IL FORO ITALIANO
FONDATO NEL 1876
DA ENRICO SCIALOJA

Sui limiti alla proprietà privata nell'interesse collettivo (Un notevole caso di concordanza fra una decisione del Vernaccini del 1780 e una recente opinion di Lord Denning)
Author(s): LUIGI MOCCIA
Source: *Il Foro Italiano,* Vol. 101, PARTE QUINTA: MONOGRAFIE E VARIETÀ (1978), pp. 57/58-63/64
Published by: Societa Editrice Il Foro Italiano ARL
Stable URL: https://www.jstor.org/stable/23169371
Accessed: 02-12-2020 03:58 UTC

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at https://about.jstor.org/terms

JSTOR

Societa Editrice Il Foro Italiano ARL is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Il Foro Italiano*

This content downloaded from 79.13.214.95 on Wed, 02 Dec 2020 03:58:41 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

Zahrnt, *Besondere Vertragsbedingungen für den Kauf und die Wartung von EDV-Anlagen und -Geräten*, in *Der Betriebs-Berater*, 1976, 162.

1977

Müller-Grad, *Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in *Juristenzeitung*, 1977, 245.

Löwe, *Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGB-Gesetz), in JuS, 1977, 421.

H. Heinrichs, *Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in NJW, 1977, 1505.

Schmidt-Salzer, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, Heft 11 der NJW-Schriftenreihe, 2.

Rehbinder, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 1977, 36.

Laudfarmann, *AGB-Gesetz und Auslandsgeschäfte*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1977, 445.

M. Wolf, *Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsverbindungen*, in NJW, 1977, 1937.

LUIGI MOCCIA

Sui limiti alla proprietà privata nell'interesse collettivo

(Un notevole caso di concordanza fra una decisione del Vernaccini del 1780 e una recente *opinion* di Lord Denning).

SOMMARIO: - 1. *Introduzione.* - 2. *Il caso della* Marradiensis Praetensae Refectionis Damnorum *del 1780.* - 3. *Il caso* Miller v Jackson *e l'*opinion *di Lord Denning.* - 4. *Attualità della giurisprudenza del nostro* diritto comune *nei secoli XVII-XVIII: alcune considerazioni.*

1. - Si deve alle ricerche del GORLA sull'esperienza giurisprudenziale dello *ius commune* in Italia nei secoli XVI-XVIII l'individuazione di temi e motivi d'attualità presenti, appunto, in quell'esperienza (1).

Fra essi, uno è stato còlto e proposto nel saggio intitolato « *A decision of the* Rota Fiorentina *of 1780 on liability for damages caused by the 'Ball Game'* » (2), in cui si commenta la decisione che Giuseppe Vernaccini, eminente giudice della Rota fiorentina e figura di primo piano al servizio del Granduca di Toscana (3), pronunciò in merito ad una fattispecie di danni causati dal « Giuoco del Pallone » alle case situate nella « pubblica Piazza della Terra di Marradi », ove detto gioco si svolgeva (4).

Scrive il GORLA in apertura del suo saggio che la decisione del Vernaccini, oltre ad avere interesse storico come « specchio dei costumi del tempo, nonché delle tecniche di decisione usate e, insieme, di certi principî fondamentali del diritto allora vigente in Toscana », pure riveste un interesse attuale (5). Si tratta, in sostanza, dell'interesse che suscita il riconoscimento, indirettamente contenuto nella decisione, di limiti al diritto dei privati di usare e di godere liberamente delle loro proprietà, le quali siano situate intorno ad aree tradizionalmente destinate ad attività sportive o di gioco comunque lecite e implicanti un divertimento popolare. Tali limiti consistono nella soggezione alle molestie e ai danni naturalmente derivanti dal normale svolgimento di quelle attività, per cui ne risulta affermato il carattere prevalente, sul diritto dei privati, dell'interesse collettivo all'esercizio di attività di svago socialmente rilevanti.

Cosí assunta, quindi, quella lontana decisione appare ricca di spunti che, sebbene inseriti in un determinato contesto storico del passato tuttavia, hanno un valore ed un significato, come oggetto di meditazione, anche nel presente.

La conferma di questa attualità, indicata dal GORLA nel saggio citato, è venuta — in specie — da una recente decisione della *Court of Appeal* inglese, per bocca del suo giudice piú autorevole, e rappresentante illustre dell'alta magistratura inglese, Lord Denning (6). Dinanzi ad una fattispecie di danni causati dal gioco del *cricket* alle case circostanti al campo da gioco, l'*opinion* di Lord Denning si concentra sul problema dei limiti al diritto di proprietà, che debbano essere eventualmente riconosciuti onde permettere il libero esercizio di pratiche sportive e di svago aventi carattere lecito e di pubblico divertimento, ed offre di esso una soluzione in senso affermativo, da cui risulta una singolare concordanza con le vedute espresse due secoli prima, su un medesimo problema, dal Vernaccini.

Di qui l'interesse per una trascrizione delle parti essenziali e piú significative del testo di quelle due pronunce al fine di segnalare il fatto, di per sé già notevole, della concordanza dei giudizi rispettivamente del Vernaccini e di Lord Denning. Ciò inoltre, e da ultimo, come specifica occasione per riflettere sull'attualità della giurisprudenza del nostro *diritto comune* nei secoli XVII-XVIII.

