, Tipografia Capponi, 1988, pp. 40-41; ID., *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 218-222.

⁴ *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina cit.*, X, p. 569.

cedere «con maggior chiarezza, e con maggiore ordine»⁴. Essi ritennero di dover premettere «alcune cose generali necessarie all'intelligenza di quanto si dirà nel secondo, e terzo articolo, dove s'addurranno le ragioni più particolari»⁵, e dunque questa parte, pur occasionata da una situazione specifica, si presenta come un contributo propriamente dogmatico di più ampia portata.

La dottrina richiamata è, soprattutto, quella del tardo diritto comune specialista sui temi toccati: il libro *De servitutibus* del *Theatrum* di Giovanni Battista De Luca⁶, i celebri trattati, sul medesimo argomento, di Bartolomeo Cipolla e di Francesco Maria Pecchi⁷, il trattato sui pascoli dello spagnolo Fernandez De Otero, con le annotazioni di Vincenzo Bondeni⁸, i trattati sui frutti del Lagunez, del Barbato e del Gallo⁹, le opere enciclopediche di Domenico Toschi e di Marc'Antonio Savelli¹⁰, i trattati di materia processuale di Giuseppe Mascardi e di Giacomo Menochio¹¹, le raccolte di *consilia* di Natta, Sordi, della Valle, Ruini¹² ed altri. Ma compaiono anche varie decisioni della Rota Fiorentina e della Rota Romana, qualche commentario trecentesco, la Magna

⁵ *Ibidem*.

⁶ GIOVANNI BATTISTA DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae sive decisivi discursus per materias*, IV: *De servitutibus*, Venetiis, apud Paulum Balleonium, 1716 [I ed. Romae 1669], disc. 35-44, pp. 54-68.

⁷ BARTOLOMEO CIPOLLA, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Lugduni, sumptibus Guillimin, 1688 (I ed. Romae 1473-1474); FRANCESCO MARIA PECCHI, *Tractatus de servitutibus*, Ticini Regii, apud Ioannem Ghidinum, 1689-1694.

⁸ ANTONIO FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis, et de iure pascendi, cum notis Comitum Vincentii Bondeni*, Parmae, ex typo Alberti Pazzoni et Pauli Monti, 1698 (I ed. Lugduni 1687).

⁹ MATHIAS LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus*, Lugduni, sumptibus Anisson et Ioannis Posuel, 1702; ORAZIO BARBATO, *De divisione fructuum inter plures illosque diversos*, Neapoli, typis Iacobi Gaffari, 1638; FRANCESCO GALLO, *Tractatus de fructibus*, Genevae, sumptibus Samuelis de Tournes, 1692.

¹⁰ DOMENICO TOSCHI, *Practicarum conclusionum iuris ... tomus primus ... septimus*, Romae, ex typographia Iacobi Mascardi, 1605-1608; MARCO ANTONIO SAVELLI, *Summa diversorum tractatum*, Venetiis, ex typographia Balleoniana, 1748.

¹¹ GIUSEPPE MASCARDI, *De probationibus*, III, Lugduni, apud Gulielmum Rouillium, 1589; GIACOMO MENOCHIO, *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis commentaria*, III, Venetiis, apud haeredem Damiani Zenarij, 1617.

¹² MARCO ANTONIO NATTA, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis, apud Signum Concordiae, 1584; GIOVANNI PIETRO SORDI, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis, apud Franciscum Ziletum, 1584; ROLANDO DELLA VALLE, *Consiliorum sive mavis responsorum tomus tertius*, Augustae Taurinorum, sumptibus Io. Baptistae Ratterij, 1579; CARLO RUINI, *Responsorum sive consiliorum tomus primus ... quintus*, Venetiis, apud Nicolaum Bevilaquam et socios, Lugduni 1571.

glossa, ovviamente il *Corpus iuris* giustiniano. Immane in ogni controversia in Toscana sui beni comuni, vi è poi il richiamo agli statuti del luogo¹³, nonché alla relazione di visita dell'uditore Bartolomeo Gherardini del 1676-1677¹⁴.

La causa riguardava la Comunità di Tocchi, presso Monticiano (nell'antico territorio senese infeudato ai Medici a metà Cinquecento), i cui 'comunisti' reclamavano il diritto di raccogliere castagne selvatiche in un bosco comunale *allivellato* (cioè concesso in enfiteusi perpetua) alla ricca famiglia senese dei Borghesi.

I Borghesi si presentavano in giudizio in litisconsorzio con il Comune di Tocchi, di cui peraltro da tempo controllavano le cariche e di cui avevano ricevuto in appalto la riscossione delle entrate un secolo prima, nel 1641. Infatti l'uditore Gherardini nel 1676 informa che, in quel tempo, l'organizzazione descritta dagli statuti del 1575 non esisteva più¹⁵. La Comunità, di cui non si menziona neppure la presenza di un Consiglio, era rappresentata dalla carica di due Priori e un Camerlengo di fiducia del Borghesi livellario delle entrate, che conservava presso di sé anche gli statuti. Ciò spiega bene come la lite vedesse schierati in giudizio gli «uomini di Tocchi» contro il Comune e i Borghesi.

I 'comunisti' ritenevano che la concessione riguardasse solo il pascolo delle ghiande e non le castagne selvatiche, ma subirono nel 1740 (1741 nel computo corrente) una pronuncia sfavorevole da parte del Magistrato dei Quattro Conservatori dello Stato di Siena, competente in materia in via ordinaria. Allora essi ricorsero al Granduca ed ottennero un'istanza ulteriore con il 'voto decisivo' della Rota, che dette loro ragione.

3. I PUNTI GIURIDICI SALIENTI

a) *La coesistenza di domini*

La Rota interpretò il diritto dei comunisti come un dominio coesistente con quello dell'enfiteuta (titolare di un dominio utile del bosco ghiandife-

¹³ In questo caso quelli del Comune di Tocchi del 1575, editi in ALESSANDRO DANI, *Gli statuti cinquecenteschi di Monticiano, Tocchi e Iesa: un'espressione di vitalità comunale poco duratura*, in *Monticiano e il suo territorio*, a cura di M. Ascheri, M. Borracelli, Siena, Cantagalli, 1997, pp. 206-215.

¹⁴ BARTOLOMEO GHERARDINI, *Visita fatta nell'anno 1676 alle città, terre, castelli, comuni e comunelli dello Stato della città di Siena*, in Archivio di Stato di Siena, MS D 85, 13-16. I passi riguardanti i beni comunali di Tocchi sono trascritti in ALESSANDRO DANI, *Usi civici nello Stato di Siena di età medicea*, Prefazione di D. Quagliani, Bologna, Monduzzi, 2003, p. 545.

¹⁵ B. GHERARDINI, *Visita*, cit., p. 15.

ro). Gli estensori ricordano come il dominio potesse scomporsi non solo in diretto e utile, ma anche in più domini utili in funzione del tipo di frutti e delle utilità rese all'uomo: tipicamente il dominio di ciò che produceva frutti naturali (spontanei) poteva appartenere agli uomini del posto ed il dominio di ciò che produceva frutti industriali (ottenuti con il lavoro dell'uomo) a soggetti privati¹⁶. E ciò non solo era possibile, ma anche vantaggioso per le popolazioni rurali:

Nei fondi inculti e salvatichi che producono i loro frutti senza alcuna industria umana [...] come sono i boschi e i prati, la comunione non solo può con facilità sussistere fra gli uomini della campagna, ma ella è inoltre di molto loro comodo e di molto vantaggio. Questo chiaramente apparisce sì se si consideri, che in tal forma tutti gli uomini della campagna per mezzo di queste terre di uso comune, e promiscuo vengono ad avere e legna, e pastura, e frutti salvatichi, cose tanto necessarie per il loro sostentamento, e del loro bestiame, e senza le quali sarebbero costretti a menare una vita infelice, privi di tutti quegli aiuti, dei quali hanno estremo bisogno; sì se si consideri esser certo, che una tale comunione si pratica in tutti i paesi a noi più conosciuti, cioè non solo nelle nostre campagne, e per tutta l'Italia, ma anche in quasi tutta l'Europa¹⁷.

Non siamo di fronte, per la Rota, né a servitù, né ad altro diritto reale limitato: vi sono «dentro gl'istessi confini due fondi, dei quali ciascuno appartiene al padrone del detto frutto»¹⁸. Ed anche diversi tipi di frutti spontanei – ghiande o castagne – possono appartenere a diversi proprietari: per questo nell'individuazione del bene era importante, come di solito avveniva, specificarne l'utilità (selva ghiandifera, cedua, castagneto ecc.) oltre ad i confini.

Se il fondo si denoti con un nome, che appelli immediatamente, ed espressamente ad un frutto determinato e. g. se si dica bandita da ghianda, o bosco da taglio in questi termini, quando noi siamo nel dubbio, né vi sia alcuno indizio di volontà in contrario, si deve attendere alla proprietà delle parole, e si deve dire, che il frutto espressamente nominato sia il sol frutto del fondo ad esclusione di ogni altro. Perciò sotto il nome di bandita da ghianda viene la bandita solo in quanto si considera, come un fondo, che produce la ghianda, e sotto il nome di bosco da taglio viene il bosco solo, in quan-

¹⁶ *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina cit.*, X, pp. 570-572, 575-576, 578-579, 606-607.

¹⁷ *Ivi*, pp. 570-571.

¹⁸ *Ivi*, p. 588.

to si considera, come un fondo, il cui frutto consiste nel taglio degli alberi, cioè di quegli alberi, che secondo la destinazione, e l'uso, di chi n'è padrone si sogliono ogni tanto tempo tagliare, perché questi alberi, che in tal forma si tagliano si considerano, come il frutto del fondo. Onde è che sotto questi nomi non s'intende indicato tutto il terreno, che è dentro ai confini della bandita, o del bosco. E così se in questo terreno vi siano alberi, che non producano ghianda, o non siano da taglio essi non restano compresi in tali fondi, ed il loro frutto in conseguenza non si può considerare come una parte, o come un accessorio del frutto di questi medesimi fondi, cioè, o della bandita da ghianda, o del bosco da taglio¹⁹.

Persino dunque nel momento stesso dell'individuazione del bene si nascondono insidie per lo storico, abituato a pensare in termine di appezzamenti di terreno di volta in volta caratterizzati da boschi, pascoli, coltivazioni etc., come suggerisce il principio di accessione introdotto, su basi romanistiche, nei codici civili moderni.

Questo aspetto già è stato ben colto ed illustrato da Ugo Petronio²⁰. Per l'Autore le fonti documentarie «inducono a ritenere che quando si nominavano i pascoli, i prati, le montagne, le selve, ci si riferiva soprattutto, o esclusivamente, alle *commoditates territorii* delle quali scrisse il Capobianco, non al suolo che le produceva»²¹. Al contrario dell'astratto territorio, avevano dunque rilievo giuridico i diversi tipi di utilizzo che esso concretamente consentiva (pascolare, seminare, coltivare alberi da frutto, fare legna etc.)²².

¹⁹ Ivi, pp. 589-590.

²⁰ UGO PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in *La proprietà e le proprietà*, Atti del Convegno di Pontignano 30/IX - 3/X 1985, a cura di E. Cortese, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 518-521.

²¹ U. PETRONIO, *Usi e demani civici*, cit., p. 519. Inoltre «prende anche corpo il sospetto che il bene, nel senso giuridico di oggetto del diritto, fosse rappresentato soprattutto dalle diverse *utilitates* del suolo e che quest'ultimo, invece, restasse prevalentemente una cosa, necessaria alla esistenza del bene, ma non identificabile compiutamente con esso» (Ivi, p. 520).

