

GIOVANNI CARLO SEAZZU

RES COMMUNES OMNIUM OGGI

Il paradosso dominante e il ripensamento necessario

G.C. Seazzu *Res communes omnium oggi*

ISBN 978-88-6611-959-3



9 788866 119593

€ 12,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

GIOVANNI CARLO SEAZZU

RES COMMUNES OMNIUM OGGI

Il paradosso dominante e il ripensamento necessario

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Abstract

Il fenomeno grave e crescente di esaurimento mondiale delle risorse ambientali, tra cui l'acqua potabile e per uso irriguo, ne ha fatto cercare la migliore gestione giuridica: nella appartenenza "comune" e, quindi, nella titolarità "popolare" della azione di tutela; ovverosia: negli istituti, di Diritto romano, delle *res communes omnium* e delle *actiones populares*.

Il ricorso a tali istituti appare, però, "bloccato" dalla difficoltà di accoglienza (quando non proprio dal rigetto) da parte degli ordinamenti giuridici "odierni"; caratterizzati: dalla (esauriente) dicotomia beni privati e beni "pubblici = statali" e, quindi, dalla gestione "sostitutiva/rappresentativa" dei secondi.

Le risposte scientifiche anche recenti alla difficoltà si dividono tra: a) la negazione della consistenza e/o della utilità attuale dell'istituto delle *res communes omnium*; b) la individuazione della sua radicazione storico-dogmatica (insieme a quella dell'istituto delle *actiones populares*) nel Diritto non del *Corpus Iuris* ma di una antica nonché pre(- e oggettivamente anti)-imperiale età "repubblicana".

Entrambe le risposte fanno, però, capo alla medesima dottrina, di origine pandettistica e tutt'ora assolutamente dominante; la dottrina, cioè, della sostanziale identità del diritto del *Corpus Iuris* con il diritto odierno. Di tale dottrina, la prima risposta appare riprendere la formulazione originale, riconducibile a Savigny-Mommsen; la seconda risposta appare riprendere la formulazione revisionata, riconducibile a Riccardo Orestano.

La tesi qui accolta è, invece, che la difficoltà odierna alla utilizzazione – anche – di questi istituti giuridici romani dipende paradossalmente proprio dalla dottrina dominante, nella sua interezza: essa ostacola la comprensione delle speculari specificità sia del Diritto romano sia del diritto odierno e, pertanto, la corretta ed efficace utilizzazione – anche – di questi istituti.

La ipotesi qui formulata è, quindi, che, a sostanziale differenza del “sistema” giuridico odierno, nel “sistema” giuridico romano (reso repubblicano con la cacciata dei re, codificato – come tale – nel *Corpus Iuris Civilis* e, oggi, diffusamente ma inefficacemente auspicato): a) tutti i “beni” (le *res*) non destinati alla utilità individuale (*singularum*) hanno sempre natura di “beni comuni” (*res communes*) e le *res communes omnium* sono ‘soltanto’ un livello (filosoficamente il primo) del sistema pluri-livellare (“quantistico”) delle *res communes*; b) la natura “comune” dei beni postula (pena la propria irrilevanza ovvero la contraddittorietà del sistema) un corrispondente regime di partecipazione dei membri della comunità alle volizioni che quei beni concernono, regime di cui le *actiones popu-*

lares sono ‘soltanto’ *una* manifestazione (storicamente la prima).

Il ricorso agli istituti delle *res communes omnium* e delle *actiones populares* necessita, sul piano della conoscenza, di un ulteriore ripensamento: sia del “sistema giuridico romano” sia del “sistema giuridico odierno” e quindi, “*de iure condendo*”, di una riforma degli ordinamenti giuridici odierni sul “modello” del sistema giuridico romano, in particolare per quanto concerne: la concezione della natura della unità collettiva e, ancor più, il regime della sua volizione.

Indice

Premessa

- α. Necessità e difficoltà di realizzare il regime di Diritto romano (quasi) unanimemente richiesto per l'acqua 13
 - β. Attuale paradosso storico-dogmatico 21
 - γ. Doveroso ripensamento storico-dogmatico 23
- 1. Paradosso: difficoltà ad applicare gli istituti romani per la sopravvenuta identificazione del Diritto romano al diritto odierno**
- a. *Identificazione e restaurazione nel secolo XIX* 33
 - b. *Contrapposizione e rivoluzione nel secolo XVIII* 38
- 2. Doveroso ripensamento: delle reciproche specificità del Diritto romano e del diritto odierno**
- a. *«I beni comuni possono essere definiti “res communes omnium”?»* 45
 - b. *Res communes omnium: «categoria “senza capo né coda”?»* 48

c. <i>Res communes omnium e actiones populares: istituti di un Diritto romano repubblicano non accolto nel CJC?</i>	55
d. <i>Ripensare il “sistema giuridico” romano per riformare l’odierno con il ricorso ai ‘beni comuni’ e alla ‘azione popolare’</i>	66
Bibliografia	85

Premessa

- a.** *Necessità e difficoltà di realizzare il regime di Diritto romano (quasi) unanimemente richiesto per l'acqua*

Il tema del diritto che disciplini al meglio il bene¹ acqua (come, più in generale, i beni ‘ambientali’)² è estrema-

¹ *Codice civile*, Titolo I “Dei beni”, Capo I “Dei beni in generale”, Art. 810 “Nozione” «Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti».

Alla nozione giuridica romana espressa con la parola latina “*bona*” è dedicato il saggio di Barbara BISCOTTI, “Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni”, in L. GAROFALO, a cura di, *I beni di interesse pubblico nell’esperienza giuridica romana*, I, Napoli 2016.

