

ROMA E AMERICA
COLLANA DI STUDI GIURIDICI LATINOAMERICANI

AMBIENTE SVILUPPO TECNOLOGIA
COOPERAZIONE UMANA E RUOLO DEL DIRITTO

AMBIENTE DESARROLLO TECNOLOGÍA
COOPERACIÓN HUMANA Y PAPEL DEL DERECHO

ATTI DEL DIALOGO ITALO-LATINOAMERICANO

15-16 FEBBRAIO 2023

CONSIGLIO NAZIONALE
DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO

A CURA DI
R. BARRA - R. CARDILLI - M. CIACCIA - C. MIRABELLI

Copyright 2024 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie n. 66, 20152 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

Questo titolo può essere acquistato direttamente su shop.wki.it

You can buy this book directly on shop.wki.it

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

SALVA RERUM SUBSTANTIA E
CONSERVAZIONE DELL'AMBIENTE
PER LE FUTURE GENERAZIONI

RICCARDO CARDILLI

SOMMARIO: 1. La conservazione dell'ambiente per le future generazioni. – 2. La cultura dell'oggi. – 3. Le colpe storiche del diritto per il problema ambientale: l'emersione del paradigma liberale della proprietà. – 4. Forme di appartenenza in diritto romano. – 5. 'Usus fructus' e 'salva rerum substantia'. – 6. Il principio *male nostro iure uti non debemus*. – 7. Conclusioni

1. *La conservazione dell'ambiente per le future generazioni*

Nel 2022, è stato espressamente sancito nella Costituzione italiana il principio verde, con una formulazione particolarmente incisiva, secondo la quale la Repubblica «*tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*»¹.

Vorrei partire proprio da questa esplicitazione costituzionale

¹ Il principio è stato integrato nell'art. 9 dopo i primi due commi («*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. / Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.*»): «*Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*», al quale si correla anche l'integrazione nell'art. 41: «*L'iniziativa economica privata è libera. / Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. / La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*». Su una ponderazione della riforma costituzionale in esame rispetto all'interpretazione preesistente della Corte costituzionale, si vd. in questi Atti, C. MIRABELLI, *Il «principio verde» e la riforma della Costituzione della Repubblica italiana*, supra.

del principio verde, che impone alla Repubblica italiana la tutela dell'ambiente nell'interesse anche delle future generazioni, funzionale quindi non soltanto ad una tutela subitanea dell'ambiente per coloro che vivono oggi sulla terra, ma proiettando temporalmente questa tutela anche per le future generazioni umane, in funzione della conservazione dell'ambiente, della biodiversità e dell'ecosistema.

Questa idea, che il diritto, struttura di mediazione pacifica nella società, possa proiettare nel futuro non soltanto la sua precettività, ma anche forme di tutela attuali a favore di persone umane che ancora non esistono, appunto in favore di una generazione umana futura, è un'idea che affonda le sue radici in un concetto romano, quello secondo cui *qui nasci speratur pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*. I giuristi abituati a ragionare coi concetti della tradizione giuridica fondata sul diritto romano danno a volte troppo sbrigativamente per scontata la dimensione concettuale del proprio ragionare, senza coglierne, invece, il profondo senso storico di una scelta di politica del diritto che (come in questo caso) ha avuto dalla sua il futuro. I modelli concettuali ereditati sono stati assimilati a livello molto profondo del nostro modo di essere giuristi e di pensare il diritto.

L'idea della futura generazione umana, cioè l'idea che il diritto, rispetto al tempo, non debba tutelare soltanto le generazioni umane oggi esistenti, ma debba riconoscere forme di tutela anche agli umani del futuro, è un colpo d'ali del pensiero giuridico romano, realizzato al fine di evitare che la realtà contemporanea possa essere di danno alle future generazioni (nascituri), assicurando così a queste ultime situazioni di vantaggio (*commoda*), e così espandendo le potenzialità del diritto come strumento di guida della società contemporanea, oggi essenziale per indicare la via della conservazione alle future generazioni del *commodum naturale* del pianeta terra.