²² Già Francesco Ferrara osservava molto puntualmente, in una nota a sentenza del 1929, come «la proprietà si scinde in un complesso di facoltà e poteri di utilizzazione vari della cosa, e ciascuno di questi poteri, nei diversi aspetti della cosa, è una proprietà a sé, coesistente con tutte le altre [...]. Così era possibile sullo stesso fondo la scissione della proprietà del suolo, dal diritto di pascolo, dal diritto di semina, dal diritto di servirsi dell'acqua, dal diritto di ritrarre certi frutti ed utilità, in un miscuglio proteiforme e complicato, a cui la nostra mente abituata ai concetti romani si ribella e che perfino stenta a concepire!». Cfr. FRANCESCO FERRARA, *Diritto di macchiatico e superficie*, «Il Foro italiano», LIV. I, 1929, p. 1042.

Per inciso si può osservare, da una sentenza della Rota fiorentina del 1773 riguardante il taglio degli alberi a Montieri e Boccheggiano, che alla vigilia delle riforme leopoldine molta strada già era stata percorsa in questo senso: dopo aver distinto gli alberi del bosco ceduo (da considerarsi frutto) dagli alberi da pascolo (da considerarsi parte del fondo), si affermava che entrambi i tipi di alberi, finché erano uniti al suolo, facevano parte indistinta di esso²³. Ma appena trent'anni prima, nel caso di Tocchi, si prospetta un quadro diverso.

La lettura del diritto dei comunisti come un diritto reale non dominativo sarebbe stata certo meno loro favorevole ma non impossibile, visto che al tempo non esisteva un numero predefinito di diritti reali, posto dal codificatore moderno a tutela della posizione del pieno ed unico proprietario. Ma la categoria del *dominium utile* era altrettanto indefinita e capace di comprendere casi molto diversi, dal feudo alla superficie alla locazione a lungo termine²⁴.

Per la Rota non c'è comunque dubbio che si trattasse di dominio, pur coesistente con altri domini. E v'è di più. Anche nel caso delle bandite che il Comune dà in concessione a privati per una parte dell'anno permane un dominio in capo ai 'comunisti': dunque un'ulteriore scomposizione del dominio in base al periodo dell'anno, preventivamente stabilito in via pattizia con l'affittuario.

Questi ed altri simili diritti, che i Comunisti hanno nelle bandite, ed in altri fondi, che si dicono proprj delle Comunità avuto riguardo a certi tempi dell'anno ed al loro frutto più principale, non possono loro appartenere se non per ragion di dominio; perché si deve dire, che i Comunisti fin da principio, che seguì una tale alienazione, non hanno mai trasferito nella Comunità il dominio delle bandite, o d'altri fondi, rispetto a tutti i frutti, che si raccolgono in tutto l'anno dentro i confini di queste bandite, o di questi fondi; ma si deve dire, che abbiano trasferito il dominio di questi fondi, e di que-

²³ *Raccolta delle decisioni della Ruota Fiorentina dal 1700 al 1808*, a cura di C. Marzucchi, VIII, Firenze, tipografia della Vedova Marchini, 1861, dec. 398, *Montisaerei et Boccheggiani incisionis arborum*, 29-9-1773, pp. 246-247, n. 1: «Tutti gli alberi, in qualunque specie di selva, o cedua o pascua essi siano, finché sono al fondo coerenti, indistintamente sono un corpo medesimo col suolo a cui sono attaccati, sono parte di esso suolo, e con il suolo stesso si reputano una cosa immobile. *L. Quintus Mutius, ff. de act. empt. [Dig. 19.1.40]*. La diversità nasce dopo che sono stati recisi». Ciòè quelli della selva cedua diventano frutto spettante a chi ha il dominio utile del fondo, quelli del bosco a pastura continuano a considerarsi parte del fondo (Ivi, n. 3, pp. 247-248).

²⁴ PAOLO GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 247.

ste bandite solo rispetto a certi tempi dell'anno, e rispetto al frutto principale, non già rispetto agli altri tempi, e rispetto ai frutti meno principali, circa i quali si deve dire, circa i quali si deve dire, che si sieno riservati, e ritenuti lo stesso dominio, che prima v'avevano²⁵.

b) *Il concetto di una proprietà collettiva-comunitaria distinta da quella comunale*

E, venendo al secondo punto, il dominio dei comunisti non è da confondere con quello del Comune-persona giuridica. La Rota lesse il bene di uso civile come una proprietà indivisa degli utenti distinta dalla proprietà comunale²⁶.

Questi fondi dunque incolti e salvatici, attesa la loro natura appartengono pro indiviso a tutti i Comunisti di un medesimo luogo, considerato in particolare ciascuno, o secondo il modo di parlare dei nostri Dottori appartengono *ad omnes uti singulos, non uti universos* perché quantunque tutti sieno a godere di questi fondi, e ne percepiscano i frutti, nulladimeno questo si fa da ciascuno in particolare, e immediatamente da sé *Oter. de pascuis cap. 2, n. 7, 8 e il Bonden. n. 1, 2²⁷; De Luc. de servit. disc. 43, n. 7²⁸*, di qui è, che tali fondi, ed i loro frutti, in un certo senso solamente si possono dire della Comunità, cioè quando la voce Comunità si prenda nella sua significazione naturale, e più larga, cioè in quanto non altro significa, che il complesso di tutti gli uomini della Comunità, o vogliam dire i Comunisti presi insieme, essendo lo stesso in tal caso il dire, che una tal cosa è di tutti gli uomini di una Comunità, o di tutti i Comunisti, e il dire che ella è della Comunità. Ma quando questa voce si pigli, come più ordinariamente si fa nel senso civile, e più stretto, cioè quando per Comunità si prendono non semplicemente tutti gli uomini che sono nella Comunità, ma in quanto tutti presi insieme questi uomini costituiscono una sola persona civile, o vogliam dire un corpo collegiale [...], se in questo senso si prenda la voce Comunità (siccome in tal caso altro è comunità, altro son gli uomini della comunità) tali fondi non sono, né si possono dire degli uomini della medesima²⁹.

Più avanti si traggono nitide conclusioni: «Dalle cose dette fin qui è manifesto che i fondi che producono il loro frutto naturalmente senza bisogno di coltura, ed industria, attesa la lor natura, e l'origine appartengono a tutti gli uomini in particolare di quella Comunità, nel cui territorio sono posti»³⁰.

²⁵ *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina cit.*, X, pp. 575-576.

²⁶ *Ivi*, p. 578.

²⁷ A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis cit.*, cap. 2, nn. 7-8, p. 4.

²⁸ G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, IV, disc. 43, n. 7, p. 66.

²⁹ *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina cit.*, X, pp. 571-572.

³⁰ *Ivi*, p. 574.

In riguardo possiamo proporre qualche considerazione. La Rota probabilmente giudicò equamente la causa, distinguendo tra Comune e insieme dei comunisti, che a Tocchi si presentavano anche formalmente come parti contrapposte. Occorre però rilevare che ci troviamo di fronte ad un caso-limite: uno pseudo-Comune (diremmo un Comune-‘fantoccio’) controllato in tutto da un soggetto esterno.

Ma l’assunto di una netta separazione tra insieme di utenti e Comune appare, a mio avviso, piuttosto il portato di un’epoca tarda nella plurisecolare vita delle istituzioni comunali (e di quelle piccole in particolare). Acquisterà poi, nell’Ottocento, una nuova valenza e nuove ragioni d’essere con la concezione del Comune come ente derivato dallo Stato, svuotato di effettive istanze di partecipazione popolare: non è certo un caso che su una proprietà collettiva del tutto distinta da quella comunale si insisterà soprattutto dal secondo Ottocento, sia a livello di interesse scientifico che di riforme legislative (come quelle del 1888 e del 1894 per le ex-province pontificie)³¹.

Nei Comuni medievali e di Antico regime è dato osservare la presenza di beni destinati all’uso collettivo dei propri membri e beni gestiti in modo privatistico-patrimoniale per trarne un reddito per far fronte alle varie esigenze. Ma un discrimine netto in realtà non esisteva, sia per il passaggio da una categoria all’altra, sia per lo stesso possibile alternarsi di periodi di utilizzo collettivo e di concessione onerosa a privati. Ciò avveniva, esemplarmente, per le bandite di pascolo, affittate una parte dell’anno e lasciate all’uso comune nel restante periodo.

Non a caso una parte della storiografia giuridica ha espresso l’opinione che il concetto di proprietà collettiva fosse rimasto estraneo alla dottrina di diritto comune, che avrebbe invece costantemente letto le situazioni dei beni di uso collettivo come proprietà di *universitates* (per es. Comuni persone giuridiche) o di privati gravate semmai da diritti, usi, destinazioni peculiari a favore degli abitanti utenti. Senz’altro in molti casi i giuristi lessero i beni di utilizzo collettivo come beni – pubblici e privati – gravati da servitù (pur *sui generis, innominatae*, perché a voler restar fedeli alla grammatica giuridica romanistica non potevano intendersi né servitù prediali, né personali). Oppure vi scorsero una proprietà dell’*universitas* in cui la titolarità dominicale si scindeva dal godimento delle varie *utilitates* che il bene consentiva. I giuristi del

³¹ Cfr. *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888*, Atti del Convegno in onore di Giovanni Zucconi (1845-1894), a cura di P. G. Falaschi, Camerino, s. n., 1991.

tardo diritto comune presentavano spesso i beni di uso civico come appartenenti al Comune *quoad proprietatem*, e ai singoli suoi membri *quoad usum, quoad utilitatem, quoad effectum*. Fu questo probabilmente l'indirizzo prevalente nell'età del diritto comune complessivamente considerata, che poteva lasciare margini di incertezza sulla natura del diritto dei comunisti, interpretabile sia come dominio utile³², sia come situazione di più modesta pregnanza.

Nel nostro caso però il diritto dei 'comunisti' è letto chiaramente dalla Rota come dominio ed ebbe probabilmente un peso l'opinione di Giovanni Battista De Luca³³, l'insigne giurista lucano che nel secolo precedente si era più volte occupato, in una decina di pareri poi raccolti del suo *Theatrum*, dei beni di uso civico (sembra anche che si debba a lui il primo utilizzo di questo termine, poi divenuto corrente)³⁴. De Luca conosceva bene la tradizione feudistica meridionale nonché le prassi in uso presso le popolazioni rurali che risentivano, ancora in età moderna, di retaggi germanici e specialmente longobardi. E l'in-

³² Peraltro l'*utilitas*, l'*usus* fu variamente intesa: secondo Paolo Grossi per Baldo degli Ubaldi rappresentava l'effetto di un dominio utile *ex iure gentium*, conferendo prevalente rilievo al concreto potere di godimento. Cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose cit.*, p. 28.

