

Alarico Barbagli

Tra diritto comune, *droit de police* e diritto amministrativo. I limiti allo sfruttamento delle acque fluviali per uso industriale nel pensiero dei primi amministrativisti francesi

SOMMARIO: 1. Tra diritto comune e diritto amministrativo. Persistenze e discontinuità dall'antico al nuovo Regime - 2. La tradizione di *Droit coutumier* - 3. La tradizione di *Droit écrit* - 4. Le conclusioni della dottrina e della giurisprudenza del Consiglio di Stato all'inizio dell'Ottocento. La competenza amministrativa in materia di acque - 5. "... les anciens auteurs et les anciens arrêts sont encore aujourd'hui le meilleur commentaire des lois nouvelles". Il diritto amministrativo fra tradizione e modernità.

ABSTRACT: the administrative law became an independent science during the transition from Ancien to Nouveau Régime, but the interconnections between this science just at the dawn and the tradition of *ius commune*, instead already at its sunset, are waiting to be fully brought to light. One of the most important laboratories for the gestation of this new law sector was France during the XIX century. This paper analyses the interconnections between the French administrative science on the first half of the XIX century and the juridical heritage of *Ancien Régime*, in reference to a primary economical sector in full growth, like the industrial use of river water.

KEY WORDS: Administrative law; *Ius commune*; Water and industries.

1. Tra diritto comune e diritto amministrativo. Persistenze e discontinuità dall'antico al nuovo Regime.

L'emersione del diritto amministrativo tra le discipline giuridiche alle soglie dell'Età contemporanea, all'indomani dei cruciali avvenimenti della Rivoluzione francese e del tramonto degli ordinamenti di Antico Regime, costituisce ormai un dato acquisito per la storiografia. Esso aveva avuto un diretto antecedente nel "diritto di polizia", che negli ordinamenti moderni aveva occupato lo spazio che in seguito sarebbe stato riempito proprio dal diritto amministrativo: *droit de police* e diritto amministrativo, infatti, erano accomunati dallo stesso oggetto di elezione, costituito da quel fascio di compiti basilari di cui gli ordinamenti pubblici si fanno carico nei confronti dei consociati, come sanità, istruzione, viabilità, gestione delle acque, al fine di assicurare il funzionamento della società e la pacifica convivenza¹. Le analogie tra i due sistemi, tuttavia, si fermavano

¹ Su diritto di polizia e nascita del diritto amministrativo si vedano L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001, pp. 127 ss., nonché S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, I, Milano 2000, pp. 1-88. Sul concetto di "polizia", con specifico riguardo all'area tedesca, ma con una proiezione continentale, cfr. G. Oestreich, *Polizia (Policey) e prudentia civilis nella società barocca della città e dello Stato*, in P. Schiera (cur.), *Filosofia e costituzione dello Stato moderno*, Napoli 1989, pp. 213-231. Sul concetto di *police* in Francia, invece, si vedano P. Napoli, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris

all'oggetto, mentre assolutamente diverso risultava il modo di affrontare i problemi che nascono dalla pratica quotidiana del diritto. Questa giustapposizione rifletteva l'antitesi tra i modelli di Stato e di organizzazione della società di Antico e nuovo Regime: le risposte alle richieste provenienti dalla società, infatti, non possono non differire a seconda del modello prescelto per configurare la struttura dello Stato. Sarà perciò opportuno ripercorrere brevemente il processo storico che condusse all'emersione del diritto amministrativo nel passaggio dall'Antico al nuovo Regime. La storiografia più recente descrive con convinzione crescente lo Stato di Antico Regime come continuazione e sviluppo degli ordinamenti medievali, rompendo con la tradizione che, forse troppo schematicamente, percepiva il passaggio tra Medioevo ed Età moderna come una brusca cesura tra due modelli opposti di organizzazione della società. Lungi dal soffocare il pluralismo giuridico medievale, infatti, lo Stato moderno ne riconosce e perpetua l'esistenza: lo Stato, in altri termini, si adagia su di esso, senza cancellarlo né superarlo, ma anzi se ne fa tutore e si serve di esso per plasmare un nuovo modello di società. Per emergere come *superior* rispetto agli enti particolari di origine medievale, lo Stato si solleva in posizione di supremo arbitro tra di essi, di pacificatore degli opposti interessi che salgono dal corpo sociale, di dispensatore di equilibrio all'interno di una società frammentata e conflittuale. La prepotente emersione di un nuovo e così ingombrante attore sul proscenio politico, d'altro canto, spinse per spirito di sopravvivenza gli enti collettivi di derivazione medievale ad una mutazione genetica che li vide assumere il ruolo fondamentale di "corpi intermedi" tra lo Stato e l'individuo, in una sorta di tacito accordo di reciproco riconoscimento con lo Stato.

In questo quadro, lo Stato moderno si configura come la somma di una pluralità di ordinamenti intermedi quali comuni, feudi, corporazioni, enti ecclesiastici, dotati di larghi spazi di autonomia in campo normativo e giurisdizionale, che figurano al tempo stesso sia come collettori delle istanze degli individui verso il centro, cioè verso lo Stato, sia come terminali cui quest'ultimo delega il compito di rispondere a queste richieste, divenendo quindi indirettamente strumenti di esercizio del potere di governo dello Stato stesso. Non per questo, però, gli enti intermedi entrarono in rapporto organico con lo Stato, divenendone semplici diramazioni esecutive: i corpi intermedi, al contrario, conservarono autonomia operativa e capacità decisionale e normativa, giacché lo Stato lasciò che essi conservassero l'antico *ius statuendi*, cioè la capacità

2003; A. Rigaudière, *Les ordonnances de Police en France à la fin du Moyen Age*, in M. Stolleis (cur.), *Policey in Europa der Frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main, pp. 97-161, dal quale è possibile percepire la vastità della portata del fenomeno, nonché B. Durand, *La Notion de Police en France du XVI^e au XVIII^e siècle*, Ivi, pp. 163-211, anche con riferimento alla saldatura tra polizia e funzione giurisdizionale. Sulla letteratura francese di "polizia" si vedano P. Napoli, "Police", *la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime*, in "Droits", XXI (1995), pp. 151-160; P. Legendre, *Histoire de la pensée administrative française*, in *Traité de science administrative*, Paris 1966, pp. 1-79.

di autoregolamentarsi, seppure entro i nuovi limiti imposti dalla legislazione sovrana cui essi non potevano contrapporsi, nonché margini di autogoverno tali da permettere loro di definire autonomamente le modalità di gestione concreta dei compiti assegnati dallo Stato. Dal punto di vista della pratica di governo, a differenza di quanto avverrà dopo il grande tornante della Rivoluzione Francese, ciò si tradusse nella rinuncia da parte dello Stato alla formazione di apparati burocratici centralizzati e capillarmente diffusi sul territorio, lasciando che fossero i corpi intermedi ad occuparsi dei compiti di cui in seguito si sarebbero fatte carico le amministrazioni pubbliche dello Stato contemporaneo. La differenza tra i due modelli statuali è, dunque, strutturale e si ripercuote anche sul versante scientifico, giacché le discipline chiamate a definirne ed ordinarne in sistema le rispettive norme incontrarono dinamiche, istituzioni e problemi diversi con i quali confrontarsi. Il *droit de police*, infatti, si trovava di fronte un sistema nel quale lo spazio amministrativo era affidato a livello operativo ai corpi intermedi, i quali erano lasciati liberi di allestirne autonomamente l'esercizio in modo empirico, affiancati da un'amministrazione statale "leggera", dotata, cioè, di apparati molto snelli e di funzioni prevalentemente di controllo sull'azione degli enti collettivi intermedi. Al contrario, la scienza amministrativa postrivoluzionaria dovrà confrontarsi con una burocrazia statale sempre più estesa e pervasiva, che tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento aveva ereditato il vuoto lasciato dai corpi intermedi, spazzati via dalla ventata rivoluzionaria, acquisendo funzioni d'imperio e di amministrazione diretta in luogo degli antichi poteri di controllo tipici del *droit de police*. Ed è nel modo in cui si manifesta la potestà d'imperio che risiede un'altra differenza, forse la più appariscente, tra i due sistemi giuridici: nell'ordinamento di Antico Regime, l'amministrazione statale si limitava ad esercitare quasi esclusivamente funzioni di controllo sulla correttezza del comportamento dei corpi intermedi, ma, al pari di essi, era sprovvista di poteri di comando sugli individui, giacché il potere d'imperio, inteso come capacità di incidere sulla sfera individuale attraverso l'imposizione di atti autoritativi, era riservato all'autorità giudiziaria. Anche laddove gli apparati burocratici dello Stato assunsero dimensioni notevoli già in Età moderna, come in Francia, questo "paradigma giustiziale" non venne mai superato fino in fondo, né mutò il criterio di ripartizione delle competenze di "polizia" tra funzionari regi e corpi intermedi. Fino alla grande svolta rappresentata dalla Rivoluzione Francese, perciò, giurisdizione e amministrazione, intesa in questo caso come attività dotata di potere d'imperio, rimarranno inscindibilmente legati alla figura del giudice come due facce della stessa medaglia: finché perdurerà la commistione tra le due potestà, non vi sarà spazio per l'affioramento di una "funzione amministrativa" autonoma rispetto a quella giudiziaria². A seguito della Rivoluzione Francese, al contrario, il principio

² Il testo di riferimento, per quanto riguarda il passaggio dai sistemi amministrativi di Antico Regime a quelli dello Stato contemporaneo, è senza dubbio L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 17 ss.. Un'accurata indagine sull'assorbimento della funzione amministrativa entro i confini di

della divisione dei poteri, divenuto il cardine fondamentale del nuovo impianto costituzionale, rese improcrastinabile il superamento della commistione tra poteri giudiziari e amministrativi: ora che i tribunali si erano ritirati entro i confini dell'attività giurisdizionale pura, spogliandosi di ogni altra competenza, lo spazio amministrativo era pronto per essere occupato da un nuovo potere, completamente autonomo rispetto al giudiziario: fu da questa congiuntura che ebbe origine la pubblica amministrazione contemporanea³.

La consistente crescita della pubblica amministrazione e della legislazione che ne regolamentava le funzioni, l'emersione di uno spazio amministrativo autonomo rispetto al legislativo ed al giudiziario, i primi passi mossi dalla giurisdizione amministrativa, determinarono necessariamente anche la nascita e lo sviluppo di una speciale disciplina scientifica che si occupasse di sistemare e ordinare questo nuovo settore del diritto che si stava vigorosamente facendo largo tra i saperi giuridici. Il diritto amministrativo emerse, quindi, nel passaggio tra l'antico ed il nuovo Regime e nel corso del XIX secolo conseguì piena autonomia nel panorama delle scienze giuridiche, dotandosi di un peculiare complesso di categorie, istituti e costrutti giuridici, grazie all'opera di una prima e pionieristica generazione di amministrativisti. Il fatto che il diritto amministrativo abbia acquisito dignità di autonoma disciplina scientifica in età relativamente tarda, tuttavia, non deve indurre a credere che esso abbia visto la luce quasi per partenogenesi, in condizioni di assoluta incomunicabilità con le altre discipline giuridiche e che, pertanto, esso non sia debitore di alcunché rispetto al sistema giuridico di Antico Regime dal quale l'Europa era appena uscita. Sebbene il diritto amministrativo appaia ai nostri occhi come qualcosa di molto recente rispetto ad altre discipline giuridiche, è altrettanto vero che i giuristi che, durante la prima metà dell'Ottocento, posero le basi per la conquista dell'autonomia scientifica del diritto amministrativo, si erano formati alla scuola del diritto comune: sarà a questo universo giuridico, quindi, e più in generale al diritto di Antico Regime, che occorrerà fare riferimento per rinvenire le categorie logiche e giuridiche di cui quei giuristi si servirono per erigere i primi

quella giurisdizionale in Età moderna, con particolare attenzione all'apporto della dottrina di diritto comune, è in L. Mannori, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XIX (1990), pp. 323-504. Trattano dell'argomento, anche L. Mannori-B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 59-101. Si veda anche K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif: du 14e siècle à nos jours*, Paris 2010. Sul "paradigma giustiziale" di Antico Regime, con particolare riguardo alla Francia, si veda S. Mannoni, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, I, *La formazione del sistema (1661-1815)*, pp. 13 ss..

