



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

L'ACQUA E IL DIRITTO

**Atti del Convegno tenutosi presso
la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento**

(2 febbraio 2011)

a cura di

GIANNI SANTUCCI

ANNA SIMONATI

FULVIO CORTESE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

99

2011

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2011*
by Università degli Studi di Trento
Via Belenzani 12 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-390-9
ISSN 1972-1137

Stampato in Italia - Printed in Italy
Dicembre 2011

Litotipografia Alcione S.r.l. - Lavis (Trento)

L'ACQUA E IL DIRITTO

*Atti del Convegno tenutosi presso
la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
(2 febbraio 2011)*

A cura di

GIANNI SANTUCCI - ANNA SIMONATI - FULVIO CORTESE

Università degli Studi di Trento 2011

INDICE

	Pag.
GIANNI SANTUCCI	
Presentazione	VII

INTRODUZIONE AL TEMA

PIETRO NERVI	
Origine, luoghi e forme di una risorsa	3

GLI ITINERARI MOLTEPLICI DI UN BENE CHE SCORRE

ANDREA PRADI	
L'acqua come bene giuridico	27

NICOLA LUGARESI	
Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico	43

ANTONINO ALÌ	
La protezione e la gestione delle acque nell'Unione europea	73

ANNA SIMONATI	
Il regime pubblicistico delle acque: profili comparatistici	89

IL "DIRITTO" ALL'ACQUA E LA SUA TUTELA

ALVISE SCHIAVON	
Acqua e diritto romano: "invenzione" di un modello?	117

INDICE

	Pag.
FULVIO CORTESE	
L'acqua pretesa	183
BARBARA MARCHETTI	
La giurisdizione sull'acqua: una specialità da conservare?	211
SERGIO BONINI	
La tutela penalistica di un bene che scorre: topografia, morfologia strutturale, punti critici, novella per gli enti, futuribili in materia di acque	233
IL "GOVERNO" DELLE ACQUE	
ANTONIO CASSATELLA	
Acqua e livelli di governo	325
SILVIA PELLIZZARI	
La pianificazione amministrativa della risorsa idrica	357
DAMIANO FLORENZANO	
La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni ...	379
CONSIDERAZIONI DI SINTESI	
ANNA SIMONATI – FULVIO CORTESE	
Osservazioni conclusive	403
Notizie sugli Autori	409

ACQUA E DIRITTO ROMANO: “INVENZIONE” DI UN MODELLO?

Alvise Schiavon

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* - 2. *Qualche preliminare riflessione metodologica su diritto romano e attualità.* - 3. *Res communes omnium e res publicae nelle fonti romane.* - 4. *Le riflessioni dottrinali in tema di acqua.* - 5. *Alcune pre-comprensioni della giusromanistica italiana* - 6. *Usus publicus e tutela interdittale.* - 7. *Usus publicus e individuazione delle res in usu publico.* - 8. *Significato tecnico della nozione di usus publicus: i singoli interdetti relativi ai fiumi.* - 9. *Conclusioni: usus publicus e res communes omnium.*

1. Introduzione

Secondo l'etimologia proposta da Ottorino Pianigiani, che oltre a coltivare studi di linguistica fu giurista e magistrato del Regno d'Italia, il termine *rivale* «*in principio significò gli abitatori sulle sponde di un ruscello, ovvero chi all'uso delle acque di questo avesse insieme con altri diritto: e alle contese tanto a facili a nascere per l'esercizio di un tal diritto, il vocabolo venne a significare competitore geloso e arrabbiato, specialmente in amore*»¹. Tale elegante definizione, peraltro confermata nella sostanza da diversi studi di etimologia tanto italiana² che latina³, segnala come presso la coscienza romana il

¹ Cfr. la voce *Rivale* in O. PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico Italiano*, Milano, 1907 (= versione *on line* <http://www.etimo.it/?cmd=id&id=14927&md=3d345cc91ced17a451880b0eaa0336e8>).

² Per tutti si veda la voce *Rivale* in CORTELAZZO-ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, 1979-1988.

problema dell'accesso all'acqua fluviale fosse percepito come possibile 'fonte' di conflitti sociali. Il passaggio del significato di *rivales* da un contesto semantico essenzialmente rustico e agricolo a quello astratto con cui è utilizzato nell'italiano moderno, fenomeno metonimico-metaforico⁴ frequente nella lingua latina, è scolpito pure in un frammento del Digesto in cui Ulpiano, commentando la clausola dell'interdetto *de aqua cottidiana et aestiva*, ammette la possibilità che il pretore lo conceda in forma *duplex*⁵ nel caso in cui più soggetti disputino circa l'utilizzo dell'acqua del rivo:

D.43.20.26 (*Ulpianus 70 ad Edictum*) *Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utriusque competit.*

In questo frammento i *rivales*, intesi come fruitori del medesimo corso d'acqua⁶, divengono *contententi* in quanto la reciproca affermazione di un diritto all'utilizzo della risorsa conduce ad un conflitto che il pretore risolve con la concessione ad entrambi di un rimedio speculare, in modo da pervenire ad una composizione giuridica della lite.

D'altro canto non basta questa osservazione linguistica circa l'emersione di un problema della regolamentazione dell'accesso all'acqua nell'esperienza romana, per giustificare oggi il contributo di un

³ Si vedano la voce *Rivus* in ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Paris, 1951, nonché la voce *Rivalis*, in WALDE-HOFFMAN, *Latenisches etymologisches Wörterbuch*³, Heidelberg, 1938-1956.

⁴ Per qualche indicazione sugli assi dei trasferimenti semantici nel linguaggio giuridico romano si veda LANTELLA-STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005, pp. 171 ss., in particolare per il fenomeno di metafore con sui si opera un passaggio dal concreto all'astratto, p. 174.

⁵ La distinzione è in Gai IV, 156-160, come indicato in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, *Enc. giur.* XXI, Torino, 1971, pp. 901 ss., spec. p. 906.

⁶ Qui si parla peraltro di *rivi* che, come vedremo *infra*, la giurisprudenza tende a distinguere dai *flumina*: in questo contesto peraltro la differenza è irrilevante.

cultore del diritto romano su un tema tanto d'attualità come quello del regime giuridico dell'acqua. Introdurre questo breve testo con una riflessione etimologica può però contribuire a chiarire il senso e la funzione dell'approccio romanistico anche a temi di scottante attualità. Il cultore del diritto romano si sente stretto tra l'inclinazione compiutamente storiografica che hanno assunto i suoi studi col tramontare della pretesa pandettistica di «*attualizzare il diritto romano*»⁷ e il desiderio di rendersi pur sempre utile a una migliore comprensione delle categorie dogmatiche attuali, può essere paragonato al Giano bifronte: nel desiderio di essere spirito storico-critico della dottrina moderna, si ritrova da un lato rivolto alla ricostruzione del «*diritto romano dei romani*»⁸ compiutamente inteso come fenomeno storico, dall'altro alle forme dell'esperienza attuale che rappresentano terreno comune per il dialogo con la dottrina di diritto positivo. Una schematica ricognizione dei termini della riflessione metodologica sviluppatasi sul punto mi pare indispensabile per chiarire la prospettiva qui assunta.

2. *Qualche preliminare riflessione metodologica su diritto romano e attualità*

La chiusura della stagione della Pandettistica, cui va il merito di aver elaborato un apparato concettuale e un metodo rigoroso in seguito assunto come modello dalle altre branche del diritto⁹, comportò una più

⁷ L'espressione diritto romano odierno (o attuale, come spesso si preferisce rendere l'espressione tedesca *heutigen* sulla scorta della classica traduzione di Scialoja) riecheggia naturalmente la fondamentale opera di F.C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849.

⁸ Intendendosi rinviare ai diversi significati dell'espressione 'diritto romano' enucleati in R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*³, Bologna, 1987, p. 457.

⁹ Un richiamo alla metodologia pandettistica come modello di scientificità si può ritrovare innanzitutto in Mommsen con riferimento allo studio del diritto pubblico

chiara assunzione del diritto romano quale fenomeno storico. Del resto non senza ambiguità e contraddizioni la romanistica si è distaccata dall'ingombrante modello metodologico ottocentesco per assumere un paradigma di ricerca in grado di coniugare la prospettiva tecnico-giuridica con la piena storicizzazione della materia.

Per comprendere tale travaglio metodologico si ricordino gli sforzi interpolazionistici per giungere, attraverso la critica filologico-testuale dei testi giustiniane, ad isolare un ideale diritto classico contrapposto a quello bizantino¹⁰: la giustapposizione di questi due piani temporali diede l'illusione della prospettiva, mentre le tecniche filologiche dei romanisti del periodo rischiavano di allontanarli dal resto delle discipline giuridiche. Ma un ulteriore fraintendimento su cui si incagliò la romanistica intenta all'*Historisierung* del diritto romano può essere considerata la presunta opposizione metodologica tra *storia* e *dogma*. Come noto le radici di tale dibattito vanno ricercate nella celebre Prolusione del 1928¹¹ di Emilio Betti, in cui l'autore argomenta a favore della 'legittimità' del ricorso alla «*dommatica odierna*» per lo studio storico del diritto romano. La endiadi proposta dal Betti fu per molti versi fraintesa, nel senso di presentarsi come contrapposizione tra concettualismo (neo)pandettistico e metodo (puramente) storiografico¹²,

romano (come puntualmente sottolineato da Y. THOMAS, *Mommsen et l'Isolierung du droit romain*, Paris, 1984, pp. 4 ss.), poi in Italia in V.E. Orlando con riguardo allo studio del diritto dello stato (in questo senso G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra ottocento e novecento*, Milano, 1980, spec. pp. 204 ss.) e nel pensiero di Arturo Rocco per il diritto penale (A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, pp. 506 ss.).

¹⁰ Qualche ragguaglio generale su tale metodologia in A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*², Napoli, 2004.

¹¹ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico F. Serafini*, XCIX, 1928 (= in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, Como, 1997, da cui ho tratto le citazioni riportate *infra*).

¹² R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., pp. 304-305; M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari-Roma, 2004, pp. 245 ss.; G. LURASCHI, *Presentazione*, in *Questioni di metodo, op. cit.*, p. 2.

mentre la lettura più equilibrata (o forse equilibratrice) cui è infine pervenuta la dottrina romanistica conduce a sottolineare come – nonostante permangano nella lezione bettiana alcuni aspetti ambigui¹³ – va riconosciuto il merito a questo autore di aver messo in guardia da ogni retorica circa una ‘conoscenza storica pura’ delle esperienze antiche, richiamando invece l’attenzione sulla «*storicità del soggetto*»¹⁴ e del suo intendere¹⁵, e così sull’impossibilità per il giurista di apprestarsi alla storia giuridica spogliandosi totalmente di quelle «*categorie giuridiche generali*», ovvero delle «*funzioni logiche della nostra mentalità giuridica*»¹⁶. È evidente come permanga il pericolo che «*l’attrezzatura logica dell’osservatore*» arrivi a «*sopraffare l’oggetto studiato*»¹⁷, ovvero di sovrapporre indebitamente schemi concettuali moderni all’esperienza da studiare, in tal modo riducendo la storia giuridica a mera «*apologia del diritto moderno*»¹⁸: proprio per questo, si legge

¹³ In particolare l’impostazione bettiana oscilla tra la prospettiva ‘naturalistica’ (qui valorizzata) secondo cui il ricorso alla dogmatica moderna sarebbe inevitabile gnoseologicamente, e una spiccatamente ‘normativa’ per cui si sottolinea invece il valore per così dire ‘universale’ della dogmatica moderna. Almeno ricavo l’impressione di una simile ambiguità da passi come questo: «*Tali categorie essendo ricavate dai dati dell’esperienza non sono sintesi logiche a priori di valore assoluto e universale ma sono concetti di valore relativo e provvisorio; noi riconosciamo volentieri che esse sono concetti tratti dall’esperienza e suscettivi di revisione, quel che preme è che esse comportino un’applicazione generale, ossia non limitata al diritto positivo*» (E. BETTI, *op. cit.*, pp. 41-42).

¹⁴ «*Illusione vana è quella di poter conoscere un diritto storico tanto più esattamente quanto più ci svestiamo della nostra mentalità moderna*». (E. BETTI, *op. cit.*, p. 29), infatti «*non si tratta di disconoscere la storicità dell’oggetto. Si tratta di riconoscere la storicità del soggetto*» (E. BETTI, *ibidem*, p. 42).

¹⁵ Di ‘attualità dell’intendere’ parla Betti nel successivo *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, in *RISG*, 1948, p. 52, riportato da R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 407.

¹⁶ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., pp. 39-40.

¹⁷ Come rilevato dallo stesso Betti nella sua *Prolusione*: cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., pp. 50-51.

¹⁸ Sul pericolo che la romanistica si riduca a «*descrizione di un passato non compreso e non criticato, ma scoperto ogni volta identico al presente*» e così ad una

nella prolusione, occorre «*sceverare*» all'interno degli strumenti concettuali moderni ciò che «*vi ha di esclusivamente particolare e specifico del diritto positivo odierno, da quei concetti che, sebbene applicati di solito sul terreno del diritto odierno, hanno tuttavia un'efficienza dogmatica che l'oltrepassa*»¹⁹. Insomma una storia giuridica che pretenda uno statuto metodologico autonomo rispetto ad altre discipline storiche²⁰ non può prescindere dagli schemi ordinanti e conoscitivi propri dell'esperienza giuridica contemporanea, senza però assurgerli a modello metastorico, giacché il confronto con i dati delle fonti ha invece come primo compito proprio quello di storicizzare, ovvero relativizzare, le soluzioni contemporanee.

Il punto di arrivo della metodologia giusromanistica²¹ (almeno) italiana²² riecheggia un'intuizione del Savigny: secondo il Maestro

«*apologia sub specie aeternitatis del diritto moderno*» si vedano le osservazioni di A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, XIII, 2, 1973, pp. 65 ss., spec. p. 86.

¹⁹ E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., p. 37.

²⁰ La polemica tra dogmatismo e metodologia storiografica è sfociata in alcune prese di posizione polemiche circa l'assenza di un ruolo e di uno statuto metodologico autonomo della storia giuridica: mi riferisco in particolare alla posizione di Arnaldo Momigliano espressa nel fulminante *incipit* del suo intervento al I Congresso Internazionale della Società Italiana della Storia del Diritto: «*Immagino – voglio immaginare – che siamo qui per celebrare un avvenimento storico di una qualche importanza, la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica*» (A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in AA.VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, pp. 21 ss.).

²¹ Il problema in realtà è comune a tutte le discipline comparative (*comparative disciplines*). Lo notava già F. CARNELUTTI (*Scuola italiana del diritto*, in *Annali R. Università di Milano. Facoltà di Giurisprudenza*, I 1935, ora in ID., *Discorsi intorno al diritto*, I, Padova, 1937, pp. 110 ss.), secondo cui Betti avrebbe per primo riconosciuto la storia giuridica come disciplina comparativa e risolto il problema del metodo storico comparativo, aggiungendo: «*Il suo proposito, non già di confondere la dogmatica antica con la dogmatica moderna, ma di trattare la fenomenologia antica con la dogmatica nuova al fine di poterne ricavare un frutto per la scienza, non può esser sinceramente contrastato: non si fa della comparazione senza una unità di misura*» (citato in G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quaderni Fiorentini*, VII, 1978). Nello stesso senso, sebbene a partire da una prospettiva di comparazione

della Scuola Storica «*un compito importante, che spetta alla scienza giuridica prima di ogni altro, è quello di svolgere una storia dei dogmi, attraverso cui il nostro patrimonio scientifico deve essere scomposto nei suoi elementi storici. Questa storia dei dogmi è già importante per una ragione generale valida per tutte le altre scienze, in quanto la trattazione genetica del nostro sapere conduce a una critica approfondita di esso*»²³.

Secondo questa prospettiva dunque lo studioso del diritto romano interrogherebbe le fonti con la consapevolezza che un approccio

sincronica, mi pare si muova N. JANSEN, *Comparative law and comparative knowledge*, in *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford-New York, 2006.

²² Una sostanziale convergenza su questo approccio metodologico può desumersi da uno sguardo sintetico alle risposte fornite dai maggiori Maestri della disciplina ai primi due quesiti (concernenti il rapporto tra storia e dogmatica) contenuti nell'indagine della rivista *Labeo* del 1956 su «*Studio e insegnamento del diritto romano*» (*Labeo*, 2, 1956). Pure con riferimento alla più recente (apparente) contrapposizione di una storia dei giuristi (M. Bretone, A. Schiavone) a una storia degli istituti – che si inserisce, pur da presupposti culturali e filosofici differenti, entro le coordinate del vecchio contrasto tra storia e dogma – mi pare che al di là di talune prese di posizione polemiche, si possa registrare un generale riconoscimento della reciproca interdipendenza: così mi pare di dedurre dalla lettura del volume *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea* (edito da SCHIAVONE-CASSANDRO, Bari, 1982), specialmente gli interventi di Bretone, Wieaker e Pugliese.

²³ F.C. SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* 6², Heidelberg, 1850, p. 472 (citato e tradotto in M. BRETONE, *Diritto e tempo*, cit., p. 171). La complessità del pensiero di Savigny emerge chiaramente dalla lettura dei diversi contributi raccolti nel volume ad esso dedicato di *Quaderni fiorentini* (vol. IX, 1980): Orestano la paragona a «*una cattedrale nel ciclo solare dei quadri di Monet*», di cui «*ogni lettura gli si svelano volti e contenuti nuovi*» (R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny - Tre motivi di riflessione*, pp. 21 ss., spec. p. 22); Tarello parla addirittura di «*schizofrenia*» (G. TARELLO, *Intervento*, p. 387). Sulla differenza del Savigny del *Beruf* e quello del *System* anche P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, pp. 16-17. Su Koshaker e il *zurück zu Savigny* – espressione contenuta in P. KOSHAKER, *Die Krisis des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München, 1938 – e i pericoli insiti nel «*recupero delle sue dottrine generali intorno al diritto nei dibattiti metodologici della romanistica contemporanea*» si vedano le osservazioni di A. MANTELLO, *A proposito di Savigny: una riflessione sulle riflessioni*, in *Quaderni fiorentini*, IX, 1980, pp. 541 ss., specialmente pp. 547 ss.

totalmente neutro, in nulla condizionato dalla mentalità e dalle categorie giuridiche moderne è un'illusione vana e pericolosa; ove però egli nell'interpretazione delle fonti non cercasse di saggiare il declinarsi di quelle stesse categorie nell'evoluzione storica delle forme giuridiche egli abdicerebbe al compito di «*coscienza critica*» della dogmatica moderna che solo può legittimare la permanenza dei corsi di diritto romano tra i fondamentali per conseguire la laurea in giurisprudenza²⁴.

