



GIOVANNI LOBRANO
Università di Sassari

Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo.

Uno schema di interpretazione storico-sistemica e *de iure condendo*[1]

SOMMARIO: PREMESSA. La carenza dell'acqua "diritto umano fondamentale". – **1.** CARATTERISTICHE, INADEGUATEZZA E CRISI DELLA CONCEZIONE E DEL REGIME GIURIDICI DELL'ACQUA NEGLI ORDINAMENTI ODIERNI POSITIVI; **a.** Negli ordinamenti nazionali (ad es., l'ordinamento italiano): la cosa-acqua come bene economico passibile di proprietà: delle persone-privati o della persona-Stato. **b.** Nell'ordinamento inter-nazionale: acque interne e acque inter-nazionali. **c.** Elementi negativi, di inadeguatezza sostanziale e processuale dell'ordine giuridico odierno nazionale e inter-nazionale: economicistico-privatistico e statualistico-positivo. **d.** Segni di crisi di tale ordine e orientamenti positivi di innovazione: la ricomparsa del diritto romano. **2.** LA SOLUZIONE MEDITERRANEA: IL DIRITTO ROMANO E L'ACQUA. **a.** Dalla cultura gius-positiva 'anglosassone – del nord' alla cultura gius-naturale 'romana – mediterranea'. **b.** Il diritto 'primo' è il "diritto naturale". **c.** Operatività del *ius naturale* nei confronti delle persone: "l'eguaglianza degli uomini". **d.** Operatività del *ius naturale* nei confronti delle cose: l'acqua corrente e il mare *res communes omnium*. **e.** L'azione popolare: lo strumento per la tutela da parte di tutti dell'acqua bene comune di tutti.

Premessa. La carenza dell'acqua "diritto umano fondamentale"[2]

Comincia a mancare l'acqua. Chiamata "oro blu" o "petrolio bianco", essa appare destinata a diventare uno dei 'beni' più contesi del nuovo millennio.

La situazione odierna vede circa un quinto della popolazione umana priva di accesso all'acqua e 300 milioni di uomini che vi accedono soltanto attraverso reti private.

Secondo stime dell'ONU, nel giro di vent'anni, nel 2025, circa due terzi della popolazione mondiale avranno problemi gravi di disponibilità di acqua.

La dichiarazione conclusiva del "P7 2000", il vertice dei sette Paesi più poveri della Terra (Senegal, Madagascar, Etiopia, Burkina Faso, Nicaragua, Vietnam e Palestina) tenuto a Bruxelles, nella sede dell'Europarlamento, sottolineando la importanza primaria di garantire a tutti gli abitanti del pianeta l'accesso a questa risorsa irrinunciabile, ha proclamato l'acqua "diritto umano fondamentale".

I problemi principali sono stati individuati nella privatizzazione e nell'inquinamento.

1.
CARATTERISTICHE, INADEGUATEZZA E CRISI
DELLA CONCEZIONE E DEL REGIME GIURIDICI DELL'ACQUA
NEGLI ORDINAMENTI ODIERNI POSITIVI

a. Negli ordinamenti nazionali (ad es., l'ordinamento italiano): la cosa-acqua come bene economico passibile di proprietà: delle persone –privati o della persona –Stato

Per intendere quali sono, a fronte di questa situazione e dei problemi connessi, la concezione ed il regime dell'acqua negli ordinamenti giuridici odierni, nazionali e internazionale, dobbiamo avviare il ragionamento da alcuni concetti di base, semplici ma – proprio per ciò– sovente dimenticati.

Negli ordinamenti giuridici odierni, almeno in quelli di tradizione o di più recente ispirazione europea, la realtà giuridicamente rilevante viene 'divisa'[3] in due categorie di entità: i "soggetti di diritto", ovverosia le "persone", e gli "oggetti di diritto", ovverosia le "cose". L'acqua o, meglio, le acque ricadono in questa seconda categoria.

Le 'cose' sono considerate apprezzabili dall'ordinamento giuridico (cioè dalla organizzazione e dall'insieme di norme che costituiscono il "diritto oggettivo") in quanto su di esse si eserciti o si possa esercitare uno o più 'poteri' (cioè "diritti soggettivi") da parte di una o più persone; le cose divengono, allora, "beni" anzi, più precisamente, "beni economici". Per il Diritto italiano (che assumo ad esempio di 'ordinamento giuridico nazionale') la nozione di "beni" si trova all'art. 810 c.c., vale a dire: l'articolo primo del Titolo I "I beni" del Libro terzo "La proprietà" del Codice civile. Per chiarire – se necessario– il modo di intendere le "cose/beni giuridici" da parte dell'ordinamento giuridico –anche– italiano, cito due definizioni correnti nella manualistica nazionale. Secondo un dizionario giuridico diffuso, «sono beni tutto ciò che è capace di arrecare utilità agli uomini ed è *suscettibile di appropriazione*»[4]. Secondo un manuale di diritto privato in uso presso la mia Facoltà, «Il legislatore italiano parlando dei beni all'inizio del titolo III della proprietà, mostra di considerare come bene, in un significato certamente ristretto, soltanto le cose che hanno valore economico; vale a dire quelle entità materiali o immateriali che appariscono limitate e *valutabili in danaro*»[5]. Le cose che non sono beni economici appropriabili, in quanto la loro natura (ad es. gli astri del cielo) o la loro quantità [apparentemente] infinita (l'aria, il mare) ne rende impossibile o inutile l'appropriazione, sfuggono dunque –in linea di principio– all'interesse e, quindi, alla disciplina del diritto.

Le 'persone' si dividono in fisiche e giuridiche, private e pubbliche. L'incrocio tra queste due *divisiones* delle persone è, però, tutt'altro che simmetrico. Il dato decisivo è che le persone fisiche sono esclusivamente private. In altri termini, gli uomini sono soltanto privati. Le persone pubbliche, invece, sono esclusivamente giuridiche, ovverosia sono entità fittizie/artificiali. Le persone pubbliche sono lo 'Stato' e gli Enti di cui o in cui esso si compone.

Anche le cose "beni economici appropriabili", si dividono, dunque, tra cose in proprietà privata e cose in proprietà pubblica, seguendo la claudicante simmetria delle divisioni tra le persone. L'art. 42 della Costituzione italiana recita: «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono *allo Stato*, ad enti o *a privati*».

I beni dello Stato si distinguono, da una parte, in "beni patrimoniali disponibili" e, dall'altra parte, in "beni demaniali" (art. 822 c.c.) e "beni patrimoniali indisponibili" (art. 826 c.c.). I beni patrimoniali disponibili sono gli stessi che fanno normalmente oggetto della proprietà privata e sono sottoposti allo stesso regime della proprietà privata. I beni demaniali e patrimoniali indisponibili sono quelli che, per la loro natura, sono sottratti alla proprietà privata e appartengono, quindi, necessariamente allo Stato[6]. Tra i beni demaniali e i beni patrimoniali indisponibili le acque hanno un posto di rilievo. Nell'ambito del demanio, infatti, si individua, innanzi tutto, **a**) il demanio *marittimo* (il quale è costituito: dalle porzioni di suolo *in riva al mare*, lidi e spiagge, porti e rade, i

canali utilizzabili per uso pubblico marittimo, nonché dalle loro pertinenze) e, quindi, **β**) il demanio *idrico* (il quale è costituito dai fiumi, dai torrenti, dai laghi e da tutte le acque sorgenti piovane, in quanto abbiano o acquistino attitudine ad usi di pubblico interesse [art. 1. R.D. 1775/33] nonché dai ghiacciai)[7]. Al novero dei beni patrimoniali indisponibili appartengono le acque minerali e termali[8]. Le restanti acque "interne" (v. il prgf. s.) sono private.

b. Nell'ordinamento inter-nazionale: acque interne e acque inter-nazionali

Nell'ordinamento inter-nazionale, esiste –in principio– un solo tipo di persona, la persona giuridica pubblica 'Stato'. In questo contesto, la distinzione di fondo è tra acque interne (agli Stati) e acque inter-nazionali.