³ L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 201 ss.; sul punto si veda anche la sintesi degli stessi autori, L. Mannori-B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 59-101. L'emersione del concetto di "funzione amministrativa" in Francia in coincidenza con il tramonto dell'Antico Regime è ben descritto in S. Mannoni, *Une et indivisible*, cit., I, pp. 437 ss., e sintetizzata da J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris 1985, pp. 165 ss..

fondamenti della scienza amministrativistica.

La storiografia giuridica, a questo proposito, ha appurato che il contributo fornito dai giuristi alla fase genetica del diritto amministrativo si rivelò d'importanza fondamentale. La dottrina giuridica di primo Ottocento, in special modo in Francia, dette infatti luogo ad una produzione scientifica che, sebbene generalmente consistente in semplici repertori esegetici della legislazione e della giurisprudenza, merita di essere interrogata, avendo partorito quelle prime elaborazioni del diritto amministrativo che sarebbero state fondamentali per la futura crescita della disciplina. Giuristi come Philippe-Antoine Merlin, Charles Bonnin, Louis-Marie de Cormenin, Louis-Antoine Macarel, Joseph-Marie De Gérando, Pierre Paul Nicolas Henrion de Pansey, formati durante l'Antico Regime, ebbero il merito di isolare i primi principi del diritto amministrativo, permettendo alla nuova disciplina di "prendere coscienza" della propria esistenza e autosufficienza dalle altre scienze giuridiche. Pertanto gli opuscoli, i manuali e i grandi repertori di giurisprudenza realizzati da questi giuristi possono costituire terreno fertile per un'indagine volta a rintracciare i legami della nuova disciplina con le categorie risalenti al diritto comune⁴.

Uno dei settori dell'ordinamento in cui è possibile rinvenire un notevole contributo del sistema giuridico di Antico Regime alla formazione del diritto amministrativo è costituito dalla regolamentazione dell'utilizzo delle acque da parte dei privati. Se ne occuparono i primi studiosi francesi del diritto amministrativo, i quali, dopo avere preso atto della povertà della normativa postrivoluzionaria in materia, ritennero proficuo ricorrere alle categorie e alle fonti del diritto comune, che erano loro più familiari e offrivano un ampio ventaglio di soluzioni ai problemi che nascevano dalla pratica. Nei primi decenni dell'Ottocento, alcuni di questi giuristi si soffermarono, in particolare, sul problema dello sfruttamento delle acque ad uso dei mulini e, in genere, degli opifici fluviali: si trattava di un argomento dai risvolti pratici non secondari, data la crescente importanza che il settore manifatturiero stava acquistando nel sistema economico francese, quantunque fosse pressoché ignorato dalla legislazione degli anni successivi alla Rivoluzione. Questa lacuna chiedeva di essere colmata, anche in considerazione del potenziale espansivo della disciplina

⁴ L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 277 ss.. Sulle prime testimonianze di emersione del concetto di "amministrazione" nella lettura specialistica francese cfr. A. Cremer, *L'administration dans les encyclopédies et dictionnaires français du XVIIème et XVIIIème siècle*, in "Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte", I (1989), pp. 1-13. Circa la nascita della scienza amministrativistica francese utile anche la sintesi di F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris 1995, pp. 118 ss. e Idem, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Paris 1989, pp. 298-301. Nella prima metà dell'Ottocento, d'altra parte, quale segnale della presa di coscienza della specificità scientifica della nuova disciplina, si assiste anche ai primi tentativi di istituire corsi universitari di diritto amministrativo in Francia, per cui si vedano J.-L. Mestre, *Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le "Cours de législation administrative" de Portiez de l'Oise*, in "Revue française de droit administratif", IX (1993), pp. 239 ss.; M. Ventre-Denis, *L'administration publique comme matière d'enseignement à la Faculté de droit de Paris dans le premier tiers du XIXème siècle*, in "Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte", I (1989), pp. 105 ss..

di questo settore, che faceva da apripista del processo di industrializzazione ed era quindi in grado di influenzare anche la regolamentazione delle attività manifatturiere che si sarebbero prevedibilmente sviluppate nei decenni a venire⁵.

Tra i primi amministrativisti francesi furono soprattutto Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey e Philippe-Antoine Merlin a prendere in considerazione il problema ed entrambi ritennero di risolverlo facendo ricorso al cospicuo patrimonio giuridico di Antico Regime. Alle pagine di questi due studiosi fanno da corredo i primi monumentali repertori della giurisprudenza amministrativa, raccolti da giuristi come Jean-Baptiste Sirey, Louis-Marie de Cormenin, Louis-Antoine Macarel, all'interno dei quali è possibile scovare i pronunciamenti che trasfusero nella pratica giudiziaria le riflessioni dei primi amministrativisti. Merlin e Henrion de Pansey dimostrarono perizia e sicurezza nell'utilizzo delle fonti, nonché notevole padronanza del sistema giuridico di Antico Regime, riuscendo a sistemare in modo convincente la materia attraverso la selezione di un gruppo di *auctoritates* attinte ai due grandi serbatoi giuridici dell'antico diritto francese, cioè il *droit écrit* e il *droit coutumier*. Le pagine di questi studiosi in materia di acque lasciano intravedere come costoro si muovessero con naturale disinvoltura all'interno del vasto panorama del diritto tradizionale francese, individuando con precisione le principali fonti relative all'argomento trattato, da essi fuse a creare un sistema del tutto nuovo, perfettamente adattabile alle nuove condizioni sociali, economiche e giuridiche cui l'ordinamento scaturito dalla Rivoluzione aveva dato luogo. Entrambi questi giuristi, d'altra parte, si erano formati allo studio del diritto durante l'Antico Regime e, quindi, ne conoscevano a fondo le dinamiche e i contenuti: a questo proposito giova ricordare che, prima di ricoprire numerosi e prestigiosi incarichi politici durante gli anni della Rivoluzione e del regime napoleonico, Philippe-Antoine Merlin era stato uno studioso di *droit coutumier*, tanto che tra il 1777 e il 1780 aveva redatto un commentario alle *coutumes* della regione dell'Hainaut⁶, mentre Pierre-Paul-

⁵ Il tema della proprietà delle acque fluviali e del loro sfruttamento riscosse largo successo nella dottrina francese a partire dalla metà dell'Ottocento, già a partire dai lavori di A. Daviel, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, Paris 1845, e P.L. Championnière, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains, et de la valeur actuelle des concessions féodales*, Paris 1846. Sul punto deve essere ricordato anche B. Nadault de Buffon, *Des usines sur les cours d'eau*, II, Paris 1841, il cui lavoro è specificamente dedicato alla normativa in materia di opifici fluviali e si fonda su un'abbondante spoglio di giurisprudenza civile e amministrativa. Debbono essere menzionati, inoltre, C. Labye, *Essai sur la législation des cours d'eau non navigables ni flottables*, Bruxelles 1853; J. Vilain, *Code des usines sur les cours d'eau*, Bruxelles et Leipzig 1857; A. Plocque, *Des cours d'eau navigables et flottables*, Paris 1879; E. Rollier, *Cours d'eau et terres basses*, Saint-Josse-Ten-Noode 1898. Si trattava, sovente, di opere di autori belgi, che risultano comunque utili anche per lo studio del diritto francese, data l'influenza esercitata dalla legislazione e dalla dottrina francesi sul vicino Belgio; a questo proposito, merita di essere citata anche l'opera di L. Wodon, *Le droit des eaux et des cours d'eau*, Bruxelles 1874, e Id., *Répertoire général du droit des eaux et cours d'eau*, Namur 1876, giacché, pur essendo l'autore un magistrato belga, prende ampiamente in esame anche l'ordinamento giuridico e le fonti del diritto francesi in materia di acque. Sulla gestione delle acque si veda il recente volume di A. Mergey-F. Mynard, *La police de l'eau. Réglementer les usages des eaux: un défi permanent*, Paris 2017.

⁶ Philippe-Antoine Merlin, conosciuto anche come Merlin de Douai per via della sua elezione come

Nicolas Henrion de Pansey era considerato uno dei maggiori feudisti dell'ultimo scorcio dell'*Ancien Régime* francese⁷. La familiarità di questi due giuristi con l'antico diritto, pertanto, non poteva non giocare a favore del suo riutilizzo anche sotto la vigenza del nuovo regime. A tale proposito, occorre precisare che in questa sede non si mira a formulare suggestive ipotesi di continuità tra antico e nuovo regime, tali da prospettare la sopravvivenza in blocco di istituti dell'antico diritto anche in Età contemporanea, sino al punto di non tenere conto delle radicali trasformazioni sociali, giuridiche e istituzionali prodotte dalla Rivoluzione Francese⁸. Al contrario, la presente indagine prenderà in esame l'attività ermeneutica dei primi studiosi del diritto amministrativo, allo scopo di comprendere se ed in quale misura essi si servirono del ricchissimo patrimonio di concetti, costrutti, *opiniones*, che erano stati elaborati e affinati dalla dottrina del diritto comune durante il Medioevo e l'Età moderna, non per trapiantare nel sistema giuridico scaturito dalla Rivoluzione categorie giuridiche di un universo ormai tramontato, ma per costruire regole e istituti nuovi.

2. La tradizione di *Droit coutumier*.

L'utilizzo delle dottrine di diritto comune da parte di Merlin e Henrion de Pansey può essere osservato soprattutto laddove i due giuristi si cimentarono con i limiti del diritto dei privati di utilizzo delle acque fluviali, pubbliche e private, che come ricordava appunto Philippe-Antoine Merlin, coinvolgendo un interesse pubblico, in caso di contenzioso erano soggetti all'apprezzamento dell'autorità amministrativa. Nella specie, i due giuristi si preoccuparono di fissare il limite al potere dei privati di erigere sbarramenti sui corsi d'acqua a

deputato del *bailliage* di Douai agli Stati Generali del 1789, emerse durante la Rivoluzione tra le principali personalità della nuova classe dirigente francese, giungendo a ricoprire incarichi di primo piano sia in ambito politico che giuridico. La carriera politica di Merlin toccò il culmine sotto il regime del Direttorio, allorché egli giunse a ricoprire le cariche di Ministro della Giustizia e membro del Direttorio stesso. Durante il periodo napoleonico, invece, Merlin abbandonò la vita politica per passare ad una prestigiosa carriera nei massimi consessi giudiziari dello Stato, divenendo avvocato generale – poi procuratore generale – presso la Cassazione, ruolo al quale affiancherà, dal 1806, quello di consigliere di Stato. Il tramonto dell'astro di Napoleone segnò anche la repentina fine delle fortune di Merlin, che, dopo un periodo di esilio a Bruxelles, rientrerà in Francia grazie all'amnistia concessa da Luigi Filippo, per morire a Parigi nel 1838. Per un profilo biografico di questo giurista e uomo politico si veda J.-J. Clère, *Merlin Philippe-Antoine, dit Merlin de Douai*, in P. Arabeyre-J.L. Halpérin-J. Krynen (curr.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII-XX siècle)*, Paris 2007, pp. 559-561, di qui in avanti DHJF.

⁷ Su questo giurista, che fu consigliere di Stato e giudice della Corte di Cassazione, di cui fece parte sia sotto il regime napoleonico che durante la Restaurazione fino a divenire presidente della seconda nelle fasi conclusive della sua vita, si veda J.-L. Halpérin, *Henrion de Pansey Pierre-Paul-Nicolas*, in DHJF, pp. 403-404.

