

MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

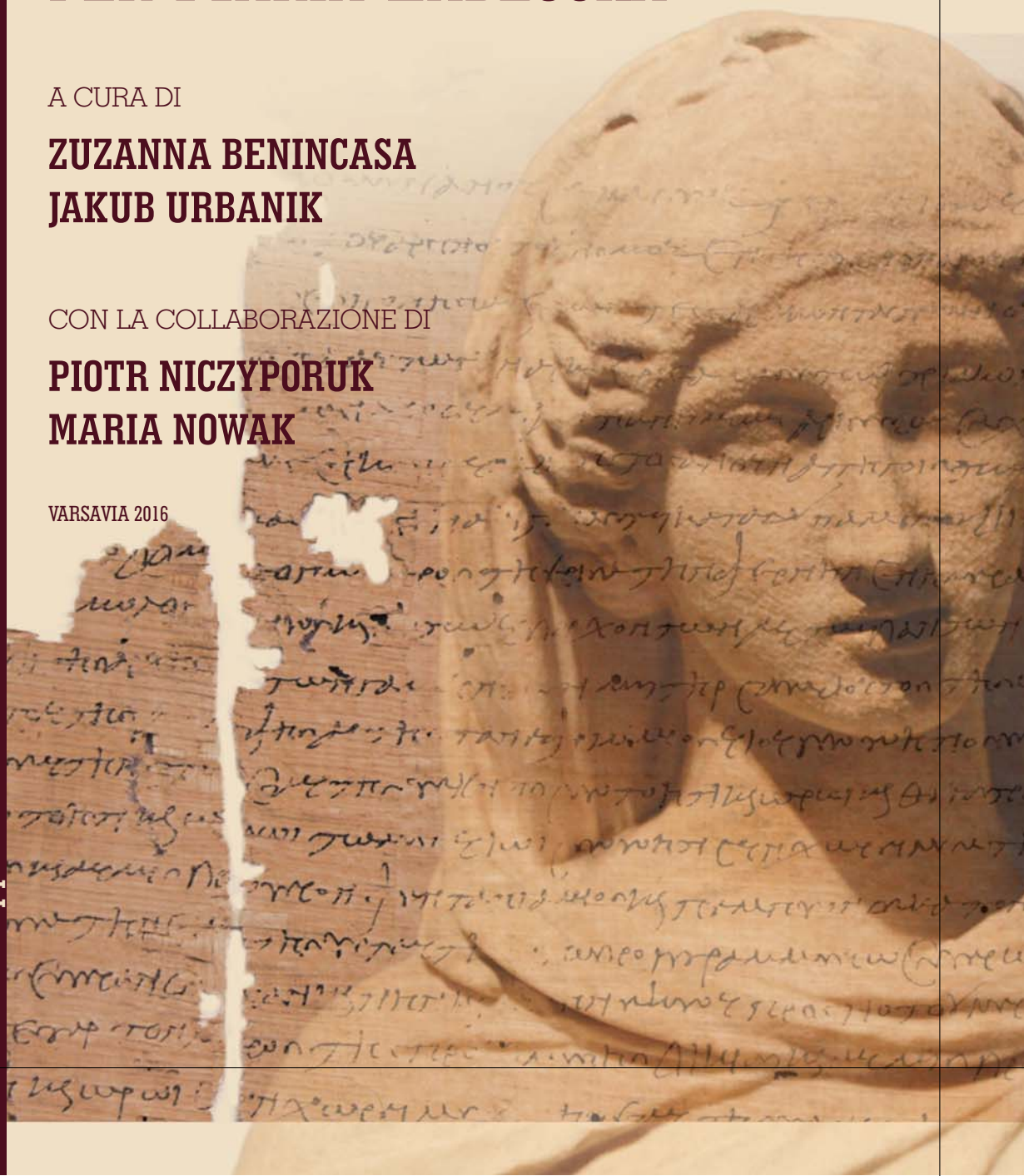
A CURA DI

ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK

CON LA COLLABORAZIONE DI

PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK

VARSAVIA 2016



MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

Supplements to The Journal of Juristic Papyrology are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.
Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka

INDICE

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK

Prefazione XIII

Elenco delle opere di Maria Zabłocka XXIII

José Luis ALONSO

The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.

Suet. Cal. 40 revisited 3

Krzysztof AMIELAŃCZYK

In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)

in the Archaic period 23

Zuzanna BENINCASA

Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.

vivai e riserve di caccia 39

Witold BORYSIAK

Roman principle

Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest

and the reasons of its modern rejection 63

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni 85

Cosimo CASCIONE

Celso lettore di San Paolo?

Una nota minima in tema di interpretazione 101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i>	107
Božena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i>	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i>	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i>	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i>	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i>	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i>	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i>	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i>	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i>	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i>	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i>	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i>	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i>	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i>	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i>	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a & IGR IV 743</i>	425
Luigi LABRUNA	
<i>«Necessaria quanto la giustizia ...»</i>	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i>	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i>	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i>	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i>	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i>	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i>	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i>	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i>	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i>	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i>	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i>	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i>	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i>	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i>	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i>	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i>	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i>	725

Michał SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i>	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i>	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i>	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i>	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i>	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i>	909
Paulina ŚWIECICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i>	935
Adam ŚWIEŃTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i>	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i>	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i>	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i>	1039

Andreas WACKE

- Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks
im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?
Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium* 1069

Jacek WIEWIOROWSKI

- Deformed child in the Twelve Tables* 1157

Witold WOŁODKIEWICZ

- Apices iuris non sunt iura* 1177

Karolina WYRWIŃSKA

- Functionality of New Institutional Economics
in research on Roman law* 1187

Jan ZABŁOCKI

- Il concetto di mater familias in caso di arrogazione* 1199

Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka
pp. 39–62

Zuzanna Benincasa

**ALCUNE RIFLESSIONI
SULLA LIBERTÀ DI CACCIA NEL DIRITTO ROMANO
VIVAI E RISERVE DI CACCIA**

LA QUESTIONE DEL RAPPORTO tra libertà di caccia degli animali selvatici e il diritto del proprietario terriero a garantirsi lo sfruttamento esclusivo del proprio fondo nel periodo classico è una questione particolarmente controversa e la dottrina romanistica non è riuscita a giungere ad una *communis opinio* in materia.¹

¹ G. LOMBARDI, «Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano», *BIDR* 12–13 (1948), pp. 272–343, in particolare pp. 302–328, trattava il diritto della caccia come *ius hominis* – non cedibile e non limitabile diritto dell'uomo a servirsi delle risorse naturali della terra spettante a prescindere dalla proprietà dei singoli terreni. Secondo l'autore solo nel periodo imperiale è possibile osservare la tendenza a garantire al proprietario terriero l'uso esclusivo del proprio fondo a scapito della tradizionale libertà di caccia. Tale tendenza portò ad un mutamento d'approccio sulla pratica dell'attività venatoria su fondi altrui nel periodo postclassico – il cacciatore da uomo che esercitava il proprio *ius hominis* diveniva invece l'intruso che infrangeva il diritto di proprietà. Similmente, M. J. GARCÍA GARRIDO, «Derecho a la caza y *ius prohibendi* en Roma», *AHDE* 26 (1956), pp. 269–336, riteneva che la libertà di caccia degli animali selvatici viventi allo stato brado, consistesse nel *ius hominis*: cioè nel diritto illimitato dell'uomo a sfruttare le risorse che la natura metteva a disposizione della razza umana. Tale diritto con la consolidazione della proprietà privata e la nascita del concetto d'azienda come modo organizzato di sfruttare la terra, si pose in contrasto sempre più evidente con i diritti del proprietario fondiario per ciò che concerneva lo sfruttamento esclusivo del proprio fondo. Invece, G. POLARA, *Le venationes. Fenomeno economico e costru-*

Innanzitutto va detto che tale problematica va analizzata in relazione a due questioni, le quali, anche se connesse tra loro, riguardano due problematiche legali distinti e separate. La prima questione concerne la proprietà dell'animale catturato o cacciato su fondo altrui contravvenendo al divieto d'accesso posto dal proprietario del fondo. La seconda questione riguarda invece l'individuazione dei mezzi di tutela che il proprietario aveva a disposizione in questa situazione e quali fossero le sanzioni conseguenti per il cacciatore al fine di tutelare il diritto di proprietà.