Per una trattazione generale sulle “cose” in Diritto romano, rinviamo ovviamente a G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Modena 1931, ora leggibile in *Rivista di Diritto romano*, I, 2001, con una “Nota di lettura” di Filippo Gallo. Grosso, peraltro, non si sofferma sulle *res communes omnium* (vedi op. cit., p. 29).

² Come esempio dell’ampio spettro di applicazione odierna della categoria antica, si veda M. FALCON, “*Res communes omnium* e diritto dell’‘outer space’. Contributo al dialogo sulla ‘Roman space law’”, in *Teoria e storia del diritto privato*, XII, 2019; cfr. ID. “*Res*

mente attuale per tutti ma concerne particolarmente i romanisti. La sua trattazione, da un lato, li confronta ad un vero e proprio paradosso e, d'altro lato, li sfida a un vero e proprio ripensamento di istituti essenziali sia del “sistema” giuridico romano sia del “sistema” giuridico odierno, a iniziare – per noi – dalla sua manifestazione nell’“ordinamento” giuridico italiano³. Sia il ‘paradosso’ sia il ‘ripensamento’ riguardano il rapporto tra il Diritto romano e il diritto odierno: da entrambi i punti di vista, pubblico e privato, e su entrambi i piani, sostanziale e processuale.

Il diritto all’acqua è proclamato “diritto umano fondamentale” per la necessità di garantire a tutti gli abitanti del pianeta l’accesso a questa risorsa irrinunciabile⁴. I problemi principali sono stati individuati nei connessi fe-

communes omnium. Vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana”, in L. GAROFALO, a cura di, *I beni di interesse pubblico nell’esperienza giuridica romana*, I, Napoli 2016 (in part. § 6 “Dell’utilizzo e dell’utilità della categorizzazione marcianea oggi: i corpi celesti e l’‘outer space’”).

³ A proposito di ‘sistemi’ e ‘ordinamenti’, si veda, *infra*, nt. 98.

⁴ T.E. FROSINI, “Dare un diritto agli assetati”, in *Analisi Giuridica dell’Economia. Studi e discussioni sul diritto dell’impresa*, 2010, ora in A. NUZZO - P. VALENSISE, a cura di, *Acqua. Superior stabat lupus...*, pp. 29-38 § 1 «in punto di diritto, non può non riconoscersi che l’acqua è un diritto umano, anzi un diritto *naturale* fondamentale»; cfr. L. GAROFALO, “Osservazioni sul diritto all’acqua nell’ordinamento internazionale”, *ibidem*, pp. 15-28, in part. § 3: sull’acqua quale diritto umano fondamentale.

nomeni della iniquità nella fruizione e dell'inquinamento⁵.

Si tratta di 'problemi' che investono istituti basilari: quello, di diritto sostanziale, della titolarità del "bene" acqua, e quello, di diritto processuale, della titolarità delle

⁵ Per una panoramica delle norme costituzionali italiane (artt. 2, 3, 33, 44 e 117) in cui si può ravvisare il riconoscimento di "un diritto fondamentale (anche) all'acqua" e delle "dichiarazioni sovranazionali" che "affissano nelle loro carte" il diritto "all'accesso all'acqua potabile e alle misure igieniche" si veda ancora T.E. FROSINI, op. cit., § 2.

Sulla dichiarazione conclusiva del quarto "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 e che ha proclamato l'acqua "diritto umano fondamentale", si veda: Comitato internazionale per un *Contratto Mondiale dell'Acqua Storia, obiettivi, analisi, denunce e strategie*", in Luisa AURELI BERGOMI, a cura di, "Dossier Acqua - La grande sfida del XXI secolo: il diritto alla vita per tutti", progetto *Intra montes*, N. 8 - nov. 2002 «Tra il 7 e il 9 Giugno 2000 il Comitato internazionale è presente a Bruxelles in occasione del "Quarto Vertice dei Sette Paesi più Poveri" (il P7), imperniato sul tema "L'Acqua. Diritto alla vita per tutti nel XXI secolo" ed organizzato dal Gruppo dei Verdi del Parlamento europeo; è in questa occasione che viene anche lanciata la campagna "Acqua per tutti"». Cfr. G. LOBRANO, "Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistematica e *de iure condendo*", in *Diritto@Storia*, III, 2004, "Premessa".

Per un aggiornamento sulle iniziative sovranazionali: C.H. SAITO, "Global Water Partnership e as ideias-chave em sua nova estratégia global 2020-2025", in *Revista de Gestão de Água da América Latina*, v. 16, e13, 2019; cfr. ID., "Segurança hídrica e direito humano à água", in A. RUSCHEINSKY - Cleide CALGARO - T. WEBER, orgs., *Ética, direito socioambiental e democracia*, Caxias do Sul - RS - Brasil 2018, pp. 94-108, in part. pp. 100 s.

azioni a sua tutela. Dopo una fase durante la quale si è cercata la soluzione di tali problemi nella privatizzazione e che possiamo considerare – con prudenza – superata⁶, negli ultimi anni (che sono anche i primi del secolo XXI)⁷ le soluzioni sono individuate negli istituti, rispettivamente: della appartenenza “comune” del bene acqua⁸ e della

⁶ Si veda S. STAIANO, “Note sul diritto fondamentale all’acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione”, in *Federalismi.it*, 9 marzo 2011, §§ “5. Il diritto all’acqua nel contesto internazionale. – 6. Il diritto all’acqua nel contesto europeo. – 7. Il caso italiano. – 7.1. Gli oscillanti orientamenti legislativi. – 7.2. L’ideologia della privatizzazione. – 7.3. L’iniziativa referendaria. – 7.4. Regolazione e vigilanza”.