³³ Sul tema debbo rinviare al mio articolo *Frutti naturali e domini comunitari nell'esperienza giuridica di Antico regime*, «Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva», I, 2006, pp. 113-128. De Luca, in un parere a favore della comunità di Toscanella, in lite contro i Doganieri del Patrimonio, aveva scritto: «Cum etenim non implicitum ejusdem rei dominium esset penes duos insolidum diversis respectibus, uno scilicet ratione dominii directi, altero utilis; seu quod res sit in dominio unius quoad certum genus fructuum, puta industrialium, et in dominio alterius quoad aliud genus, puta naturalium [...]. Idcirco dicebam posse simul stare, quod particulares, potius jure cujusdam perpetuae coloniae essent huiusmodi terrarum et praediorum domini pro sola cultura, sive solis fructibus industrialibus, reliquum vero dominium pro herba tanquam fructu naturali esset ipsius Communitatis originariae et directae dominae [...]. Et comprobatur praxis plurium locorum Status Ecclesiastici, in quibus dominium directum universi territorii est domini loci ac etiam utile quoad herbas et pascua, dominium vero particularium fundos et praedia in eodem territorio possidentium restringitur ad quamdam speciem coloniae pro solis fructibus industrialibus» (G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, IV, disc. 35, nn. 4-8, 55). L'opinione fu accolta dal lodo arbitrale rimesso al giudice rotale cardinale Ottoboni. Il principio fu poi ripreso da De Luca nella *Summa* al libro sulle servitù (III, n. 74), dove definì il diritto dei comunisti come «dominium vel usus, omnibus civibus et incolis [...] commune» (Ivi, p. 173).

³⁴ Lo ha rilevato STEFANO BARBACETTO, *Servitù di pascolo, civicus usus e beni comuni nell'opera di Giovanni Battista De Luca († 1683)*, in *Cosa apprendere dalla proprietà collettiva. La consuetudine fra tradizione e modernità*, Atti del Convegno (Trento, 14-15 novembre 2002), a cura di P. Nervi, Padova, Cedam, 2003, pp. 278-281.

flusso longobardo fu forte al sud, nel vasto Ducato di Benevento, come in Toscana, dove si radicarono consuetudini che esulavano del tutto dai principi romanistici, recepite talvolta anche negli statuti comunali³⁵.

La consuetudine dei territori toscani, a ben vedere, è la fonte che i giudici rotali tengono prioritariamente presente, nonostante i ricorrenti richiami al diritto giustiniano ed alla dottrina relativa. E non si trattava affatto di una forzatura giacché per opinione comune si riteneva che lo *ius proprium* (scritto o non in statuti) potesse derogare al diritto romano³⁶. Di qui la necessaria attenzione a forme di appartenenza nate nel cuore del Medioevo ignare della dogmatica romanistica, verso cui semmai furono poi i giuristi, a partire dai Glossatori, a tentare di ricondurle, con mediazioni – e forzature – significative.

Ma i giuristi più accorti ed esperti del mondo della prassi, con il suo intreccio complesso di fonti, avvertivano che il diritto locale dovesse prevalere su quello comune. Per De Luca «similes quaestiones, in ista pascuorum materia cadentes, a locorum legibus vel moribus normam seu praxim recipiunt, ideoque certam ac uniformem non de facili recipiunt regulam, vel iuris theoriam, sed pro facti qualitate diversas recipiunt decisiones»³⁷.

Ciò determinava, comprensibilmente, una varietà di situazioni ed insieme incertezze, ambiguità, confusioni riguardo la situazione giuridica dei beni comuni.

Il punto però, a me sembra, è di capire se veramente e fino a che punto si considerasse il Comune-persona giuridica come qualcosa di effettivamente e nettamente distinto dalla comunità di cui era espressione.

Nel *Tractatus de iure universitatum* di Nicolò Losa, di primo Seicento, in cui si condensano, senza pretese di originalità e innovazione, le *communes opiniones* dei secoli precedenti, l'*universitas* si mostra in stretta relazione con la collettività di cui è espressione: da un punto di vista, è una *persona ficta* distinta dai suoi membri, ma, da un altro punto di vista, è anche la mera *congregatio* delle persone fisiche che la compongono. Per Losa, seguendo la lettura trecentesca di Baldo degli Ubaldi, l'*universitas* si può considerare in due modi, uno astratto (e si ha l'ente) ed uno concreto (e si ha l'insieme degli individui)³⁸.

³⁵ In proposito devo rinviare al mio ultimo lavoro *Gli statuti dei Comuni della Repubblica di Siena (secoli XIII-XV). Profilo di una cultura comunitaria*, Siena, Il Leccio, 2015.

³⁶ Sul tema cfr. il mio *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Bologna, Monduzzi, 2008, pp. 97-167.

³⁷ G. B. DE LUCA, *Theatrum* cit., IV: *De servitutibus, Summa sive compendium*, § III, n. 85, p. 173.

³⁸ NICOLÒ LOSA, *Tractatus de iure universitatum*, Lugduni, sumptibus Antonii Chard, 1627, pars I, cap. I, n. 10, 14-15.

Le regole che presiedevano al funzionamento di molte *universitates* cittadine, e soprattutto castrensi e rurali, suggeriscono che esse non fossero soltanto e semplicemente intese alla stregua di Enti territoriali-persone giuridiche di diritto pubblico, come oggi, perché la persona giuridica si mostrava sotto vari aspetti indissolubilmente legata alla collettività che esprimeva e per questo si prevedevano non di rado anche intensi momenti partecipativi – che poi andranno perduti proprio con lo Stato liberale ottocentesco.

Moltissimi statuti ed un'abbondante documentazione comunale, sia di centri minori che di grandi città, non a caso assegnano ad assemblee amplissime la trattazione delle questioni più importanti per la comunità, come l'approvazione o la riforma di statuti, i rapporti con l'esterno e la disposizione dei beni di interesse collettivo³⁹. Nei Comuni rurali frequenti erano le assemblee dei capifamiglia (o di uno per casa), di regola si prevedeva un rapido avvicendamento dei cittadini nelle cariche comunali ed una rilevante partecipazione collettiva tanto nella gestione comunitaria (e dei beni comuni) quanto sotto il profilo operativo, della concreta collaborazione alle attività di interesse comune che si rendevano di volta in volta necessarie.

Ma non esisteva un modello unico di Comune: la libertà di auto-organizzazione e la potestà normativa di cui le comunità godevano produssero una vasta tipologia di esperienze istituzionali locali, con organi e cariche diverse, con diverso grado di partecipazione. E ciò rende molto difficile un'analisi di tipo teorico. Autonomia (per usare un termine forse non del tutto appropriato) significava anche diversificazione, regole e prassi difformi da luogo a luogo.

Ciò complica il compito dello storico di oggi, come complicava quello dei giuristi di un tempo, che nondimeno elaborarono alcuni principi di base. Ad esempio, la dottrina in età moderna concordemente riteneva che la competenza per gestire i beni comunali di uso civico, quelli che in sostanza possono definirsi come 'beni comuni', spettasse necessariamente all'assemblea dei capifamiglia (*per capita domorum*). Ed alla materia dei beni comuni doveva applicarsi il principio *quod omnes tangit ab omnibus debet adprobari*, cioè del consenso unanime, che i giuristi estrapolarono dal diritto romano (ma applicato a tutt'altri casi, come la tutela congiunta di minori: C. 5.59.5). Appare verosimile che il principio del *quod omnes tangit* applicato alla gestione dei beni comuni sia da leg-

³⁹ Per la Toscana senese cfr. ALESSANDRO DANI, *I Comuni dello Stato di Siena e le loro assemblee (secc. XIV-XVIII). I caratteri di una cultura giuridico-politica*, Siena, Cantagalli, 1998.

gere come un avallo autorevole a prassi diffuse presso le popolazioni rurali e cittadine che, in realtà, non avevano molto a che vedere con il diritto romano⁴⁰.

Questo principio credo che si possa leggere anche come una conferma che la comunità percepiva questi beni come propri, al di là della mediazione dell'istituzione comunale formalizzata in persona giuridica. In altre parole, ritengo che la comunità percepisse effettivamente questi come 'beni comuni', richiedenti modalità di gestione diverse dai beni comunali patrimoniali. È l'altra faccia, più arcaica e collettivista, del Comune: l'insieme degli *homines* che lo compongono, che viene in rilievo e che mostra, a mio avviso, l'inadeguatezza dell'equiparazione *tout court* ai beni comunali del diritto vigente.

c) *La paterna tutela del Principe sui beni comuni*

Di questi beni collettivi il Comune-persona giuridica avrebbe potuto disporre soltanto con autorizzazione del Principe. Leggiamo nella decisione: «Ma a volere che questi fondi mutino natura, e che d'appartenenti a tutti i Comuni, ed a ciascuno di loro in particolare divengano propri della Comunità vi è necessaria l'autorità pubblica, o vogliamo dire la potestà suprema civile»⁴¹. Ciò perché «il gius d'imporre collette si numera fra quei dritti che appartengono alla suprema potestà»⁴². Esclusi i casi di conversioni risalenti a tempo immemorabile o previste in statuti approvati dall'autorità superiore, negli altri casi occorre una manifestazione di volontà sovrana – assimilabile all'esproprio per pubblica utilità – nella forma di un rescritto con la clausola *non obstante*.

Siamo dunque entro quella funzione tutoria che il Principe – e le sue dirette emanazioni giurisdizionali – andarono, se non creando *ex-novo* (visto che le radici sono medievali), perfezionando in età moderna: in Toscana soprattutto dal 1560, con la creazione delle magistrature dei Quattro Conservatori a Siena e dei Nove Conservatori a Firenze, volte appunto in primo luogo alla conservazione dei beni delle comunità soggette⁴³.

⁴⁰ Cfr. ALESSANDRO DANI, *Tra 'pubblico' e 'privato': i principi giuridici sulla gestione dei beni comuni ed un "consilium" cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, 3. *Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità*, a cura di G. Dilcher, D. Quagliani, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 599-638.

⁴¹ *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina cit.*, X, p. 573.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Doveroso è il rinvio, in proposito, all'approfondito studio di L. MANNORI, *Il sovrano tutore cit.*

Le comunità mantennero la propria identità istituzionale, la piena personalità e capacità giuridica, potendo essere titolari di beni e diritti; continuarono anche a gestire questi ultimi con le procedure consuete, ma ora con limiti precisi. Vennero infatti assimilate alle persone fisiche incapaci di agire e bisognose dell'intervento di un tutore per compiere gli atti dispositivi più importanti. Fu quindi introdotta la necessità di autorizzazione superiore per alienare beni immobiliari o per concederli a terzi per lunghi periodi, per assumere impegni straordinari di spesa. In età moderna, un po' ovunque nei vari Stati italiani, le comunità non potevano ormai disporre né dei beni 'patrimoniali', né di quelli destinati alla fruizione collettiva senza l'autorizzazione delle magistrature 'tutorie'. Accanto all'elemento oggettivo di perdita di libertà per i Comuni, di spossessamento della piena capacità gestionale, si ebbe nondimeno – e il caso di Tocchi lo comprova – anche un'effettiva azione di tutela e conservazione dei beni collettivi. Non di rado all'interno delle comunità si verificavano prevaricazioni e soprusi ai danni di componenti deboli, che non riuscivano ad ottenere il rispetto dei propri diritti in sede locale. Sovente nascevano contrasti e liti interminabili tra comunità limitrofe per l'utilizzo di beni comuni *promiscui* o per questioni di confini. Altrettanto spesso – è il nostro caso – si avevano nei confronti delle comunità ingerenze e pressioni di segno diremmo oggi liberista (volte alla privatizzazione di beni comuni) da parte di potenti soggetti estranei come ricchi cittadini nobili e borghesi, grandi enti e così via, i quali spesso spaccavano la coesione della comunità. In questi casi la comunità non riusciva più a tutelare il proprio equilibrio istituzionale ed il proprio patrimonio e non poteva essere da altri soccorsa se non dal sovrano, ovvero da magistrature da questi appositamente create allo scopo di 'conservare' i beni comunali e di garantire il 'buon governo' degli stessi.