Le 'acque interne' (art. 8 Convenzione di Montego Bay, delle Nazioni Unite, sul diritto del mare, 10/12/82) sono tutte le acque comprese nel territorio di uno Stato (come le acque del 'demanio idrico') nonché tutti gli spazi marini situati al di qua della linea costiera [cd. "linea di base"] (porti, rade e baie). Esse integrano il territorio dello Stato.

Tra le acque interne e le acque inter-nazionali vi è una fascia di rispetto e di transizione che si distingue ulteriormente tra le "acque territoriali" e la "zona economica esclusiva". Le acque territoriali sono costituite dalla fascia di mare lungo le coste, sulla quale lo Stato esercita la propria sovranità. Tale fascia si estendeva un tempo sino alla gittata massima dei cannoni; è stata quindi fissata, nella prassi inter-nazionale e poi nella convenzione di Montego Bay, in 12 miglia marine [m. 1852x12]. Oltre le acque territoriali, sino a 200 miglia da essa, si estende la "zona economica esclusiva" (artt. 57/74 Conv. di Montego Bay) su cui lo Stato costiero ha diritti particolari di sfruttamento economico, i quali possono superare il confine delle 200 miglia se lo stesso confine è superato dalla propria "piattaforma continentale" (artt. 76/85 Conv. di Montego Bay).

Le acque inter-nazionali sono sempre acque marine, per cui si parla direttamente di mare internazionale (o alto mare, mare aperto, mare libero) [artt. 86/120 Conv. di Montego Bay]. Il mare inter-nazionale si estende oltre il mare territoriale e non è compreso né nella zona economica esclusiva né nelle acque arcipelagiche di uno Stato arcipelago [art. 86 Conv. di Montego Bay]. Vi trova applicazione il "principio della libertà dei mari", il quale comporta il riconoscimento a ciascuno Stato di un diritto uguale ad esercitare tutte le attività di utilizzazione del mare inter-nazionalmente lecite, quali la navigazione, il sorvolo, la pesca, la posa dei cavi, la costruzione di isole artificiali e la ricerca scientifica. L'esercizio di questa libertà è limitato dalla condizione del rispetto degli interessi e della libertà degli altri Stati.

c. Elementi negativi, di inadeguatezza sostanziale e processuale dell'ordine giuridico odierno nazionale e inter-nazionale: economicistico-privatistico e statualistico-positivo

Sulla scorta dei criteri di diritto (interno e inter-nazionale), così schematicamente rammentati, non tutte le acque sono 'beni' dal punto di vista giuridico.

Tali sono soltanto le "acque interne"; non lo sono le "acque inter-nazionali", cosiddette "libere", né lo sono *propriamente* le "acque territoriali". Per la classificazione di queste ultime, infatti, la interpretazione giurisprudenziale, sin dal 1944[9], ha 'innestato' nell'ordinamento giuridico italiano (riconoscendone così, implicitamente, la insufficienza) una categoria di cose-beni non prevista dal legislatore ma ripresa dal Diritto romano: le *res communes omnium*. Questa categoria di cose/beni incrina, però, la logica dell'ordinamento; nella quale essa mal si colloca: **α**) sia perché essa evoca la titolarità delle cose comuni da parte di tutti gli *uomini*[10] e non –soltanto– da parte di

tutti i *cittadini* (come si deve intendere nel lessico della Cassazione), **β**) sia perché essa evoca la titolarità delle cose comuni *direttamente* da parte delle persone uomini/cittadini e non da parte della persona 'Stato' (come, invece, vuole l'ordinamento italiano: art. 42 della Costituzione, sopra citato).

L'innesto problematico, nel diritto odierno, della categoria romanistica *res communes omnium* è una prima 'spia' della *inadeguatezza* di questo diritto. Quell'innesto, inoltre, a fronte degli elementi negativi, di inadeguatezza, annuncia già gli orientamenti positivi, di innovazione; annuncia, cioè, una crisi e i termini della crisi.

Gli elementi negativi, di inadeguatezza, dell'ordine giuridico odierno sono di diritto sostanziale e di diritto processuale.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, è assai difficile se non proprio impossibile collocarvi la nozione dell'acqua come "diritto umano". Il diritto odierno positivo dell'acqua, più in generale: il diritto odierno positivo delle 'cose' (e, ancora più in generale: il diritto odierno positivo) è, infatti, caratterizzato, come abbiamo visto, dalla concezione economicistica della realtà, della quale concezione il diritto stesso si pone al servizio, con una combinazione di strumenti –soltanto apparentemente contraddittoria– privatistici e statualistici. Il meccanismo logico è ferreo: poiché le uniche persone 'vere', non "fittizie/artificiali", cioè gli uomini, sono esclusivamente persone private[11], la cui ragione unica è la utilità individuale propria a ciascuno di essi (la *utilitas singulorum*) e il cui fine unico è il perseguimento di quella utilità, corrispondentemente, le persone pubbliche devono, invece, essere esclusivamente persone giuridiche, cioè lo Stato nonché gli altri Enti pubblici costituiti dagli Stati come loro di-partimenti o come loro unioni, la cui ragione unica è la forza ed il cui fine unico è la regolamentazione del *bellum omnium erga omnes*, postulato come originario e insopprimibile tra quegli uomini–privati, interamente tesi alla- e assorbiti dalla soddisfazione di quella loro *utilitas*. Si tratta di una costruzione medievale[12], perfezionata in epoca moderna[13] e cui –in epoca contemporanea– si è cercato, invano, di affidare compiti 'sociali'[14].

Dal punto di vista del diritto processuale, nell'ordinamento italiano, la attribuzione della 'proprietà' dei cose–beni demaniali (tra cui l'acqua) alla persona–Stato comporta la conseguenza necessaria della attribuzione esclusiva del potere–dovere della loro tutela alla autorità amministrativa (artt. 822 s. e 824 ss. c.c.) ed è quasi un luogo comune la osservazione (per altro assolutamente esatta) che il regime di tutela dell'acqua 'pubblica – dello Stato' è inadeguato, all'interno dello Stato, per la circoscrizione di quella tutela alla "cronica e incessabilmente inadeguata sorveglianza dello Stato" stesso[15]. Occorre però integrare questa prima osservazione con la osservazione che tale sorveglianza è "cronica e incessabilmente inadeguata" non (o, quanto meno, non soltanto né principalmente) per l'altro luogo comune costituito dalla affermazione (invece empirica e volgare) della inefficienza/inefficacia connaturata agli apparati pubblici ma –come abbiamo appena rammentato– per la impossibilità ontologica del soggetto Stato (*persona ficta* e/o *artificialis*) di individuare una *utilitas* propria ('*publica*') e, quindi, per la evanescenza intrinseca, nel contesto degli ordinamenti statuali, della stessa costruzione teorica della utilità pubblica, che quegli apparati dovrebbero perseguire e tutelare.

Per la stessa e a maggior ragione, il regime di tutela dell'acqua è inadeguato anche all'esterno dello Stato, per la debolezza ontologica e la evanescenza intrinseca del diritto internazionale: diritto di sole persone–Stati e circoscritto a –poche– consuetudini e agli accordi fra Stati (*pacta*), senza la possibilità di invocare criteri giuridici superiori (sopra–nazionali)[16] non soltanto per la integrazione delle consuetudini e dei *pacta* ma persino per le loro valutazione e interpretazione sistematiche.

d. Segni di crisi di tale ordine e orientamenti positivi di innovazione: la ricomparsa del diritto romano

Alla inadeguatezza sostanziale e processuale degli ordinamenti giuridici nazionali e inter-nazionale, corrispondono tentativi di correzione, i quali hanno la caratteristica comune di consistere in 'innesti' –dentro quegli ordinamenti– di categorie giuridiche ad essi sostanzialmente estranee e che evocano –invece– un diritto *altro*: il sistema giuridico romano, come già abbiamo visto con la sentenza della Corte costituzionale italiana del '44, la quale ha inserito nell'ordinamento italiano la categoria di "*res communes omnium*".