Sulla formula “Acqua Bene Comune”, quale ‘slogan’ della campagna referendaria, svolta in Italia nel 2011, per sostenere il referendum del 12-13 giugno pro abrogazione di alcune norme volte alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica, tra i quali il Servizio Idrico Integrato, vedi la tesi di Dottorato di Ricerca in Linguaggi Politici e Comunicazione, sostenuta presso il Dipartimento di Comunicazione e Ricerca Sociale Università di Roma “La Sapienza”, da Francesca BELOTTI, *Il bene comune tra scienza e senso comune Linguaggi, concezioni ed esperienze*, Roma a.a. 2013-14.

⁷ Di “rivoluzione del secolo XXI” scrivono, ad es., Pierre Dardot e Christian Laval. Si veda, *infra*, nt. 8.

⁸ Il richiamo ai beni comuni è particolarmente diffuso. Di «fortuna che da qualche tempo arride al tema del “bene” o dei “beni” connotati come comune/comuni» scrivono Marco Fioravanti, Ennio Igor Mineo e Luca Nivarra, i quali la definiscono «singolare, ambigua fortuna ben manifestata sia dall’attenzione crescente da parte di giuristi, scienziati sociali e storici, sia dalla loro veloce integrazione nel dibattito politico e persino nei vocabolari della politica istituzionale» segnata e compromessa però da un grave “rischio di indeterminazione”» (ID., “Dai beni comuni al comune. Diritto, Stato e storia”,

in *Storia del pensiero politico*, Fascicolo 1, gennaio-aprile 2016, recensione di P. Dardot - C. Laval, *Commun. Essai sur la Révolution au XXIe siècle*, Paris 2014 [tr. it. *Del Comune o della rivoluzione nel XXI secolo*, Roma 2015]).

Degli studi dedicati alla categoria di “beni comuni”, ricordiamo qui (senza nessuna pretesa di completezza): M. FIORENTINI, “L’acqua da bene economico a «*res communis omnium*» a bene collettivo”, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2010, Vol. 1, cit.; ID., “Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni”, in *BIDR*, 111, 2017, pp. 75-103; ID., “*Res communes omnium* e ‘commons’. Contro un equivoco”, in *BIDR*, 113, 2019, pp. 153-182; A. DANI, “Tra ‘pubblico’ e ‘privato’: i principi giuridici sulla gestione dei beni comuni ed un “*consilium*” cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi”, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI, a cura di / hrsg., *Gli inizi del diritto pubblico, 3: Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3: Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, Bologna-Berlin, 2011, pp. 599-638; ID., “Il concetto giuridico di “beni comuni” tra passato e presente”, in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, 6, 2014; Maria Rosaria MARELLA, “Per un diritto dei beni comuni”, in EAD., a cura di, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012; A. DI PORTO, *Res in usu publico e ‘beni comuni’. Il nodo della tutela*, Torino 2013; A. SACCOCCIO, “La tutela dei beni comuni. Per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle *res communes omnium* e delle *res in usu publico*”, in *Diritto@Storia*, XI, 2013; F. RINALDI, “Proprietà e «beni comuni», verso il «bene comune?»”, in www.dirittifondamentali.it, 2014; F. VIOLA, “Beni comuni e bene comune”, in *Diritto e Società*, 3, 2016, in part. § 6. “Tre profili d’interazione fra beni comuni e bene comune”; Barbara BISCOTTI, “Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni”, in L. GAROFALO, a cura di, *I beni di interesse pubblico nell’esperienza giuridica romana*, I, Napoli 2016; D. DURSI, *Res communes omnium. Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli

sua tutela mediante azione “popolare”⁹. Essi appaiono, *ictu oculi*, riproposizioni degli omonimi istituti di Diritto romano: delle *res communes omnium* e delle *actiones populares* e tali vengono pressoché unanimemente considerati¹⁰. Essi sono proposti diffusamente o addirittura uni-

2017; Paola LAMBRINI, “Alle origini dei beni comuni”, in Iura, 65, 2017, pp. 394-416; M. FALCON, “*Res communes omnium* e diritto dell’‘outer space’. Contributo al dialogo sulla ‘Roman space law’”, cit.

⁹ Sulle azioni popolari in connessione con la tutela dell’acqua bene comune si veda in particolare G. LOBRANO, “Uso dell’acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistemica e *de iure condendo*”, cit.; A. DI PORTO, *Res in usu publico e ‘beni comuni’. Il nodo della tutela*, cit. e A. SACCOCCIO, “La tutela dei beni comuni. Per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle *res communes omnium* e delle *res in usu publico*”, cit.

Più in generale, sulla utilizzazione odierna dell’istituto romano delle *actiones populares*: M. MIGLIETTA, voce “Azione popolare”, in E. SGRECCIA - A. TARANTINO, a cura di, *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli 2003, pp. 694 ss., pp. 704 ss.; Luo ZHIMIN, “Riflessioni sull’azione popolare da una prospettiva comparativa”, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli 2007, pp. 6065 ss.; Xu GUODONG, “Le azioni popolari in diritto romano e la causa di interesse pubblico in Cina”, in *Diritto@Storia*, IX, 2010; A. SACCOCCIO, “Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e ‘class actions’”, in L. GAROFALO, a cura di, *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, I, Padova 2011, pp. 715 ss.; M. GIAGNORIO, “Brevi note in tema di azioni popolari”, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, V, 2012.