4. LA DECISIONE COME 'CANTO DEL CIGNO' DI UNA CONCEZIONE PRE-MODERNA DEI BENI COMUNI

La nostra decisione può essere considerata probabilmente una delle più importanti pronunce giudiziali dell'età del diritto comune a favore dei beni comuni, sia per la nettezza dei principi affermati che per l'autorevolezza del tribunale. Essa rispecchiò una, pur fluttuante e mutevole, duratura linea giurisprudenziale volta alla loro tutela, prevalente nel granducato mediceo, che mirava a non stravolgere situazioni giuridiche consolidate nel tempo nel segno della mediazione di interessi diversi. La stessa Dogana dei Paschi, che permetteva in Maremma introiti pubblici considerevoli, presupponeva la co-

esistenza di domini, la non recinzione delle proprietà, l'intreccio – pur non sempre facile – di diritti doganali e di uso civico.

Ma si trattò quasi di un 'canto del cigno'. Di lì a poco le riforme di Pietro Leopoldo negli anni Settanta del Settecento, ispirate dalle idee fisiocratiche e dalle nuove dottrine liberiste, avrebbero impresso una svolta decisiva verso la piena proprietà fondiaria da un lato e verso la privatizzazione dei beni comunali dall'altro. La finalità era la creazione di una proprietà *piena ed assoluta*: una linea politica destinata a grandi fortune nell'Ottocento e già disegnata con estrema chiarezza dal Granduca lorenese. Ad esempio, nell'editto dell'11 aprile 1778 che sopprime la Dogana dei Paschi si legge:

Volendo Noi rimuovere nel nostro Stato di Siena i perniciosi effetti, che ovunque produce la separazione del diritto del pascolo dal dominio del suolo, siamo venuti nella determinazione di riunire generalmente nel detto Stato di Siena, e di consolidare nel padrone del suolo il dominio pieno ed assoluto del terreno colla percezione di tutti i suoi frutti⁴⁴.

Diritti come quelli degli uomini di Tocchi non furono più intesi come domini comunitari, con le tutele che ciò comportava, ma come *servitù*, vincoli odiosi retaggio del Medioevo, e dunque da abolire al più presto. Il Comune, controllato dai maggiori proprietari *in loco*, assorbì ogni autonoma rilevanza giuridica della collettività degli utenti, tra numerose proteste delle popolazioni rurali interessate. Queste ultime costrinsero il Granduca ad una esasperata diversificazione dei provvedimenti da Provincia a Provincia, da Comune a Comune: la Soprintendenza delle Comunità accordò con rescritto le deroghe richieste dai Comuni più risoluti e combattivi, non fiaccati da divisioni interne. Solo in limitati casi vi furono evidenti benefici della privatizzazione, come quando essa fu seguita dalla bonifica del territorio⁴⁵.

⁴⁴ PIETRO FEDERICO, *Codice degli usi civici e delle proprietà collettive*, Roma, Buffetti, 1995, p. 1700.

⁴⁵ Cfr. MARIO MIRRI, *Proprietari e contadini toscani nelle riforme leopoldine*, «Movimento Operaio», II, 1955, pp. 173-229; LUIGI TOCCHINI, *Usi civici e beni comunali nelle riforme leopoldine*, «Studi Storici», II, 1961, pp. 223-266; GIORGIO GIORGETTI, *Per una storia delle allivellazioni leopoldine*, «Studi Storici», VII, 2, 1966, pp. 245-290; VII, 3, 1966, pp. 516-584; MARIO MONTORZI, *Modelli di proprietà in Toscana al tempo delle riforme leopoldine. Premesse giuridiche di una strategia riformatrice*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., ora in *Giustizia in contado*, Firenze, Edifir, 1997, pp. 155-168; ALESSANDRO DANI, *Aspetti e problemi giuridici della sopravvivenza degli usi civici in Toscana in età moderna e contemporanea*, «Archivio storico italiano», DLXXX, 2, 1999, pp. 285-326.

La via abolizionista fu poi percorsa con maggiore decisione nel periodo francese – non avevano del resto i rivoluzionari proclamato il carattere sacro e inviolabile della proprietà privata? – e nel corso dell'Ottocento, con il ben noto prevalere ovunque dell'ideale proprietario borghese. Come ha osservato Paolo Grossi, «impostata sulla tutela a oltranza dell'individuo proprietario, la modernità giuridica è dominata da una concezione esasperatamente soggettiva della proprietà privata», divenendo, molto più di un insieme di poteri, un aspetto della intangibile sfera morale dell'individuo⁴⁶.

In quest'ottica un forte sospetto, quando non un netto rifiuto, si volse verso tutto ciò che sapeva di vecchio comunitarismo medievale: dai beni comuni del mondo rurale alle corporazioni di mestiere agli ordini monastici. Occorrerà attendere, com'è noto, la fine dell'Ottocento per vedere incrinarsi le certezze giuridiche borghesi, anche grazie a dure lotte sociali ed al diffondersi di critiche radicali all'ordine capitalista.

5. QUALCHE MOTIVO DI ATTUALITÀ DELLA DECISIONE ROTALE FIORENTINA

Oggi nell'ottica di certe linee di riforma, come ad esempio in quella della Commissione Rodotà, il concetto di beni comuni deve essere sgomberato da un necessario riferimento alla titolarità della proprietà. I beni comuni possono articolarsi in una varia gamma di situazioni di appartenenza piena e non piena, di fruizione tutelata, con uno spostamento di attenzione dall'appartenenza formale dei beni comuni, ovvero della loro titolarità (eventualmente anche pubblica e privata), alla tutela dei diritti collettivi fondamentali soddisfatti dalle utilità rese⁴⁷. Accesso e proprietà, dunque, come categorie distinte, in modo da rendere possibile il godimento delle utilità di un bene anche al non proprietario. Una proprietà non più 'esclusiva', ma 'inclusiva'. Come ha scritto Rodotà, «l'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione»⁴⁸.

⁴⁶ P. GROSSI, *I beni cit.*, p. 1062.

⁴⁷ Cfr. ALBERTO LUCARELLI, *Beni comuni: dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, Dissensi, 2011, pp. 25 e 38-39, dove si osserva: «Più che il titolo di proprietà (pubblico o privato), dunque, rileva la funzione e l'individuazione dei diritti; rileva la situazione di fatto, piuttosto che il titolo formale, risulta più importante, appunto, per la tutela effettiva del diritto, il momento possessorio e la fase gestionale, che il titolo di proprietà del bene».

⁴⁸ STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 109.

In questi casi, ha osservato Lucarelli, la natura giuridica del *diritto* dovrebbe prevalere su quella del *bene*⁴⁹. Ciò comporta quindi il primato della funzione sul titolo e delle istanze sociali su quelle individuali⁵⁰. La fruizione collettiva si porrebbe dunque come limite e condizione alla proprietà pubblica e privata quando si tratta di beni qualificati come *comuni*. La titolarità della proprietà non potrebbe in questi casi impedire l'accesso alle risorse naturali, alla stregua di quanto accadeva spesso nel mondo pre-moderno non solo con il dominio diretto, ma anche con il dominio utile quando ne coesistevano più d'uno sullo stesso bene o quando vi erano pesanti di diritti di godimento in capo a terzi. In altri termini, la proprietà in queste peculiari situazioni perderebbe i suoi caratteri di pienezza ed esclusività, usualmente riconosciuti a partire dalla rivoluzioni borghesi.

Non è forse fuori luogo ritenere, allora, che il patrimonio giuridico del passato possa ancora offrire qualche utile indicazione, anche con un recupero di complessità, di equilibrio, di antichi principi di giustizia distributiva da far rivivere in soluzioni adatte ai nostri tempi.

⁴⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni* cit., pp. 42-44.

⁵⁰ Ivi, p. 53.

APPENDICE

Decisione della Rota Fiorentina

Senensis juris colligendi castaneas sylvestres coram Luci e Albizzi

24 settembre 1742

[*Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina dal 1700 al 1808*, a cura di C. Marzucchi, X, Firenze, presso la Vedova Marchini, 1852, dec. 852, pp. 558-629]

[...]

[565] I. La Comunità di Tocchi amministrava già da per sé, o vogliamo dire per mezzo de' suoi Rappresentanti le sue entrate, destinate a supplire alle spese, che alla medesima Comunità appartengono. I Signori Baldassarre, e Gio. Battista Borghesi nell'anno 1640 porsero preci a S.A.S. [566] dopo aver detto di sapere esser mente della medesima A.S.S. di vendere l'entrate della Comunità di Tocchi, s'offerse- ro essi pronti a comprarle a loro linea mascolina, e femminina per quel prezzo, e con quei capitoli, che avessero convenuto col Magistrato dei Sigg. Conservatori, al qual Magistrato queste preci furono poi trasmesse per informazione per benigno Rescritto di S.A.S. del 5 Febbraio 1640.

II. Il Magistrato dei Sigg. Conservatori avanti di fare la comandata informazione fece proporre questa domanda dei Signori Borghesi supplicanti nel Consiglio del Comune di Tocchi, dove tutti quelli, che intervennero, come Terrieri di quel luogo, deliberarono di voto concorde doversi fare una tal concessione, o vogliam dire livello, purché questo seguisse con alcuni patti, e capitoli, che si leggono nel Consiglio, che fu da essi messo in carta, e trasmesso ai Signori Conservatori. In questo Consiglio, omessi qui gli altri capitoli, che non riguardano la causa della quale si parla, i Comunisti di Tocchi pongono in primo luogo, quasi come articolo fondamentale, e preliminare "*primo, che gli uomini di nostra Comunità rimanghino nelle loro ragioni nelle quali sono stati, e si ritrovano di presente*" e fatta una tal premessa generale venendo poi al particolare delle castagne selvatiche così s'espressero al § VI. "*che gli sia lecito cor- re le castagne per la bandita, e per gli usi, come hanno fatto per il passato*".

III. Inteso, che ebbe il Magistrato dei Sigg. Conservatori per mezzo di questo consiglio, qual era il sentimento dei Terrieri di Tocchi, o vogliam dire di tutti i rap- presentanti quella Comunità, sentì pure, com'era dovere, quello, che dalla parte loro domandavano i Signori Borghesi, ed in tal forma, sentita l'una parte, e l'altra, fece il dì 20 Maggio 1641 la sua informazione, o vogliam dire partecipazione a S.A.S. in cui son riferite in particolare le domande scambievoli d'ambo le parti. I Sigg. Borghesi, omesse ora l'altre loro domande, che sono fuora della presente ispezione, ancorché ammettessero in generale, che gli uomini di Tocchi dovessero rimanere nelle ragioni, nelle quali erano stati fino a quel tempo, nulladimeno venendo poi al particolare delle castagne selvatiche della bandita non consentivano, che queste si dovessero cogliere dagli uomini di Tocchi, allegando che questo sarebbe stato di troppo loro pregiudizio. Tutto questo chiaramente apparisce dalle parole della parteci- pazione in quella parte dove s'espongono i patti, e capitoli, coi quali, e non altri-

menti [567] i Terrieri di Tocchi avevano deliberato nel loro Consiglio che si facesse la concessione, perché ivi al § I. si legge *“primo, che gli uomini di detto Comune restino nelle ragioni, nelle quali sono stati, e sono di presente, ed a questo non contradicono i Supplicanti, e a noi par giusto”* e al § VI. *“che gli sia lecito corre le castagne per la bandita, e per gli usi, come hanno fatto per il passato, per la bandita i Supplicanti non consentono, che gli sarebbe di troppo pregiudizio, ma per gli usi non se gli può negare”*.

