



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Marco Falcon

***Res communes omnium* e diritto dell'‘outer space’. Contributo al dialogo sulla ‘Roman space law’**

Numero XII Anno 2019

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, G. Durante, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi, in ruolo o in quiescenza, cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

***RES COMMUNES OMNIUM* DIRITTO DELL'“OUTER SPACE”. CONTRIBUTO AL DIALOGO SULLA ‘ROMAN SPACE LAW’**

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Le *res communes omnium* e l'utilizzo della categoria nel diritto dello spazio cosmico - 3. L'“interpretazione romana” del principio di non appropriazione - 4. Il ruolo del diritto romano nella ricostruzione dell'*outer space* - 5. Le *res communes omnium* nel diritto romano - 6. L'aria e lo spazio in particolare - 7. Alcune osservazioni sull'uso della categoria romana delle *res communes omnium* nel campo del diritto dell'*outer space* - 8. I corpi celesti e le loro somiglianze con il lido - 9. Qualche spunto per una ricerca futura e alcune conclusioni.

1. *Introduzione*

Questo scritto riprende il tema del rapporto tra *res communes omnium* romane e diritto dello spazio cosmico (*outer space*)¹ – che ho precedentemente affrontato in un contributo nato nella cornice dei Seminari Romanistici di Bressanone, dedicati nell'occasione ai beni di interesse pubblico² – in ragione della recente apparizione di un

¹ La vicinanza di tale materia al diritto romano è suggerita curiosamente anche dalla terminologia che i suoi studiosi utilizzano per definire l'insieme delle disposizioni ad essa inerenti, ossia *Corpus Iuris Spatialis* (cfr. G. CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, Vicchio, 2011, 32).

² L'articolo cui si fa riferimento è M. FALCON, ‘*Res communes omnium*’: vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, ne *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, I, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2016, 107 ss., e in particolare, sul rapporto tra *res communes* e *outer space*, 143 ss.

lavoro di Andrea Capurso³, studioso attivo presso l’Universiteit Leiden. Il saggio in questione è balzato agli onori della cronaca⁴, tra l’altro, per aver introdotto il tema del rapporto tra categorie romanistiche e ‘spaziali’ nel dibattito degli studiosi del diritto internazionale, conseguendo peraltro il Diederiks-Verschoor Award, riconoscimento di primaria importanza nel settore, attribuito annualmente dall’*International Institute of Space Law*.

Il dialogo tra le materie aiuta indubbiamente a meglio comprendere le categorie che ciascuna di esse incorpora, soprattutto nei casi – come è quello delle *res communes omnium* nel diritto dello spazio cosmico – in cui vengono tratte da differenti discipline, anche se pur sempre, ovviamente, da discipline giuridiche. Di qui viene uno dei molteplici meriti di Capurso, il quale, peraltro non ignorando quanto ho scritto sul legame tra *res communes omnium* romane e odierne e suggerendo a propria volta una corrispondente operazione di lettura combinata (seppure con alcuni differenti profili di cui si darà conto), riversa la dogmatica della categoria romana delle *res communes omnium* nel mondo del diritto dello spazio cosmico, e quindi nel mondo del diritto internazionale, aprendo una discussione per molti profili assolutamente cruciale.

Al commento dello scritto di Capurso e al tentativo di dare un ulteriore contributo allo studio del tema – sempre *in fieri* e pronto a offrire nuovi stimoli – è dedicato, dunque, il presente saggio, che terrà conto anche di quanto di nuovo è apparso in tema

³ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle: A Roman Interpretation*, in *69th International Astronautical Congress (IAC)*, Bremen, Germany, 1-5 October 2018, reperibile all’indirizzo <http://iislweb.org/awards-and-competitions/diederiks-verschoor-award/>. Il contributo, come cortesemente segnalatomi dall’autore, verrà poi pubblicato nei *Proceedings of the International Institute of Space Law 2018*.

⁴ Cfr. il quotidiano *La Stampa* del 28 dicembre 2018, recante l’articolo di S. MASSARELLI, *Il giurista italiano che vuole fermare il Far West spaziale*, 13.

di *res communes omnium*⁵ e tenterà di fare il punto sullo stato odierno della questione che, in modo provocatorio, si è scelto di chiamare *Roman Space Law*.

2. Le ‘*res communes omnium*’ e l’utilizzo della categoria nel diritto dello spazio cosmico

Aldo Dell’Oro, trattando dell’*aqua profluens*, notava che «la mancanza di un’elaborazione successiva a Marciano consentì di non dare ad essa alcuna conseguenza pratica, cosicché l’utilizzazione dell’*aqua profluens* nella molitoria o in altra attività non venne particolarmente incoraggiata sotto il profilo di *res communis*»⁶. Ciò è possibile dire in generale delle *res communes omnium*, che apparentemente sono state neglette dalla dottrina, almeno fino a tempi relativamente recenti.

La riflessione sulle *res communes omnium* ha tuttavia assunto contorni ben precisi⁷, nella cornice di una forte evoluzione

⁵ Penso, in particolare, alla monografia di D. DURSI, ‘*Res communes omnium*’. *Dalle necessità economiche alla disciplina giuridica*, Napoli, 2017, con recensione di A. PLISECKA, *Recensione a D. DURSI, ‘Res’, cit.*, in *ZSS*, 135, 2018, 752 ss., nonché al contributo di A. LALLI, *Per un approccio giuridico ai ‘beni comuni’*. *Questioni di metodo, ambito del tema e spunti ricostruttivi*, in *BIDR*, 112, 2018, 297 ss. e all’articolo di M. FIORENTINI, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, in *BIDR*, 111, 2018, 75 ss.

⁶ A. DELL’ORO, *Le ‘res communes omnium’ nell’elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *La cattedra e la toga. Scritti romanistici di A. Dell’Oro*, a cura di I. Fargnoli, C. Luzzati e R. Dell’Oro, Milano, 2015, 223 (già in *Studi Urbinati*, 31, 1962-1963, 237 ss. Come afferma l’annotazione di apertura del saggio riedito, la versione custodita nella raccolta di scritti dell’autore è in realtà lievemente successiva a quella apparsa in rivista, poiché lo studioso ne aveva ulteriormente lavorato e pubblicato una versione nei tipi dell’editore Giuffrè).

⁷ Cfr., per i loro esatti termini, S. MARCHISIO, *Corso di diritto internazionale*, Torino, 2014, 219 ss., nonché E. BACK IMPALLOMENI, *Sfruttamento delle risorse della Luna e patrimonio comune dell’umanità*, in *Diritto dello spazio. Recenti sviluppi e prospettive. Atti del convegno internazionale organizzato dall’Istituto di diritto internazionale della Facoltà di economia e commercio*

tecnologica che ha condotto, oggi, a una vera e propria ‘rivoluzione spaziale’⁸, dando luogo a un’inaspettata ricostruzione complessiva che parte proprio dalle *res communes omnium* romane, afferendo però a un campo totalmente differente, ossia quello del diritto internazionale e, più nello specifico, del diritto dello spazio esterno.

Il 10 ottobre 1967, difatti, entrava in vigore, dopo il deposito degli strumenti di ratifica, il ‘*Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies*’ – abbreviato OST –, nato in seno all’Organizzazione delle Nazioni Unite sul presupposto, tra gli altri, del «common interest of all mankind in the progress of the exploration and use of outer space for peaceful purposes»⁹. Due sono gli articoli di interesse centrale per il presente lavoro.

L’art. I, paragrafo 2, OST afferma che «outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies»; al paragrafo 3 dello stesso articolo, inoltre, si precisa che «there shall be freedom of scientific investigation in outer space, including the Moon and other celestial bodies, and States shall facilitate and encourage international cooperation in such investigation».

L’art. II OST, per parte sua, recita testualmente: «Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means».

della I Università di Roma La Sapienza (*Outer Space Law. New Developments and Prospects*), a cura di G. Catalano Sgrosso, Padova, 1994, 229.

⁸ Il senso dell’espressione è dato da S. ORTINO, *Il nuovo ‘Nomos’ della Terra. Profili storici e sistematici dei nessi tra innovazioni tecnologiche, ordinamento spaziale, forma politica*, Bologna, 1999, 21 ss.

⁹ Così le premesse del trattato.

Su queste basi, la letteratura specialistica configura globalmente l’*outer space*, nonché la Luna e gli altri corpi celesti, come vere e proprie *res communes omnium*. La dottrina romanistica, tuttavia, vi si è soffermata di rado¹⁰.

Che quest’ultima lacuna sia stravagante è dimostrato anche e più in generale dal lessico utilizzato nelle definizioni relative all’*outer space*¹¹, la cui ricognizione si rinviene in uno studio di Hertzfeld, Weeden e Johnson¹² nel quale si evidenzia che, di otto espressioni presenti nel microcosmo linguistico formatosi in relazione al tema, tre afferiscono al diritto romano, e sono precisamente *res communis*, *res nullius*, *res extra commercium*¹³.

¹⁰ Si evidenziava questo fatto già in M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 144 s. e nt. 174, anche se l’influenza romanistica è apprezzabile nelle considerazioni di E. BACK IMPALLOMENE, *Spazio cosmico e corpi celesti nell’ordinamento internazionale*, Padova, 1983.

¹¹ Si noti sin d’ora come questa dicitura ricordi l’*alto mare*, che alcuni studiosi, nel passato, avevano ritenuto di ricondurre alle *res communes omnium* ad esclusione del mare ‘non alto’, come E. COSTA, *Il mare e le sue rive nel diritto romano*, in *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, 97 ss.

¹² Cfr. H.R. HERTZFELD - B. WEEDEN - CH.D. JOHNSON, *How Simple Terms Mislead Us: the Pitfalls of Thinking About Outer Space as a Commons*, in *International Astronautical Federation Papers Archive*, 15, 2015, 1 ss. (si cita dall’estratto); v. ora anche F. LENZERINI, voce *Patrimonio comune dell’umanità (dir. int.)*, in *Diritto on line - Treccani*, 2019, reperibile al sito http://www.treccani.it/enciclopedia/patrimonio-comune-dell-umanita-dir-int_%28Diritto-on-line%29/.

¹³ Le altre sono: ‘global commons’, ‘common pool resources’, ‘anticommons’, ‘public good(s)’, ‘free goods’. Cfr. H.R. HERTZFELD - B. WEEDEN - CH.D. JOHNSON, *How Simple Terms*, cit., 2; K. BASLAR, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague - Boston - London, 1998, 37 ss. Tutte queste definizioni, per vero, sono contrastate da chi, come R. QUADRI, *Prolegomeni al diritto internazionale cosmico*, Milano, 1960, 59, e G. LODIGIANI, *Lineamenti di diritto cosmico*, Milano, 1968, 33 ss., predilige una concezione ‘funzionale’, indipendentemente dal regime dei beni.

Del resto, va tenuto presente, trattandosi del diritto spaziale¹⁴ e più specificamente cosmico¹⁵, ossia di «quel settore del diritto internazionale attinente al regime sia dello spazio extra-atmosferico e cosmico, sia dell’attività umana, *lato sensu*, che viene espletata nell’ambito di esso»¹⁶, che «il primo nucleo normativo del sistema spaziale va ricercato nei principi primi e nell’analogia con determinate regole fondamentali del sistema generale»¹⁷, e che pertanto il recupero di espressioni del diritto ‘tradizionale’ per eccellenza, il diritto romano, è tutt’altro che sorprendente.

Nell’uso che se ne fa a proposito del diritto cosmico (per vero non differentemente dal significato nel diritto romano), *res nullius*¹⁸ rappresenta «a thing without an owner», che «does not belong to anybody but may be appropriated by anyone», mentre *res communis omnium*, secondo gli esperti del settore, «refers to objects or things that are available to all and cannot be owned by anyone, not even a State», là dove infine la formula *res extra commercium* va intesa semplicemente come cosa «outside commerce, that is not subject to private ownership or transaction» e quindi, nel campo del diritto internazionale, «an object or a territory that is not subject to

¹⁴ Sulla definizione cfr. M. BOURÉLY, *Dal diritto aereo al diritto dello spazio*, in *Diritto*, cit., 107 ss.

¹⁵ Secondo G. LODIGIANI, *Lineamenti*, cit., 17, esso è «quell’insieme di norme che disciplinano la funzione cosmica», e cioè «tutte le disposizioni che regolamentano: l’ambiente spaziale, i soggetti, i beni, nonché gli atti riguardanti l’attività denominata, sul piano scientifico, cosmica». Ancora attuale, peraltro, è la penetrante analisi condotta da R. QUADRI, *Prolegomeni*, cit., 7 ss., in particolare 11 ss.

¹⁶ E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 12.

¹⁷ E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 3.

¹⁸ V. sul punto L. OPPENHEIM - H. LAUTERPACHT, *International Law: a Treatise*, I. Peace, London, 1955, 555, seguito da C.E. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, 1970, 146; P.-M. SONTAG, *Der Weltraum in der Raumordnung des Völkerrechts*, Köln - Berlin, 1966, 216.

national appropriation, but it is open to all»¹⁹. Quest’ultima categoria, però, secondo alcuni, «has been used virtually interchangeably and without significant legal distinction»²⁰ rispetto a quella di *res communis omnium*.

Alle partizioni letteralmente riprese dal lessico giuridico romano va aggiunta quella pseudo-romana delle *res communes humanitatis*, o ‘common heritage of mankind’²¹, dalla definizione per vero non chiara e frutto, in buona sostanza, dell’avvento del Trattato sulla Luna del 1979²² (per esteso Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, peraltro ratificato solo da alcuni Stati, tra cui non compare l’Italia). Come è stato osservato, diverse sono le sfumature che il concetto assume in seno ai differenti suoi sostenitori: per alcuni, esso sarebbe radicalmente altro rispetto a quello che innerva le *res communes omnium*, giacché quest’ultimo si riferirebbe a situazioni «of private nature», tale per cui non coprirebbe l’intero genere umano²³ e la categoria sarebbe, peraltro, frutto del *ius civile* e del *ius gentium* romani, non passibili di essere applicati al ‘patrimonio comune del

¹⁹ F. TRONCHETTI, *The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies. A Proposal for a Legal Regime*, Leiden - Boston, 2009, 10 ss.

²⁰ K. BASLAR, *The Concept*, cit., 41.

²¹ Su cui v., in generale, A. GATTINI, *Il ‘common heritage of mankind’: una rivoluzione in diritto internazionale?*, in *Comunicazioni e studi dell’istituto di diritto internazionale e straniero dell’Università di Milano*, 17-18, 1985, 649 ss. Si vedano inoltre gli esempi contenuti in V. POP, *Who Owns the Moon? Extraterrestrial Aspects of Land and Mineral Resources Ownership*, Berlin, 2009, 74. Sul punto anche R. WOLFRUM, *The Principle of the Common Heritage of Mankind*, in *ZaoRV*, 42, 1983, 312 ss. nonché, recentemente, J.E. NOYES, *The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future*, in *Denn. J. Int’l L. & Pol’y*, 40.1-3, 2011-2012, 447 ss.