¹⁰ Ritiene siano stati filtrati attraverso la categoria inglese di “Commons” Barbara BISCOTTI, “Dei beni. Punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni”, cit., pp. 2 s.: «nozione giuridica di ‘beni comu-

versalmente pur in assenza di un ‘disegno’; in maniera che appare spontanea, diremmo ‘naturale’: per loro intrinseca forza di suggestione se non proprio di convincimento. Tuttavia, le loro adozione e/o applicazione odierne appaiono decisamente difficili quando non totalmente “bloccate”¹¹.

ni’[...] concetto, originariamente utilizzato in relazione a prospettive economiche e che da alcuni decenni serpeggia attraverso le realtà sociali dei diversi paesi, richiamando anche l’attenzione dei giuristi, nasce in ambito anglosassone, a partire da una terminologia – ‘Commons’ – estremamente antica e radicata in tali tradizioni» ma che comunque «trova le proprie origini nel latino *communis*».

¹¹ Si veda Maria Rosaria MARELLA, “Per un diritto dei beni comuni”, cit., § 2: «La pervasività della dicotomia pubblico/privato, tuttora struttura portante, insieme alla dicotomia soggetto/oggetto, di un diritto che è in larga parte il prodotto del pensiero liberale, rende la dimensione del comune una sorta di missing view dei sistemi giuridici. [...] le proprietà collettive tuttora presenti in molte parti d’Europa sono state percepite dal diritto liberale come corpi estranei e in larghissima parte ridotte nell’estensione e nel contenuto sotto la pressione della forza espansiva della proprietà privata individuale, da una parte, della proprietà pubblica, dall’altra».

Più in generale, sul “blocage” della scienza giuridica odierna, si veda J. LENOBLE - M. MAESSCHALK, *L’action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke 2009, citati da G. LOBRANO - P.P. ONIDA, “Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo”, in *Diritto@Storia*, XIV, 2016, nt. 30.

Si può osservare la percezione del medesimo problema dalla specola della letteratura post-marxiana. Si veda, esemplarmente, la critica da parte di Pierre Dardot e Christian Laval a Lenin (*L’ombre d’Octobre: la Révolution russe et le spectre des soviets*, Montréal 2017; dalla 4^a di copertina: «... le bolchevisme a été la culmi-

La dottrina su entrambi gli istituti – complice il loro odierno tentativo di recupero – è vasta, tuttavia in essa non si trova denunciato il fatto del ‘paradosso’ né indicato il dovere del ‘ripensamento’.

nation fanatique et délirante de la doctrine occidentale de la souveraineté de l’Etat. Tournant le dos à ce communisme d’Etat, une politique commune s’invente aujourd’hui qui renoue avec d’autres expériences révolutionnaires et met en œuvre le principe démocratique de l’autogouvernement») e la critica della critica di Dardot e Laval da parte di Yuri Di Liberto (“Filosofia del ritiro, ritiro della filosofia”, in *MicroMega, Il rasoio di Occam - filosofia/filosofie*, 2020) il quale conclude con una invocazione, senza però risposta, di “proposta politica”: «Forse il tempo delle filosofie del ritiro è finito, o sta per finire. Probabilmente sono formule, quelle del ritiratismo, che perdono sempre di più la loro presa sul mondo, perché ritirarsi è stato più il sintomo di una reazione traumatica (al fallimento del socialismo reale) che una vera e propria proposta politica».

È assolutamente notevole che gli stessi autori i quali nel 2017 denunciano la Rivoluzione del XIX secolo come statalista siano gli stessi che nel 2014 avevano individuato la Rivoluzione del XXI secolo nella opzione per il “comune”, definito: il «principio di autogoverno basato su pratiche conflittuali creatrici di nuove istituzioni: la critica della democrazia rappresentativa, contrapposta a quella basata sull’autogoverno di spazi comuni [... la] possibilità di pensare un diritto oltre lo Stato (e il mercato), ovvero oltre il pubblico e il privato [...] un sistema di relazioni la cui sostanza procede dall’agire comune dei dispositivi di co-obbligazione originati dalla partecipazione degli individui a un medesimo progetto democratico».

Sul punto si veda P. DARDOT - C. LAVAL, *Commun. Essai sur la Révolution au XXIe siècle*, cit.

Sullo storico richiamo al Diritto romano da parte dei fautori e protagonisti della ‘Grande Révolution’, si veda, *infra*, § 2.b.

β. *Attuale paradosso storico-dogmatico*

È ‘nostra’ tesi¹² consistere il ‘paradosso’ nel fatto che la difficoltà a riproporre tali istituti del Diritto romano nel diritto odierno è causata proprio dalla *affermata*¹³ identità sostanziale tra i due diritti.

Tale ‘identità’, infatti, non è assolutamente reale. Essa è soltanto il prodotto (strumentale al potere coevo) della scienza giuridica contemporanea (in particolare della grande scuola giuridica della seconda metà dell’Ottocen-

¹² Ricaviamo tale ‘tesi’ o più sommessamente “ipo-tesi” dagli scritti, principalmente, di Giovanni Lobrano e Pietro Paolo Onida. Citiamo ora: G. LOBRANO, “La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: “persona giuridica e rappresentanza” e “società e articolazione dell’*iter* di formazione della volontà”. Una ipo-tesi (mendeleeviana)”, in *Diritto@Storia*, X, 2011-2012 e ID. e P.P. ONIDA, “Rappresentanza o/e partecipazione”, cit.