IV. Si deve di più osservare, che in questa partecipazione fu rappresentato a S.A.S. il calcolo di tutte l'entrate della Comunità di Tocchi individuato in particolare ciascun capo d'entrata, e d'uscita. La somma di tutta l'annua entrata fu trovata ascendere a lire 244, e la somma dell'uscita a lire 253, alla quale poi si dice doversi aggiungere alcune spese straordinarie. Ed in sequela di questo calcolo fu proposto, che si dovessero l'entrate della Comunità concedere ai Sigg. Borghesi per Scudi 35, o vogliam dire lire 245 di canone a linea mascolina però solamente non già a linea mascolina e femminina, come essi avevano supplicato.

V. Donde si vede chiaro, che rispetto all'entrate non vi fu vantaggio alcuno considerabile della Comunità, perché fissato il canone in lire 245 l'annua entrata, che fu considerata, come abbiamo detto di lire 244 non restò aumentata, che d'una sola lira. E quantunque si dica nella partecipazione dai Sigg. Conservatori che *“dandosi l'entrate a' Supplicanti per li Scudi 35 l'anno di lire 7 l'uno la cassa (s'intende la cassa dei Sigg. Conservatori) conseguirà di sicuro le sue lire 57 e soldi 10 e non dovrà con suo scapito, come ha fatto finora pagare ogni anno la biccherna, e opera, che importa lire 61 e soldi 17”* egli è però vero, che questo vantaggio non può, né si fa dependere nella partecipazione dall'aumento dell'annua entrata, ma si fa unicamente dependere dalla riforma d'alcune spese, che si considerano potersi risparmiare, e levare dall'uscita non essendo più necessarie, date che fussero a livello l'entrate della Comunità di Signori Borghesi, come chiaramente si vede dalle parole, che seguono immediatamente dopo le riferite qui sopra *“è vero, che detti Scudi 35 non bastano per la detta uscita massime, che bisogna aggiungervi la spesa straordinaria delli scrittori dei vini, che importerà lire 35 il meno, e qualche altra spesa di saldo dei conti, o lettere necessarie, che si fa conto, che in tutto possa mancare lire 50 ma si potrebbero [568] levare dall'uscita l'infrascritte cioè lire 16 che si danno al Camarlingo, che non sarà più necessario tenerlo, lire 20, per il sindacato del Camarlingo, e notaio, lire 8 per la carta, cera, e inchiostro, lire 2 per i contatori, che dovrebbero bastare se li scrittori non vi stessero le tre giornate intiere [...]* Lire 46.

VI. Questa partecipazione apparisce sottoscritta del 23 Maggio 1641 e pochi giorni dopo, cioè nel dì 7 Giugno 1641 emanò sotto di essa da S.A.S. benigno Rescritto del seguente tenore *“approvasi, e facciasi come si propone”* in virtù ed esecuzione di questo Rescritto i Signori Conservatori sotto il dì 30 Agosto 1641 stipularono il contratto di concessione livellaria coi Signori Borghesi, come per pubblico istrumento apparisce. In quest'istrumento al § VII. parlandosi in generale si dice *“che gli uomini del Comune di Tocchi siano nelle ragioni, nelle quali sono stati, e sono di presente”* ma poi al § XIII. parlandosi in particolare delle castagne selvatiche abbiamo quant'appresso *“che li detti uomini possino corre le castagne, come hanno fatto per il passato, ma non già per la bandita”* non vi è però alcuna prova di fatto, che l'istrumento in questa parte sia stato mai eseguito, o vogliam dire, che gli uomini di Tocchi ancor dopo la celebrazione di esso si siano mai astenuti dal cogliere le castagne selvatiche della bandita.

VII. Queste sono le notizie di fatto le più principali, riguardo al merito di questa causa. Passando ora a ciò che diede occasione al litigio è da sapersi, come non ostante tutto quello, che in contrario fosse convenuto nell'istrumento, trovandosi tuttavia gli uomini, o vogliam dire i Comunisti di Tocchi in possesso di cogliere le castagne non solo degli usi, come anche della bandita fino a tutto il mese di Ottobre, o vogliamo dire fino alla festività d'ogni Santi, fu il dì 16 Novembre 1739 ad istanza del Sig. Gio. Battista Borghesi, che allora era, ed è anche al presente livellario, e per esso del Sig. Niccolò suo figliuolo, fatto decreto dal Magistrato dei Signori Conservatori, che per pubblico bando si notificasse in Tocchi, che gli uomini di quel Comune non potevano a forma dell'istrumento fare diverse cose, che facevano, ed in specie corre le castagne salvatiche della bandita.

VIII. Ma non avendo questo bando avuto effetto veruno, almeno rispetto alle castagne salvatiche, fu poi ad istanza dei Signori Borghesi il dì 12 Novembre 1740 fatto precetto ad alcuni Comunisti di Tocchi [569] specialmente nominati acciò desistessero dalle medesime cose, ed in specie dal cogliere le castagne salvatiche della bandita, alle quali nel progresso della causa fu poi ridotta tutta la disputa. Si deve anche osservare, che nel progresso di questa causa sotto il dì 29 Novembre 1740 comparve il Sig. Dott. Stefano Montorselli non tanto in nome dei detti Sigg. Borghesi, quanto anche in nome della Comunità di Tocchi, e che atteso il modo d'agitare dell'una parte, e dell'altra, fu cumulado il possessorio col petitorio. Finalmente sotto il dì 10 Gennaio 1740 in 41 emanò sentenza dal Magistrato dei Signori Conservatori coll'intervento del Signor Assessore, dove fu detto, atteso l'istrumento del 30 Agosto 1641 non esser lecito agli uomini di Tocchi cogliere le castagne della bandita, e fu confermato il precetto già fatto contro alcuni Comunisti di Tocchi.

IX. Sentendosi gli uomini di Tocchi gravati da questa pronunzia ricorsero a S.A.R. per la revisione, la quale ottennero con benigno Rescritto del dì 29 Maggio 1741 avanti il medesimo Magistrato dei Signori Conservatori col voto decisivo di questa Ruota, avanti la quale essendosi disputata la causa con molta diligenza, e calore, dopo lunga, e seria discussione il dì 24 Settembre noi due fummo di sentimento esser lecito agli uomini di Tocchi corre le castagne salvatiche della bandita fino al dì primo Novembre di ciascun'anno, e perciò doversi i medesimi mantenere in un tal possesso, revocando in tal guisa la precedente sentenza, non ostante il dissenso del Signor Auditore Incontri di sempre lodevole memoria altro nostro Collega, che credé doverla confermare in tutte le sue parti.

ARTICOLO I

Si premettono alcune cose generali.

X. Dovendo io presentemente esporre i motivi, che c'indussero a decidere in questa forma, affin di procedere con maggior chiarezza, e con maggiore ordine, ho creduto in questo primo articolo dover premettere alcune cose generali necessarie all'intelligenza di quanto si dirà nel secondo, e terzo articolo, dove s'addurranno le

ragioni più particolari su le quali è appoggiata la nostra sentenza, e si rimoveranno gli obietti, che si possono fare in contrario. [570]

XI. S'osserva generalmente nelle campagne, che oltre i fondi la cui proprietà, e godimento de' frutti appartiene in particolare a ciascuno ad esclusione d'ogni altro, vi sono altri fondi comuni, o vogliam dire, che per indiviso appartengono a quelli, che sono d'una medesima Comunità, o che abitano in un medesimo luogo, i quali tutti promiscuamente si servono dei loro frutti senza che l'uno all'altro possa impedirlo. Questi fondi sogliono esser quelli, che producono naturalmente il frutto, come sono le foreste, le boscaglie, e le praterie che senza bisogno della cultura, e industria umana producono ghiande, castagne, erba, ed altri simili frutti, che sono d'uso comune, e promiscuo di tutti gli uomini di quella Comunità, nel cui territorio tali fondi son posti *De Luc. de servit. in summa num. 73*⁵¹ et in *Oter. de pascuis cap. 3.4. ed ivi il Bondeno*⁵², *De Luca de servit. disc. 37. num. 5.8*⁵³, et *de feudis disc. 65. num. 9. disc. 40. n. 5 disc. 42. num 2*⁵⁴, et seq. *Rota Romana coram Molines dec. 774. num. 9.10. et decis. 833. num. 8. et seq. et decis. 917. num. 8. et seq.*⁵⁵, *Larrea alleg. 120. per tot. et maxime n. 8. et seq.*⁵⁶, *Barbat. de divisione fructuum part. 1. cap. 1 n. 9*⁵⁷, e si aggiunga il *Calvino nel Lessico verb. campascuus ager*⁵⁸, ed il *Tolosano in syntagmate juris lib. 3. cap. 15. n. 14.15*⁵⁹, dai quali a questo proposito si riferiscono alcuni passi d'antichi scrittori latini.

XII. È certo la comunione fra gli uomini non può se non con somma difficoltà sussistere circa quei fondi, che si dicono ridotti a cultura, i quali hanno principalmente bisogno dell'industria umana nella produzione dei loro frutti, quali sono il grano, il vino, l'olio e simili, che perciò si chiamano dai nostri Dottori frutti indu-

⁵¹ GIOVANNI BATTISTA DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae sive decisivi discursus per materias*, IV: *De servitutibus*, Venetiis, apud Paulum Balleonium, 1716 [I ed. Romae 1669], *Summa*, § 73, p. 173.

⁵² ANTONIO FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis, et jure pascendi, cum notis et additionibus Vincentii Bondeni*, Venetiis, typis Modesti Fentii, 1753 [I ed. Lugduni 1687], cap. 3-4, pp. 3-9.

⁵³ G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, IV: *De servitutibus*, disc. 37, nn. 5, 8, p. 59.

⁵⁴ Ivi, I: *De feudis*, disc. 65, n. 9; disc. 40, n. 5, disc. 42, n. e ss.

⁵⁵ *Sacrae Rotae Romanae decisiones coram R.P.D. Josepho Molines*, Romae, ex typographia Francisci Zinghi, 1728, dec. 774, nn. 9-10; dec. 833, n. 8; dec. 917, n. 8.

⁵⁶ JUAN BAUTISTA LARREA, *Allegationes fiscales*, Lugduni, sumptus Petri Borde, Joannis et Petri Arnaud, 1699, alleg. 120, n. 8 e ss.

⁵⁷ ORAZIO BARBATO, *De divisione fructuum inter plures illosque diversos*, Neapoli, typis Iacobi Gaffari, 1638, pars I, cap. I, n. 9, p. 4 e ss.

⁵⁸ JOHANN KAHL (CALVINUS), *Lexicon magnum iuris*, Genevae, sumptibus Iohannis Antonii Chouet, 1689, s.v. *Compascuus ager*.