Mentre, infatti, molte culture antiche hanno evidenziato una preoccupazione elevata dei problemi giuridico-religiosi collegati alla morte, ed anche il diritto romano, in particolare, ci ha lasciato concetti fondanti quali quelli di erede, eredità e successione², nelle culture della antichità non abbiamo, invece, di regola, for-

² Per il mio punto di vista, si vd. *Fondamento romano dei diritti odierni*, Torino, 2023², 419 ss

me giuridiche di tutela del diritto che possano essere a favore di qualcosa o qualcuno che oggi non esiste. Come detto, questa concezione, per così dire rivoluzionaria, è romana ed è la conseguenza di una percezione altamente concreta della vita umana. Il diritto romano, infatti, fonda l'esistenza giuridica della persona umana (*homo*) fin dal suo concepimento (*qui in utero est*), basandosi sulla sua esistenza nella realtà naturale³. Su questa concezione coerente e monolitica della vita umana si elaborano regimi giuridici e regole coerenti, fondamentalmente orientate a riconoscere piena tutela giuridica ai concepiti per tutte le situazioni che siano a loro vantaggio (*commoda*)⁴. Il principio *qui nasci speratur pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* innerva, così, la nostra tradizione giuridica, il nostro modo stesso di pensare il giuridico, sebbene la realistica costruzione romana sarà in parte intaccata dalla enucleazione moderna in chiave astratta della nozione di soggetto di diritto, che ha finito per scindere, nella prospettiva individualista della capacità giuridica, la categoria del nascituro da quella del concepito, arrivando talvolta addirittura a negare capacità giuridica alla realtà umana del concepito⁵.

La possibilità di pensare una tutela dell'ambiente nell'interesse delle future generazioni, è, d'altronde, efficacissima proiezione di una dimensione temporale del diritto pervasiva del futuro rispetto a dinamiche economiche e sociali oggi caratterizzate dalla sola attenzione al contemporaneo o al massimo al breve termine. Il diritto romano, quindi, rappresenta la precondizione terminologico-concettuale per un ragionamento giuridico che consideri possibile – ed anzi importante – tutelare giuridicamente un essere umano che nascerà nel futuro a fronte di realtà si-

³ D. 1.5.26 IULIANUS libro sexagesimo nono digestorum: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*; D. 50.16.153 TERENTIUS CLEMENS libro undecimo ad legem Iuliam et Papiam: *Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est*. Si vd. in materia, per una desedimentazione delle proiezioni moderne sui testi romani, P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, 195 ss.

⁴ D. 50.16.231 PAULUS libro singulari ad senatusconsultum Tertullianum: *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstitite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus*.

⁵ Per una messa a punto della terminologia romana rispetto a quella attuale, si vd. M. P. BACCARI, *La difesa del concepito in diritto romano. Dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Torino, 2006, 1 ss.

tuate nella contemporaneità che sia, però, nel suo interesse conservare, se a suo vantaggio, o impedire, se a suo danno. Più che fondare il principio verde ora costituzionalizzato quale conseguenza di un nuovo «patto intergenerazionale», preferisco una sua interpretazione quale principio-guida inderogabile dell'azione della Repubblica italiana, per assicurare la conservazione dell'ambiente, della biodiversità e dell'ecosistema per le future generazioni.

Ciò permetterebbe di cogliere un legame profondo tra il modo col quale il principio verde è stato costituzionalizzato in Italia e l'idea romana secondo cui il giuridico non si preoccupa soltanto di tutelare le situazioni esistenti nella contemporaneità, un diritto per così dire del solo presente, del quotidiano, ma deve prendersi carico anche di una dimensione alta del tempo futuro, per tutelare le future generazioni, impedendo oggi che una mancata tutela possa ledere irrimediabilmente il diritto fondamentale delle future generazioni di vivere nel pianeta terra⁶. Il diritto romano non si esime, d'altronde, dal creare addirittura posizioni processuali di rappresentanza per la tutela dei concepiti, in funzione di conservazione dei suoi diritti, e di tutela processuale (*curator ventris*, che può sostituirsi a livello di azione a tutela del concepito quale *procurator*)⁷.

2. La cultura dell'oggi

La società contemporanea è pervasa dalla dimensione temporale dell'oggi. È preponderante l'importanza della contemporaneità come unica dimensione temporale, addirittura del subitaneo e del momento estatico dell'istante⁸. Ci stiamo – almeno così sembra – allontanando dai contenuti valoriali dell'esperienza vissuta, dalla tradizione che alimenta e vivifica l'oggi e guida il futuro, dall'importanza degli errori fatti e quindi dalla sensibilità

⁶ D. 1.5.7 PAULUS libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur: *Quae liberis damnatorum conceduntur: qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

⁷ M.P. BACCARI, *Curator ventris. Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012, 171 ss.

⁸ Si vd. J. TOMLINSON, *The Culture of Speed: The Coming of Immediacy*, London, 2007, 72 ss.

degli errori da non ripetere. Siamo orientati verso una cultura senza storia⁹, affetta dall'amnesia collettiva che colpisce gli abitanti di Macondo in *Cent'anni di solitudine* di Gabriel García Márquez¹⁰.