⁸ Dalla pericolosa tentazione di cercare forzate continuità tra antico e nuovo regime, ignorando di sana pianta la cesura rivoluzionaria, metteva già in guardia L. Mannori, *Diritto amministrativo (dal medio evo al XIX secolo)*, in *Digesto*, IV, *Discipline pubblicistiche*, V, Torino 1990, pp. 171-182.

beneficio del migliore funzionamento di opifici industriali, soprattutto mulini. Constatando la penuria di norme *ad hoc* anche nell'antico diritto, Henrion de Pansey commentava espressamente che “à défaut de loi, nous avons les auteurs et la jurisprudence”, così come Merlin affermava “il faut donc, sur cette question, avoir recours aux jurisconsultes modernes”: d'altra parte, anche la legislazione sovrana di *Ancien Régime* risultava poco utile allo scopo, e la stessa grande *Ordonnance sur le fait des Eaux et Forêts* emanata nel 1669 da Luigi XIV si preoccupava soprattutto di garantire la navigabilità dei corsi d'acqua, piuttosto che di dettare norme specifiche sui rapporti tra opifici fluviali. Considerate le lacune legislative di Antico e nuovo Regime, pertanto, sia Henrion de Pansey che Merlin pescavano dal grande serbatoio del diritto comune una serie di *loca* che permettevano loro di colmare le lacune legislative. Si tratta di affermazioni importantissime, di valore quasi programmatico, perché ci rivelano come la contaminazione tra antico e nuovo diritto nell'opera di questi giuristi fosse del tutto intenzionale, e addirittura necessaria per via delle carenze della nuova legislazione rispetto alla tradizione giuridica di Antico Regime.

Merlin, in particolare, si produsse in un ragionamento molto articolato, prendendo spunto innanzitutto dalla disciplina delle chiuse per lo sfruttamento delle acque lacustri. La trattazione di Henrion de Pansey è più breve, rispetto a quella di Merlin, e incentrata esclusivamente sul tema degli opifici fluviali, ma risulta all'esito altrettanto incisiva. Mentre Merlin si serve principalmente di fonti di diritto consuetudinario francese, Henrion de Pansey prende in esame anche fonti romanistiche ed estende analogicamente la portata applicativa delle antiche *auctoritates*, originariamente impiegate solo sui mulini, all'intero *genus* delle *usines* fluviali, vale a dire a tutti gli opifici posti sulle rive dei fiumi. Dimostrando di possedere una mentalità al passo con i tempi, Henrion de Pansey si rese conto che, grazie al progresso della tecnica e delle conoscenze scientifiche, all'originaria *species* di opificio fluviale costituita dal mulino se ne erano aggiunte molte altre, come frantoi, segherie, cartiere, fucine, oreficerie, fornaci, filande, tintorie. Tutte le fabbriche a trazione idraulica situate sulle rive dei fiumi facevano parte di un unico sistema economico e giuridico, soffrivano degli stessi problemi, percepivano i medesimi bisogni, necessitavano di soluzioni comuni: era evidente, pertanto, che occorresse una disciplina giuridica comune, che Henrion de Pansey estrasse dall'antico patrimonio di *auctoritates* che l'Antico Regime aveva messo a punto per i mulini. Così facendo, Henrion de Pansey riuscì a sprigionare la *vis* espansiva di questo complesso di *auctoritates* anche all'interno del nuovo sistema giuridico postrivoluzionario, conferendo ad esse una portata applicativa formidabile.

2.1. Le premesse antiche di una nuova dottrina: la regolamentazione delle acque lacustri nel diritto consuetudinario francese.

Merlin apriva la propria trattazione prendendo spunto da una decisione del Parlamento di Bretagna del 24 ottobre 1562, consultabile nel grande repertorio giurisprudenziale bretone del giurista e letterato Noël du Fail⁹. I supremi magistrati bretoni erano intervenuti in ultima istanza su una controversia che era stata oggetto di apprezzamenti divergenti da parte delle corti inferiori, a dimostrazione di quanto la questione fosse controversa e suscettibile di opposte interpretazioni. La lite era insorta tra i proprietari confinanti di un lago e di un terreno palustre, allorché il primo aveva unilateralmente rialzato il livello degli argini dello stagno, mettendo il fondo confinante a serio rischio di inondazione nel caso in cui il livello delle acque del lago avesse oltrepassato l'argine, fino al pericolo estremo del totale allagamento e dell'estinzione per confusione con il bacino lacustre. In prima battuta, il siniscalco di Foulgeres aveva riconosciuto il diritto del proprietario dello stagno di innalzare a suo piacimento il livello degli argini, ma in appello il siniscalco di Rennes aveva parzialmente modificato la decisione del giudice di prime cure, imponendo al proprietario del lago di installarvi un sistema di chiuse idrauliche che mettesse in sicurezza il terreno limitrofo dalle esondazioni. In ultima istanza, però, il Parlamento di Bretagna aveva ribaltato le decisioni dei giudici di grado inferiore, imponendo al proprietario del lago di modificare il meccanismo delle chiuse idrauliche in modo che il livello delle acque lacustri non oltrepassasse mai quello dei vecchi argini¹⁰. Anche se in concreto questa fattispecie non aveva direttamente a che vedere con il problema degli stabilimenti industriali in riva ai fiumi, è evidente come per Merlin l'antico *arrêt* della giurisprudenza bretone fosse funzionale a dimostrare come l'iniziativa dei privati in materia di sfruttamento delle acque, anche private, incontrasse dei limiti precisi consistenti nel divieto di recare nocimento alle ragioni dei proprietari dei fondi confinanti. Ad una prima lettura, Merlin sembrerebbe muoversi a difesa dell'esigenza primaria di tutela della proprietà privata, che la borghesia francese, uscita vittoriosa dalla Rivoluzione, aveva eretto a pilastro fondamentale della struttura sociale ed economica del nuovo Stato, ma non è probabilmente per questo motivo che egli evitava di riferire i temperamenti che il diritto di Antico Regime aveva portato a questo divieto: a chiusura dell'*arrêt* del 24 ottobre 1564, infatti, il Parlamento bretone aveva concesso al proprietario del fondo palustre di soggiacere ad

⁹ Noël du Fail nacque da nobili natali in Bretagna nel 1520, e studiò diritto a Parigi, Angers e Bourges, conseguendo il titolo di avvocato. L'adesione alla confessione protestante gli impedì di prendere possesso di un seggio nel Parlamento di Bretagna, che gli fu concesso soltanto nel 1585 dopo la sua abiura nei confronti della riforma protestante ed il conseguente ritorno al cattolicesimo. Le precarie condizioni di salute lo costrinsero a rinunciare all'incarico già l'anno seguente, per spegnersi pochi anni dopo, nel 1591, nel suo castello di Pleumeleuc. Pur essendo noto soprattutto per le sue raccolte di racconti faceti, Du Fail fu autore anche di una fortunata raccolta di *Mémoires recueillis et extraits de plus notables et solennels arrêts du parlement de Bretagne*, ove si trovano compendiate le decisioni del parlamento di Rennes. Si veda M.-Y. Crépin, *Du Fail, Noël*, in DHJF, p. 268.

¹⁰ Noël du Fail, *Memoires de plus notables et solennels arrêts du parlement de Bretagne*, Rennes 1654, ff. 592-594.

un'eventuale volontà di acquisto coattivo di una porzione del proprio fondo da parte del proprietario del lago confinante, in modo da soddisfare almeno parzialmente le crescenti esigenze di sfruttamento del bacino lacustre a fini produttivi¹¹. È più probabile, invece, che Merlin compisse un'operazione di adattamento della normativa in materia di stagni alla fattispecie, parzialmente diversa, dei rapporti tra proprietari di mulini: le due fattispecie erano accomunate dalla circostanza dell'innalzamento unilaterale del livello dei manufatti di contenimento delle acque ad opera di una delle parti, cui conseguiva l'allagamento dell'altro fondo, ma differivano per quanto riguardava la natura dei fondi coinvolti, atteso che mentre nel caso relativo agli stagni la controversia riguardava un terreno ed un'attività d'impresa come l'allevamento del pesce, nella seconda fattispecie i beni in causa era costituiti da due identiche attività industriali, ovvero due mulini. È evidente, pertanto, che le ragioni di favore verso la coltivazione ittica, dovute all'utilità pubblica che ne derivava, che giustificavano la parziale soccombenza dei diritti dei proprietari di beni meno produttivi, non erano applicabili nel caso in cui la controversia coinvolgesse due attività d'impresa, oltretutto identiche per quanto riguardava l'oggetto e perciò poste su un piano esattamente paritario quanto al criterio dell'utilità pubblica. In una siffatta situazione di apprezzamento paritario degli interessi in causa, pertanto, era inevitabile che dovesse applicarsi esclusivamente il principio generale dell'intangibilità di ambedue i diritti di proprietà coinvolti, risultando inservibile il regime delle eccezioni, che presupponeva la possibilità di operare una selezione degli interessi, graduabili in base al criterio della pubblica utilità.

Merlin ripeté la stessa operazione ermeneutica con le altre fonti di diritto consuetudinario alle quali faceva riferimento nella propria trattazione: egli sottolineava i limiti all'utilizzo delle acque lacustri a tutela del diritto di proprietà sui fondi confinanti e mostrava al contempo di non volersi né potersi servire delle concessioni che l'antico diritto faceva ai proprietari dei bacini d'acqua dolce a detrimento dei terreni limitrofi, che egli semplicemente tralasciava di menzionare. Per rafforzare l'autorità dell'*arrêt* del Parlamento di Rennes, infatti, Merlin citava un passo della raccolta di consuetudini feudali della regione del Delfinato compilata nel XVII secolo da Denis Salvaing e intitolata *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*¹². Ora, se è vero che nella sua opera il Salvaing partiva dall'assunto che il proprietario di un lago sia tenuto ad assicurarsi che le acque del bacino restino entro il livello degli argini, evitando di allagare i terreni confinanti, è altrettanto certo che l'antico feudista ammetteva che i proprietari dei terreni circoscrivibili potessero sopportare danni di lieve entità – dei quali avrebbero dovuto comunque essere indennizzati – se ciò avesse prodotto un

¹¹ P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. XXI, Bruxelles 1827, p. 32.

¹² Denis Salvaing de Boissieu fu uno dei più noti e apprezzati feudisti del Seicento. Letterato e giurista, ricoprì alcuni importanti incarichi giurisdizionali nel Delfinato, sua terra di origine, come quello di presidente della camera dei Conti, e guidò alcune missioni diplomatiche in Italia. Morì nel 1683 a Morains. Cfr. P. Didier, *Salvaing de Boissieu, Denis*, in DHJF, pp. 698-699.

superiore vantaggio economico per il *dominus* del lago¹³. Era questa, invero, una regola ben radicata nella tradizione giuridica del Delfinato, come attesta anche Guy Pape, che nel Quattrocento era stato uno dei massimi giuristi della regione e aveva riversato la sua esperienza di giudice del Parlamento di Grenoble nel grande repertorio giurisprudenziale delle *Decisiones Gratianopolitanae*¹⁴: ebbene, pur ossequiando la regola generale in virtù della quale colui che si accinge a costruire un lago è tenuto in primo luogo a predisporre gli argini in modo da non recare danno ai fondi limitrofi, anche Guy Pape ammetteva la liceità dell'allagamento di questi ultimi, finanche alla loro totale scomparsa – ovviamente dietro risarcimento dei danni da corrispondersi ai proprietari dei fondi interessati dall'allagamento – qualora ciò avesse comportato un vantaggio per l'utilità pubblica¹⁵. Una siffatta compressione del diritto di proprietà era giustificata da un corrispondente vantaggio per "l'utilité publique" secondo il giurista cinquecentesco Guy Coquille¹⁶, che nel suo commentario alle *coutumes* della regione del Nivernese allacciava questo concetto all'utilità economica che la costruzione ed espansione dei bacini lacustri avrebbe indotto nell'asfittica economia agricola delle campagne, nelle quali "plus du tiers de l'an est de jours maigres qu'on ne mange point de chair, et sur trois cens soixante et cinq jours, y a cent quarante et six jours maigres"¹⁷. La rilevanza economica di questi laghetti, costruiti perlopiù artificialmente mediante raccolta dell'acqua piovana, era ben spiegata da un altro degli antichi autori citati da Merlin, cioè Philibert Collet, il quale, commentando a fine Seicento gli usi della regione di Bresse, ne sottolineava l'utilità ai fini dell'allevamento del pesce destinato al mercato alimentare¹⁸. Lo stesso Collet, tra l'altro, proprio in considerazione dei benefici

¹³ Denis de Salvaing, *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux*, à Grenoble, Chez Robert Philippes, 1668, ff. 339-340.