2. - Il testo della decisione del Vernaccini si apre con una breve esposizione della fattispecie, cosí presentata:

« Nella pubblica Piazza della Terra di Marradi, fino da un tempo del cui principio non esisteva memoria, era stato praticato nei giorni estivi, non tanto per esercizio di quella Gioventú, quanto ancora per divertimento di quelli Abitanti, conforme si pratica in tante altre Città e Luoghi d'Italia, il Giuoco comunemente detto del Pallone, senza che apparisse essersi giammai opposti a questo inveterato uso i Possessori delle Case situate in detta Piazza, quali soltanto si costumava, che ogni anno venissero dai Giuocatori preventivamente avvisati del giorno in cui l'annuo ginnastico esercizio e divertimento era per riassumersi.

« Solamente nell'anno 1778 i Nobili Signori Iacopo Filippo e Fratelli Fabbroni, avendo restaurata la facciata della Casa di loro abitazione esistente nella suddetta Piazza, presero quindi motivo di opporsi alla continuazione di detto Giuoco, tanto direttamente, pretendendo cioè che venisse proibito il suddetto Giuoco nell'enunciata pubblica Piazza, quanto indirettamente, pretendendo cioè in subalterna condizione, che si astringessero i Giuocatori a dare idonea cauzione per la refezione di tutti i danni, che da detto Giuoco potessero alla loro Casa derivare » (7).

Si tratta, dunque, del contrasto fra l'interesse, riferibile in generale alla comunità cittadina di Marradi, concernente il libero esercizio di un'attività sportiva a carattere soprattutto di divertimento popolare, qual'era appunto il « Giuoco del Pallone », e, all'opposto, l'interesse di alcuni privati, possessori di case situate nella « pubblica Piazza » ove detto gioco veniva praticato, a ché il diritto di usare e di godere delle loro proprietà non fosse reso deteriore dallo svolgimento del gioco stesso. Invero, con l'avvio dell'azione legale i privati miravano ad ottenere la cessazione di quell'attività, sia direttamente, chiedendo che fosse proibita, sia indirettamente, chiedendo che coloro i quali si dilettavano a praticarla fossero assoggettati al pagamento di una cauzione tale da valere, in pratica, come un impedimento o una limitazione all'esercizio dell'attività medesima.

Contro tali richieste resistettero i « Dilettanti del Gioco del Pallone ». Come si legge, infatti, nella decisione:

« Mal soffrendo le opposizioni di una sola Famiglia i Dilettanti di detto Giuoco, presero a sostenere con tutto l'impegno, che non fosse luogo a fare in tal materia la minima innovazione, ma rimaner dovesse anche in avvenire, come era stato in passato, assolutamente libero e permesso, ed immune da qualunque refezione di danni, l'esercizio del Giuoco del Pallone nella

---

(1) Possono citarsi, in particolare, i seguenti scritti del GORLA: *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile*, in *Foro it.*, 1969, V, 112; *Il Museo Guarnacci di Volterra, la Fabbrica di Porcellane Ginori e i Palazzi di Firenze (dall'aurea giurisprudenza della Rota fiorentina al Codice civile del 1942)*, *ivi*, 1972, V, 1; *Il ricorso alla legge di un « luogo vicino » nell'ambito del diritto comune europeo*, *ivi*, 1973, V, 89; *Un « trittico » di interesse attuale sull'urbanistica romana fra i secoli XVII-XVIII*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, 1976, vol. IV, 327 (pubblicato anche in *Foro it.*, 1977, V, 1); nonché, infine, la Relazione presentata al III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto e pubblicata, con il titolo « *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati* », negli *Atti del Congresso*, 1977, vol. I, 447. E si veda altresí *infra* § 4, testo e note.

(2) Il saggio è pubblicato nel vol. 49 della *Tulane Law Review*, pp. 346-357, del 1975.

(3) Per notizie sul personaggio v., in particolare, GORLA, *Il Museo Guarnacci, ecc.*, cit., c. 31, nota 1.

(4) Si tratta della Decisione LXXX, recante l'intestazione *Marradiensis Praetensae Refectionis Damnorum*, pubblicata nella *Collezione Completa Delle Decisioni Dell'Auditore Giuseppe Vernaccini* (a cura del Dott. Luigi Lami), 1824, vol. II, 279.

(5) GORLA, *A decision of the* Rota Fiorentina, *ecc.*, cit., 346.

(6) Lord Denning ricopre da diversi anni la carica di *Master of the Rolls*. È questa una delle massime cariche giudiziarie inglesi, cui consegue, in via di prassi, la presidenza della *Court of Appeal* nel suo complesso. La *Court of Appeal*, unica per tutto il territorio nazionale (Inghilterra e Galles, cioè), con sede a Londra, è articolata in quattro *Divisions*, ciascuna composta di tre membri: uno vi è assegnato stabilmente, con compiti di presidenza del collegio, mentre gli altri due ruotano, passando quindi da una *Division* all'altra, secondo un turno della durata di tre settimane.

Di Lord Denning già altre pronunce sono state riferite in questa Rivista: v. *Foro it.*, 1970, IV, 64; *id.*, 1970, IV, 145; *id.*, 1975, IV, 130; *id.*, 1976, V, 179, § 2. Altre ancora, particolarmente interessanti nella prospettiva del « diritto comune europeo », sono menzionate da GORLA, *Unificazione « legislativa » e unificazione « giurisprudenziale ». L'esperienza del diritto comune* », *ivi*, 1977, V, 91, i §§ XII-XIII.

(7) Il brano qui sopra riprodotto è tratto dal testo della decisione pubblicato nella già citata *Collezione Completa, ecc.* (v. *supra*, nota 5), vol. II, 279, a pp. 280-281.