Questo tendenziale orientamento della società contemporanea non ci permette di comprendere il valore della tradizione, che non è erudizione dell'antico, ma contenuto valoriale che alimenta l'oggi e che ogni generazione consegna (*traditio* appunto) alla nuova¹¹.

Cruciale è quindi capire come il diritto possa elaborare regole giuridiche adeguate per la sostenibilità ambientale, senza però realizzare una scissione tra ambiente e società umana, tra natura ed umanità, ma al contrario, - come il Presidente Treu ha oggi ben evidenziato - le compenetri, salvando l'ambiente insieme con la società umana al suo interno e non dovendo, invece, come sembrerebbe emergere dalla conflittualità in atto, rinunciare ad uno dei due poli della tensione (d'altronde non casualmente la prima sessione dei lavori è dedicata proprio al tema «umanità e ambiente»).

Sostenere in italiano, dal latino *sustinere*, forma verbale composta da *sub tenēre*, significa qualcuno o qualcosa che sta sotto che tiene qualcuno o qualcosa che sta sopra. Ciò che sta sotto, da cui l'idea stessa della sostenibilità, è la generazione umana che vive sulla terra attualmente. Ciò che sta sopra, ciò che dobbiamo sostenere, è la generazione del futuro (i nascituri, appunto) al quale non può disconoscersi un diritto inalienabile e irrinunciabile, cioè fondamentale, a vivere su un pianeta terra che conservi la sua naturale capacità innata di creare vita, vita che è funzionale alla stessa sopravvivenza umana.

Come si è arrivati alla situazione attuale? Al di là delle diverse e complesse cause che hanno interagito per determinare la situazione dell'odierna crisi climatica e ambientale, in questa sede voglio segnalare le ragioni storico-giuridiche che hanno permesso alla forma del capitale industriale di indirizzarsi verso

⁹ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, London, Toronto, Sydney, 1992.

¹⁰ Per l'importanza della metafora di García Márquez in relazione a quella che è stata definita la sua concezione del c.d. «tempo curvo», fondamentale C. SEGRE, *I segni e la critica. Fra strutturalismo e semiologia*, Torino, 1969, 251-295.

¹¹ G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, 1976.

una aggressione distruttiva dell'ambiente, della bio-diversità e degli ecosistemi.

3. *Le colpe storiche del diritto per il problema ambientale: l'emersione del paradigma liberale della proprietà*

Il capitalismo è un sistema economico che ha dimostrato la sua attitudine 'rapace'. Karl Marx ne ha evidenziato la concatenazione ciclica delle fasi (il capitale commerciale si trasforma in capitale industriale, e quello industriale in capitale finanziario), ipotizzando l'aumento proporzionalmente crescente delle crisi economiche nella sua terza fase, fino al suo presunto inevitabile crollo¹². Sfugge all'analisi marxiana del capitale la sua attitudine alla metamorfosi e all'adattamento, cosa, invece, intuita da Max Weber¹³ e dimostrata da Joseph Alois Schumpeter¹⁴. Questa natura camaleontica del sistema capitalistico, connessa alla sua abilità di realizzare fasi di «distruzione creativa», diffondendosi in *habitat* politici, sociali ed economici anche molto diversi, si è ancorata storicamente, per il capitale industriale, su uno schema giuridico della proprietà privata frutto di una costruzione ideologica fortemente condizionata dalla sua declinazione liberale del secondo Ottocento¹⁵.

La migliore enunciazione di questa concezione della pro-

¹² Si vd. ora un'efficace sintesi sulla storia del concetto di 'capitalismo', J. KOCKA, *Capitalismo. Breve storia*, [trad. it. L. Pironti], Roma, 2016, 9 ss.

¹³ «Modern capitalism prospers equally and manifests essentially identical economic traits under legal systems containing rules and institutions which considerably differ from each other at least from a juridical point of view. Even what is on the face of it so fundamental a concept of Continental law as 'dominium' still does not exist in Anglo-American law. Indeed, we may say that the legal systems under which modern capitalism has been prospering differ profoundly from each other even in their ultimate principles of formal structure»; M. WEBER, *Economy and Society*, ed. by G. Roth- C. Wittich, Berkeley, 1978, 890.

¹⁴ J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, [1st ed. 1943], London-New York, 2003⁵, 81 ss.