zione giuridica, Milano 1983, in part. pp. 8–17, sostiene che la libertà di caccia originante dal *ius naturale* e giustificata dalla necessità di sopravvivenza in origine, col tempo venne in contrasto con le facoltà derivanti dal diritto di proprietà, per cui furono elaborati gli strumenti legali tramite i quali il proprietario poteva limitare tale libertà: ad es. emanando il divieto d'entrata sul proprio fondo. L'esistenza del *ius prohibendi* non equivaleva però alla negazione della regola preesistente della libertà di caccia. Il fondamento di tale libertà, come sostiene quest'autore, era costituito dal presupposto che gli animali selvatici costituissero *res nullius* e quindi non appartenevano a nessuno e potevano essere acquistati tramite occupazione da chiunque. Diversamente da LOMBARDI e GARCÍA GARRIDO, che trattano il diritto della caccia come *ius hominis*, POLARA ritiene che la garanzia della libertà di caccia consisteva invece nel trattare gli animali selvatici come *res nullius*. Di conseguenza, il proprietario del terreno su cui vivevano animali allo stato brado non aveva alcun diritto nei loro confronti. Contemporaneamente veniva però riconosciuta la facoltà del proprietario di vietare l'ingresso sul proprio fondo, ciò permetteva almeno in parte di impedire a terzi la caccia. Questa soluzione viene definita da Polara come «la prova dell'equilibrio creativo della giurisprudenza classica e di quello innovativo della cancellaria imperiale». Sulla libertà di caccia e *ius prohibendi* vedi anche: L. AMIRANTE, rec. da G. Polara, *Le venationes. Fenomeno economico e costruzione giuridica*, *Iura* 34 (1983), pp. 255–262; R. MARTINI, «Sui frutti delle *venationes*», *Labeo* 32 (1986), pp. 215–218; HUGHES, «*Furtum ferarum bestiarum*», *The Irish Jurist* 9 (1974), p. 189; O. LONGO, «Le regole della caccia nel mondo greco-romano», *Aufidus* 1 (1987), pp. 59–91; A. D. MANFREDINI, «Un'iniuria che non c'è», [in:] Letizia VACCA (ed.) *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, Milano 2008, pp. 181–202. Sulla caccia in antichità cfr. J. K. ANDERSON, *Hunting in the Ancient World*, Berkeley 1985; C. M. GREEN, «Did the Romans hunt?», *Classical Antiquity* 15.2 (1996), pp. 226–260; R. J. LANE FOX, «Ancient Hunting: from Homer to Polybios», [in:] J. SALMON & G. SHIPLEY (eds.), *Human Landscapes in Classical Antiquity. Environment and Culture*, London 1996, pp. 119–153; P. GALLONI, *Storia e cultura della caccia. Dalla preistoria a oggi*, Roma 2000; N. B. CROWTHER, *Sport in Ancient Times*, Westport 2007, pp. 87–88; 113–116; D. SŁAPEK, *Sport i widowiska w świecie antycznym. Kompendium* [Sport e spettacoli nel mondo antico. Il compendio], Kraków – Warszawa 2010, pp. 450–453; 703–708; M. MACKINNON, «Hunting in Roman Antiquity», [in:] G. LINDSAY CAMPBELL (ed.), *The Oxford Handbook of Animals in Classical Thought and Life*, Oxford 2014, pp. 207–213; P. CASANOVA & A. MEMOLI, «La caccia: dal diritto popolare al diritto venatorio», pp. 340–341, <<http://ojs.aisf.it/index.php/ifm/article/viewFile/835/799>>.

La regola della libertà di caccia non è stata dichiarata *expressis verbis* in nessun testo giuridico, ma può dedursi dalle fonti che trattano della *res nullius* cioè dell'acquisto della proprietà delle cose considerate di proprietà di nessuno. Tali cose *in primis* costituivano *omnia, quae terra, mari, caelo capiuntur* e quindi gli animali, i pesci e gli uccelli viventi in stato selvatico:

Gai. 2.66: Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione acquiruntur, sed etiam, quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra, mari, caelo capiuntur.

Gai. 2.67: Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit hoc animal, statim nostrum fit, et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur, cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit. Naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.

Nel primo testo proveniente dalle *Institutiones*, Gaio, trattando i modi dell'acquisto della proprietà *naturali ratione*, parla della possibilità di acquistare la proprietà di *omnia, quae terra, mari, caelo capiuntur* e quindi dell'acquisto di tutti gli animali selvatici che, fino a quando non venivano catturati, cacciati o pescati non appartenevano a nessuno.² Nel testo suc-

² L'idea di poter acquistare la proprietà degli animali selvatici era basata sul presupposto che esistesse una categoria di cose derivanti dalla natura che in virtù del diritto naturale appartenessero a tutti (*res omnium communes*). Tali cose nel diritto romano erano: l'aria, l'acqua dei fiumi, il mare e il lido del mare. Cfr. *D.* 1.8.2.1 (Marc. 3 *inst.*): «Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris». Cfr. *D.* 41.1.14; *D.* 43.8.1; *D.* 47.10.13.7; Plaut. *Rud.* 975; Cic. *pro Roscio Am.* 26.71-72; Cic. *de off.* 1 51; Verg. *Aen.* VII 228-230; Sen. *ben.* IV 28.3; Ovid. *met.* VI 349-352. Dato che unanimemente veniva riconosciuto il diritto di ogni uomo di sfruttare la natura, di conseguenza veniva riconosciuta la facoltà di ogni essere umano a cogliere i frutti di questa, in particolare, si riconosceva la possibilità di acquistare la proprietà delle cose provenienti dalla natura tramite solo l'acquisto del loro possesso. Cfr. F. SINI, «Persone e cose: *res communes omnium*. Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica», *Diritto @ Storia* 7/2008, <<http://www.dirittoestoria.it/7/Tradizione-Romana/Sini-Persone-cose-res-communes-omnium.htm>>; M. J. SCHERMAIER, «*Res communes omnium*: The history

cessivo egli precisa invece, che il momento dell'acquisto della proprietà coincideva col momento della materiale apprensione dell'animale,³ rite-

of an idea from Greek philosophy to Grotian jurisprudence», *Grotiana* 30.1 (2009), pp. 20–48; A. MIELE, «*Res publica, res communis omnium, res nullius*: Grozio e le fonti romane sul diritto del mare», *Index* 26 (1998), pp. 383–387; J. D. TERRAZAS PONCE, «El concepto de 'res' en los juristas romanos, II: Las *res communes omnium*», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 34 (2012), pp. 127–163.

³ Tale questione non sempre era interpretata in modo univoco dai giuristi romani. Infatti, dall'altro testo di Gaio proveniente dalle *Res cottidianae* si può dedurre che nel periodo repubblicano esistessero idee alternative in materia: *D.* 41.1.5.1 (Gai. 2 *rer. cott. sive aur.*): «Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatius placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.» (cfr. *Iust.* 2.1.13). Come riporta Gaio, è stata posta la questione, se l'animale ferito in modo tale da poter essere catturato, appartenesse immediatamente al cacciatore. Secondo Trebazio tale animale apparteneva al cacciatore fino a quando questo inseguiva la preda ferita, e solo nel momento in cui il cacciatore smetteva di inseguirla, l'animale riacquistava lo status di *res nullius*. Di conseguenza, Trebazio riteneva che se l'animale ferito inseguito da un cacciatore fosse stato preso da un terzo «ut ipse lucrifaceret», il cacciatore avrebbe potuto esperire l'*actio furti* nei confronti di quest'ultimo. Questa presa di posizione non è stata però seguita dagli *iurisprudentes* nel periodo successivo. Questi identificavano il momento dell'acquisto della proprietà in coincidenza col momento della materiale apprensione dell'animale, giustificando tale posizione con la presunzione che durante la caccia di un animale ferito possono capitare tante cose che in fine rendono impossibile la sua cattura («plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus»). Cercando di ricostruire i motivi per cui alcuni giuristi nel periodo repubblicano cercavano di interpretare così estensivamente il concetto d'occupazione in modo da poter ritenere che il fatto stesso di ferire e inseguire la preda ferita garantisse al cacciatore la proprietà dell'animale, si può ipotizzare che la *quaestio* riportata da Gaio nelle *Res cottidianae* nascesse dal contrasto sempre più evidente tra la libertà di caccia e il bisogno di salvaguardare gli interessi dei proprietari delle aziende agricole, che tendevano a riservarsi l'esclusivo diritto di cacciare gli animali selvatici sui loro fondi. Ritendendo che l'animale ferito in modo tale da poter essere catturato, diventava di proprietà del cacciatore e fino a quando quest'ultimo inseguiva la preda, questa non riacquistava la *naturalis libertas*, si poteva sostenere che anche se il cacciatore seguendo la preda si fosse ritrovato sul fondo altrui, avrebbe potuto chiedere dal proprietario del fondo la restituzione dell'animale potendosi ritenere legittimamente il proprietario di questa. Cfr. GARCÍA GARRIDO, «Derecho a la caza» (cit. n. 1), pp. 288–291; POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 39, n. 49; 64–71;

nendo che fino a quando l'animale selvatico catturato fosse stato sotto la *custodia* di chi l'avesse catturato, quest'ultimo conservava il diritto di proprietà. Se l'animale fosse sfuggito dalla *custodia* (*custodiam evaserit*),⁴ cioè il proprietario l'aveva perso di vista oppure, pur potendolo vedere, era incapace di poterlo ricattare, tale animale riacquistava la *naturalis libertas* e quindi tornava ad essere la *res nullius* soggetta all'occupazione.⁵

Ch. DONAHUE JR, «*Animalia ferae naturae*: Rome, Bologna, Leyden, Oxford and Queens County N.Y», [in:] *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, Leiden 1986, pp. 39-63; Zuzanna BENINCASA, «*Occupatio* jako sposób nabycia własności dziko żyjących zwierząt w prawie rzymskim» [*Occupatio* come il modo d'acquisto della proprietà degli animali selvatici nel diritto romano], *Studia Iuridica* 59 (2014), pp. 9-39, in part. pp. 19-22.

⁴ Por. D. 41.1.3.2 (Gai. 2 *rer. cott. sive aur.*): «Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.»; D. 41.1.5 *pr.* (Gai. 2 *rer. cott. sive aur.*): «Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio». (Cfr. *Iust.* 2.1.12). Il termine *custodia* equivaleva alla possibilità di controllare l'animale selvatico. Con «evadere custodiam» s'indicava invece la situazione in cui il proprietario perdeva il controllo dell'animale sfuggitogli allo sguardo o pur essendo *in conspectu* non facilmente o istantaneamente ricatturabile. Tutto ciò si traduceva in un ritorno allo stato di libertà naturale dell'animale, che quindi poteva essere ritenuto nuovamente *res nullius*. Il concetto di *custodia* costituiva lo strumento tecnico di salvaguardia atto a mantenere il possesso, e di conseguenza anche la proprietà dell'animale selvatico, nel momento in cui fosse venuto meno il rapporto di dipendenza fisica, nel senso che l'animale stava sfuggendo al proprietario ma non si era allontanato ancora abbastanza da non poter essere facilmente ricatturato. Sul concetto di *custodia* in riferimento agli animali selvatici cfr. innanzitutto A. METRO, *L'obbligazione di custodire in diritto romano*, Milano 1966, pp. 40-43; P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, Milano 1977, pp. 15-24; POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 112-125; BENINCASA, «*Occupatio*» (cit. n. 3), pp. 22-36.