In questo senso lo studio storico del diritto romano può essere avvicinato alla lettura di un 'classico', essendo tale secondo Italo Calvino «*ciò che tende a relegare l'attualità al rango di rumore di fondo, ma nello stesso tempo di questo rumore di fondo non può fare a meno*»²⁵: in altre parole se la prospettiva da cui lo studioso legge le fonti romane non può non essere influenzata dalla sua formazione, e così dai problemi e dalle categorie con cui il giuridico è pensato all'interno dell'esperienza entro cui egli si è formato, il confronto con tali testi deve condurre a svelare la storicità delle presenti concezioni. Alla luce di quanto detto forse il lettore potrà comprendere l'ulteriore significato dell'*incipit* etimologico di questo scritto. Già Savigny²⁶ notava l'affinità

²⁴ Che in fondo «*la vera essenza della crisi*» del diritto romano fosse «*l'incertezza intorno al significato e al valore degli studi romanistici nell'odierna fase della scienza del diritto*» lo notava già Orestano nel fondamentale scritto *Il diritto romano nella scienza del diritto* (pubblicato dapprima in *Jus*, 2, 1951 e oggi ripubblicato in *Scritti*, II, Napoli, 2000, pp. 993 ss., a cui mi riferisco per tutte le citazioni), p. 1010; all'idea di quanti «*hanno finito coll'ammettere che gli studi romanistici pel carattere assunto tendono a spostare il centro focale del loro interesse dal campo giuridico a quello storico in generale, di modo che ormai troverebbero sede più opportuna in una Facoltà di Lettere che non in quella di Diritto*» (p. 1002) il Maestro oppone una grandiosa ricostruzione in cui «*lo studio storico del diritto viene a costituire esso stesso un elemento del divenire giuridico, che la scienza del diritto coopera in molteplici forme a promuovere e attuare*» (p. 1027).

²⁵ I. CALVINO, *Perché leggere i classici*, Milano, 1991.

²⁶ F.C. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814 che leggo nella traduzione italiana di V. SCIALOJA in *Trattati di giurisprudenza storica di F.C. De Savigny. Vol. I La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Verona, 1857, pp. 104 ss. Peraltro, come di recente

tra diritto e linguaggio, entrambi più utilmente interpretabili come prodotti dello sviluppo storico di un popolo che come atti volontari dell'individuo agente: da questo punto di vista l'utilità dello studio storico dei concetti giuridici trova un naturale equivalente nell'importanza della ricerca etimologica nella linguistica, come peraltro già suggerito da un frammento delle *Noctes Atticae* (12.13.5)²⁷:

Non enim verborum tantum communium verae atque propriae significationes longiore usu muntatur, sed legum quoque ipsarum iussa consensu tacito obliitterantur.

Come la storia delle parole del nostro vocabolario serve a svelare significati nascosti, inaspettati delle stesse attraverso la comparazione del campo semantico entro cui esse sono nate con quello all'interno del quale le usiamo modernamente, così lo studio del diritto romano può servire a chiarire il significato della dogmatica moderna attraverso la ricognizione delle continuità e delle discontinuità²⁸ tra questa e le soluzioni elaborate all'interno della storia della tradizione giuridica occidentale.

Tenterò dunque in questo breve contributo sul regime dell'acqua nel diritto romano di rifuggire sia l'atteggiamento nascostamente giusnaturalista di parte della dottrina anche recente, che pretende di ritrovare tra le pieghe delle fonti romane, vissute ancora come *ratio scripta*, un modello universalmente valido di disciplina riproponibile

osservato da Mantovani, la comparazione tra lingua e diritto non è un'invenzione savigniana, ché anzi sembra un dato ricorrente nella riflessione storico-giuridica sin dall'epoca romana: cfr. D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in *Il linguaggio giuridico: prospettive interdisciplinari* (a cura di Giuliana Garzone e Francesca Santulli), Milano, 2008, pp. 17 ss. (= in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, pp. 673 ss.).

²⁷ Riportato da D. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 18.

²⁸ G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, 2010, pp. 15 ss.

sic et simpliciter nel mondo contemporaneo²⁹; dall'altro mi sforzerò però di mettere a fuoco come alcuni dei problemi giuridici discussi dai giuristi romani e testimoniati nelle fonti possano utilmente servire come strumenti di chiarificazione per il moderno giurista che si trovi a interpretare o – *de jure condendo* – costruire una disciplina dell'acqua.

Dunque impostato il problema metodologico, e chiarito il *quare* e il *quomodo* di questa incursione romanistica in temi d'attualità, occorre di conseguenza esplicitare le domande che costituiranno il filo della presente interrogazione delle fonti romane: si tratterà di capire in che senso, a quali condizioni l'acqua può essere considerata una *res*, un bene dotato di un regime proprio e autonomo, ed eventualmente tratteggiare forme e contenuto di tale regime di tutela.

3. *Res communes omnium e res publicae nelle fonti romane*

Il punto di partenza per una riflessione sul trattamento dell'acqua nello svolgersi dell'esperienza giuridica romana non può essere che il celebre frammento delle istituzioni di Marciano, posto dai compilatori del Digesto nel titolo 8 del primo, rubricato *De divisione rerum et qualitate*:

D.1.8.2 (*Marcianus 3 institutionum*) pr. *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. I. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

²⁹ Esempari di un tale atteggiamento mi sembrano, con specifico riferimento alla categoria delle *res communes omnium*, alcuni lavori provenienti dall'ambiente accademico statunitense tra cui quelli di J. WESCOAT JR., *Toward a modern map of roman water law*, in *Urban Geography*, 18, 2, 1997 e C. ROSE, *Romans, roads and romantic creator: tradition of public property in the information age*, in *Law & Contemp. Probs.*, 89, 2003, pp. 89-110.

In questo passo Marciano, nel presentare la propria *summa rerum divisio*, include l'*aqua profluens* assieme a *aer*, *mare* e *litora* entro la categoria delle *res communes omnium hominum iure naturali*, contrapposta non solo alle *res privatae*, ma pure alle *res universitatis* e alle *nullius*. Tale frammento è considerato l'unico luogo di esplicita emersione nelle fonti romane di una possibile considerazione dell'acqua come bene giuridico autonomo.

In effetti per il giurista positivo la riconduzione di un ente della realtà entro una categoria giuridica normalmente comporta che esso sia dotato di uno statuto di disciplina proprio, sia cioè assoggettato a un regime giuridico peculiare e che per ciò stesso possa essere qualificato come bene autonomo. Una tale automatica conclusione non è consentita con riguardo alle fonti antiche: uno sguardo un po' più largo rivela infatti complicazioni inaspettate.

Il testo che i compilatori assumono aver tratto dalle *Institutiones* di Marciano³⁰ è ripreso – quasi letteralmente – nel manuale istituzionale di Giustiniano, in apertura del primo titolo del II libro, anch'esso dedicato alle *rerum divisiones*:

I. 2.1 pr. *Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. 1. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris.*

I testi coincidono quasi integralmente. *Quasi*, per l'appunto: la divergenza tra i due testi conduce dritti al cuore del problema della ricostruzione del regime giuridico delle acque in diritto romano. Nell'elenco giustiniano delle varie *species* di *res* compare infatti, accanto a quella delle *res communes omnium* e alle altre categoria

³⁰ Come confermato dalla ricostruzione palinogenetica del manuale marciano in O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Roma, 2000, p. 65.

riportate nel frammento marciano del Digesto, quella delle *res publicae*. Questa categoria risulterebbe peraltro conosciuta dallo stesso Marciano, giacché nel medesimo titolo del Digesto da cui abbiamo estrapolato il frammento in cui appaiono perentoriamente esaurite tutte le *species* di ‘cose’ rilevanti nell’universo del giurista severiano, è contenuto un ulteriore frammento estratto dal suo manuale istituzionale in cui viene precisato come *flumina paene omnia et portus publica sunt* (D.1.8.4.1). Da questo testo sembra doversi dedurre che Marciano conoscesse un’ulteriore categoria di *res* (semplicemente) *publicae*, escluse però nella lapidaria elencazione con cui si apre il titolo 8 del 1 del Digesto; e che addirittura egli riservasse questa qualifica ai *fulmina*, mentre nel contempo considerava l’*aqua profluens* una *res communis omnium iure naturali*.

Una seconda complicazione dipende dal fatto che la categoria delle *res communes*, che per la cancelleria imperiale di Giustiniano rivestiva una tale importanza da spingere compilatori e autori delle Istituzioni a riservarle un posto d’onore nel quadro delle *rerum divisiones* del *Corpus Iuris*, si rivela a uno sguardo generale dell’opera giustiniana, piuttosto evanescente. Innanzitutto essa pare sconosciuta – con esclusione naturalmente dello stesso Marciano – alla giurisprudenza classica, con esclusione forse del solo Ulpiano come parrebbe doversi desumere da D.47.10.13.7 (*Ulpianus 57 ad Edictum*)³¹. Se *aer* e *aqua profluens* sembrano estranei a qualsiasi autonoma considerazione, gli altri due elementi dell’elencazione marcianea (*litora* e *mare*) ricevono addirittura – nei testi attribuiti a giuristi classici – qualificazioni discordanti: per essi sono variamente utilizzati – peraltro ricorrendo a espres-

³¹ In questo frammento infatti Ulpiano argomenta a favore dell’esperibilità dell’*actio iniuriarum* da parte di chi fosse impedito nella pesca in mare a partire dall’osservazione che «*mare commune omnium est et litora, sicuti aer*».

sioni non univoche – i *nomina* di *res publicae iuris gentium*³² e *res publicae*³³.

In secondo luogo né le Istituzioni di Giustiniano né gli altri passi del Digesto, nemmeno tra quelli attribuiti a Marciano, ci offrono spunti circa il regime di disciplina che avrebbe dovuto costituire il *proprium* della categoria delle *res communes omnium*.

La questione emergente dalla lettura dalle fonti romane, interrogate alla ricerca di un possibile statuto giuridico dell’acqua che ne possa fondare la considerazione come *res* autonoma rispetto al sostrato fisico entro cui si svolge il suo ciclo (la *res* fiume), è dunque quello di ricostruire uno statuto della categoria delle *res communes omnium* che consenta di dar conto della relazione giuridica tra queste e la generale categoria delle *res publicae*, e così tra il *flumen* e l’*aqua profluens*.

4. Le riflessioni dottrinali in tema di acqua

Il problema di rintracciare nelle fonti indicazioni circa un autonomo regime delle acque nel diritto romano si è posto con forza nella

³² D.1.8.5 (*Gaius 2 rerum cottidianarum sive aureorum*) pr. *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.*

D.43.8.4 (*Scaevola 5 responsorum*) *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.*

D.18.1.51 (*Paulus 21 ad Edictum*) *Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur; quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

³³ D.50.16.112 (*Iavolenus 11 ex Cassio*) *Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exaestuat. Idemque iuris est in lacu, nisi is totus privatus est.*

D.1.8.10 (*Pomponius 6 ex Plautio*) *Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.*

scienza giuridica italiana della prima metà del secolo passato, in concomitanza tra l'altro col dibattito circa l'emanazione della legge sulle derivazioni dalle acque pubbliche³⁴, che dichiarava pubbliche tutte le acque interne: di fronte a un'innovazione normativa ci si rivolse al diritto romano in cerca di lumi o – se vogliamo – di argomenti autoritativi per fondare la propria adesione o la propria critica al nuovo regime³⁵. Il dibattito non poteva che indirizzarsi su un doppio binario: da un lato verso la precisazione dogmatica della categoria delle *res communes omnium*, e così di un possibile regime delle acque in diritto romano, dall'altra verso la ricostruzione del regime romano dei *flumina* dal punto di vista della libertà di derivazione da essi³⁶. Sull'infruttuosità

³⁴ Decreto luogotenenziale n° 1664 del 1916.

³⁵ La strumentalizzazione della categoria delle *res communes omnium* al fine di risolvere esigenze poste dalla pratica giuridica è tanto ricorrente in quanto trattasi appunto di categoria dai contorni sfumati, idonea a diverse ricostruzioni e ad applicazioni in diversi contesti. Penso ad esempio alla fondazione dell'indipendenza della Repubblica Veneta da parte di Baldo (BALDUS UBALDI, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Venetiis, 1572, su cui C. ZENDRI, «Mare passim omnibus patet»: il diritto del mare agli inizi dell'età moderna (secc. XV-XVII), in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 1, 2007, pp. 93-121, spec. p. 102), nonché alla contesa tra Selden e Grozio sullo statuto giuridico del mare (su cui M. FIORENTINI, *Fiumi e Mari*, cit., pp. 12 ss. nonché ID., *Mare libero e mare chiuso. Su alcuni presupposti romanistici dei rapporti internazionali nei secoli XVI-XVIII*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, 2001, pp. 320 ss.); recentemente persino la Corte di Cassazione mostra di attribuire alla categoria una certa capacità ordinante per il diritto vigente, come in una recente sentenza in tema di danneggiamento del fondale marino (Cassazione, sez. II, 16 dicembre 2002, n° 42219).

³⁶ L'impostazione del problema del regime delle acque interne in diritto romano in termini di libertà di derivazione dai fiumi o necessità di previa concessione da parte dell'autorità amministrativa è costante nella dottrina italiana di quegli anni. Tale prospettiva però non è quella dei giuristi romani, come vedremo (*infra* nt. 74), e questo fatto in parte spiega la difficoltà di quella dottrina di pervenire a una soluzione condivisa della questione: si veda un'utile sintesi delle diverse posizioni maturate dalla dottrina di quegli anni in G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945, p. 131. Si tratterebbe quindi in questo caso di una di quelle 'indebite sovrapposizioni' con cui la moderna dottrina 'cala meccanicamente' problemi dogmatici posti dall'attualità nella lettura delle fonti antiche.

dell’alternativa libertànecessità di concessione come schema ordinante delle fonti romane tornerò nel seguito del lavoro, per ora mi limiterò a impostare qualche riflessione circa il problema – a mio avviso preliminare poiché espressamente posto dalle fonti – delle condizioni di pensabilità della categoria giuridica delle *res communes omnium*: attraverso una schematica rilettura di alcune posizioni maturate nella dottrina italiana³⁷ della prima metà del secolo scorso, tenterò di mettere a fuoco alcuni pregiudizi metodologici e dogmatici che ostacolarono il riconoscimento del significato dell’affermazione marcianea secondo cui l’*aqua profluens* deve considerarsi *communis omnium*. Precomprensioni ereditate dalla cultura giuridica dell’Ottocento, su cui del resto gravava la perentoria affermazione del Mommsen secondo cui quella delle *res communes omnium* fosse una categoria ‘senza capo né coda’³⁸.

Innanzitutto il problema di ricostruzione dogmatica della categoria era estranea a quegli autori che approcciarono le fonti romane con uno strumentario interpretativo basato non su considerazioni tecnico-giuridiche, ma piuttosto filologiche: mi riferisco in particolare agli autori che seguirono la metodologia cosiddetta ‘interpolazionista’ i quali a partire anche dalla considerazione a priori della non classicità di ogni riferimento giustiniano allo *ius naturale*³⁹, considerato in quanto

³⁷ Non si tratta con tutta evidenza di una esaustiva rassegna della produzione scientifica di matrice romanistica in tema di acqua e di *res communes omnium*, pressoché sterminata: mi sforzerò più che altro di precisare il riflesso di talune opzioni dogmatiche sull’impostazione del problema del regime giuridico dell’acqua in diritto romano, traendo spunto dai lavori di alcuni grandi Maestri della disciplina, assunti *ad exempla*.

³⁸ TH. MOMMSEN, *Sopra un’iscrizione scoperta in Frisia*, in *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 2, 1889, p. 131.

³⁹ Sulla critica alla classicità della tripartizione *ius naturale-ius gentium-ius civile* come prodotto della sistematica bizantina piuttosto che della riflessione dei giuristi classici un utile sguardo di sintesi in U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra ‘res nullius’ e ‘res nullius in bonis’ e la distinzione delle res pseudo marcianea ‘che non ha né capo né coda’*, Milano, 1979, pp. 229 ss.: riferimenti in particolare a S. PEROZZI *Istituzioni di diritto romano*², I, pp. 91 ss., e E. ALBERTARIO, *Concetto classico e definizioni post-classiche del ius naturale*, in *Studi di diritto romano V*, pp. 277 ss.

tale prova di un intervento dei bizantini in sede compilatoria, espunsero la categoria delle *res communes omnium iure naturali* dall'orizzonte dell'interesse romanistico, limitato anch'esso pregiudizialmente a un preteso diritto classico. Così, eliminato per via di critica testuale il solo elemento qualificatorio specificatamente dedicato all'acqua nella compilazione giustiniana, si precludeva di pari la possibilità di individuare nell'acqua un bene autonomamente dotato di uno statuto giuridico proprio. Emblematica in questo senso la posizione assunta da Perozzi nella seconda edizione delle sue Istituzioni di diritto romano, ove la rilevanza della categoria per il diritto romano classico è negata recisamente⁴⁰, con un giudizio *tranchant* ripreso poi dall'Arangio Ruiz⁴¹ e, più recentemente, da Longo⁴² e Robbe⁴³.

Più articolata la posizione del Bonfante, sviluppata dapprima nelle note all'edizione italiana del Diritto delle Pandette di Windscheid⁴⁴ e successivamente nel *Corso* sulla proprietà⁴⁵ anche in opposizione alla differente opinione nel frattempo precisata dallo Scialoja⁴⁶. Il problema dogmatico è dal Bonfante individuato con lucidità: pur tributando alla categoria l'onore che spetta per i servigi resi nella storia della

⁴⁰ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, pp. 596 ss.

⁴¹ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*², Napoli, 1927, p. 155 nt. 1, mentre nella prima edizione la non classicità della categoria era da questo autore affermata solo in via ipotetica (cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1921, p. 31 nt. 1).

⁴² G. LONGO, *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, in *Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1970, pp. 321 ss., spec. p. 330. Per una recensione critica del lavoro di Longo, e una ricostruzione del tutto differente dello *ius naturale* nel diritto romano tardo classico, si legga il corposo articolo di W. WALDSTEIN, *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinians*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Römische Abteilung*, CXI, 1994, pp. 1 ss.

⁴³ U. ROBBE, *La differenza sostanziale*, cit., pp. 212 ss.