²² Art. 1, paragrafo 1: «The Moon and its natural resources are the common heritage of mankind, which finds its expression in the provisions of this Agreement and in particular in paragraph 5 of this article».

²³ Cfr. K. BASLAR, *The Concept*, cit., 37 ss.

genere umano’; a seguire altri, si sarebbe in presenza di una certa sovrapposibilità concettuale²⁴.

In ogni caso, preme qui evidenziare che la dottrina internazionalistica ha già da tempo introiettato la terminologia delle *res communes omnium* – che per vero non è utilizzata *expressis verbis* nei trattati di riferimento²⁵ – riconducendola concettualmente al contenuto dell’OST del 1967. Nemmeno è sfuggito, peraltro, che «il concetto deriva dal diritto romano, anche se in vero per i romani, che lo avevano riferito ai rapporti tra individui e non ai rapporti internazionali, era un concetto di diritto privato e non di diritto internazionale»²⁶.

Poste queste premesse sull’ambito in cui il presente contributo si muove, sarà utile sunteggiare i punti centrali dell’analisi svolta da Capurso, che funge da potente stimolo per nuove riflessioni sul tema.

3. L’*‘interpretazione romana’ del principio di non appropriazione*

Nòcciolo della trattazione di Capurso – come dichiarano apertamente sia il titolo, sia il corposo *abstract* premesso allo scritto – è la dimostrazione del fatto che i ragionamenti effettuati dai giuristi romani nel tentativo di regolare la realtà che li circondava – e quindi sostanzialmente la dogmatica da essi costruita in materia di *res*, per quanto qui interessa di *res communes omnium* – sono applicabili, oggi, al diritto dello spazio cosmico, giungendo addirittura ad affermare che «the legal status of outer space derives from Roman Law». In particolare, il diritto romano potrebbe

²⁴ Cfr. K. BASLAR, *The Concept*, cit., 42. Contro la sovrapposizione militano le condivisibili riflessioni di E. BACK IMPALLOMENEI, *Sfruttamento*, cit., 225 ss.

²⁵ Come ricorda E. BACK IMPALLOMENEI, *Spazio*, cit., 33.

²⁶ G. CATALANO SGROSSO, *Diritto*, cit., 61.

offrire solidi argomenti legali per permettere lo sfruttamento delle risorse dello spazio esterno senza infrangere l’OST, specialmente per quel che riguarda la prospettiva di un «commercial use of space resources» come anche di possibili «settlements on other celestial bodies»²⁷: il tutto al fine di fugare l’incertezza che, nel settore, regna apparentemente sovrana anche a causa della ritrosia degli Stati – e soprattutto di quelli che, a differenza di altri, sono già pronti alla ‘corsa allo spazio’ – a regolare la materia in via pattizia²⁸.

Un primo paragrafo introduttivo viene dedicato da Capurso all’iniziazione del lettore – verosimilmente ritenuto più avvezzo al diritto internazionale che a quello romano – ai principi che regolavano le *res communes omnium*, ossia le seguenti cose: *aer* («air»), *aqua profluens* («flowing water of rivers»), *mare* («seas»), *litora maris* («seashores»).

Queste sarebbero state «‘out-of-the-world’» per gli stessi romani, afferenti a un luogo in cui il diritto loro proprio non si sarebbe applicato, in favore invece dello *ius gentium*, il cui telaio sarebbe stato formato da «rules whose *rationale* was in the nature of things, shared by all people, notwithstanding time or place»²⁹.

Come ‘ieri’ si poteva distinguere tra un ‘dentro’ Roma e il ‘fuori dal mondo’ governato dallo *ius gentium*, prosegue Capurso, così oggi si potrebbe distinguere tra il pianeta terra e ciò che lo circonda: in quest’ultimo contesto – l’*outer space* –, infatti, i principi sarebbero esattamente gli stessi che i Romani riconoscevano applicabili alle *res communes omnium*, e proprio tali antiche riflessioni costituirebbero la base – con mirabile consonanza nominale – di quello che viene detto dagli studiosi del settore *Corpus Iuris Spatialis*. Tutto quanto si sarebbe poi aggiunto in termini di diritto dei trattati

²⁷ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 1.

²⁸ Cfr. G. CATALANO SGROSSO, *Diritto*, cit., 49.

²⁹ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 2.

non avrebbe fatto altro, quindi, che dettagliare sempre più questa originaria disciplina.

Così, risulta evidente, poste queste premesse, che tutto dipende dalla corretta interpretazione delle regole inerenti alle *res communes omnium*, oltreché dalla definizione di cosa si intenda per corpo celeste, cui i principi di tali *res* risulterebbero pienamente applicabili (come alla Luna, richiamata singolarmente, e all’*outer space*), nonché, ancora, dall’esatta comprensione dei principi di libertà d’uso, di esplorazione e di accesso all’*outer space*, inclusa la Luna e i corpi celesti, e del divieto di loro appropriazione.

Poste queste premesse, Capurso si sofferma sulla partizione delle *res* in Gaio, in modo da gettare le basi del sistema delle cose che sarà poi proprio del Digesto e delle Istituzioni giustiniane, che sono per noi – e anche per l’autore – certamente di maggiore interesse, non esistendo in Gaio uno specifico accenno alle *res communes omnium*.

Viene riportato, sul punto, il noto brano delle Istituzioni:

I. 2.1 pr.: *quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur.*

L’autore evidenzia che, secondo l’adagio giustiniano, vi sono cose comuni a tutti, e che in generale la categorizzazione sembra distinguere le *res* a seconda dell’intensità della loro appartenenza e del loro utilizzo, della loro «availability» dalla più aperta (*res communes*) alla più chiusa (*res privatorum*): così, mentre le cose pubbliche, quelle delle *universitates* e quelle private hanno un *dominus*, le *nullius* possono essere oggetto di appropriazione da parte di chiunque, mentre quelle *communes omnium* sono prive di *dominus* ed esterne al patrimonio degli uomini, dimodoché ognuno ha il diritto di accedervi, di esplorarle e di usarle (attività, queste,

analoghe a quelle che il popolo romano avrebbe potuto svolgere sulle *res publicae*)³⁰.

Di qui, lo studioso passa immediatamente a delineare il regime delle *res communes omnium* nel diritto romano, prima di trasferire il discorso sul diritto internazionale, prendendo le mosse da:

I. 2.1.1: *Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris.*

Nell’esegesi del passo, Capurso ricorda che queste specifiche *res* non potevano essere oggetto di appropriazione *tout court* da parte di alcuno: il litorale, in questo contesto, come ricorda esplicitamente il passo, è *communis omnium* solo *per hoc*, per permettere l’accesso al mare e la sua fruizione.

Dal brano lo studioso trae tre indicazioni: 1) la libertà di accesso alle *res communes omnium*, 2) la libertà del loro uso e 3) il divieto di loro appropriazione.

La libera utilizzazione è confermata anche dal prosieguo della fonte poc’anzi citata, secondo cui *nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur*, dal che viene altresì dedotto il libero accesso ai fiumi: così, ognuno poteva disporre liberamente delle *res communes omnium* per la respirazione, per passeggiare, per navigare, e più in generale per gli usi leciti che non precludessero quelli degli altri. Ma allo stesso tempo, precisa l’autore, questa libertà includeva lo sfruttamento delle risorse offerte dalla *res*, tramite la pesca, la caccia di volatili e l’apprensione di ciottoli o di pietre sulla spiaggia³¹, permettendo quindi anche un uso *lato sensu* ‘appropriativo’. Inoltre, ricorda sempre Capurso, i romani annoveravano nell’utilizzo lecito

³⁰ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 3, che richiama sul punto quanto sostengo in M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 114 s.

³¹ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 4.

anche la possibilità di costruire casupole da pesca temporanee per il riparo delle reti e attività simili, munite tutte di uno statuto giuridico particolare³². Si delineava, quindi, una distinzione tra ciò che poteva costituire oggetto di proprietà e quanto invece andava soggetto al principio di non appropriazione: questo, per lo studioso, è un concetto fondamentale delle *res communes omnium*.

Più precisamente, essenziale è l’idea che queste ultime custodiscano «two things in one», formando una «complex category», nella quale si affiancano un «container», ossia la *res communis* (l’aria o l’acqua o il mare o il litorale) e un «content», ossia «the set of all things that could be found in that domain»³³, come gli uccelli, i pesci o le pietre, che riprodurrebbero lo schema dialettico tra inappropriabilità e possibilità di apprensione (anche se non più in relazione alla *pars* della *res communis omnium*, come l’area occupata sul litorale, bensì solo al vero e proprio contenuto).

Tutto il ‘sistema’ delle *res communes omnium*, peraltro, non andrebbe ricondotto a ragioni di carattere solidaristico, bensì a motivazioni di tipo economico: le attività di caccia, pesca, e in generale quelle che sfruttavano le *res communes omnium* e il loro regime erano fondamentali nelle società antiche, e per questo gli scenari entro i quali si svolgevano dovevano essere preservati da ogni restrizione all’accesso – anche da parte del potere pubblico – , là dove il contenuto, per converso, doveva rimanere *res nullius* ed essere oggetto della libera appropriazione di chi si dedicasse alle attività suddette.

È qui che lo studio di Capurso vira nella direzione della crasi tra istituti romanistici e diritto dello spazio cosmico, ricordando che il lancio del satellite Sputnik-1 ha aperto la via all’ esplorazione dello spazio, e che questo ha presentato grandi e per certi versi

³² Cfr. quanto si è detto in M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 125 ss., nonché, diffusamente, D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 65 ss. e L. D’AMATI, ‘*Aedificatio in litore*’, ne *I beni*, cit., 645 ss.

³³ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 4.

prima impensabili opportunità, traendo con esse anche alcuni gravi problemi di carattere giuridico, i quali hanno condotto, nel giro di dieci anni, all’adozione dell’OST, volto a disciplinare l’uso dello spazio esterno.

Secondo Capurso, infatti, nei primi due articoli del trattato³⁴ sono racchiuse la disciplina della proprietà e quella dell’uso: nessuno – prosegue l’autore – può rivendicare l’*outer space* per intero, sia sotto il profilo legale, sia sotto quello fisico (e quindi anche sotto quello pratico, seppure la questione si ponga diversamente per la Luna e per alcuni altri corpi celesti).

A questo punto, lo studioso trae alcune conclusioni. Sulla base di quanto si è potuto affermare sulle *res communes omnium* romane, emerge a suo parere che quegli aspetti che caratterizzavano la categoria sono gli stessi che fanno da sfondo alla disciplina relativa all’*outer space*. Così, inserito quest’ultimo tra le *res communes omnium*, l’autore immagina quale definizione ne avrebbe dato un ipotetico imperatore, ritenendo che l’*outer space* sarebbe stato inserito tra le *res extra patrimonium* e tra quelle *extra commercium*, nonché sicuramente tra quelle *communes omnium*, sulla base di una valutazione economica, imperniata sul valore delle *res communes omnium* per gli esseri umani³⁵.

Con il paragrafo intitolato «*Outer Space and Celestial Bodies from the Eyes of a Roman Jurist*» si apre il vero e proprio campo di indagine

³⁴ Art. I, paragrafi 2 e 3: «Outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies. There shall be freedom of scientific investigation in outer space, including the Moon and other celestial bodies, and States shall facilitate and encourage international co-operation in such investigation». Art. II: «Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means».

³⁵ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 5.

innovativa di Capurso, quello che mette in comunicazione, appunto, la dogmatica romana e il diritto dell’*outer space*.

Per l’autore il punto centrale è che, nelle *res communes omnium*, esiste una costante, ossia la distinzione tra *container* e *content*: il primo non appropriabile in quanto vera e propria *res communis omnium*, il secondo *res nullius*, e pertanto appropriabile. Come si è detto, quindi, vi sarebbero «two things in one». Si può dunque trovare – si chiede lo studioso – questa dicotomia anche nel campo dello spazio cosmico, e, se sì, quali ne sono gli estremi?

Il vuoto nel quale i corpi celesti fluttuano – secondo l’immaginario giurista romano che viene posto da Capurso di fronte al problema – sarebbe il contenitore, mentre i corpi fluttuanti rappresenterebbero evidentemente il contenuto³⁶: ragionamento, questo, che procederebbe in sostanziale analogia con il mare, «infinite, essential, non-appropriable», laddove ciò che in esso si forma sarebbe stato «*res nullius*, freely usable, appropriable by occupation»³⁷. Quindi, proseguendo nell’analisi, questo giurista romano aggiungerebbe che ogni Stato potrebbe conquistare la Luna o Marte o gli asteroidi, e sarebbero come nuove terre scoperte nel nostro pianeta. Ma questa opinione non verrebbe benaccolta al giorno d’oggi: l’art. II OST, infatti, impedisce di considerare appropriabile un pianeta o un corpo celeste in generale, e pertanto anche questi oggetti dovrebbero essere considerati come contenitore, e non come contenuto. Se così è, però, è allora necessario capire qual è il contenuto delle *res communes omnium* cosmiche, e per rispondere, secondo Capurso, è indispensabile comprendere preliminarmente cosa siano i corpi celesti.

³⁶ Qualcosa di simile ha ipotizzato anche E. BACK IMPALLOMENEI, *Spazio*, cit., 29, senza però attribuire il ragionamento al diritto romano e a un suo ipotetico giurista.

³⁷ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 5.

Di tali oggetti manca una definizione soddisfacente³⁸, ma si può prendere spunto dal significato delle parole *celestial body*. Prima di tutto, nota lo studioso il cui pensiero si va delineando, l’aggettivo *celestial* deriva da *caelum*, e quindi va ricondotto a tutti quei corpi che possono essere osservati nel cielo, al di fuori dell’atmosfera terrestre, come la Luna, il Sole e i pianeti del sistema che attorno a quest’ultimo orbita.

Il problema, chiaramente, sta nel termine *body*, perché, se esso venisse considerato semplicemente una massa che si distingue dall’ambiente circostante, questa definizione rischierebbe di far ricomprendere nella categoria – appunto solo per il loro essere muniti di massa – moltissimi oggetti che potrebbero e dovrebbero starne fuori (mini-meteoriti e corpuscoli di vario genere), e di conseguenza il principio di non appropriazione avrebbe uno spettro applicativo talmente ampio da risultare inaccettabile per la comunità internazionale, e perciò del tutto inutile. Capurso si chiede, allora, se è possibile immaginare che alcuni corpi celesti non soffrano l’applicazione del principio di non appropriazione, e quindi non siano – in senso giuridico – veri e propri corpi celesti.