⁵ Cfr. D. 41.1.1.1 (Gai. 2 *rer. cott. sive aur.*): «Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt:». I compilatori giustiniani nelle *Institutiones* hanno fedelmente riportato la parte corrispondente delle *Istitutioni* di Gaio, aggiungendo però che non aveva nessuna rilevanza il fatto se la caccia è stata praticata sul fondo proprio o quello altrui, né il fatto, se il proprietario del fondo consentisse al terzo di cacciare o meno – in tutti questi casi era sempre il cacciatore ad acquistare la proprietà dell'animale selvatico nel momento della sua materiale apprensione, in quanto l'animale nello stato di libertà naturale veniva sempre considerato come *res nullius*. Cfr. *Inst.* 2.1.12: «Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia quae in terra mari caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. nec

La qualità di *res nullius* degli animali selvatici permetteva a chiunque di acquistarne il possesso e quindi la proprietà, prescindendo dal luogo in cui venivano catturati o cacciati.⁶ Tale assunto costituiva un certo paradigma per risolvere le questioni in cui la facoltà di acquistare tramite occupazione dell'animale selvatico si poneva in contrasto con gli interessi dei proprietari delle aziende agrarie. Ritenere che *omnia, quae terra, mari, caelo capiuntur* fossero cose appartenenti a nessuno, significava che il proprietario del fondo non aveva il diritto di proprietà sugli animali selvatici viventi sul proprio fondo e questo permetteva a chiunque di poter catturare questi animali acquisendone la proprietà, anche in presenza del divieto d'entrata sul fondo emanato dal proprietario.

Bisogna però sottolineare che classificare gli animali selvatici come *res nullius* assicurava al cacciatore e al pescatore solo la possibilità di appropriarsi dell'animale catturato o cacciato sul fondo altrui, ma non lo autorizzava automaticamente ad infrangere la proprietà. In tal modo la c.d. libertà di caccia nel diritto romano classico andrebbe interpretata innanzitutto come facoltà di acquisire tramite occupazione della proprietà di *omnia, quae terra, mari, caelo capiuntur*, e non come diritto assoluto di caccia o di pesca sia sul fondo proprio, che sul fondo altrui capace di garantire *a priori* la totale immunità di chiunque infrangesse la proprietà di un altro entrando sul suo fondo a fini venatori.

Questo tipo di libertà possiamo individuarlo nel diritto romano quando ci riferiamo alle *res omnium communes* e quindi alla libertà di pesca nel

interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno: plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intellegitur, donec tua custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam tuam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos tuos effugerit vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio». Sul problema dell'acquisto della proprietà delle *ferae bestiae* cfr.: LOMBARDI, «Libertà di caccia» (cit. n. 1), p. 275; GARCÍA GARRIDO, «Derecho a la caza» (cit. n. 1), pp. 274-280; POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 7-8; p. 7 n.1; M. POLOJAC, «Gaius, Hadzic and *occupatio* of wild animals – classical Roman law in the Serbian Civil Code», *Fundamina. A Journal of Legal History* 20.2 (2014), pp. 739-741; BENINCASA, «Occupatio» (cit. n. 3), pp. 13-22.

⁶ Cfr.: D. 41.1.3.1; D. 41.1.5.2-3; D. 43.24.22.3; D. 47.2.26 pr.-1.

mare oppure nei fiumi. In questi casi, Pomponio e molti altri *iurisprudentes* (ma ciò suggerisce che non fosse un'opinione unanimemente accettata da tutti i giuristi classici) parlavano di una libertà totale di pesca, tutelata mediante la possibilità d'esperire l'*actio iniuriarum* contro la persona che non permetteva all'altra di pescare nel mare.⁷ In questo caso però, dato lo status particolare del mare, del lido oppure dell'acqua fluente, i quali, in quanto ritenuti *res omnium communes*, non potevano appartenere a privati,⁸

⁷ Nel testo del *D. 47.10.13.7* Ulpiano riporta l'opinione di Pomponio e altri giuristi in materia della possibilità di esperire l'*actio iniuriarum* contro chi impediva la pesca in mare o di tenere le reti. Questi paragonavano tale comportamento al comportamento di chi non permetteva al proprietario di usare la propria cosa. L'ammissibilità di esperire l'azione d'ingiuria contro chi impediva la pesca in mare è confermata anche nel testo del *D. 43.8.2.9*, in cui si escludeva l'uso dell'interdetto *ne quid in loco publico fiat*. Questo perché in tale situazione veniva concessa l'*actio iniuriarum* («... in omnibus hic causis iniuriarum actione utendum est»). Cfr. C. SPANU, *Mare et per hoc litora maris. Ij. 2.1.1: Gestione e tutela del litorale marittimo in diritto romano* <https://www.academia.edu/2780343/_Mare_et_per_hoc_litora_maris_I.2.1.1_gestione_e_tutela_del_litorale_marittimo_nel_diritto_romano>, pp. 188–211; Renata KAMIŃSKA, «Swoboda korzystania z miejsc publicznych na przykładzie morza i wybrzeża morskiego» [La libertà d'uso delle cose pubbliche. L'esempio del mare e del lido], *Zeszyty Prawnicze* 14.2 (2014), pp. 66–68. Da queste fonti si evince che la libertà di pesca in mare costituiva un principio derivante dal diritto naturale, tutelato tramite la concessione dell'*actio iniuriarum* contro colui che non consentiva ad altri di sfruttare tale libertà. Nella seconda parte del testo del *D. 47.10.13.7*, Ulpiano, analizzando la possibilità d'utilizzo dell'*actio iniuriarum* contro un proprietario che avesse proibito a terzi la pesca, utilizza il principio della libertà di pesca nel mare e della libertà di uccellagione derivante dallo status particolare del mare e del lido ed anche dell'aria, che costituiscono un bene comune (*res omnium communes*). Il giurista ammette, che il proprietario poteva proibire a terzi l'entrata sul proprio fondo, ma allo stesso tempo segnala che l'usanza dei proprietari di proibire la pesca davanti alle loro case, era, a differenza del divieto d'entrata, *nullo iure*. Il testo del *D. 47.10.13.7* comunque non autorizza a sostenere che la stessa soluzione venisse applicata al caso della caccia degli animali selvatici oppure degli uccelli sul fondo privato. Il ragionamento di Ulpiano concerne la pesca nel mare o la caccia degli uccelli sul lido e quindi su un terreno incluso nella categoria delle *res omnium communes*, mentre il fondo privato certamente non apparteneva a tale categoria. Dal testo si evince inoltre la possibilità di proibire la pesca nel lago privato ma rispetto agli animali o agli uccelli che vagavano liberamente nello stato di natura potendo trasferirsi da un fondo all'altro, la possibilità d'uso di questo divieto non è più così ovvia. Cfr. MANFREDINI, «Un'iniuria» (cit. n. 1), pp. 195–198.

⁸ Sulla problematica del mare e del lido come le *res omnium communes* cfr. N. CHARBONNEL & M. MORABITO, «Les rivages de la mer: droit Romain et glossateurs», *RHD* 65 (1987),

la libertà di pesca e di sfruttamento delle altre risorse naturali del mare, non era in contrasto con i diritti dei proprietari fondiari.⁹

La libertà assoluta di caccia risaliva ai tempi arcaici quando gli animali selvatici rappresentavano per l'uomo innanzitutto una minaccia. Con la successiva subordinazione dell'ambiente naturale alle esigenze degli uomini e lo sviluppo dell'economia agraria basata sullo sfruttamento organizzato dei fondi agrari, tale libertà divenne sempre più anacronistica, essendo in contrasto con gli interessi dei proprietari terrieri. Gli animali selvatici iniziavano ad essere percepiti come fonte importante di profitto, sia per la carne che per le pellicce ed anche come fonte di divertimento derivante dall'attività venatoria. Con l'aumento della ricchezza dei cittadini romani, la crescente domanda di animali esotici e pesci a fini contemplativi o culinari, con la nuova tendenza a trattare la caccia come passatempo degno dei *nobiles* romani e con la popolarità degli spettacoli (*venationes*),¹⁰ gli animali selvatici diventano fonte di reddito ed anche sim-

pp. 23-32; L. GUTIERREZ-MASSON, «*Mare nostrum: imperium ou dominium*», *RIDA* 40 (1993), pp. 293-315; M. FIORENTINI, «Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero», *Index* 24 (1996), pp. 164-175; H. ANKUM, «*Litora maris et longi temporis praescriptio*», *Index* 26 (1998), pp. 357-376; con la letteratura indicata a pp. 376-381; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Nuevas observaciones sobre la condición jurídica del mar y sus litorales en el derecho romano», [in:] *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^e Reimundo Yanes I*, Burgos, 2000, pp. 103-122; C. SPANU, *Mare et per hoc litora maris* (cit. n. 7); M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano 2003; G. PURPURA, «*Liberum mare*, acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico», *AUPA* 49 (2004), pp. 165-206; KAMIŃSKA, «Swoboda korzystania» (cit. n. 7), pp. 63-83, in particolare pp. 64-75.