⁴⁴ P. BONFANTE, Nota N in *Note a Windscheid, Diritto delle Pandette*, vol. V (traduzione, note e riferimenti al Diritto civile italiano iniziate da Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa e continuate da Pietro Bonfante e Fulvio Marò), Torino, 1922.

⁴⁵ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. La Proprietà*, parte I, Roma, 1926, pp. 51 ss.

⁴⁶ V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1933, pp. 125 ss.

tradizione romanistica, egli si pone con chiarezza il problema se «*la categoria delle res communes omnium ha essa una vera autonomia e un significato giuridico nel diritto romano?*»⁴⁷. La risposta negativa alla domanda si appoggia su un’argomentazione articolata, di cui interessano qui le linee essenziali.

La conclusione cui giunge Bonfante è infatti che la categoria marcianea, benché non ascrivibile all’intervento compilatorio (e dunque genuina, al contrario di quanto sostenuto dalla dottrina interpolazionista), fosse però sprovvista di un contenuto tecnico-giuridico, in quanto concetto genericamente filosofico ed evocativo tratto da Marciano dalla tradizione letteraria⁴⁸ piuttosto che da quella giurisprudenziale romana⁴⁹, per cui questo autore avrebbe riunito sotto un *nomen* ben noto a poeti e filosofi *res* non accomunate da alcun profilo di disciplina.

Alla base di questa interpretazione – al di là della sempre discutibile ricostruzione delle ascendenze filosofiche e culturali influenti sui singoli giuristi⁵⁰ – è ravvisabile un’opzione dogmatica ben precisa:

⁴⁷ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 60.

⁴⁸ Che in effetti sul punto è notevole. Per il tema dell’acqua, che nello specifico qui interessa, particolarmente significativo il riferimento di Ovidio, in *Metamorphosis* 6.349-351:

*quid prohibetis aquis? usus communis aquarum est.
nec solem proprium natura nec aera fecit
nec tenues undas: ad publica munera veni*

Ulteriori indicazioni sulle fonti letterarie con specifico riferimento ai diversi elementi dell’elencazione marcianea, in A. DELL’ORO, *Le res communes omnium nell’elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati*, XXXI, 1962-63, pp. 237 ss.

⁴⁹ Le possibili ascendenze culturali e filosofiche sulla categoria marcianea erano del resto già state affermate nella dottrina tedesca: A. PERNICE, *Die sogenannten res communes omnium*, Berlin, 1900, poi ripreso da P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie in Privatrecht*, Halle, 1902, pp. 43 ss. Tale posizione, anche per l’autorevolezza di Bonfante, si è fortemente radicata nella dottrina anche più recente: un esempio in CASTAN PEREZ GOMEZ, *Regimen juridico de las concesionas administrativas en el derecho romano*, Madrid, 1996, spec. pp. 33 ss.

⁵⁰ Un particolare appunto si potrebbe muovere a questo aspetto dell’argomentazione di Bonfante, e più in generale a quelle correnti tecnico-giuridiche che si affermavano in

secondo Bonfante tale categoria sarebbe priva di significato perché «*vi è nell'elenco tradizionale delle res communes una gradazione, per cui, mentre da un lato si toccano elementi che sono quasi esclusi dal concetto di cosa, dall'altro si toccano le cose pubbliche*»⁵¹. Siamo al cuore dell'interpretazione del Bonfante: in questa affermazione sono infatti individuabili le due precomprensioni dogmatiche⁵² che influenzarono l'interpretazione del frammento marciano: l'una riguardante la nozione di cosa in senso giuridico⁵³, l'altra – connessa con la prima – relativa ai possibili soggetti di diritti⁵⁴. Secondo Bonfante – che pure fu tra i romanisti della sua generazione che più seppe svincolarsi dalla concezione strettamente individualistica della proprietà dominante nella cultura giuridica ottocentesca⁵⁵ – esistevano cose in senso giuridico in

tutte le branche della dottrina italiana a cavallo tra otto e novecento: che l'ascendenza culturale-filosofica (ma più in generale, metagiuridica) di un concetto non valga di per sé a dimostrarne l'estraneità al mondo del diritto, risulta tra l'altro dalla vicenda della nozione di diritto soggettivo, nata in ambito di filosofia politica e poi utilizzata come categoria ordinante fondamentale dell'esperienza giuridica, tanto che oggi nessuno – credo – ne potrebbe in coscienza disconoscere la centralità, confermata anzi dai duri e legittimi attacchi cui tale nozione è sottoposta da quasi un secolo dalla dottrina.

⁵¹ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 72.

⁵² Non a caso il giudizio negativo sulle *res communes omnium* è espresso in nuce nella sua trattazione introduttiva della nozione generale di cosa: lì si lascia sfuggire che «è cosa o res qualunque entità materiale o ideale, anche se non rientri nella sfera del diritto, come accade circa le famigerate *res communes*» (P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 5).

⁵³ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 7: «Non tutte le cose corporali sono oggetto di diritti reali o di diritti privati in generale, ma solo quelle che hanno utilità per gli uomini, e che, a causa della loro limitazione e della possibilità di essere appropriate in parti, hanno un valore economico».

⁵⁴ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 72: «Entro i limiti di uno Stato tutto ciò che non appartiene al dominio privato appartiene necessariamente a quel vago concetto di dominio pubblico, che si presenta da un lato come sovranità, dall'altro come proprietà, secondo che si accentua il momento delle finalità proprie dello stato, o il momento patrimoniale economico».

⁵⁵ Si leggano le pagine dedicate al grande romanista da P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, pp. 218 ss.

quanto fossero oggetto di un interesse economico, e così di un rapporto giuridico, da parte un soggetto riconosciuto dall'ordinamento, fosse questo una persona fisica o giuridica.

Entro queste coordinate dogmatiche la categoria delle *res communes omnium* risulta difficilmente comprensibile, e così impossibile concepire l'acqua come *res* dotata di uno statuto giuridico autonomo. Anzi secondo Bonfante l'inconsistenza (giuridica) della categoria delle *res communes omnium* si manifesta con particolare evidenza proprio con riferimento all'inserimento dell'*aqua profluens* nell'elenco marciano, che rappresenta secondo questo autore «la più deplorabile invenzione di Marciano» che, «ha valso a intorbidare le idee dei moderni in proposito»⁵⁶: infatti se con quella espressione voleva individuare un bene a sé stante, dotato di autonoma considerazione da parte del diritto, sarebbe incappato in un «vano sforzo dialettico» (un «sofisma»)⁵⁷, poiché l'unica categoria giuridica con cui i giuristi romani intesero e regolarono giuridicamente il fenomeno delle acque interne fu quella di *res publica*, applicato ai *flumina*⁵⁸.

Si può notare una certa circolarità nell'argomentazione: le *res communes* non hanno consistenza giuridica perché nel loro elenco è contenuto il riferimento all'*aqua profluens*, che non è una cosa; poiché le *res communes* non hanno uno statuto giuridico proprio, è impossibile considerare l'*aqua profluens* come *res* autonoma rispetto ai *flumina*, considerati pubblici. Tale circolarità si spiega tenendo a mente che alla base di essa, come detto, vi sono quelle precomprensioni dogmatiche relative alla necessità di riferire ciascun diritto sulle cose a una persona fisica o giuridica.

Se il rifiuto di Bonfante di considerare l'acqua come una *res* autonoma riposava, con le precisazioni appena considerate, sul rifiuto

⁵⁶ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 63.

⁵⁷ P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 63.

⁵⁸ Su cui P. BONFANTE, *Corso*, cit., pp. 84 ss.

della giuridicità della categoria delle *res communes omnium* testimoniata dal passo marciano di D.1.8.2.pr., l'idea che la qualificazione dell'*aqua profluens* come *res communis omnium* potesse valere a fondarne la considerazione come *res* autonoma non ebbe miglior fortuna nel pensiero di quegli autori che pure – in qualche modo – cercarono di salvare la categoria marcianea, rintracciandone ‘il capo e la coda’ non tanto sul piano puramente dogmatico ma piuttosto storico-evolutivo. Mi riferisco in particolare al filone interpretativo inaugurato dai fondamentali lavori di Grosso⁵⁹ e Branca⁶⁰, in cui tali autori rivalutano la categoria marcianea riguardata non più come eccentrica trovata filosofeggiante di una mente non a proprio agio con i tecnicismi giuridici, quanto piuttosto come epilogo di un lavoro corale della giurisprudenza romana che, a partire dalla (originariamente indistinta) nozione di *res publica*, era andata fin dalla prima età classica distinguendo nozioni più specifiche e caratterizzate da una particolare disciplina: tra queste le *res in usu populi* (contrapposte alle *in patrimonio fisci*)⁶¹ e, appunto, le *res communes omnium*. Queste ultime in particolare sarebbero state isolate da alcuni giuristi (nonostante diverse oscillazioni) a partire dalla considerazione della speciale disciplina di *litora* e *mare* su cui – a differenza delle altre *res publicae* (ivi comprese le *res in usu publico*) – era lecito *aedificare* liberamente, senza preventiva concessione da parte dell'auto-

⁵⁹ G. GROSSO, *Corso di diritto romano: le cose*, Torino, 1941 (edizione *on line* a cura di *Rivista diritto romano*, url www.ledonline.it/rivistadirittoromano/_allegati/diritto_romano0102grosso.pdf). L'edizione torinese peraltro è frutto – come riportato da F. Gallo nella *Nota di lettura* che introduce la sua versione *on line* – della rielaborazione di materiale didattico presente alla riflessione dell'autore almeno dal 1931.

⁶⁰ G. BRANCA, *Le res extra patrimonium humani iuris*, Trieste, 1940. Nella sue linee fondamentali l'impostazione di Grosso e Branca è ripresa, con le fondamentali precisazioni che vedremo, da SCHERILLO (*Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945), poi nella sostanza da G. PUGLIESE (*Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, pp. 429 ss.) e, recentemente, da M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, spec. pp. 70 ss.

⁶¹ Su cui particolarmente chiare e incisive le pagine di G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pp. 93 ss.

rità né pagamento di alcun *vectigal*⁶². Il senso dell'isolamento delle *res communes omnium* come categoria autonoma risiede dunque secondo questa dottrina nel progressivo riconoscimento da parte della giurisprudenza romana dell'idoneità di tale peculiare aspetto della disciplina di *litora e mare* a differenziarli dall'indistinta categoria delle *res publicae*.

È evidente come, a partire da una tale ricostruzione in termini (potremmo modernamente dire) 'amministrativistici' della nozione di *res communes omnium* – fondata sulla libera *aedificatio* come carattere proprio della categoria – l'inclusione in essa dell'*aer* e, per quanto più interessa in questa sede, dell'*aqua profluens*, dovesse risultare quantomeno incongruo. Infatti questi autori, che fondano la specificità della categoria delle *res communes* sul dato sostanziale della libera edificabilità su essi, unanimemente annotano come distonico l'inserimento dell'*aqua profluens* in essa, sebbene con differenti esiti circa il giudizio complessivo sulla categoria: per Scherillo ciò vale a negare giuridicità a una categoria che, pure nata da un riflessione squisitamente giuridica sulle peculiarità di regime di lido e mare, con l'inclusione dell'*aqua profluens* rivela la sua ascendenza filosofico-letteraria⁶³; persino Grosso

⁶² In quanto pubbliche non per scelta di un'istituzione politica umana, ma per la loro stessa natura: suggestioni in tal senso, per esempio, in G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 243. Contro il ricorso all'argomento de 'la natura delle cose' per spiegare fenomeni giuridici occorre ricordare, per quanto riguarda lo studio del diritto antico, la posizione di Yan Thomas (ad esempio in Y. THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature: sur la critique contemporaine du sujet de droit*, in *Le débat*, 100, 1988, pp. 85 ss., spec. p. 94 dove si ricorda che «ces choses n'étaient jamais ni "sacrées" ni "publiques" par essence – antique leçon qu'il n'est pas inutile de rappeler à ceux qui croient pouvoir faire échapper la nature au procédé des qualifications humaines»), mentre con riferimento alla scienza giusprivatistica contemporanea rimane imprescindibile il riferimento alla ricostruzione di Bobbio (in particolare in N. BOBBIO, *La natura delle cose*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965).

⁶³ Sostiene Scherillo che «il vizio logico della categoria» risiederebbe proprio nel fatto che «comprende elementi eterogenei», e poiché «qualsiasi raggruppamento può essere legittimo solo se gli enti che lo compongono abbiano qualche carattere comune», ne deriva che «in realtà si tratta di una categoria sociale», (G. SCHERILLO,

e Branca, che pure difendono la categoria marcianea nonostante la disomogeneità degli elementi del suo elenco, non possono che stigmatizzare l'inserimento in essa dell'acqua come «*concetto stonato, isolato, privo di consistenza*»⁶⁴, insomma «*un equivoco*» cui Marciano sarebbe stato condotto dal tentativo – legato alle sue «*concezioni metagiuridiche*»⁶⁵ – di estendere una nozione tecnicamente riservata a lidi e mare.

Il filone dottrinale in esame evita la pregiudiziale dogmatica rilevata con riferimento alla nozione bonfantiana di cosa⁶⁶, ed ammette esplicitamente la possibilità che in astratto l'acqua possa essere considerata una *res* autonoma in quanto dotata di un proprio statuto oggettivo di disciplina⁶⁷. Poi però, nel momento in cui questi autori costruirono il *proprium* della categoria delle *res communes* (il suo statuto) sulla disciplina dell'edificabilità senza concessione sul *litus* e il mare, non poterono che concludere che quel regime che astrattamente potrebbe caratterizzare l'acqua come *res* autonoma non è rinvenibile nelle fonti.

5. Alcune precomprensioni della giusromanistica italiana

Giunti a questo punto possiamo provare a isolare alcune delle opzioni dogmatiche che ostacolarono il riconoscimento da parte della dottrina romanistica di uno statuto giuridico autonomo dell'*acqua pro-*

Lezioni, cit., p. 87), in questo modo finendo per aderire alla già vista posizione del Bonfante.

⁶⁴ G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 238.

⁶⁵ G. GROSSO, *Corso*, cit., p. 36.

⁶⁶ Anzi pare esplicitamente contrastarla G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 238.

⁶⁷ «Non si può dire che una concezione dell'acqua corrente come *res communes* non potrebbe avere carattere giuridico e importare un particolare regime» (G. GROSSO, *Corso*, cit., p. 36); «Quanto all'acqua *profluens*, cioè letteralmente l'acqua corrente, in astratto nulla vieterebbe di considerarla una cosa a sé, distinta dal corso d'acqua grande o piccolo, perenne o temporaneo, naturale o manufatto, di cui fa parte» (G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 86).

fluens, e così la considerazione di essa come una *res* distinta dal substrato fisico entro cui scorre.

Innanzitutto l’assunzione di una concezione normativa di ‘cosa in senso giuridico’ parametrata per di più sull’oggetto del diritto (soggettivo) di proprietà, per cui tutte le entità della realtà non suscettibili di appropriazione da parte di un soggetto pubblico o privato sfuggono per ciò stesso dall’ambito del giuridico. La grande illusione⁶⁸ di poter costruire il fenomeno giuridico come fascio di diritti soggettivi, che la pandettistica ereditò dal giusrazionalismo del XVIII secolo⁶⁹, persisteva – pur tramontata la stagione dell’*usus modernus pandectarum* – nella romanistica degli inizi del Novecento, rendendola tra l’altro⁷⁰ incapace di dare una sistemazione concettuale a quelle fonti romane che pure ci testimoniano della categoria delle *res communes omnium*.

Il progressivo abbandono di una concezione soggettivistica del fenomeno giuridico, che conduceva a considerare rilevante ai fini del diritto solo ciò che potesse formare oggetto di un diritto imputabile a un soggetto, a favore di istanze spiccatamente oggettivistiche⁷¹ centrate

⁶⁸ Di *grande illusione della Pandettistica* parla, con riferimento al tentativo di costruzione del sistema giuridico attorno al soggetto di diritto, R. ORESTANO in *Diritti senza soggetto*, in *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 132 ss.

⁶⁹ A questo proposito può utilmente rievocarsi l’affermazione del Gierke, secondo cui «il diritto naturale ancora lungamente dopo la caduta del suo potere formale riportò vittorie sostanziali» (O. VON GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht*, citazione che traggio da P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*, Milano, 2002, p. 19).

⁷⁰ In realtà la categoria delle *res communes omnium* è solo uno degli aspetti del giuridico in cui si incagliò la dottrina che accolse l’impostazione del cosiddetto «*sistema dei diritti soggettivi*»: si pensi ai diversi temi dell’eredità giacente (R. ORESTANO, *Diritti senza soggetto*, cit., pp. 115 ss.) e delle azioni popolari.

⁷¹ Tale mutamento di prospettiva è ricostruito magistralmente da R. ORESTANO in *Diritti senza soggetto*, cit., pp. 179 ss. (= ID., *Scritti*, cit., III, pp. 1433 ss.). Il riflesso di tale ‘mutamento di paradigma scientifico’ sulla dottrina dei beni e della proprietà, particolarmente evidente nei lavori di Pugliatti, è ricostruito puntualmente da Paolo Grossi in apertura del suo *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*

piuttosto sull'applicabilità di una specifica regolamentazione quale requisito per riconoscere la rilevanza giuridica di un fenomeno, non comportò solo un mutamento delle condizioni di pensabilità della cosa in senso giuridico, ma più radicalmente – come osserva Grossi – una relativizzazione di tale nozione⁷², rappresentando tale teorica uno strumento concettuale idoneo a comprendere differenti regimi di accesso ai beni. Tale trapasso è avvertibile nel pensiero di Grosso e Branca, nel momento in cui esplicitamente si ammette la prevalenza dell'oggettiva applicabilità di una disciplina sull'astratta riconduzione alla titolarità di un soggetto, al fine di valutare l'esistenza di un rapporto giuridico⁷³.

Epperò la proiezione della moderna dogmatica nella lettura delle fonti ha operato pure ad un secondo livello. Come abbiamo visto lo sforzo ricostruttivo di quella parte di dottrina che, abbandonata la prospettiva soggettivistica si è messa alla ricerca della possibile regolamentazione della categoria delle *res communes omnium*, si è concen-

(P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*², Napoli, 2006, pp. 1 ss.) nonché, con specifico riferimento alla figura di Pugliatti, in *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, pp. 230 ss. Un inquadramento dei problemi relativi alla giuridicità della categoria delle *res communes omnium* in D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 808 ss, specialmente pp. 819 ss.

⁷² P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà*, p. 25: «*quel che importa qui di notare è che, per la prima volta dopo l'enfasi dell'individualismo possessivo, si operava uno scardinamento dal soggetto della nozione di proprietà, se ne tentava una costruzione partendo da elementi oggettivi e – di conseguenza – la si relativizzava*».