Sul piano del diritto sostanziale, la dottrina, la giurisprudenza (CdS 253/1973) e, infine, la legge (2421 del 1990)[17] hanno introdotto nell'ordinamento nazionale italiano la categoria dei "beni ambientali", la cui titolarità è, però incerta, oscillando tra la categoria di 'beni pubblici' (cioè, dello Stato) e una categoria nuova di "beni non necessariamente economici" e "senza titolare", in quanto oggetto di diritti cd. "diffusi" o "adespoti".

Per quanto concerne il diritto inter-nazionale, una dichiarazione di principio della Assemblea Generale dell'ONU ha definito (di fatto, sia riprendendo sia correggendo la linea della Corte di Cassazione italiana di ripristino di categorie giuridiche romane)[18] le risorse del suolo e del sottosuolo del mare inter-nazionale come "patrimonio comune dell'umanità" non suscettibile di appropriazione da parte di alcuno Stato. La utilizzazione di questa 'zona' deve essere a fini esclusivamente pacifici e la sua esplorazione ed il suo sfruttamento sono sottoposti ad un regime inter-nazionale coordinato dalla *Autorità Internazionale dei Fondi Marini* [artt. 156 ss. Conv. Montego Bay]. Tale regime vuole tutelare gli Stati più poveri e si fonda sul concetto di sfruttamento parallelo, per il quale lo sfruttamento avviene al 50% da parte dello Stato operante ed al 50% da parte dell'Autorità mediante un suo organo operativo (la "Impresa": art. 158 Conv. Montego Bay).

Sul piano del diritto processuale, è da segnalare la introduzione nell'ordinamento giuridico italiano (ma non soltanto in esso) di un altro istituto proprio del Diritto romano: la azione popolare, la *actio popularis*, cioè la azione che può essere promossa da chiunque (*quivis de populo*), indipendentemente da un rapporto di credito o reale nei confronti della persona o della cosa contro o per cui si agisce.

La nozione di "beni ambientali" e la nozione di "patrimonio dell'umanità" entrano in conflitto con entrambe le caratteristiche–limite degli ordinamenti giuridici odierni: **α**) la concezione delle cose/beni, che li riduce ai beni economici, e **β**) la concezione del sistema delle persone, che riduce gli uomini a privati e il pubblico a Stato. Viene, infatti, forzata la nozione delle cose oggetti di diritto, verso la estensione a cose non di natura economico/patrimoniale né passibili di diritti soggettivi di proprietà. Viene, inoltre, forzato il sistema delle persone soggetti di diritto, aprendo la strada sia ad una nozione non esclusivamente privata degli uomini e non statuale della personalità pubblica sia alla comprensione di un 'soggetto di diritto' collettivo, la "umanità", nuovo, diverso, esterno e superiore rispetto allo 'Stato'.

La azione popolare non è stata introdotta nell'ordinamento italiano per la tutela dei beni ambientali in generale o dell'acqua in particolare ma è stata inserita nell'"Ordinamento delle autonomie locali" come istituzione municipale (legge n. 142 del 1990, riformata con le leggi 120 e 265 del 1999) per consentire a ciascun elettore di fare valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune[19]. Anzi, la specifica legislazione ambientale ha ribadito che «L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo», circoscrivendo l'intervento dei cittadini alla possibilità di «denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza» e/o «*intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi*»[20]. Tuttavia, la azione popolare è stata individuata e 'salutata' come lo strumento per la tutela efficiente–efficace dell'ambiente e, in questa prospettiva, ad essa si è connesso addirittura il ripensamento della natura stessa dello Stato. La tensione attuale alla (re)

introduzione della "azione popolare"[21] postula, infatti, niente di meno che la sostituzione della equazione hobbesiana "popolo = Stato"[22] con la equazione giustiniana "Popolo = tutti i cittadini"[23].

Siamo, dunque, dinnanzi alla *crisi*, cioè a fenomeni di *incrinatura* della logica privatistico/economicista e statualistica/positiva sia negli ordinamenti nazionali, con la comparsa di un diritto pubblico degli uomini accanto al diritto pubblico dello Stato, sia nell'ordinamento inter-nazionale, con la comparsa di un diritto *sopra-nazionale*, il quale pure 'vede' gli uomini e non –soltanto– gli Stati, e con la individuazione di strumenti corrispondenti di tutela processuale.

Si tratta, però, di 'innesti' episodici, frammentari e contraddittori, non promossi né guidati da una interpretazione scientifica generale (storico-sistematica) e, quindi, soltanto parzialmente efficaci nonché a rischio grave di non 'attecchimento'. Ciò si spiega –a mio avviso– proprio con il fatto che tali 'innesti' sono manifestazioni di ri-comparsa di un *sistema* giuridico, quello romano, *programmaticamente* "dimenticato"[24] con il sorgere dell'era contemporanea (dopo esserne stato la forza maieutica principale) precisamente per la sua irriducibilità all'ordine economicistico/privatistico e statualistico/positivo, che si afferma nell'800.

2.

LA SOLUZIONE MEDITERRANEA: IL DIRITTO ROMANO E L'ACQUA

a. Dalla cultura gius-positiva 'anglosassone – del nord' alla cultura gius-naturale 'romana – mediterranea'

L'ordine giuridico odierno, di cui abbiamo evidenziato le caratteristiche e constatato la inadeguatezza e la crisi, è l'esito di un complesso di fenomeni tra loro connessi (propri della epoca contemporanea e del continente europeo): **α**) il prevalere, alla fine del 700, del costituzionalismo statual/rappresentativo (già teorizzato da Hobbes)[25]; **β**) la sostituzione, nel ruolo di scienza guida, della scienza giuridica con la nuova scienza economica del "mercato" (teorizzata dai cosiddetti "illuministi scozzesi") [26]; **γ**) la riduzione del Diritto al diritto privato, circoscritto al diritto di proprietà e al diritto delle obbligazioni (teorizzata da Savigny)[27]; **δ**) la ri-costruzione del 'Diritto pubblico' come "Diritto dello Stato" al servizio del mercato, secondo criteri della scienza economica, e a partire dall'unica scienza giuridica rimasta, quella –appunto– privatistico/patrimoniale (teorizzata da Mommsen e da Kelsen).

Questo complesso di fenomeni è il prevalere nella epoca contemporanea di un modello giuridico anglosassone, di matrice feudale, sviluppatosi tra il secolo XIII e il secolo XVIII nel- e intorno al parlamento inglese e auto-definentesi "moderno" e "del nord" (François Hotman – Montesquieu)[28] su e contro il modello giuridico romano, quale si esprime compiutamente nella opera dell'Imperatore Giustiniano, il *Corpus Juris Civilis* (528–534 d.C.) sintesi della cultura mediterranea antica[29] e, quindi, convissuto, in Africa e in oriente, con la esperienza islamica e, in Europa e in occidente –appunto– con la esperienza feudale.

Giustamente e senza enfasi, è stato denunciato come "*tragico errore*" il pensare, purtroppo oggi ancora diffuso, che «solo la dislocazione planetaria delle coordinate nord-atlantiche della cultura possa giovare allo sviluppo dei popoli» perché, invece, «non deve darsi assolutamente per scontato che la cultura mediterranea sia meno adatta di altre nel propiziare nuovi scenari evolutivi e nuove vie di comunicazione tra i popoli del nostro mare, e tra questi ultimi e tutte le altre genti»[30].

Realmente (come osserviamo esaminando la materia della disciplina giuridica delle acque) appare, anzi, necessario sostituire la prospettiva anglosassone nordica con la prospettiva giusromanistica mediterranea (salvo il dialogo da aprire con il sistema islamico) per una ragione particolare e per una ragione generale.