This content downloaded from 79.13.214.95 on Wed, 02 Dec 2020 03:58:41 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

suddetta pubblica Piazza; e le istanze dei suddetti Dilettanti furono in parte esaudite dal Magistrato Communitativo di Marradi, che sotto dí 20 Luglio 1778 proferí il seguente Decreto ' ivi Deliberarono, e deliberando con loro legittimo Partito di Voti favorevoli sette, nessuno in contrario, *risolverono, che detti Sigg. Dilettanti possino proseguire nella Piazza pubblica tal lecito divertimento*, ma quanto al risarcimento de' danni, se ne rimettono al corso ordinario di giustizia ' » (8).

La prima richiesta, con cui si domandava la proibizione del gioco, è quindi vanificata in forza di un provvedimento che, riconoscendo il carattere lecito, di attività di pubblico divertimento, del « Giuoco del Pallone », ne autorizzava l'esercizio, o meglio la continuazione.

Quanto alla seconda e subordinata richiesta, con cui gli attori (« i Sigg. Fabbroni ») domandavano che fosse data da parte dei convenuti (« i Giuocatori ») « idonea cauzione per la refezione di tutti i danni » (9), essa fu portata avanti il giudice ordinario localmente competente (« il Sig. Vicario di Marradi »). In pendenza del giudizio, affinché « non venisse sospeso nella estiva stagione allora attualmente vegliante quel pubblico divertimento », fu prestata dai convenuti una cauzione, sotto forma di malleveria concessa da un terzo, « *ma però senza pregiudizio di sperimentare le loro ragioni ecc.* e per il solo caso che *fosse dichiarato per sentenza di Giudice essere i Giuocatori del Pallone tenuti a tali danni* » (10).

Il testo della decisione continua menzionando il fatto che « il Giuoco in quell'estate cagionò alcuni danni alle finestre e persiane della Casa dei Sigg. Fabbroni, e produsse inoltre l'effetto, che dai colpi del Pallone rimanesse imbrattata in qualche parte la facciata di detta Casa » (11). Investito quindi della cognizione su questi danni, il giudice (« lo stesso Sig. Vicario ») condannò i convenuti al pagamento di quelli cagionati alle finestre e persiane, ma li assolse quanto agli altri, consistenti nel deturpamento della facciata, « per il motivo espresso nella Sentenza di doversi questo deturpamento attribuire all'essersi il Pallone imbrattato nella rena e calcina, che avevano fatta scaricare nella Piazza i medesimi Sigg. Fabbroni » (12).

« Mal soddisfatti di questa Sentenza, tanto i Giuocatori, quanto i Sigg. Fabbroni — prosegue ancora la decisione — gli uni e gli altri appellarono al Clarissimo Magistrato Supremo » (13).

Si giunge cosí al giudizio del Vernaccini, al quale era stata diretta « secondo il Turno Rotale la Commissione di conoscere in grado d'Appello di questa Causa » (14). Egli si pronuncia in senso favorevole ai convenuti (« i Giuocatori »), escludendo completamente, in rettifica della precedente sentenza, la loro responsabilità « dalla refezione dei danni causati, o da causarsi dal Giuoco del Pallone » (15).

Le ragioni, sui cui si fonda l'esclusione della responsabilità per i danni derivanti dal « Giuoco del Pallone », sono dal Vernaccini espresse secondo un ordine procedente dall'aspetto, per cosí dire, formale e generico a quello specifico e concreto della vertenza fra le parti. Si possono infatti distinguere tre gruppi di ragioni, o motivi, corrispondenti ad altrettante questioni in cui tale vertenza risultava complessivamente articolata.

La prima questione è quella della risarcibilità del danno.

In proposito, come pure nel caso delle altre questioni, il Vernaccini si richiama, conformemente ad uno « stile giurisprudenziale » (*stylus iudicandi*) tipico di tutto il periodo dello *ius commune*, all'autorità del testo romano e della relativa *communis interpretatio* (o *communis opinio*) (16). Viene cosí affermato, anzitutto, che la regola generale « che sia tenuto all'emenda del danno chi al medesimo dà causa, non procede indistintamente, ma solo nel caso che l'atto da cui deriva il danno involva *dolo*, o almeno *colpa*, ed in somma, come dicono i nostri ' *injuria factum sit* ' » (17). Un altro caso in cui è esclusa l'applicazione della regola si ha « quando il danno venga in conseguenza d'un atto *lecito* e *permesso* » (18). Orbene, continua il Vernaccini, « il Giuoco del Pallone doveva certamente dirsi un atto *lecito* e *permesso* », tale essendo la nozione di esso accolta dal nostro *diritto comune* (19). Inoltre, e di piú, doveva considerarsi « *lecito* e *permesso* l'esercizio di detto Giuoco particolarmente e precisamente nella pubblica Piazza di Marradi », in forza e della « immemorabile consuetudine », e del fatto di « *non esservi altro luogo né dentro né fuori della Terra di Marradi* ove poter esercitare il detto Giuoco » (20). Ciò posto, vengono svolte le seguenti considerazioni:

« Trattandosi adunque di Giuoco *lecito* e *permesso*, e di cui era *lecito* e *permesso* l'esercizio precisamente nella *pubblica Piazza* di Marradi, non era luogo a condannare i Giuocatori all'emenda dei *danni* che da detto Giuoco provenissero alle Case in detta Piazza esistenti [...] (21).