Altri scritti di questi autori citeremo nel corso del presente lavoro, dobbiamo però subito osservare che Lobrano, in particolare, ha sostenuto essere la semplice esegesi delle fonti, senza la formulazione di una loro innovativa ipotesi di lettura, apparentemente critica ma sostanzialmente ripetitiva della lettura fattane nella seconda metà dell’Ottocento (vedi ID., “Appunti per la lettura delle fonti. L’esempio – da non seguire – della attribuzione della “rappresentanza” al Diritto romano”, in *Diritto@Storia*, XVI, 2018). In questa logica, abbiamo già scandito in due fasi crono-logicamente successive la nostra pregressa ricerca su *iussum e mandatum*: G.C. SEAZZU, *Iussum e mandatum. Alla origini delle actiones adiecticiae qualitatis*. I, *Ipo-tesi di lavoro e stato della dottrina*, Cagliari 2018; II, *Iussum: autorizzazione o comando. Fonti*, Cagliari 2020.

¹³ La affermazione è, nel diritto odierno, talmente forte da non necessitare neppure di esplicitazione. Essa è – per lo più – implicita, come auto-evidente (vedi, *infra*, ntt. 14 e 89).

to, detta Pandettistica) la quale lo ottiene ‘accomodando’, sul proprio letto procustiano¹⁴, il “corpo” giustiniano del Diritto romano¹⁵ (in particolare il *Digesto*) ai “canoni” del diritto odierno¹⁶.

¹⁴ Ovvero sui ‘letti’ del *System* di Savigny, delle *Pandekten* di Windscheid e dello *Staatsrecht* di Mommsen, per non citare che i principalissimi.

F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Dritter Band, Zweytes Buch “Die Rechtsverhältnisse”, Berlin 1840, Drittes Kapitel “Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse”, §. 112. II. Freye Handlungen. - Hindernisse. B. Vernunftlose. C. Interdicirte. D. Juristische Personen, § 113 “Freye Handlungen - Erweiterung durch Stellvertretung”. Savigny che nel § 112 assimila le “persone giuridiche” (in quanto “bloße Fiction”) ai pazzi e agli interdetti nel § 113 assimila la “rappresentanza” delle “persone giuridiche” a quella dei “pazzi” e degli “interdetti”.

B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, zweiter Band, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 1887, 4. Buch. “Das Recht der Forderungen”, 2. Kap. “Die einzelnen Forderungsrechte”, V. “Haftung für Verbindlichkeiten Anderer”, B. “Die s. g. actiones adiecticiae qualitatis”, 1. “Actio quod iussu”, § 482, pp. 858 ss. Si noti che la novità della negazione della natura di comando allo “*iussus*” (almeno nella materia delle *actiones adiecticiae qualitatis*) è già posta da Windscheid nella prima edizione del libro IV del proprio *Lehrbuch* (*Das Recht der Forderungen*) la quale è del 1866 (vedi. G. LOBRANO - P.P. ONIDA, “Rappresentanza o/e partecipazione”, cit., nt. 60.).

Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, drei Bände, erste Ausgabe Leipzig 1871-1888, si veda, *infra*, nt. 72, il quale trasferisce puntualmente la costruzione di Savigny sul piano del diritto pubblico, che diventerà – così – “statale”.

¹⁵ Sia quello generale del *Corpus Iuris Civilis*, sia quello specifico di cui parlano Gaio e Giustiniano in *D. 3.4.1.pr.-2*.

¹⁶ Usiamo qui la parola “canoni” considerando al ruolo del Diritto canonico nel formarsi della medievale, moderna e contempora-

È tale – pressoché indiscussa – ‘affermazione’ ciò che ora ci “blocca”. Essa ci impedisce di cogliere la profonda, sostanziale estraneità di tali istituti alla logica di fondo, cioè al “sistema” – ancora prima che alle singole norme, cioè agli “ordinamenti” – dell’odierno diritto positivo, di natura “statuale”, nel quale siamo immersi e – come i pesci di Mao fra le masse – nuotiamo a scala mondiale ovvero globale. Se non individuiamo la specificità dogmatico-sistemica del Diritto romano neppure possiamo capire: sia cosa sono tali segmenti (del *dna*) di quel Diritto, sia cosa comporta trapiantarli nel diritto odierno.

γ. *Doveroso ripensamento storico-dogmatico*

È ‘nostra’ tesi¹⁷, dover consistere il ‘ripensamento’ nella ricostruzione delle rispettive specificità del Diritto romano e del diritto odierno, in particolare quelle concernenti gli istituti – tutt’altro che marginali e tra loro indissolubilmente connessi – della concezione *unitaria*

nea dottrina della personalità giuridica e della sua rappresentanza o rappresentazione. In proposito, si veda G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere. Appunti ad uso del Corso di Diritto romano*, Torino 1994-1996, § B.I.2.c: «la dottrina medievale della rappresentanza appare formarsi come travisamento e deformazione di categorie giuridiche romane, soprattutto – sembra – ad opera di canonisti. È, infatti, considerato fondamentale per questa formazione il supporto scientifico offerto dalla teoria della *personae fictae et repraesentatae*, sviluppata da Sinibaldo dei Fieschi (quindi papa Innocenzo IV, morto nel 1254)».

¹⁷ Si veda, *supra*, nt. 12.

della natura della collettività e del regime *unitario* della sua volizione.