¹⁵ Sulla critica di Marx alla proprietà borghese, si vd. l'attenta lettura fattane da P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1970 [1974], 120 ss.; 152 ss.; IDEM, *Droit naturel, 'ius Quiritium: observations sur l'anti-individualisme de la conception romaine de la propriété*, in AA.VV., *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, Roma, 2009, 121 ss., in relazione al sintagma *meum esse ex iure Quiritium* della *legis actio sacramento in rem*, dove l'affermazione d'appartenenza della cosa è fondata sulla appartenen-

prietà privata liberale è riscontrabile nel *Codice civile tedesco* del 1900, quale plastica espressione della fusione tra nozione di libertà individuale e nozione di proprietà privata¹⁶.

BGB § 903: «Il proprietario può con la cosa fare ciò che desidera ed escludere qualsiasi altro dalla stessa, nei limiti in cui la legge o i diritti di un terzo sulla stessa non lo impediscano».

Il paragrafo del Codice civile tedesco non si orienta tanto a descrivere i contenuti del potere sulla cosa del proprietario, come invece aveva fatto il *Code Napoléon* del 1804¹⁷, ma enuncia la natura giuridica fondativa di questo rapporto tra proprietario e cosa.

Da un lato, si ha la rappresentazione migliore di un modello di appartenenza che è orientabile verso la distruzione, perché conferisce al proprietario lo *ius abutendi*. Nessun rilievo a quella che è la funzione sociale della proprietà privata, l'uso del proprietario della cosa può significare anche abuso della cosa in proprietà ed addirittura la sua completa distruzione¹⁸.

za del privato alla comunità di *cives*. Sul punto, precisazioni anche in A. MALENICA, *L'idea di Marx sulla proprietà*, in *Index* 16, 1988, 15 ss.

¹⁶ L'intuizione felice è in F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, [trad. it. di G. LIBERATI] Napoli, 1983, 84, che sottolinea un «accordo tacito tra Pandettistica con una società di traffici mobilitata, dove tanto la libertà quanto il potere si esprimono nell'astratta possibilità di disporre del capitale». Per le radici ideologiche del legame tra proprietà privata e libertà individuale, risalente nei suoi svolgimenti filosofici al pensiero di John Locke, si vd. L. SOLIDORO, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, 2021, 12-14.

¹⁷ Art. 544 del *Codice civile Francese* del 1804: «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...». Si leggano le illuminate pagine di P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 248-254, che evidenzia come il paradigma proprietario del modello codificato nel Codice Francese del 1804 sembri ancora non liberarsi della duale interpretazione dell'istituto, da un lato quella ereditata dall'età medievale, tutta costruita sulle *utilitates* della *res frugifera* e, dall'altro lato, quella indotta dalla rottura dell'antico regime e tutta rivolta verso l'assolutezza del dominio, rispondendo in pieno alle esigenze di circolazione e di libera destinazione dell'uso economico dei beni produttivi della società borghese. Si vd. al riguardo anche l'efficace critica di O. DILIBERTO, *L'eredità fraintesa. Il diritto di proprietà dall'esperienza Romana al Code Napoléon (e viceversa)*, in P. BONIN, N. HAKIM, F. NASTI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino, 2019, 89 ss.

¹⁸ Si vd. per un quadro ricostruttivo in chiave storico-critica, L. SOLIDORO, in M. MICELI, L. SOLIDORO, *In tema di proprietà*, cit., 1 ss. e S. PORCELLI, *Salva*

Dall'altro lato, la proprietà privata assume i connotati espliciti di un diritto classista, perché 'esclude' i terzi, non si orienta socialmente ad includere nuovi ceti nel modello proprietario, salvo non riequilibrare l'accumulo del capitale con politiche dirette alla redistribuzione della ricchezza in chiave salariale.

In alcuni paesi europei, come è noto, si è tentato un riequilibrio di questo modello classista, attraverso la costruzione di un modello dello "Stato del benessere"¹⁹, tentativo, anche a volte riuscito, di fare della proprietà privata uno schema includente, facilitandone l'accesso a ceti che ne erano per ragioni storiche sostanzialmente esclusi, immersi come erano nella sola dimensione del lavoro salariato.

Purtroppo questa configurazione dello schema proprietario quale *ius abutendi* ed *excludendi* ha sostenuto uno sviluppo del capitale con caratteristiche sostanzialmente distruttive delle risorse e della realtà del pianeta terra. Il proprietario può fare della cosa ciò che desidera, può rendere un campo produttivo, improduttivo, può distruggere una foresta, qualora sia nel suo interesse economico farlo.