La ragione particolare è la attenzione, rivolta sino dai tempi più risalenti, da parte

del Diritto romano (ma anche del 'diritto' greco, cioè della 'cultura mediterranea') rispetto ai diritti dei popoli del Nord, alla specificità della cosa 'acqua' rispetto alla specificità della cosa 'terra'. Nel Diritto romano, tali distinzioni ed attenzione passano attraverso gli strumenti concettuali e gli istituti del *ius augurale*. La importanza dei 'Wassergrenzen' presso i Greci e i Romani, dai quali si trasmette «in den romanischen Volksinstinkt und die französische Völkerrechtsauffassung» è stata spiegata, presso la dottrina giuridica tedesca, con la scarsità d'acqua dei paesi del Mediterraneo ("Die ganze mediterrane Grenzausbildung ist die eines zunehmend austrocknenden Landes") e vi si contrappone la concezione germanica: «Dem Germanen, wie überhaupt dem Menschen aus niederschlagsreichen Gebieten, widerstrebt die Teilung des Fluß- oder Stromgebietes; der Fluß, der Strom, sein Einzugsland ist ihm ein Ganzes»[31].

La ragione generale è che agli elementi *negativi* 'di crisi' dell'ordinamento giuridico odierno corrispondono o essi portano in sé, altrettanti orientamenti *positivi*, i quali consistono precisamente nella ri-comparsa del Diritto romano 'di Giustiniano'. Questo, infatti, è caratterizzato: **α**) dalla concezione delle *personae* (gli 'attori' del diritto) esclusivamente come uomini[32] (con esclusione, cioè, delle cosiddette 'persone giuridiche', entità fittizie/artificiali ed astratte quale è, per antonomasia e in maniera paradigmatica, lo Stato/persona) e sempre organizzati come comunità/società (in un sistema concentrico, che va dalla famiglia al popolo della *respublica municipalis*, al popolo della *respublica imperii*, alla umanità) anche quando operano *uti singuli*, ciò che comporta la distinzione ma non la separazione tra diritto privato e diritto pubblico, tra persone private e persone pubbliche; **β**) da una concezione non riduttivamente privatistico/economica ma decisamente più ampia e articolata delle 'cose' (le *res*, la cui classificazione è particolarmente complessa[33]), e **γ**) dalla concezione dei loro rapporti (sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale) intanto ancora in chiave di distinzione anziché di separazione[34] e, quindi, non come insieme di norme (im)poste dallo 'Stato' in quanto il più forte ma come 'sistema di regole di natura', da definirsi – prima di tutto – attraverso una attività scientifica ricognitiva/creativa: come *ius* che è *semper bonum et aequum* in quanto *naturale* e/o che è *naturale* in quanto *semper bonum et aequum*.

Proprio questo terzo fattore, di caratterizzazione del sistema giuridico romano a fronte degli ordinamenti giuridici odierni (cioè la concezione sistematica gius-naturale anziché ordinamentale gius-positiva)[35], può costituire punto di partenza di un ragionamento organico *de iure condendo* per la costruzione di un diritto sostanziale dei "beni ambientali" e, in particolare, dell'acqua come "patrimonio comune della umanità" e della loro tutela processuale contro i rischi della privatizzazione e dell'inquinamento.

b. Il diritto 'primo' è il "diritto naturale"[36]

In luogo della logica di un diritto, che è e che vuole essere un ordinamento statutale/giuspositivo (cioè pre-potente) e privatistico/patrimoniale (cioè economicista) ma che si scopre inadeguato ed entra, pertanto, in crisi, il Diritto romano offre la possibilità di un approccio al mondo (delle "persone" e delle "cose" e delle loro relazioni [37]) che –quanto meno– *vuole* essere un sistema pubblico/giusnaturale e che –quanto meno– *tenta di* essere "buono ed equo".

Il *Corpus Iuris Civilis* dell'Imperatore Giustiniano letteralmente inizia dal- e si fonda sul postulato della esistenza eterna ed immutabile di un "diritto naturale" *semper bonum et aequum* e fa della scienza del diritto la ricerca di- e la approssimazione continue a tali *bonum et aequum*:

Paul. D. 1.1.11 *Ius pluribus modis dicitur. Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale;*

Ulp. D. I. 1. 1 pr. [...] *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi;*
1. *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet; iustitiam nactus colimus, et boni et*

aequi notitiam profiteamur.

Nella concezione giuridica romana, espressa nel *Corpus Juris Civilis*, il diritto si articola in tre grandi sfere concentriche, la più ampia e risalente delle quali è il *ius naturale*, che *omnia animalia docuit*[38], cui fanno séguito il *ius gentium*, che è *commune omnium hominum* e del quale *omnes gentes utuntur*, ed il *ius civile* che è *proprium ipsius civitatis* e che *quisque populus ipse sibi constituit*.

Il *Corpus Juris Civilis* presume una fase 'storica' di impero esclusivo del *ius naturale*; essa coincide con una età originaria, una età dell'oro (di cui –appunto– si presume l'esistenza storica) caratterizzata dalla appartenenza e dal senso della appartenenza degli uomini (e degli *altri esseri animati*) ad una medesima *natura* (durante il regno dell'*aureus Saturnus* non esisteva la impia *gens* che per prima, nell'età del bronzo, banchettò con gli animali uccisi: Virgilio G. 2.537)[39], dalla assenza di guerre, dalla assenza di schiavitù e dalla assenza di proprietà privata, introdotte successivamente dagli uomini. Lo schema argomentativo della teoria del *ius naturale* che riconduce tale *ius* a un inizio felice della storia degli uomini, anteriore cioè alle lotte e divisioni prodotte dalla 'società', si trova ripetutamente nelle *Institutiones* di Giustiniano (1.2)[40], nei *Digesta* (1.1.4 e 5[41]; 40.11.2) e anche nelle costituzioni (cfr. p. es. Nov. 74; 78; 89).

c. Operatività del *ius naturale* nei confronti delle persone: "l'eguaglianza degli uomini"

Il *ius naturale*, considerato di origine divina e immutabile,

Inst. 1.2.11 Sed naturalia quidam iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quidam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent (cf. Marcian. D. 1.3.2)

non costituisce –soltanto– uno sfondo ideale o idealizzato del *ius Romanum*, ma, proprio per la natura di 'sistema' di questo, ne è parte integrante, fonte di ispirazione, criterio di interpretazione, elemento originario e –al contempo– elemento teleologico. La tensione teleologica del Diritto romano al *ius naturale* è stata individuata nel fenomeno dell'"universalismo" di questo diritto (*civitas augescens*, estensione della cittadinanza romana a tutto l'impero [*constitutio Antoniniana* del 212 d.C.] sino alla scomparsa della nozione di *peregrinus*/straniero), fenomeno che è precisamente l'opposto del fenomeno odierno cd. della 'globalizzazione'.

Possiamo, quindi, parlare di "operatività" del *ius naturale* ed essa è stata osservata soprattutto a proposito del diritto delle *personae*.

«La concezione giustinianea e, in parte, già quella cd. classica del diritto romano presuppongono un'età originaria in cui era sconosciuta la *servitus* (D. 1. 1.4). Singole norme e istituti sottolineano l'eguaglianza degli uomini, basti pensare alle materie delle obbligazioni naturali (p. es. Tryphon. D. 12.6.64, circa il debito del padrone nei confronti del servo; Iavol. D. 35.1.40.3; Ulp. D. 44.7.14 [...]), del matrimonio (p. es., circa la difesa dei nuclei familiari servili, Ulp. D. 21.1.35 [...]), delle manomissioni (ove sempre più si afferma il principio del *favor libertatis*). Anche per questo aspetto dell'operatività dello *ius naturale* attraverso lo *ius Romanum*, un approfondimento teorico è raggiunto nei *Digesta* di Giustiniano grazie a un frammento di Marciano: il carattere storicamente non originario della schiavitù spiega la possibilità della *natalium restitutio*, da cui consegue l'equiparazione dei *liberti* con gli *ingenui* (Marcian. D. 40.11.2 ...)»; «Marciano è il primo giurista presso cui troviamo una classificazione delle fonti della schiavitù; e tale classificazione sottolinea che l'istituto, proprio dello *ius gentium*, è contrario al *ius naturale* (il giurista romano si oppone così radicalmente alla dottrina aristotelica secondo cui i barbari erano 'per natura', φύσει, destinati ad essere

schiavi ...)»[42].

d. Operatività del *ius naturale* nei confronti delle cose: l'acqua corrente e il mare *res communes omnium*

Precisamente sulla scorta del *ius naturale*, Giustiniano (*I. 2.1 pr.*)[43] individua la categoria delle *res communes omnium*, la quale è certamente 'distinta' dalla categoria delle *res publicae*[44] ma nel senso che va 'oltre' questa categoria, come è evidenziato dall'elemento caratterizzante –proprio a entrambe le categorie– di essere *communes*.