L’autore ricorda che, in ogni caso, vi sono (almeno) tre teorie sul significato di corpo celeste: una prima è quella contenuta in una risoluzione del 1964 dal Working Group III dell’International Institute of Space Law (IISL), secondo il quale i corpi celesti sarebbero tutti gli oggetti naturali presenti nello spazio esterno che non possono essere deviati artificialmente dalla loro orbita³⁹. Questa ricostruzione, però, soffrirebbe una grave difficoltà, e cioè che sono già disponibili tecnologie adeguate per distrarre un corpo

³⁸ Segnalo sul punto V. POP, *A Celestial Body is a Celestial Body is a Celestial Body...*, in http://www.spacefuture.com/archive/a_celestial_body_is_a_celestial_body_is_a_celestial_body.shtml.

³⁹ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 6.

dalla sua orbita, provocandone il cambio di *status*, in modo da potersene appropriare.

Reputata infelice tale soluzione, lo studioso si sofferma su quanto può essere dedotto dagli artt. I e XII dell’OST, che dispongono l’uno la libertà di accesso a tutte le aree dei corpi celesti e alle stazioni e l’altro una pari libertà di ingresso nelle installazioni realizzate su di essi: pertanto, se un corpo è troppo piccolo per consentire un atterraggio, esso potrebbe non essere considerato un vero e proprio corpo celeste. La limitazione della categoria, però, anche in questo caso dipenderebbe solo dal livello tecnologico – che è ovviamente in crescita – e la sua validità, ammesso che già non lo sia, potrebbe presto dirsi superata.

La terza interpretazione è molto semplice: siccome non esiste un vero e proprio criterio di differenziazione, nulla nel *Corpus Iuris Spatialis* legittima una distinzione tra corpi grandi e corpi piccoli, che quindi vanno considerati alla stessa stregua, secondo un «all-inclusive criterion»⁴⁰, che però apre la via al più vasto problema dell’appropriabilità delle risorse spaziali. A ciò si danno due soluzioni di massima: una negativa, basata sulla consustanzialità del corpo celeste – inappropriabile – e delle sue risorse, la cui sottrazione è pur sempre un ‘uso’ del bene; una positiva, che parte dal presupposto della differenza ontologica tra il corpo e le risorse che esso offre. Anche in questo caso, però, si pone il problema di distinguere l’estrazione di risorse da quei corpi talmente minuti da venire di fatto estinti dall’operazione, e quella invece che conserva la loro consistenza. Soprattutto, non sembra facile tracciare una chiara demarcazione tra queste due operazioni.

La conclusione di Capurso è che non vi sia, allo stato, una soluzione soddisfacente, e che pertanto sia necessaria una differente definizione convenzionale.

⁴⁰ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 7.

Due sono, allora, le proposte dell’autore. Una prima è quella chiamata delle 199 *res communes omnium*: in sostanza, preso atto che il fondamento del principio di non appropriazione è quello di non vedere ‘privatizzati’ o comunque resi appannaggio di un unico Stato, di pochi singoli Stati o di privati i corpi del sistema solare (8 pianeti, 185 satelliti naturali, 5 pianeti nani e una stella), sarebbe necessario compilare un elenco tassativo che contenga tali corpi e li ‘consacri’⁴¹ nel loro *status* di *res communes omnium*. È evidente che il problema principale di tale approccio riguarda la volontà politica di compilare una simile lista, che appare di difficile conseguimento.

Una seconda possibilità affonda le proprie radici nel modo in cui si è riusciti a delimitare le acque territoriali – la gittata dei cannoni e, successivamente, le tre miglia marine nelle quali la misura di tale gittata è stata fissata convenzionalmente – e poi in cui si è demarcato il *limes* tra *air space* e *outer space*, utile per differenziare il regime del volo nell’aria e quelli suborbitali, problema risolto da Theodore von Kármán⁴², il quale ha individuato una soluzione di taglio pratico – ancora oggi in uso – secondo cui lo spazio aereo finisce dove si modificano le leggi fisiche che regolano il volo (cd. ‘*Kármán line*’).

Queste soluzioni – quella inerente al mare e quella relativa allo spazio – sono entrambe individuate guardando all’attività da svolgere in un dato ambiente, ossia alla ragione per cui era necessario porre un limite rispetto al mare o allo spazio (l’uso della forza e la possibilità di lanciare navicelle spaziali). Per quanto attiene ai corpi celesti, l’attività maggiore che su di essi si svolge, e

⁴¹ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 7, che parla esattamente di corpi «‘sacred’ to men».

⁴² TH. VON KÁRMÁN - L. EDISON, *The Wind and Beyond: Theodore von Karman, Pioneer in Aviation and Pathfinder in Space*, New York, 1967, 343. La discussione sul punto è tuttora aperta, come dimostra il recente articolo di J.C. MCDOWELL, *The Edge of Space: Revisiting the Karman Line*, in *Acta Astronautica*, 151, 2018, 668 ss.

quindi la ragione per cui è necessario darne una definizione, è il loro sfruttamento, secondo Capurso: di conseguenza, è possibile distinguere tra corpi celesti in senso giuridico (*res communes omnium*) e tutte le altre cose extra-atmosferiche (*res nullius*). Ciò potrebbe essere fatto ponendo un limite convenzionale fissato in corrispondenza alla dimensione dell’asteroide più grande a noi noto, ossia Vesta. Solo quei corpi che hanno dimensione uguale o maggiore saranno considerati corpi celesti, e tra questi andranno compresi i pianeti (tutti, dal momento che Cerere, il più piccolo, ha un diametro comunque doppio rispetto a Vesta), intesi come *container* rispetto alle risorse, che saranno invece *content* senza il rischio – data la dimensione del contenitore – che l’estrazione del contenuto esaurisca il pianeta stesso.

La conclusione cui addivene lo scritto è che un’analisi indirizzata attraverso il diritto romano possa aprire la strada a una soluzione innovativa, quella basata su *container* e *content*, soluzione che però può provenire solamente dal diritto convenzionale, reso necessario dal tenore dell’art. II OST che preclude ogni distinzione tra corpi celesti, e quindi anche tra quelli ‘veri e propri’ e quelli che, viceversa, si riducono a ‘materiale fluttuante’. La proposta di Capurso, anche indipendentemente dal suo legame con il diritto romano, è certamente pregevole, essendo in grado di dare certezza al sistema attraverso criteri chiari e definiti – che è poi l’obiettivo dichiarato del contributo – che possono guidare le attività internazionali nell’*outer space*.

4. *Il ruolo del diritto romano nella ricostruzione dell’‘outer space’*

La conclusione di Capurso, in sintesi estrema, è che la principale utilità del diritto romano nello studio del diritto dell’*outer space* risieda nello specifico modo ‘dicotomico’ in cui sarebbero

costruite le *res communes omnium* romane, vale a dire, come già accennato, nella distinzione tra un *container* e un *content*: conquista concettuale importante, questa, perché potrebbe permettere un’interpretazione del divieto di appropriazione recato dall’OST (pur presupponendone in ogni caso una soluzione di tipo convenzionale⁴³), che sin qui sembra rimanere alquanto oscuro nella sua concreta portata.

In sintesi, infatti, l’autore ritiene che: a) il regime degli artt. I e II dell’OST ruoti attorno al concetto di *res communis omnium*; b) che questo sia di chiara derivazione romanistica; c) che nel diritto romano la sua caratteristica precipua fosse quella di essere strutturato attraverso la dicotomia *container-content*; d) che tale struttura possa essere senz’altro applicata al diritto dello spazio cosmico, il quale vede come *container* il vuoto e i corpi celesti, in ragione dell’art. II OST; e) che questi ultimi non siano perspicuamente delineati, e che quindi sia necessario trovarne una definizione; f) che una volta delineata quest’ultima sia agevole applicare la dicotomia *container-content* e pertanto escludere ciò che non è corpo celeste dalla tutela delle *res communes omnium*, considerandolo risorsa liberamente appropriabile (*res nullius*) alla stregua delle risorse naturali rinvenibili sulle o nelle *res communes omnium*.

La coincidenza tra *res communes omnium* romane e ‘spaziali’ è evidentemente sottintesa⁴⁴ – e verrà discussa nel prosieguo –, e il diritto romano non viene di per sé utilizzato in via classificatoria, per tentare di definire quali siano, oggi, le *res communes omnium*, ma

⁴³ Esistono però anche proposte interpretative che, apparentemente, non la richiederebbero, di per sé, come pare quella di E. BACK IMPALLOMENEI, *Spazio*, cit., 52 ss.

⁴⁴ Va detto, però, che un’equiparazione a grandi linee si ha già per quel che riguarda il mare: cfr. le penetranti considerazioni di E. BACK IMPALLOMENEI, *Spazio*, cit., 29, sul punto.

soltanto per bipartirle internamente, cioè per affermare che esse si distinguono quali *communes omnium*-contenitore e *nullius*-contenuto, aprendo la strada allo sfruttamento economico del contenuto.

La brillante analisi, peraltro, è condotta da un punto di vista evidentemente più legato al dettato delle convenzioni internazionali che a un’esegesi ‘libera’, per l’evidente ragione che l’azione degli Stati, in linea di principio, dev’essere sempre riconducibile ai binari del diritto internazionale.

A questo proposito, si può notare che, significativamente, lo stesso regime del diritto romano è tratto non tanto nel suo magmatico punto d’inizio – ossia la riflessione del giurista Marciano, che per primo si è avventurato nell’utilizzo della categoria delle *res communes omnium* in senso giuridico, ricostruendola sulla base di una consapevolezza esistente nella coscienza romana, benché fino a quel momento estranea al diritto⁴⁵ – ma nella sua cristallizzazione a opera di Giustiniano, che paradossalmente costituisce una sorta di contraddizione rispetto al modo in cui lo stesso Marciano è pervenuto alla definizione delle *res communes omnium*, ossia una riflessione completamente sganciata da vincoli di carattere legislativo.

Tuttavia, rimane il fatto che, nel contributo sin qui riassunto, l’apporto del diritto romano, pure primario, rimane limitato a un dato descrittivo-strutturale interno a una categoria già formata, proprio e forse per il fatto che la natura di *res communis omnium* dello spazio cosmico rimane congegnata in stretta aderenza alla lettera dei trattati e interpretata attraverso la dicotomia ‘contenitore-contenuto’.

⁴⁵ Cfr., sull’emersione della categoria nella coscienza romana e nella letteratura, P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, ne *I beni*, cit., 85 ss., R. ORTU, ‘*Mare quidem commune certost omnibus*’, ne *I beni*, cit., 165 ss., nonché E. CANGELOSI, ‘*Publica*’ e ‘*communis*’. *Acqua, mondo romano e beni comuni*, Roma, 2014, 63 ss.

Su quest’ultima, per vero, vi è forse qualche considerazione da fare, per verificare se essa corrisponda effettivamente a quanto i romani hanno inteso.

Chiarito sinteticamente il regime delle *res communes omnium* e dell’aria in Roma – e se questo possa essere applicato anche allo spazio vero e proprio – si avvanzerà qualche osservazione per proseguire lungo la proficua linea di discussione sull’*outer space* nella quale si colloca il contributo di Capurso, cercando tuttavia di attribuire un qualche ruolo ulteriore alla riflessione dei giuristi romani in una prospettiva di dialogo tra le diverse branche del diritto coinvolte.

5. *Le ‘res communes omnium’ nel diritto romano*

È bene prendere le mosse dalla fonte marcianea che si è poc’anzi menzionata, il cui testo nell’edizione di Mommsen e Krüger è del seguente tenore:

Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.2 pr.: *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

Il brano è tratto dal terzo libro delle istituzioni di Marciano⁴⁶, ed è riportato sotto il titolo *de diuisione rerum et qualitate*. La categoria in esso enucleata – quella delle *res communes omnium* –, come è stato ben notato da Grosso, «non è universalmente conosciuta dai

⁴⁶ Su cui cfr., da ultimo, S. PIETRINI, *L’insegnamento del diritto penale nei ‘libri institutionum’*, Napoli, 2012, 47 ss., la quale addivene alla conclusione che le istituzioni marcianee fossero «un manuale per la scuola»: facile immaginare, allora, che le classificazioni in esso contenute dovessero essere chiare e condivisibili.

giureconsulti romani»⁴⁷, prova ne sia che le partizioni enunciate da Marciano non possono essere sovrapposte a quelle enumerate da Gai. 2 *inst.* D. 1.8.1.

Davanti a questa prima difficoltà, Bonfante⁴⁸ – traendo spunto da Ferrini, il quale ritenne il passo marciano interpolato⁴⁹ – ipotizzò che quella di Marciano fosse niente più di un’invenzione partorita sotto l’influenza di letteratura e filosofia⁵⁰, che l’avevano in qualche modo contemplata⁵¹ (posto che il giurista in parola sarebbe stato, secondo molti, «imbevuto di cultura letteraria, o almeno il più ricco di allusioni letterarie e filosofiche»⁵²). Famosa –

⁴⁷ G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose. Con una ‘nota di lettura’ di F. Gallo*, in RDR, 1, 2001, 29.

⁴⁸ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1². *La proprietà*, Milano, 1966, 51 ss.

⁴⁹ Cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti nelle istituzioni di Gaio*, in *Opere di C. Ferrini*, II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 354 s. (già in *BIDR*, 13, 1901, 144).

⁵⁰ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, II.1², cit., 54 ss.; E. CORTESE, voce *Demanio (dir. rom.)*, in *ED*, 12, Milano, 1964, 74, il quale parla di «insufficienza dogmatico-giuridica»; M. KASER, *Ius gentium*, Köln - Weimar - Wien, 1993, 107; M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di ‘res publicae’*, Torino, 1999, 37; J.D. TERRAZAS PONCE, *El concepto de ‘res’ en los juristas romanos*, II. *Las ‘res communes omnium’*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 34, 2012, 153.

⁵¹ Copia di esempi è riportata da G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose*, I. *Concetto di cosa. Cose ‘extra patrimonium’*, Milano, 1945, 71 s., ma anche in F. SINI, *Persone*, cit., § 2. Sul punto cfr., da ultimo, A. SCHIAVON, *Storia dei dogmi e individualità dei giuristi nell’interpretazione della categoria delle ‘res communes omnium’*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen / Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale (Montepulciano, 14-17 giugno 2011)*, a cura di C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci ed E. Stolfi, Trento, 2012, 607 ss. Si ritiene qui con V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate curate edite da P. Bonfante*, I, Roma, 1928, 131, che l’essere in linea con la percezione diffusa tra i non giuristi non costituisca un difetto, bensì un pregio della ricostruzione marcianea.