Questa prospettiva non è una prospettiva ineludibile della realtà (un po' come spesso viene rappresentata in chiave economica), ma è conseguenza di una ideologia proprietaria che ha assunto, dall'età moderna al secolo XIX, a mano a mano, una sua specifica connotazione, accompagnando e rafforzando lo sviluppo pervasivo del modello capitalistico, dapprima in forma di capitale commerciale e poi industriale.

4. *Forme di appartenenza in diritto romano*

La descrizione nel BGB del potere proprietario accentua, come detto, due caratteristiche ineludibili della proprietà privata liberal-borghese: la prima quella del cd. *ius abutendi* e la seconda quella dello *ius excludendi*. Tali caratterizzazioni, pur espresse con enunciazioni in latino, non risalgono alla conformazione

rerum substantia e principio verde. Per una rilettura critica della proprietà attraverso il diritto romano e il diritto cinese, Torino, 2023, 59 ss.

¹⁹ Restano fondamentali, quali critiche al modello neoliberista, le pagine di F. CAFFÈ, *In difesa del Welfare State*, Torino, 1986 [rist. 2014]. Per una analisi pessimista delle ragioni della sua crisi, parlando di 'uguaglianza incompiuta', TH. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, [trad. it. L. MATTEOLI e A. TERRANOVA], Milano, 2020, 555-587.

romana della proprietà, ma ad un successivo sviluppo che maturava nella tradizione moderna del diritto romano, dal XVI secolo fino al BGB.

Nella Roma antica, in realtà, le forme di appartenenza esprimevano una ampia complessità, con regimi diversi caratterizzati dalla natura della *res* e dalla funzione d'uso che essa aveva per la comunità. La funzione economico-sociale di una cosa, non solo per il singolo ma anche per l'intera comunità familiare o cittadina, ne condizionava anche il regime giuridico adeguato dell'appartenenza.

Nell'*ager publicus*, il *civis Romanus* che aveva l'uso della porzione di terra pubblica, ne poteva fruire. I termini fondamentali presenti nelle fonti romane sono il verbo *frui* e il sostantivo *fructus*, che esprimono un concetto giuridico chiaro, quello che impone sempre la conservazione della capacità produttiva della cosa madre per natura a generare e rigenerare nuove cose, cose che dalla stessa si possono separare senza distruggerla, appunto i frutti²⁰. Una foresta è, cioè, considerata funzionalmente destinata al legnatico, perché il frutto delle foreste è soltanto la legna che si trae dagli alberi che, tagliati, ricrescono (sulla nozione di *silva caedua*, Gaio/Servio in D. 50.16.30 pr.)²¹. I grandi alberi non si possono tagliare sebbene siano all'interno di una *silva caedua* (Alfeno e Paolo in D. 7.1.11)²².

La prevalenza dell'interesse pubblico alla produttività dell'*ager publicus* è fondata nella regola consuetudinaria arcaica dell'*ager colendus* (poi sviluppatasi in chiave di *spes colendi*), con un forte controllo della comunità sul *modus* dell'uso della terra pubblica sia da parte di comunità rurali, sia da parte della singola famiglia²³. Il *colere* antico (prima della agricoltura in-

²⁰ Mi si permetta di rimandare per gli approfondimenti e per il mio punto di vista a *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, 51-58.

²¹ D. 50.16.30 pr. GAIVS libro septimo ad edictum provinciale: '*silva caedua*' est, ut quidam putant, quae in hoc habetur; ut caederetur. Servius eam esse, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur.

²² D. 7.1.10 POMPONIVS libro quinto ad Sabinum: *Ex silva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum: ex non caedua in vineam sumpturum, dum ne fundum deteriore faciat*. D. 7.1.11 PAULVS libro secundo epitomatorum Alfeni digestorum: *Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere*.

²³ Sulle «comunità rurali», si vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1994, 167 ss. Sul controllo della comunità, si vd. lo studio di E. PÓLAY, *Das 'regimen morum' des Zensors und die soge-*

tensiva e fondata sul lavoro schiavile) esprime una piena coerenza con la naturale destinazione produttiva della terra, col fine di sostenere la comunità familiare, nel rispetto della naturale produttività dell'*ager*.