⁹ Sulla limitazione della libertà di pesca cfr. *D.* 8.4.13, in cui Ulpiano, basandosi sul particolare status giuridico del mare, esclude la possibilità di limitare la libertà di pesca tramite la servitù costituita nella *lex privata*. Ciò nonostante, ammette la validità della *lex venditionis* in cui il proprietario di due fondi (il *fundus Geronianus* e il *fundus Botrianus*) vendendo il primo (il *fundus Geronianus*) aggiunge al contratto di vendita una clausola secondo cui ne l'acquirente, ne i suoi successori avrebbero avuto il diritto di esercitare la pesca del tonno a danno dell'altro fondo (il *fundus Botrianus*). Sul testo cfr. innanzitutto G. FRANCIOSI, «Il divieto della *piscatio tinnaria*: un'altra servitù prediale», *RIDA* 49 (2002), pp. 101-107; PURPURA, «*Liberum mare*» (cit. n. 8), e la letteratura *ivi* citata.

¹⁰ L'uso di organizzare spettacoli pubblici durante i quali venivano rappresentate le scene di caccia o di lotta con gli animali selvatici (*venationes*) aveva una lunga tradizione, probabilmente risalente alla celebrazione delle feste dedicate agli dei. Nel periodo repubblica-

bolo della posizione economica del proprietario del fondo.¹¹ Di conseguenza, quelle che inizialmente erano delle modeste riserve di animali nella vicinanza delle *villae* (*vivaria*), create al fine di soddisfare i propri bisogni, si trasformeranno in riserve di grandi dimensioni, comprendenti interi boschi e/o terreni montani, costituenti la fonte autonoma di profitto procurato dalla proprietà fondiaria.

Almeno a partire dalla fine della repubblica, con questo nuovo contesto socio-economico e con la crescente popolarità degli allevamenti e delle grandi riserve di animali selvatici (*therotrophia*), l'arcaica regola del

no le *venationes* costituivano l'elemento fisso della celebrazione di tali feste e queste si svolgevano anche durante feste votive oppure in occasione della celebrazione di un qualche trionfo. Nel periodo imperiale, quando l'organizzazione di tali feste e degli spettacoli pubblici era divenuta monopolio degli imperatori, queste potevano essere organizzate anche senza un motivo particolare ma in virtù dell'arbitraria decisione dell'imperatore e con un fine ideologico o propagandistico. Gli spettacoli nei circhi oppure negli anfiteatri non si limitavano alle tradizionali scene di caccia – *venationes* con la partecipazione dei *venatores* e i *bestiarii*, ma venivano anche organizzate vere e proprie lotte tra i diversi animali, le esecuzioni dei condannati e le mostre d'allevamento degli animali selvatici. Sul rapporto tra l'aspetto politico e sociale di tali spettacoli e la loro funzione politica, cfr. LANE FOX, «Ancient Hunting» (cit. n. 1), pp. 128–153; D. SŁAPEK, *Gladiatorzy i polityka. Igrzyska w okresie późnej Republiki Rzymskiej* [Gladiatori e politica. Gli spettacoli nel periodo tardo-repubblicano], Wrocław 1995; SŁAPEK, *Sport i widowiska* (cit. n. 1), pp. 703–711. Sulla richiesta degli animali esotici ai fini delle *venationes* vedi: M. MACKINNON, «Supplying Exotic Animals for the Roman Amphitheatre Games. New Reconstructions combining Archeological, Ancient Textual, Historical and Ethnographic Data», *Museion* 6 (2006), pp. 137–161; Cristina LO GIUDICE, «L'impiego degli animali negli spettacoli romani: *venatio* e *damnatio ad bestias*», *Italiae. Revue d'études italiennes* 12 (2008), pp. 361–395.

¹¹ Varrone nella sua opera *Rerum rusticarum libri tres* numerose volte parla dei profitti che il proprietario del *vivarium* poteva ricavare dall'allevamento degli animali selvatici o dalla caccia degli uccelli o dalla pesca. Tali profitti evidentemente erano molto più elevati rispetto a quelli ricavabili dallo sfruttamento tradizionale della terra. Questo conferma che nel I secolo AC le riserve degli animali selvatici costituivano delle vere e proprie imprese in quanto capaci di produrre rendite cospicue che influenzavano il valore del terreno su cui venivano instaurate. Cfr. Varro, *rer. rust.* III 4.1; III 2.11–15; III 5.8; III 6.1; III 6.6; III 7.10–11; III 16.10–11). Sugli allevamenti degli animali selvatici come fonte di guadagno per i proprietari terrieri cfr. Zuzanna BENINCASA, «*Si vivariis inclusae ferae*. Status prawny dzikich zwierząt żyjących w vivaria i parkach myśliwskich w prawie rzymskim» [*Si vivariis inclusae ferae*. Lo status giuridico degli animali selvatici viventi nei vivai e nei parchi di caccia], *Zeszyty Prawnicze* 13.4 (2013), pp. 11–14.

ius gentium secondo cui gli animali selvatici costituivano le *res nullius*, non era capace di rispecchiare la realtà, in quanto gli animali selvatici iniziano ad essere trattati come rendite ricavate dal fondo.¹²

In questo nuovo contesto, senza dubbio si poneva il problema per i proprietari terrieri di potersi assicurare l'esclusivo diritto alla caccia degli animali selvatici presenti sui loro fondi, ma di fronte alla regola del *ius gentium*, essi potevano solo proibire l'ingresso sul proprio fondo, non potendo proibire a terzi la caccia né impedire a questi di acquisire la proprietà dell'animale catturato.

Resta quindi da analizzare la questione dell'eventuale responsabilità del cacciatore oppure del pescatore, derivante dalla violazione del divieto d'entrata emanato dal proprietario del fondo. In questa materia purtroppo le fonti non forniscono informazioni sufficienti per stabilire quali mezzi legali potesse utilizzare il proprietario e quali fossero le sanzioni imposte al colpevole.¹³

¹² Questo processo ha costretto col tempo i giuristi romani ad estendere la tradizionale naturalistica nozione del frutto del fondo, riconoscendo che in alcuni casi gli animali catturati su questo, così come i profitti ricavati dalla vendita degli animali selvatici, possono ritenersi *fructus fundi* e quindi un profitto ricavato regolarmente e sistematicamente dal fondo. Cfr. *D.* 22.1.26; *D.* 7.1.9.5; *PSent.* 3.6.22. Sulla questione di includere gli animali selvatici nella categoria di *fructus fundi* cfr. POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 17-57; R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, pp. 203-206; BENINCASA, «*Si vivariis inclusae ferae*» (cit. n. 11), pp. 24-29. In tal caso come l'*instrumentum fundi* veniva trattato il personale e gli attrezzi destinati all'allevamento e alla caccia degli animali. Cfr. *D.* 33.7.12.12-13; *D.* 33.7.8 *pr.*-1; *D.* 33.7.22 *pr.*; *PSent.* 3.6.41; *PSent.* 3.6.45. Sul tema dell'*instrumentum fundi* cfr. M. A. LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'instrumentum fundi tra il I sec. a.C. e III sec. d.C.*, Napoli 1966, pp. 5; 44; 253; CARDILLI, *ibidem*, p. 351; A.M. GIOMARO, «Dall'instruere all'*instrumentum* e vice versa nell'economia della Roma antica», *Studi Urbinati* 62.1-2 (2011), pp. 105-166. Sull'*instrumentum venationis* cfr. LOMBARDI, «Libertà di caccia» (cit. n. 1), pp. 277-290; POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 211-222; GIOMARO, *ibidem*, pp. 135-136 e 145-146.

¹³ I testi che menzionano la pratica di proibire l'entrata sul fondo non precisano le conseguenze della violazione di tale divieto. (*D.* 41.1.3.1; *D.* 41.1.5.2; *D.* 47.10.13.7; *IJust.* 2.1.12; *IJust.* 2.1.14.). L'unico testo in cui in modo esplicito viene trattata la caccia praticata sul fondo in violazione del divieto del proprietario, è il testo di Callistrato (*D.* 8.3.16) che riporta l'enigmatica risposta emanata dall'imperatore Antonino Pio. L'imperatore nel suo rescritto ha ritenuto non *εὐλογον* (vuol dire ragionevole, razionale, giusto) praticare l'uccellagione su fondo altrui contravvenendo al divieto del proprietario. Il senso della risposta

Recentemente Arrigo D. Manfredini nel suo saggio «Un'*iniuria* che non c'è» mostra che sulla base delle fonti disponibili, la questione dei mezzi di tutela a disposizione del proprietario contro il cacciatore o il pescatore che contravveniva al divieto d'ingresso sul fondo, non può ritenersi definitivamente risolta, data l'assenza di dati precisi. In particolare, Manfredini si contrappone all'idea postulata da alcuni autori secondo cui tale tutela si realizzava attraverso la consegna dell'*actio iniuriarum*. Secondo lui anche gli altri mezzi di tutela processuale o extra-processuale individuabili in letteratura, non possono ritenersi mezzi universali di tutela del proprietario del fondo, in quanto esigevano condizioni particolari da parte del *venator* oppure dell'*auceps* e particolari circostanze di violazione del divieto oppure un particolare comportamento della persona che entrava sul fondo altrui.¹⁴

data da Antonino Pio è molto ambiguo ed è difficile stabilire se il rescritto si riferisse ad un caso esclusivo di uccellagine (*aucupio*) o valesse anche per qualsiasi tipo di caccia e se il comportamento degli *aucupes* fosse semplicemente non ragionevole o anche illecito. Tale rescritto non stabilisce le conseguenze della violazione del divieto emanato dal proprietario del fondo. Il tenore ambiguo della risposta data dall'imperatore può giustificarsi dalla sua difficoltà nel dover da un lato far rispettare il diritto del proprietario di poter vietare a terzi l'entrata sul proprio fondo e dall'altro quello di non poter negare la libertà a chiunque di acquistare la proprietà degli animali selvatici. Cfr. LOMBARDI, «Libertà di caccia» (cit. n. 1), pp. 302-322; 334-339; POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 9-10 n. 4; 11-17, in part. p. 12 n. 8; MANFREDINI, «Un'*iniuria*» (cit. n. 1), pp. 183-188.