La esistenza di cose che, per diritto naturale, sono 'comuni' *oltre* la comunità pubblica, dà forza a questa comunità ed essa, il "*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*" (Cic. *rep.* 1.25.39), dà consistenza alla postulata originaria e –perciò– sempre erigenda "*societas hominum*" (Cic. *off.* 1.17.53 s.).

Proprio la dottrina (ancora marcianea: *D.* 1.8.2 pr.; cf. 1.8.4 e 6)[45] delle *res communes omnium* precisa e consolida la sfera del *ius naturale*, riguardo al quale tutti gli uomini sono eguali, come si afferma ancora in *D.* 50.17.32, con un frammento di Ulpiano: *quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*.

Ora, è notevole che le cose indicate, per diritto naturale e –quindi– per Diritto romano, "comuni a tutti" e delle quali, quindi, nessuno può impossessarsi e impadronirsi (da non confondere assolutamente con il loro opposto: le *res nullius*[46], le cose di nessuno e delle quali, quindi, chiunque può impossessarsi ed impadronirsi [47]) sono precisamente l'aria e l'acqua: l'*aqua profluens*[48] ed il mare con i suoi *litora* [49]. Ed ancora più notevole (almeno rispetto all'ordine giuridico odierno ed alla cultura che lo contiene) è che la prima 'acqua' ad essere menzionata come *res communis omnium* non è –come si sarebbe potuto pensare– l'acqua del mare ma l'acqua che fluisce, l'*aqua profluens*, l'acqua dei fiumi, l'acqua che (con il suo moto circolare dalla terra al mare e dal mare alla terra, attraverso l'*aqua pluvia*) assicura la continuità della vita. E' importante la differenza giuridica (di natura e di regime) tra l'alveo e le rive del fiume, che sono, rispettivamente, *res publica* e *res privatae* soggette ad uso pubblico, e l'*acqua* del fiume, che è *communis omnium*[50].

In effetti, è stato osservato che, nel Diritto romano, la nozione di 'natura' riferita a cose inanimate si trova "anzitutto" in "una serie di testi relativi al regime delle acque" cosicché «Di *natura* e *naturaliter* è pieno tutto il titolo delle *Pandette* "*de aqua et aquae pluviae arcendae*" »[51].

In questo contesto, si può intendere anche l'espressione –altrimenti enigmatica– dell'imperatore Antonino Pio (II secolo d.C.), riportata dal giurista Volusio Meciano (*ex lege Rhodia*) e conservata in *D.* 14.2.9:

ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου χύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης[52] (Io sono il signore del cosmo ma il diritto è [signore] del mare).

e. L'azione popolare: lo strumento per la tutela da parte di tutti dell'acqua bene comune di tutti

Se l'*aqua profluens* ed il mare con i suoi *litora* sono "comuni a tutti gli uomini", tutti gli uomini hanno il diritto sostanziale ad usarne, secondo le caratteristiche proprie di questo genere di cose, cioè –in quanto *comuni*– senza appropriarsene, e tutti gli uomini hanno il diritto processuale alla tutela del diritto sostanziale, sempre secondo le caratteristiche proprie di questo genere di cose, cioè indipendentemente da un rapporto di credito o reale di tipo privato nei confronti della persona o della cosa contro o per cui si agisce. Tale tutela è garantita attraverso la combinazione di due istituti caratteristici del Diritto romano, le *actiones populares* e gli *interdicta popularia*.

Nella origine, che si fa risalire alla epoca del processo *per legis actiones*, e ancora

nel contesto del processo *per formulas*, la tutela perseguita mediante la richiesta di interdetto appare distinta dalla tutela perseguita mediante azione, appartenendo questa seconda alla sfera della tutela giudiziaria e mirando alla determinazione di una lite; appartenendo, invece, la prima alla tutela (che noi chiamiamo) amministrativa e mirando alla tutela di uno stato di fatto.

Possiamo, pertanto, definire separatamente la azione popolare e l'interdetto popolare.

«Accanto alle azioni private, che mirano alla tutela di interessi privati, il diritto romano conobbe una particolare categoria di azioni dette popolari, le quali erano date al cittadino per la tutela dell'interesse pubblico. Paolo dà la seguente definizione: "*Eam popularem actionem dicimus, qua suum ius populi tuetur*" (Dig. 47.23.1)»[53].

«L'interdetto è un ordine di fare o non fare qualcosa rivolto dal magistrato ad un privato su domanda di un altro privato» per tutelare i «*Rechte und Errichtungen, die dem öffentlichen Wohl dienen*» e die «*öffentliche Ordnung zu schutzen*»; quando l'oggetto della tutela interdittale è direttamente pubblico, l'interdetto è 'popolare', come la azione omonima[54].

Tuttavia, nella terza fase storica del processo romano –la fase, cioè, della *cognitio extra ordinem*– si produce una "sostanziale commistione tra interdetti e azioni"[55] in conseguenza anche del ruolo paradigmatico dello schema della tutela interdittale nella genesi stessa del processo *extra ordinem*[56]. Con riferimento allo stato del diritto del CJC, possiamo parlare, pertanto, della azione popolare come cumulativa dei due mezzi di tutela, le *actiones populares* e gli *interdicta popularia*, i quali hanno in comune la pubblicità del bene tutelato e la iniziativa da parte del *quivis de populo*[57].

E' evidente che è precisamente la combinazione di questi due elementi, la quale consente di sottrarsi all'impasse' del diritto odierno, caratterizzato dalla circoscrizione della tutela delle acque pubbliche (come di ogni cosa pubblica) alla "cronica e incessabilmente inadeguata sorveglianza dello Stato"[58].

Ciò spiega i tentativi ripetuti, dal secolo XIX ai giorni nostri[59], di inserimento della azione popolare negli ordinamenti giuridici nazionali, tra i quali quello italiano. Si tratta, però, di un inserimento non semplice, in quanto la azione popolare (con i suoi due elementi caratteristici della iniziativa privata e della pubblicità del bene tutelato) è espressione di un sistema giuridico il quale è alla base dagli ordinamenti giuridici odierni e, al contempo, ne è profondamente diverso proprio perché, in esso, la titolarità e l'esercizio di diritti e potestà private e di diritti e poteri pubblici *coincidono* nelle persone degli uomini: i cittadini[60] ma con aperture importanti verso i peregrini. I tentativi di conciliare la azione popolare con le caratteristiche degli ordinamenti giuridici odierni economicisti–privatisti e statualisti–positivi attraverso teorie quali quelle della "azione procuratoria", della "sostituzione processuale" e della "legittimazione per categoria" sono troppo spesso condizionati da una incomprensione di fondo del sistema giuridico romano, la cui diversità dagli ordinamenti giuridici odierni è interpretata –in maniera veramente miope– come «imperfetto sviluppo della personalità giuridica dello Stato romano»[61]. Va, peraltro, riconosciuto che la responsabilità maggiore di tale incomprensione è da ascriversi (con onorevolissime eccezioni) agli stessi romanisti. E' manifestazione macroscopica di tale responsabilità il fatto che è pressoché impossibile trovare riferimenti alla azione popolare nei manuali di Diritto romano[62], anche nelle loro ultime versioni, così che gli studenti e i laureati in Giurisprudenza, normalmente, ne ignorano la esistenza. La stessa azione popolare romana attende uno studio aggiornato che ne chiarisca –ad esempio– la estensione della legittimazione attiva tra *cives* e *peregrini*.