Anche nella forma di appartenenza più individuale che la Roma antica conosce, l'*ager privatus*, il potere del titolare è espresso in modo da far compenetrare l'utilità privata nell'utilità pubblica²⁴, senza una forzata prevalenza nella funzione dello schema della prima rispetto alla seconda: *meum esse ex iure Quiritium*. Il sintagma arcaico, se da un lato ha una enunciazione efficace dell'appartenenza ('è mio'), che plasticamente si innerva su strati profondi dell'Io umano, come quando il bambino inizia a relazionarsi con la realtà che lo circonda²⁵, dall'altro lato lega tale enunciazione alla comunità, alla società, imponendo un fondamento legittimante del 'mio' nel *ius Quiritium*. Nella concezione romana non emerge alcuna *sacrosanctitas* della proprietà individuale, come nei modelli classici liberali, ma il riconoscimento del valore dell'appartenenza individuale in funzione sociale per la comunità²⁶.

5. 'Usus fructus' e 'salva rerum substantia'

È nel diritto reale di godimento dell'*usus fructus* che tali principi vengono, per così dire, inesorabilmente spinti verso l'esplicitazione terminologico-concettuale, in quanto l'usufrutto è la forma di appartenenza individuale nella quale è proprio la dimensione dell'uso e dello sfruttamento della cosa (altrui) a spingersi verso la massima estensione possibile, misurandosi col contrario interesse del (nudo) proprietario.

Quindi, potremmo ritenere che l'usufrutto, quale diritto sul-

nannte Hausgerichtsbarkeit, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, Milano 1971, 263-317 ed ora S. PORCELLI, *Salva rerum substantia* cit., 263-275.

²⁴ Concezione che conferma la brillante costruzione di Ulpiano che vede nella distinzione tra *publicum* e *privatum* due diverse *positiones* nello *studium iuris*; Ulp. *l.1 inst. D.1.1.1.2*; per approfondimenti rimando a *Fondamento romano dei diritti odierni*² cit., 117-119.

²⁵ J. PIAGET, *Lo sviluppo mentale del bambino e altri studi di psicologia*, Firenze, 1967 [trad.it. dell'edizione del 1964], 25 ss.

²⁶ Vd. al riguardo le belle pagine di L. MENGONI, *La proprietà: l'aspetto giuridico del problema*, in AA.VV., *La vita economica nel magistero della Chiesa*, Milano, 1966, 75-89 [= IDEM, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004, 31-45].

la cosa, si orienti ad essere quello più ‘rapace’ che il diritto romano conosca. Il *frui* viene a mano a mano definito in contenuti sempre più estesi, seguendo gli sviluppi funzionali della società, della economia e della tecnica antiche, senza però rinunciare a coglierne un limite inderogabile, incardinato dai giuristi romani nella stessa configurazione tipica e tipizzante dell’*usus fructus*, quello della *salva rerum substantia*.

D. 7.1.1 Paulus libro tertio ad Vitellium

Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

Usufrutto è il diritto di usare e fruire delle cose altrui salvandone la sostanza.

Nessuna idea di abuso, di distruzione, pur nella individuazione concreta della forma di sfruttamento più dinamica e intensa che il diritto romano conosce. I momenti della ‘salvaguardia’ e della ‘conservazione’ sono consustanziali al *ius utendi fruendi*, perché altrimenti si slitterebbe nel *ius abutendi*.

Vi è una interpretazione della regola che tende a svalutarne un significato più ampio, valorizzando il fatto che la stessa sia emersa proprio al fine di salvaguardare non tanto la capacità produttiva della cosa in quanto tale, ma l’interesse individuale del (nudo) proprietario di riavere la cosa alla fine dell’usufrutto. Così intendendo la regola, però, per armonizzarla con una proprietà individuale come possibile esercizio di *ius abutendi*, non si tiene conto di una serie di testimonianze nelle quali emerge che la *salva rerum substantia* è un principio che opera anche per l’esercizio della proprietà.

L’usufruttuario non è altro da sé, quindi, rispetto al paradigma proprietario come modello d’uso della cosa, anzi i giuristi romani prendono il modello proprietario come punto di riferimento essenziale per l’esercizio del godimento da parte dell’usufruttuario²⁷.

²⁷ Per i percorsi di lettura del dibattito tra Labeone e Sabino che evidenziano nell’usufrutto modelli diversificati di riferimento per i limiti del godimento dell’usufruttuario (*pater familias* e *vir bonus*), mi permetto di rimandare a *La nozione giuridica di ‘fructus’*, cit., 136 ss.; 191 ss.; si veda anche, con approfondimenti, G. SANTUCCI, *Il giudizio del ‘vir bonus’ nel diritto di usufrutto*, in AA.VV., ‘Vir bonus’: un modello ermeneutico della riflessione giuridica

D. 7.1.9 pr.; 2 Ulpianus libro decimo septimo ad Sabinum
Item si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur. nam et Celsus libro octavo decimo digestorum scribit cogi eum posse recte colere....Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram.