---

(8) *Ivi, ibid.*

Sul « Magistrato Communitativo », è opinione del GORLA, *A decision of the* Rota Fiorentina, *ecc.*, cit., 350, nota 20, che questo organo appartenesse alla struttura amministrativa locale ed esercitasse un potere decisionale rispetto a questioni di natura amministrativa, come oggi si direbbe, secondo una procedura in contraddittorio fra le parti. Si spiega cosí la decisione del Magistrato Communitativo solo sul punto relativo all'autorizzazione del gioco del pallone nella pubblica piazza di Marradi, ed il rinvio invece delle parti, quanto al risarcimento del danno, avanti l'organo di giustizia ordinaria localmente competente.

(9) Si tratta della *cautio de damno infecto*. Questa, come regolata dal Digesto (32, 9), aveva natura di promessa solenne di risarcire il danno fatta, nella forma della *stipulatio*, allorché vi fosse pericolo che dall'esecuzione di una nuova opera o dall'opera già esistente su un fondo derivasse un danno ai possessori dei fondi vicini. Nello *ius commune* essa assunse invece natura di garanzia vera e propria, da prestarsi nelle ipotesi della denunzia di nuova opera e di danno temuto di cui oggi agli art. 1171 e 1172 del nostro codice civile. Cfr. GORLA, *A decision of the* Rota Fiorentina, *ecc.*, cit., 350, nota 19, dove si fa altresí notare che: « dalla decisione del Vernaccini sembra che la *cautio de damno infecto* potesse venire estesa ai danni eventualmente risultanti da attività diverse dall'esecuzione di opere e lavori *su un fondo, i. e.*, nella specie dall'esercizio di un'attività sportiva ».

(10) *Collezione Completa, ecc.*, cit., 281-282.

(11) *Ivi*, 282.

(12) *Ivi, ibid.*

(13) *Ivi, ibid.*

Secondo quanto ne dice il GORLA, *A decision of the* Rota Fiorentina, *ecc.*, cit., 346, il Magistrato Supremo era anch'esso, come la Rota, un organo giurisdizionale di ultima istanza (oltre che di prima istanza in certe materie o per avocazione): ma la caratteristica specifica di tale organo, a differenza della Rota, consisteva nell'esservi preposto un delegato del Granduca.

(14) *Ivi, ibid.*

La Rota fiorentina, dunque, poteva esser incaricata, su commissione del Magistrato Supremo, di decidere una causa portata, in grado d'appello, al giudizio di quest'ultimo.

(15) *Ivi, ibid.*

Una interessante notazione storico-politica è quella formulata dal GORLA, *A decision of the* Rota Fiorentina, *ecc.*, cit., 346, secondo cui la decisione del Vernaccini si colloca probabilmente sullo sfondo della politica dei Medici e dei Lorena favorevole alle « classi medie e basse contro le arroganti pretese della nobiltà ».

(16) Sullo stile delle decisioni dei tribunali supremi degli Stati italiani preunitari e su quello, in modo particolare, della Rota fiorentina, si vedano del GORLA, rispettivamente, *Civilian Judicial Decisions - An Historical Account of Italian Style*, in 44 *Tulane Law Review*, 740 (1970) e *Il Museo Guarnacci, ecc.*, cit. Con riguardo al concetto e al valore della *communis opinio* v. altresí GORLA, *Unificazione « legislativa », ecc.*, cit., i §§ VI-IX.

(17) *Collezione Completa, ecc.*, cit., 283. Seguono citazioni di autorità, secondo lo stile richiamato.

(18) *Ivi, ibid.*, con citazioni di autorità.

(19) *Ivi*, 284, dove sono riferiti i seguenti passi di autori di diritto comune: « Ludus Pilae antiquissima res est, et omni iure permissus, non distincta qualitate ludendi, an cum sagibulo, an sola manu, ut communiter sit »; ed ancora che: « Ludus magnae Pilae flatu plenae, vulgo nuncupatus *del Pallone*, est de iure permissus, nec potest de iure prohiberi etc. ».

(20) *Ivi, ibid.* Il fatto cui il Vernaccini qui allude, oltre ad essere affermato in una dichiarazione del Magistrato Communitativo, risulta anche provato dal comportamento processuale degli attori (« i Sigg. Fabbroni »), nei confronti della deliberazione del Magistrato medesimo che autorizzava la continuazione del gioco nella pubblica piazza di Marradi. Difatti: « [...] i Signori Fabbroni non intentarono contro questa Deliberazione verun rimedio, non ostante che l'Illustrissimo Sig. Auditore Fiscale [il piú alto ministro del Granduca, al quale essi si erano direttamente rivolti] in conseguenza dei loro ricorsi scrivesse ne' 16 Luglio al Sig. Vicario di Marradi una Lettera del seguente tenore ivi " L'ornato delle fabbriche è necessario che rimanga conservato, onde ella veda, *se in cotesta Terra, o fuori della medesima vi sia un luogo in cui potere adattare il Giuoco del Pallone, senza disturbo dei vicini, e senza pregiudicare ad alcuno*, coll'intelligenza della Magistratura Communitativa procuri, che detto Giuoco *sia trasportato in quel posto, che sarà creduto il piú conveniente* " nelle quali circostanze l'acquiescenza dei Sigg. Fabbroni alla suddetta Deliberazione doveva attribuirsi all'aver essi ben conosciuto, *non esservi altro luogo né dentro né fuori della Terra di Marradi* ove poter esercitare il detto Giuoco [...] ».

Vedremo come la considerazione di uno stesso fatto, cioè della mancanza di un luogo alternativo dove esercitare l'attività sportiva, rilevi nell'*opinion* di Lord Denning nel caso *Miller v Jackson — infra* § seguente —.