Tuttavia e fortunatamente –proprio in riferimento alla ri-proposizione odierna della azione popolare per la tutela dei beni ambientali– si possono registrare tra i giuristi positivi orientamenti recenti, volti al recupero cosciente e, quindi, corretto di istituti appartenenti al sistema giuridico romano, non avulsi dalla logica di quel sistema, la quale logica anzi si cerca di comprendere e di sostituire alla logica degli ordinamenti giuridici odierni[63].

Per ottenere risultati consistenti, è, ora, necessario, da parte di giuristi positivi e di romanisti, il lavoro interdisciplinare di interpretazione storica e dogmatica, al fine di individuare e costruire istituti di diritto sostanziale e processuale, i quali saranno strumenti efficienti ed efficaci nei risultati soltanto se inseriti in- ed espressione di un *sistema* giuridico organicamente e complessivamente *adeguato*.

[1] Questo scritto riproduce, con qualche integrazione, il testo di una mia comunicazione, rivolta ad un pubblico di non soli giuristi, nel Convegno internazionale "Religioni e civiltà del Mediterraneo. Cultura e sistemi economici e territoriali", tenutosi a Roma, dal 5 al 9 settembre 2000. Anche per ragioni di tempo, gli ho lasciato la impostazione schematica e il ridotto apparato di fonti e di dottrina. In materia di diritto romano e ambiente, non posso però esimermi dal ricordare la monografia fondamentale di A. DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza I Il ruolo di Labeone*, Milano 1990 e quella recentissima di G. SANNA, *Tutela giuridica dell'ambiente. Normativa e dottrina*, Sassari 2004.

[2] Vedi Simona BERTOGLIO, *La sete mondiale*, Milano 6 dic. 1999 e *L'acqua: un 'diritto umano fondamentale'* in Ed. Ambiente Srl Milano © 1997 – 2000 (<http://reteambiente.it/news/SB>).

[3] Marco con virgolette l'aggettivo 'divisa' perché non si tratta soltanto di una *distinzione* ma di una vera e propria *separazione* tra le due entità. E', anche questa, una caratteristica degli ordinamenti odierni, la rilevanza della quale si intende nel prosieguo della esposizione.

[4] F. DEL GIUDICE [a cura di], *Nuovo dizionario giuridico*, Napoli 1996, s.v.

[5] G. BRANCA-G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1992, 153.

[6] E/o agli altri Enti pubblici, che sono -comunque- parti/creature dello Stato (orientamenti riformatori a parte: si pensi alle riforme e ai progetti di riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione italiana).

[7] Vi è, poi, il demanio militare.

[8] E le miniere: R.D. 1443/27.

[9] Sentenza della Corte di Cassazione n. 307, del 2 maggio 1944.

[10] V., *infra*, prgf. 2.c.

[11] Ciò, in qualche modo, dà ragione anche della implosione degli ordinamenti socialisti, oramai defunti, nei quali il diritto soggettivo di proprietà *era* -tendenzialmente- soltanto dello Stato.

[12] Come osserva G. ASTUTI, *Acque. Introduzione storica generale*, in *Enciclopedia del Diritto*. I, Milano 1958, 348 «concezioni privatistico-patrimoniali tipiche degli ordinamenti feudali».

[13] Sul ruolo fondamentale del contributo hobbesiano alla costruzione prima moderna e quindi contemporanea dello Stato, fino alle teorie di Kelsen e oltre, v. G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, 245 ss.

[14] Il 'Welfare State', iniziato con le prime assicurazioni sociali, volute da Bismark nel 1880 (P. FLORA e J. ALBER, *Sviluppo del Welfare State e processi di modernizzazione nell'Europa occidentale*, in P. FLORA e A.J. HEIDENHEIMER [a cura di], *Lo sviluppo del Welfare State in Europa e in America*, Bologna 1983, 12), peraltro interpretato anche come forma di controllo di quelle parti della popolazione che il progresso capitalistico mette da parte come inutile, incapace o inadatta (Y. MENY e J.C. THOENIG, *Le politiche pubbliche*, Bologna 1991, 25 ss.) è entrato in crisi appena cento anni dopo, con la svolta secca della amministrazione statunitense del presidente Reagan (G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione*, Bologna 1983, 95 ss.), che traduce in atti di governo la critica alle teorie keynesiane da parte degli economisti della cosiddetta 'scuola di Chicago': Milton Friedman, padre del 'monetarismo', George Stigler, teorico della 'deregolamentazione', e Ronald Coase studioso dei costi di transazione e dei diritti di proprietà, i quali riprendono la linea degli illuministi scozzesi (v., *infra*, nt. 26). A questa stessa linea può ricondursi il filosofo

italiano del diritto, Bruno Leoni, il quale, in un saggio scritto in inglese nel 1961 (*La libertà e la legge*, tradotto in italiano soltanto nel 1994) propugna il ricorso alla 'common law', in quanto più consona ai diritti individuali e alle esigenze del mercato.

[15] Maria Gabriella Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, 15.

[16] Sulla differenza tra inter-nazionale e sopra-nazionale v. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965.

[17] BRANCA-ALPA, *op. cit.* 17; v., ora, il D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della L. 8 ottobre 1997, n. 352", in part. il Tit. II "Beni paesaggistici e ambientali".

[18] Cfr., *supra*, nt. 9.

[19] Art. 7 «Azione popolare, diritti d'accesso e di informazione ai cittadini. § 1. Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune».

[20] Art. 18 della legge n. 349 del 1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente, quindi riformata con le leggi 265 del 1999, 388 del 2000 e 93 del 2001.

[21] E' assolutamente notevole che l'art. 7 (introduzione della azione popolare nell'ordinamento comunale) è inserito nel Capo II della legge, rubricato "Partecipazione popolare" e costituito di tre articoli, 6, 7 e 8, di cui il primo disciplina la "Partecipazione popolare" e il terzo il "Difensore civico": la riproposizione di elementi strutturali importanti del sistema giuridico repubblicano romano è tanto più straordinario in quanto –apparentemente– non programmato e –forse– neppure avvertito dal legislatore.

[22] Cfr., *supra*, nt 13.

[23] Sulla nozione di popolo come insieme di *cives*, v. P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974.

[24] Di "concetto dimenticato", nel corso dell'evo contemporaneo, scrive, a proposito di una istituzione fondamentale del diritto pubblico romano, riproposta nel 700, P. CATALANO, *Un concetto dimenticato – potere negativo*, in *Aggiornamenti sociali*, 9-10, 1994.

[25] In proposito, v. G. LOBRANO, *Res publica res populi*, cit., 245 ss.

[26] E' la c.d. "scuola illuministica scozzese" a produrre la nuova scienza della economia, caratterizzata dalla fondazione su "leggi del mercato", di cui i 'costituzionalisti' si fanno, ancillarmente, carico. Ai filosofi scozzesi David Hume (1711-1776), Adam Ferguson (1724-1816) e Adam Smith (1723-1790), la dottrina connette, sotto il comune denominatore dell'individualismo liberale', i precedenti John Locke (1632-1704) e Bernard de Mandeville (1670-1733), i contemporanei Josiah Tucker (1712-1799), Edmund Burke (1729-1797) e William Paley (1743-1805), i quali attingono alla tradizione della *common law*, i francesi Montesquieu e Alexis de Tocqueville (1805-1859). Semplificando, possiamo dire, che dopo la parentesi keynesiana, questa scienza è nuovamente imperante. Ad onta, infatti, della eco suscitata dal saggio "The Tragedy of Commons", pubblicato nel 1968 sulla rivista *Science*, il cui autore Garret Hardin rilevava gli effetti disastrosi della razionalità di tipo privato per i beni comuni via via più scarsi e più richiesti, si veda, ad esempio, il saggio recente di Michel Rosenfeld, uno dei giuristi più noti negli Stati Uniti, 'Professor of Law' della Benjamin Cardozo School of Law di New York, sul fondamento economico dell'etica, del diritto e della politica. Rosenfeld, richiamandosi alle teorie di Adam Smith e citando A.R. POSNER, *Economic Analysis of Law*², Boston-Toronto 1977; ID., *The Economics of Justice*, Cambridge [Mass.] 1981 (secondo il quale le regole e i principi giuridici devono interpretarsi in modo da promuovere la "massimizzazione della ricchezza") afferma che i soggetti i quali partecipano al mercato hanno l'obbligo morale di perseguire in maniera egoista il proprio interesse (M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, tr. it., Bologna 2000, in part. 38 e 78 ss.; v. V. DI CAGNO, *Derecho romano y Common Law. Comparación entre algunos valores de la civilización humana*, comunicazione al Seminario Caribeño de Derecho romano, La Habana, febbraio 2004; cfr., *supra*, nt. 14).