[trad. it.: Parimenti, se sia stato lasciato in legato l'usufrutto di un terreno, qualsiasi cosa nasca nel fondo, qualsiasi cosa posa da quello percepirsi, è un frutto dello stesso, così che se ne fruisca secondo il modello dell'uomo perbene. Infatti anche Celso nel libro ottavo della sua opera dei digesti scrive che <l'usufruttuario> può essere costretto a coltivare correttamente... Ma se il terreno contenga cave di pietra e <l'usufruttuario> ne voglia trarre marmo oppure contenga cave di creta o di sabbia, Sabino afferma che di queste egli userà secondo il modello del *pater familias*; ritengo vero questo parere]

Il lemma risalente a Sabino (*si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur*), che attinge appunto a radici più profonde della tradizione civilistica delle opere dei giuristi romani classici, esprime un passaggio di significato che può descriversi nella polarità natura – umanità. Nella prima enunciazione, il legatario dell'*ususfructus* del *fundus* fa suo tutto ciò che vi 'nasce', orientamento al quale si aggiunge tutto ciò che lo stesso è in grado di prendere dal fondo, in quanto sarebbe appunto considerato frutto del fondo. Questa prima costruzione è fondata sulla 'naturalità' della produzione della terra, alla quale si affianca, come ulteriore sviluppo, l'attività umana che ne potenzia, sempre innervandosi nella naturale produttività della terra, le possibilità. Linea interpretativa densa di possibili conseguenze in connessione al potenziamento delle tecniche di produzione e quindi anche dei possibili effetti distruttivi dell'azione dell'uomo sulla naturale produttività della terra. Ma il giurista delimita quanto detto in relazione alla *perceptio* umana con

antica, *Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011*, a cura di A. LOVATO, Bari, 2013, 139-160; S. PORCELLI, *Salva rerum substantia* cit., 300 ss.

l'affermazione altamente significativa *sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur*. È il modello del *vir bonus* che guida le potenzialità espansive del *frui* sulla terra, rappresentando l'archetipo limitante dello sfruttamento, dimensionando così la legittimità dell'uso. Nessun abuso né distruzione quindi.

E ancora: e se si trovano cave di pietra o di creta che possono fornire un alto reddito al fondo? Il giurista è chiaro nell'affermare che l'usufruttuario deve sfruttarle nei limiti di uso del *pater familias*²⁸. Delimitante e altamente significativo che qui, in rapporto ad un titolare di usufrutto, qualora egli trovi cave di pietra non potrà sfruttarle, non rientreranno nel suo *frui*, ma semplicemente ne potrà usare secondo il paradigma del *bonus pater familias* (*omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias*). Né abuso, né tantomeno distruzione.

6. Il principio 'male nostro iure uti non debemus'

Il giurista romano Gaio, nelle sue *institutiones* (Gai 1.52-53)²⁹, ricorda il principio 'di non abusare delle cose proprie' (*male enim nostro iure uti non debemus*), cioè un principio giuridico antitetico al modello liberale della proprietà come *ius abutendi* ed *excludendi*³⁰. È altamente significativo che tale

²⁸ D. 7.1.9.2 Ulpianus l.17 ad Sabinum: *Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum Sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram*. Si vd. al riguardo quanto già evidenziato in *La nozione giuridica di 'fructus'* cit., 293-294; ed ora con ampi approfondimenti, S. PORCELLI, *Salva rerum substantia* cit., 300 ss.

²⁹ Gai 1.52: *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est: Nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*. 53. *Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire: Nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur: Nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*.

³⁰ P. CATALANO, *Droit naturel, 'ius Quiritium': observations sur l'anti-in-*

principio venga enucleato dai Romani nell'ambito di una forma intensissima di appartenenza, come quella che nell'antichità e presso tutti popoli, caratterizzava la potestà del padrone sullo schiavo³¹.

Il padrone, che ha una *potestas vitae ac necis* sullo schiavo, in realtà non può esercitare tale 'potere' *supra modum et sine causa*. Il senso profondo di questa conquista di civiltà giuridica viene colto dal giurista Gaio nel principio *male enim nostro iure uti non debemus*. La prospettiva è orientata a considerare il principio su un fondamento giuridico-morale centrato sul senso stesso dell'uso del proprio.