(21) *Ivi*, 284-285. Seguono citazioni di autorità per analogia, ovvero in base alla tecnica dell'*argumentum a similibus*: in proposito, sull'uso e l'abuso di questa tecnica da parte dei tribunali supremi degli Stati italiani, fra il XVI e XVIII secolo, v. GORLA, *A decision of the* Rota Fiorentina, *ecc.*, cit., 349, nonché *Il Museo Guarnacci, ecc.*, cit., *passim*, e *I tribunali supremi degli Stati italiani, ecc.*, cit., il § IV.

L'autorità per prima citata dal Vernaccini è quella del Digesto 9, 2 (*ad Legem Aquiliam*), 7, § 4 (*si quis*), relativa al caso dei lottatori o dei pugili che « *in publico certamine alius alium occiderit* »: in tal caso, l'applicazione della *Lex Aquilia* è esclusa « *quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum* ». Viene poi il riferimento all'*interpretatio* dei *Dottori*.

This content downloaded from 79.13.214.95 on Wed, 02 Dec 2020 03:58:41 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

« Tanto piú che costumandosi in Marradi, prima di riassumere annualmente il Giuoco del Pallone, di darsene dai Giuocatori a chiunque abita nelle Case situate nella pubblica Piazza il preventivo avviso, all'effetto che possino preservare dai colpi del Pallone le cose piú soggette a risentirne danno, quali ex. gr. sono le finestre, veniva anche a verificarsi nei Giuocatori quella *diligenza*, o sia *mancanza di colpa*, che alcuni dei già allegati Dottori esigono in chi esercita un atto *lecito* e *permesso*, ad effetto che non soggiaccia all'emenda del danno che da tale atto resulti [...] (22).

« E molto piú ancora, perché in sostanza i Sigg. Fabbroni, i quali, non profittando di detto preventivo avviso, avevano lasciato esposto ai colpi del Pallone ciò che poteva dai medesimi preservarsi, ed avevano abbellita la facciata della loro Casa situata in una Piazza nella quale sapevano che era inventerato l'uso di giuocare al Pallone, erano venuti eglino stessi a sottoporsi volontariamente ai danni che da quel giuoco potessero provenire, e si applicava perciò contro di loro la decisione del Testo nella *L. 11 ff. ad L. Aquil.* [...] » (23).

La seconda questione è quella dei presupposti dell'obbligo di prestare la *cautio de damno infecto*. Si sostiene infatti da parte degli attori che, a differenza dell'ipotesi di « *danno dato* » contemplata dalla *Lex Aquilia*, in quella dei « danni *futuri* » non sia necessario provare nel danneggiante la *colpa* e che « possa astringersi a prestare tal *cauzione* anche chi eserciti un atto lecito e permesso » (24). La risposta del Vernaccini è che la tesi può forse esser vera allorché si tratti di « prevenire i danni che si temano da un'opera *nuova* ed *insolita* »: « quando però si pretende di ovviare ai danni, che comincia a minacciare un'opera già *preesistente* e *consueta*, l'obbligo di prestare la *cauzione de damno infecto* positivamente presuppone la *colpa*, se non di *commissione*, almeno di *omissione*, o sia la *negligenza* » (25). Per altro verso, si nega che nel caso di specie sussista un obbligo dei convenuti di prestare tale cauzione, poiché « questa ha luogo all'oggetto di premunirsi dai danni provenienti da vizi *estrinseci* e *accidentali*, non all'oggetto di prevenire i danni provenienti da vizi *naturali* ed *intrinseci* ». Si fa quindi osservare che « il Pallone, come quello che non può sempre dai Giuocatori dirigersi ove essi precisamente vogliono, colpisca gli Edifici circostanti al luogo in cui il Giuoco del Pallone si esercita, è un vizio non *estrinseco*, o *accidentale*, ma *naturale*, ed *intrinseco* di detto Giuoco, come può chi che sia facilmente comprendere; onde il danno derivante da questo vizio non può formare secondo le addotte autorità il soggetto della *cauzione de damno infecto* » (26).

A questo punto, la decisione del Vernaccini sarebbe evidentemente già completa, senza bisogno cioè d'aggiungere altro, essendo state date le ragioni che ostano all'accoglimento della domanda degli attori di « refezione dei danni causati, o da causarsi dal Giuoco del Pallone ». Senonché un ulteriore motivo viene, proprio in fondo alla decisione, cosí enunciato:

« [...] ma è un danno, che i Possessori delle case situate nella pubblica Piazza di Marradi, in cui detto Giuoco si esercita, devono in buona pace soffrire, come una conseguenza naturale ed inevitabile della situazione di dette loro case; nell'istessa guisa che, come una conseguenza naturale ed inevitabile della situazione dei Fondi, deve soffrire il Possessore del Fondo inferiore, che in quello scorra l'acqua del Fondo superiore del Vicino [...] » (27).

Si ha qui l'impressione quasi di un salto, oltretutto abbastanza ardito, per cosí dire, con cui dall'ambito concettuale della responsabilità per danni di colpo si passa ad un genere affatto diverso di considerazioni: nientemeno, e sia pure in via di estensione analogica, che al regime delle servitú. Ma l'incoerenza di quest'ultimo motivo rispetto ai precedenti è solo apparente. A ben guardare, esso rappresenta, in aderenza ai termini reali della controversia fra le parti, uno sviluppo conseguenziale dell'esclusione della responsabilità dei convenuti.