⁷³ *Supra* nt. 67. Significativo notare in questo senso la differente posizione delle riflessioni sulla nozione di cosa nelle opere degli autori analizzati: mentre l'impostazione tradizionale voleva che essa fosse una premessa, introduzione alla parte relativa alla Proprietà e i diritti reali (così in Bonfante) – a sottolineare la dipendenza logica della nozione di bene dal diritto soggettivo di proprietà – i lavori di Branca, Grosso e Scherillo sono monograficamente dedicati al regime delle Cose in diritto romano, riflettendosi sul piano dell'individuazione definizione dell'oggetto della riflessione la mutata prospettiva assunta dalla dottrina civilistica a partire dai seminali lavori del Pugliatti.

trato sull’assenza di un regime di concessioni per l’*aedificatio* su *litora* e *mare*, assumendo questo profilo come *proprium* della categoria, elemento qualificante idoneo a differenziarla da altre *res publicae*: tale profilo è certamente testimoniato dalle fonti ma secondo me non coglie il baricentro, l’asse, la linea di sviluppo, della riflessione della giurisprudenza romana in tema di classificazione delle diverse *res publicae*.

Le fonti sul punto sono infatti numerose ma ambigue, testimoniano una forte controversialità della giurisprudenza sul punto, tanto da giustificare ricostruzioni diverse e opposte in tema di *aedificatio* su lidi e mare e del relativo regime concessorio⁷⁴. Non voglio qui entrare nel merito dell’esegesi dei singoli passi su cui si fondano le opposte ricostruzioni – compito che esula la dimensione di questo intervento, oltre a trascendere le mie forze – ma solo insinuare il dubbio che, essendo i dati in nostro possesso insufficienti per stabilire con un minimo grado di certezza l’esistenza o meno di un «normale sistema di concessioni amministrative»⁷⁵ nell’esperienza giuridica romana, assumere questo profilo come un elemento caratterizzante lo sviluppo del pensiero giurisprudenziale romano sia quantomeno azzardato. Forse quindi – e così giungiamo ad affrontare il secondo ordine di ragioni che mi portano a non aderire alla pur autorevole tesi di Branca – si tratta di una proiezione di schemi ricostruttivi-conoscitivi moderni inadatti a cogliere il senso dello sviluppo della riflessione romana, in quanto non congrui con alcuni fondamentali aspetti della metodologia della giurispru-

⁷⁴ Una panoramica delle diverse ipotesi ricostruttive in tema di concessioni per l’*aedificatio* su mare e spiagge si può rinvenire in CASTAN PEREZ GOMEZ, *Regimen juridico*, cit., pp. 205 ss. L’autore peraltro giunge ad aderire alla tesi – che fu già del Perozzi e del Robbe – circa necessità di un’autorizzazione preventiva da parte degli organi pubblici, di recente criticata tra gli altri da Fiorentini (*Fiumi e mari*, cit., pp. 360 ss.) che riprende invece la posizione di Branca e Bonfante circa una sostanziale differenza di regime tra *res publicae* e *communes omnium* proprio in punto di libertà di *aedificare*: il permanere di tale contraddizione nella dottrina può forse costituire un indizio dell’infruttuosità della prospettiva adottata.

⁷⁵ Così si esprime G. BRANCA, *Le res extra patrimonium humani iuris*, cit., p. 129.

denza romana. I vizi di questa prospettiva, che la rendono inadatta a sistemare concettualmente i dati emergenti dalle fonti, sono a mio modo di vedere almeno due.

Innanzitutto – se quella sulla prospettiva rimediale della giurisprudenza classica rischia di essere un'affermazione generica priva di efficacia conoscitiva-ordinante – più pregnante invece mi sembra l'osservazione per cui la centralità dell'aspetto rimediale riguardasse in particolare il momento classificatorio, di individuazione delle categorie giuridiche: indicazioni in tal senso, con particolare riferimento alle *divisiones rerum*, possono essere rintracciate già in Scherillo⁷⁶, anche se non sempre applicate fino in fondo; più di recente in Talamanca⁷⁷ e Di Porto⁷⁸. Da questo punto di vista la ricostruzione in esame, riconducendo la nozione di uso comune rilevante ai fini della specifica qualificazione delle *res communes omnium* al dato sostanziale della libertà di *aedificatio*, mi sembra quantomeno discutibile dal punto di vista della coerenza con il metodo della giurisprudenza romana.

Da un punto di vista più generale poi la ricostruzione in parola rischia di proiettare sull'esperienza giuridica romana l'esigenza tipicamente moderna (o meglio contemporanea) di pervenire a una sistemazione univoca delle categorie giuridiche, in cui ciascun elemento sia identificato da un *proprium* idoneo a distinguerlo da tutti gli altri. Gli autori paiono trattare il frammento marcianeo come un articolo di legge, e la categoria delle *res communes* come un enunciato normativo in senso moderno, espressivo di una categoria sistematicamente inquadrabile in un sistema di *definitiones* ed assiomi univocamente delimitati nel loro valore e nella loro estensione, per cui la distinzione tra le

⁷⁶ G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, pp. 108 ss., ripreso da M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, p. 12.

⁷⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 382.

⁷⁸ A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico. Linee di un'indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991)*, Napoli, 1994, pp. 505 ss. spec. p. 510.

diverse *res* (genericamente) *publicae* dovrebbe riposare su elementi dogmatici certi e univoci. Il differente modo di procedere della giurisprudenza romana classica, come delineato a partire dai fondamentali lavori dello Schulz⁷⁹, mi pare sia stato felicemente sintetizzato da Arangio Ruiz, quando scriveva sull'estraneità alla giurisprudenza romana di «*quel metodo costruttivo che consiste nel respingere dalla definizione di ogni categoria giuridica le note che non ricorrono pienamente anche nella più riposta applicazione, nel costruire insomma esclusivamente sopra i casi marginali*»: infatti «*presso i romani la tecnica giuridica procedeva diversamente, cioè per paradigmi: creato un modulo perfettamente adattabile ad una massa notevole di dati dell'esperienza, lo si applicava per approssimazioni successive, cioè sfumandone le linee e arrotondandone i contorni, a dati che non erano stati tenuti presenti nella prima costruzione, ma che apparivano in qualche modo analoghi alle materie così disciplinate*», concludendo col monito che «*sempre meglio si riconosce che il carattere pratico dei concetti giuridici esclude che il sistema possa essere esattamente racchiuso in categorie fisse*»⁸⁰.

Rilevati questi punti critici dell'approccio della romanistica anche più recente al tema della configurabilità di una disciplina propria del bene acqua (*aqua profluens*) in diritto romano, proveremo qui di seguito a seguire un atteggiamento differente, valorizzando il carattere analogico del metodo dei giuristi romani e soprattutto il profilo rimediale come elemento centrale e motore del processo classificatorio nell'esperienza giuridica romana.

Il perno del nostro discorso sarà la nozione di *usus publicus* o *communis*, assunto qui non tanto come elemento dogmatico assoluta-

⁷⁹In particolare nel capitolo 'Astrazione' dei suoi *Prinzipien* (F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934 che leggo nella traduzione di V. Arangio Ruiz, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1946, pp. 34 ss.).

⁸⁰V. ARANGIO RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, in *Studi Riccobono IV*, pp. 355 ss., spec. p. 379 e nt. 68.

mente definito in grado di segnare univocamente il confine tra diversi istituti, quanto piuttosto come paradigma orientativo di sviluppo del pensiero romano in tema di *res publicae*, idea ordinante che condusse la giurisprudenza romana a isolare all'interno della indistinta categoria delle *res* sottratte a rapporti privati tanto la categoria delle *res in usu publico* (tra cui i *flumina*) quanto quella delle *res communes omnium*. Con tale espressione i giuristi romani non intendevano infatti riferirsi a un diritto sostanziale di appropriazione dei beni stessi, quanto all'esperibilità di una serie di rimedi privatistici volti a regolamentare i possibili conflitti di interessi nascenti dall'accesso a determinati beni al di fuori di un paradigma proprietario, sebbene non insensibile ai possibili interessi particolari allo sfruttamento del bene stesso. L'enucleazione di tale modello paradigmatico nelle sue linee fondamentali, consentirà di ricostruire i rapporti storici tra le categorie di *res in usu publico* e di *res communes omnium* (e così tra *flumina* e *aqua profluens*) in modo magari insoddisfacente per il giurista positivo alla ricerca di un modello facilmente spendibile nell'esperienza contemporanea, ma forse più aderente alla metodologia della giurisprudenza romana.

6. *Usus publicus e tutela interdittale*

Secondo quanto ci testimoniano le fonti romane, presso la giurisprudenza romana classica la distinzione tra *res in usu publico* e *res in patrimonio populi* (o *aerarii*, o *fiscii*)⁸¹ poteva considerarsi dato sistematico (relativamente) acquisito: passi di Nerazio⁸², Pomponio⁸³,

⁸¹ L'oscillazione terminologica non dipende da differenze dogmatiche, ma si spiega con storia del fisco nell'esperienza romana: così già Grosso (*Corso*, cit., p. 38) e poi ampiamente Scherillo (*Lezioni*, cit., pp. 99 ss.).

⁸² D.41.1.14 pr (*Neratius 5 Membranarum*).

⁸³ D.18.1.16 pr (*Pomponius 9 ad Sabinum*).

Ulpiano⁸⁴ e Papiniano⁸⁵ fanno riferimento a tale bipartizione in diversi contesti argomentativi, confermandoci l'impressione che si trattasse di una *distinctio* ormai consolidata e accettata. Eppure, come già rilevato per le *res communes omnium*, il fondamento giuridico della distinzione dogmatica rimane implicito nelle fonti che pure ricorrono con sicurezza alla bipartizione.

Il libro 43 del Digesto, in cui i compilatori hanno raccolto i frammenti relativi alla tutela interdittale⁸⁶, contiene alcuni titoli dedicati a quelli, tra i rimedi interdittali predisposti dal pretore, variamente incidenti sul regime di talune *res* sottratte all'appropriazione dei privati⁸⁷. Si tratta di strumenti processuali privatistici, sottoposti cioè

⁸⁴ D.11.7.8.2 (*Ulpianus 15 ad Edictum*); D.50.16.17 pr. (*Ulpianus 10 ad Edictum*) e specialmente per quello che vedremo D.43.8.2.4-5 (*Ulpianus 68 ad Edictum*).

⁸⁵ D.18.1.72.1 (*Pomponius 10 Questionum*).

⁸⁶ Sulle caratteristiche generali della tutela interdittale, si rinvia all'ottima voce enciclopedica di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pp. 901 ss., oltre che ai lavori classici di A. BISCARDI (*La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938 e il successivo *La tutela interdittale e il relativo processo*, Siena, 1956, ove l'autore provvede a rivedere alcune sue posizioni) e G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955.

⁸⁷ In dottrina è diffusa (con la vistosa eccezione del Gandolfi) la convinzione che addirittura essi rappresentino il nucleo primigenio del sistema interdittale predisposto dal pretore: tale affermazione, nel pensiero dei singoli autori, serve a fondare o giustificare prese di posizione su altri profili di disciplina: così per Fadda l'affermazione secondo cui «*gli antichissimi tra gli interdetti fossero popolari, e cioè quelli relativi alle res divini iuris ed alle res in publico usu*» (C. FADDA, *L'azione popolare: studio di diritto romano ed attuale*, Torino, 1894, p. 327) serve a suffragare l'ipotesi della precedenza, tra i rimedi popolari, di quelli con condanna a favore dell'attore popolare su quelli con condanna a favore della cassa pubblica (C. FADDA, *L'azione popolare*, cit., p. 332) a sostegno dell'ipotesi del Bruns (K.G. BRUNS, *Die römische Popularklagen*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, I, 1864 = in *Kleineren Schriften*, Weimar 1882) ripresa e introdotta nella dottrina italiana dallo Scialoja (traduzione e commento del lavoro del Bruns in V. SCIALOJA, *Le azioni popolari romane*, in *Archivio Giuridico*, XXVIII, 1892, pp. 3 ss.; così anche per Biscardi la sua interpretazione pubblicistica-amministrativistica dello strumento interdittale risulta naturalmente confermata dal fatto che «*tra i rapporti suscettibili di protezione interdittale in età classica, i più antichi sono indubbiamente quelli che hanno un carattere più o meno palesemente*

all'ordinario *ordo iudiciorum privatorum*: la loro attivazione presuppone un'istanza di parte davanti al pretore⁸⁸ – e dunque l'iniziativa di un privato – e si concretizzano in una pretesa nei confronti di un altro soggetto privato.

Il collegamento strutturale e dogmatico tra la materia interdittale e il problema delle *rerum divisiones* è suggerito fin nel frammento ulpiano posto dai compilatori in apertura del 43, in cui il giurista severiano evidentemente propone una sistemazione degli interdetti ricalcata sulla diversa qualificazione del referente oggettivo degli stessi⁸⁹. La *dispositio* della materia interdittale appare qui modellata sul differente ambito oggettivo cui i diversi rimedi si riferiscono: Ulpiano in particolare giunge ad identificare – dopo una serie di *distinctiones* sempre più analitiche – la categoria degli interdetti *de rebus publicis*, come sottoinsieme delle cose di diritto umano *quae sunt alicuius*.

La correlazione sul piano sistematico tra applicabilità di tali interdetti e nozione di *usus publicus* è inoltre confermata e chiarita dal successivo frammento di Paolo (D.43.1.2.1)⁹⁰, in cui il giurista conside-

publicistico» (La protezione interdittale, cit., p. 98): in quest'ottica si spiega pure la contraria presa di posizione del Gandolfi, fautore al contrario di un'interpretazione strettamente privatistica dei rimedi interdittali.

⁸⁸ Si trattava in realtà di una *postulatio* (*interdicti*), ovvero «della domanda rivolta, senza alcuna particolare formalità, dall'attore al pretore per ottenere l'emanazione dell'interdetto» (così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., p. 910).

⁸⁹ D.43.1.1 (Ulpianus 67 ad Edictum) *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. de rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. quae sunt nullius, haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt. quae sunt alicuius, haec sunt aut publica aut singulorum. publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque.*

⁹⁰ D.43.1.2.1 (Paulus 63 ad Edictum) *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut religione, sicut est 'ne quid in loco sacro fiat' vel 'quod factum est restituatur' et 'de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando'. Hominum causa*

ra gli interdetti *de rebus publicis* come predisposti dal pretore *publicae utilitatis causa*, ovvero al fine di tutelare l'interesse all'utilizzabilità di tali beni da parte della collettività⁹¹.

Le conseguenze dell'applicabilità di tale complesso di rimedi approntati a garanzia dell'*usus publicus* sulla categoria delle *res publicae*, indistintamente evocata nel frammento d'apertura, sono specificate dallo stesso Ulpiano in sede di commento all'interdetto *ne quid in loco publico fiat*⁹², il cui campo applicativo appare definito a partire dalla nozione di *res in usu publico*, categoria esplicitamente contrapposta a quella di *res in patrimonio fisci*⁹³. La *sedes* della testimonianza non deve indurre un'interpretazione riduttiva dell'affermazione ulpiana: il carattere generale dell'argomentazione svolta per giustificare la distinzione e la considerazione che l'interdetto in commento è tra tutti quello

competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. Publicae utilitatis causa competit interdictum 'ut via publica uti liceat' et 'flumine publico' et 'ne quid fiat in via publica': iuris sui...

⁹¹ Sul significato dei passi di Ulpiano e Paolo posti dai compilatori in apertura del libro dedicato agli interdetti, si veda G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001, spec. pp. 49 ss. e pp. 124 ss.: in particolare, sull'apparente contraddizione di Ulpiano, che prima dice le *res publicae* indistintamente *alicuius*, poi le distingue tra *in usu* e *in patrimonio*, si leggano le osservazioni svolte circa il significato non meramente formale che il sintagma (*ius*) *publicum* dovette avere nella concezione ulpiana, riferendosi infatti a «la difesa di un interesse materiale ed oggettivo della collettività» (p. 145).

⁹² La cui formula edittale, tratta come i seguenti frammenti esplicativi dal libro 68 del commento ulpiano all'Editto, è contenuta in D.43.8.2 pr (*Ulpianus 64 ad Edictum*): *Praetor ait: "Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo"*.

⁹³ D.43.8.2.4-5 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) 4. *Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt. igitur si quis in his aliquid faciat, nequaquam hoc interdictum locum habebit: sed si forte de his sit controversia, praefecti eorum iudices sunt. 5. Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.*

di applicabilità più generale, mi inducono a ritenere che si tratti di luogo di emersione della generale nozione ulpiana di *usus publicus*.

Stante tale rilevata correlazione sul piano astrattamente dogmatico nel pensiero di Ulpiano e Paolo, può pure ipotizzarsi che la nozione di *usus populi* (o *publicus*) si sia storicamente delineata a partire dalla predisposizione di un apparato di rimedi di natura interdittale⁹⁴ a tutela di talune *res*, originariamente indicate col generico *nomen* di *res publicae* e considerate sottratte ai traffici privati in virtù di un generico loro intitolamento alla collettività⁹⁵. Il sistema di interdetti così delineato sarebbe stato poi inquadrato dalla giurisprudenza come *proprium* dogmatico di una sottocategoria di *res publicae*, le *res in usu populi*, opposte alle *res in patrimonio fisci*, appunto in quanto – a differenza di queste ultime – destinatarie di tali rimedi pretori⁹⁶.

⁹⁴ Limpidamente in B. BIONDI, *La struttura romana delle servitutes*, Milano, 1938, p. 563: «L'uso pubblico incomincia a prendere consistenza giuridica quando le *leges*, e poi soprattutto il pretore, accordarono tutela giuridica contro ogni turbativa degli stessi singoli. Oltre l'esercizio di qualche mezzo giuridico generalissimo, come l'*actio iniuriarum*, ed i provvedimenti amministrativi della pubblica autorità, abbiamo tutta una lunga e minuziosa serie di interdetti "*publicae utilitatis causa*" (fr. 2.1 D.43.1) [...] Questi interdetti mirano ad assicurare al singolo l'uso della *res publica* conformemente alla sua destinazione contro ogni invasione e menomazione [...] In tal modo l'uso del singolo sulla cosa pubblica viene attratto nell'orbita del diritto».