La reiterazione del principio nelle *Institutiones* imperiali (I. 1.8.2 ...*expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*)³² si declina diversamente, in chiave di precetto imposto dalla *res publica*, accentuandone il fondamento valoriale in funzione sociale quale scelta di politica del diritto.

dividualisme de la conception romaine de la propriété, in AA.VV., *Le nuove leggi cinesi e la codificazione. La legge sui diritti reali*, a cura di S. SCHIPANI, G. TERRACINA, Roma, 2009, 121-136.

³¹ Si vedano al riguardo, rispetto ai limiti della *potestas* del *pater familias*, gli approfondimenti di F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, 49 ss., in relazione al più ampio principio del divieto di abuso del diritto.

³² I. 1.8.2-3: *In potestate itaque dominorum sunt servi. quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur id domino acquiritur. Sed hoc tempore nullis hominibus qui sub imperio nostro sunt licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire. nam ex constitutione divi Pii Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur quam qui servum alienum occiderit. sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur: nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis qui ad aedem sacram vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos bonis condicionibus vendere, ut pretium dominis daretur: et recte; expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur. cuius rescripti ad Aelium Marcianum emissi verba haec sunt: «DOMINORUM QUIDEM POTESTATEM IN SUOS SERVOS ILLIBATAM ESSE OPORTET NEC CUIQUAM HOMINUM IUS SUUM DETRAHI. SED DOMINORUM INTEREST, NE AUXILIUM CONTRA SAEVITIAM VEL FAMEN VEL INTOLERABILEM INIURIAM DENEGETUR HIS QUI IUSTE DEPRECANTUR. IDEOQUE COGNOSCE DE QUERELLIS EORUM QUI EX FAMILLA IULII SABINI AD STATUAM CONFUGERUNT, ET SI VEL DURIUS HABITOS QUAM AEQUUM EST, VEL INFAMI INIURIA AFFECTOS COGNOVERIS, VENIRI IUBE, ITA UT IN POTESTATEM DOMINI NON REVERTANTUR. QUI SABINUS, SI MEAE CONSTITUTIONI FRAUDEM FECERIT, SCIET, ME ADMISSUM SEVERIUS EXECUTURUM.»*

7. Conclusioni

L'idea giuridica che andrebbe valorizzata mi sembra questa. Il diritto dovrebbe essere in grado di elaborare un regime giuridico coerente a *sub tenere* la *substantia* del nostro pianeta per le future generazioni. Ciò significa una profonda riconsiderazione del modello proprietario di stampo liberale, che cancella il valore comunitario e funzionale dell'appartenenza, continuando oggi a fondare un sistema economico che si è dimostrato oramai insostenibile, a favore di un diverso modello delle appartenenze delle cose, sia individuali che collettive, rispettose appunto della *orbis terrarum substantia* nell'interesse delle future generazioni a nascere e a vivere nel pianeta terra. D'altronde la nuova declinazione della libertà d'impresa prevista nell'art. 41 della Costituzione italiana conferma la necessità di un cambio di rotta («*L'iniziativa economica privata è libera. / Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. / La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali*»).

Il problema chiave non è, dunque, quello della scelta tra modelli economici alternativi, economia di mercato o economia pianificata, come è avvenuto, invece, nella contrapposizione ideologica tra sistema capitalistico e sistema socialista. Infatti, anche dove il sistema economico è stato storicamente centrato sulla proprietà pubblica (abolendo la proprietà privata sui mezzi di produzione), la omogenea considerazione dei contenuti della proprietà, pur nella sua declinazione in chiave di titolarità statuale, ha causato effetti egualmente devastanti e distruttivi per l'ambiente e per il nostro pianeta, con ricadute negative per le comunità umane di quei paesi. Lo Stato, cioè, non si è dimostrato meno 'rapace' del privato nello sfruttamento delle risorse del pianeta. È necessario, dunque, un cambio di rotta nella stessa concezione condivisa della proprietà, orientandola verso un concetto di proprietà 'verde'³³.

L'insostenibilità del sistema economico attuale impone,

³³ Con orientamenti diversi, ma sicuramente entrambi suggestivi, si vd. E. OSTRUM, *The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 e S. PORCELLI, *Salva rerum substantia* cit., 333 ss.

quindi, una assunzione di responsabilità da parte anche di noi giuristi. Il nostro compito, ineludibile e urgente, è aiutare ad indicare una alternativa giuridica, orientata verso regole che siano in grado di tutelare concretamente ed efficacemente la 'tenuta' naturale del pianeta-terra, inclusa, però, e non esclusa anche la sua componente umana, al fine di una conservazione e salvezza non solo della terra per le future generazioni, ma anche della vita umana in essa.