¹⁴ Gui Pape fu giurista versatile e dalla produzione scientifica cospicua. Formatosi agli studi giuridici sia in Francia, a Montpellier, che in Italia, a Pavia e Torino, egli s'interessò sia di diritto romano, scrivendo diversi trattati ed una *Lectura super Digesto Veteri*, sia dello *ius proprium* del Delfinato, ove viveva ed esercitava con profitto l'attività forense. Il Pape riversò la propria esperienza di giurista pratico in una raccolta di *consilia*, ma soprattutto in una silloge di *decisiones* del Parlamento di Grenoble che ebbe larga diffusione in tutta Europa fino almeno al XVII secolo inoltrato. Cfr. G. Giordanengo, *Pape (Papa ou Pape) Gui*, in DHJF, pp. 606-607.

¹⁵ Guidonis Papae, *Decisiones Gratianopolitanae*, Francofurti ad Moenum, Per Petrum Fabricium, Impensis Sigismundi Feirabend, 1573, ff. 61-62.

¹⁶ Nato nel 1523 da una famiglia di giuristi del Nivernese, Guy Coquille seguì le lezioni di Mariano Socini "Il Giovane" a Padova, per poi rientrare in Francia, ove si addottorò, probabilmente, a Orléans. Dopo avere esercitato la professione di avvocato per alcuni anni a Parigi, fece ritorno nella regione natale del Nivernese, ove divenne procuratore generale e fiscale del duca di Nevers, e vi morì nel 1603. Le sue preferenze come studioso del diritto furono indirizzate soprattutto al *droit coutumier*, che egli mostrò di preferire di gran lunga al diritto romano, al quale Coquille riconosceva al massimo una ridotta funzione sussidiaria nel sistema delle fonti giuridiche. Cfr. G. Néraud, *Coquille (Conchylius) Guy*, in DHJF, pp. 201-203.

¹⁷ Guy Coquille, *Costumes du pays et duché de Nivernois*, à Paris, Chez Guillaume Loyson, 1634. f. 417.

¹⁸ Philibert Collet è concordemente ritenuto il maggiore studioso del diritto locale della regione di Bresse. Vissuto dal 1643 al 1713, fu botanico, oltre che giurista. Addottoratosi all'università di

procurati all'economia dai laghetti artificiali, mostrava di vedere di buon occhio il sacrificio dei diritti di proprietà sui fondi confinanti dietro congruo risarcimento del danno, qualora ciò avesse favorito l'espansione delle superfici lacustri destinate alla coltivazione delle specie ittiche¹⁹.

2.2 L'impostazione del problema: il generale divieto di danneggiamento dei mulini fluviali.

Quello della parziale sacrificabilità dei diritti di proprietà fondiaria di fronte all'utilità pubblica connaturata ai diritti di sfruttamento delle acque lacustri era, in sostanza, un precetto comune a molte *coutumes* francesi, come tra l'altro riferiva Nicolas Delamare nel suo monumentale *Traité de la police* all'inizio del Settecento²⁰. Ora, come si è già detto, Merlin de Douai era ben consapevole del fatto che le *auctoritates* citate sinora disciplinavano una fattispecie giuridica assai diversa dallo sfruttamento delle acque da parte degli opifici industriali, ma la sua profonda conoscenza della dottrina di *Ancien Régime* gli permetteva di collegare i due argomenti, applicando di tal guisa la tradizione giuridica sui limiti all'utilizzo delle acque lacustri anche alla materia dei mulini. I giuristi del *droit coutumier* muovevano, infatti, dal generale divieto di recare danno al fondo di proprietà altrui, rispetto al quale ammettevano, in via di eccezione, la parziale compressione dei diritti di proprietà sui fondi circostanti rispetto alle istanze dei proprietari dei bacini idrici destinati all'allevamento ittico, in ragione dei benefici che questi apportavano al sistema economico. Come si è detto, però, per la fattispecie dei mulini Merlin poteva recuperare solo in parte l'impostazione dei maestri del *droit coutumier* in materia di sfruttamento dei bacini lacustri, giacché nel caso dei mulini il divieto di danneggiamento per allagamento era assoluto e non poteva scontare deroghe, trattandosi di attività identiche per oggetto e di pari rilevanza per il sistema economico, e quindi non sarebbe stato possibile effettuare alcuna graduazione degli interessi in gioco per stabilire quale

Valence, fu avvocato e giudice, ed è noto soprattutto per un'opera sugli usi della regione di Bresse, che non si limita ad uno studio esegetico delle norme, ma si estende al contrario ad un'ampia indagine comparativa con gli ordinamenti giuridici degli altri *pays de droit écrit* francesi. Cfr. J. Bart, *Collet Philibert*, in DHJF, pp. 196-197.

¹⁹ Philibert Collet, *Explication de statuts, coutumes et usages observés dans la province de Bresse, Bugey, Valromay et Gex*, à Lion, Chez Claude Carteron, 1698, III, ff. 83 ss..

²⁰ Nicolas de la Mare, *Traité de la police*, à Paris, Chez Michel Brunet, 1719, III, f. 317. Impiegato come commissario di polizia a Parigi, Nicolas Delamare consacrò l'intera sua vita, terminata nel 1723, alla redazione di una monumentale opera sul diritto di polizia. Sebbene l'impianto sistematico risulti quello di un repertorio alfabetico per materie, piuttosto che un vero e proprio trattato ordinato per istituti, l'opera di Delamare rappresenta un primo punto fermo nello sviluppo di questa disciplina, nonché una vera e propria miniera di informazioni per la storia delle fonti del diritto, dato che l'autore setacciò e raccolse centinaia di documenti d'archivio nel tentativo di donare al proprio lavoro la maggiore completezza possibile. Cfr. Q. Epron, *Delamare Nicolas*, in DHJF, pp. 236-237.

favorire tra i mulini coinvolti. Ora, questo principio generale, depurato di ogni eccezione, risultava assai utile per costruire la nuova disciplina giuridica postrivoluzionaria dei limiti alle attività manifatturiere e latamente industriali nell'ambito del nascente diritto amministrativo in materia di acque, e Merlin vi riuscì reperendo ancora una volta il collegamento tra le due materie all'interno dell'antico diritto vigente in Francia prima della Rivoluzione, sia nell'ambito della tradizione di *droit coutumier*, che di quella di *droit écrit*.

La principale *auctoritas* scelta da Merlin come cerniera tra le allegazioni in punto di stagni artificiali e la materia dei mulini fu un passo dell'opera del giurista cinquecentesco Job Bouvot, che sull'argomento ragionava piuttosto in termini di diritto romano e che sarà perciò esaminato più oltre. Per quanto concerne ancora il *droit coutumier*, invece, Merlin arricchì le proprie argomentazioni prendendo in primo luogo in considerazione l'opera di Julien Brodeau, e in particolare la sua raccolta di decisioni del Parlamento di Parigi²¹. Questo autore faceva esattamente al caso preso in esame da Merlin, poiché riportava due antichi *arrêt* del Parlamento parigino in merito al problema di un mulino costruito nei pressi e a monte di un altro, più antico, sullo stesso corso d'acqua. A questo proposito, Brodeau individuava la regola generale nell'art 71 della *Coutume* di Parigi, che introduceva il divieto di “retenir l'eau pour la faire remonter et regorger, ce qui s'appelle par les jurisconsultes “*restagnare, id est, refluer*”, riferendosi con questa espressione sia ad alcune *auctoritates* nelle quali era presente il lemma “restagnare”, vale a dire sia il Tit. *De aqua et aquae pluviae arcendae* del Digesto [D.39.3.6], sia ad un passo delle *Observationes et emendationes* del Cuiacio, laddove il maestro della scuola culta, riecheggiando Platone, affermava che “superiori in inferiorem haec actio datur si inferior aquam quae natura fluit opere facto inhibeat per suum agrum decurrere”²². Pertanto, combinando il diritto consuetudinario francese con il diritto romano alla luce dell'opera dei giuristi culti, Brodeau riusciva ad individuare la disciplina applicabile al caso di specie. La regola indicata da Brodeau si trova espressa già nel primo pronunciamento citato, risalente al 29 marzo 1536 e riportato per esteso nella grande raccolta di decisioni del Parlamento di Parigi compilata da Barnabé Le Vest, ma risulta ancor più chiaramente dal secondo *arrêt* parigino

²¹ Julien Brodeau fu un giurista pratico vissuto tra 1585 e 1653, che esercitò la professione di avvocato a Parigi. Oltre alla raccolta di decisioni del parlamento di Parigi, è noto come autore di una biografia di Charles du Moulin. Cfr. G. Leyte, *Brodeau Julien*, in DHJF, p. 139.

²² Julien Brodeau, *Commentaire sur la coutume de la prevosté et vicomté de Paris*, Chez P. Rocolet, imprimeur et libraire ordinaire du Roy, au Palais, au premieri Pilier de la grand' Salle, et Jean Guignard, au Palais, au premier Piliers de la grand' Salle, au Sacrifice d'Abel, proche les Consultation, 1678, f. 745. Per quanto riguarda il passo di Cuiacio si veda Iacobi Cuiacii, *I.C. praeclarissimi observationum et emendationum liber xviii ... xxiv*, Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Gymnicum, sub Monocerote, 1587, 24, f. 450. Per l'*arrêt* del 1536 si veda Barnabe Le Vest, *CCXXXVII arrêts celebres et memorables du Parlement de Paris*, à Paris, Chez Robert Fouët, ruë Saint Jacques, à l'enseigne du Temps et de l'Occasion, devant les Mathurins, 1612, ff. 50-54. Per quanto riguarda Giacomo Cuiacio si rinvia alla bibliografia citata in L. Winkel, voce *Cujas (Cujacius) Jacques*, in DHJF, pp. 220-222. Su Barnabé Le Vest, avvocato al Parlamento di Parigi vissuto tra Cinque e Seicento, cfr. G. Leyte, *Le Vest Barnabé*, in DHJF, p. 504.

che Brodeau citava per suffragare la propria tesi ed utilizzato anche da Henrion de Pansey nel suo ragionamento intorno al problema dei rapporti tra opifici fluviali. Questo *arrêt* interveniva il 12 febbraio 1576 a parziale riforma della decisione pronunciata dalla corte di primo grado, tra il re di Navarra nella sua qualità di Duca di Vendôme, che aveva preso le parti di un certo Jean Vignon, ed un tale fra' Jacques Senus, entrambi proprietari di due mulini: dal momento in cui Vignon aveva costruito il proprio mulino "à draps" a valle di quello di proprietà di Senus, che era più antico, quest'ultimo era stato interessato da fenomeni di riflusso e stagnazione di acqua, che ne impedivano il funzionamento. In prima istanza, il giudice aveva assunto un provvedimento molto drastico a tutela del mulino più antico, ordinando la demolizione dell'opificio costruito da Vignon e il ripristino dello stato dei luoghi nella situazione precedente all'edificazione del secondo mulino. Il Parlamento di Parigi, intervenendo a tutela del diritto di ambedue le parti all'esercizio dell'identica attività economica, modificò la pronuncia di primo grado, consentendo a Vignon di conservare il proprio mulino, a condizione che costui ponesse in opera tutti gli accorgimenti tecnici necessari a ristabilire il buon funzionamento dell'opificio di più antica costruzione²³.

Un'ulteriore e analoga decisione viene riportata da un altro autore che Merlin utilizzò per suffragare la propria tesi, Laurent Bouchel, il quale menzionava un *arrêt* del 14 agosto 1559, intercorso tra certi Pierre de Prevedans e Claude de Prevedans, che interdiceva al proprietario del mulino posto a valle di porre in atto condotte che provocassero il malfunzionamento del mulino situato a monte²⁴. Sebbene il compilatore seicentesco non fornisca altri dati che ci consentano di attribuire questa decisione ad una determinata corte sovrana, essa può comunque servire per confermare come la regola esposta da Merlin s'inserisse all'interno di un indirizzo che appariva largamente condiviso nella giurisprudenza francese di Antico Regime²⁵.