⁵⁹ PIERRE GRÉGOIRE (TOLOSANUS), *Syntagma iuris universi*, Genevae, excudebat Matthaëus Berjon, 1623, lib. III, cap. 15, nn. 14-15.

striali *Menochius de arbitrariis cas. 210. per tot.*⁶⁰, *Tuscius litt. F. concl. 485*⁶¹, *Gallus de fructib. disp. 2. artic. 1. num. 9. et seq.*⁶², perché invano una tale industria si può sperare in quelle cose, che in comune appartengono a molti. Ma nei fondi inculti e salvatichi che producono i loro frutti senza alcuna industria umana quali perciò da questi istessi Dottori si chiamano frutti naturali, in questi fondi dico, come sono i boschi e i prati, la comunione non solo può con facilità sussistere fra gli uomini della campagna, ma ella è inoltre di molto loro comodo e di molto vantaggio. Questo chiaramente apparisce sì se si consideri, che in tal forma tutti gli uomini della campagna per mezzo di queste terre di uso comune, e promiscuo vengono ad avere e legna, e pastura, e frutti salvatichi, cose tanto necessarie per il loro [571] sostentamento, e del loro bestiame, e senza le quali sarebbero costretti a menare una vita infelice, privi di tutti quegli aiuti, dei quali hanno estremo bisogno; sì se si consideri esser certo, che una tale comunione si pratica in tutti i paesi a noi più conosciuti, cioè non solo nelle nostre campagne, e per tutta l'Italia, ma anche in quasi tutta l'Europa, come si può vedere dalle autorità allegate nell'antecedente §, perché un costume così universale ed esteso non pare, che possa avere altra cagione, né altra origine, se non che gli uomini, stante una lunga ed universale esperienza lo abbiano riconosciuto per molto comodo, vantaggioso e ragionevole. Anzi questi istessi Dottori, mentre affermano, che questi boschi, questi frutti salvatichi, e questi pascoli appartengono in comune agli uomini della campagna, che sono della medesima Comunità, e d'un medesimo luogo, non già per gius di servitù, gius odioso e contrario alle regole generali di ragione, ma bensì per gius Civico e naturale, null'altro hanno voluto dire, se non che la ragione naturale ha persuaso universalmente, che tali cose siano lasciate indivise ad uso comune e promiscuo, perché così richiede il vantaggio ed il bene della civile società riguardata negli uomini della campagna.

XIII. Ed è tanto vero, che questa comunione nei frutti naturali è molto adattata alla maniera di vivere degli uomini della campagna, che ella ha luogo in diversi paesi stante la sua facilità, ed un vantaggio universale e scambievolmente anche nei fondi e nelle terre, che sono per quello, che riguarda i frutti industriali di diritto privato per il costume, che vi è, che fatta la messe del grano e delle biade dai padroni privati, la paglia, e l'erba rimane comune a tutti quelli, che sono della medesima Comunità, o dei medesimi luoghi, ed in tal forma le stesse terre, che rispetto ai frutti industriali sono di dominio privato, rispetto ai frutti naturali, sono di uso comune

⁶⁰ GIACOMO MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, I, Venetiis, apud haeredem Hieronymi Scoti, 1613, causa 210.

⁶¹ DOMENICO TOSCHI, *Practicarum conclusionum iuris ... tomus quartus*, Romae, ex typographia Iacobi Mascardi, 1608, litt. F, concl. 485.

⁶² FRANCESCO GALLO, *Tractatus de fructibus*, Genevae, sumptibus Samuelis de Tournes, 1692, disput. II, art. I, pp. 8-12.

⁶³ G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, III: *De iurisdictione et foro competenti*, disc. 66, nn. 9-10, p. 156; disc. 37-39, pp. 108-111.

⁶⁴ G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, IV: *De servitutibus*, Summa, nn. 73, 74, 81, p. 173.

e promiscuo, come si può vedere *De Luc. de juris. disc. 66. n. 9.10, disc. 37.38.39. et passim altrove tit. 1⁶³, de Servit. et in summa n. 73.74. et 81⁶⁴, Bondin. ad Oter. de pascuis d. cap. 3. n. 3⁶⁵, Rot. Rom. coram Molines dec. 774. num. 26⁶⁶, Capic. Latr. consult. 83. n. 9.10⁶⁷, Lagunez. de fructib. part.1 cap. 7. per tot. et maxime num. 67. et 102⁶⁸.*

XIV. Questi fondi dunque incolti e salvatici, attesa la loro natura appartengono pro indiviso a tutti i Comunisti di un medesimo luogo, considerato in particolare ciascuno, o secondo il modo di parlare dei [572] nostri Dottori appartengono *ad omnes uti singulos, non uti universos* perché quantunque tutti sieno a godere di questi fondi, e ne percepiscano i frutti, nulladimeno questo si fa da ciascuno in particolare, e immediatamente da sé, *Oter. de pascuis cap. 2. n. 7.8. e il Bonden. n. 1.2⁶⁹, De Luc. de servit. disc. 43. n. 7⁷⁰*, di qui è, che tali fondi, ed i loro frutti in un certo senso solamente si posson dire della Comunità, cioè quando la voce Comunità si prenda nella sua significazione naturale, e più larga, cioè in quanto non altro significa, che il complesso di tutti gli uomini della Comunità, o vogliam dire i Comunisti presi insieme, essendo lo stesso in tal caso il dire, che una tal cosa è di tutti gli uomini di una Comunità, o di tutti i Comunisti, e il dire che ella è della Comunità. Ma quando questa voce si pigli, come più ordinariamente si fa nel senso civile, e più stretto, cioè quando per Comunità si prendono non semplicemente tutti gli uomini che sono nella Comunità, ma in quanto tutti presi insieme questi uomini costituiscono una sola persona civile, o vogliam dire un corpo collegiale, in cui si considerano tutti congregati nel medesimo luogo, in cui si considera la pluralità dei voti, come la totalità, pregiudicando in tal forma la maggior parte alla minore, in cui vi sono alcune persone, che la rappresentano, e ne amministrano i beni, e l'entrate, e in molte occasioni hanno la medesima autorità, che tutti gli uomini della Comunità presi insieme; se in questo senso si prenda la voce Comunità (siccome in tal caso altro è comunità, altro son gli uomini della comunità) tali fondi non sono, né si possono dire della Comunità, ma solamente sono, e si possono dire degli uomini della medesima, si veda il *Gabriel. Commun. conclus. tit. quod cuiusque universitatis nomine conclus. 1. n. 5⁷¹, Eugen. cons. 41. n. 74⁷², il Tusch. nella L. ult. conclus. 255⁷³, e nelle seg.*

⁶⁵ A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis* cit., cap. 3, n. 3, p. 4.

⁶⁶ Sacrae Rotae Romanae decisiones coram R.P.D. Josepho Molines cit., dec. 774, n. 26.

⁶⁷ ETTORE CAPECELATRO, *Consultationum iuris selectorum liber secundus*, Genevae, sumptibus Leonardi Chovet et socii, 1687 (I ed. Neapoli 1643), consult. 83, n. 10, p. 44.

⁶⁸ MATHIAS LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus*, Lugduni, sumptibus Anisson et Ioannis Poesuel, 1702 (I ed. Matriti 1686), pars I, cap. 7, nn. 9-35, pp. 51-53.

⁶⁹ A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis* cit., cap. 2, nn. 7-8, p. 4.

⁷⁰ G. B. DE LUCA, *Theatrum* cit., IV: *De servitutibus*, disc. 37, n. 7, p. 59.

⁷¹ ANTONIO GABRIELI, *Communiones conclusiones*, Francofurti, typis Iohanni Bringeri, 1616, lib. VI, concl. in tit. *Quod cuiusque universitatis nomine*, p. 652.

⁷² MARCO ANTONIO EUGENI, *Consiliorum seu responsorum liber primus*, Perusiae, apud Petrum Paulum Orlandium, 1588, cons. 41, n. 74, p. 120.

⁷³ D. TOSCHI, *Practicarum conclusionum iuris ... tomus quintus* cit., litt. L, concl. 255, pp. 157-158.

XV. Da questo discorso è chiaro altresì quali siano quei fondi, e quell'entrate, che sono, e si possono dire della Comunità, presa questa voce nel suo significato civile, cioè nel più usitato, e più proprio. Questi non possono essere se non quei fondi, che siano ad intiera disposizione della Comunità, in quanto ella è un corpo collegiale ed in specie in quanto s'intende rappresentata da alcune persone, che sole coll'autorità, ed a nome di tutti gli altri ne amministrano l'entrate. Tali dunque sono i beni che si chiamano comunitativi, o vogliamo dire proprj della Comunità, dei quali si dice dai nostri Dottori, che appartengono a tutti gli [573] uomini della Comunità, *omnibus non uti singulis, sed uti universis*, cioè appartengono a tutti considerati, come costituenti insieme un sol corpo universale, e collegiale, non già a tutti considerato in particolare ciascuno; perché gli uomini della Comunità in particolare non ne godono, e non ne percipono il frutto immediatamente da sé, ma ne vengono a godere, e tirarne vantaggio mediatamente in quanto essi sono membri di un corpo universale a beneficio del quale questi beni devono essere amministrati e impiegati, e il cui vantaggio deve sempre ridondare in vantaggio di tutti i suoi membri.

XVI. Ma qui bisogna avvertire, che spesso accade, che i fondi inculti e salvatici, che di loro natura appartengono a tutti i Comunisti, e a ciascuno in particolare, divengono comunitativi, o vogliamo dire proprj della Comunità; e questo succede per le spese, che convengono farsi nella Comunità, cui tutti i Comunisti devono contribuire. Perché in tali casi invece di collettare i Comunisti spesso si è praticato di togliere loro in parte di questi fondi il gius, che vi avevano dell'uso comune e promiscuo; perché in tal forma col vendersi a qualche privata persona quei frutti, che non sono più ad uso comune, si viene a fare alla Comunità un capo di entrata, col quale si può supplire ai bisogni e alle spese, a cui tutti i Comunisti devono contribuire, e si ottiene quello stesso, che si sarebbe ottenuto colla colletta, come dopo il *De Franchis decis. 197*⁷⁴, ferma il *De Luc. disc. 37. n. 7. in fin., disc. 39. n. 31. et disc. 43. n. 3-4. de Servit*⁷⁵, et *disc. 66. n. 5. de iurisdictione*⁷⁶, è certo una tal restrizione del dritto dei Comunisti si può considerare a tutti gli effetti, come una colletta, sì perché ella si posa egualmente su tutti i Comunisti, sì perché per mezzo di essa si supplisce alle spese, alle quali tutti egualmente i Comunisti sono obbligati.

XVII. Ma a volere che questi fondi mutino natura, e che d'appartenenti a tutti i Comunisti, ed a ciascuno di loro in particolare divengono proprj della Comunità vi è necessaria l'autorità pubblica, o vogliamo dire la potestà suprema civile. Perché siccome il gius d'imporre collette si numera fra quei diritti che appartengono alla suprema potestà, o vogliamo dire al Principe ad esclusione di ogni altro *Balmaseda de collectis quaest. 5. n.1. et seq.*⁷⁷, *Valeron. de transact. tit. 4. quaest. 3. n. 62. et seq.*⁷⁸, così alla suprema potestà, ed al Principe solamente appartiene il fare una tal mutazione, perché

⁷⁴ VINCENZO DE FRANCHIS, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, I, Venetiis, apud Nicolaum Pezzana, 1747, decis. 197, pp. 387-390.

⁷⁵ G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, IV: *De servitutibus*, disc. 37, n. 7, p. 59; disc. 39, pp. 61-63; disc. 43, nn. 3-4, p. 66.

⁷⁶ Ivi, III: *De iurisdictione et foro competenti*, disc. 66, n. 5, p. 156.

questa, come abbiamo veduto null'altro [574] importa, che una vera e propria collettata. Di qui è, che se si parli d'una Comunità che si governa da sé a forma di repubblica libera ed indipendente, siccome ella ha la potestà suprema civile, così ella nello stesso modo, che può imporre collette può anche fare una tal mutazione, e render comunitativi quei fondi, che prima a tutti i Comunisti in particolare appartenevano. Ma se si parli di una Comunità che sia soggetta a un Principe, siccome questa non ha il dritto di collettare, che alla suprema potestà del Principe solamente appartiene, così la Comunità in questo caso non può fare una tal mutazione senza consenso ed approvazione del suo Principe, ottimamente il *Larrea alleg. fiscal.* 100⁷⁹, bene è vero, che quando si tratta di fondi, che sono sempre stati considerati proprj della Comunità fino da tempi antichissimi, senza che vi sia memoria in contrario, non si deve in tal caso cercare d'onde precisamente apparisca il consenso e l'approvazione del Principe, sì perché questa talvolta apparisce dalli Statuti medesimi della Comunità confermati dal Principe, dove si dispone di questi fondi (come ne abbiamo l'esempio nelli Statuti di Tocchi, dove come più sotto si vedrà, espressamente si parla della bandita) sì perché prescindendo anche dall'espressa disposizione delli Statuti, il solo possesso antichissimo ed immemorabile per le note conclusioni di ragione, supplisce a qualunque difetto di rescritto, o beneplacito, ed induce ogni miglior titolo, e più necessario.