⁹⁵ Con riferimento alla originaria mera sottrazione di taluni beni dalla possibilità di essere oggetto di diritto esclusivo di proprietà Wiel usa l'efficace espressione di *negative community* (S. WIEL, *Running water*, *Harvard Law Review*, 3, 22, 1909, pp. 190 ss., spec. pp. 192 ss.). Per un'originale ricostruzione dell'operazione intellettuale di esclusione di taluni beni dall'ambito della commerciabilità Y. THOMAS, *Le valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Science Sociales*, 6, 2002, pp. 1431 ss.

⁹⁶ Il merito di una chiara messa a fuoco di tale progressiva differenziazione interna alla categoria delle *res publicae* nel pensiero giurisprudenziale romano è soprattutto di G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pp. 89 ss. (ma con specifico riferimento all'emersione della categoria delle *res in usu publico* pp. 93 ss.), su cui si sofferma anche G. PUGLIESE, *Res publicae in usu populi e in patrimonio populi nel Corso di Gaetano Scherillo sulle cose*, in *Gaetano Scherillo. Atti del convegno*, Milano, 22-23 ottobre 1992, Milano, 1994, pp. 153 ss.

Oltre che dalla lettura dei frammenti ulpiani a commento dell'interdetto *ne quid in loco publico* (D.43.8.2.4-5), un'ulteriore specifica conferma della stretta connessione tra riconduzione di talune *res* alla categoria di *res in usu publico* ed esigenza di ricostruzione l'ambito applicativo dei rimedi interdittali può desumersi dalla osservazione della collocazione topografica dei frammenti dedicati all'individuazione delle *viae*⁹⁷ e dei *flumina*⁹⁸ pubblici, le uniche due *res in usu publico* cui è dedicato un apparato interdittale *ad hoc*: in entrambi i casi infatti si tratta di brani tratti dal commentario ulpiano alle clausole con cui il pretore prometteva la concessione di interdetti in caso di comportamenti negativamente incidenti su tali beni. Con efficacia è stato di recente notato, con particolare riferimento alla materia fluviale, come «l'esigenza dell'individuazione di un criterio che consentisse di stabilire in quali casi un fiume fosse da considerarsi *publicum* è stata avvertita dalla giurisprudenza romana [...] a partire dalla speculazione relativa, in particolare, all'ambito applicativo degli interdetti trattati in D.43.12-14», per cui «D.43.12.1.4 e D.43.13.1.2 possono attestare l'esigenza, avvertita dai giuristi romani, di una ricostruzione di *flumen publicum* quale presupposto di applicabilità delle misure interdittali di volta in volta considerate»⁹⁹.

Più in generale può osservarsi come la categoria delle *res in usu publico* si sarebbe definita in relazione al campo applicativo di questo

⁹⁷ D.43.8.2.21-23 (*Paulus 64 ad Edictum*) a commento dei cosiddetti interdetti *de viis* (D.43.8.2.20 e 35), su tale classificazione si vedano in generale: M. MORRONE, voce *Strade (diritto romano)*, in *NNDI*, vol. XVIII, Torino, 1971; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle vie*, in *La struttura della proprietà e la formazione degli iura praediorum in età repubblicana*, II, 1976, pp. 1 ss.; A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato*, in *ANRW*, II, 14, 1982, pp. 850 ss.

⁹⁸ D.43.12.1.1-4 (*Ulpianus 68 ad Edictum*), a commento dell'interdetto riportato in D.43.12.1 pr (*Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*).

⁹⁹ N. DE MARCO, *I loci publici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus, gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004, p. 89.

apparato di rimedi interdittali, per cui l'elaborazione dei criteri di individuazione degli elementi qualificabili come *res in usu publico* dipende dal lavoro operato dalla giurisprudenza sulla clausola edittale al fine di definirne il campo applicativo¹⁰⁰.

7. *Usus publicus e individuazione delle res in usu publico*

La notata correlazione tra esigenza di definizione del campo applicativo dei rimedi interdittali predisposti dal pretore e individuazione dei criteri di pubblicità delle *res in usu publico* può aiutare a inquadrare due caratteristiche del sistema giurisprudenziale romano di selezione degli elementi rilevanti ai fini della qualificazione di una *res* come *in usu populi*.

Innanzitutto la connessione tra tutela interdittale e nozione di *usus publicus* può servire a chiarire la particolare natura dei criteri elaborati per individuare tali *res in usu publico* come destinatarie di un particolare apparato di interdetti, criteri che potremmo definire – con

¹⁰⁰ Questa ipotesi ricostruttiva può gettare una luce sul peculiare valore delle categorizzazioni o definizioni romane: la qualificazione come *publicae in usu publico* di talune *res* infatti non è dedotta dall'applicazione di taluni principii sistematici astratti (procedimento analitico-assiomatico), ma dipende dalla razionalizzazione dell'esperienza dei problemi posta dalla prassi applicativa di particolari rimedi. Questa in sostanza è l'opinione di Schulz, nel capitolo 'Astrazione' dei suoi già citati *Prinzipien* (*supra* nt. 79). Sebbene la visione del grande romanista sia stata anche su questo punto rivisitata criticamente (specialmente con riferimento alla negazione di ogni operazione definitoria), il nucleo della ricostruzione della metodologia della giurisprudenza romana mi pare confermata – tra gli altri – dai successivi studi di M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, I, 2, 1962, pp. 47 ss. (traduzione italiana, *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, in *Diritto e storia* [a cura di A. Corbino], Padova, 1995, pp. 149 ss.) e di L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Milano, 1975, pp. 165 ss. (ma si tratta in sostanza di materiale didattico risalente all'a.a. 1967-68).

terminologia che evidentemente richiama il più recente dibattito giuspubblicistico in tema di beni pubblici – oggettivi o funzionali¹⁰¹.

Sebbene le peculiarità di statuto delle *res in usu publico* – la centralità della destinazione al pubblico uso nell’individuazione della categoria – fosse emersa alla dottrina romanistica fino almeno dal XIX secolo, solo con difficoltà essa riuscì a sgombrare il campo da ogni residua considerazione personalisticasoggettivistica nella ricostruzione dei criteri di pubblicità dei beni, che in quanto tali dovevano identificarsi con quelli appartenenti allo Stato romano¹⁰².

Dobbiamo a Vassalli il consapevole riconoscimento della compresenza nell’esperienza romana di due alternativi criteri di individuazione dei beni pubblici: l’affermazione cioè che l’aggettivo pubblico riferito a cose, potesse non solo rimandare a un rapporto soggettivo-domenicale con un ente di natura collettiva, ma pure avere «*un contenuto obiettivo, dato da note di scopo e di regime, più che dalla subiettiva referenza*»¹⁰³. Sebbene la ricostruzione cronologica dell’emergere delle due concezioni, arcaica quella meramente soggettiva e successiva quella oggettivistica sia stata giudicata eccessivamente schematica¹⁰⁴, o addirittura del tutto erronea¹⁰⁵, l’intuizione di fondo del suo lavoro – l’accento sulla eterogeneità dei due criteri, quello della titolarità e quello dell’oggettivo regime di disciplina, come elementi di indivi-

¹⁰¹ Opere fondamentali per comprendere tale mutamento di prospettiva nella dottrina giuspubblicistica italiana rimangono quelle di M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pp. 9 ss. e di S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969.

¹⁰² Lo nota R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, pp. 298-299. Per l’esempio più autorevole di difficoltà a prescindere da una qualche forma di intitolazione allo Stato dei beni di rilevanza pubblicistica si veda P. BONFANTE, *Corso*, cit., p. 68.

¹⁰³ F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in *Studi Senesi*, XXV, 1908 (= in ID., *Studi giuridici II*, Milano, 1960, pp. 3 ss., cui mi riferisco per le citazioni), p. 4.

¹⁰⁴ G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pp. 101 ss.

¹⁰⁵ Ad esempio da R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, cit., pp. 299 ss.

duazione dei beni pubblici – fu sostanzialmente accolta dalla dottrina successiva, non solo romanistica.

Anche in questo caso l'abbandono della prospettiva strettamente soggettivistica su cui molta parte della scienza giuridica ottocentesca era costruita, condusse a valorizzare le testimonianze delle fonti romane in cui emerge come pretore e giurisprudenza giunsero a individuare «una categoria di beni la cui natura pubblica deriva non tanto dal rapporto di pertinenza a enti non privati, quanto dall'uso comune e gratuito consentito ai singoli»¹⁰⁶, ovvero quella delle *res in usu publico*. Il pretore avrebbe dunque predisposto una serie di rimedi attivabili dal singolo cittadino a tutela di diversi interessi relativi a particolari beni e la giurisprudenza, chiamata a collaborare con il magistrato nella chiarificazione della clausola edittale e in particolare dell'ambito applicativo di tali rimedi, selezionò i beni in base alla possibilità che il cittadino potesse, in qualità di utente di essi, essere interessato all'esperimento del rimedio stesso.

La dipendenza della natura oggettiva dei requisiti di pubblicità di taluni beni dalla sottoposizione degli stessi a una disciplina oggettivamente volta a garantirne l'*usus publicus*, risulta secondo me dalla lettura dei frammenti in cui le fonti romane trattano dei criteri di pubblicità di *viae*¹⁰⁷ e – per quello che più ci interessa – dei *fulmina*. I fr. 1-2 di D.43.12.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) infatti limitano l'applicabilità degli interdetti *de fluminibus* ai corsi d'acqua che, per la loro dimensione o per la considerazione sociale, fossero qualificabili come

¹⁰⁶ E. CORTESE, *Demanio (diritto romano)*, Enc. giur., XII, Milano, 1964, p. 73.

¹⁰⁷ Nei sopramenzionati frammenti 2.22-24 del titolo 8 del libro 43 del Digesto Ulpiano pare affiancare e sovrapporre a criteri di pubblicità delle *viae* strettamente soggettivi (legati alla titolarità del suolo, come nel fr. 21: *viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est*) altri criteri oggettivi o funzionali: per un'interpretazione del frammento che valorizzi il collegamento tra esigenza di definizione del campo applicativo del rimedio interdittale e il ricorso a criteri funzionali si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle vie*, cit., p. 22.

flumina (fr. 1)¹⁰⁸ e che in oltre fossero caratterizzati da *perennitas* (frr. 2 e 3)¹⁰⁹; la concorde opinione dei corifei delle due maggiori scuole (Cassio per la sabiniana e Celso per la proculiana) sembra suggerire un'accettazione generalizzata del criterio da parte della giurisprudenza classica, nonostante Ulpiano giudichi questa *sententia* solo *probabilis*. Come si vede nella riflessione di questi giuristi non trova posto alcuna considerazione circa la astratta titolarità del fondo, nel senso che la sottoposizione alla disciplina interdittale riposa esclusivamente su due dati oggettivi, ritenuti indizi della destinazione a pubblico uso del corso d'acqua, della sua idoneità a soddisfare le esigenze della comunità¹¹⁰.

¹⁰⁸ D.43.12.1.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium.*

¹⁰⁹ D.43.12.1.2 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est, quod semper fluat, aenaos, torrens ho xeimarrou: si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse cassius definit, quod perenne sit: haec sententia cassii, quam et celsus probat, videtur esse probabilis.*

¹¹⁰ Lo notavano già Vassalli (secondo cui «*quegli elementi della definizione del fiume che implicavano la attitudine a soddisfare una generale utilità dovettero essere assunti come elementi della definizione del publicum flumen*», in F. VASSALLI, *Premesse, op. cit.*, p. 28) e E. COSTA (che notava come il carattere di pubblicità delle acque si conformasse alle «*esigenze dei servizi sociali ai quali dovevano soddisfare le acque che vi erano rivestite*», in *Le acque e il diritto romano*, Bologna, 1919, p. 57). Più recentemente osservazioni in tal senso in G. ASTUTI, *Acque (storia)*, *Enc. giur.*, I, Milano, 1956, p. 357, poi espressamente affermato da G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 111: «*la perennità è necessaria perché il corso d'acqua sia idoneo all'uso pubblico*» anche perché «*non si richiedeva che si proclamasse la pubblicità di tutte le acque fluenti in un determinato bacino...essendo sufficienti i corsi d'acqua maggiori*»; infine ancora da N. DE MARCO (*I loci publici*, cit., p. 188) secondo cui «*la perennità, quindi, del corso d'acqua quale criterio alla stregua del quale distinguere il flumen publicum dal flumen privatum – e, per tale via, demarcare l'ambito applicativo degli interdetti riservati ai soli fiumi pubblici in quanto perenni – sembra atteggiarsi come il riflesso di una naturale idoneità del corso d'acqua perenne alla continuità, alla stabilità dell'usus che si presta ad essere considerato collettivo, per le dimensioni del flumen o per l'utilitas che questo apporta ai circumcolentes*».

La sopraddeffa dipendenza della definizione dei contorni della categoria delle *res in usu publico* dall'esigenza di delimitare il campo applicativo delle clausole pretorie in tema di interdetti, può spiegare in secondo luogo l'oscillazione delle fonti, dalle quali emerge un quadro di criteri di pubblicità dei beni alquanto variabile e frastagliato: i giuristi infatti, nel determinare la sfera di applicabilità dei singoli rimedi, dovettero avere in mente le peculiarità di regime di ciascuno di essi, dimodoché le classificazioni proposte appaiono seguire logiche differenti, poiché elaborate con riferimento alle diverse caratteristiche dei rimedi di volta in volta in considerati. Il fenomeno è percepibile sia con riferimento alla delimitazione del campo applicativo dell'interdetto *de viis*¹¹¹, sia – ancora una volta – in relazione alla materia fluviale. Ulpiano, passando dalla generale definizione di *flumen publicum* alla concreta determinazione del campo applicativo dell'interdetto *ne quid in flumine publico*, pare infatti introdurre l'ulteriore criterio della navigabilità¹¹². Esso però non contribuisce alla costruzione della generale nozione di *flumen publicum*, perché in questo caso il criterio di selezione dei beni sottoposti alla tutela interdittale dipende da una caratteristica peculiare del rimedio in commento, finalizzato – lo vedremo oltre – a difendere quel particolare *usus publicus* rappresentato dalla possibilità di navigazione. Pertanto, sebbene non esplicitato da Ulpiano nel commento ad esso specificatamente dedicato, si reputa che tale requisito

¹¹¹ D.43.8.2.21, in cui sembrano combinarsi i due criteri quello formalistico dell'appartenenza del suolo su cui l'opera è costruita (*cuius etiam solum publicum est*) e quello funzionale legato all'oggettiva destinazione all'uso pubblico (*ut ea publice iretur commearetur*), la cui relazione reciproca non è ricostruita univocamente da Ulpiano. Sui problemi posti da questo passo Ulpiano si vedano M. MORRONE, voce *Strade (diritto romano)*, cit., p. 471, A. PALMA, *Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato*, cit., pp. 850 ss. e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il sistema romano delle viae*, cit., pp. 1 ss.

¹¹² D.43.12.1.12 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coerces praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet.*

valesse anche per l'altro interdetto a tutela della navigabilità del *flumen*, *ut in flumine publico navigare liceat* (D.43.14)¹¹³. Ciascun rimedio esprime dunque un particolare punto di vista dal quale il pretore considerava la *res* da tutelare, pertanto la costruzione degli ambiti applicativi dei diversi rimedi comportava di volta in volta una ridefinizione degli elementi selettivi rilevanti per accordare la tutela¹¹⁴.

8. *Significato tecnico della nozione di usus publicus: i singoli interdetti relativi ai fiumi*

Dunque abbiamo visto come la correlazione – sul piano storico-dogmatico – tra apparato interdittale e nozione di *usus publicus* (*et per hoc* di *res in usu populi*) possa contribuire a chiarire alcuni caratteri delle fonti romane che tratteggiano i criteri di pubblicità del *flumen*. Ma tale correlazione può servire ad impostare anche un altro problema, quello relativo al tipo di relazioni giuridiche tutelate mediante l'applicazione di tali interdetti, degli interessi protetti dal pretore con la predisposizione di tali interdetti, e così della nozione stessa di *usus publicus*, che abbiamo detto essere il paradigma che, desunto dall'applicazione di tale apparato di interdetti, fu usato come criterio di sotto-classificazione delle *res publicae*.

Il riferimento alla destinazione all'uso da parte della comunità (la rilevanza dell'*usus publicus*) non deve infatti ingannare circa la natura delle pretese tutelate mediante questo nucleo di interdetti, nel

¹¹³ In questo senso M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 185.

¹¹⁴ È di R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 386 l'osservazione per cui l'attività definitoria avrebbe nell'esperienza romana una funzione topico-interpretativa e che «*proprio perché le definizioni dei giuristi romani sono nate più spesso [...] per risolvere casi pratici o comunque in vista di una loro utilizzazione in questo senso, si spiega come esse possano essere state elaborate tenendo conto solo di certi aspetti della cosa definibile [...] e come pertanto esse alle nostre esigenze dogmatiche moderne possano sembrare talvolta incomplete*».

senso di implicare un'omogenea protezione del solo interesse adespota alla generica utilizzabilità del bene da parte della collettività, come invece sostenuto da alcuni (peraltro autorevoli) studiosi¹¹⁵. In questo senso mi pare muoversi l'acuta proposta interpretativa di Di Porto¹¹⁶, seguito anche da Albuquerque¹¹⁷, circa i caratteri dell'apparato di interdetti a tutela delle *res in usu publico*: nel quadro della sua ricostruzione dell'evoluzione (ma sarebbe meglio dire involuzione) della tutela delle *res in usu publico* dal modello diffuso – incentrato sul ruolo del *civis* – al modello pubblicistico e accentrato tipico della burocrazia imperiale, questo autore sottolinea come la funzione originaria del sistema interdittale di tutela delle *res in usu publico* fosse quello di tutelare l'*usus publicus*, inteso come generale utilizzabilità del bene, mentre la prospettiva di tutela dei rapporti individuali su di esse sarebbe una conseguenza della cannibalica estensione delle prerogative delle autorità statali¹¹⁸.

Vedremo invece che attraverso questo armamentario di strumenti privatistici il singolo *civis* non tutela esclusivamente il suo interesse di indole pubblicistica alla generale utilizzabilità della *res*, poiché il pretore mette a disposizione del *civis* anche strumenti processuali

¹¹⁵ Il pregiudizio secondo cui la destinazione al pubblico uso di un bene impedirebbe la contemporanea sussistenza su esso di interessi privati tutelati dall'ordinamento è rinvenibile pure nella più attenta giuspubblicistica, come ad esempio in Pugliatti che, parlando del demanio come previsto nell'art. 425 Cod. Civile 1865, scriveva che «*si tratta di cose naturalmente destinate al soddisfacimento di bisogni pubblici, in rapporto alle quali l'interesse pubblico matura immediatamente e con intensità tale da escludere persino la possibilità della nascita di un interesse privato degno di tutela come tale*» (S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e privato*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 7-8).