Questo generale divieto di recare danno ai mulini preesistenti non impediva, ovviamente, la costruzione di nuovi mulini nelle vicinanze dei primi. Joseph Boucheul, commentando l'art. 40 delle *coutumes* della regione del Poitou, chiariva infatti che l'edificazione di nuovi mulini nei pressi di altri già esistenti si poteva

²³ Julien Brodeau, *Recueil de plusieurs notables arrêts donnez en la cour de Parlement de Paris*, à Paris, Chez la veuve de Damien Foucault, imprimeur et libraire ordinaire du Roy, en la Galerie des Prisonniers, aux Armes du Roy, et de la ville, et Jean Guignard, à l'entrée de la grande Salle, à l'Image Saint Jean, 1678, II, ff. 112-113. Per quanto riguarda l'utilizzo di questa decisione fatto da Henrion de Pansey nella ricostruzione della fattispecie dei rapporti tra opifici fluviali cfr. P. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Bruxelles 1829, p. 332.

²⁴ Come molti altri giuristi francesi di Età moderna, Laurent Bouchel, vissuto tra 1559 e 1629, esercitò l'attività di avvocato, e riversò la propria esperienza professionale in un'opera, destinata a ricevere un considerevole successo, intitolata *Bibliothèque ou trésor du droit françois*. Oltre che per il diritto pratico, Bouchel mostrò interesse anche per la politica ecclesiastica, concentrando i propri sforzi di convinto gallicano in una raccolta di *Decretorum Ecclesiae gallicanae*. Cfr. G. Leyte, *Bouchel Laurent*, in DHJF, p. 112.

²⁵ Laurent Bouchel, *La bibliothèque ou trésor du droit françois ou sont traitées les matieres civiles, crimineles, et beneficiales*, à Paris, Chez Jean Girin et Barthelemy Riviere, 1671, II, f. 800.

considerare certamente lecita, ma a condizione che si rispettassero certe regole, nel senso che il nuovo opificio doveva sorgere “dans une distance legitime, et tellement placé qu’il n’incommode point ses voisins, qui auroient moulins anciens” in modo da evitare di far “remonter et regonfler” il fiume fino a danneggiare il funzionamento del mulino posto a monte. Per rafforzare la propria tesi Boucheul rinviava anche ad altre *auctoritates*, tra le quali figurava il già citato commento di Julien Brodeau all’art. 71 delle *coutumes* di Parigi, nonché il commento di Jacques de la Lande alle *coutumes* di Orléans, che per spiegare il divieto utilizzava addirittura l’identica terminologia del Boucheul²⁶. Si noti che l’opinione di Brodeau dovette assurgere ben presto al rango di vero e proprio caposaldo della materia, se tra Sei e Settecento un altro importante giurista di *droit coutumier* come Matthieu Auroux de Pommiers si rifaceva anch’egli al suo insegnamento a margine delle consuetudini parigine per risolvere il problema, comune a tutta la Francia, dei danni prodotti dalla costruzione di un nuovo mulino a fianco di un altro più antico²⁷. Sul punto, l’opinione di Henrion de Pansey appare decisamente *tranchante*, desumendo egli dalla decisione citata da Bouchel una rigida alternativa tra due possibili soluzioni alla situazione di stallo prodotta dalle opere di miglioramento apportate al nuovo mulino, che risultavano però dannose per il mulino più antico: a questo proposito, infatti, Henrion de Pansey affermava che in tali casi il giudice avrebbe potuto scegliere tra la demolizione del nuovo mulino, o, in alternativa, ma solo ove ciò fosse materialmente possibile, l’abbassamento dell’altezza delle condotte di regolazione delle acque del mulino di più recente costruzione²⁸.

Un altro problema, che costituiva il corollario della fattispecie in esame, era rappresentato dall’eventuale prescrizione del diritto del proprietario del mulino più antico di sollevare la questione in giudizio. Sia Henrion de Pansey, sia Merlin si chiedevano, infatti, se il silenzio, protrattosi per due o tre anni, del proprietario del mulino preesistente a fronte dei disagi provocati al funzionamento del proprio opificio dai manufatti di quello costruito posteriormente, valesse ad interdargli l’accesso alla via giudiziaria onde chiedere la riduzione in pristino dello stato dei luoghi mediante demolizione del nuovo

²⁶ Joseph Boucheul, *Coutumier general ou corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume du comté et pays de Poitou*, à Poitiers, Chez Jacques Faulcon, 1727, I, f. 138. Per le *coutumes* di Orléans si veda Jacques de la Lande, *Coutumes des duché, bailliage, prevosté, d’Orléans et ressorts d’iceux*, à Orléans, Chez François Hotot, 1673, ff. 285-286. Su Joseph Boucheul, avvocato e giudice vissuto tra 1639 e 1706, cfr. J.-M. Augustin, *Boucheul Joseph*, in DHJF, P. 115. Jacques Delalande, invece nato a Orléans, dove si svolse l’intera sua carriera fino alla morte, avvenuta nel 1703, si dedicò soprattutto all’insegnamento universitario nella locale facoltà giuridica; tra le sue opere spicca soprattutto un commentario alle *coutumes* di Orléans, improntato ad un’ottica comparativa con il diritto romano: si veda a questo proposito J.-L. Thireau, *Delalande (de La Lande) Jacques*, in DHJF, p. 236.

²⁷ Matthieu Auroux de Pommiers, *Coutumes generales et locales du pais et duché de Bourbonnois*, à Paris, Chez Le Breton Fils, Libraire, à l’entrée du Quay, pres la ruë Gist-le-Coeur, à la Fortune, 1732, II, ff. 354-355. Per un profilo biografico di questo erudito sacerdote vissuto tra Sei e Settecento, studioso di teologia, storia e diritto, cfr. J. Vendrand-Voyer, *Auroux del Pommiers Mathieu*, in DHJF, p. 26.

²⁸ P. Henrion de Pansey, *De l’autorité judiciaire en France*, Bruxelles 1829, p. 332.

mulino o, perlomeno, la cessazione del riflusso delle acque. A questo proposito, i due giuristi ottocenteschi assumevano un atteggiamento di favore nei confronti di colui che subiva il danno derivante dal reflusso delle acque fluviali, ritenendo che un lasso di tempo così breve non valesse a configurare una rinuncia all'azione in giudizio, ma integrasse semplicemente una situazione di mera tolleranza dettata da motivazioni metagiuridiche come i rapporti di buon vicinato, nell'attesa che il proprietario del nuovo mulino intervenisse unilateralmente ed in via stragiudiziale a riparare al torto causato. Per supportare il proprio ragionamento, anche in questo caso Henrion de Pansey e Merlin ricorrevano all'antico diritto consuetudinario francese e, in particolare, al commentario di Louis Le Grand alle *coutumes* della regione di Troyes, laddove si affermava che esclusivamente un consenso reso in forma scritta oppure una tolleranza protrattasi "par un long-temps" avrebbero consentito al proprietario del nuovo mulino di eccepire la prescrizione dell'azione giudiziale di ripristino dello stato dei luoghi esercitata dal proprietario dell'opificio di più risalente edificazione: tanto valeva, quindi, secondo Henrion de Pansey e Merlin, ad escludere che il decorso di soli due o tre anni provocasse la perdita del diritto di agire in giudizio a tutela del buon funzionamento del mulino danneggiato²⁹.

3. La tradizione di *Droit écrit*.

3.1. L'utilizzo dell'analogia nella dottrina di inizio Ottocento: il divieto di danneggiamento dei mulini come regola fondamentale dell'intero sistema economico fluviale.

Merlin de Douai e Henrion de Pansey non si limitarono a fare riferimento alla tradizione consuetudinaria francese per riempire i vuoti legislativi postrivoluzionari in materia di acque, ma fecero altresì largo uso del patrimonio giuridico romanistico, ricorrendo alle autorevoli opinioni di alcuni giuristi del diritto comune, non soltanto francesi, ma anche italiani e tedeschi. Il diritto romano, oltretutto, appariva nel contenuto più funzionale alle tesi dei due giuristi, posto che, a differenza delle fonti di *droit coutumier* esaminate in precedenza, non ammetteva eccezioni al generale divieto di lesione dell'altrui diritto di proprietà. Uno dei primi autori utilizzati in tal senso fu Job Bouvot, giurista vissuto tra XVI e XVII secolo, la cui raccolta di decisioni giurisprudenziali del Parlamento di Borgogna servì a Merlin per gettare un ponte

²⁹ Louis Le Grand, *Coutume du bailliage de Troyes*, à Paris, Quay des Augustins, Chez Montalant, entre la ruë Pavée et la ruë des Augustins, à la Ville de Montpellier, 1715, f. 222. Il commentario alle *coutumes* di Troyes di Louis Le Grand riscosse una fortuna eccezionale, fino ad essere ristampato fino a Settecento inoltrato. Su questo autore vissuto tra 1588 e 1664, che dopo avere esercitato per breve tempo la professione di avvocato si ritirò a vita privata per dedicarsi ai propri studi, cfr. G. Meylan, *Le Grand Louis*, in DHJF, pp. 486-487.

tra le già menzionate norme di diritto consuetudinario in materia di laghi artificiali e la lacunosa fattispecie dei limiti allo sfruttamento delle acque ad uso dei mulini³⁰: a questo proposito, infatti, Merlin scriveva che “peut-être, opposera-t-on à la doctrine de ces auteurs, qu’elle n’est relative qu’à des étangs, et que les moulins, vu l’utilité qu’en tire le public, ne sont pas susceptibles d’une semblable application. Mais si l’on consulte Bouvot, dans ses *Questions notables jugées au parlement de Dijon*, au mot *Moulin*, quest. 1, on y verra qu’il applique les mêmes principes aux moulins et aux étangs”³¹. Il collegamento tra le due fattispecie, in effetti, non era erroneo, giacché Bouvot citava un *arrêt* giurisprudenziale del Parlamento di Digione che non lasciava spazio a interpretazioni, stabilendo che al proprietario di un mulino fluviale deve essere interdotta ogni innovazione che possa recare nocimento ai proprietari degli altri opifici limitrofi o a quelli dei terreni che si affacciano sul fiume. La controversia risolta dai giudici borgognoni, in effetti, verteva tra i proprietari di due mulini confinanti, uno dei quali era collocato in posizione rialzata rispetto all’altro, dimodoché l’acqua utilizzata per il funzionamento del primo scendeva poi verso il secondo, che poteva così fruirne a sua volta. Allorché il proprietario del mulino sottostante aveva effettuato delle opere di miglioramento del proprio opificio, elevando l’altezza di alcune palizzate, il mulino situato in posizione sopraelevata ne aveva ricevuto ingenti danni, giacché la nuova e più alta steccata impediva all’acqua di rifluire agevolmente verso il basso e la spingeva a traboccare parzialmente indietro, provocando il malfunzionamento del mulino posto in alto. Come si è detto, la questione fu portata all’attenzione del Parlamento di Borgogna, che giudicò in favore del ripristino dello *status quo ante*, accompagnando la decisione con la condanna del proprietario del mulino soccombente alla refusione del danno patito dal vincitore. Commentando questo *arrêt*, Bouvot ne spiegò i molti addentellati con il diritto romano, arricchendo la propria disamina di alcune significative citazioni tratte dalla compilazione giustiniana. Tra queste spiccavano senza dubbio la l. *Proculus* del Tit. *De damno infecto* del *Digestum Novum*, che proibiva di compiere opere idrauliche dalle quali derivassero danni ai fondi limitrofi [D.39.2.26], nonché l’intero successivo Tit. *De aqua pluvia arcenda*, che offriva svariati *loca* a tutela di colui che ricevesse danneggiamenti dai manufatti costruiti sul fondo altrui, soprattutto laddove non consentiva innovazioni nocive e concedeva piena tutela in giudizio al danneggiato, affermando espressamente che “si propter id opus

³⁰ Il vero nome di Bouvot era Job Bonnot, allievo di Cuiacio e avvocato a Digione, nato intorno al 1558 e morto nel 1636. Per quanto riguarda l’attività di studioso, egli fu attivo sia come commentatore delle *coutumes* borgognone, sia come *arrêtiste*, avendo compilato una raccolta di decisioni del Parlamento di Digione. Entrambe queste opere, tuttavia, soffrono di molti difetti: *La coutume de Bourgogne*, infatti, si presenta come un rifacimento, non buono, di commentari di altri giuristi moderni, mentre il *Nouveau Recueil des arrêts de Bourgogne* è uno zibaldone all’interno del quale le decisioni si trovano riversate confusamente e attraverso citazioni che risultano spesso errate. Cfr. M. Petitjean, *Bonnot (Bouvot) Job*, in DHJF, p. 109.