[27] *Heutiges römisches Recht*, 1840-49. In proposito, v. G. LOBRANO, *Del Defensor del pueblo al Tribuno de la plebe: regreso al futuro*, in *UGMA Jurídica – Revista de la Facultad de Derecho – Universidad Gran Mariscal de Ayacucho* (Barcelona-Estado Anzoátegui-Venezuela) Año 2/ n. 2/ 2003, 9-36 e in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Università di Roma Tor Vergata 2003.

[28] V. ancora G. LOBRANO, *Res publica res populi*, cit., 92 ss. e *passim*.

[29] Sulla specificità della compilazione giustiniana rispetto al diritto romano precedente e sul nesso tra tale specificità e la influenza del pensiero cristiano si è sviluppata una abbondante dottrina. E', peraltro, ovvio che anche il pensiero cristiano è influenzato dalla scienza giuridica romana. Si vedano A. BARZANÒ, *Il cristianesimo nelle leggi di Roma imperiale*, Milano 1996; G. BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, Paris 1912; ID., *La codificazione giustiniana e il cristianesimo*, Pavia 1935, estr. da *Atti Congr. Int. Dir. Rom.* (Roma 1933) II; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 3 voll., Milano 1952-54; C. GRAY, *Il diritto nel Vangelo e l'influenza del cristianesimo sul diritto romano*, Roma 1922; L. ORABONA, *Cristianesimo e proprietà: saggio sulle fonti antiche*, Roma 1964; J.M. PALACIO, *Concetto cristiano della proprietà*, tr. it. di A. Fanfani, Milano 1937; S. RICCOBONO, *L'influenza del cristianesimo nella codificazione di Giustiniano*, in *Scientia* vol. V, anno III, Bologna 1909; A.N. SHERVIN-WHITE, *Roman Society and Roman Law in the New Testament*, Oxford 1963; P.E. TAVIANI, *La proprietà privata nel pensiero cristiano*, Milano 1937; R.T. TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris 1844.

[30] S. BERLINGÒ, *Dal mare nostrum al mare aperto. Contributo per un'ermeneutica 'mediterranea' dei sistemi giuridici*, in F. SINI e P.P. ONIDA (a cura di), *Poteri religiosi e istituzioni. Il culto di San Costantino imperatore tra oriente e occidente*, Torino 2003.

[31] K. HAUSHOFER, *Grenzen in ihrer geographischen und politischen Bedeutung*, Berlin 1927, 74 s.; 162 ss. (citato da P. CATALANO, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano*, in W. HAASE [hrsg.], *ANRW II Principat* 16. 1, Berlin-New York 1978, 512 nt.302). Si noti, inoltre, che, secondo C. GRAY, *Il diritto nel Vangelo e l'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, 1922, riedizione anastatica Roma 1972, 77, il massimo delle limitazioni al diritto di proprietà, nel diritto giustiniano, lo si raggiunge precisamente nel regime delle acque. Giustiniano avrebbe, infatti, regolato il diritto dell'acqua, bene di tutti e di nessuno, secondo il principio della "carità giuridica".

[32] In proposito, v. P. CATALANO, *Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990.

[33] Fermandomi alle categorie principali, ricordo che le fonti giuridiche romane distinguono le cose: **α)** secondo il carattere della corporeità, fra *res corporales* e *res incorporales*, **β)** secondo la loro condizione giuridica, fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, *res in patrimonio* e *res extra patrimonium*, *res in commercio* e *res extra commercium*, *res divini iuris* (*res sacrae*, *res religiosae* e *res sanctae*) e *res humani iuris* (*res privatae*, *res publicae*, *res universitatis* e *res communes omnium*), **γ)** secondo altre caratteristiche, fra *res soli* e le altre *res* (mobili), *res quae usu consumuntur* e le altre *res* (inconsumabili), *res quae sine interitu dividi non possunt* e le altre *res* (divisibili), *corpora quae ex uno spiritu continentur* (cose semplici) *corpora ex cohaerentibus* (cose composte) e *corpora ex distantibus* (cose complesse) e, ancora, **δ)** individuano le *partes* o *portiones* (parti di cose), gli *instrumenta* e *ornamenta* (cose accessorie) e i *fructus* (frutti naturali e civili delle cose). Cfr. (ad es.) A. BURDESE, *Manuale di Diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 166 ss.

[34] Gli uomini sono concepiti e indicati dai giuristi romani sia come *res* sia come *personae* a seconda del ruolo giuridico da essi svolto e lo stesso uomo può transitare, con -relativa- facilità, dal ruolo di *persona* al ruolo di *res* e viceversa. Cfr. inoltre, *infra*, nt. 37.

[35] Sul nesso tra la concezione del diritto come *sistema* (anziché come *ordinamento*) e sulla capacità -conseguente- di concepire la operatività (v. *infra*) del diritto naturale, resta fondamentale la riflessione di Catalano, per la quale rinvio alla ricostruzione effettuatane recentemente in P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002, 128 ss.

[36] La questione del *ius naturale* e, in particolare, della sua applicazione in materia di acque è -ovviamente- complessa, anche perché si tratta di una elaborazione che (pure affondando le proprie radici in un passato arcaico) raggiunge la maturità soltanto in epoca relativamente avanzata, cioè nel secolo III dopo Cristo. Per questo argomento, mi sono avvalso della sintesi fattane da P. CATALANO nella voce "Giustiniano" della *Enciclopedia Virgiliana*, Roma 1985, s.v., sintesi che spero di non tradire.

[37] Ai giuristi romani non fa specie pensare i diritti reali come relazioni tra persone e cose (distinguendoli, così, dai diritti di obbligazione, pensati come relazioni tra persone), mentre i romanisti 'germanici' contemporanei sentono il bisogno di concepire sia i diritti reali sia i diritti di obbligazione soltanto come relazioni tra persone: assoluti i primi, relativi i secondi. PH. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des IIe et IIIe siècle*, in *SDHI* 47 1981, 195 ss. pensa ad un «panthéisme diffus qui est la marque de la pensée antique» e lo pone in relazione con il formarsi della idea romana del *ius naturale*.

[38] Ivi compresi gli animali non umani; v. ancora P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, cit., *passim*.

[39] «Quei tempi vengono descritti, per spiegare –da un punto di vista giuridico-religioso– i Saturnalia e con riferimento alla poesia di Virgilio, da Macrobio (Sat. 1.7.18 ss. [...] 23 s. [...] 26 ... G. [eorgiche di Virgilio] 1.126 s. [...] Macr. Sat. 1.8.3)»; «l'età dell'oro è caratterizzata, anche secondo V. [irgilio], dalla mancanza della proprietà privata [...] e della schiavitù. Il quadro della mancanza di proprietà privata e di schiavitù non è diverso da quello implicito nei passi [...] di Marciano, Ulpiano, Ermogeniano, Giustiniano» (CATALANO, *Giustiniano*, cit., 763).