¹¹⁶ A. DI PORTO, *Interdetti*, cit., pp. 506 ss.

¹¹⁷ J. M. ALBUQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio publico*, Madrid, 2002, pp. 51 ss.

¹¹⁸ A. DI PORTO, *Interdetti*, cit., p. 518, ove si afferma che «*per i loca in usu publico e per i fimi pubblici e le rive [...] si passerebbe da una tutela dell'uso comune ad una tutela dell'uso differenziato, con il conseguente venir meno della 'popolarità'*».

ideali a tutelare rapporti tra il singolo e la *res* non qualificabili nei termini della generale utilizzabilità del bene in quanto aperto all'uso di chiunque. L'analisi dei profili di legittimazione e di contenuto di tutela dei degli interdetti relativi ai *flumina publica* può fungere da *exemplum* dell'intreccio di interessi di indole pubblicistica e spiccatamente privatistici che l'intervento pretorio in relazione alle *res in usu publico* doveva tenere in considerazione¹¹⁹.

Il primo interdetto relativo ai *flumina* individuato nel titolo 12 del libro 43 è quello tralatiziamente nominato *de fluminibus*¹²⁰, di cui Ulpiano ci tramanda le due formule edittali (l'una proibitoria¹²¹, l'altra restitutoria¹²²) per le quali il successivo commento pare approntare una disciplina identica nei suoi profili essenziali, salvo naturalmente quello del momento di esperibilità¹²³. La fattispecie materiale contro cui si

¹¹⁹ Mi limiterò a indicare alcuni profili essenziali della disciplina degli interdetti relativi ai fiumi, in particolare quelli utili a delineare gli interessi con questi tutelati: per una trattazione esegeticamente più approfondita rimando fin d'ora ai lavori essenziali di A. UBELOHDE, *Commentario alle Pandette. Libri XLIII-XLIV*, Parte III-IV, Milano, 1905, pp. 603 ss., nonché ai già citati BRANCA, SCHERILLO e recentemente FIORENTINI, cui nel testo si rinvierà con riferimento a specifici aspetti. Per la collocazione palinogenetica di questi interdetti si veda O. LENEL, *Das edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927 (= rist. Aalen, 1985), §§ 241-243.

¹²⁰ A. UBELOHDE, *Commentario*, cit., pp. 603 ss.; G. BRANCA, *Le res extra patrimonio*, cit., pp. 162 ss.; G. ASTUTI, *Acque (storia)*, cit., p. 368; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pp. 127 ss. e p. 160; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pp. 163 ss.

¹²¹ D.43.12.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) pr. *Ait praetor: Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat.*

¹²² D.43.12.1.19 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Deinde ait praetor: Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripamve eius immisum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas.* Sulla distinzione tra interdetti proibitori e restitutori, per tutti L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pp. 905 ss.

¹²³ Differenza peraltro non del tutto priva di conseguenze sul piano del regime approntato, in particolare in punto di legittimazione passiva: poiché l'esperimento del restitutorio può avvenire anche a distanza di tempo dalla condotta dannosa, opportunamente la giurisprudenza in questo caso chiama a rispondere *non eum, qui fecit vel immisit, sed qui factum immisum habet*, ovvero – come si evince dal successivo esempio di Labeone, il soggetto giuridicamente responsabile della cosa al momento

rivolge l'intervento pretorio consiste in qualunque *facere* o *immittere*¹²⁴ sul fiume o le sue rive da cui possa derivare un peggioramento delle condizioni di navigabilità del fiume stesso, intesa sia come possibilità di transito che di sosta¹²⁵ per ogni tipo di imbarcazione¹²⁶. Il pretore intendeva reprimere condotte che, incidendo sulla stessa conformazione fisica del fiume potessero nuocere alla sua navigabilità: da tale *ratio* di tutela la giurisprudenza, come abbiamo detto sopra, desume la limitazione della sua applicabilità ai soli fiumi navigabili.

Tale lettura dello scopo di tutela perseguito dal pretore mediante la predisposizione di questo rimedio è confermata dal successivo frammento 15, in cui Ulpiano commentando i *verba edicti quo statio iterve navigio deterior sit fiat*, chiarisce l'estensione delle situazioni che legittimavano la concessione in via diretta dell'interdetto: derivazioni d'acqua, interventi sull'alveo del fiume, o qualunque altra opera che *navigationem incommodet difficilioremve faciat vel prorsus impediatur*. Occorre rimarcare come tutte le condotte riportate da Ulpiano assumano rilevanza ai fini dell'esperibilità dell'interdetto in parola solo nella misura in cui si traducano in un peggioramento dell'*usus* del fiume sotto lo specifico profilo della sua navigabilità.

Che questa particolare declinazione dell'utilizzabilità del fiume fosse individuata come la *ratio* di tutela del rimedio, e pertanto assunta come *focus* interpretativo dalla giurisprudenza, risulta ulteriormente confermato dall'ipotesi prevista nel frammento 14: qui Ulpiano ritiene concedibile l'interdetto anche nell'ipotesi in cui l'*opus* (probabilmente *in ripam*) concretasse un ostacolo alla navigazione in quanto impedi-

dell'istanza (D.43.12.1.22). Una regola analoga è prevista per l'interdetto restitutorio *de viis* (D.43.8.2.37).

¹²⁴ Per una possibile canonizzazione del significato di quest'endiadi, si veda L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di un'ideologia*, Napoli, 1971, p. 39.

¹²⁵ Come specificato in sede di commento del lemma *statio iterve* nel successivo fr. 13.

¹²⁶ L'interpretazione estensiva del termine *navigio*, inclusiva anche delle zattere (*rates*), è proposta da Ulpiano nel fr. 14.

mento al *pedestre iter*, ovvero al transito di uomini e bestie necessari al trascinarsi della nave. Da tale previsione, con cui si tutela una fattispecie strumentale alla navigazione fluviale, si desume a contrario come proprio la possibilità di utilizzare il *flumen* come mezzo di comunicazione fosse considerata il baricentro del rimedio.

Tale rimedio dunque non era genericamente finalizzato alla tutela della natura pubblica del fiume, della perennità del suo corso, come pure ipotizzato in dottrina¹²⁷. Il *deterior usus* rilevante ai fini della concessione del rimedio – come si evince dalla delimitazione ulpiana delle fattispecie dannose sanzionabili – è solo quello che si concretizza nel peggioramento della navigabilità, intesa come particolare estrinsecazione della generale utilizzabilità del fiume.

Al rimedio peraltro deve essere stata riconosciuta nella prassi applicativa una certa capacità espansiva. In particolare dalla lettura del commento ulpiano si trae l'impressione che Labeone¹²⁸ abbia avuto un ruolo notevole nel definire in senso espansivo il campo applicativo dell'interdetto¹²⁹: Ulpiano infatti riporta la proposta, attribuita a questo giurista¹³⁰, di estendere in via utile l'applicazione di tale interdetto anche al caso analogo in cui l'*opus* o il *facere* insistesse su fiumi non

¹²⁷ E. LOZANO Y CORBI, *La legitimacion popular en el derecho romano clasico*, Barcelona, 1992, p. 190.

¹²⁸ Per una peculiare valorizzazione del ruolo di questo giurista in tema di interdetti *de locis publicis* si legga A. DI PORTO, *Salubritas. Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, pp. 99 ss.

¹²⁹ In particolare sulla proposta di Labeone di estendere l'applicabilità dell'interdetto anche alle costruzioni in mare (D.43.12.1.17) avremo modo di ritornare *infra* in conclusione del lavoro.

¹³⁰ D.43.12.1.12 ...*Sed Labeo scribit non esse iniquum etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere “ne vis ei fiat, quo minus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter cursus fluminis deterior sit fiat, tollere demoliri purgare restituere viri boni arbitrato possit”* e confermato da 17-18.

navigabili, causandone l'inaridimento¹³¹: in questo caso l'attività di autotutela del soggetto che avesse intrapreso la rimozione di quegli ostacoli, sarebbe dovuta essere tutelata con l'applicazione utile dell'interdetto *de fluminibus*. La proposta di estensione analogica del campo applicativo dell'interdetto riposa sulla valorizzazione dell'elemento della sottrazione idonea a impoverire il fiume pregiudicandone la generale utilizzabilità, quand'anche esso non fosse navigabile¹³².

Da queste precisazioni possiamo trarre alcune considerazioni sulla natura dell'interesse tutelato da questa coppia di interdetti: si tratterebbe di un rimedio preposto alla conservazione delle condizioni morfologiche del fiume navigabile, al fine di garantire la possibilità a tutti i consociati di godere di esso come mezzo di comunicazione. Si tratta quindi in questo caso di un interesse non individualizzabile al mantenimento delle condizioni oggettive di navigabilità del fiume: da questo carattere marcatamente pubblicistico, la dottrina desume – pur nel silenzio delle fonti sul punto¹³³ – un regime popolare di legittimazione attiva, per cui l'attivazione del rimedio sarebbe demandata al *quavis ex populo* senza alcuna limitazione a portatori di interessi specifici sul bene.

Si tratta ulteriormente di un interesse della comunità in quanto tale interessata al mantenimento dell'utilizzabilità delle proprie vie di comunicazione, che pertanto i giuristi reputano prevalente nel caso di bilanciamento con altri interessi di indole individuale. Nel successivo

¹³¹ Sui rapporti con D.43.13.1 cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 222; J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa del uso colectivo*, cit., pp. 217 ss.; A. DI PORTO, *Salubritas*, cit., pp. 103 ss.

¹³² Differente la proposta interpretativa di A. UBBELOHDE, *Commento*, cit., p. 605, secondo cui Labeone in questo caso avrebbe semplicemente esteso l'applicabilità dell'interdetto all'ipotesi di opere che, sebbene realizzate su un fiume non navigabile, potessero indirettamente recar danno alla navigazione sul fiume in cui sboccano.

¹³³ Unico elemento potrebbe essere l'assenza nella clausola edittale di qualunque riferimento idoneo a personalizzare, individualizzare la pretesa.

fr. 16¹³⁴ Ulpiano discute, riportando la sentenza di Labeone, la possibilità di paralizzare la concessione dell'interdetto in parola nel caso in cui il legittimato passivo si difenda assumendo che l'*opus* concretasse un intervento di manutenzione delle *ripae*. Si tratta di un'ipotesi di (potenziale) concorrenza tra interdetti, giacché la *tutitio* delle *ripae* era tutelata dal pretore con la concessione di un diverso interdetto, il *de ripa munienda* (D.43.15), sulla base della considerazione che *ripas fluminum publicorum reficere munire utilissimum est* (D.43.15.1)¹³⁵. Epperò nella prospettiva di Ulpiano (autore di entrambi i commenti) l'interesse al mantenimento delle condizioni di navigabilità del fiume, toccando la generalità dei consociati, era destinato a prevalere su quello ad evitare esondazioni dello stesso, interesse quest'ultimo che benché indirettamente riferibile alla collettività poteva essere considerato particolarmente concentrato sui proprietari dei fondi rivieraschi; pertanto la tutela dell'attività di *refectio* delle *ripae* trovava un limite proprio nell'ipotesi in cui l'*opus* potesse comportare un pregiudizio alla navigazione, come si evince dai paralleli frammenti relativi all'applicabilità dell'interdetto rivolto contro le turbative alla *tutitio* delle rive fluviali¹³⁶, ritenuta meritevole di tutela purché *ne ob id navigatio deterior fiat*.

Dalla lettura congiunta dei due frammenti si ricava l'impressione che dovessero essere ben presenti, tanto al pretore quanto alla giurisprudenza, i possibili conflitti tra interessi superindividuali che

¹³⁴ D.43.12.1.16 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Labeo scribit non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur: "aut nisi ripae tuendae causa factum sit", sed ita excipiendum ait: "extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit"*.

¹³⁵ Sulla complementarietà di «iniziativa pubblica e privata nella *munitio* delle rive» si veda M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pp. 217 ss.

¹³⁶ D.43.15.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *pr Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere ripae agrive qui circa ripam est tuendi causa liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem viri boni arbitrato vel cautum vel satisdatum est aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitrato caveatur vel satisdetur, vim fieri veto*». Ribadito espressamente in D.43.15.1.2 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Merito adicit "dum ne ob id navigatio deterior fiat": illa enim sola reffectio toleranda est, quae navigio non est impedimento*.

possono sorgere con riferimento a beni pubblici e che coscientemente fosse accordata prevalenza a quello riconducibile alla più generale utilizzabilità da parte della comunità: non a caso Labeone ammette la prevalenza dell'interesse alla *refectio riparum*, e quindi la possibilità di paralizzare la concessione dell'interdetto *ne quid in flumine publico fiat* nonostante l'opera compromettesse la navigabilità del corso d'acqua, nel diverso caso in cui l'intervento sulle *ripae* fosse stato autorizzato da un atto normativo generale (D.43.12.1.16: *extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit*).

Un secondo interdetto¹³⁷, riportato nel successivo titolo 13 del medesimo libro 43 del Digesto (composto interamente da frammenti tratti dal commento ulpiano all'Editto) si rivolgeva invece – anch'esso nelle due forme proibitoria¹³⁸ e restitutoria¹³⁹ – contro ogni fatto da cui potesse derivare un peggioramento o comunque un'alterazione del normale¹⁴⁰ corso delle acque, come si evince dai *verba edicti* che sanzionano qualunque *facere* o *immittere in flumine publico inve ripa eius, quo aliter aqua fluat, quam prior aestate fluxit*. Tale rilievo richiede alcune precisazioni.

¹³⁷ G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., pp. 177 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pp. 155 ss.; G. ASTUTI, *Acque*, cit., 368; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pp. 187 ss.; J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion*, cit., p. 291.

¹³⁸ D.43.13.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) pr. *Ait praetor: "In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto"*.

¹³⁹ D.43.13.1.11 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Deinde ait praetor: "Quod in flumine publico ripave eius factum sive quid in flumen ripamve eius immissum habes, si ob id aliter aqua fluit atque uti priore aestate fluxit, restituas"*.

¹⁴⁰ Normalità valutata paragonando il flusso con quello dell'estate precedente: è lo stesso Ulpiano (D.43.13.1.8) a riconoscere l'opportunità di valutare la rilevanza delle modifiche subite dal corso d'acqua prendendo come metro di paragone la stagione delle secche, in cui i fiumi hanno una portata più costante, piuttosto che quella invernale in cui il corso del fiume naturalmente varia in base alle piene. Sul punto già A. UBBELOHDE, *Commento*, cit., p. 618.

Evidentemente si tratta di una previsione che non ha ad oggetto la tutela della navigabilità¹⁴¹, sanzionandosi genericamente comportamenti idonei a mutare l’assetto idrografico del fiume: pertanto Ulpiano, coerentemente modulando i criteri di individuazione dell’ambito applicativo dei diversi rimedi, afferma riferirsi tale rimedio genericamente *ad flumina publica, sive navigabilia sunt sive non sunt* (D.43.13.1.2).

D’altra parte la fattispecie materiale rilevante per la concessione dell’interdetto – come specificata da Ulpiano in sede di commento ai *verba edicti* «*Quo aliter aqua fluat*» (frammento 3) – non ha riguardo di per sé alla variazione della *quantitas* d’acqua (la portata del fiume, rilevante semmai ai fini della navigabilità), quanto piuttosto al *modus et rigor*¹⁴² del *cursus aquae*, ovvero esattamente alla conformazione idromorfologica del bacino fluviale. Il medesimo frammento ulpiano indica però un ulteriore requisito per l’attivazione del rimedio pretorio, non previsto nel formula edittale: non ogni comportamento incidente sull’assetto idrografico sarebbe infatti sanzionato da questo interdetto, ma solo quelli potenzialmente idonei a cagionare un *incommodum* per i vicini, i proprietari dei fondi rivieraschi¹⁴³. Da quanto risulta dal commento ulpiano, che rappresenta come detto l’unica nostra fonte su questo interdetto, il rimedio non sarebbe dunque funzionalizzato *sic et simpliciter* al mantenimento dello *status* del bacino fluviale, quanto piuttosto alla tutela delle *utilitates privatae* godute dai proprietari rivie-

¹⁴¹ Lo afferma decisamente, da ultimo, A. DI PORTO, *Salubritas*, cit., p. 101, secondo cui «*quel che è certo è, in negativo, che il pretore, nell’introdurre tale interdetto – e pure il corrispondente restitutorio – non ha tenuto di mira l’interesse alla navigazione*».

¹⁴² Per un’analisi lemmatica dei *verba cursus e modus* si veda M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pp. 188-192.

¹⁴³ Sul significato di *accolentes* si veda tra gli altri A. PALMA, *Iura vicinitatis: solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell’età classica*, Torino, 1988, p. 120.

raschi in virtù di quella particolare conformazione del bacino idrografico stesso¹⁴⁴.

Questa ricostruzione della fattispecie sanzionata, e così della *ratio* di tutela dell'interdetto, rende però di difficile lettura alcuni punti del commento ulpiano, che paiono effettivamente distonici rispetto al quadro fin qui delineato. Innanzitutto il frammento 1, in cui Ulpiano secondo un suo canone ricorrente esplicita le ragioni dell'intervento pretorio, risulta paradossale, incoerente:

D.43.13.1.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina exarescant¹⁴⁵ vel mutatus alveus vicinis iniuriam aliquam adferat.*

Mentre la seconda parte del frammento appare perfettamente in sintonia con la lettura qui proposta, riferendo lo scopo dell'interdetto proprio alla repressione di quei mutamenti della conformazione dell'alveo potenzialmente produttive di danni, la prima parte (*derivationibus...exarescant*) – da cui peraltro parte della dottrina aveva dedotto la vigenza in diritto classico di un regime di concessioni – pare indicare una finalità dell'intervento pretorio incoerente con la ricostruzione della fattispecie sopra tratteggiata: nella mera sottrazione d'acqua manca sia l'elemento della turbativa di *commoda* altrui, sia l'incidenza sul *rigor* o *modus* del *flumen*, trattandosi di una mera variazione della *quantitas aquae* di per sé non legata a un mutamento idrografico.

¹⁴⁴ Così già G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 186 (ove l'autore propone un parallelismo con l'interdetto *ne quid in loco publico* (D.43.8.2 pr), che non si applica ai fiumi) poi ripreso da SCHERILLO (*Lezioni*, cit., p. 128) e LABRUNA (*Vim fieri veto*, cit., p. 54).