In tal senso, il finale della decisione va letto alla luce dell'esposizione della fattispecie come viene all'inizio presentata dal Vernaccini. Lí, appunto, si lascia intendere che la domanda degli attori, se ha per oggetto formalmente la refezione dei danni, nella sostanza è rivolta ad ottenere, in questo modo, cioè indirettamente, una limitazione dell'esercizio del « Giuoco del Pallone ». Vale a dire, la specifica e concreta questione sottostante alla domanda è quella del bilanciamento di due interessi tra loro confliggenti, uno di carattere collettivo e l'altro privato, per stabilire quale di essi debba prevalere. Infatti, riconoscere la responsabilità dei convenuti quanto alla refezione dei danni, nonché la sussistenza a loro carico dell'obbligo di prestare idonea cauzione al riguardo, significa limitare, in pratica, il libero esercizio del « Giuoco del Pallone ». Viceversa, escludere una tale responsabilità, altresí negando il relativo obbligo di prestare cauzione per i danni, significa imporre, di fatto, una limitazione al diritto di proprietà. Naturalmente, se si adotta, come nel caso di specie, quest'ultima soluzione, allora l'interesse collettivo all'esercizio del « Giuoco del Pallone », come attività avente carattere soprattutto di divertimento popolare, acquista natura prevalente sull'interesse privato dei possessori di case, situate nel luogo ove detto gioco viene praticato, di usare e di godere liberamente delle loro proprietà. Diventa quindi comprensibile il richiamo, per analogia, all'elemento della soggezione caratteristico del regime delle servitú.

In definitiva, quest'ultimo motivo contenuto nella decisione del Vernaccini non è altro che un indiretto riconoscimento dei limiti al diritto di proprietà derivanti dalla natura prevalente attribuita all'interesse per l'esercizio di attività sportive e di svago che abbiano rilievo sociale.

3. - Molto simile a quella decisa dal Vernaccini è la fattispecie su cui verte la decisione della *Court of Appeal* inglese nel caso *Miller v Jackson* ([1977] 3 All ER 338). Particolarmente efficace, per i toni suggestivi che vi si colgono, è la descrizione della fattispecie presentata da Lord Denning. Si parla di un piccolo villaggio della campagna inglese (Lintz, nella Contea di Durham), dove durante i mesi estivi, come in quasi tutti i villaggi d'Inghilterra in quel medesimo periodo, viene praticato il *cricket* per il divertimento di giovani e anziani: quelli giocandovi, questi fermandosi a guardare. Nel villaggio c'è un campo dove da almeno settant'anni si è sempre giocato a *cricket*. Il campo è ben tenuto e curato da un *club* sportivo locale, la cui squadra partecipa ad un torneo con le squadre dei villaggi vicini. Nel campo vi sono posti a sedere per il pubblico. Le partite vi si svolgono di Sabato e di Domenica, mentre negli altri giorni si tengono, di pomeriggio, fino a sera, gli allenamenti della squadra. Ai margini del campo, su un terreno dove ancora qualche anno prima pascolava il bestiame, sono state costruite delle case con giardino. L'acquirente di una di queste, non sopportando di veder piovere ogni tanto qualche palla da *cricket* nel proprio giardino, ha chiesto ed ottenuto in via giudiziale la concessione di un provvedimento (*injunction*) che ordina la cessazione del gioco.

In chiusura della descrizione, e in tono con una sua evidente inclinazione a simpatizzare con i giocatori di *cricket* e il loro pubblico, Lord Denning cosí immagina le conseguenze risultanti da quel provvedimento: « [...] il *Lintz Cricket Club* scomparirà. Il campo verrà destinato ad altri usi. Mi aspetto, per costruirvi ancora altre cose oppure un'industria. I giovani si dedicheranno ad altre cose invece del *cricket*. La vita dell'intero villaggio sarà molto piú povera. E tutto ciò perché un nuovo venuto ha comprato una casa proprio lí vicino al campo di *cricket* » (28).

Anche nel caso, dunque, della decisione inglese, si tratta del conflitto fra un interesse, generalmente riferibile alla comunità locale, circa il libero esercizio di un'attività sportiva a carattere soprattutto di divertimento popolare, qual'è appunto, in Inghilterra, nei mesi estivi, il gioco del *cricket*, e, all'opposto, l'interesse di alcuni privati, possessori di case situate in prossimità del luogo ove detto gioco è praticato, affinché il diritto di godere delle loro proprietà non venga diminuito dallo svolgimento del gioco stesso. Inoltre, analogamente al caso della *Marradiensis Praetensae Refectionis Damnorum*, le richieste degli attori sono

(22) *Ivi*, 285. Anche qui il Vernaccini ricorre alla tecnica dell'*argumentum a similibus*, citando fra le autorità dei *Dottori* quella (del Menochio, giurista vissuto nel XVI sec.) che: « [...] quando quis in ludo publice concesso casu alterum ex adstantibus occidit; hoc casu non punitur, si omni culpa caret ».

(23) *Ivi*, 285-286. Ancora, dunque, un esempio di *argumentum a similibus* derivato dal Digesto 9, 2, 11 (« Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere »).

(24) *Ivi*, 286.

(25) *Ivi*, 287.

(26) *Ivi*, 288. Si tratta dell'ennesimo *argumentum a similibus* cui il Vernaccini ricorre: in questo caso per equiparare i *vizi naturali ed intrinseci* di un edificio o di altra opera esistente su un fondo ai colpi di pallone che sfuggono al controllo dei giocatori.

(27) *Ivi*, 288-289. Come osserva il GORLA, *A decision of the* Rota Fiorentina, *ecc.*, cit., 355, nota 37: « Si ha qui l'ultimo e piú significativo *argumentum a similibus*, che può esser considerato come un modo metaforico di dire che sulle case circostanti alla piazza gravava un onere o servitú legale consistente nella soggezione agli svantaggi derivanti dal pubblico spettacolo o « *divertimento* » del gioco del pallone ».