[40] *Inst.* 1.2 pr. *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit, nam ius istud non umani generi proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio: videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censer* (cf. Ulp. *D.* 1.1.1.3); *Inst.* 1.2.2 ... *Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. Iure etenim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.*

[41] Ulp. *D.* 1.1.4 *Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis; ... quum iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esse nota manumissio, quum servitus esset incognita ...*; Hermog. *D.* 1.1.5 *Ex hoc iure gentium introduca bella discretarum gentes, regna condita, domina distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae a iure civili introductae sunt.*

[42] Ancora CATALANO, *Giustiniano*, cit., 762 s.

[43] ... [res] vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali iure communis sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum ... Et quidam naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis absteat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.

[44] Cfr., *supra*, nt. 33.

[45] Diversamente Gai 2.1, però riportato in *D.* 1.8.1 pr.

[46] Come può accadere nel contesto degli ordinamenti positivi odierni, per la mancanza del titolare delle *res communes*. Sostiene, ad es. G. ASTUTI, *Acque. Introduzione storica generale*, cit., 356, che «Dopo la fine del III secolo, quando non si ravvisò più nel popolo romano il soggetto titolare delle *res publicae* e questa espressione significò solo più cose destinate all'uso pubblico, i *publica flumina* si vennero a trovare, al par delle pubbliche vie, in condizione giuridica che per un verso è quella delle *res communes omnium*, e per l'altro delle *res nullius*, capaci di appropriazione».

[47] M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., 61.

[48] Vedi L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in Diritto romano*, Milano 1966, in part. 52 ss. § II 6 "Il regime giuridico dell'*aqua profluens*", con una posizione conclusiva che non condivido ma con una valida messa a punto della stato delle fonti e della dottrina.

[49] Vedi, oltre M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana. Profili di tutela processuale e di inquadramento sistematico*, Milano 2003; N. CHARBONNEL et M. MORABITO, *Les rivages de la mer: droit romain et glossateurs*, in *RHDFE* 4e série 65 1987, 23 ss.; J. PLESCIA, *The Development of the Exercise of the Ownership Right in Roman Law*, in *BIDR* 3a serie 27 1985, 181 ss.; ID., *The Roman Law of Waters*, in *Index* 21, 1993, 433 ss.; G. SANNA, *Il mare patrimonio dell'umanità: l'esperienza giuridica romana*, estr. da AA.VV., *VI Settimana della cultura scientifica – 22-31 marzo 1996*, Sassari 1996, 1 ss. Cfr. A. MALISSARD, *Les Romains et l'eau*, Paris 1994; V. MANNINO, *Struttura della proprietà fondiaria e regolamentazione delle acque per decorso del tempo nella riflessione della giurisprudenza di età imperiale*, in AA.VV., *Uomo acqua e paesaggio. Atti dell'Incontro di studio sul tema Irregimentazione delle acque e trasformazione del paesaggio antico – 22-23 novembre 1996* [= Atlante tematico di topografia antica. II supplemento – 1997], 21 ss.

[50] M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., 40 ss.

[51] C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, 25 ss.

[52] A. RUGGIERO, *L. Volusio Meciano tra giurisprudenza e burocrazia*, Napoli 1983, 37 ss.

[53] A. LUGO, *Azione popolare*, in *Enciclopedia del Diritto* IV 1959, s.v.

[54] Da L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, in *Enciclopedia del Diritto* XXI 1971, s.v. Le citazioni in lingua tedesca rinviano a BERGER, *Interdictum*, in P.W. R. *Enz.* IX pt. II, 1916, 1610 e s. Capogrossi interpreta così la formula di Paolo in D. 47.10.14 (*ad privatas ... causas accomodata interdicta sunt, non ad publicas*): «Nell'affermare questo principio il giurista romano doveva probabilmente considerare il fatto che, presupposto per l'applicazione di qualsiasi interdetto, anche di quelli relativi alla tutela dei beni pubblici, era l'intervento di un interesse privat. Senza la richiesta di un privato cittadino a ciò interessato infatti il magistrato non poteva emanare alcun interdetto».

[55] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Interdetti*, cit., 920.

[56] Cfr., *supra*, nt. 54.

[57] Nel libro 43 del *Digesto* di Giustiniano, dedicato alla tutela interdettale, troviamo la tutela dell'uso comune dell'*aqua fluens* (v., in part., D. 43. 13 "*Ne quid in flumine publico fiat, quod aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*") e del mare (D. 43.12.1.17 Ulp. 68 ad ed. *Si in mari aliquid fiat, Labeo competere tale interdictum: "ne quid in mari inve litore" "quo portus, statio iterve navigio deterius fiat"*).

[58] Cfr., *supra*, nt. 15.

[59] Cfr., *supra*, ntt. 19 e 21.

[60] M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana*, cit., 160 nt. 4 «Una felice panoramica della "fortuna" e del rapido oblio che toccò in sorte all'azione popolare è tracciata da Di PORTO, *Interdetti popolari*, cit., 490 ss., con convincenti osservazioni sulle motivazioni, tutte politiche, che portarono allo scorcio del secolo XIX ad accantonare ogni ipotesi di riforma finalizzata ad introdurla nel sistema processuale italiano. Già F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari. Le 'actiones populares'*, Napoli 1957, 1 ss., a ragione aveva riportato l'acceso dibattito sulla natura delle azioni popolari al più generale problema della posizione del cittadino nell'ambito dello stato liberale di tardo sec. XIX (secondo la formazione di studiosi come Codacci-Pisanelli o Mommsen), nel quale l'interesse dello stato era generalmente ravvisato come sovraordinato a quello del cittadino; su questa base era difficile ipotizzare un personale interesse dell'attore che agisse a tutela di un interesse pubblico. Ciò spiega per un verso le resistenze sorte sul piano teorico contro l'idea dell'a. popolare come prodotto di un interesse dell'attore, da cui scaturì l'interpretazione di tali azioni in chiave meramente procuratoria, di cui si fece portatore in particolare Mommsen; e per un altro, in punto di politica legislativa de iure condendo, l'intransigente opposizione alle voci di Fadda e Scialoja favorevoli alla sua introduzione nel sistema processuale italiano». La citazione completa dello scritto di Di Porto è *Interdetti popolari e tutela delle res in usu publico: linee di una indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana*, Atti del Seminario torinese (4 – 5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera, Napoli 1994, 481-520.

[61] Così A. LUGO, *Azione popolare*, cit., 866. Neppure posso condividere la variante secondo la quale il diritto romano giustiniano costituirebbe una sorta di ponte tra la concezione 'concreta' del *populus* dei *cives* della prima epoca repubblicana e la concezione 'astratta' dello Stato-persona moderno. Ritengo, invece, che la sistemazione giustiniana sviluppa e consolida la concezione più risalente, come dimostra – esemplarmente – proprio la dottrina del *ius naturale*.

[62] Già osservato da F.P. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo* 1, 1955, 131 ss.

[63] Per quanto riguarda la situazione italiana, è degno di nota l'importante orientamento giurisprudenziale della Corte dei Conti, sostenuto in particolare dal già Procuratore della Corte dei Conti della Regione Lazio ed ora Giudice costituzionale, Paolo Maddalena. Se ne veda il discorso di apertura dell'anno giudiziario 2000 della Corte dei Conti della Regione Lazio. Cfr. la 'vecchia' sentenza della stessa 'Corte dei Conti' (15 maggio 1973) in *Foro amministrativo* 1973 e P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990; ID., *Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione*, in CERP – CENTRE D'ETUDES, DE RECHERCHES ET DE PUBLICATIONS, *Les zones protégées en Méditerranée: Espaces, espèces et instruments d'application des conventions et protocoles de la Méditerranée* [= Actes du Colloque de Tunis – Novembre 1993], Tunis 1995; ID., *L'evoluzione della tutela ambientale e l'azione popolare prevista dall'art. 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265*, in *Rivista Amministrativa*, 1999 (cfr., G. LOBRANO, *Dalla rete di città dell'Impero municipale romano' l'alternativa al pensiero unico statualista anche per la 'Costituzione' europea*, in AA.VV., *Roma la convenzione e il futuro dell'Europa*, Milano 2003, 47 ss.).