Con qualche tollerabile semplificazione, possiamo dire che, nel diritto *statuale* odierno, la sola *concezione* possibile della natura della collettività quale “unità”¹⁸ è quella astratta di “persona giuridica” (“*populus* ist der Staat”)¹⁹ e il solo *regime* volitivo conseguentemente possibile è che: α) essa – dunque, “incapace” per natura –²⁰ può volere esclusivamente in quanto in ciò “sostituita” da concreti “rappresentanti”²¹, e β) questi ne sono anche i “capi”²² in

¹⁸ Savigny ricorre alla espressione “collective Einheit” nello ‘zweiter Band’ del *System*, Berlin 1840, Zweytes Buch. “Die Rechtsverhältnisse”. Zweytes Kapitel “Die Personen als Träger der Rechtsverhältnisse”. §. 86. “Juristische Personen. Arten”, p. 244.

¹⁹ Si veda, *infra*, ntt. 51 e 72.

²⁰ Si veda, *infra*, ntt. 42-43.

²¹ Sul valore di “sostituzione” della “rappresentanza”, si veda, ad es., Giovanna COPPOLA BISAZZA, *Lo iussum domini e la sostituzione negoziale nell’esperienza romana*, Milano 2003; EAD., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini: contributo allo studio della storia della rappresentanza: corso di diritto*, Milano 2008.

²² Sulla “rappresentanza nuovo nome del potere”: Max Weber *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Erster Teil. “Soziologische Kategorienlehre”, Kapitel III. “Die Typen der Herrschaft”, § 11. “Repräsentation”. Cfr. G. LOBRANO, “*Libertas, qui in legibus consistit* (Cic. agr. 2.100) Pour se libérer de l’«Heutiges Römisches Recht»”, in J. BOUINEAU, sous la dir. de, B. Kasparian, tex. réunis par, *Hommages à Marie-Luce Pavia. L’homme méditerranéen face à son destin*, Paris 2016, pp. 256-304, § IV.d. “Contestations isolées. Les deux thèses (dans l’attente d’une synthèse) de l’extranéité à l’expérience antique romaine du régime opérationnel de la représentation de la volonté et de la conception

quanto ad essi è stato – necessariamente – trasferito il potere (anzi il “pieno potere”: “Vollmacht”)²³ già dei “rappresentati”.

Lo pseudo (ma fortunatissimo) assioma scientifico moderno, del pedaggio della “astrazione” della collettività da pagarsi per la “conquista della unità collettiva”²⁴,

théorique de la personnalité juridique”; ripubblicato in lingua italiana, con integrazioni e con il titolo “La *libertas* che in *legibus Constitit*”, in *Diritto@Storia*, XV, 2017 (pubbl. 2018) - Quaderno n. 15, § 4.c. “Insegnamento romanistico minoritario”.

²³ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, I, 2, Dusseldorf 1867, § 74, nt. 1, pp. 174 s.: «Die Römern bezeichnen die Vollmacht mit dem nämlichen Ausdruck, mit welchem sie auch der Auftrag bezeichnen (*mandatum*) [...] Vgl. hierzu Laband [...]». Cfr. G. LOBRANO, “Dai ‘mezzi per difendere la libertà’ ai modi di costituirli. Per ‘sbloccare’ la dottrina giuridica”, in A. SACCOCCIO - Simona CACACE, a cura di, *Europa e America Latina. Due Continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, I, Torino 2020, § III.3.A.1.b. “Bernhard Windscheid e Paul Laband (1866-67): al rappresentante non possono darsi comandi («Befehlen») ma deve trasferirsi tutto il potere («Vollmacht»)”.

²⁴ R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959, ora in *Rivista di Diritto Romano*, VIII, 2008 (con una “Appendice” di Franca DE MARINI AVONZO e una “Nota di lettura” di Maria CAMPOLUNGI) p. 70, ove è scritto che i giuristi romani, sino al «diritto giustiniano», hanno compiuto la maggior parte del, se non tutto il «“lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione” (E. BETTI, *Diritto romano*, I, [2^a ed., Padova 1942] p. 159) che porta all’idea di una personalità corporativa»; cfr. p. 17: «Quando i Romani affrontavano i problemi giuridici inerenti ai *municipia*, ai *collegia*, al fisco, alle *societates publicanorum*, alle cosiddette *piae causae* etc., non disponevano di quel concetto di personalità giuridica, comune alle persone fisiche e agli enti immateriali, che permette al giurista moderno la più ampia libertà di

comporta – ben oltre la “distinzione” – la vera e propria “separazione” tra quei due (tipi di) protagonisti della vita giuridica che sono, rispettivamente: i molteplici individui “concreti” (gli uomini e le donne membri della o delle collettività, a iniziare da quella/e politica/che) e la *unità* collettiva. In forza di tale “separazione”: α) i primi sono (non possono che essere) *esclusivamente* impegnati nella ricerca (determinazione e perseguimento) delle rispettive utilità singolari per mezzo del *bellum omnium erga omnes*, costretto in disciplinata competizione dalla forza dello Stato/Leviatano; β) la determinazione prima e quindi il perseguimento della (antica) *communio utilitatis* o *utilitas communis* diventa competenza di quest’ultimo o, meglio, dei suoi rappresentanti-capi. In tali pensiero e prassi, gli istituti dei “beni comuni” e delle “azioni popolari” sono semplicemente privi di senso e, per dotarsene, cercano di mutuarlo dagli istituti – corri-

movimento. La creazione d’una tale nozione astratta di personalità a noi oggi familiarissima, anche se tuttora oggetto di ampie e divergenti discussioni, è frutto di un lunghissimo e faticoso processo in cui si riflette, si può ben dire, tutta la storia del diritto medievale e moderno».