⁵² F. SINI, *Persone e cose: ‘res communes omnium’*. *Prospettive sistematiche tra diritto romano e tradizione romanistica*, in *D@S*, 7, 2008, § 2. Di quest’avviso U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra ‘res nullius’ e ‘res nullius in bonis’ e la distinzione delle ‘res’ pseudo-marcianea “che non ha né capo né coda”*, I, Milano, 1979, 118 s.; ID., *La non classicità delle ‘res communes*

tanto da assurgere a titolo di un’opera successiva⁵³ – è rimasta la valutazione espressa da Theodor Mommsen in una lettera indirizzata a Vittorio Scialoja, nella quale l’autore tedesco affermava *tranchant* – con riferimento a D. 48.8.3 pr.⁵⁴ – che «*litora*, dice Celso, *in quae p. R. imperium habet populi Romani esse arbitror* e dice bene, certo meglio assai di Marciano, che vi ficca quelle benedette *res communes omnium*, che non hanno né capo né coda»⁵⁵.

Sotto altro profilo, si è ritenuto che il giurista severiano non contemplasse la categoria delle *res publicae*, la quale sarebbe stata, rispetto all’elenco di Marciano, un’aggiunta di epoca giustiniana⁵⁶.

Come notano Dell’Oro⁵⁷ e Grosso – seguiti, di recente, da Maddalena e da Dursi⁵⁸ –, tuttavia, tale ipotesi non sembra corretta: secondo Grosso, in particolare, «tutto fa ... pensare che Marciano distinguesse la categoria delle *res publicae* sia dalle *res communes omnium* come dalle *res universitatis*, e che il ‘*quaedam publica*’ sia caduto per un errore di amanuense nel passo del Digesto»⁵⁹.

omnium’, in *Studi in onore di A. Arena*, IV, Padova, 1981, 2157 ss. Sul tema cfr., da ultimo, P. LAMBRINI, *Alle origini*, cit., 89.

⁵³ Il riferimento è chiaramente a U. ROBBE, *La differenza*, cit.

⁵⁴ Cels. 39 *dig.* D. 43.8.3 pr.: *Litora, in quae populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror. 1. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

⁵⁵ TH. MOMMSEN, *Sopra una iscrizione scoperta in Frisia*, in *BIDR*, 2, 1889, 130 s., su cui si soffermano anche D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 1 s. e M. FRUNZIO, *Riflessioni sul valore delle cose*, in *RDR*, 16-17, 2016-2017, 11. Scetticismo per certi aspetti della partizione marcianea è stato peraltro dimostrato anche da G. SCHERILLO, *Lezioni*, I, cit., 85.

⁵⁶ In questo senso cfr., oltre ai già citati, assai diffusamente anche G. BRANCA, *Le cose ‘exta patrimonium humani iuris’*, Trieste, 1941, 1 ss., nonché V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1947, 171 e nt. 1.

⁵⁷ Cfr. A. DELL’ORO, *Le ‘res’*, cit., 176 s.

⁵⁸ Cfr. P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per il nostro tempo*, in *SDHI*, 79.2, 2013, 1064 s. (già pubblicato come ID., *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, in *Federalismi.it*, 14, 2012), nonché D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 7 ss.

⁵⁹ Così in *Corso*, cit., 30; nello stesso senso anche L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 34, nt. 64 e *contra*, ancora relativamente di recente, U.

L’affermazione è suffragata dalle fonti. Se Marciano, nel brano in parola – versato nelle *Institutiones* –, non riporta la categoria delle *res publicae*, nella medesima opera, e precisamente a Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.4.1, egli dimostra di esserne perfettamente a conoscenza, affermando che ‘*Sed flumina paene omnia et portus publica sunt*’: la menzione è pertanto sicuramente caduta⁶⁰.

Solo seguendo questa interpretazione viene alla luce la natura delle *res communes omnium*, le quali sono quelle cose che, «per loro natura, non appartengono singolarmente a nessuno e sono destinate all’uso di tutti, cittadini e non cittadini»⁶¹, là dove essa si oppone (anche) alle *res publicae*, le cose del popolo romano⁶² inteso come insieme dei suoi cittadini⁶³, le quali «pur essendo destinate all’uso di tutti, appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico»⁶⁴.

Il lacerto di partenza va allora certamente completato con l’aggiunta delle *res publicae*⁶⁵, in parallelo con il passo conservato in I. 2.1 pr.

Per concentrarsi ora sulla categoria delle cose ‘*omnium*’ va notato, ancora con Scherillo, che proprio e solo questa specificazione le distingue dalle altre: non invece il fatto di essere

ROBBE, *La differenza*, cit., 117. Sul punto cfr., da ultimo, L. D’AMATI, *Brevi riflessioni in tema di ‘res communes omnium’ e ‘litus maris’*, in *Scritti per A. Corbino*, a cura di I. Piro, II, Tricase, 2016, 334 s.

⁶⁰ Cfr. G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 71. Va notato che tale idea è sostanzialmente accolta dalla dottrina recente: v., tra gli altri, F. SINI, *Persone*, cit., § 1, nonché D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 7 s.

⁶¹ G. GROSSO, *Corso*, cit., 32; v. anche J.D. TERRAZAS PONCE, *El concepto*, cit., 154.

⁶² Così F. SINI, *Persone*, cit., § 2.

⁶³ Cfr. A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e ‘class actions’*, in ‘*Actio in rem*’ e ‘*actio in personam*’. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 738 ss.; cfr. pure ID., *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 *D@S*, 11, 2013.

⁶⁴ V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 127.

⁶⁵ Come del resto si rinviene anche in G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose – contratti*, Torino, 1974, 24.

‘*communes*’, giacché tale vocabolo è utilizzato per qualificare anche differenti tipi di proprietà⁶⁶, che certamente non riguardano gli *omnes*. Solamente l’insieme ‘*communes omnium*’, pertanto, e quindi l’aspetto di comunanza a tutti delle cose, dà il reale senso della categorizzazione.

La *climax* enucleata da Marciano procede come segue: prima di tutto stanno le cose sulle quali si esercita il diritto di tutti (*communes omnium*), poi quelle su cui si esercita il diritto di tutti i cittadini romani (*publicae*) – il che era di grande portata, essendosi Marciano notoriamente confrontato proprio coi problemi relativi all’estensione della cittadinanza romana a opera di Caracalla⁶⁷ –, quindi quelle sulle quali si esercita il diritto di tutti i cittadini di una singola città⁶⁸ o comunque di una collettività⁶⁹ (*universitatis*), cui seguono le cose sulle quali tutti possono avanzare pretese, proprio perché non sono in proprietà di alcuno (*nullius*⁷⁰), e infine quelle su cui singoli individui possono vantarne (*singulorum*). È significativo che le *nullius* vengano prima delle *singulorum*, giacché l’apertura all’appropriazione da parte di tutti è comunque un *quid pluris* rispetto all’appartenenza a un singolo, che priva tutti gli altri del

⁶⁶ Cfr. G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 70. V. pure P. MADDALENA, *I beni*, cit., 1055 ss.

⁶⁷ Cfr. J.D. TERRAZAS PONCE, *El concepto*, cit., 129, nonché D. LIEBS, *Alius Marcian. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, in *ZSS*, 128, 2011, 46.

⁶⁸ Cfr., sul punto, G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., 213, nonché A. DANI, *Il concetto giuridico di ‘beni comuni’ tra passato e presente*, in *Historia et ius*, 6, 2014, 6 s.

⁶⁹ Cfr. Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.6.1, nonché, in dottrina, A. PERNICE, *Die sogenannten ‘res communes omnium’*, Berlin, 1900, 5; N. DE MARCO, *I ‘loci publici’ dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell’usus, gli strumenti di tutela*, Napoli, 2004, 19.

⁷⁰ Secondo P. MADDALENA, *I beni*, cit., 1065 ss., le *res nullius* sono un’aggiunta postclassica. Lo stesso autore, in altro contesto e relativamente a Celso, ritiene inoltre che l’espressione ‘*nullius esse*’ indichi la natura pubblica del bene (su questo cfr. ID., *Il diritto dell’uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione*, in *Les zones protégées en Méditerranée: espaces, espèces et instruments d’application des conventions et protocoles de la Méditerranée [Actes de colloque, Tunis - Novembre 1993]*, Tunis, 1995, 254).

bene (e solo con riguardo alle cose riferite agli individui vengono menzionati i modi di acquisto⁷¹).

Infine, va osservato che le *res communes omnium*, sulle quali si esercita come detto il diritto di tutti, sono sì inappropriabili, ma solamente nel senso che non lo sono mai *tout court*: così, l’*aqua profluens* non può essere prelevata tutta, ma se ne può prelevare una quantità anche molto ampia, e ciò senza inficiare l’altrui pari diritto; e ancora è impossibile appropriarsi di tutto il mare, o di tutta l’aria, ma al bisogno l’uno e l’altra possono essere utilizzati *pro parte*. Anche il litorale, che si è visto essere *communis* solamente *per hoc*, può essere oggetto di appropriazione interinale, come dimostra la possibilità di erigervi alcuni tipi di edifici finalizzati all’attività della pesca. Questo ricavava Marciano dall’osservazione della realtà del suo tempo⁷², cui sembra potersi ricondurre anche il richiamo al *ius naturale*⁷³: le *res* dell’elenco sono ‘per loro natura *communes omnium*’⁷⁴.

Da quanto sin qui detto si desume che, se l’inappropriabilità esistente per le *res communes omnium* è quella *tout court*, viceversa è sempre possibile un’appropriazione di tipo parziale⁷⁵.

6. L’aria e lo spazio in particolare

L’aria è stata forse l’elemento più discusso tra quelli elencati nella fonte marcianea (e in quella giustiniana, di analogo tenore),

⁷¹ Come nota pure G. GROSSO, *Corso*, cit., 17.

⁷² Cfr. A. LALLI, *Per un approccio*, cit., 304, nonché M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 109 ss.

⁷³ Cfr. A. BURDESE, *Il concetto di ‘ius naturale’ nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *RISG*, 8, 1954, 411, secondo il quale si designano di massima naturali, tra gli altri, «fenomeni che esistono nella realtà di fatto o sono il prodotto di inderogabili leggi fisiche».

⁷⁴ Così G. LOMBARDI, *Sul concetto di ‘ius gentium’*, Roma, 1947, 256 ss., in particolare 258 s.

⁷⁵ Da ultimo su questo cfr. M. FIORENTINI, *Spunti*, cit., 88 ss.

ma è opportuno verificare se essa possa essere di qualche interesse per il presente studio, che è pur sempre incentrato sul diritto dell’aria e del cielo. Secondo Robbe l’aria «è tale oggetto, che poteva fare a meno di esser contemplato dai giureconsulti Romani», talché «essa avrebbe potuto esser relegata con le nuvole, gli astri, accomunata con la luce del sole e il firmamento»⁷⁶. Per parte sua, Bonfante opinò che, a ragionare degli astri, si sarebbe finiti in una «categoria di *res communes*, che finiscono con approssimarsi troppo alle cose irraggiungibili, sottratte alla sfera di azione dell’umanità presente», giacché «tutti gli uomini, è vero, possono ammirare il firmamento: ma non c’è scopo di dichiararlo una *res communis omnium*»⁷⁷.

Niente meglio di queste parole del grande studioso – perfettamente giustificate al tempo in cui vennero pronunciate – può descrivere come la categoria elastica delle *res communes omnium* sia soggetta al passaggio del tempo e allo sviluppo tecnologico⁷⁸.

Per la verità, si è dubitato che l’aria – considerata quale elemento consumabile, ad esempio, attraverso la respirazione – sia

⁷⁶ Così U. ROBBE, *La differenza*, cit., 125. Similmente, M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., 40, la considera «fuori dal diritto, e pertanto ... a ragione indicata come appartenente alle *res communes omnium*».

⁷⁷ P. BONFANTE, *Corso*, II.12, cit., 73 s.

⁷⁸ Del resto, analoghe considerazioni potrebbero svolgersi, oggi, a proposito dello spazio ‘extra-solare’, giacché anche il concetto di spazio cosmico, pur distinguendolo da quello (più prossimo alla Terra) extra-atmosferico, va comunque limitato, come nota E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 14, al sistema solare. Questa delimitazione, mi sembra, pone fuori gioco la concezione di G. LODIGIANI, *Lineamenti*, cit., 19, secondo il quale «l’appellativo cosmico rifiuta ogni relazione con il concetto dimensionale, per accogliere l’idea funzionale», cosicché «il diritto cosmico non si applica in una zona determinata, ma si indirizza a determinate attività, dotate di quei particolari caratteri che le rendono soggette a queste norme, senza tener conto dello spazio in cui esse si svolgono». In particolare, tale concezione mi sembra contraddittoria rispetto alla definizione che lo stesso autore dà poche pagine prima, di diritto cosmico come branca che regola anche i beni presenti nel cosmo, che dovrebbero invece essere oggetto solo di norme indirette, quale riflesso della regolazione dell’attività.

concretamente chiamata in causa per quanto riguarda l’argomento dello spazio (sia esso *inner* o *outer*), giacché *coelum* (o *caelum*), e non *aer* sarebbe l’elemento pertinente a proposito dello spazio⁷⁹.

A ben vedere, però, va notato, prendendo spunto dalla lucidissima trattazione di Aldo Dell’Oro⁸⁰, oggi condivisa pure da Dursi⁸¹, che con grande probabilità già i Romani erano costretti a prendere in considerazione alcuni problemi relativi all’uso dell’aria, e che in questi casi essa era spesso oggetto di attenzione proprio in quanto cielo: concetto, quest’ultimo, che in quello di aria poteva, a certe condizioni, ricadere.

In particolare, Dell’Oro ha evidenziato che «i Romani non ebbero nozioni rigorosamente distinte di spazio e di aria, ma concepirono lo spazio fra la terra e la volta celeste come necessariamente riempito d’aria, così come necessariamente non riuscirono a immaginare l’aria, ferma o in movimento, usata per respirare o invece come energia, se non contenuta nello spazio, cosicché il latino *aër* può significare, come l’italiano aria, anche lo spazio sovrastante la terra»⁸². L’affermazione è suffragata da Cicerone⁸³ e, soprattutto, da Nonio, che così si esprime:

⁷⁹ Di conseguenza, solo *aer* e non anche *caelum* sarebbe stato *res communis omnium*, come nota J.C. COOPER, *Roman Law and the Maxim ‘cujus est solum’ in International Air Law*, in *McGill Law Journal*, 1, 1952, 37 s. V. inoltre F. LARDONE, *Airspace Rights in Roman Law*, in *Air Law Review*, 2, 1931, 461; H. GOUDY, *Two Ancient Brocards*, in *Essays in Legal History Read Before the International Congress of Historical Studies Held in London in 1913*, edited by P. Vinogradoff, London - Edinburgh - Glasgow - New York - Toronto - Melbourne - Bombay, 1913, 231 s. Il problema viene affrontato diffusamente da D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 21 ss.