¹⁴⁵ Pacifico quantomeno l'accoglimento della lezione della Vulgata (*exarescant*), che ridà coerenza alla frase: a seguire il testo della Fiorentina risulterebbe che il fine giurista Ulpiano (per chi ritiene il passo genuino) o i compilatori bizantini tanto spesso tacciati di *subtilitates* (per chi lo ritiene interpolato) potessero aver affermato che una derivazione d'acqua può 'accrescere' il fiume. Cfr. *Corpus Iuris Civilis. Digesta*, ed. KRÜGER-MOMMSEN, I, Berlin, 1895, p. 687 nota 14.

Il frammento peraltro è ritenuto interpolato da quegli Autori che si muovono nella prospettiva – differente da quella qui adottata – della dimostrazione della libertà di derivazione dai fiumi pubblici: mentre Grosso reputa interpolato tutto il frammento¹⁴⁶, Branca¹⁴⁷ limiterebbe l'intervento compilatorio alla frase *derivationibus...exarescant*. Fiorentini lo reputa genuino giustificando l'assenza della menzione di *incommodum* con una specie di presunzione di dannosità, e il secondo punto con un ragionamento¹⁴⁸ tanto sottile quanto difficilmente accoglibile a spiegare un frammento ottativo come quello in cui si esplicita la *ratio* dell'intervento del pretore: vale semmai ad accogliere con il giusto scetticismo la posizione tradizionale.

In secondo luogo la dottrina ha ritenuto incoerente con l'affermata tutela dei *commoda* goduti dai rivieraschi l'affermazione – nel frammento 9 – della popolarità dell'interdetto, ovvero della legittimazione aperta al *quivis e populo*. In effetti è opinione comune nella dottrina romanistica che la diffusività della legittimazione attiva di un rimedio debba considerarsi un indizio della natura pubblicistica, ultraindividuale, dell'interesse con esso tutelato¹⁴⁹; da questo punto di vista, di fronte a un rimedio *popularis* eppure attivabile solo in presenza di un *incommodum* individuale la dottrina si è mossa in due direzioni.

¹⁴⁶ G. GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici nel diritto romano (A proposito di uno studio di Emilio Albertario)*, in *Atti della Reale Accademia delle scienze di Torino*, LXVI, 1931, 369 ss., spec. p. 384 opinione ribadita dallo stesso autore in *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., p. 54.

¹⁴⁷ G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., pp. 181 ss.; posizione analoga in G. LONGO, *Sull'uso delle acque pubbliche in diritto romano*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1933 (= ID., *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pp. 149 ss., da cui cito) p. 157.

¹⁴⁸ M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 194.

¹⁴⁹ Per una storia delle teorie sulla popolarità si legga la ricostruzione (sebbene oramai risalente) in F. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, I, 1955, pp. 131 ss.

Si può innanzitutto ritenere (con Branca e Scherillo)¹⁵⁰ interpolato il frammento 9 in cui Upiano afferma la popolarità dell'interdetto e così restringere il suo regime di legittimazione al soggetto privato dei suoi *commoda*. Al contrario invece è possibile valorizzare l'assenza del requisito degli *incommoda accolentium* tra i *verba edicti*, negando dunque che esso rappresentasse una condizione per la concessione dell'interdetto, e ricondurre così il rimedio a una funzione pienamente pubblicistica che ne giustifichi la popolarità¹⁵¹. Entrambi questi tentativi di ristabilire la simmetria tra regime di legittimazione attiva e (presunta) natura dell'interesse tutelato richiedono peraltro una manipolazione dei testi. Un diverso approccio, pienamente conservativo dei frammenti del commento ulpiano riportati, è stato recentemente assunto da Fiorentini: secondo questo autore la legittimazione del *quavis de populo* in questo caso «*potrebbe venir ammessa come conseguenza della natura pubblica del bene*»¹⁵², giacché l'interesse generale alla tutela del bene pubblico – da cui discende la legittimazione diffusa del rimedio – non viene automaticamente escluso dalla considerazione di un interesse particolare come elemento della fattispecie. Il tentativo non mi pare riuscito: in particolare non mi sembra che possa riconoscersi a questo interdetto, oltre alla *ratio* di tutela dei *commoda accolentium*, un'ulteriore finalità di tutela nettamente pubblicistica: non sembra infatti che l'interesse al mero mantenimento dello *status* del bacino idrografico, in nessun modo finalisticamente orientato alla prevenzione del deterioramento dell'utilizzabilità dello stesso, sia stato preso in considerazione dai giuristi romani come motivo di predisposizione di un rimedio a legittimazione popolare: si pensi, per fare un esempio tratto dalla materia fluviale, all'interdetto *de fluminibus*, di cui abbiamo

¹⁵⁰ G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 186; G. SCHERILLO non lo sostiene espressamente, ma è evidente che lo ritiene interpolato come si desume in *Lezioni*, cit., p. 133.

¹⁵¹ J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa del uso colectivo*, cit., p. 293.

¹⁵² M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 197.

accettato la popolarità perché finalizzato alla difesa dell’interesse non già alla mera conservazione dell’alveo da ogni *facere* o *immittere*, ma a quelle opere da cui potesse derivare un pregiudizio all’utilizzabilità del fiume come mezzo di comunicazione.

Più in generale credo si possa avanzare un ulteriore dubbio circa la sottoposizione del rimedio in esame a un regime di legittimazione diffusa, non fondato sulla presunta incongruenza in via di principio tra la considerazione degli *incommoda incolementium* come elemento qualificante la fattispecie materiale e la pretesa pubblicità di ogni interesse tutelato mediante rimedi popolari, ma piuttosto su un profilo di disciplina: il successivo frammento 10 infatti, che afferma la trasmissibilità sul lato passivo di tale interdetto, appare in contrasto con quella che è considerata dalla dottrina la ‘disciplina generale’ dei rimedi popolari, contenuta in D.47.23: qui infatti lo stesso Ulpiano sostiene che *omnes populares actiones neque in heredes dantur* (D.47.23.8). Anche questa osservazione peraltro non credo sia decisiva, ove si tenga presente che l’intrasmissibilità dal lato passivo è profilo di disciplina che le *actiones populares* derivano dal loro carattere penale, e che dunque non necessariamente dovrebbe estendersi ai rimedi di natura interdittale: la precisazione ulpiana anzi potrebbe suonare come la necessità di precisare l’esclusione di questo profilo di disciplina, e dunque come implicita conferma del carattere popolare del rimedio¹⁵³. Lo scetticismo dunque rimane l’unica soluzione.

¹⁵³ Inoltre si potrebbe osservare, con A. UBBELOHDE (*Commento*, cit., p. 621), che il riferimento alla trasmissione sul lato passivo di un rimedio proibitorio non ha molto senso: occorrerebbe quantomeno riferirlo al restitutorio, immaginando uno spostamento di mano giustiniana. Si potrebbe ulteriormente respingere l’argomento tratto dal raffronto tra disciplina del singolo interdetto e il dettato del titolo 23 del XLVII del Digesto negando la possibilità di ricondurre gli interdetti popolari entro una ipotetica nozione generale di *actio popularis*: su questo punto alcune osservazioni in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., p. 907.

L'indole individuale dell'interesse tutelato pare inoltre confermata dalla possibilità, testimoniata dai frammenti 6 e 7¹⁵⁴, che i *commoda accolentium* potessero essere compressi dall'*utilitas* del soggetto che intendesse compiere l'opera¹⁵⁵. Il frammento 6 riporta un'ipotesi analoga a quella già vista in D.43.12.1.16: anche qui è infatti discussa la possibilità di opporre all'interdicente l'eccezione fondata su *ripa munienda*, ma la soluzione è opposta. Ulpiano infatti riporta le opinioni dei giuristi con tono dubitativo (*sunt qui putent... sed nec hoc quibusdam placet*) e la chiusa del frammento, pur favorevole alla concessione dell'*exceptio*, rinvia in sostanza al prudente apprezzamento dell'*utilitas* nel caso concreto da parte del pretore in sede di *causae cognitio*. Dunque questo rimedio – a differenza del già analizzato *de fluminibus* (D.43.12) – cede di fronte all'esigenza di mantenimento della funzionalità delle *ripae*, a conferma che l'interesse con esso protetto non è considerato di portata altrettanto generale, e dunque idoneo a cedere di fronte all'interesse – pur concentrato in capo ai proprietari rivieraschi – tutelato mediante il *de ripa munienda*. Il frammento 7 pare introdurre una diversa ipotesi, come sembrerebbe doversi desumere dalla particella avversativa (*sed*) con cui si apre il brano: si può concordare col Fiorentini che in questo caso Ulpiano discutesse dell'applicabilità dell'interdetto contro un'opera non genericamente finalizzata al rafforzamento degli argini, ma specificatamente rivolta alla protezione del fondo circoscrivendo dall'impetuosità del fiume¹⁵⁶: in questo caso, essendo l'opera compiuta al solo fine di proteggere il proprio fondo e non al

¹⁵⁴ G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 179; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pp. 198 ss.; G. LONGO, *Utilitas publica*, in *Labeo*, 18, 1972, p. 47 e in *Il regime delle concessioni e le derivazioni di acque pubbliche nel diritto romano classico e giustiniano*, in *Annali dell'Università di Macerata*, XXIII, 1959, pp. 52 ss. (= in ID., *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pp. 179 ss., specialmente p. 298).

¹⁵⁵ Già appuntava il differente risultato del bilanciamento dei contrapposti interessi con riferimento al *ne quid in flumine* (D.43.12.1.16) e il *quo aliter aqua fluat* (D.43.13.1.6-7) UBBELOHDE, *Commentario*, cit., p. 615.

¹⁵⁶ M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 201.

generico rafforzamento degli argini, in cui può scorgersi una seppur indiretta rilevanza per l’interesse della comunità, sembra dover prevalere in sede di bilanciamento la considerazione dei *commoda* tratti dagli *accolentes* dall’attuale situazione idrografica. L’opera di protezione che venga realizzata *cum iniuria utique accolarum* può pertanto essere sanzionata con l’attivazione del rimedio interdittale.

Infine l’ultimo rimedio interdittale espressamente espressamente riferito ai *flumina* è quello fatto oggetto del commento ulpiano riportato nel titolo 14 del libro 43 del Digesto (*ut in flumine publico navigare liceat*)¹⁵⁷, che doveva tutelare la possibilità di *in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare*¹⁵⁸. Anche questo interdetto pare dunque essere genericamente rivolto alla tutela della possibilità di navigare il fiume, di utilizzarlo come via di comunicazione¹⁵⁹, sebbene i pochi frammenti di commento ai *verba edicti* non consentano di proporre una compiuta ricostruzione della disciplina di questo interdetto, potendo al massimo suggerire qualche osservazione in via congetturale: un’analisi lemmatica e sintattica della clausola edittale consente di avanzare qualche ipotesi su alcuni profili del regime di questo rimedio.

Innanzitutto la costruzione verbo *impediendi* seguito da proposizione completiva (introdotta da *quominus*) secondo alcuni autori¹⁶⁰ sarebbe incompatibile con un rimedio di tipo restitutorio e denuncierebbe pertanto la natura esclusivamente proibitoria dell’interdetto in que-

¹⁵⁷ A. UBBELOHDE, cit., pp. 625 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 156; M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., pp. 182 ss.; J. M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa*, cit., pp. 301 ss.

¹⁵⁸ D.43.14.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) pr. *Praetor ait: Quo minus illi in flumine publico navem ratem agere quove minus per ripam onerare exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam.*

¹⁵⁹ D.43.14.1.1 *Hoc interdicto prospicitur, ne quis flumine publico navigare prohibeatur...*

¹⁶⁰ L. LABRUNA, *Vim fieri veto*, cit., p. 12 e A. UBBELOHDE, *Commentario*, cit., p. 427.

stione. In secondo luogo la presenza del pronome personale *illi* potrebbe indicare che la fattispecie sanzionatoria si dovesse rivolgere contro condotte direttamente incidenti nella sfera personale, individuale, e in quanto tali idonee a precludere al soggetto la possibilità di utilizzare il fiume, e così potrebbe chiarire due importanti profili di disciplina. In primo luogo tale osservazione fornirebbe un argomento contro la popolarità del regime di legittimazione dell'interdetto in parola, talvolta affermata in dottrina sulla base – anche qui – della considerazione della pubblicità dell'interesse tutelato¹⁶¹: l'espreso riferimento nella clausola edittale al soggetto impedito nell'utilizzo del fiume confermerebbe invece come il rimedio non fosse attivabile dal *quivis de populo*, ma solamente dalla vittima dell'atto di turbativa¹⁶². Inoltre il carattere personale della tutela approntata segna la differenza rispetto all'altro interdetto predisposto alla difesa della navigabilità dei fiumi, il *de fluminibus* (D.43.12): mentre in quel caso la reazione pretoria era rivolta contro condotte che impedivano la navigazione incidendo sulla conformazione fisica stessa del fiume, qui l'intervento del magistrato non si rivolge contro atti oggettivamente volti a modificare lo stato della *res*, quanto piuttosto contro tutte le condotte potenzialmente idonee a interporci tra l'individuo e l'utilizzo del fiume come mezzo di comunicazione (a impedire a singoli individui l'esercizio del loro diritto di utilizzo del fiume) toccando la sfera personale del soggetto¹⁶³.

Tale astrazione della tutela pretoria della navigabilità (dalla conservazione dello stato fisico del bene all'attacco alla sfera personale del soggetto come evento senza condotte tipizzate) non deve essere

¹⁶¹ J.M. ALBURQUERQUE, *La proteccion o defensa*, cit., p. 303; A. DI PORTO, *Interdetti*, cit., p. 511.

¹⁶² Così esplicitamente M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 187, ma già implicito nell'inquadramento di G. BRANCA, *Le res extra patrimonium humani iuris*, cit., p. 159 e G. SCHERILLO *Lezioni*, cit., p. 156.

¹⁶³ La stessa duplicità di prospettiva è riscontrabile nella tutela delle *viae publicae*: è lo stesso Ulpiano in D.43.14.1.1 a suggerire l'analogia con l'interdetto '*Quo minus illi via publica itinere publico ire agere liceat, vim fieri veto*' riportato in D.43.8.2.45.

stato senza conseguenze sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale del rimedio, che probabilmente conobbe un'applicazione estensiva: non solo in punto di referente oggettivo della tutela, come testimoniato dall'estensione nei *verba edicti* dell'applicabilità del rimedio a specchi d'acqua minori come laghi e stagni (*item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdica*m); ancora più significativa appare infatti l'applicazione in via utile dell'interdetto contro condotte idonee ad impedire forme di utilizzo del fiume diverse dalla navigazione. Nel frammento 7 Ulpiano riporta l'opinione di Sabino, approvata da Labeone, secondo cui doveva ammettersi l'applicazione in via utile di tale interdetto nel caso di impedimento ad esercitare il diritto di pesca fondato su un particolare titolo concessorio. Nei due successivi frammenti Ulpiano addirittura discute la possibilità di estendere la tutela accordata mediante tale interdetto all'ipotesi in cui ad un soggetto fosse impedito di raggiungere il fiume per far abbeverare il proprio gregge: nel frammento 9 il giurista severiano dichiara 'competere' l'interdetto nel caso di impedimento nell'*adpulsus pecoris*, quasi che l'*iter* fino al fiume costituisse un *adminicula* rispetto al diritto (di natura pubblicistica) di attingere acqua dal fiume¹⁶⁴. Peraltro anche in questo caso occorrerebbe bilanciare il diritto al libero utilizzo del fiume da parte dei consociati con altri interessi rilevanti: così Mela nel frammento 8

¹⁶⁴ L'analogia con l'affermazione di Nerazio in D.8.3.3.3 e quella di Paolo in D.39.3.17.4 è suggerita da G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 126. Esplicitamente G. GROSSO, *Le servitù prediali*, pp. 163-164, dove trattando della determinazione di elementi strumentali rispetto al contenuto della servitù scrive: «Vediamo p. es l'*iter ad aquam per le servitù di aquae haustus*. [...] Nerazio in Ulp D.8.3.3.3 lo dice implicito nella costituzione di *ius hauriendi*; egli qui afferma però anche la reciproca, che cioè se si costituisce il *ius ad eundi ad fontem* si intende come tale che comprende l'*haustus* [...]; se (invece) si tratta di un fiume pubblico, occorre e basta stabilire la servitù di *iter ad flumen*, in quanto l'*haustus* rientra nell'uso pubblico del fiume, e quindi una pure e semplice costituzione di servitù di *haustus ex flumine* non produrrebbe nessuna efficacia».

esclude che la tutela del diritto di abbeverare il bestiame possa legittimare il livellamento del suolo per facilitare l'accesso del gregge¹⁶⁵.

Si tratta però di interpretazioni estensive della giurisprudenza, ch  le fonti non ci testimoniano alcun rimedio espressamente predisposto per la tutela della generica utilizzabilit  dei fiumi da parte dei consociati: quantomeno non l'interdetto *de fluminibus*, che come visto sopra prende in considerazione l'utilizzabilit  del *flumen* da parte dei consociati dal peculiare punto di vista della possibilit  di navigazione su esso; si potrebbe invece ipotizzare, sulla base della lettura di D.47.10.13.7 e D.43.8.2.9, che la giurisprudenza romana fosse giunta a individuare nell'*actio iniuriarum* uno strumento idoneo a reprimere condotte idonee a impedire l'utilizzo da parte del singolo della *res in usu publico*¹⁶⁶.

La considerazione del regime degli interdetti appena analizzati consente di proporre qualche riflessione di sintesi sui caratteri della tutela pretoria dell'*usus publicus* dei *fulmina*, e di riannodare il discorso ad alcune tematiche di attualit . Innanzitutto le caratteristiche stesse degli strumenti prescelti dal pretore per la tutela di tali beni destinati all'utilizzo della collettivit  suggeriscono alcune notazioni: da un lato infatti la natura interdittale dei rimedi comporta una relativa agilit  del procedimento e soprattutto una certa discrezionalit  del pretore nel valutare gli opposti (e spesso intrecciati, come visto) interessi in sede di *causae cognitio*¹⁶⁷; dall'altro la prevalenza di strumenti proibitori comporta la possibilit  di una reazione *ex ante* dell'ordinamento a

¹⁶⁵ La tutela dell'assetto del territorio, specialmente degli argini, costituiva evidentemente un controinteresse prevalente sulla facilit  di accesso al fiume. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari*, cit., p. 186.

¹⁶⁶ Cos  G. GROSSO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 62; G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 117 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., pp. 149-150.