Il grande autore della dottrina della necessità della astrazione della collettività in funzione della sua unificazione è, ovviamente, Thomas Hobbes (*Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, London 1651). Si veda G. LOBRANO, “Dai ‘mezzi per difendere la libertà’ ai modi di costituirli. Per ‘sbloccare’ la dottrina giuridica”, cit., § III.3.A.1.c. “Riccardo Orestano (1959): necessità della astrazione della collettività per conseguire la unità volitiva” e III.3.B. “Fonti romane: prospettiva di lavoro”.

spondenti ma opposti – della appartenenza allo Stato²⁵ e della rappresentanza²⁶, ovvero proprio dal sistema che li rigetta.

²⁵ Si veda A. LUCARELLI, “I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni”, in *Analisi Giuridica dell’Economia. Studi e discussioni sul diritto dell’impresa*, I, 2010, pp. 127-142, ove si formula: «l’auspicio [...] che possa emergere un nuovo modello di “pubblico” [...] che sappia e voglia andare oltre le aziende speciali, con l’obiettivo di affermare una nuova dimensione, non statalista ma partecipata»; A. DANI, “Il concetto giuridico di “beni comuni” tra passato e presente”, cit., § “4. Privatizzazioni e assorbimento del ‘comune’ nel ‘pubblico’ nell’età dello «statalismo individualistico»”.

²⁶ La tesi di Savigny e Mommsen circa la natura “procuratoria” (su mandato cioè dello Stato al cittadino) delle azioni popolari è intaccata soltanto parzialmente dalla critica di Bruns (non casualmente connessa all’insegnamento di Jhering) critica la quale lascia fuori (come preciserà Fadda) le azioni popolari meno arcaiche, di origine legislativa. Si veda, in proposito, l’ampio e puntuale esame di A. SACCOCCIO, “Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e ‘class actions’”, cit., in part. §§ 1.3. “Le due possibili interpretazioni di essa: a) la tesi ‘procuratoria’” e 1.4. “Le due possibili interpretazioni (segue): b) la tesi dell’interesse del singolo appartenente al *populus* nelle opinioni di Bruns, Scialoja e Fadda”.

A testimonianza della continuità della dottrina più recente con quella pandettistica, si veda, ora, Alessandra FABRI, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Napoli 2011, pp. 35 ss., la quale assimila espressamente l’azione popolare all’istituto della rappresentanza indiretta, cfr. pp. 25-35; A. PERTICI, a cura di, *Le Autonomie locali nella giurisprudenza. Antologia di casi*, Pisa 2012, § L’azione popolare, pp. 209-211 e Claudia PIRAS, *La qualificazione degli interessi plurisoggettivi e l’evoluzione dei mezzi di tutela nel sistema amministrativo*, Tesi di Dottorato, UniCa 2014-15, § 2 L’attuale assetto delle azioni popolari.

Con altrettanto tollerabile semplificazione, possiamo dire che, nel Diritto romano – che è “repubblicano” e, come tale, codificato nel *CJC* – la sola *concezione* possibile della natura della collettività quale “unità” è quella ‘corposa’ di “società”²⁷:

*est [...] res publica res populi, populus autem [...] coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*²⁸.

A questa concezione appare – oggettivamente – ispirarsi la richiesta di rendere l’acqua (e non soltanto) “bene comune”.

La società è una *macchina*, ovvero un congegno capace di potenziare le forze umane; più precisamente, è la macchina giuridica per eccellenza. Nella sua elaborazione si manifesta la sapienza “meccanica”²⁹ dei giuristi romani. Il solo *regime* possibile della unità collettiva societaria è che essa – priva di capi per definizione –³⁰ voglia ad opera dei

²⁷ Si veda, *infra*, nt. 117.

²⁸ Cic., *rep.* 1.39: definizione di *res publica* e di *populus*.

²⁹ Pensiamo al testo sulla *Meccanica*, attribuito ad Aristotele e di cui è stata recentemente curata, da Maria Fernanda Ferrini, una traduzione italiana con “Introduzione”, note e apparati (Milano 2010).

³⁰ Perché *quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur* (Iust., *C.* 5.59.5.2). Sul famosissimo passo, si veda W. STUBBS, *The constitutional History of England in its origin and development*, 3, Oxford 1903-06, ed. franc. di Ch. PETIT-DUTAILLIS, *Histoire constitutionnelle d’Angleterre*, II, Paris 1913, pp. 151 ss.; P.S. LEICHT, “Un principio politico medievale”, in *Rendic. Acc. Lincei - Cl. Sc. Mor.*,

suoi membri³¹. Di tale ‘macchina’ conosciamo, però, due “generi”: uno più recente, il *collegium*, ed uno più risalente, il *consortium* (Gai 3.154 a-b)³². Ai due generi di società corrispondono due generi di regime volitivo, tra loro diversi ma non contraddittori: alla unanimità e a maggioranza.

1920; quindi in ID., *Scritti di storia del diritto italiano*, I, Milano 1934, p. 23; G. POST, “*A romano-canonical maxim ‘quod omnes tangit’*”, in *Traditio*, 4, 1946, pp. 197 ss.; A. MARONGIU, “Momenti ed aspetti del ‘quod omnes tangit’”, in *Il pensiero politico*, 14, 1981, pp. 441 ss. Su questi autori, si veda G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, cit., § II.1, ntt. 119 s.; II.2. Cfr., da ultimo: O. CONDORELLI, “*Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari*. Note sull’origine e sull’utilizzazione del principio tra medio evo e prima età moderna”, in *Ius Canonicum*, 53, 2013, pp.101-127.