³¹ P.-A. Merlin, *Répertoire*, cit., p. 32.

sublatum vehementior aqua profluat vel derivetur, aquae pluviae arcendae actione agi posse” [D.39.3.1]³².

Henrion de Pansey partì proprio dall’opera di Bouvot per introdurre la propria dissertazione sull’argomento, effettuando una duplice operazione di estensione analogica della portata applicativa dell’*auctoritas* dell’antico giurista francese. In primo luogo, infatti, come si è già accennato, Henrion de Pansey ritiene applicabile la disciplina relativa ai mulini a tutte le *usines* situate sulle rive dei fiumi. Inoltre, egli estende l’applicazione del precetto ben oltre i danneggiamenti o disagi provocati da un mulino all’identico opificio posto a monte, fino a far ricadere sotto l’ombrello di questo divieto qualunque “*changement qui porte préjudice, soit aux usines supérieures ou inférieures, soit aux propriétaires riverains*”. È evidente che, così facendo, la norma in questione diveniva il perno di tutta la disciplina dei rapporti giuridici che intercorrevano tra i privati esercenti le attività economiche che si trovavano a convivere nell’ambito del sistema economico fluviale, perlomeno per quanto concerneva la materia della responsabilità per danni, ma potenzialmente anche per l’intera gamma delle relazioni che intercorrevano tra questi soggetti, dalle quali potevano originarsi eventi o comportamenti dannosi³³.

3.2. Una regola ancora in costruzione: il problema delle eccezioni al divieto di innovazioni pregiudizievoli.

L’unico temperamento concesso da Merlin al rigido divieto di danneggiamento o intralcio dell’altrui attività molitoria poteva trovare origine nella concorde volontà delle parti: secondo Merlin, infatti, soltanto l’autonomia privata poteva spingersi al punto di regolare gli interessi dei soggetti coinvolti nel senso di porre una delle parti in posizione di sacrificio giuridico ed economico rispetto all’altra, accettando che il proprio mulino subisse i disagi derivanti dal riflusso delle acque provenienti dall’opificio confinante. Si trattava di un’opinione che Merlin poteva ricavare dal giurista tedesco Johann Hering, autore nel XVII secolo di un trattato sui mulini, il quale riteneva appunto che i proprietari di due mulini confinanti potessero dare luogo ad una siffatta composizione dei rispettivi interessi attraverso un contratto redatto per iscritto, in mancanza del quale era concesso al proprietario del mulino danneggiante di provare di aver costruito per primo il proprio opificio – “*qui priori aedificavit, primas habet partes*” – , onde evitare, grazie allo strumento della prevenzione, di dover risistemare lo stato dei luoghi in modo da porre fine al riflusso delle acque³⁴. L’*opinio* dello Hering, d’altra parte, era molto autorevole, essendo

³² Job Bouvot, *Nouveau recueil des arrêts de Bourgongnes, où sont contenues diverses notables questions de droit, tant coutumier que romain*, à Cologny, Pur Pierre et Jaques Chouet, 1623, III, f. 190.

³³ P. Henrion de Pansey, *De l’autorité judiciaire en France*, Bruxelles 1829, p. 332.

³⁴ Johannes Heringius, *Tractatus singularis de molendinis*, Lugduni, Typis Johannis Pillehotte, 1663, f. 325.

corroborata da una nutrita serie di allegazioni dottrinali, a partire da un *consilium* del giurista fiammingo Mattheus Wesenbeck, che poteva a sua volta contare sull'opinione di una delle massime autorità in materia, ossia Bartolomeo Cipolla, autore del fortunatissimo *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, che trattava del problema della prevenzione nella costruzione di edifici fluviali esattamente nei termini ripresi due secoli dopo dal Wesenbeck e dallo Hering³⁵.

Il problema delle eccezioni al generale divieto di provocare disagi all'opificio preesistente veniva preso in considerazione anche da Henrion de Pansey in uno dei passaggi più interessanti della sua trattazione, nel quale vengono riportate le *opiniones* di due dei più importanti maestri del diritto comune, cioè Alessandro Tartagni e Baldo degli Ubaldi. Lo spunto per esporre il pensiero di questi giuristi è costituito dal processo instaurato alcuni anni prima dello scoppio della Rivoluzione Francese tra i proprietari di due mulini costruiti in riva alla Senna. La causa era stata intentata dinanzi alla *Table de marbre*, un tribunale speciale competente in materia di acque e foreste e operante in Francia sotto l'*Ancien Régime*. In particolare, durante l'estate del 1766, vista l'eccezionale scarsità di acque che affliggeva il fiume, il mugnaio di Courcelles, a circa tre leghe sopra la città di Troyes, aveva rialzato le chiuse al servizio del proprio opificio al fine di incrementare la quantità di acqua necessaria al suo funzionamento. Di questa innovazione si era però lamentato il proprietario dei mulini di Clercy, che si trovavano alla distanza di mezza lega a valle del mulino di Courcelles. Ne era scaturito un processo davanti alla *Table de marbres*, nel quale la signora della terra di Courcelles aveva preso le difese del proprio mugnaio, basando le proprie ragioni su due assunti: in primo luogo, la dama di Courcelles sosteneva che il diritto di proprietà le attribuiva di per sé il diritto di utilizzare pienamente il proprio mulino, potendo apportare ad esso tutte le migliorie che ritenesse opportune; in secondo luogo, ma solo in via subordinata, ella si offriva di provare che, nell'innalzare il livello delle chiuse, il suo mugnaio si era semplicemente allineato alla misura usualmente adottata da tutti i mulini della Senna, senza compiere nulla di straordinario rispetto alla norma. La dama di Courcelles insisteva soprattutto sulla prima eccezione, affermando che per loro stessa ubicazione i mulini posti a valle di altri mulini debbono sopportare i disagi derivanti dal fatto che quelli posti a monte ricevono per primi le acque fluviali, delle quali possono naturalmente godere senza limiti, lasciando a quelli a valle

³⁵ Matthaeei Wesenbecii *Tractatum et responsorum, que vulgo consilia iuris appellantur*, Pars Prima et Secunda, Witenbergae, Excudebat Laurentius Seuberlich, 1601, ff. 883-885; Bartholomaei Caepollae *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Coloniae Agrippinae, Ex Officina Ioannis Gymnici, sub Monocerote, 1596, f. 489. Per notazioni biografiche sul Wesenbeck si vedano R. Stintzing, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, München & Leipzig 1880, pp. 351-366, e M. Stolleis, *Juristen. Ein biographisches Lexikon Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München 1995, p. 651. Su Bartolomeo Cipolla si veda il recente volume a cura di G. Rossi, *Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere*, Padova 2009, e in particolare il saggio di Id., *Disciplinare il quotidiano, regolare il multiforme: il "Tractatus de servitutibus" di Bartolomeo Cipolla*, pp. 237-276.

l'acqua che resta dopo essersene serviti. Per affermare che al proprietario di un mulino posto a valle non era permesso di impedire l'erezione di uno sbarramento ad opera del proprietario di un mulino posto a monte dello stesso corso d'acqua, la dama di Courcelles sosteneva innanzitutto che tale potere rientrava legittimamente tra quelli di quest'ultimo, secondo le seguenti regole fondate sul diritto giustiniano: "nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur" [D.50.17.55], "nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere ius non habet" [D.50.17.151], "non videtur vim facere, qui iure suo utitur" [D.50.17.155.1].

A sostegno della propria tesi difensiva, la dama di Courcelles adduceva un *consilium* di Alessandro Tartagni, nel quale effettivamente il giurista imolese propendeva per la liceità dell'erezione *ex novo* di un mulino a monte di un altro già esistente, anche nel caso in cui questa innovazione arrecasse disagi a quest'ultimo. Secondo il Tartagni, infatti, la costruzione del nuovo opificio avrebbe incontrato un divieto esclusivamente nel caso in cui l'unica sua ragion d'essere fosse stata quella di recar danno al vecchio mulino, ma se, al contrario, il nuovo edificio avesse prodotto un'intrinseca *utilitas*, il proprietario dello stabilimento preesistente non avrebbe avuto alcun diritto di lagnarsi³⁶. È evidente come l'allegazione del Tartagni differisse notevolmente da quelle del Wesenbeck e dello Hering: mentre, infatti, lo Hering ed il Wesenbeck avevano preso in considerazione il caso dei disagi provocati dal mulino situato a valle al mulino posto a monte, il Tartagni si occupava del problema opposto, costituito dai danni provocati dal mulino posto a monte al mulino a valle. Ciò non toglie, comunque, che nel ragionamento di Henrion de Pansey questa distinzione avesse un rilievo abbastanza marginale, dato che, come si è detto, egli aveva esteso la portata applicativa del generale divieto di danneggiamento a tutte le fattispecie che coinvolgessero opifici fluviali, indipendentemente dalla loro reciproca collocazione a valle o a monte.

Ciò che la dama di Courcelles evitava di riferire, allegando soltanto quel passaggio del *consilium* del Tartagni che giovava alle proprie istanze, era la fondamentale distinzione, agevolmente rilevabile dalla lettura del parere del giurista imolese, tra fiumi pubblici e fiumi privati: il *consilium* del Tartagni, infatti, si riferiva espressamente al caso dei corsi d'acqua privati, così come un altro parere del medesimo giurista imolese³⁷. Questa distinzione si ritrova anche nel commento di Baldo degli Ubaldi alla l. *si quis ex argentariis* del *Digestum Vetus* [D.2.13.6], al quale il Tartagni espressamente rinvia nel suo primo *consilium*: in questo passaggio del suo commentario, il dottore perugino distingueva chiaramente tra due fattispecie, a seconda che i mulini sorgessero in riva a fiumi di proprietà pubblica o privata. Nel primo caso, infatti, il divieto di nuocere al mulino situato a valle era assoluto e non tollerava alcuna eccezione. La seconda ipotesi, invece, era più complessa, e veniva spiegata da Baldo esattamente nei

³⁶ Alexandri Tartagni *Consiliorum Liber Secundus*, Venetiis, Ex Officina Damiani Zenari, 1578, f. 144r, cons. 175, n. 6.

³⁷ Ivi, ff. 163v-164v.

termini ripresi poi da Alessandro Tartagni nel proprio *consilium*, nel senso che il mulino a monte incontrava il divieto di far “restagnare” l’acqua a danno di quello a valle soltanto nel caso in cui questo fenomeno fosse generato esclusivamente al fine di danneggiare l’opificio limitrofo, mentre si sarebbe considerato lecito se il primo ne avesse ricevuto una qualche utilità³⁸. Ora, poiché entrambi i mulini oggetto della disputa si trovavano lungo la Senna, fiume certamente di proprietà pubblica, le *opiniones* di Baldo e Alessandro Tartagni non dovevano certamente giovare alle ragioni della dama di Courcelles.