(28) *Miller v Jackson*, cit., 340-341.

This content downloaded from 79.13.214.95 on Wed, 02 Dec 2020 03:58:41 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms

due: una di proibizione del gioco, e l'altra di risarcimento dei danni causati, nonché di quelli che dovessero eventualmente derivare in futuro dal gioco stesso.

Il giudice di primo grado accoglie tali richieste, riconoscendo a carico dei convenuti (il *Lintz Cricket Club*) una responsabilità per fatto illecito consistente nelle molestie arrecate agli attori e nella violazione del diritto di questi di godere liberamente della loro proprietà (la casa e il giardino acquistati in prossimità del campo di *cricket*). In appello, mentre viene mantenuta la condanna dei convenuti al pagamento di una somma a titolo di risarcimento dei danni (« *past and future damages* ») (29), è invece revocata la concessione del provvedimento (*injunction*) di inibizione dell'esercizio del gioco.

La decisione della *Court of Appeal* differisce da quella del Vernaccini sotto l'aspetto delle categorie tecnico-giuridiche, sia di diritto sostanziale che di diritto processuale, stante evidentemente la diversità di sistema giuridico cui quelle decisioni appartengono. La decisione inglese, inoltre, essendo pronunciata da un collegio di tre giudici, ciascuno dei quali esprime la propria *opinion*, risulta articolata in una pluralità di motivi, anche contrastanti, che ne rendono piuttosto complessa l'interpretazione.

Per tutto questo, non è qui il caso, naturalmente, di addentrarsi in una lettura particolareggiata del testo della decisione inglese. Basterà soltanto ricordare che dei tre giudici, uno si pronuncia in senso favorevole agli attori, quindi confermando la decisione resa dal giudice di primo grado. Un altro invece, evitando di pronunciarsi direttamente sulla questione della responsabilità dei convenuti per fatto illecito, si sofferma a considerare il punto se sia stato o no correttamente esercitato il potere discrezionale di concedere il rimedio dell'*injunction*, con riguardo cioè a tutte le circostanze del caso. E la sua conclusione è che il giudice di primo grado non ha tenuto nel giusto conto l'interesse degli abitanti del villaggio (« *the interest of the inhabitants of the village as a whole* ») (30).

L'unico giudice a pronunciarsi in senso completamente favorevole ai convenuti, cioè escludendo qualsiasi loro responsabilità per fatto illecito, quindi negando l'ammissibilità dell'*injunction* e, in linea di principio, dello stesso risarcimento dei danni (31), è Lord Denning.

I motivi offerti da Lord Denning a sostegno della sua *opinion* ruotano sostanzialmente, al di là degli aspetti tecnico-giuridici di cui non è qui possibile occuparci, attorno alla consapevolezza, in termini di politica decisionale (*judicial policy*), del mutamento intervenuto, dal secolo scorso ad oggi, nelle condizioni di vita associata. Allora, un secolo fa — osserva Lord Denning —, « i diritti individuali di proprietà erano in una fase di espansione e non erano soggetti ad altre limitazioni che quelle previste dal diritto delle servitú ». Oggi invece, continua questo giudice, è questione di misura nel regolare il rapporto fra interessi confliggenti (32). Viene quindi espresso il seguente punto di vista:

« In questo caso è nostro compito soppesare, da un lato, il diritto del *cricket club* di continuare ad esercitare il gioco del *cricket* sul proprio campo, e dall'altro, il diritto del possessore della casa di non essere disturbato nel godimento del suo possesso. Nel mettere i pesi sulla bilancia, darei la preferenza al diritto del *cricket club* di continuare a giocare sul proprio campo, siccome è stato fatto per almeno settant'anni. Tale diritto ha la precedenza su quello dell'acquirente sopravvenuto di sedere indisturbato nel suo giardino. Dopotutto egli acquistò la casa nel pieno dell'estate, quando la stagione del *cricket* toccava il culmine. Sicché avrebbe potuto prevedere il rischio della probabile caduta di qualche palla da gioco nella sua proprietà. Se adesso trova che la cosa lo disturba, dovrebbe, durante le partite di *cricket*, mettersi a sedere in qualsiasi altra parte della casa o del giardino; ovvero approfittare dell'offerta del *club* di installare [a proprie spese] alle finestre vetri infrangibili. O, se niente di ciò gli aggrada, dovrebbe vendere la casa e andarsene altrove. Immagino che molti sarebbero lieti di acquistarla per abitare vicino al campo di *cricket*, avendo attorno uno spazio libero. Ad ogni modo non si deve consentire che per lui venga proibito l'esercizio lí del gioco del *cricket*.

« Questo è un caso nuovo. L'approccio ad esso deve basarsi su principî aderenti alle condizioni moderne. Si tratta qui del conflitto fra l'interesse del pubblico in generale e l'interesse di un singolo privato. L'interesse *pubblico* consiste nella protezione dell'ambiente naturale, in questo caso preservando i nostri campi da gioco contro il diffondersi della speculazione edilizia, e quindi consentendo ai nostri giovani di godere di tutti i benefici dei giochi all'aria aperta, quali sono il *cricket* e il *football*. L'interesse *privato* si riferisce invece alla tutela della *privacy* della casa e del giardino contro le molestie e le intrusioni di chiunque. [...].