¹⁴ Manfredini mostra le difficoltà nello stabilire quali fossero i mezzi della tutela messi a disposizione di un proprietario al fine di rendere efficace la proibizione d'accesso sul fondo. Secondo quest'autore il testo del commentario di Ulpiano *ad edictum D. 47.10.13.7* non autorizza a sostenere che tale tutela si realizzasse tramite consegna dell'*actio iniuriarum*. L'autore non esclude che in casi particolari, quando tale comportamento aveva come scopo l'offesa del proprietario, quest'ultimo potesse servirsi dell'*actio iniuriarum*, ma, come nota, di solito il cacciatore che inseguendo l'animale fosse entrato sul fondo appartenente ad un'altra persona, non aveva di certo intenzione di offendere il proprietario. Secondo lui erano i glossatori che, partendo dalla lettura del testo del *D. 47.10.13.7* che riguardava la concessione dell'*actio iniuriarum* contro la persona che rendeva impossibile sfruttare la libertà di pesca nel mare, con disinvoltura erano arrivati al concetto dell'*iniuria* consistente nella violazione del divieto d'entrata sul fondo e l'azione d'ingiuria come il mezzo processuale di tutela spettante al proprietario del fondo contro chi ne violasse il divieto d'entrata. Neanche la *lex Cornelia* che regolava la responsabilità per l'uso della forza durante la *domum introire* sembra poter essere il mezzo adatto da applicarsi nei casi di entrata sul fondo violando divieto del proprietario. Lo stesso si può dire in riferimento all'interdetto *quod vi aut clam* e ad altri interdetti possessori che esigevano condizioni particolari

Come sostiene Manfredini non è quindi da escludere che il diritto del proprietario di proibire al cacciatore l'entrata sul suo fondo, *de facto* non godesse nel diritto romano di nessun genere di tutela particolare e il proprietario del fondo «poteva contare solo sui suoi muscoli».¹⁵

Pur condividendo l'opinione di Manfredini sul fatto che probabilmente *ius prohibendi*, spettante al proprietario contro chi voleva cacciare o pescare sul suo fondo ebbe una lunga evoluzione e che non sia possibile stabilire quando e se, questo processo venne a compiersi definitivamente,¹⁶ vorrei mettere in luce certe soluzioni e costruzioni giuridiche elaborate dagli *iurisprudentes* romani, che possono essere percepite come un riflesso del contrasto tra la libertà di caccia intesa come possibilità d'appropriarsi di *omnia quae terra, mari, caelo capiuntur* e la tutela della proprietà privata. Grazie a queste costruzioni diveniva possibile conciliare questo principio del *ius gentium* con il bisogno di tutelare gli interessi dei proprietari terrieri interessati a riservarsi l'esclusivo diritto di sfruttare le risorse naturali trovantesi sui propri fondi, inclusa la caccia degli animali selvatici.

Vorrei quindi dimostrare, che, almeno a partire dalla fine del periodo repubblicano, con la pratica di creare vivai e grandi riserve, in cui i proprietari delle aziende rinchiudevano gli animali selvatici, i pesci e gli uccelli, il problema del contrasto tra la libertà di caccia e la tutela dei diritti dei proprietari fondiari divenne meno cocente. Tramite la creazione di queste riserve destinate all'allevamento degli animali selvatici o anche tramite la sola recinzione delle aree forestali e/o montane in cui gli animali selvatici permanevano allo stato brado, il proprietario del fondo poteva rendere difficile a terzi l'entrata sul proprio fondo e quindi l'acquisto della proprietà degli animali selvatici se catturati dai terzi.

dello stato di fatto ad eccezione della sola entrata sul fondo altrui. Tutti questi mezzi di tutela processuale ed extra-processuale secondo Manfredini non possono essere ritenuti rimedi universali contro il cacciatore che violava il divieto d'accesso sul fondo. Cfr. MANFREDINI, «Un'*iniuria*» (cit. n. 1), pp. 181-201 con la letteratura citata da quest'autore.

¹⁵ Come suggerisce quest'autore l'ipotesi che questo conflitto venisse risolto dal proprietario *via facti* con il semplice uso della forza (come sosteneva già Lombardi in LOMBARDI, «Libertà di caccia» (cit. n. 1), p. 334) continua ad essere l'ipotesi più convincente. Cfr. MANFREDINI, «Un'*iniuria*» (cit. n. 1), pp. 188 n. 27; p. 201, con le osservazioni nella nota 75.

¹⁶ MANFREDINI, «Un'*iniuria*» (cit. n. 1), pp. 186-188.

Sostenendo che gli animali selvatici chiusi nel vivaio appartengono al proprietario di tale riserva e grazie al concetto giuridico dell'*animus revertendi* e della *revertendi consuetudo* adoperato per gli animali mansuefatti, diveniva possibile garantire al proprietario del fondo su cui erano instaurate le riserve, il diritto esclusivo a trarre profitti dalla *venatio*, *auscupio* oppure la *piscatio* a scapito della libertà di caccia derivante dal *ius gentium*.

I vivai (*vivaria*) erano riserve di animali, di uccelli o di pesci allevati dal proprietario del fondo al fine di soddisfare i propri bisogni o per profitto. Inizialmente la funzione di tali riserve era di provvedere al fabbisogno familiare: carne, uova, piume pellicce e anche per fini rituali (*auspicia*). Con l'aumento del benessere di cittadini romani, lo stile di vita dei nobili diventa raffinato e lussuoso e queste riserve vengono a trasformarsi in grandi imprese, in fonte cospicua di guadagno proveniente grazie alla vendita degli animali allevati e simbolo di ricchezza e posizione sociale.¹⁷

Nei tempi di Varrone divenne comune l'usanza da parte dei ricchi proprietari fondiari appartenenti al ceto di *nobiles*, di creare grandi riserve recintate che si estendevano su terreni forestali o montani (*therotrophia*). Queste riserve fornivano molta selvaggina ed erano fonte di guadagno ma anche di divertimento per i nobili che volevano dedicarsi alla caccia per passare il tempo libero.¹⁸ Come riporta Columella, le persone che voleva-

¹⁷ Nell'opera di Varrone sono descritti tre tipi di riserve: *leporaria*, per allenare le lepri, *ornithones*, chiamati originalmente *aviaria*, per l'allevamento *fructus causa* oppure *delectationis causa* degli uccelli domestici ed esotici ed in fine le *piscinae*, sia con acqua dolce che marina, per l'allevamento di pesci a fini contemplativi o culinari. Rispetto alla funzione svolta da queste riserve si potevano distinguere due tipi di *vivaria*, corrispondenti ad un determinato periodo storico: un primo tipo legato alla *frugalitas* antica e il successivo corrispondente alla crescente domanda di lusso da parte dei proprietari fondiari. Nel I secolo AC i *vivaria* non erano più semplicemente percepiti come modeste riserve che servivano a fornire alla *familia* del proprietario carni e pellicce, ma come imprese commerciali serie e fonti di guadagno autonome, di primaria importanza ai fini dell'estimazione del valore della proprietà fondiaria. Anche la crescente popolarità degli spettacoli con la partecipazione di animali selvatici (*venationes*) finiva per aumentare il valore dei vivai che fornivano tali animali. Cfr. Varro, *rer. rust.* III 3.1-7; III 4.1-2; III 2.11-15; III 5.8; III 6.1; III 6.6; III 7.10-11; III 16.10-11; Colum. *de re rust.* VIII 16.2-3; VIII 16.5.

¹⁸ Il primo che instaurò tale riserva, secondo la testimonianza letteraria, era il nobile romano Fulvius Lippinus che subito è stato seguito dagli altri aristocratici noti per la loro inclinazione al lusso e alle ricchezze. (Plin. *NH* VIII 211). Tale riserva veniva chiamata *the-*

no ricavare profitti notevoli dall'allevamento degli animali selvatici non si limitavano a creare piccole riserve in vicinanza della villa, nelle quali i singoli animali venivano allevati e nutriti direttamente dal proprietario che eseguiva il controllo rispetto alla loro popolazione e alla riproduzione, ma circondavano con muri o altro tipo di recinto vaste aree, rinchiudendo dentro gli animali selvatici viventi nel loro ambiente naturale che solo in certi periodi dell'anno venivano nutriti dal personale del proprietario.¹⁹

Gli animali selvatici catturati dal proprietario e rinchiusi nelle riserve destinate all'allevamento (*vivaria*) venivano considerati comunque appartenenti al proprietario del fondo e quindi quest'ultimo conservava il diritto esclusivo del loro sfruttamento. L'elemento decisivo per consegnare al proprietario del vivaio la proprietà di questi animali non consisteva solo nel fatto di custodirli all'interno dello spazio chiuso da cui non potevano scappare, ma nel fatto che questi animali erano stati precedentemente catturati e quindi acquistati da questo proprietario tramite occupazione, e ciò può dedursi dal commentario *ad edictum* di Paolo:

rotrophium, probabilmente per la diversa dimensione e per il diverso sistema di allevamento degli animali selvatici. Cfr. Varro, *rer. rust.* III 12.1-2; III 13.1-2; Colum. *de re rust.* IX 1; 4; 6. Sui *vivaria* e le riserve di caccia vedi: GARCÍA GARRIDO, «Derecho a la caza» (cit. n. 1), pp. 280-281; POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 85-110; FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica* (cit. n. 8), pp. 143-198; BENINCASA, «*Si vivariis inclusae ferae*» (cit. n. 11), pp. 5-41; MACKINNON, «Hunting in Roman antiquity» (cit. n. 1), p. 209.