XVIII. Dalle cose dette fin qui è manifesto che i fondi che producono il loro frutto naturalmente senza bisogno di cultura, ed industria, attesa la lor natura, e l'origine appartengono a tutti gli uomini in particolare di quella Comunità, nel cui territorio sono posti, come poi alcuni di essi per supplire alle spese ed ai bisogni delle Comunità divengono proprj delle Comunità, o vogliamo dire comunitativi nella maniera, che abbiamo accennato. Tra questi fondi si devono principalmente considerar quelli, che in questo Stato di Siena si chiamano bandite, quasi che sia stato per pubblico bando proibito ai Comunisti di non più percepire il frutto di essi per uso loro particolare, o di entrarvi a pascolare col loro bestiame, dandosi il nome di usi agli altri fondi che rimangono nel loro stato naturale ed antico, cioè di uso comune e promiscuo.

XIX. Ma qui bisogna osservare, che anche queste bandite, e generalmente gli altri simili fondi se si riguardino in tutta la loro estensione naturale, non divengono proprj della Comunità in tutte le loro parti, e [575] rispetto a tutti gli effetti, ma sogliono sempre ritenere in qualche parte, e rispetto a certi effetti, l'antica loro natura. Questo chiaramente apparisce, se si consideri, che le terre ed i boschi, che quando si riguarda solamente ai loro confini in un certo senso naturale e più largo si chiamano bandite, non son bandite propriamente parlando, ed agli effetti civili per tutti i tempi dell'anno, ma solo per alcuni tempi, cioè in quelli, in cui si raccoglie, e si può vendere il loro frutto più considerabile, come è la ghianda che matura, e cade nell'autunno, e nell'inverno, che negli altri tempi dell'anno queste istesse terre, e que-

⁷⁷ DIEGO BALMASEDA, *Tractatus de collectis et tributis*, Lugduni, sumptibus Anisson et Poesuel, 1725, quest. 5, n. 1, p. 24.

⁷⁸ MANUEL ROMAN VALERON, *Tractatus de transactionibus*, Mediolani, ex typographia Carolus Andreas Remenulphus, 1676, tit. 4, quaest. 3, n. 62, p. 165.

⁷⁹ J. B. LARREA, *Allegationes fiscales* cit., alleg. 100.

st'istessi boschi tornano ad esser di uso comune e promiscuo di tutti i Comunisti, e del loro bestiame, come abbiamo dal *Cassaneo ad consuet. Burgun. rubr. 13. §. num. 4. et seq.*⁸⁰, *Tbolosanus in Syntagm. Juris lib. 3. cap. 15. num. 10*⁸¹, *Oter. de Pascuis cap. 1. n. 23.24*⁸², *Lagunez. de fructib. part. 1. cap. 4. n. 16*⁸³, *Capiblan. de Baron. pragm. 11. n. 122*⁸⁴, *Barbat. de division fructuum part. 1. cap. 6. n. 32*⁸⁵, e come nella bandita di Tocchi osservò l'Audit. Gherardini nella sua visita⁸⁶, dove parlandosi di essa si dice "questa è bandita da ghianda, e si riguarda dal 22 Settembre a tutto carnevale, e dopo diventa comune per i bestiami del paese che pagano le fide, che da basso si dirà, e posson goderla anche con gli altri beni della Comunità" s'aggiunga, che in alcuni luoghi il taglio de' Polloneti è una dell'entrate comunitative, e non ostante le castagne salvatiche di questi Polloneti appartengono ai Comunisti in particolare, come si può vedere dalla decisione di questa nostra Ruota riportata dal *Sig. Audit. Bonfin. ad Bann. gener. dict. eccl. tom. 2. cap. 72. n. 89. et seq.*⁸⁷, e come è anco manifesto, né si poteva controvertere tra le parti nel caso nostro rispetto ai Polloneti, che sono negli usi di Tocchi. Perché in questi casi è cosa chiarissima, che i Polloneti ancorché rispetto alle loro piante siano divenuti proprj della Comunità, pure rispetto alle castagne salvatiche hanno ritenuto lo stato lor naturale, ed antico.

XX. Questi ed altri simili diritti, che i Comunisti hanno nelle bandite, ed in altri fondi, che si dicono proprj delle Comunità avuto riguardo a certi tempi dell'anno ed al loro frutto più principale, non possono loro appartenere se non per ragion di dominio; perché si deve dire, che i Comunisti fin da principio, che seguì una tale alienazione, non hanno mai trasferito nella Comunità il dominio delle bandite, o d'altri fondi, rispetto a tutti i frutti, che si raccolgono in tutto l'anno dentro i confini [576] di queste bandite, o di questi fondi; ma si deve dire, che abbino trasferito il dominio di questi fondi, e di queste bandite solo rispetto a certi tempi dell'anno, e rispetto al frutto principale, non già rispetto agli altri tempi, e rispetto ai frutti meno principali, circa i quali si deve dire, che si sieno riservati, e ritenuti lo stesso dominio, che prima v'avevano. È certo chiunque vende, o in qualsivoglia altra forma aliena un fondo, e ne trasferisce in altri il dominio può fare qualche eccezione all'alie-

⁸⁰ BARTHELEMY DE CHASSENEUZ, *Consuetudines Ducatus Burgundiae*, Francofurti, ex officina Martini Lechleri, 1590, rubr. 13, n. 4.

⁸¹ P. GRÉGOIRE, *Syntagma iuris universi* cit., lib. III, cap. 15, n. 10.

⁸² A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis* cit., cap. I, nn. 23-24, p. 2.

⁸³ M. LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus* cit., pars I, cap. 4, n. 16.

⁸⁴ GIOVANNI FRANCESCO CAPOBIANCO, *Tractatus de iure et officio Baronum erga vasallos burgenses*, Neapoli, ex typographia haeredum Tarquinij Longi 1622, ad pragm. 11, p. 363.

⁸⁵ ORAZIO BARBATO, *De divisione fructuum inter plures illosque diversos*, Neapoli, typis Iacobi Gaffari, 1638, pars I, cap. 6, n. 32.

⁸⁶ BARTOLOMEO GHERARDINI, *Visita fatta nell'anno 1676 alle città, terre, castelli, comuni e comunelli dello Stato della città di Siena*, in *Archivio di Stato di Siena*, MS D 85, pp. 13-16.

⁸⁷ SILVESTRO BONFINI, *Notabilia in bannimentis generalibus ditionis ecclesiasticae*, Venetiis, apud Nicolaum Pezzana, 1741, tom. II, cap. 72, n. 89.

nazione, e riservarsi il dominio rispetto a qualche parte, o a qualche specie di frutto, che sia nei confini del medesimo fondo, come ne abbiamo l'esempio in chi venduto il fondo ne eccettua l'edificio, le cave di pietra, i frutti buoni a mangiarsi, o qualche altra cosa di simile, nella *Leg. Si fundum sub conditione* 83. §. *qui fundum ff. de leg[at]is et fideicommissis*.⁸⁸ *L. In lege fundi* 77. ff. *de contrahenda emptione*⁸⁹, et *leg. Qui fundum §. fundi et §. cum fundum L. cum manu sata ff. eodem*⁹⁰, *L. Qui fundum* 205. ff. *de verb[orum] et rerum* significat[i]one⁹¹ et *ibi Alciat[us], Rebuff[us], Cuiacius, Pecchius de servit. cap. 9. quaest. 64. n. 21. et seq.*⁹², *Bald. vol. 5. cons. 134. col. 2*⁹³, *Tuscbus litt. A. conclus. 480. n. 1*⁹⁴, ed in questi casi seguita che è una tal compra, e vendita, due, cioè così il compratore, come il venditore vengono ad avere il dominio, ed esser padroni del medesimo fondo senza alcuna repugnanza, ed assurdo avuto riguardo alle differenti sue parti, e alla qualità diversa dei frutti nella forma, che si è accennato di sopra al §. XIII e come osserva il *Tusc. litt. D. concl. 609. n. 9*⁹⁵, *Socc. regul. 24. litt. D. vers. tertio fallit*⁹⁶.

XXI. Questo tanto più si deve dire nelle riserve delle quali presentemente si parla essendo esse molto universali, e frequenti, il che è un gran segno, che gli uomini della campagna le hanno universalmente conosciute coll'esperienza per molto comode, vantaggiose, e ragionevoli. Ed in fatti, considerandosi per frutti proprj della Comunità, non già tutti i frutti, che si possono avere dalle bandite, e da certi fondi, ma solo alcuni, cioè quelli, che sono sufficienti, avuto riguardo al loro valore, a supplire alle spese della Comunità, e rimanendo gli altri ad uso comune, e promiscuo, si viene in tal guisa a gravare i Comunisti a misura del bisogno, come in questi casi, e generalmente in tutte le collette si deve osservare, non già nulla di più; come certo in più verrebbero ad esser gravati i Comunisti, se si levasse loro generalmente l'uso di questi fondi rispetto a tutti i tempi dell'anno, ed a tutti i frutti. S'aggiunga, che in tal guisa quei frutti solamente vengono in proprio ad appartenere alla Comunità, [577] dei quali si può facilmente far ritratto in denaro per supplire alle spese occorrenti col venderli, come è la ghianda nei tempi d'inverno la quale mediante le fide, che si fanno nelle bandite da ghianda in questa stagione, si trova sempre chi voglia comprare, come è anche il taglio de' Polloneti, donde s'ha, e pali, e cerchi, ed altro di facile, e frequente contrattazione, rimangon poi ad uso particolare dei Comunisti quelle cose in cui la contrattazione, e la vendita è meno frequente, e più difficile, come sono rispetto alle bandite le foglie, ed altro, che v'è di

⁸⁸ *Dig.* 30.1.83.

⁸⁹ *Dig.* 18.1.77.

⁹⁰ *Dig.* 18.1.75; *Dig.* 18.1.80.

⁹¹ *Dig.* 50.16.205.

⁹² F. M. PECCHI, *Tractatus de servitutibus rusticis* cit, cap. 9, quaest. 64, n. 21, p. 167.

⁹³ BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive reponsorum volumen quintum*, Venetiis, apud Hieronymum Polum, 1575, cons. 134, f. 34v.

⁹⁴ D. TOSCHI, *Practicarum conclusionum iuris ... tomus primus* cit., litt. A, concl. 480, n. 1, p. 248.

⁹⁵ Ivi, *tomus secundus* cit., litt. D, concl. 609, n. 9.

⁹⁶ BARTOLOMEO SOCINI, *Tabula regularum cum fallentiis*, Venetiis, Benalius, 1514, regula 24.

pastura fuori dei tempi d'inverno, e rispetto a' Polloneti, le castagne salvatiche, cose tutte, delle quali a volerle vendere non si potrebbe cavare, che nulla, o molto poco, che non lascian però d'esser di molta soddisfazione, e di molto comodo alla povera gente della campagna, quando sono a loro uso particolare, e promiscuo.