³¹ Scaev. D. 50.1: <*Ad municipalem et de incolis*>; 19: *Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint*; Ulp. D. 50: <*De diversis regulis iuris antiqui*>; 17.160.1: *Refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem*.

In proposito si veda, oltre gli scritti dello ‘specialista’ Edoardo Ruffini (di cui ricordiamo qui *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna 1977), G. LOBRANO - P.P. ONIDA, “Rappresentanza o/e partecipazione”, cit., § II.2.c, nt. 85; cfr. F. VALLOCCHIA, “Sacerdoti e magistrati nel diritto pubblico romano”, in *Diritto@Storia*, X, 2011-2012, § 4.B “*Minor pars populi*”.

³² Gai. 3. 154, a e b. Su questo passo: P.P. ONIDA, “*Fraternitas e societas*: i termini di un connubio”, in *Diritto@Storia*, VI, 2007; cfr. Marina EVANGELISTI, “Sull’origine policentrica della *societas consensu contracta*”, in *Liber Amicorum per il Prof. Massimo Bionne*, Milano 2011, pp. 193-209, in part. § 2. Il *consortium ercto non cito*: caratteri, possibili ultravalenze, riflessi sulla società consensuale, pp. 197 ss.

Nel più recente genere societario del *collegium*, i giuristi romani hanno realizzato la *res publica* (Gai. *D.* 3.4.1.pr.-2)³³. Per consentirne il funzionamento, essi hanno scisso l'atomo³⁴ della manifestazione di volontà in due (ovviamente complementari) semi-manifestazioni di volontà: la "legge = comando generale"³⁵, espresso dei suoi membri (i *soci/cives*) a maggioranza, e la "amministrazione" o "go-

³³ "ad exemplum rei publicae", "tamquam in re publica". Cfr., *supra*, nt. 15.

Sulla specificità della *societas* si veda G. LOBRANO, "Dell'*homo artificialis - deus mortalis* dei Moderni comparato alla *societas* degli Antichi", in A. LOIODICE - M. VARI, a cura di, *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, Roma 2003, pp. 161-166.

A partire da quella 'democrazia' oggetto della speculazione filosofica greca, si pensi al "logos tripoliticós" in Erodoto, *Storie* (V sec. a.C.) 3.80-82 (su cui, ad es., Stefania DE VIDO, "Il dibattito sulle costituzioni nelle storie di Erodoto", in EAD., a cura di, *Poteri e legittimità nel mondo antico. Da Nanterre a Venezia in memoria di Pierre Carlier*, Venezia 2014, pp. 63-76) e all'elogio della democrazia in Atene da parte di Pericle (431 a.C., in Tucidide, *Storie* [fine V - inizio IV sec. a.C.] 2.34.8-41.1).

³⁴ Nel 1969, Karl Loewenstein (*Verfassungslehre*, Tübingen, p. 35) scriveva a proposito dell'istituto della "Repräsentation" essere stata (in combinazione con la "Gewaltenteilung") una «Erfindung» la quale «für die politische Entwicklung des Westens und damit der Welt ebenso entscheidend war wie die technischen Erfindungen des Dampfes, der Elektrizität, des Verbrennungsmotors oder der Atomkraft». Citato da G. LOBRANO - P.P. ONIDA, "Rappresentanza o/e partecipazione", cit., nt. 2.

³⁵ *Lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu* (At. Cap. *apud* Aul. Gell. *n. Act.* 10.20).

verno” = esecuzione particolare, assicurata dai suoi magistrati-servi.

Nel più risalente genere societario del *consortium*, la volontà è manifestata dai suoi membri (i *consortes*) alla unanimità: per mezzo della volizione di ciascuno di essi salvo il veto di ciascun altro³⁶. A tale più risalente – ma mai smentito né venuto meno –³⁷ genere del *regime* volitivo unitario collettivo romano appare connettersi l’*actio popularis*³⁸.

Crediamo si intravedano da queste scarne, note poste in “premessa”, la possibilità e le implicazioni di un ricorso

³⁶ Gai 3.154: *Illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum acquirebat: item unus rem communem mancipando <eius faciebat, qui mancipio accipiebat>*.

Tale regime è ricondotto – pare già da Bonfante – a quello consolare, per cui sarebbe avvenuto, nel passaggio dall’unico *rex* ai due *consules*, ciò che avveniva nel passaggio dall’unico *pater familias* ai molteplici *patres familias* riuniti nel *consortium* (così Giuseppina ANSELMO ARICÒ, “«*Societas inseparabilis*» o dell’indissolubilità dell’antico consorzio fraterno”, in *AUPA - Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Palermo*, 46, 2000, § 2).

³⁷ Si veda, Pap. *D.* 10.3.28: *In re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat* e Pomp. *D.* 8.2.27.1: *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi* (su cui Maria Federica MEROTTO, “*Ager compascuus*: un esempio di vincolo di destinazione di interesse pubblico”, in L. GAROFALO, a cura di, *I beni di interesse pubblico nell’esperienza giuridica romana*, Napoli 2016, p. 214).

³⁸ Si veda, *supra*, nt. 30.

agli istituti della appartenenza “comune” e della difesa “popolare” del “bene” acqua (e non soltanto), quando resi efficaci dalla comprensione e dalla accettazione – senza stravolgimenti – del Diritto romano, cui essi appartengono.