¹⁹ Colum. *de re rustica* IX 1: «Ferae pecudes, ut capreoli dammaeque nec minus orygm cervorumque genera et aprorum, modo lautitiis ac voluptatibus dominorum serviunt, modo quaestui ac reditibus. Sed qui venationem voluptati suae claudunt contenti sunt, utcumque competit proximus aedificio loci situs, munire vivarium semperque de manu cibos et aquam praebere. Qui vero quaestum reditumque desiderant, cum est vicinum villae nemus (id enim refert non procul esse ab oculis domini), sine cunctatione praedictis animalibus destinatur.»; IX.4: «Satis est autem vacerras inter pedes octonos figere, serisque transversis ita clatrare ne spatiorum laxitas quae foraminibus intervenit pecudi praebeat fugam. Hoc autem modo licet etiam latissimas regiones tractusque montium claudere, sicuti Galliarum nec non et in aliis quibusdam provinciis locorum vastitas patitur.»; IX.6: «Contentus tamen non debet esse diligens paterfamiliae cibis quos suapte natura terra gignit, sed temporibus anni quibus silvae pabulis carent condita messe clausis succurrere hordeoque alere vel adoreo farre aut faba, plurimumque etiam vinaceis, quidquid denique vilissime constiterit dare. Idque ut intellegant ferae praebere, unam vel alteram domi mansuefactam conveniet immittere, quae pervagata totum vivarium cunctantis ad obiecta cibaria pecudes perducatur.»

D. 41.2.3.14 (Paul. 54 ed.): Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiecerimus a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictæ sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.

Nel testo citato sopra Paolo contrappone la situazione possessoria degli animali selvatici rinchiusi nei vivai e dei pesci allevati in piscine ad una situazione solo apparentemente simile, cioè quella delle *ferae bestiae* viventi allo stato brado in una selva recintata e di pesci viventi in uguale stato di natura in uno stagno (*in stagno* oppure *in silvis*). Solo i primi, secondo Paolo, potevano essere considerati posseduti dal proprietario del terreno, in quanto quest'ultimo per metterli in strutture appositamente create per l'allevamento doveva prima acquistarne il possesso catturandoli e questo equivaleva all'occupazione da parte del catturante. Invece gli animali viventi nel loro ambiente naturale vengono trattati da Paolo come «relictæ in libertate naturali», cioè non appartenenti a nessuno, in quanto la recinzione del terreno non equivaleva all'acquisto del possesso di tutti gli animali selvatici viventi su quel terreno.²⁰ L'acquisto del possesso e quindi l'occupazione dell'animale, antecedente all'inserimento dell'animale nel vivaio oppure nella piscina, sembra essere l'elemento cruciale per distinguere la situazione possessoria e quindi anche lo status giuridico di questi animali da quelli viventi nello stato di *naturalis libertas* sul terreno recintato dal proprietario. Al fine di corroborare il proprio ragionamento Paolo segnala che trattare gli animali selvatici permanenti allo stato brado sul terreno recintato come appartenenti al proprietario, sarebbe equivalso

²⁰ Quest'elemento del precedente acquisto della proprietà dell'animale tramite occupazione, viene ritenuto da Paolo cruciale al fine di distinguere lo status giuridico di questi animali da altri che vivevano in spazi recintati ma nel loro ambiente naturale, in quanto non catturati in precedenza dal proprietario del fondo per essere introdotti nel vivaio. Anche uno sciame d'api poteva ritenersi parte del patrimonio del proprietario di un fondo, ma solo nel caso in cui quest'ultimo ne avesse acquistato il possesso. Nel caso in cui le api selvatiche costruissero il proprio nido in un albero sul fondo, dovevano invece considerarsi *res nullius*, come tutti gli altri animali selvatici che si catturano *terra, mari, caelo*. Cfr. *D. 41.1.5.2*; *D. 47.2.26 pr.*

ad ammettere che il proprietario vendendo la foresta vendeva anche tutti gli animali in essa viventi e l'acquirente ne acquistava il possesso e ciò secondo Paolo era ovviamente falso (*quod falsum est*).²¹

Dal testo del commentario di Paolo si evince che gli animali selvatici allevati dal proprietario del fondo nella tradizionale riserva (*vivarium*) erano ritenuti di sua proprietà, e non più considerati *res nullius* soggette all'occupazione. Più complesso era invece lo status giuridico degli animali selvatici viventi nel loro ambiente naturale ma all'interno dello spazio recintato dal proprietario (*silva circumsepta*). Questi animali, pur trovandosi all'interno dello spazio recintato, non necessariamente erano stati precedentemente catturati dal proprietario della riserva e quindi non potevano considerarsi sotto la sua *custodia*. Secondo Paolo questi animali conservavano la *naturalis libertas* e non appartenevano al proprietario del fondo.²²

²¹ Rispetto alla *reductio ad absurdum* e il concetto di natura nell'argomentazione di Paolo, cfr. T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main 2007, p. 354.

²² Diversamente, secondo Polara rispetto allo status giuridico non esisteva alcuna differenza tra gli animali selvatici rinchiusi nei vivai tradizionali e quelli viventi nelle grandi riserve. Polara tratta quest'ultime analogamente ai tradizionali *vivaria*, contrapponendole alla fattispecie della *silva circumsepta* menzionata da Paolo nel testo del *D.* 41.2.3.14. Sembra però che tale interpretazione non trovi conferma nelle fonti. Un'argomentazione che corrobora invece l'analogia tra grande riserva e la *silva circumsepta* può individuarsi nel fatto, che Varrone, descrivendo il *therotrophium*, usasse le parole «*silva supra quinquaginta iugerum maceria saepta*» (Varro, *rer. rust.* 111 13.2). Anche Columella indicava le differenze tra i tradizionali *vivaria* e le grandi riserve: nei primi il proprietario nutriva gli animali dalla mano, nelle grandi riserve invece gli animali si nutrivano da soli sfruttando le risorse naturali della foresta e solo in alcuni periodi dell'anno, quando le risorse naturali non erano sufficienti, venivano nutriti dal proprietario che lasciava loro il cibo in posti precisi (Colum. *de re rust.* 1x 1.6). L'interpretazione di Polara non coincide col testo del *D.* 47.2.26 pr., in cui Paolo non tratta lo sciame d'api che avevano creato il nido nell'albero, come appartenenti al proprietario del fondo. Lo stesso Polara ammette che il motivo per cui tali api venivano riconosciute *res nullius* dipendeva dal fatto che il proprietario, non avendo catturato lo sciame, non ne poteva acquisire il possesso e quindi la proprietà. Una situazione analoga a mio parere è quella degli animali selvatici che vivevano nel bosco allo stato naturale ma all'interno di uno spazio recintato. In questo caso è impossibile sostenere che fossero stati acquistati tramite occupazione, né che fossero sotto la *custodia* del proprietario del fondo. Infine, va segnalato come l'interpretazione di Polara non corrisponde al testo del *D.* 7.1.62.1, in cui Tryphonino analizzando la problematica dell'usufrutto del vivaio adoperata per gli animali rinchiusi nel *vivarium* la stessa regola adoperata

Bisogna ora soffermarsi sul bisogno di Paolo di analizzare la situazione possessoria dei «*pisces, qui in stagno sint aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur*». Probabilmente all'epoca già alcuni giuristi erano pronti a far equivalere l'atto di recintare un terreno all'acquisto del possesso di tutti gli animali selvatici ivi viventi. Questa soluzione avrebbe in pratica eliminato il contrasto tra la libertà di caccia e il diritto spettante al proprietario del fondo di escludere lo sfruttamento del fondo da parte di terzi. Tale soluzione non era però secondo Paolo condivisibile, in quanto basantesi su di un'interpretazione troppo estensiva del concetto d'occupazione, da cui potevano derivare soluzioni assurde come chiaramente evidenziato nell'esempio fatto da questo giurista.