⁸⁰ Cfr. A. DELL’ORO, *Le ‘res’*, cit., 209 ss.

⁸¹ Cfr. D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 21 ss.

⁸² A. DELL’ORO, *Le ‘res’*, cit., 209.

⁸³ Cfr. in particolare Cic. *nat. deor.* 32.90, ma pure Ov. *met.* 5.644: *et medium caeli terraequae per aera vecta est*, nonché le altre fonti analizzate da A. DELL’ORO, *Le ‘res’*, cit., 209 ss. e D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 21 ss.

Non. voce ‘Aer’ (Lindsay II.361): *aer est medium spatium quod inter caelum est et terram.*

Alle fonti considerate da Dell’Oro vanno peraltro aggiunti i significativi:

Non. voce ‘Caelum’ (Lindsay II.402): *Caelum rursus aer.*

Lucr. 4.132: *in hoc caelo qui dicitur aer.*

Plin. Nat. 2.102: *et hoc caelum appellauere maiores quod alio nomine aera.*

L’aria sembra rappresentare, insomma, nella riflessione romana, anche lo spazio atmosferico, che sta ‘tra cielo e terra’.

Del resto, come nota ancora lo studioso citato, Ulpiano, in D. 47.10.13.⁸⁴, parlando di *aer* ad altro non può riferirsi se non allo spazio aereo, visto che l’attività svolta nel mare che la fonte descrive e pone in analogia con la *aucupatio* – la caccia agli uccelli – svolta nel cielo è la *piscatio*⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. Ulp. 57 ad ed. D. 47.10.13.7: *Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patitur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum, su cui anche D. DURSI, ‘Res’, cit., 23.*

⁸⁵ Cfr. A. DELL’ORO, *Le ‘res’*, cit., 211, nonché 216 ss.

Per definire quali fossero i diritti che potevano essere vantati sull’aria così intesa (quindi anche quale *res communis omnium*), non può essere ignorata quella pionieristica letteratura – che pur si riduce a un pugno di nomi, ossia Pampaloni⁸⁶, Lardone⁸⁷, Cooper⁸⁸, e ovviamente Bonfante⁸⁹ – la quale ha preso in considerazione il problema dello spazio aereo in diritto romano: questione, questa, che in generale è stata posta quasi sempre in termini ‘classici’, seguendo la tesi bonfantiana sulla proprietà⁹⁰ e attribuendo così al *dominus* del suolo una sorta di sovranità *usque ad sidera*.

In realtà, lo stesso Bonfante, pur propendendo per l’inerenza del problema alle fonti romane relative ai rapporti di vicinato, ritiene infine che la proprietà non si estendesse all’infinito, e ciò per motivazioni diverse da quelle che mossero, a suo tempo, Rudolf von Jhering⁹¹, secondo il quale «das Recht an dem Luftraum oder sagen wir die Eigenthumsatmosphäre reicht nicht weiter, als das praktische Bedürfnis, dass dadurch befriedigt werden soll»⁹², seguito in questa ricostruzione da Hesse⁹³ e da Pampaloni⁹⁴, e, nella sostanza, da Giannini⁹⁵, bensì sulla base della

⁸⁶ Cfr. M. PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo nel diritto romano e odierno*, in *AG*, 48, 1892, 32 ss., seguito nel configurare lo spazio aereo come *res communis omnium* da C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁶, a cura di G. Grosso, Milano, 1953, 209 s.

⁸⁷ Cfr. F. LARDONE, *Airspace*, cit., 455 ss.

⁸⁸ Cfr. J.C. COOPER, *Roman Law*, cit., 23 ss.

⁸⁹ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, II.1², cit., 259 ss.

⁹⁰ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, II.1², cit., 225 ss.

⁹¹ Cfr. R. VON JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 6, 1863, 85 ss.

⁹² R. VON JHERING, *Zur Lehre*, cit., 89 s.; in termini analoghi A. DELL’ORO, *Le ‘res’*, cit., 215 s.

⁹³ Cfr. C.A. HESSE, *Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn*, Jena, 1880, 481.

⁹⁴ Cfr. M. PAMPALONI, *Sulla condizione*, cit., 32 ss.

⁹⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*³, Bologna, 1989, 93.

distinzione – peraltro, solitamente, come noto, per nulla marcata nell’opera di Bonfante (e per vero ancora in studi successivi⁹⁶) – tra sovranità e proprietà⁹⁷.

Ciò che è emerso dalle analisi citate è che, in realtà, i proprietari dei terreni privati avevano sì il controllo di quanto sovrastava i loro terreni, ma esso era limitato a quanto potesse essere astrattamente utile alle costruzioni (e quindi «limited to areas close to the surface»⁹⁸), là dove, rispetto ai cieli, si sarebbe potuto parlare, semmai, più in generale di ‘sovranità’. Emerge quindi, da questo punto di vista, l’erroneità della posizione di chi, come il Goudy, ha sostenuto che «the right of property in the *coelum* would have sufficed to prevent air-transit over a man’s ground and interdicts to prevent it would have been granted had damage been caused or threatened»⁹⁹.

Difatti, sebbene le fonti utilizzino spesso espressioni piuttosto assolute (*caelum ... liberum esse debet*¹⁰⁰, o addirittura *ius est in infinito supra suum aedificium imponere*¹⁰¹), è chiaro che esse devono essere lette in un’ottica di sensatezza, volta a evidenziare i

⁹⁶ Cfr., difatti, V. POP, *Who Owns the Moon?*, cit., 59 ss.

⁹⁷ Cfr. P. BONFANTE, *Corso*, II.12, cit., 269.

⁹⁸ J.C. COOPER, *Roman Law*, cit., 39.

⁹⁹ H. GOUDY, *Two Ancient Brocards*, cit., 231. Cfr. pure F. LARDONE, *Airspace*, cit., 455 ss., il quale ritiene, per un verso, che emergesse dallo ‘spirito delle fonti’ il principio secondo il quale il proprietario di un terreno avrebbe potuto esigere il rispetto del proprio diritto *in infinitum* e, per un altro verso, che «if the Romans knew of such a possibility» – quella di solcare i cieli con aeromobili –, e dovendo affidare a qualcuno il controllo (*rectius*: la proprietà) dello spazio aereo, «they would have given such a control to the landowner» (462). Dalle fonti, invero, tale possibilità non emerge minimamente: anche considerando quelle che parlano di edificabilità *in infinitum*, difatti, risulta evidente che esse non potevano riferirsi ad altezze comparabili a quelle necessarie per il volo. V. ancora, sul punto, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942, 376, nt. 15.

¹⁰⁰ Paul. 21 *ad ed.* D. 8.2.1.

¹⁰¹ Paul. 15 *ad Sab.* D. 8.2.24.

profili presi (almeno prevalentemente) in considerazione dai giuristi romani.

Anche al seguente lacerto può avere una qualche inerenza al nostro tema:

Ven. 2 *interdict.* D. 43.24.22.4: *Si quis proiectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id caelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse.*

Il passo, dove si riporta l’*opinio* favorevole alla concessione dell’interdetto *quod vi aut clam* alla vittima dell’immissione in sepolcro – dato che di immissione si tratta, essendo, per l’appunto, compresa nel concetto di sepolcro anche la colonna d’aria sovrastante – per l’ipotesi che su di esso (in linea d’aria) venissero installati uno sporto o una grondaia¹⁰², può essere spiegato anche con riferimento a una particolare caratteristica del bene, da collegare forse al cielo per permettere l’ascesa delle anime, che non era credenza sconosciuta in Roma antica¹⁰³.

Va preso in considerazione, difatti, che il cielo era altresì il luogo degli dèi, come molte fonti indicano¹⁰⁴, e in particolare:

¹⁰² Cfr., sul punto, A. BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo. Corso di lezioni 1955-1956. A cura e con una ‘nota di lettura’ di R. Martini*, in RDR, 2, 2002, 44.

¹⁰³ Cfr. quanto afferma Macr. *Sat.* 3.7.3: *nam quicquid destinatum est dis sacrum uocatur, peruenire autem ad deos non potest nisi libera ab onere corporis fuerit anima, quod nisi morte fieri non potest.*

¹⁰⁴ Cfr., tra gli altri, Verg. *Aen.* 6.582-584: *Hic et Aloidas geminos immania vidi corpora, qui manibus magnum rescindere caelum adgressi superisque Iovem detrudere regnis*; Macr. *Sat.* 3.5.3: *Quid igitur? Deorum maxima deducitur e caelo.* V. però contro questa ricostruzione P. BONFANTE, *Corso*, II.1², cit., 264.

Non. voce ‘*Caelvm*’ (Lindsay II.402): *caelvm est deorum domicilium*.

Di conseguenza, esso avrebbe potuto essere considerato, a certi fini, *res sacra*, in linea con quanto si andava dicendo poc’anzi, e quindi non oggetto di diritti degli uomini.

Questa caratteristica è comune anche alle *res communes omnium*, l’afferenza alle quali del cielo sembra confermata, tra l’altro, da un passo di Simmaco:

Simm. *relat.* 3.10: *Eadem spectamus astra, commune caelum est, idem nos mundus involvit*.

I corpi celesti, invece, stando alle fonti, sarebbero stati *res divini iuris* (o, come si desume dal secondo testo, addirittura divinità essi stessi, destinatari di sacrifici, non a caso, di uccelli)¹⁰⁵:

Macr. *Sat.* 3.7.14: *physica, quod est de divinis corporibus vel caeli vel siderum, tractat*.

Macr. *Sat.* 2.3.4: *Hyginus enim de proprietatibus deorum, cum de astris ac de stellis loqueretur, ait oportere his volucres immolari. Docte ergo Vergilius dixit apud ea numina animam volucris remansisse quibus ad litandum data est*.

La natura dello spazio aereo e dei diritti su di esso vantati si collega a quello della navigazione aerea. Sul punto si è portati a immaginare, in generale, che presso i Romani non si ponessero problemi di tal fatta: certamente, non si ponevano né in termini di

¹⁰⁵ Coglie l’origine religiosa dei concetti di diritto spaziale J.E. NOYES, *The Common Heritage*, cit., 457 s. In merito v. pure Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, trad. it., Macerata, 2015, 23 s.

trasporto umano tramite velivoli né, tantomeno, di messa in orbita di corpi artificiali.

Merita di essere tenuto a mente, tuttavia, che i Romani – e a maggior ragione i Romani dell’epoca in cui visse Marciano – non ignoravano la caccia tramite il falco e la civetta, che comportavano chiaramente l’invasione dello spazio aereo sovrastante aree di proprietà altrui, e praticavano inoltre lo scambio epistolare tramite piccione viaggiatore¹⁰⁶.

È allora evidente che due sono le strade possibili. Da una parte, si può seguire la lettura di Bonfante, difendere la proprietà *usque ad sidera* e definire tuttavia l’eventuale impedimento alla navigazione come atto emulativo¹⁰⁷, pertanto vietato dall’ordinamento, oppure, dall’altra parte, è possibile seguire von Jhering, limitando pertanto la proprietà là dove si arresta la sua pur ipotetica utilità. In ogni caso, la navigazione aerea è permessa, e si sposa con la natura *omnium* dello spazio aereo.

Concludendo su questo punto, si può dire che la definizione marcianea dell’*aer* come *res communis omnium* non manca di attualità, perché essa è in grado di abbracciare anche taluni problemi di navigazione aerea: come si vedrà nel prosieguo, tuttavia, il diritto aereo di cui si tratta può essere una versione larvale di quello vigente nello spazio intra-atmosferico, mentre sembra che quello

¹⁰⁶ Cfr. A. DELL’ORO, *Le ‘res’*, cit., 217 s.

¹⁰⁷ Una questione su questo punto si è avuta nel 1976, quando è stata adottata la ‘dichiarazione di Bogotà’, tramite la quale alcuni Stati equatoriali rivendicavano la sovranità *usque ad sidera* lamentando la messa in orbita di satelliti geostazionari al di sopra del loro territorio. Oggi, l’‘altezza’ alla quale sono collocati tali satelliti – decine di migliaia di chilometri – e la relativa impossibilità di individuare un ‘sopra’ e un ‘sotto’ rendono simile tesi difficilmente sostenibile (cfr. diffusamente, sul punto, R. QUADRI, *Prolegomeni*, cit., 35 ss., e ancora E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 18 s. e 48 ss., nonché ID., voce *Spazio aereo e spazio extra-atmosferico*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 258 s.). Anche non ritenendo tali argomenti invincibili, tuttavia, è preferibile rigettare la ricostruzione della sovranità *usque ad sidera*: cfr. E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 21 ss.

extra-atmosferico sia strutturato in maniera differente, anche in ragione del fatto che, a una certa distanza, parlare di una ‘verticale’ su una determinata zona di territorio diventa, oltretutto privo di senso giuridico, anche impossibile¹⁰⁸.

7. *Alcune osservazioni sull’uso della categoria romana delle ‘res communes omnium’ nel campo del diritto dell’‘outer space’*

Quello che si trae definendo il regime dell’*aer*, come si diceva poc’anzi, aiuta solo in parte a definire l’attuale regime dello spazio: è infatti lo statuto globale delle *res communes omnium* a poter dare un senso a una definizione dello spazio cosmico e dei corpi celesti. L’*aer*, infatti, per quanto lo si estenda, può coprire storicamente solo parte del nostro problema, perché può comprendere – e comprende, a parere di chi scrive – il cielo intra-atmosferico. Per quanto riguarda quello extra-atmosferico, è impossibile, ovviamente, che i Romani lo facessero ricadere nella categoria, perché quest’ultimo è relegato in Roma semmai alla sfera dell’ignoto e del prodigioso, icasticamente rappresentato dalle *res divini iuris*. Malgrado ciò, non è impossibile delineare un regime del tutto analogo per lo spazio che Capurso chiama ‘vuoto’, ossia quello extra-atmosferico: quello spazio cioè che sta tra i corpi celesti ma fuori dall’atmosfera, il quale, avendo oggi funzione di navigazione o di stazionamento di satelliti, ben può soggiacere a un regime analogo a quello dell’*aer*, e semmai del mare, in Roma antica¹⁰⁹.

Ciò posto, è il caso di venire a qualche commento – dal versante romanistico, è ovvio – a quanto si è sopra riassunto. In

¹⁰⁸ Cfr. E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 19, ma pure 48 ss.

¹⁰⁹ Cfr. quanto si è sostenuto in M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 159.

tutto il suo scritto, Capurso ha valorizzato la dicotomia tra contenitore e contenuto, che passerebbe tra le *res communes omnium* e le *res nullius* in esse rinvenibili.