A vantaggio della dama di Courcelles, invece, poteva essere spesa un’altra *opinio* di Baldo, espressa a margine della l. *si plures* del *Codex* giustiniano [C.6.46.7], nella quale il giurista perugino formulava un concetto che si ritrova almeno in parte nel trattato dello Hering. Baldo affermava, infatti, che, nel caso in cui un fiume, di proprietà pubblica, non fornisse un quantitativo d’acqua sufficiente per entrambi i mulini, sarebbe stato da preferirsi, tra i due, l’opificio di più antica costruzione. D’altra parte, però, Baldo specificava che, nel caso in cui tale criterio non fosse stato utilizzabile, la ragione si sarebbe dovuta assegnare, in via residuale, al mulino situato a monte, a compensazione della situazione di sostanziale svantaggio che per natura gravava su di esso, dovendo sopportare di privarsi di una parte dell’acqua necessaria al proprio funzionamento per tributarla al mulino situato a valle³⁹. Ciò premesso - si era nel 1768 - i giudici della *Table de marbre* non accolsero l’eccezione principale della dama di Courcelles e si attennero invece al principio generale del divieto di danneggiare l’altrui mulino: respinta la prima difesa, infatti, i giudici invitarono la dama a provare la seconda delle eccezioni proposte, chiedendole di fornire la prova del fatto che il nuovo livello delle chiuse del suo mulino doveva considerarsi come un semplice adeguamento alle misure usualmente adottate per tutti i mulini costruiti lungo la Senna. I magistrati della *Table de marbre*, pertanto, sollecitavano la dama di Courcelles a fornire una prova per esperti di quanto allegava in subordine, assolvendo ad una prova di natura eminentemente tecnica che dimostrasse come le nuove opere compiute sul suo mulino rispondessero ad un uso consolidato nell’ambiente di riferimento e non costituissero, al contrario, il frutto di un comportamento antiggiuridico.

4. Le conclusioni della dottrina e della giurisprudenza del Consiglio di Stato all’inizio dell’Ottocento. La competenza amministrativa in materia di acque.

Philippe-Antoin Merlin e Pierre-Paul-Nicolas Henrion de Pansey furono giuristi di primo piano nell’ambito della dottrina giuridica francese del primo Ottocento. Essi ebbero soprattutto il merito di avere posto al centro della

³⁸ Baldi Ubaldi Perusini *In Primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis 1577, f. 125v, n. 3.

³⁹ Baldi de Perusio *Super Sexto Codicis*, Lugduni 1539, f. 158r, n. 3.

propria indagine un settore dell'ordinamento giuridico ancora in costruzione, qual era il diritto amministrativo, che essi contribuirono a dotare di un pionieristico apparato sistematico e dei primi strumenti concettuali. Tra le materie di competenza amministrativa figurava sicuramente il comparto delle acque e, in particolare, un aspetto di fondamentale rilevanza per la vita associata, costituito dai rapporti tra le attività produttive esercitate lungo il corso dei fiumi, che all'epoca rappresentava certamente uno dei settori di punta del sistema economico. Come si è visto, i due giuristi ne avevano ricostruito la disciplina attingendo a piene mani dalla ricchissima tradizione di *auctoritates* di Antico Regime. Sebbene quel sistema giuridico fosse ormai tramontato, è altrettanto vero che i giuristi che operavano sotto il nuovo regime si erano formati nell'ambito di quello previgente ed erano adusi a servirsi delle categorie e dei metodi di elaborazione del diritto propri di quell'ordinamento. L'abolizione di quel sistema giuridico e delle sue fonti, d'altra parte, non vietava di servirsi del suo patrimonio concettuale per elaborare, migliorare e sviluppare gli istituti dell'ordinamento che lo aveva sostituito ed è proprio ciò che Henrion de Pansey e Merlin fecero riguardo al regime dei rapporti tra opifici fluviali quanto allo sfruttamento delle acque. I due giuristi completarono l'opera inserendo questa specifica materia nell'alveo del diritto amministrativo: in un'epoca in cui questa nuova branca del diritto si trovava ancora nella sua fase genetica, uno dei problemi più rilevanti che si presentava agli interpreti era rappresentato dall'incertezza circa la possibilità di sistemare certe fattispecie nell'ambito del diritto amministrativo o se, al contrario, esse dovessero essere collocate sotto l'ombrello di altri comparti come, ad esempio, il diritto privato. Uno dei meriti dei primi studiosi della scienza amministrativa consistette proprio nel fare chiarezza su un ampio ventaglio dei punti oscuri del nuovo sistema giuridico, collocando molte fattispecie di dubbia natura all'interno delle diverse branche del diritto.

Per quanto riguarda il problema dei limiti allo sfruttamento delle acque fluviali ad uso industriale, fu Merlin a fornire il contributo più significativo alla qualificazione di esso come fattispecie amministrativa. Dopo averne ricostruito gli aspetti di diritto sostanziale alla luce dell'antico diritto francese, infatti, Merlin passò in rassegna le prime pronunce giurisdizionali prodotte in materia dal Consiglio di Stato, esaminandone il contenuto allo scopo di individuare il settore giuridico di afferenza di questa fattispecie. Si è visto che l'emersione dell'amministrazione come funzione autonoma rispetto a quella giudiziaria scaturì dalla Rivoluzione francese. Nei primi anni del nuovo regime costituzionale, la *élite* al governo aveva inteso distinguere nettamente le due sfere, togliendo agli organi giudiziari qualunque potere di amministrazione, ma al tempo stesso privando l'amministrazione di ogni potestà giurisdizionale. La nitidezza formale di questo principio, tuttavia, aveva mostrato ampie falle sin dai primi anni del periodo rivoluzionario ed era stata progressivamente offuscata dall'attribuzione di competenze decisorie ad un'amministrazione che, nei primi

disegni dei governi rivoluzionari, sarebbe dovuta restare confinata entro i paletti di una mera funzione esecutiva del dettato legislativo. La sterzata decisiva in direzione della nascita della giustizia amministrativa fu impressa da Napoleone tramite la ricostituzione del Consiglio di Stato e l'istituzione dei Consigli di prefettura. Anche se inizialmente questi collegi non erano stati certamente pensati come organi di una vera e propria giurisdizione amministrativa, bensì come organismi consultivi dell'amministrazione, ben presto si assistette all'avvio di un processo che, seppur molto lentamente, condusse nel corso del XIX secolo al riconoscimento dell'esistenza della specialità amministrativa in sede giurisdizionale e lo stesso Napoleone compì un passo definitivo in questo senso, attribuendo al Consiglio di Stato la competenza esclusiva in materia di conflitti di attribuzione tra amministrazione e giurisdizione ordinaria, sollevabili in sede territoriale da parte dei prefetti⁴⁰.

La "giurisprudenza amministrativa" in punto di conflitti di attribuzione tra giustizia ordinaria e amministrazione divenne precocemente oggetto di studio da parte di giuristi specializzati nella materia, come lo stesso Philippe-Antoine Merlin, ma anche Jean-Baptiste Sirey e Louis-Antoine Macarel, che si cimentarono nella produzione dei primi repertori e commentari dai quali è possibile ricavare quali fossero gli indirizzi interpretativi assunti dal Consiglio di Stato nelle materie di competenza dell'amministrazione. Un aspetto da non sottovalutare circa i primi orientamenti giurisprudenziali del rinato Consiglio di Stato è costituito proprio dagli stretti legami esistenti tra questo organismo e i primi giuristi specializzati nello studio del diritto amministrativo: sia Merlin che Henrion de Pansey, ad esempio, erano stati membri del Consiglio di Stato, ed era naturale che questi giuristi portassero le loro opinioni, che ritroviamo espresse nei loro scritti, in seno al Consiglio stesso e se ne servissero per discutere e risolvere i casi sottoposti all'apprezzamento del collegio giudicante e per motivarne le decisioni. Le soluzioni elaborate dai primi "amministrativisti" in merito al riparto di competenze tra giustizia e amministrazione e le loro ricostruzioni dogmatiche penetravano di conseguenza nella giurisprudenza amministrativa, ne condizionavano gli indirizzi e si tramutavano in diritto applicato.

Tra i settori di interesse generale di competenza dell'amministrazione che furono oggetto di proficuo scambio tra dottrina e prassi rientrava anche la gestione delle acque. Risulta particolarmente utile alla ricostruzione dei primi passi mossi dalla giustizia amministrativa francese in materia il repertorio di

⁴⁰ L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 257 ss.. Riguardo al contenzioso amministrativo negli anni della Rivoluzione, fino alla restaurazione del Consiglio di Stato da parte di Napoleone nel 1799, si vedano F. Monnier, *D'un Conseil d'État à l'autre*, in *L'administration de la France sous la Révolution*, Genève 1992, pp. 115-142; J.-L. Mestre, *Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents*, in "Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte", VI (1994), pp. 281-298. Sulle competenze del rinato Consiglio di Stato si vedano F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., pp. 66 ss., nonché B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française*, Paris 2003.

Jean-Baptiste Sirey, che copre il periodo compreso tra il 1800 e il 1810, vale a dire un lasso di tempo decisivo per la gestazione del diritto amministrativo, dato che le pronunce e i documenti che vi sono raccolti cadono esattamente a ridosso dei primi esperimenti della giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato. A questo proposito, Sirey menzionava due *arrêtés* dei Consoli dell'anno XI, il primo del 30 frimaio (21 dicembre 1802) e il secondo del 28 piovoso (17 febbraio 1803), che riconoscevano all'amministrazione il potere di concedere l'autorizzazione all'edificazione di opifici sulle rive dei fiumi, anche non navigabili, unitamente alla competenza a decidere sulle controversie che ne sarebbero potute derivare⁴¹. Si trattava di una regola dotata di una certa potenzialità espansiva, giacché il fatto di riconoscere all'amministrazione la competenza ad autorizzare e risolvere controversie relative all'installazione delle fabbriche fluviali, ovvero il momento genetico del rapporto tra privati e acque, induceva per analogia a spingere entro la competenza amministrativa anche le fasi successive di questo rapporto. Pertanto, riguardo al tema che qui si tratta, concernente i limiti allo sfruttamento ad uso industriale delle acque pubbliche da parte dei privati e le soluzioni predisposte dall'ordinamento per far fronte agli abusi nascenti da questa attività, non resta che passare all'esame degli indirizzi assunti dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Riguardo al problema dell'utilizzo delle acque fluviali da parte dei privati a fini industriali, Merlin rinveniva una sola pronuncia utile, tramite la quale riuscì a definire con precisione i contorni della competenza amministrativa in materia. Il Consiglio di Stato ebbe modo di intervenire sul problema a seguito dei contrasti insorti tra i proprietari di due mulini situati sulle rive del fiume Roubion, nel Dipartimento della Drôme, nel sud della Francia: uno di essi, tal Reynaud, lamentava come l'innalzamento dell'altezza delle chiuse del mulino di proprietà della controparte, un certo Berard, avesse causato danni al funzionamento del proprio opificio, e chiedeva, pertanto, la demolizione delle nuove opere. Le parti avevano portato la vicenda davanti al giudice di pace del cantone di Marsanne, il quale, il 27 termidoro dell'anno XII del calendario rivoluzionario, aveva respinto la richiesta di riduzione in pristino. La controversia era poi proseguita davanti al Tribunal de première instance di Montelimart, che il 26 giugno 1807 aveva ribaltato la decisione di primo grado, ordinando la demolizione delle opere compiute dal Bérard sul proprio mulino. In prima battuta, quindi, le parti avevano adito la giurisdizione ordinaria, che nell'ambito di due gradi di giudizio aveva confermato la propria competenza in materia, senza sollevare alcun dubbio in merito. Il problema sorse allorché, il successivo 23 luglio, il Prefetto del Dipartimento della Drôme intervenne nella vicenda, sollevando un conflitto di attribuzioni tra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria che venne portato all'attenzione del Consiglio di Stato.

⁴¹ J.-B. Sirey, *Table alphabétique et raisonnée du Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle et commerciale*, Paris 1801, p. 337. Su questo avvocato e studioso cfr. G.D. Guyon, *Sirey Jean-Baptiste*, in DHJF, pp. 716-717.