Per i proprietari che creavano sui propri terreni le grandi riserve, la giurisprudenza elaborò un altro concetto che consentiva a questi di riservarsi il godimento e lo sfruttamento esclusivo degli animali selvatici ivi presenti. Questo concetto si basava sull'individuazione della categoria degli animali selvatici che, pur vagando liberamente, grazie al processo di

nel caso di un gregge, obbligando l'usufruttuario, terminato il tempo dell'usufrutto, a restituire al proprietario, per ogni singolo di *ferae bestiae*, un altrettanto numero di capi rispetto a quanti ricevuti all'inizio dell'usufrutto. In riferimento alla grande riserva destinata alla caccia tale regola sembra inapplicabile, in quanto il proprietario del bosco recintato non era in grado di contare tutti gli animali selvatici viventi nello spazio recintato, ne poteva controllare la popolazione e la riproduzione. Di conseguenza, Polara è stato costretto a ritenere il testo di Tryphonino frutto dell'interpolazione fatta dai compilatori giustiniane. Inoltre, trattare le grandi riserve nel modo analogo ai tradizionali vivai, fa nascere la domanda, quale fosse la differenza tra queste riserve e la *silva circumsepta*, a cui faceva riferimento Paolo nel testo del *D. 41.2.3.14*, che ha spinto questo giurista ad adoperare una soluzione diversa rispetto al possesso degli animali selvatici. A parer mio lo status giuridico degli animali vaganti nell'ambito del terreno recintato non era facile da definire. Il proprietario di tale riserva poteva essere ritenuto il proprietario solo rispetto agli animali stati precedentemente da lui catturati oppure acquistati e successivamente messi in tale riserva, e non rispetto a quelli che vivevano nel bosco già prima della sua recinzione. Controversa risulta anche la questione se gli animali catturati dal proprietario e poi inseriti nella riserva in cui potevano vagare liberamente, potessero essere ritenuti in modo permanente sotto la sua *custodia* e se non dovessero invece essere trattati come animali selvatici ritornati alla *naturalis libertas*. Cfr. POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 102-105; 121-125; 134-135; 183-198; 233-244. Cfr. anche la critica dell'interpretazione di Polara: MARTINI, «Sui frutti delle *venationes*» (cit. n. 1), p. 217; BENINCASA, «*Si vivariis inclusae ferae*» (cit. n. 11), pp. 19-24.

mansuefazione, manifestavano l'abitudine di ritornare dall'uomo che gli aveva mansuefatti:

Gai. 2.68: In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut, si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

Nel testo sopra citato proveniente dalle Istituzioni di Gaio è riportata la regola applicabile agli animali selvatici mansuefatti «quae ex consuetudine abire et redire solent» (e tali erano i colombi, le api e i cervi),²³ secondo cui la perdita della proprietà dell'animale non si verificava nel momento in cui l'animale è scomparso dalla vista o pur essendo visibile non era facilmente ricatturabile, ma solo quando l'animale perdeva l'*animus revertendi*. La perdita dell'*animus revertendi* consisteva, come spiegato da Gaio, proprio nell'abbandono dell'abitudine a ritornare dal proprietario (*revertendi consuetudo*).

La regola a cui si riferisce Gaio, applicata in riferimento agli animali selvatici, che grazie al processo di mansuefazione intrapreso da un uomo hanno iniziato a manifestare la *revertendi consuetudo*, costituiva la sostanziale trasformazione della regola generale secondo cui la proprietà dell'animale selvatico veniva persa quando l'animale sfuggiva all'uomo allontanandosi in modo tale da non poter essere visto e/o essere facilmente ricatturato.²⁴ La creazione della *consuetudo revertendi*, come frutto del processo di mansuefazione dell'animale selvatico, permetteva di sostenere che fino a quando l'animale conservava l'*animus revertendi* permaneva sotto il controllo dell'uomo. Conseguentemente l'animale mansuefatto, anche se allontanatosi dal proprietario ad una distanza tale da potersi considerare

²³ Cfr.: *Thesaurus Linguae Latinae*, s.v. «mansuetus», coll. 330 l. 39; Cfr. D. DAUBE, «Doves and bees», [in:] *Droits de l'Antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris 1966, pp. 64-65; B. W. FRIER, «Bees and lawyers», *Classical Journal* 78.2 (1983-1984), pp. 105-114.

²⁴ Cfr. POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 125-153; GARCÍA GARRIDO, «Derecho a la caza» (cit. n. 1), pp. 277-280.

difficilmente ricatturabile, era ritenuto comunque ancora sotto *custodia* e non considerato come animale ritornato allo stato della *naturalis libertas* in cui poteva essere appropriato da chiunque.²⁵

La stessa regola è riportata da Gaio nelle *Res cottidianae* dove viene applicata anche ai pavoni:²⁶

²⁵ La questione problematica nell'applicazione del concetto dell'*animus revertendi* e della *revertendi consuetudo*, era senza dubbio precisare in quale momento l'animale mansuefatto perdesse la propria abitudine a ritornare. Si può supporre che in alcuni casi la conoscenza della natura dell'animale permetteva di valutare se questi volesse allontanarsi dall'uomo senza intenzione di ritornare, come nel caso della fuga dello sciame di api. Nel caso però di animali come i cervi era difficile stabilire quando perdessero il loro *animus revertendi*. Non può escludersi che nei casi concreti fosse il tempo trascorso dal momento dell'allontanamento a determinare se esistesse ancora la possibilità del ritorno dell'animale al posto di pastura. Va detto però, che tale problema non è stato trattato in nessun testo proveniente dal periodo classico. Nella Parafrasi di Teofilo viene indicato un lasso di tempo di tre giorni entro i quali, nel caso di allontanamento dell'animale mansuefatto, il proprietario continuava a conservarne la proprietà. Non è possibile però stabilire se tale termine provenisse dal diritto classico, oppure fosse solo frutto di interpretazioni successive delle nozioni dell'*animus revertendi* e della *revertendi consuetudo*. Cfr. *Inst. Paraphr.* 2.1.15: «Finge enim meam cervam me relinquere solitam silvasque petere vel eodem vel postero die reversam vel etiam tertio: nunquam vero ultra tres dies mea abfuisse domo. Si ergo intra tertium diem, intra quem reverti solita fuit, ab aliquo capta est, utpote circa dominium laesus, actionem in rem aversus eum habebō; quodsi quarta diem eam quis ceperit, nullam in eum actionem exercebo; patet enim, cum revertendi consuetudinem non servaverit, meum sprevisse dominium.».

²⁶ Come sosteneva Daube, la regola riportata da Gaio da applicarsi nel caso degli animali mansuefatti, originalmente veniva utilizzata esclusivamente per i colombi e per i pavoni, che non erano ritenuti animali selvatici, mentre le api venivano trattate come animali *fera natura*. Solo Celso estese l'antica regola anche al caso delle api, trattandole, per la loro abitudine di allontanarsi e ritornare, in modo analogo ai colombi e ai pavoni. In tal modo la giurisprudenza riclassificò colombi e pavoni, ritenendo anche essi animali *fera natura* pur potendo essere mansuefatti dall'uomo. Cfr. DAUBE, «Doves and bees» (cit. n. 23), pp. 63-75. Nel testo della *Coll.* 12.7.10 sono riportate due opinioni sulla questione della proprietà delle api. Secondo Proculo le api spostatesi dal terreno verso un fondo altrui non appartenevano più al proprietario del primo fondo. Secondo Celso invece tale interpretazione era errata, in quanto le api avevano l'abitudine di ritornare («cum reveniri solent») ed erano fonte di guadagno («fructui mihi sint»). Sulla controversia tra Celso e Proculo e i condizionamenti socio-economici della decisione di Celso, cfr. FRIER, «Bees and lawyers» (cit. n. 23), pp. 105-114; H. HAUSMANINGER, «Celsus gegen Proculus», [in:] *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschrift für Ulrich von Lübtow*, Rheinfelsen 1991, pp. 53-62; B. W. FRIER, «Why did the jurists change Roman law? Bees and lawyers revisited», *Index*

*D. 41.1.5.5 (Gai 2 rer. cott. sive aur.): Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*²⁷

Nel testo sopra citato Gaio propende verso l'idea secondo cui pavoni e colombi, così come api e cervi, dovevano considerarsi animali selvatici (*fera natura*), anche se potevano manifestare l'abitudine di ritornare dall'uomo che li aveva mansuefatti. Nella parte successiva del testo riporta la regola già menzionata e applicabile a tali specie di animali *quae ex consue-*

22 (1994), pp. 135-137; 139-141; GIARO, *Römische Rechtswahrheiten* (cit. n. 21), pp. 504-505; D. MANTOVANI, «I giuristi, il retore e le api. *Ius controversum* e natura nella *Declamatio Maior XIII*», [in:] D. MANTOVANI & A. SCHIAVONE (ed.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 323-385. Secondo Polara invece, fu proprio con le api che i giuristi elaborarono il concetto dell'*animus revertendi* al fine di trovare una giustificazione alla conservazione del diritto di proprietà anche quando le api si allontanavano dall'alveare. Questo perché sin dai tempi antichi l'allevamento delle api svolgeva un ruolo importante e il miele costituiva uno degli alimenti base. Nella sua ricostruzione Polara come prima specie di animali inserita nella categoria degli animali «*quae ex consuetudine abire et redire solent*», indica quindi le api, a cui successivamente i giuristi hanno aggiunti anche pavoni e cervi. Cfr: POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 132-133. Secondo MACLEOD è probabile che anche i cinghiali comunemente allevati nei *vivaria* o nelle grandi riserve venissero trattati alla pari degli animali selvatici mansuefatti. Cfr. G. MACLEOD, «Pigs, boars and livestock under the *Lex Aquilia*», [in:] *Critical Studies in Ancient Law. Comparative Law and Legal History*, Oxford – Portland – Oregon 2001, pp. 83-92.

²⁷ Cfr. *Ijust. 2.1.15*: «Pavonum et columbarum fera natura est. nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intellegantur, donec animum revertendi habeant: nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt et fiunt occupantium. revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.».

tudine abire et redire solent, secondo cui si perdeva la proprietà dell'animale mansuefatto solo quando questi abbandonava l'abitudine a ritornare (*animus revertendi*).