XXII. Da quanto s'è detto nei due antecedenti §§ chiaramente apparisce che il dominio è il titolo a cui si posson riferire i dritti, che i Comunisti si ritengono nelle bandite, e in altri simili fondi, titolo che, o si parli generalmente, o in particolare rispetto a questi dritti, non ha nulla d'odioso, o di repugnante alle regole generali di ragione, massime atteso l'uso, e le circostanze, in cui si trovano gli uomini della campagna. Resta ora a mostrare che a questo sol titolo si devono riferire tali dritti, non già a titolo di servitù. Questo per più ragioni è manifesto sì perché la disposizione di ragione porta, che in dubbio si presuma più tosto dominio, che servitù *Cepolla de servit. urban. praedior, cap. 40. num. 17. in fin.*⁹⁷, *Pecchius de servit. cap. 8. quaest. 7. num. 6*⁹⁸, *Surd. cons. 126. num. 28 et seq.*⁹⁹, sì perché costando, che questi dritti in origine, e di loro natura appartenevano a tutti i Comunisti pro indiviso per ragion di dominio, come che essi si devon considerar compresi nel dominio, che i Comunisti a principio avanti, che fosse fatta l'alienazione nella Comunità avevano pro indiviso in questi fondi inculti, e salvatici generalmente rispetto a tutte le loro parti, e rispetto a tutti i loro frutti: di qui è che il titolo precedente, di cui costa, essendo il dominio, questo secondo i noti principj *Leg. Post dotem ff. soluto matrimon[io quemadmodum dos petatur]*¹⁰⁰, *Menochius lib. 3. praesumpt. 1 n. 8. et praesumpt. 143. num. 8. 30. et 143*¹⁰¹, si deve presumere continuato, ed a questo si deve riferire il possesso, in cui si trovano i Comunisti di simili dritti, non già a titolo di servitù, che in alcun modo non apparisce; sì perché questi dritti non avendo, come abbiamo detto nulla d'odioso [578] o d'irregolare, repugna, che si riferiscano al gius di servitù, o qualunque altro gius, che sia odioso, e contrario alla general disposizione di ragione.

XXIII. Ma passando più oltre, e considerando la natura stessa di questi dritti si vedrà chiaro, che quanto si adatta al dominio altrettanto ella repugna alla servitù. Si consideri dunque in primo luogo, che tutti gli uomini d'una Comunità per mezzo di questi dritti godono nelle bandite, e in altri simili fondi interamente de' frutti rispetto a certi tempi dell'anno, e rispetto a certi generi ad esclusione di ogni altro. La Comunità poi presa questa voce nel suo proprio significato, è civile in quanto ella è un corpo collegiale, che a senso di chi volesse riferire questi dritti a titolo di servitù è la padrona, ed ha il dominio di questi fondi in tutte le loro parti, e rispetto a tutti i loro frutti, la Comunità dico, né per mezzo de' suoi rappresentanti, né per mezzo dei suoi livellarij, o concessionarij per qualunque altro titolo, non gode, né può godere in alcun modo della bandita, e de' suoi frutti fuori di certi tempi determinati, perché come abbiamo

⁹⁷ BARTOLOMEO CIPOLLA, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Lugduni, sumptibus Guillimin, 1688, cap. 40, n. 17.

⁹⁸ F. M. PECCHI, *Tractatus de servitutibus rusticis* cit., cap. 8, quest. 7, n. 6.

⁹⁹ GIOVANNI PIETRO SORDI, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis, apud Franciscum Zilettum, 1584, cons. 126, n. 28 e ss.

¹⁰⁰ *Dig. 24.3.41.*

osservato le bandite fuori di questi tempi non son bandite propriamente parlando, e nel senso civile, ma sono d'uso comune, e promiscuo di tutti i Comunisti. Similmente ne' luoghi, in cui le castagne salvatiche appartengono a' Comunisti, anche nei Pollo-neti, de' quali il taglio è una dell'entrate comunitative, queste castagne sono interamente ad uso particolare dei Comunisti senza che la Comunità ne partecipi in verun modo. Si consideri in secondo luogo, che questi, ed altri simili dritti appartengono a tutti gli uomini, che sono, e saranno d'una Comunità in perpetuo.

XXIV. Or dunque non possono tali dritti esser servitù nel senso più proprio, e più stretto, o vogliam dire servitù reali, come talvolta si dice il gius pascendi, cioè quando abbiamo facoltà di far pascolare ne' fondi alieni il nostro bestiame, e che esso si può considerare o come un istrumento del nostro fondo, o come la parte principale del medesimo, perché nel bestiame principalmente consiste il frutto del fondo *secondo i Testi nella L. Item 3. et Pecoris 4. ff. de servit[ibus] rustic[orum]*¹⁰², *Pecch. de servit. cap. 9. quaest. 50. n. 22*¹⁰³, *et passim i DD.*, perché stante la nostra prima considerazione l'uso di questi dritti appartenendo interamente ai Comunisti ad esclusione della medesima Comunità, che a senso dell'obietto si dovrebbe dire la padrona, e che avesse il dominio di questi fondi, ciò manifestamente repugna alla natura di questa servitù del gius pascendi, e [579] di qualunque altra servitù, che sia un gius reale, o vogliam dire un gius, che per ragion del nostro fondo, a cui è dovuta la servitù, abbiamo nel fondo alieno, che soffre la servitù perché è di natura di questa servitù, che il padrone del fondo che serve non resti escluso dal poter esso godere del suo fondo rispetto a qualunque sua comodità, e qualunque suo frutto. È certo siccome il padrone del fondo serviente ancorché altri in questo fondo abbia il gius di servitù, cioè il padrone del fondo dominante, esso solo però vi ritiene il dominio anche in quella parte precisamente, che serve il *Test. nella Leg. loci corpus 4. ff. si servitus [vindictetur vel ad alium pertinere negetur]*¹⁰⁴, *et ivi la Glossa*, di qui è, che egli medesimo può in tutto, e anche in questa parte goderlo, e servirsene, ma solo è tenuto a prestar pazienza, e soffrire, che se ne serva anche il padrone del fondo dominante secondo l'indigenza di questo fondo *Puffend. lib. 4. cap. 8. §. 18 in fin.*¹⁰⁵, *De Luc. de servit. disc. 25. n. 15.*¹⁰⁶, che se talvolta accade, che l'uso dell'uno non sia comparabile col l'uso dell'altro, come certo può accadere massime nelle servitù, che consistono nel pascolo, o nell'acqua. E. G. quando il pascolo, e l'acqua non sia sufficiente all'uso del padrone del fondo, e del suo bestiame e insieme all'uso del padrone del fondo, a cui è dovuta la servitù, e del suo bestiame: in questi casi il padrone, che ha nel suo fondo il gius di dominio va preferito a chi v'ha il gius di servitù. Onde è, che le servitù, che consistono nel pascolo, e nell'acqua, ed altre simili vengono a cessare, quando l'uso d'esse impedisce l'uso del padrone del fondo, e del suo bestiame, secondo i *Testi nella L. Venditor §. si constat ff. communia*

¹⁰¹ GIACOMO MENOCHIO, *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indicis commentaria*, III, Venetiis, apud haeredem Damiani Zenarij, 1617, praes. I, n. 8 e praes. 143, nn. 8, 30.

¹⁰² *Dig. 8.3.3 e Dig. 8.3.4.*

¹⁰³ F. M. PECCHI, *Tractatus de servitutibus rusticis* cit., cap. 9, quaest. 50, n. 22.

¹⁰⁴ *Dig. 8.5.4.*

¹⁰⁵ SAMUEL VON PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum, sump-tibus Adami Junghans, 1672, lib. IV, cap. 8.

*praediorum [tam urbanorum quam rusticorum]*¹⁰⁷ e nella *Leg. Praeses 6. Cod. de servit[utibus] et aqua*¹⁰⁸ et ibi Bruneman¹⁰⁹, Pecchius de *servit. cap. 9. quaest. 55. per tot.*¹¹⁰, *Surd. dec. 236. n. 21*¹¹¹.

XXV. La natura dunque di questi dritti universalmente parlando, e la natura delle servitù reali, ed in specie del gius pascendi son fra loro molto differenti, e contrarie. Ma venendo al particolare delle castagne salvatiche per un'altra ragione ancora è chiarissimo, che elle non possono appartenere agli uomini d'una Comunità a titolo di servitù, perché le castagne salvatiche non si può dire, che servano a' fondi dei Comuni per pascolo de' loro bestiami, ma si colgono da' Comuni medesimi, che se ne servono per una specie di cibo, e così per uso proprio della loro persona.

XXVI. Non si può nondimeno, né il dritto di cogliere le castagne salvatiche, né generalmente gli altri dritti, che i Comuni si ritengono [580] nelle bandite, e in altri simili fondi, considerare, come servitù personali o vogliam dire come una specie d'usufrutto ristretto, o alle castagne salvatiche, o a qualche altro genere particolare di frutti, o a qualche tempo determinato dell'anno; perché essi appartengono a tutti gli uomini d'una Comunità, che sono, e saranno in perpetuo, come in secondo luogo abbiamo osservato al §. XXIII. E l'usufrutto al contrario deve necessariamente essere ristretto alla vita di qualche persona, ed a un certo tempo determinato, che se si voglia estendere senza alcuna limitazione in perpetuo viene a perdere la sua natura, e diventa proprietà, e dominio, non potendo l'usufrutto star diviso in perpetuo dalla proprietà, e dal dominio. E certo le proprietà, e i dominj rimarrebbero inutili cioè parole senza sostanza se si potessero considerare, come separate per sempre dall'usufrutto *il Test. nel § 1. in[terest] usufruct[um]*¹¹² e nella *Leg. Antiquitatis Cod. de usufruct[u] et habitatione et ministerio servorum*¹¹³, *L. Si usufructus municipibus ff. [De usu et] de usufructu legato*¹¹⁴, *Leg. An usufructus ff. de usufructu [et quemadmodum quis utatur fruatur]*¹¹⁵, *il Menochio lib. 3. consil. 201. n. 26*¹¹⁶, *Castil. de usufructu cap. 61*¹¹⁷, *per tot. et maxime al n. 4.19. et seq.*

¹⁰⁶ G. B. DE LUCA, *Theatrum cit.*, IV: *De servitutibus*, disc. 25 [sed 35], nn. 15-16, p. 56.

¹⁰⁷ *Dig. 8.4.13.*

¹⁰⁸ *Cod. 3.34.6.*

¹⁰⁹ JOHANN BRUNNEMANN, *In quinquaginta libros Pandectarum opus theoretico-practicum*, Lugduni, apud Johannem Thenet, 1714.

¹¹⁰ F. M. PECCHI, *Tractatus de servitutibus rusticis cit.*, cap. 9, quaest. 55.

¹¹¹ GIOVANNI PIETRO SORDI, *Decisiones S. Mantuani Senatus*, Venetiis, apud Damianum Zenarium, 1597, decis. 236, n. 21.

¹¹² *Cod. 3.33.6.*

¹¹³ *Cod. 3.33.14.*

¹¹⁴ *Dig. 33.2.6.*

¹¹⁵ *Dig. 7.1.62.*

¹¹⁶ GIACOMO MENOCHIO, *Consiliorum sive responsorum liber tertius*, Venetiis, apud Joannem Baptistam Somaschum, 1575, cons. 201, n. 26.

¹¹⁷ JUAN DEL CASTILLO Y SOTOMAYOR, *Tractatus de usufructu*, Francoforti, ex officina typographica Wolffgangi Richteti, 1604, cap. 61.