Tale dicotomia, tuttavia, non sembra emergere con evidenza cristallina quale tratto caratteristico delle *res communes omnium*. È senz’altro vero – e lo si è messo in evidenza in altro scritto¹¹⁰ – che le cose trovate nel mare o sul litorale sono oggetto di apprensione in quanto *res nullius*, il che è testimoniato, fra gli altri, da:

Florent. 6 *inst.* D. 1.8.3: *Item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, iure naturali nostra statim fiunt.*

In quel frangente, si era notato altresì che il passo segue di poco la partizione marcianea, e che esso tratta delle cose che si trovano sul litorale del mare – il quale, come ovvio, è *res communis omnium* –, le quali si possono fare proprie tramite occupazione¹¹¹.

Tuttavia, ci si rifaceva a tal proposito all’opinione di Vittorio Scialoja: secondo lo studioso, infatti, tale testo è eterogeneo per quanto riguarda la sostanza delle *res communes omnium*, poiché le menzionate «pietre non vengono ... occupate, perché si trovano sul lido del mare, ma perché sono *res nullius*: il trovarsi esse sul lido del mare, fa semplicemente presumere che esse siano *res nullius*, ma non muta la loro natura giuridica, né le accomuna col lido del mare in una stessa categoria giuridica»¹¹².

Non è escluso, come afferma Bonfante (oggi seguito, nella sostanza, da Dursi¹¹³), che il *litus maris* venga «rilevato, perché le *res*

¹¹⁰ Cfr. M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 155 s.

¹¹¹ Nello stesso senso E. BACK IMPALLOMENEI, *Spazio*, cit., 54.

¹¹² V. SCIALOJA, *Teoria*, cit., 134, ripreso anche da U. ROBBE, *La differenza*, cit., 22 s. Ritiene la fonte eterogenea pure G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ‘ius gentium’*, Milano, 1946, 92 s.

¹¹³ Cfr. D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 64. V. anche M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., 61 s. e nt. 199.

nullius inanimate e giacenti in un fondo altrui non dovevano considerarsi come oggetto di occupazione, alla pari degli animali selvatici, ma come appartenenti al proprietario del fondo, comunque aderissero a questo, ossia rientrano nel contesto dell’*accessione*»¹¹⁴. In ogni caso, pare da ritenere che la natura *nullius* sia effettivamente attestata dal fatto che le pietre si trovano presso la *res communis omnium*, ma solo nel senso che tale loro natura è confermata dall’assenza di un proprietario del fondo che possa rivendicarne la titolarità¹¹⁵. Altro però è dire che l’assenza di titolarità sulle gemme sia dovuta alla natura di *res communis omnium* del *locus* di rinvenimento. Semmai, sembrerebbe, è la loro natura intrinseca di *res naturales* a renderle *nullius*, tant’è che una cosa artificiale, pure rinvenuta presso il litorale, è invece certamente – ancorché temporaneamente – privata.

Del resto, le *res* in discorso sono nella stessa situazione (*‘nec dissimilis condicio eorum’*) di quelle che secondo Nerazio – per vero in un brano sotto più profili controverso, anche se quest’affermazione appare assai chiara nella sua *ratio* – *‘primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt’*¹¹⁶, situazione

¹¹⁴ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.22. *La proprietà*, Milano, 1968, 87; *contra* P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano, 1952, 12, nt. 1.

¹¹⁵ Al proposito cfr. P. VOCI, *Modi*, cit., 12, secondo il quale «le pietre, più o meno preziose, fanno parte del fondo privato in cui si trovano, e quindi appartengono al proprietario di esso: perché non siano di alcuno, occorre si trovino su cosa, che non sia in proprietà di alcun privato». Ciò è assai diverso, mi sembra, dal ritenere che sia un principio insito nelle *res communes omnium*, costituente un loro tratto ontologico, quello per cui il loro ‘contenuto’ è liberamente appropriabile.

¹¹⁶ Cfr. Nerat. 5 *membran.* D. 41.1.14 pr.: *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.* 1. *Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat cuius condicionis is locus sit, hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causa recidit perindeque publicus sit, ac si numquam aedificatum fuisset. quod propius est, ut extimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem.*

che sembra il fondamento esatto del loro essere *nullius* più della transeunte collocazione presso una *res communis omnium* (peraltro tale soltanto ‘*per hoc*’, e quindi non necessariamente riconducibile al perfetto statuto del mare).

Insomma, il testo di Fiorentino che si è sopra riportato in relazione all’acquisto di quanto rinvenuto presso il litorale, e in generale la dialettica contenitore-contenuto, sembrano abbastanza estranei al problema delle *res communes omnium* (quantunque la dottrina, sin dai glossatori, ponga i due temi in connessione¹¹⁷), le quali semmai, appunto, fanno presumere soltanto che quanto si rinviene presso di esse sia *nullius*. Per converso, le prime non comprendono all’apparenza il fatto che presso di esse si trovino esclusivamente esemplari delle seconde, il che corrisponde a una circostanza certo frequente, ma, forse, non necessaria¹¹⁸.

Quanto sin qui detto pare suffragato dalla seguente fonte:

Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderit. item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.*

¹¹⁷ Sul punto cfr. O. BEHREND, *Die allen Lebewesen gemeinsamen Sachen* (‘*res communes omnium*’) *nach den Glossatoren und dem klassischen römischen Recht*, in *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichte Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze*, II, hrsgb. von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl und C. Möller, Göttingen, 2004, 599 ss.

¹¹⁸ In senso contrario v. D. DURSI, ‘Res’, cit., 63 s.

In questo passo¹¹⁹ di «evocazione storica», Paolo ricorda che Nerva figlio riconduce la nascita della proprietà all’impossessamento fisico, e che una traccia «della concezione primitiva, in cui è sconosciuta la differenza tra proprietà e possesso, tra titolarità ed esercizio del potere sulla cosa»¹²⁰ rimane nella cattura degli animali in terra, mare e cielo e in altre forme di impossessamento¹²¹. Anche qui i due profili della natura *nullius* della cosa e il suo stare entro una *res communis omnium* non appaiono legati fra loro, e anzi – oltre all’inserimento delle *res bello captae* – spinge in senso contrario il fatto che il discorso sia volto ad affermare che la proprietà è sempre sorta dall’impossessamento fisico, e che un resto di tale antico regime si possa vedere, secondo quella che forse è un’aggiunta di Paolo¹²², nell’acquisto delle cose elencate: l’idea che questo acquisto dipenda dalla natura di *res communis omnium* del contenitore, se non si va errati, cozza peraltro anche con la collocazione cronologica dell’emersione della categoria, che affiora compiutamente soltanto con Marciano, e comunque non prima dell’età classica¹²³.

Anche volgendo lo sguardo a quanto si può dire del mare – e quindi al tema contenitore-contenuto riguardo a quella specifica *res* –, del resto, sembra che l’attività piscatoria venga costantemente

¹¹⁹ Colpito da sospetti di interpolazione secondo E. ALBERTARIO, ‘*Possessio civilis*’ e ‘*possessio naturalis*’, in *Studi di diritto romano*, II. *Cose - diritti reali - possesso*, Milano, 1941, 225 s.

¹²⁰ C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*², Milano, 1966, 445. Similmente già M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*², Köln - Graz, 1956, 11, che parla di «Urfälle der *occupation*».

¹²¹ Cfr. D. MANTOVANI, *L’*aequitas* romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in «*Quante equità?*», a cura di D. Mantovani e S. Veca, Milano, 2017, 56. Cfr. pure S. BARBATI, *Sul regime privato del bottino di guerra mobiliare*, ne *I beni*, cit., 510.

¹²² Di quest’opinione è F. BONA, *Preda di guerra e occupazione privata di ‘res hostium’*, in *SDHI*, 25, 1959, 345 s.

¹²³ Sul punto cfr. P. LAMBRINI, *Alle origini*, cit., 92, nonché M.G. ZOZ, *Riflessioni*, cit., 35 s.

considerata sì libera, ma non tanto in ragione della natura *nullius* dei pesci (che pure è indubbia¹²⁴), quanto invece della natura *omnium* del mare, costituendo sempre una libertà di accesso più che di prelevamento dei contenuti¹²⁵.

È infine la stessa *res communis omnium*, come ben ribadito recentemente da Mario Fiorentini¹²⁶, a essere fatta oggetto di appropriazione, come il litorale marino, e non tanto il suo contenuto: appare che invece l’appropriazione del contenuto sia aspetto meramente contingente, dovuto alla frequente presenza, presso le *res communes omnium*, di *res nullius*.

D’altra parte, anche accedendo all’idea che le *res nullius* siano tali in ragione del fatto che si trovano dentro o sopra una *res communis omnium*, non sembra potersi dire, per ciò solo, che i giuristi romani abbiano costruito la categoria con l’idea di «two things in one»¹²⁷, rimanendo semmai lo statuto delle *res communes omnium* unitario, e la natura *nullius* del loro contenuto una mera conseguenza a loro comunque esterna, senza che l’insieme dei due aspetti venga a costituire una categoria complessa. Lo stesso

¹²⁴ Anche in questo caso, i pesci, come gli altri animali, appaiono occupabili in quanto *nullius*, non in quanto rinvenibili presso *res communes omnium*: cfr. le considerazioni di A.J. ARNAUD, *Réflexions sur l’occupation, du droit romain classique au droit moderne*, in *RHDFE*, 46, 1968, 186 ss.

¹²⁵ Vi sono numerose fattispecie, riferibili sempre all’ingresso al mare, non invece all’apprensione dei pesci di per sé. Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.13.7: *Si quis prohibeat in mari piscari, vel everriculum ... ducere*; Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.9: *Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur*; e ancora in tema di *piscatio thynnaria*, si chiarisce il mare *natura omnibus patet*, come precisa Ulp. 6 *op.* D. 8.4.13 pr.: *Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur*, su cui vedi ampiamente D. DURSI, ‘Res’, cit., 48 ss. Ancora lo stesso spirito si ritrova in Marcian. 3 *inst.* D. 1.8.4 pr., secondo cui *nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa*, ripreso poi in I. 2.1.1.

¹²⁶ Cfr. M. FIORENTINI, *Spunti*, cit., 95.

¹²⁷ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 4.

Marciano, ideatore – o per lo meno ‘esplicitatore’ – delle *res communes omnium*, non dà alcun suggerimento in tal senso, occupandosi esclusivamente delle quattro *res* che sono esse stesse *communia*, senza fare alcun riferimento al carattere comune o *nullius* del loro contenuto come caratteristica connessa alla comunitarietà della *res*. Insomma, anche considerando il carattere *nullius* delle *res* quale effetto della natura comune del ‘contenitore’, non vi sono elementi, a me sembra, per immaginare che tale dicotomia faccia parte della struttura delle *res communes omnium*.

Tutto il discorso si ricollega inevitabilmente all’idea che le *res communes omnium* siano dotate di una *ratio* puramente economica, retta dallo sfruttamento del contenuto. Questa ricostruzione, però, come si è già scritto¹²⁸, non sembra poter essere seguita, perché il fondamento pare da rinvenire più nell’essenzialità delle *res* in sé considerate che nel loro frutto economicamente valutabile¹²⁹ (frutto che comunque, nel suo essere reso disponibile *omnibus* in ragione della sua essenzialità per l’essere umano, è pur sempre letto in una prospettiva *lato sensu* solidaristica).

Se si può esprimere accordo sia relativamente alla congettura, riferita alle *res communes omnium*, che «those domains were essential for the survival of ancient societies», insomma, non pare però potersi ritenere del tutto che «the category *res communes omnium* was created with an economic function, based on the free exploitation of the resources contained in the “common” *res*»¹³⁰. Certo, vi sono chiaramente anche dei riflessi di carattere economico, rispetto a determinate *res*: per esempio, come ampiamente posto in luce da Dursi¹³¹, i frutti economici delle attività legate alla libertà della

¹²⁸ Cfr. M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 143.

¹²⁹ Cfr. G. GROSSO, *Corso*, cit., 32.

¹³⁰ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 4.

¹³¹ Cfr. D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 60.

pesca¹³² (che però è libertà di esercitarla nella *res communis omnium*, non, di per sé, di accedere al suo contenuto *nullius*, e lo stesso potrebbe dirsi della *aucupatio* nell’aria); ma rimane il fatto, a mio avviso, che essi sono riverberi della natura aperta a tutti del mare e del cielo, talché in essi possono essere svolte alcune attività.

Ciò ovviamente comporta anche una certa libertà di sfruttamento – anche ma non solo economico – delle *res communes omnium*: essa è chiaramente attestata dalle fonti, ma appare connessa all’utilizzo di tali *res* direttamente, nella navigazione, nel prendere dell’acqua, nella respirazione, e in tutti gli altri usi che si possono immaginare.

Sotto un altro profilo, alcune considerazioni merita l’idea della soluzione ‘romana’ o meglio romanistica del problema dello spazio: in particolare, secondo la ricostruzione di Capurso, l’ipotetico giurista romano avrebbe reputato ‘contenitore’ lo spazio, il vuoto – navigabile in analogia con il mare¹³³ – mentre i corpi celesti sarebbero soltanto oggetti al suo interno, quindi un ‘contenuto’ che dovrebbe corrispondere a una *res nullius* appropriabile, come se fosse una *insula in mari nata*¹³⁴. Se di primo acchito si sarebbe ampiamente tentati, nella costruzione di una teoria ‘attuale’ basata sul diritto romano, di seguire questo ragionamento, a un secondo sguardo non credo, in realtà, che questa sarebbe stata necessariamente la soluzione del giurista romano: viceversa, appare che la ricostruzione sia il frutto proprio dell’eccessiva valorizzazione dell’idea contenitore-contenuto, che non è attestata in modo diretto dalle fonti a disposizione.

Prima di tutto, infatti, i pianeti – ma pure gli asteroidi e i pianeti nani – hanno in generale dimensioni incompatibili con l’appropriazione del singolo. *L’insula in mari nata* – come nota anche

¹³² Su cui v. ampiamente D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 41 ss.

¹³³ Cfr. E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 4.

¹³⁴ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 5, nonché nt. 42.

Capurso che la mette a confronto appunto con i corpi celesti¹³⁵ – veniva considerata dell’occupante, come dimostra:

Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.7.3: *Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur.*

Al passo va accostato il già considerato Paul. 54 ad ed. D. 41.2.1.1¹³⁶, che cita l’acquisto dell’isola nata nel mare tra le fattispecie in cui rimane traccia dell’antica sovrapposizione tra proprietà e *naturalis possessio*.