« [...] è chiaro che, per esservi pace fra le parti, una di esse deve trasferirsi altrove. O il *cricket club*, ma Dio solo sa dove. Infatti, non immagino nemmeno che vi sia nel villaggio di Lintz altro campo dove andare per poter esercitare il gioco del *cricket*. Oppure sono gli attori che devono trasferirsi. Fra questi due interessi confliggenti, sono dell'avviso che l'interesse pubblico debba prevalere su quello privato » (33).

4. - È possibile dunque cogliere una sostanziale identità di vedute fra la decisione del Vernaccini del 1780 e l'*opinion* di Lord Denning in *Miller v Jackson*. In entrambi i casi, difatti, traspare chiaramente dal testo delle due pronunce, sebbene in forme e contenuti diversi, un medesimo atteggiamento di fondo, qual'è caratterizzato da una scelta consapevole in favore del riconoscimento di limiti al diritto di proprietà privata nell'interesse della collettività. Secondo questa scelta, che da Lord Denning viene esplicitamente elevata a criterio generale di politica giudiziaria per quanto concerne la protezione dell'ambiente e del paesaggio, l'interesse collettivo all'esercizio di attività sportive e di svago socialmente rilevanti ha valore predominante sul diritto dei privati di godere liberamente delle loro proprietà situate in luoghi di cui sia tradizionale una destinazione al fine di praticarvi dette attività.

Di qui, come è stato già osservato, l'interesse attuale che scaturisce dalla decisione del Vernaccini.

Ciò che resta ancora da dire, prima di chiudere la segnalazione di questo interessante caso di concordanza fra due pronunce cosí distanti nel tempo e nello spazio, è che ne risultano confermate le indicazioni del GORLA sull'attualità della giurisprudenza del nostro *diritto comune* nei secoli XVII-XVIII. In particolare quella secondo cui dall'esame delle raccolte di giurisprudenza dell'epoca tende ad emergere come « ipotesi di lavoro » la seguente: « e cioè che i secoli XVII-XVIII (con addentellati nel XVI, i secoli della cosiddetta « formazione dello Stato moderno ») sono piú vicini a noi, uomini della seconda metà del secolo XX, con i nostri assillanti problemi, che non il secolo XIX e la prima parte del XX » (34). Si tratta infatti di una considerazione di sintesi nella cui prospettiva il caso della *Marradiensis Praetensae Refectionis Damnorum* acquista valore esemplicativo, sul piano dell'attualità, di alcuni motivi che appaiono caratteristici della giurisprudenza di *diritto comune* di quei secoli. Il primo consiste nell'estraneità a questa giurisprudenza dell'idea di una rigida separazione fra aspetti privatistici o individualistici, da un canto, e, dall'altro, aspetti *lato sensu* pubblicistici o sociali del diritto (35). Il secondo consiste in una pronunciata sensibilità dei giuristi dell'epoca, componenti le supreme magistrature nei singoli Stati italiani preunitari, verso esigenze di contemperamento della tutela dell'interesse dei privati in rapporto alla tutela di interessi della collettività e, comunque, ritenuti superiori da un punto di vista sociale (36). Questi stessi motivi ricorrono, come è noto, nell'esperienza giurisprudenziale della *common law*, di cui anzi sono considerati espressione tipica e originale. Ne deriva dunque, in termini di attualità, ancora un'ipotesi di lavoro, esemplificata appunto dal caso dell'identità di vedute fra la decisione del Vernaccini e l'*opinion* di Lord Denning. Essa concerne la possibilità di rinvenire nella tradizione giurisprudenziale di *diritto comune* tracce ovvero esempi di soluzioni e di istituti giuridici di cui altrimenti si è portati ad affermare l'appartenenza, in maniera tipica e originale, al sistema della *common law*.

(29) Non si tratta tuttavia di una conferma della sentenza di primo grado, nella parte relativa all'accertamento dell'obbligo dei convenuti (gli appellanti) di risarcire i danni, ma dell'acquiescenza degli stessi convenuti al riguardo: v. *infra* nota 31.

(30) *Miller v. Jackson*, cit., 351 (*per* Cumming-Bruce, *L. J.*).

(31) Dopo aver esplicitamente riconosciuto il diritto del *club* di usare il proprio campo per il gioco del *cricket*, nonché il carattere lecito di questo uso, come pure del comportamento dei giocatori che con i loro colpi facciano cadere la palla nei fondi vicini, Lord Denning (*ivi*, 345) afferma: « Sicché, se il *club* avesse sollevato la questione, avrei respinto la domanda degli attori anche nella parte relativa ai danni. Ma siccome il *club* molto correttamente dice di esser disposto a pagare qualunque danno, considero che la somma di 400 sterline debba bastare per coprire ogni danno passato o futuro ».

(32) Cfr. *Miller v Jackson*, cit., 344.

(33) *Ivi*, 345.

(34) GORLA, *Un « trittico » di interesse attuale sull'urbanistica romana fra i secoli XVII-XVIII*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, cit., vol. IV, 330, e in *Foro it.*, 1977, V, cc. 2-3.

(35) In proposito, viene rilevato dal GORLA, *Un « trittico » di interesse attuale, ecc.*, cit., *ibid.*, « come la giurisprudenza forense dei secoli XVI-XVIII cerchi di comporre, nel concreto dei casi, l'interesse privato e quello pubblico: una composizione che, con l'inerente distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, ha creato nel secolo XIX, e ancor oggi crea, grossi problemi ».

(36) Si veda al riguardo GORLA, *Il Museo Guarnacci, ecc.*, cit., e *Un « trittico » di interesse attuale, ecc.*, cit., *passim*.

This content downloaded from 79.13.214.95 on Wed, 02 Dec 2020 03:58:41 UTC
All use subject to https://about.jstor.org/terms