¹⁶⁷ Sul problema della *causae cognitio* del pretore, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., pp. 911 ss., ma spec. A. BISCARDI, *La tutela interdittale e il relativo processo*, Milano, 1960, pp. 28 ss. (= versione *on line* a cura di *Led. Rivista di diritto romano*, url <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano02biscardi.pdf>).

fronte di comportamenti lesivi di beni destinati al pubblico uso, e dunque una tutela sostanzialmente inibitoria particolarmente utile in questi casi ove il perfezionamento della condotta può avere conseguenze irrimediabili sul bene protetto¹⁶⁸.

È però soprattutto l'analisi delle fattispecie materiali sanzionate a restituire l'immagine dell'eterogeneità degli interessi relativi all'accesso al bene acqua contemporaneamente considerati dal pretore nell'apprestare la tutela interdittale: accanto alla tutela strettamente pubblicistica della navigabilità, perseguita attraverso la protezione dello *status* idrografico del fiume, vengono infatti in considerazione sia l'interesse collettivo a fruizione individuale all'accesso al bene fiume che quello strettamente individuale alla salvaguardia dei *commoda* goduti *uti singuli* dai proprietari dei fondi rivieraschi. Su questo punto il confronto con le soluzioni avanzate nel nostro ordinamento pare particolarmente fruttuoso. Non sembra infatti rinvenibile nell'esperienza giuridica romana alcuna consapevolezza di quella radicale alterità tra «*tutela delle posizioni giuridiche soggettive individuali*» e «*danno all'ambiente in sé considerato*» a partire dalla quale la Corte di Cassazione argomenta a favore del doppio di regime di reazione contro danni

¹⁶⁸ Nella dottrina italiana in tema di tutela ambientale molte voci si sono levate a favore dell'introduzione di strumenti processuali di tipo *lato sensu* inibitori, in grado di prevenire il verificarsi del danno alle risorse ambientali: già S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 88 (considera l'azione inibitoria «*uno strumento di particolare efficacia*»), M. TARUFFO, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela nella nuova disciplina del danno ambientale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, V.3, 1987, p. 438 ss. (secondo cui «*l'integrità dell'ambiente si tutela anzitutto evitando ex ante che essa venga compromessa, magari in modo irreversibile*», p. 444), F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'«ambiente»*, Padova, 1982, p. 121 («*Senza dubbio, la più efficace forma di tutela di fronte all'illecito costituito da fatti di inquinamento non è il risarcimento del danno, sibbene, l'inibitoria delle attività lesive*»); L. FRANCIOSI, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990, p. 323, P. LANDI, *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, 1991, pp. 133 ss. Per una rivisitazione critica di queste proposte si leggano però le osservazioni di A. GAMBARO, *Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi*, in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente* (a cura di P. Trimarchi), Milano, 1994, pp. 43 ss.

all'ambiente¹⁶⁹, l'uno ricondotto alla tradizionale tutela civilistica l'altro a un modello *sui generis* di ispirazione comunque pubblicistica. In quest'ultimo caso, quello della protezione ambientale che prescinde dall'accertamento del danno a una specifica posizione giuridica soggettiva, la normativa vigente – confermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte – esplicitamente configura un interesse alla preservazione ambientale in capo al solo Stato, ritenuto conseguentemente l'unico soggetto legittimato a richiedere la reazione dell'ordinamento contro atti idonei a comprometterne l'integrità¹⁷⁰. Questa impostazione è stata criticata dalla dottrina (specialmente civilista), che ripetutamente ha sostenuto la necessità di una revisione della qualificazione del danno ambientale che consentisse il superamento dei tradizionali steccati dogmatici – secondo cui l'interesse ad es pota deve essere ricondotto alla titolarità di un ente esponenziale e la legittimazione attiva deve seguire la titolarità astratta dell'interesse tutelato¹⁷¹ – per giungere a un approccio più pragmatico in cui venga valorizzato il ruolo del singolo privato nell'*enforcement* del diritto ambientale¹⁷². Da questo punto di vista

¹⁶⁹ Cass. Civ., sez. III, 3 febbraio 1998, n. 1087, in *Foro it.*, 1998, I, pp. 1142 ss., citata in C. VIVANI, *Il danno ambientale: profili di diritto pubblico*, Padova, 2000, p. 68.

¹⁷⁰ In questo senso anzi è proprio la novella del 2006 della legge 349/1986 a ribadire l'impostazione statalista della nostra legislazione, riducendo il novero dei legittimati attivi al solo Ministero dell'Ambiente, quando invece il vecchio art. 18 mostrava segni di apertura.

¹⁷¹ In questa direzione risulta utile la ricostruzione di Taruffo (M. TARUFFO, *La legittimazione ad agire e le tecniche di tutela*, cit.) del pregiudizio dogmatico implicito nell'impostazione dell'ordinamento italiano e derivante «dall'estensione alle situazioni a titolarità diffusa delle categorie costruite sulle situazioni soggettive individuali» (M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 433).

¹⁷² Anche in questo caso si tratta di un tema molto discusso nella dottrina civilistica italiana in tema di responsabilità per danno ambientale, che ricorrentemente sottolinea l'opportunità di allargare la base dei legittimati ad attivare la sanzione per violazione di norme ambientali a fronte di un'attività legislativa che – almeno in Italia – pare muoversi in senso opposto: già Patti notava come «ai fini della tutela dell'ambiente [...] l'azione individuale può spesso servire a realizzare non soltanto la soddisfazione dell'interesse del soggetto agente, ma anche quella dell'interesse collettivo» (S. PATTI, *op.*

l’esperienza giuridica romana, in cui come abbiamo visto interessi pubblici e privati erano ugualmente presi in considerazione e bilanciati dal pretore e il cittadino aveva la possibilità di contribuire come attore popolare alla repressione di condotte lesive dell’integrità di beni di rilevanza ultraindividuale, può costituire – se non un esempio – quantomeno un monito a riconsiderare un approccio rigidamente tipologico al problema della tutela ambientale¹⁷³.

Infine, a margine della nostra trattazione, non pare superfluo spendere qualche parola sul problema della (cosiddetta) «*libertà di derivazione*» in diritto romano, prospettiva a partire dalla quale – come già sopra ricordavo¹⁷⁴ – la dottrina italiana della prima metà del Novecento ha principalmente riguardato il problema del regime delle acque in diritto romano.

Le fonti non affrontano la questione del regime dei fiumi da questo punto di vista, pertanto è impossibile prendere posizione su un problema che non sembra essere stato posto dalla giurisprudenza romana, nemmeno rifacendosi alla pericolosa teoria della dogmatica implicita: per quanto riguarda la nozione di *usus publicus*, le fonti non sembrano mai affrontare la questione dal punto di vista della delimitazione del positivo potere di appropriazione dell’acqua fluviale da parte del cittadino quanto piuttosto da quello dei suoi limiti negativi – rappresentati appunto dalla previsione dei rimedi interdittali; del resto anche il

cit., p. 96); poi incisivamente Taruffo, in aperta critica con la previsione dell’art. 18 l. 349/1986, argomenta a favore di una legittimazione diffusa alla tutela giurisdizionale dell’ambiente (M. TARUFFO, *op. cit.*, pp. 432 ss.) e infine U. SALANITRO, *Tutela dell’ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* (a cura di M. MAUGERI, A. ZOPPINI), Bologna, 2009.

¹⁷³ È un segno dei tempi la circostanza che la più sensibile dottrina che dagli anni ‘70 procede a una revisione delle categorie tradizionali a fronte dei nuovi fenomeni legati alla tutela ambientale si sia rivolta non più al diritto romano – che peraltro come spero risulti da questo scritto potrebbe fornire spunti interessanti – quanto piuttosto alla comparazione sincronica con altre esperienze contemporanee, *in primis* quelle statunitensi e tedesca.

¹⁷⁴ *Supra* nt. 36.

problema delle concessioni di derivazione non è mai affrontato *ex professo* dalle fonti, che contengono bensì dei possibili indizi circa l'esistenza di una prassi concessoria¹⁷⁵, ma in frammenti di difficile interpretazione e talvolta di dubbia genuinità. L'ambiguità delle fonti che la dottrina mise innanzi per risolvere il problema della disciplina delle derivazioni in diritto romano era del resto già ammessa da Grosso e Scherillo, che ne traevano peraltro conseguenze divergenti. Mentre Scherillo, sostenitore della tesi sulla necessità di concessioni amministrativa, chiudeva la sua disamina del problema delle derivazioni notando l'ambiguità delle fonti sul punto, ma giustificando l'assenza di una esplicita univoca chiara regolamentazione con la curiosa affermazione che «siccome però il sistema delle concessioni si attua in via amministrativa, al di fuori dell'ordo iudiciorum, i giuristi ne tacciono nelle loro opere»¹⁷⁶. Poiché come scrisse Wittgenstein «su ciò di cui non si è in grado di parlare, è meglio tacere» (settima – e conclusiva – asserzione principale del suo *Tractatus logicus-philosophicus*), mi sembra più ragionevole mantenere sul punto un atteggiamento scettico quale – mi pare – quello di Grosso¹⁷⁷, che di fronte alla notata ambiguità delle fonti non nega in assoluto la pratica delle concessioni di derivazione, ma piuttosto l'esistenza di un sistema normale di concessioni intese come generale requisito per ogni derivazione.

9. Conclusioni: *usus publicus e res communes omnium*

La lettura delle fonti, in particolare di alcuni frammenti contenuti nel libro 43 del Digesto relativo agli interdetti, ci ha permesso di

¹⁷⁵ Con specifico riferimento ai fiumi, in particolare: la famosa *lex Quominus* in D.43.12.2 (*Pomponius 34 ad Sabinum*), D.43.12.1.1 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) [citati *supra*] e D.39.3.10.2 (*Ulpianus 53 ad Edictum*).

¹⁷⁶ G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 139.

¹⁷⁷ G. GROSSO, *Appunti sulle derivazioni dai fiumi pubblici*, cit., p. 386.

mettere a fuoco, con particolare riferimento ai *flumina*, portata e funzione della nozione di *usus publicus*; ha permesso di osservare come la rilevanza dell’idoneità del bene ad un uso non meramente individuale fosse intesa quale presupposto per l’applicazione di una particolare tutela – di natura interdittale e caratterizzata dalla contemporanea considerazione di aspettative generali e individuali – e così per la riconduzione del bene alla categoria delle *res in usu publico*.

Come avvertito, l’individuazione di un tale paradigma, che orientò la giurisprudenza romana sia nel momento pratico-interpretativo che in quello scientifico-speculativo, può a mio avviso contribuire a proporre una ricostruzione del rapporto storico-dogmatico tra le generali categorie delle *res in usu publico* e di *res communes omnium* nonché – di conseguenza – chiarire le ragioni dell’autonoma considerazione – accanto al *flumen publicus* – dell’*aqua profluens* come *res* autonoma.

Occorre sottolineare innanzitutto come l’*usus* appaia in molti frammenti quale elemento centrale nella definizione delle *res communes omnium*, come ad esempio in Celso:

D.43.8.3.1 (*Celso 39 digestorum*) *Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

Naturalmente si può benissimo pensare che si tratti qui di un uso atecnico di tale espressione, genericamente volta a indicare la libera disponibilità a tutti di alcune cose che, proprio perché per natura destinate all’utilizzo indiscriminato, esulano per ciò stesso dall’ambito del giuridico. Non è però questa la prospettiva qui seguita: sono convinto che il ricorso a questo *nomen* da parte della giurisprudenza classica non riposasse su un dato puramente descrittivo, ma derivasse piuttosto da un consapevole avvicinamento di taluni beni alla categoria delle *res in usu*

publico, a partire dalla riflessione circa l'estensione ad essi del modello di tutela caratteristico di quest'ultima categoria e sopra tratteggiato.

Le fonti testimoniano infatti come la giurisprudenza fosse propensa ad estendere in via utile l'applicabilità di taluni dei rimedi interdittali – costituenti il paradigma privatistico di tutela dell'*usus publicus* – a beni originariamente non rientranti nel loro campo applicativo, in particolare proprio quei *mare e litora*¹⁷⁸ che costituirebbero il nucleo originale della categoria delle *res communes omnium*¹⁷⁹. Dunque una qualche forma di regolamentazione giuridica, che possa dare un senso alla previsione dell'autonoma categoria giuridica delle *res communes omnium*, è rinvenibile nelle fonti, sebbene non nel senso di un preciso statuto di disciplina *ad hoc* riservato esclusivamente a tali beni: l'isolamento della categoria dipenderebbe piuttosto dall'operare nella riflessione della giurisprudenza romana di quel paradigma interpretativo fondato sull'*usus publicus* tutelato da una serie di rimedi interdittali, elaborato a partire dalle previsioni pretorie circa *viae e flumina* pubblici, ed esteso analogicamente a beni originariamente non ricompresi nella categoria delle *res publicae* in quanto non considerati pertinenti al *nomen romanus*, ma in progresso di tempo ad essi avvicinati.

Del resto la contiguità tra le due categorie nel quadro della riflessione giurisprudenziale romana, fondata sulla medesima soggezione all'*usus* della collettività garantita dall'esperibilità dei rimedi pretori, è testimoniata pure da quei frammenti in cui *res in usu publico* e *res*

¹⁷⁸ In particolare: D.43.8.2.8 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Adversus eum, qui molem in mare proiecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat vel molem in mare iacit*; e D.43.12.1.17 (*Ulpianus 68 ad Edictum*) *Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: "ne quid in mari inve litore" "quo portus, statio iterve navigio deterius fiat"*.

¹⁷⁹ Lo ammette anche Branca (G. BRANCA, *Le res extra patrimonium*, cit., p. 115) che però crede che tale estensione non costituisca la *ratio* della qualifica come *res communes*, ma piuttosto la conseguenza.

communes omnium sembrano accostate in contrapposizione alle *res in patrimonio populi*¹⁸⁰.

Dunque l'*usus publicus* o *communis* rappresenta l'elemento dogmatico comune delle due categorie¹⁸¹, che vale a differenziarle dalle *res privatae* e dalle *publicae* comunque idonee a divenire private. Tale avvicinamento dogmatico può anche spiegare l'emersione storica della categoria delle *res communes*: anch'essa infatti – come la differenziazione tra *res in usu* e *in patrimonio populi* – sarebbe un prodotto del lavoro giurisprudenziale sul campo applicativo degli interdetti a tutela dei *locis publicis*, poiché deriverebbe dall'applicazione estensiva di tali interdetti a beni originariamente non ricompresi entro l'ambito applicativo delle clausole edittali. Tenendo a mente come nella delimitazione di tale campo applicativo la giurisprudenza avesse a mente più il profilo funzionale dell'oggettiva idoneità a soddisfare l'*utilitas publica* che la formale qualifica del bene, non pare sconsiderato ipotizzare che in questo modo si sia giunti a giuridicizzare, ovvero a dare regolamentazione giuridica, a beni originariamente non considerati *publici* in quanto originariamente non attribuibili alla pertinenza della *civitas*.

Occorre infine specificare come questa ipotesi dei rapporti storico-dogmatici tra *res publicae in usu publico* e *res communes omnium* possa fornire una cornice interpretativa utile a dar conto del rapporto tra

¹⁸⁰ Così ad esempio in D.41.1.14 (*Neratius 5 membranarum*) pr. *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.*

¹⁸¹ Mi sembrano corroborare una tale lettura le riflessioni cui giunge N. DE MARCO, *I loci publici*, cit., pp. 177 ss.: «l'*usus communis* [...] sembra addirittura rintracciare l'aspetto che, in certo modo, unifica *res riconducibili* – in base al criterio essenziale, 'statico' della pertinenza soggettiva, in senso lato – a categorie diverse ma accomunate – in base al criterio, per così dire, 'dinamico' dell'*usus* e, quindi, dell'*intrinsicità* idoneità ad un uso non particolare, non individuale – nella contrapposizione alle *res privatae*» (p. 183).

aqua profluens e *flumina publica* nelle fonti romane, il problema da cui questa riflessione si è dipanata.

Occorre innanzitutto osservare come nel pensiero dello stesso Ulpiano i fiumi pubblici fossero caratterizzati dall'*usus communis*:

D.39.2.24 pr. (*Ulpianus 81 ad Edictum*) *Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat. Propter quod operis dumtaxat nomine cum satisfactione cavetur [...].*

Questo conferma la interscambiabilità di *communis* e *publicus* come attributi relativi all'*usus* di taluni beni. La differenza tra le due categorie va dunque quantomeno sdrammatizzata, e conseguentemente la autonoma previsione dell'*aqua* come *res communis omnium* non deve spingere alla ricerca di uno statuto di disciplina totalmente autonomo rispetto al fiume, poiché dal punto di vista storico l'emersione di una nuova categoria ordinante non necessariamente riposa su un definito profilo di innovazione di disciplina, ma può dipendere da un mutamento di prospettiva legato a fattori storici più complessi.

La considerazione dell'*aqua* come *res communis* e del *flumen* come *res in usu publico* riposano infatti sulla medesima considerazione dell'apparato interdittale di tutela delle acque interne, idoneo a concretizzare e dare tutela alla generica nozione di *usus publicus* o, se si vuole, *communis*. Entrambe le categorie sono il prodotto del lavoro giurisprudenziale sulle clausole edittali interdittali, sulla definizione del campo applicativo e sulla speculazione circa il significato della predisposizione di quel sistema di tutela. Dunque la simultanea considerazione da parte della giurisprudenza del *flumen* come *res in usu publico* e dell'*aqua profluens* come *res communis* non deve condurre a negare razionalità al 'sistema giuridico romano', inesistente se modernamente inteso come organico e univoco insieme di enunciati normativi, quanto

piuttosto, eventualmente, spingere l’indagine sui motivi che guidarono questo mutamento di prospettiva, che condussero cioè la giurisprudenza (specialmente di età severiana) a mutare terminologia e punto di vista sul problema della tutela del regime delle acque¹⁸².

¹⁸² A titolo meramente ipotetico, giacché lo spazio di questo lavoro non permette di sviluppare compiutamente questo punto, si potrebbe pensare che il passaggio dalla considerazione del *flumen* come *res publica in usu populi* a quella dell’*aqua profluens* come *res communis omnium* possa essere stato dettato da fattori quali: da un lato l’universalizzazione della comunità politica romana, per cui l’originario riferimento all’ordinamento cittadino implicito nella nozione di *res publica* dovette sembrare ai giuristi di epoca tardo classica quantomeno inadeguato nel quadro della realtà istituzionale dell’impero cosmopolita del III sec.; dall’altro potrebbe trattarsi del portato di una astrazione nella considerazione dell’oggetto della tutela giuridica, per cui si procederebbe dalla preservazione dell’integrità fisica di un bene verso la considerazione dei problemi di accesso all’utilità che quel bene può garantire.