Se la fonte gaiana è persino troppo chiara nella sua assertività, riguardo al lacerto paolino può essere notato che l’uso di *capuntur* e *adprehenderit* sembra evidenziare un profilo di *possessio corporis* che è chiaro nel bottino di guerra, nell’isola se di limitate dimensioni e ancor più in gemme, lapilli e perle trovate sul litorale. Si può credere che nel caso di una grande isola, difficilmente qualificabile come *res nullius* al momento della sua emersione – e sicuramente non passibile di un’appropriazione *tout court* da parte del singolo – il giurista romano non si sarebbe lasciato imbrigliare dalla regola generale della *res nullius*, ma avrebbe argomentato altrimenti rispetto a un territorio (almeno per il singolo) sconfinato. Ciò è tanto più vero se si pone attenzione al fatto che la terminologia utilizzata è quella della *naturalis possessio*, che normalmente fa riferimento proprio e solo alla «mera detenzione della cosa, l’elemento materiale, il c.d. *corpore possidere*»¹³⁷. Sembra quindi che si possa sollevare qualche dubbio rispetto all’idea che un giurista

¹³⁵ Cfr A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 5.

¹³⁶ Paul. 54 ad ed. D. 41.2.1.1: *Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderit. item bello capta et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.*

¹³⁷ P. LAMBRINI, *L’elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, 27; in particolare sul passo in discussione cfr. F. BONA, *Preda*, cit., 345.

romano avrebbe annoverato *sic et simpliciter* i pianeti e i corpi celesti – i quali si potrebbero considerare alla stregua di enormi isole, gli uni immersi nello spazio aperto, le altre nell’acqua – tra le *res nullius*, liberamente appropriabili secondo la regola generale delineata da Gaio. Ovviamente tutta la questione è puramente ipotetica, perché si dovrebbe assumere, nel medesimo giurista, anche una conoscenza scientifica ‘di sistema’ della geografia del pianeta e del fatto che, in una certa misura, tutte le terre emerse sono appunto immerse nel mare, e via dicendo: insomma, imboccando simili strade si rischia di cadere nell’equivoco della «fantastoria» di recente stigmatizzata da Fiorentini¹³⁸.

Va tenuto a mente, infatti, che i romani non hanno parlato dello statuto giuridico dello spazio esterno, e non sappiamo se avrebbero considerato i corpi celesti *res nullius* più di quanto non sappiamo come avrebbero reputato lo *status* della Groenlandia o delle Americhe, anche se sulle isole di grandi dimensioni pare certamente opportuno concordare con Dursi, il quale limita l’ipotesi dell’*insula* come *res nullius* agli «isolotti»¹³⁹, escludendo quindi il tema delle isole più vaste.

D’altra parte, lo stesso Capurso parla poi, ovviamente, di conquista dei pianeti da parte di Stati¹⁴⁰, e non di apprensione ad opera dei singoli, il che ci porta ad alcune ulteriori considerazioni sul rapporto tra *res communes omnium* romane e spaziali. Come è stato notato¹⁴¹, il concetto di *res communes omnium* era rivolto in diritto romano ai singoli individui, e non agli Stati¹⁴², che nemmeno

¹³⁸ Cfr. M. FIORENTINI, *Spunti*, cit., 87.

¹³⁹ D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 62.

¹⁴⁰ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 5.

¹⁴¹ Cfr. G. CATALANO SGROSSO, *Diritto*, cit., 61, nonché le considerazioni che si sono svolte in M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 154.

¹⁴² Il tema meriterebbe uno svolgimento incompatibile con le finalità del presente scritto, ma il problema che pone è del tutto centrale, e presenta alcuni spunti ricostruttivi interessanti su cui v., da ultimo, A. LALLI, *Per un approccio*, cit., 308.

esistevano nel senso odierno. La disposizione dell’OST tocca il concetto di sovranità, e vincola alla non appropriazione solo gli Stati, successivamente ampliando lo spettro applicativo parlando dell’occupazione in generale: tale richiamo è infatti ritenuto sufficiente a fondare un divieto applicabile anche ai singoli¹⁴³.

La domanda che non si può eludere, pertanto, è se il concetto di *res communis omnium* possa essere trasportato presso il mondo del diritto internazionale – che si rivolge pacificamente agli Stati – senza alcun previo adattamento. La questione è tanto più pressante nel momento storico attuale, in cui esistono effettivamente privati capaci di concorrere su un piano di parità o di quasi parità con gli Stati anche nella corsa allo spazio, e in cui pertanto il problema di una regolamentazione comune tra singoli e Stati è assai più presente che in passato.

¹⁴³ Cfr. V. POP, *Who Owns the Moon?*, cit., 62 ss. Varie posizioni si sono sviluppate: una ritiene che il trattato sull’*outer space* permetta, in realtà, l’appropriazione da parte dei privati; un’altra, al contrario, lo nega. Questa seconda ricostruzione, abbracciata dalla maggioranza degli autori, sembra in effetti quella più condivisibile, in primo luogo per l’evidente argomento *a fortiori*, ma pure per ragioni storiche che vedono una formula più precisa versata all’interno di trattati precedenti. Del resto, se un bene potesse diventare privato, tramite un’escecuzione forzata – solo per fare l’esempio più evidente – esso potrebbe poi divenire pubblico (cfr. ampiamente in V. POP, *Who Owns the Moon?*, cit., 64 s.). Vi è poi un argomento testuale, perché mentre l’espressione «national appropriation by claim of sovereignty» è a sé stante, non è per nulla detto che le altre modalità di appropriazione (‘use’, ‘occupation’, ‘any other means’) siano a loro volta rette da ‘national appropriation’. Una terza opinione ritiene che la proprietà privata potrebbe esistere, ma non sarebbe azionabile e quindi, in definitiva, difendibile. Non si capisce, tuttavia, in cosa consisterebbe tale diritto se non in un possesso di mero fatto, alieno dal concetto di proprietà che, nella sua stessa genesi romana da rinvenirsi nel riconoscimento da parte del *rex* di una zolla di terra o, al più tardi, nel *meum esse* processuale, non avrebbe senso in assenza di meccanismi di tutela. Altre posizioni si possono trovare in V. POP, *Who Owns the Moon?*, cit., 69 ss., ma esse si appoggiano a presupposti politici inesistenti (anarchia) o a una presunta ‘sovranità internazionale’ di associazioni di Stati, che tuttavia dovrebbero incorrere, sensatamente, nelle stesse preclusioni poste ai singoli Stati stessi. Più preciso il Trattato sulla Luna del 1979, che prevede invece la sua inappropriabilità anche da parte dei singoli.

Prima di tutto, allora, va compreso se lo statuto dell’OST e del diritto vigente in materia sia quello delle *res communes omnium* romane o possa essere almeno similmente delineato. Il diritto dell’*outer space*, preso di per sé, offre un panorama di inappropriabilità assoluta, che ben si adatta all’idea del binomio proposto da Capurso: contenitore inappropriabile, in linea con l’art. II OST, cui si aggiunge invero il profilo del contenuto in qualche misura appropriabile, anche in ossequio al principio *first come, first served* – che equivale sostanzialmente a un’appropriazione, visto che, per il mare, esso si traduce nel fatto che «l’attuale possessore, limitatamente allo specchio d’acqua effettivamente utilizzato, non può esservi rimosso»¹⁴⁴ – attualmente vigente in assenza di specificazioni cogenti per tutti gli Stati¹⁴⁵.

Pare però che sia proprio questo regime composito a essere spiegabile non tanto o non solo in termini di contenitore-contenuto, quanto piuttosto con l’intrinseca natura delle *res communes omnium*, passibili di appropriazione, ancorché solo *pro parte*¹⁴⁶, e delle *res* che presso quelle si trovino a uno stato naturale di *res nullius*.

Quanto all’*outer space*, che lo spazio in sé – il ‘vuoto’, appunto – sia considerabile alla stregua di una *res communis omnium* in senso pieno pare comunque indubbio: nessun suo punto è appropriabile per sua stessa natura, e pertanto esso non solo non è appropriabile *in toto*¹⁴⁷ – come è tipico delle *res communes omnium* – ma addirittura non lo è in alcun punto (se non tramite occupazioni ‘orbitali’). In questo caso sembra non difficilmente percorribile la strada dell’applicazione delle regole delle *res communes omnium* anche agli

¹⁴⁴ E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 30.

¹⁴⁵ Cfr. G. CATALANO SGROSSO, *Diritto*, cit., 49, 62 ss.

¹⁴⁶ Cfr. M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 129.

¹⁴⁷ Cfr. A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 5.

Stati, come ai singoli, in analogia con quanto è avvenuto, in passato, per il diritto del mare.

Che i corpi celesti corrispondano a *res communes omnium* una volta divenuti appropriabili *tout court*, invece, è questione più complessa. Si è sostenuto in uno scritto precedente che i corpi celesti possano essere considerati – almeno in astratto – quali *res communes omnium* fino al momento in cui la tecnologia non ne permetterà concretamente l’apprensione¹⁴⁸, facendoli quindi soggiacere a quell’appropriabilità solo *pro parte* che è tipica delle *res communes omnium*.

Va però considerato che il diritto vigente risolve la questione indipendentemente da ogni problema di carattere interpretativo. Ammesso che l’OST effettivamente faccia riferimento al regime delle *res communes omnium*, è il trattato stesso a disporre l’equiparazione – altrimenti per certi versi dubbia, trattandosi qui non di appropriazione da parte di individui, ma di Stati¹⁴⁹ –, e a spostare quindi il campo dell’attenzione dalla definizione di cosa sia *res communis omnium* alla verifica che il regime delineato sia effettivamente compatibile con la classificazione delle cose che ricadono nell’insieme quali *res communes omnium*, ed eventualmente, ciò verificato in senso positivo, come applicare i principi di tali *res* a cose che non vi erano originariamente ricomprese.

Quanto alla prima domanda, si è già detto che il regime di inappropriabilità di cui all’art. II OST rende i corpi celesti e lo spazio cosmico vicini alle *res communes omnium*, anche se, proprio tramite il riferimento alla *national appropriation*, già delinea un regime relativo agli Stati (ma si è visto che il divieto di occupazione viene solitamente esteso anche ai singoli in via interpretativa) che ha uno spettro soggettivo di applicazione diverso da quello delle *res*

¹⁴⁸ Cfr. M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 162.

¹⁴⁹ Cfr. E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 26 s.

communes omnium romane. In ogni caso, l’articolo – in linea con l’art. I, comma 2, OST – vieta appunto solamente l’*appropriation* (sia essa condotta tramite *claim of sovereignty*, oppure attraverso *use and occupation*, o comunque *by other means*), mentre nulla dice sul semplice *use* privo di pretese di appropriazione, del resto dichiarato espressamente legittimo dall’art. I, comma 2, OST (secondo cui «Outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall be free for exploration and use by all States»).

Il trattato, quindi, attribuisce una inappropriabilità assoluta del bene *tout court* sollevando l’interprete dal problema di giustificare la natura di *res communis omnium* del bene, che sempre meno può essere sostenuta davanti all’avanzamento tecnologico: anche se l’appropriazione parziale e temporanea è ammessa dallo statuto delle *res communes omnium*, infatti, nel caso dei corpi celesti essa diviene, man mano che le possibilità tecnologiche aumentano, sempre meno parziale e sempre più un’appropriazione del tutto.

Per converso, però, viene preservata la libertà di uso (sia dal trattato come *use*, sia dal perdurare del principio *first come, first served*), e nei fatti è permessa anche una moderata appropriazione tramite installazioni più o meno temporanee.

Sotto questi profili, quindi, si può sostenere che i corpi celesti e lo spazio esterno possono soggiacere al regime delle *res communes omnium* in modo simile a come le intesero prima Marciano e poi Giustiniano, accedendo quindi al primo punto di fondo dello scritto di Capurso; mi sembra, invece, per le ragioni sopra evidenziate, che la logica ‘contenitore-contenuto’ non corrisponda del tutto all’elaborazione romana sulle *res communes omnium*.

8. I corpi celesti e le loro somiglianze con il lido

È legittimo chiedersi se a tale discorso rimanga effettivamente qualcosa da aggiungere, se vi possa essere qualche proposta innovativa o differente, anche una volta ammesso che l’appropriabilità dei beni rinvenibili sulla *res communis omnium* non dipenda necessariamente da questa natura del rapporto tra ‘contenitore’ e ‘contenuto’, e che invece sussista un’appropriabilità parziale inscindibile dal regime di almeno alcune delle *res communes omnium*: e la risposta pare dover essere positiva, dando così soluzione alla seconda questione che si è posta sopra in merito al come applicare il regime delle *res communes omnium* allo spazio e formulando alcune proposte.

Come si diceva, vi sono pochi dubbi che il vuoto in cui navigano i vari mezzi inviati dall’uomo nello spazio possa essere considerato in analogia con il mare. Ciò comporta libertà di navigazione e di passaggio incondizionati. Il problema si pone nel momento in cui vengono chiamati in causa i corpi celesti, e in questo senso un difetto dell’art. II OST è proprio quello di mettere insieme *res communes omnium* che fra di loro hanno regimi differenti. Anche la più autorevole dottrina afferma che «si deve distinguere tra spazio e pianeti»; va evidenziato, infatti, che il primo è «una *res* per sua natura transitabile» e pertanto «nel diritto internazionale non potrebbe che essere paragonato all’altro mare, e come tale dovrebbe ritenersi sì *nullius* ma insieme non assoggettabile a sovranità alcuna»¹⁵⁰, mentre i secondi, in assenza del diritto pattizio, sarebbero occupabili dagli Stati (come lo sarebbero state, probabilmente, le grandi isole per un romano).

Questa situazione di eterogeneità tra *res* egualmente definite *communes omnium* si presenta anche nell’elenco di Marciano¹⁵¹, il quale enumera le *res communes omnium* – già tra loro largamente

¹⁵⁰ E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 26.

¹⁵¹ Bene lo riconosce, di recente, D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 10, come pure M. FIORENTINI, *Spunti*, cit., 90.

differenziate¹⁵² – aggiungendo, ‘*per hoc*’, il lido del mare. Non ci si vuole qui soffermare su tutti i problemi che quest’aggiunta comporta¹⁵³, ma pare evidente che il litorale è *res communis omnium* solo per la sua collateralità rispetto alle attività marine. La domanda, allora, è se si possa ragionare in questi termini rispetto ai corpi celesti, e se si possano tracciare delle simili differenze di regime all’interno della categoria delle *res communes omnium* dello spazio.

A prima vista, i corpi celesti appaiono rientrare nella logica contenitore-contenuto. C’è il corpo in sé e ci sono i suoi materiali pregiati. La differenza tra i due però, a un secondo sguardo, è assai debole: contenitore e contenuto, nel caso dei corpi celesti, sono consustanziali, e inoltre sono essi stessi contenuti nel ‘vuoto’, in un’altra *res communis omnium*, simile al mare.