Le concezioni dell'*animus revertendi* e della *revertendi consuetudo* in gran misura facevano riferimento all'attività dell'uomo che modificava il comportamento dell'animale selvatico in modo tale, da far nascere in questi l'abitudine a ritornare in un posto scelto dall'uomo. Questo permetteva di considerare tale animale come mansuefatto e quindi sotto *custodia* e non come *res nullius*.²⁸ Gli animali selvatici aventi l'abitudine di ritornare al nido oppure di allontanarsi e ritornare esclusivamente per fini procreativi oppure produttivi (ad esempio le api), non appartenevano al proprietario del fondo su cui ritornavano, fino a quando questi non ne acquistava il possesso e il controllo sopra il loro *animus revertendi*.²⁹

²⁸ Secondo Polara l'*animus revertendi* era innanzitutto legato alla natura dell'animale (l'istinto provocato dall'attrazione che su di esso esercitano la prole o la dimora e non certo dal proprietario). Cfr. POLARA, *Le venationes* (cit. n. 1), pp. 126 n. 19; 128 n. 21. A parer mio invece l'elemento cruciale per il concetto dell'*animus revertendi* va individuato nelle azioni intraprese da un uomo che influiscono sulla natura dell'animale selvatico. È quindi l'uomo che creando condizioni favorevoli di vita oppure nutrendo sistematicamente gli animali attraverso posti precisi di pastura stimola la *consuetudo revertendi*. Nel testo del D. 41.1.5.5 Gaio parla dei «cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant», suggerendo chiaramente il nesso tra mansuefazione e la manifestazione dell'*animus revertendi*, nel senso che il processo di mansuefazione portava alla creazione della *consuetudo revertendi*. Il comportamento del cervo che grazie all'attività dell'uomo inizia a manifestare l'abitudine di ritornare da lui, pur vivendo nel suo ambiente naturale, è legato al fatto di essere nutrito dall'uomo e non deriva da una sua predisposizione naturale. In modo simile in caso di pavoni e di colombe – il processo della loro mansuefazione consisteva nell'indurre tali uccelli a ritornare in posti dove l'uomo creava condizioni comode per la dimora e per la pastura. Cfr. Varro, *rer. rust.* III 7.3–8. Similmente nel caso delle api mansuefatte, il loro *animus revertendi* veniva controllato dall'uomo che indirizzava lo sciame verso l'alveare e successivamente cercava d'evitarne la fuga. Cfr. Varro, *rer. rust.* III 16.12–18; III 16.29–31.

²⁹ Nel testo del D. 47.2.26 *pr.* Paolo nega la consegna dell'*actio furti* contro la persona che avesse preso lo sciame delle api selvatiche dal favo naturale costruito sull'albero del fondo. Tale sciame, pur ritornando al nido ciclicamente, costituiva la *res nullius* fino al momento dell'acquisto del loro possesso da parte del proprietario del fondo. Analoga soluzione è stata adoperata da Gaio nelle *Res cottidiane* (il testo del D. 41.1.5.2) in riferimento alle api selvatiche e agli uccelli.

Le concezioni della *revertendi consuetudo* e dell'*animus revertendi* permettevano al proprietario di un fondo di assicurarsi il diritto di proprietà in riferimento agli animali selvatici non tenuti *stricte* negli spazi chiusi e che si spostavano liberamente allontanandosi da lui ad una distanza tale, che *prima facie* potevano considerarsi ritornati allo stato di libertà naturale. La manifestazione da parte di questi animali dell'abitudine a ritornare in un posto preciso indicato da un uomo (l'alveare, la colombaia, la mangiatoia oppure la voliera), consentiva di non considerare il loro allontanamento a grande distanza come riacquisto della *naturalis libertas*. L'applicazione di tale costruzione in riferimento alle grandi riserve e ai boschi recintati, permetteva ai loro proprietari di ritenere che gli animali vaganti liberamente su questi terreni, pur non essendo da loro direttamente controllati, fino a quando venivano sistematicamente nutriti, per cui manifestavano l'abitudine di ritornare al posto della pastura, permanevano sotto la loro *custodia* e quindi dovevano essere considerati di proprietà.

Nelle fonti infatti viene confermata la pratica di nutrire gli animali selvatici lasciando loro del cibo in posti precisi³⁰ e quella di richiamarli con un suono musicale per ricondurli ai luoghi di pastura.³¹ Tali pratiche servivano ad abituare gli animali a ritornare nei luoghi dove veniva fornito il

³⁰ Columella suggeriva al proprietario di lasciare del cibo per gli animali selvatici in posti precisi e utilizzare animali già mansuefatti per invogliare quelli selvatici a cibarsi nei luoghi di pastura predisposti. Cfr. Colum. *de re rust.* IX 1.6.

³¹ Varrone descrive la grande riserva di caccia di 50 *iugeri* appartenente al Quintus Hortensius. Questi organizzava feste per gli amici durante le quali ad un segnale musicale preciso dato dallo schiavo, gli animali selvatici della riserva accorrevano ai piedi del terrazzo in attesa d'essere cibati. Cfr. Varro, *rer. rust.* III 13.1-3: «... Nam quem fundum in Tusculano emit hic Varro a M. Pupio Pisone, vidisti ad bucinam inflatam certo tempore apros et capreas convenire ad pabulum, cum ex superiore loco e palaestra apris effunderetur glans, capreis victa aut quid aliud. Ego vero, inquit ille, apud Q. Hortensium cum in agro Laurenti essem. Ibi istuc magis thraikikos fieri vidi. Nam silva erat, ut dicebat, supra quinquaginta iugerum maceria saepta, quod non leporarium, sed therotrophium appellabat. Ibi erat locus excelsus, ubi triclinio posito cenabamus, quo Orphea vocari iussit. Qui cum eo venisset cum stola et cithara cantare esset iussus, bucina inflavit, ut tanta circumfluxerit nos cervorum aprorum et ceterarum quadripedum multitudo, ut non minus formosum mihi visum sit spectaculum, quam in Circo Maximo aedilium sine Africanis bestiis cum fiunt venationes».

cibo e tale abitudine era sufficiente affinché essi potessero essere considerati mansuefatti (*mansueti*) e fino a quando continuavano a manifestare il loro *animus revertendi*, venivano considerati dai giuristi sotto *custodia* del proprietario della riserva e quindi di sua proprietà.

La pratica di creare grandi riserve di animali selvatici su estesi terreni forestali o montani, in cui i proprietari fondiari allevavano gli animali nel loro ambiente naturale, può essere ritenuta un modo di limitare la libertà di caccia. Il muro o il recinto non solo rendeva difficile per gli animali la fuga, ma anche permetteva d'evitare che terzi entrassero a fini venatori. L'ulteriore garanzia degli interessi di un proprietario di una tale riserva veniva fornita dai concetti giuridici dell'*animus revertendi* e della *revertendi consuetudo*. Questi permettevano di ritenere che gli animali vaganti in queste riserve allo stato brado, simile allo stato di natura, se nutriti sistematicamente e quindi abituati a ritornare in precisi luoghi di pastura, potevano considerarsi «mansuefatti» e quindi sottoposti alla *custodia* del proprietario.

Si può quindi ipotizzare che la tutela del diritto di proprietà contro la *venatio*, l'*aucupio* oppure la *piscatio* praticata da terzi, non si realizzava tanto tramite mezzi particolari di tutela processuale o extra-processuale, ma piuttosto negando agli animali selvatici la qualità delle *res nullius* in conseguenza di certe azioni intraprese da un proprietario di un'azienda, interessato a riservarsi l'esclusivo diritto di caccia rispetto al suo fondo. Grazie al fatto che gli animali selvatici rinchiusi nei vivai erano ritenuti appartenenti al proprietario della riserva e grazie all'elaborazione da parte dei giuristi dei concetti dell'*animus revertendi* e della *revertendi consuetudo*, *de facto* in gran parte si impediva a terzi la caccia e la cattura degli animali selvatici permanenti nei vivai e nei grandi recinti.

Il proprietario rinchiodando gli animali selvatici nei vivai o recintando in qualche modo il terreno, rendeva difficile l'accesso al proprio fondo e quindi anche la caccia. Il successivo riconoscimento da parte dei giuristi che gli animali rinchiusi nei vivai appartenevano al proprietario del fondo e l'elaborazione del concetto dell'*animus revertendi* e della *revertendi consuetudo* applicabile agli animali selvatici viventi sul terreno recintato, regolarmente nutriti dal proprietario (i quali non erano più riconosciuti come le *res nullius*), toglieva a terzi la possibilità di appropriarsi di animali sel-

vatici viventi in tali riserve, rendendo così inutile la caccia. In questa maniera il contrasto tra l'arcaica regola della libertà di caccia basantesi sul riconoscimento degli animali selvatici come le *res nullius* e il bisogno di garantire ai proprietari fondiari il diritto esclusivo a trarre profitti dai propri terreni è stato in gran parte eliminato. Quest'ipotesi spiega anche il silenzio delle fonti in materia di mezzi legali intesi come azioni processuali messe a disposizione dei proprietari fondiari contro chi voleva cacciare sui loro terreni. Dato che, la c.d. libertà di caccia nel diritto romano significava *in primis* facoltà di acquisire tramite occupazione della proprietà di *omnia, quae terra, mari, caelo capiuntur*, e non il diritto di infrangere la proprietà entrando sul fondo altrui a fini venatori, l'intervento giurisprudenziale mirato a conciliare il contrasto tra tale libertà e il bisogno di salvaguardia degli interessi dei proprietari terrieri, si realizzava al livello dello status di animale selvatico a cui veniva negata la qualità di cosa appartenente a nessuno che poteva essere acquistata tramite occupazione.

Zuzanna Benincasa

Cattedra di Diritto Romano e Antico
Istituto di Storia del Diritto
Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione
Università di Varsavia
Krakowskie Przedmieście 26/28
00-927 Varsavia 64
POLONIA
e-mail: z.sluzewska@wpia.uw.edu.pl