L’obiettivo dei trattati internazionali è quello di preservare per tutti l’uso e lo sfruttamento dei corpi celesti, anche, come ricorda Capurso, a tutela della «capability to launch spaceships»¹⁵⁴, apparentemente prevista, tra gli altri, dall’art. VII OST. Viene da chiedersi, allora, se è vero che i corpi celesti sono tutelati per preservare l’attività spaziale, se essi stessi non siano *res communes omnium*, in fin dei conti, solo ‘*per hoc*’, ossia perché l’uso – qualunque uso utile all’uomo – dello spazio circostante dipende (anche) dalla possibilità di accedere proprio ai corpi celesti.

Questi ultimi sono reputati *res communes omnium* non tanto per qualche loro specifica caratteristica intrinseca, ove la tecnologia permetta di apprenderli (come nota lo stesso Capurso, i corpuscoli minori dovrebbero essere soggetti ad appropriazione: per intendersi, quelli più piccoli di Vesta), ma per la diversa ragione che servono alle attività spaziali in generale, e si potrebbe quasi dire che

¹⁵² Cfr. ancora D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 10.

¹⁵³ Cfr. D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 35 ss., nonché L. D’AMATI, ‘*Aedificatio*’, cit., 647 s., nt. 12.

¹⁵⁴ A. CAPURSO, *The Non-Appropriation Principle*, cit., 8.

una frase che si ripete negli artt. I e II OST, ossia la precisazione «including the Moon and other celestial bodies», valga come un ‘*per hoc*’ rispetto al vero protagonista, ossia l’*outer space* e le attività che in esso possono essere svolte.

I corpi celesti, peraltro, appaiono somigliare alle cose che *iure gentium omnibus vacant* descritte da Paolo¹⁵⁵ in merito ai litorali (che sono, come detto, comuni solo ‘*per hoc*’ rispetto al mare): come è stato correttamente evidenziato da Fiorentini, il richiamo al *ius gentium* evidenzia «che egli ne subordinasse la relativa disciplina al carattere naturale del lido, piuttosto che a qualche determinazione di pubblici poteri romani»¹⁵⁶.

Essi, ancora, condividono anche un ulteriore profilo con il litorale marino in diritto romano. In quest’ultimo come nei primi, tutto ciò che è costruito non può che essere – almeno tendenzialmente – provvisorio (ancorché il diritto romano appaia permettere una situazione di appartenenza temporanea più o meno intensa della *res communis omnium*¹⁵⁷, anche se non coincidente con la vera e propria proprietà quiritaria¹⁵⁸).

Dalle fonti emerge infatti con chiarezza, quanto al lido, che su di esso si può costruire, ma senza intralciare l’attività altrui ed elevando, comunque, solamente strutture provvisorie, e che una volta rovinate non si potrà in alcun modo pretenderne il ripristino *in loco*¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cfr. Paul. 21 *ad ed.* D. 18.1.51: *Litora, quae fundo vendito coniuncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt, sed iure gentium omnibus vacant: nec viae publicae aut loca religiosa vel sacra. itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viae, item litora et loca publica in modum cedant.*

¹⁵⁶ M. FIORENTINI, *Spunti*, cit., 92. Sul punto cfr. pure A. BURDESE, *Il concetto*, cit., 415.

¹⁵⁷ Cfr. M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 126.

¹⁵⁸ Cfr. M. FIORENTINI, *Spunti*, cit., 93 s., nonché, diffusamente, D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 65 ss.

¹⁵⁹ Cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 1.8.5.1 pr.: *Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere,*

Anche le costruzioni poste a fini di ricerca, escluso ogni scopo appropriativo, sono nell’OST soltanto «facilities», mentre sono vietate le costruzioni a fini militari, che non a caso sono definite in termini ben più solidi (ossia quali «military bases, installations and fortifications»: art. IV, paragrafo 2, OST). In ogni caso, anche una volta che venga realizzato qualcosa di maggiormente stabile – per esempio «stations» o «installations», art. XII OST – esso è comunque soggetto all’apertura a tutti gli Stati in condizione di reciprocità, e quindi segue apparentemente più il regime delle *res communes omnium*, a esclusione di ogni pretesa di esclusività del Paese che lo ha realizzato.

Alla luce di tutto ciò, i corpi celesti si potrebbero considerare *omnium* ‘per hoc’ rispetto all’outer space, in analogia al regime che Marciano delineava per il litorale rispetto al mare. In tal modo essi rientrerebbero linearmente nella categoria delle *res communes omnium*, e anche la questione dell’apprensione delle *res nullius* ivi presenti si porrebbe in analogia con quanto accade per il lido: tali *res*, come si è detto, hanno uno stato *nullius* perché non hanno mai avuto un differente titolare, sono date dalla natura al loro primo

onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt. 1. In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant; Scaev. 5 respons. D. 43.8.4: Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impedietur, Nerat. 5 membran. D. 41.1.14 pr.: Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt. 1. Illud videndum est, sublato aedificio, quod in litore positum erat cuius condicionis is locus sit, hoc est utrum maneat eius cuius fuit aedificium, an rursus in pristinam causam recidit perindeque publicus sit, ac si numquam aedificatum fuisset. quod propius est, ut extimari debeat, si modo recipit pristinam litoris speciem; I. 2.1.5: Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere. proprietates autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse cuius et mare, et quae subiacent mari terra vel barena.

stato. Rimane da dire del problema dello sfruttamento delle risorse, quando esse siano interne o, comunque, da separare in qualche modo, e non soltanto rinvenute sulla superficie. Se si considerano parte del corpo celeste, in ossequio ai principi che regolano le *res communes omnium*, esse dovrebbero poter essere sfruttate se rinnovabili o comunque disponibili a tutti; se esauribili, viceversa, un freno al loro sfruttamento indiscriminato potrebbe essere rinvenuto nella necessità di rispettare l’appartenenza *omnium* che è altro tratto dell’istituto romano¹⁶⁰. Uno sfruttamento ragionevole delle risorse potrebbe passare attraverso la provvisorietà degli strumenti utilizzati, impedendo la costruzione di enormi centri di estrazione; oppure, come proposta di rottura, si potrebbe impedire *in toto* ogni sfruttamento, con tutte le difficoltà che da ciò conseguirebbero. Guardando però ai corpi celesti come *omnium* in connessione con la loro strumentalità all’uso dello spazio (e quindi ‘*per hoc*’), proprio la necessità di conservare tale strumentalità distinguerebbe lo sfruttamento lecito da quello illecito.

Per quanto riguarda i pianetini o le meteoriti, del resto, il problema attiene forse alla necessaria razionalità dell’applicazione delle disposizioni: la distinzione è la stessa che passa tra sasso, scoglio e isola nel mare, e pare non esserci dubbio, almeno per asteroidi e meteoriti, che essi vadano considerati alla stregua di *lapilli* e di *gemmae*, pertanto *nullius* e occupabili¹⁶¹ (infatti essi non avrebbero alcuna strumentalità rispetto allo spazio, nell’ottica del loro essere comuni ‘*per hoc*’), seppure sia evidente che, nel differente caso di corpi celesti di grandi dimensioni, lo sfruttamento – riconoscendo le risorse non come parti della cosa, ma come *res nullius* ivi collocate – non possa trasmodare nella totale distruzione del bene più di quanto, in Roma antica, l’asportazione della sabbia

¹⁶⁰ Cfr. M. FALCON, ‘*Res*’, cit., 158 ss. Sul punto già E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 52.

¹⁶¹ Cfr. pure E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio*, cit., 55.

dalla spiaggia non potesse divenire la distruzione di quest’ultima. È chiaro però che – salvo accedere a quelle tesi che già *de iure condito* distinguono tra i corpi celesti quelli meritevoli della tutela forte delle *res communes omnium* e quelli che non lo sono¹⁶² – le proposte di Capurso sui modi di differenziarli risulterebbero, ove accolte, ampiamente utili a gettare luce su una materia estremamente sdruciolevole.

9. *Qualche spunto per una ricerca futura e alcune conclusioni*

Ci si può chiedere, alla fine di questo percorso, se tutta la discussione sin qui dipanata, vertente *in toto* sull’aspetto sostanziale (ossia sulla domanda se si possano considerare o no *res communes omnium* i corpi celesti e a che condizioni), abbia un vero senso pratico-regolativo.

Capurso conclude formulando talune proposte innovative – sicuramente rivolte *in toto* all’aspetto pratico e alla soluzione di problemi concreti –, che tuttavia richiedono senz’altro una soluzione di carattere pattizio.

Se però lo spazio per un’ulteriore riflessione esiste, forse esso riguarda il profilo rimediale: profilo, questo, che esiste nel diritto romano, nel quale si dà una rosa di strumenti di tutela rispetto alla situazione di chi sia impedito in un utilizzo paritario della *res communis omnium*, e in questo campo la *res* principalmente interessata è proprio il litorale marino, che si è poc’anzi avvicinato ai corpi celesti.

In special modo, gli strumenti approntati – seguendo l’elencazione che ne fa Dursi – consistevano nell’interdetto *ne quid in loco publico facias*, «concesso nel caso di specie in via utile nella sua

¹⁶² Sul punto cfr. E. BACK IMPALLOMENEI, *Spazio*, cit., 54 s.

versione proibitoria e, forse, come sottolineato in dottrina, anche in quella restitutoria», nonché «un interdetto contro le turbative opposte alla libertà di navigazione, il cui testo fu fissato da Labeone sul modello dell’interdetto edittale predisposto a difesa della navigazione fluviale, il *de fluminibus*»¹⁶³.

È sulla configurabilità di un versante rimediale, nelle *res communes omnium* odierne, che si dovrà concentrare la prosecuzione dello studio sull’argomento che si è sin qui trattato: sia allo scopo di verificare le soluzioni che si sono individuate sul versante sostanziale (ed eventualmente di metterle a punto), sia per verificare se vi sia spazio per l’ideazione di forme rimediali nei rapporti tra gli Stati (ed eventualmente di questi con i singoli), ovviamente da porre in relazione con la concreta realtà del diritto internazionale vigente.

Ma un tema non di secondo piano è anche quello relativo al rapporto singoli-Stati, cui qui si è potuto solo accennare, e al fatto che i singoli, in questo panorama spaziale, sono quasi completamente esclusi, con tutte le difficoltà che ciò comporta in un mondo in cui alcune imprese private cominciano i propri primi lanci spaziali.

Individuato il prosieguo del lavoro di ricerca sul tema in discussione, è il caso di trarre alcune conclusioni rispetto a quanto si è andati dicendo e al ‘dialogo’ ormai instaurato con la dottrina internazionalistica, che come si è visto è giunta a premiare chi la voce di tale dialogo ha portato presso gli studiosi di quella branca del diritto.

Al di là del merito delle considerazioni che si sono svolte, due aspetti appaiono evidenti.

Il primo è la proficuità del dialogo tra settori del diritto che, a un primo sguardo, sembrano quanto di più distante si possa

¹⁶³ D. DURSI, ‘*Res*’, cit., 113 s.

contemplare, il diritto più antico e quello più recente, a dimostrazione di come gli schemi utili all’interpretazione della realtà si ripetano indefettibilmente, riportando alla luce come il pensiero dei giuristi romani rimanga idoneo, malgrado i cambiamenti epocali verificatisi nei secoli che ci separano dalla loro elaborazione, alla soluzione di problemi giuridici complessi.

Il secondo elemento che merita di essere posto in rilievo, inestricabilmente connesso al primo, è che esistono sacche nascoste – e anzi nemmeno così nascoste, vista la loro centralità rispetto ai problemi che l’avanzamento tecnologico pone – di vigenza almeno parziale del diritto romano, il quale viene utilizzato dai pratici per spiegare situazioni nuove e risolvere i problemi che esse pongono. Tali punti di emersione sono invero frequenti, e si affiancano all’ovvio ‘uso’ del diritto romano per estrapolare chiavi interpretative di istituti da esso derivanti – si pensi, in tal senso, a numerosi istituti civilistici – e vedono affiorare evidente la forza motrice del diritto romano, richiamato in vita nei momenti di più grave difficoltà nell’interpretazione delle situazioni che la realtà pone.

In questo spirito, è certamente auspicabile che il dialogo che è venuto creandosi sul tema che si è definito provocatoriamente *Roman Space Law* prosegua e si sviluppi verso contributi di cui possano beneficiare gli interpreti che, sempre più con l’incessante avanzamento tecnologico, si trovano alle prese con problemi che toccano i tratti intimi del sistema giuridico, cristallizzati nei millenni trascorsi dalla stratificazione del diritto romano.

ABSTRACT

Il saggio tratta dell’uso della categoria delle *res communes omnium* nel campo del diritto dello spazio cosmico, prendendo le mosse da un recente articolo di Andrea Capurso, vincitore del Diederiks-Verschoor Award per il diritto internazionale dello

spazio. Esso ripercorre in primo luogo i punti salienti del pensiero dell’autore, e in particolare la configurazione che egli collega alle *res communes omnium* in Roma antica, fondandola sul binomio ‘contenitore-contenuto’. Su questa base, il contributo procede a verificare se tale dicotomia sia effettivamente rinvenibile nelle fonti, anche alla luce della ricostruzione del regime delle *res communes omnium* e dell’*aer* nel diritto romano, giungendo ad una conclusione tendenzialmente negativa. Infine, esso formula una possibile proposta alternativa di ‘riuso’ delle categorie romane nel campo del diritto dello spazio cosmico, sottolineando alcuni spunti meritevoli di ulteriore riflessione, attinenti al versante rimediale della questione e al problema dell’applicazione agli Stati della categoria delle *res communes omnium*, concepita nell’esperienza romana per i singoli.

The essay deals with the use of the category of *res communes omnium* in the field of cosmic space law, starting from a recent article by Andrea Capurso, winner of the Diederiks-Verschoor Award for international space law. It traces in the first place the salient points of the author’s thought, and in particular the configuration that he connects to the *res communes omnium* in ancient Rome, founding it on the binomial ‘container-contained’. On this basis, the contribution proceeds to verify whether this dichotomy can actually be found in the sources, also in the light of the reconstruction of the regime of the *res communes omnium* and of *aer* in Roman law, reaching a tendentially negative conclusion. Finally, it formulates a possible alternative proposal for the ‘reuse’ of Roman categories in the field of cosmic space law, underlining some points worthy of further reflection, concerning the remedial side of the question and the problem of the application to States of the category of the *res communes omnium*, conceived in the Roman experience for individuals.

KEYWORDS

res communes omnium; outer space law; Marcian; celestial body; aer; non-appropriation principle.

MARCO FALCON

Assegnista di Ricerca

Università degli Studi di Padova

Email: marcogr.falcon@gmail.com