Il supremo collegio amministrativo decise la questione con il decreto del 2 febbraio 1808 che rappresenta il primo punto fermo sulla determinazione della competenza in materia di limiti allo sfruttamento delle acque pubbliche da parte dei privati a fini produttivi. Preliminarmente, il Consiglio di Stato riconobbe la competenza giudiziaria ordinaria sulle controversie tra privati intorno allo sfruttamento delle acque ad uso irriguo ai sensi dell'art. 645 del Code Napoléon, ma subito dopo ne fissò i limiti invalicabili al di là dei quali non poteva trovare spazio se non il sindacato amministrativo. Il criterio fondamentale per tracciare il confine tra le due autorità fu individuato nel concetto di "ordre public", all'interno del quale dovevano necessariamente ricadere tutte le fattispecie soggette all'apprezzamento dell'amministrazione, tra le quali, secondo il Consiglio di Stato francese, rientrava anche la sorveglianza sullo sfruttamento delle acque ad opera di "moulins et usines". La motivazione dell'assoggettamento di questa materia al sindacato amministrativo risiedeva nella gravità dei danni che atti illegittimi come quello dell'innalzamento del livello delle chiuse degli opifici fluviali avrebbero potuto arrecare agli approvvigionamenti idrici delle proprietà limitrofe: un rischio di tale portata richiedeva una "surveillance continuelle", che soltanto l'amministrazione era in grado di svolgere, a differenza dell'autorità giudiziaria, il cui intervento è per sua natura episodico e *a posteriori*. In realtà esisteva sul punto una legge emanata agli inizi del periodo rivoluzionario, cioè la *loi 6 octobre 1791* in materia di "police rurale", che all'art. 16 del Titolo II si occupava proprio della fattispecie in esame:

Les propriétaires ou fermiers des moulins et usines construits ou à construire seront garans de tous dommages que les eaux pourraient causer aux chemins ou aux propriétés voisines, par la trop grande élévation au déversoir, ou autrement. Ils seront forcés de tenir les eaux à une hauteur qui ne nuise à personne, et qui sera fixée par le directoire du département, d'après l'avis du directoire de district. En cas de contravention, la peine sera une amende qui ne pourra excéder la somme du dédommagement.

La norma in questione, pertanto, attribuiva espressamente all'autorità amministrativa, nell'ambito della sua potestà regolamentare, il compito di fissare l'altezza massima del livello dei manufatti per il contenimento delle acque ad uso industriale. D'altra parte, a questo proposito non poteva sussistere alcun dubbio, dato che l'art. 5 del Code Napoléon impediva espressamente all'autorità giudiziaria di esercitare il potere di emanare regolamenti, essendo essa tenuta a rinviare all'autorità amministrativa ogniqualvolta si fosse trattato di "faire un règlement local". Nel caso di specie, pertanto, i giudici ordinari avevano commesso un'illegittima invasione all'interno dello spazio amministrativo, essendo intervenuti a sindacare la misura dell'altezza delle opere di contenimento delle acque da parte di opifici fluviali, che la legge riservava esplicitamente alla potestà regolamentare dell'amministrazione. Di conseguenza, con il pronunciamento del 2 febbraio 1808 il Consiglio di Stato annullava la

sentenza del Tribunale di Montelimart del 26 giugno 1807, rinviando le parti “devant l'autorité administrative”⁴².

Il decreto del 2 febbraio 1808 ha occupato una posizione centrale nel sistema giurisprudenziale francese in materia di limiti allo sfruttamento delle acque fluviali da parte dei privati, fungendo da caposaldo al quale, nei decenni successivi, si aggiunsero altre pronunce, la cui lettura dimostra come la giurisprudenza successiva abbia aderito ai principi fondamentali tracciati da quel decreto, sviluppandone e specificandone il contenuto, senza però mai rinnegarli. Si tratta di decisioni intervenute in un periodo fondamentale per la storia del Consiglio di Stato francese, che durante la Restaurazione, negli anni compresi tra il 1814 e il 1830, rafforzò la propria natura di organo giurisdizionale, perdendo di pari passo le originarie attribuzioni di indirizzo politico: sebbene il formale riconoscimento della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato sia avvenuto, con grande ritardo, soltanto nel 1872, fu proprio negli Anni Venti dell'Ottocento che il supremo collegio amministrativo gettò le basi per la futura conquista del ruolo di organo giurisdizionale di vertice della giustizia amministrativa. La dottrina coeva sanciva il raggiungimento di questo risultato teorizzando la separazione delle due sfere di attività di cui sarebbero stati titolari gli organi amministrativi, ovvero distinguendo la cosiddetta “amministrazione pura”, costituita dall'attività di cura e soddisfacimento degli interessi generali, dalla giurisdizione amministrativa, consistente nell'accertamento e nella tutela dell'interesse legittimo del singolo cittadino nei confronti dell'amministrazione stessa, da cui derivava la successiva fase dell'attribuzione o negazione al richiedente dei benefici connessi⁴³.

Per quanto riguarda, in particolare, il problema delle competenze amministrative in materia di utilizzo delle acque per uso industriale da parte dei privati, la giurisprudenza prodotta in quegli anni dal Consiglio di Stato evidenzia come l'ordinamento francese si ispirasse al principio della divisione delle competenze tra amministrazione e autorità giudiziaria, essendo riservato alla prima il compito di fissare in via regolamentare la misura dell'altezza del livello delle chiuse e delle opere di contenimento delle acque ad uso industriale, mentre la seconda era ritenuta competente ad accertare l'eventuale violazione di queste norme, definendo di conseguenza l'entità del danno risarcibile arrecato a terzi. È evidente come l'amministrazione venisse a ritagliarsi un ruolo assai rilevante in materia, dato che stabilire il livello di altezza delle chiuse di un opificio fluviale equivaleva a determinare la quantità di acqua pubblica che si consentiva di utilizzare, vale a dire fissare i limiti allo sfruttamento delle acque fluviali da parte dei proprietari degli opifici industriali. In dottrina, il principio fu ben sintetizzato da un altro tra i primi maestri del diritto amministrativo, Louis-Marie de Cormenin, il quale, richiamando espressamente la legge del 6 ottobre 1791,

⁴² P.A. Merlin, *Répertoire*, cit., pp. 35-36. Il decreto è citato anche da de Cormenin, in L.-M. de Lahaye de de Cormenin, *Questions de droit administratif*, Paris 1837, II, p. 366.

⁴³ L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 292 ss..

affermava che è riservato all'amministrazione

de régler les établissemens des usines et leur emplacement, la dimension des déversoirs et autres ouvrages d'art, et la hauteur des eaux des moulins construits et à construire, de manière qu'elle ne nuise à personne⁴⁴.

Gli esempi che vanno nella direzione sopraindicata sono numerosi, come è agevole rinvenire all'interno della monumentale raccolta di *arrêts* in materia amministrativa inaugurata da Louis-Antoine Macarel nel 1821⁴⁵. Già con *arrêt* del 28 agosto 1822, il Consiglio di Stato interveniva a sancire la competenza dell'autorità amministrativa a dettare regolamenti circa le modalità di utilizzo delle acque fluviali ad uso industriale, riconoscendole la capacità di interdire l'esercizio di determinate attività produttive o di disciplinarne l'esecuzione in rapporto all'utilizzo delle acque del fiume⁴⁶. Con ordinanza del 18 giugno 1823, poi, il Consiglio di Stato si spinse oltre, fissando più chiaramente il principio per cui il Ministro dell'Interno era competente a emanare regolamenti in materia di acque, anche di fiumi non navigabili, e che “ces réglemens ne peuvent être attaqués par la voie contentieuse”: la separazione delle competenze tra le due potestà, l'amministrativa e la giudiziaria, non poteva quindi essere più netta⁴⁷.

Non erano trascorsi due decenni dal febbraio 1808, che il 9 gennaio 1828 il Consiglio di Stato confermava il principio della separazione delle competenze tra autorità amministrativa e giudiziaria, respingendo un conflitto di attribuzione sollevato nell'ambito di una controversia tra i proprietari di due mulini relativamente all'innalzamento del livello delle chiuse di uno di essi ed affermando la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria

considérant qu'il ne s'agissait pas de faire un nouveau réglemant d'eau, mais de statuer, par le principes de droit ordinaire, sur les difficultés qui divisent les parties, relativement à un ancien réglemant des eaux⁴⁸.

Ancora più fermamente, il 2 luglio dello stesso anno, censurando il

⁴⁴ L.-M. de Lahaye de de Cormenin, *Questions de droit administratif*, cit., p. 309. Per un profilo biografico di questo giurista e uomo politico vissuto tra 1788 e 1868, che fu anche membro del Consiglio di Stato, cfr. J.-J. Clère, *Cormenin Louis-Marie Delabaye de*, in DHJF, pp. 206-208.

⁴⁵ Louis-Antoine Macarel, nato nel 1790 a Orléans, fu avvocato, membro del Consiglio di Stato e professore di diritto amministrativo nell'università di Parigi. È ricordato soprattutto per avere avviato, a partire dal 1821, il celeberrimo repertorio di giurisprudenza del Consiglio di Stato, nato come *Recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales* e pubblicato ancora oggi con il titolo di *Recueil Lebon*, dal nome di colui che ne fu il continuatore dopo la morte di Macarel, avvenuta nel 1850. Per un profilo biografico di questo importante giurista cfr. J.-J. Clère, *Macarel Louis-Antoine*, in DHJF, pp. 525-526.

⁴⁶ *Recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales*, IV (1822), pp. 262-264. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato confermava la competenza del prefetto della Somme di proibire che l'attività delle fabbriche di tintoria si svolgesse utilizzando ponti galleggianti sul fiume, e che questi dovessero essere sostituiti con ponti sospesi e manufatti basculanti, in modo da evitare la produzione di ringonfiamenti delle acque che provocavano allagamenti dei mulini situati sulle rive dei corsi d'acqua della regione.

⁴⁷ *Recueil*, cit., V (1823), pp. 443-444.

⁴⁸ *Ivi*, X (1828), pp. 18-20.

comportamento di un prefetto che si era dichiarato incompetente a riguardo, il Consiglio di Stato statuiva che “c’est à l’administration seule qu’il appartient de fixer la hauteur des retenues des usines établies sur les cours d’eau”⁴⁹. La competenza dell’autorità amministrativa in materia si fondava su motivazioni di ordine pubblico di primaria importanza, come ebbe a specificare lo stesso Consiglio di Stato il 31 luglio 1832, laddove, citando un’istruzione del Ministro dei lavori pubblici, affermò che il potere regolamentare assegnato in materia al prefetto rispondeva all’interesse combinato “de l’agriculture et de l’industrie”⁵⁰.

5. “... les anciens auteurs et les anciens arrêts sont encore aujourd’hui le meilleur commentaire des lois nouvelles”. Il diritto amministrativo fra tradizione e modernità.

La rassegna della dottrina, della normativa e della giurisprudenza francesi fiorite nei decenni immediatamente posteriori alla Rivoluzione fissa quindi la competenza amministrativa in materia di rapporti tra opifici per quanto riguarda lo sfruttamento delle acque ad uso industriale. In forza di questo orientamento, la giurisdizione ordinaria vedeva ridotti sensibilmente i propri spazi di manovra relativi all’accertamento e alla quantificazione del risarcimento dei danni subiti dai privati che fossero stati lesi dall’altrui comportamento illegittimo, commesso in violazione dei regolamenti amministrativi⁵¹. La disciplina sostanziale della materia, invece, data la povertà della normativa postrivoluzionaria, veniva ricostruita dai primi amministrativisti facendo ricorso al patrimonio delle *auctoritates* risalenti al diritto di *Ancien Régime*, che al contrario risultava assai copioso e prodigo di soluzioni per i problemi che questa fattispecie concretamente presentava. La ricostruzione degli istituti elaborata dai primi studiosi del diritto amministrativo passava poi, sempre grazie a queste

⁴⁹ Ivi, pp. 519-522. Nel caso di specie, il prefetto della regione Hautes-Pyrénées si era dichiarato incompetente circa la richiesta, avanzata dal proprietario di un mulino, di fissare l’altezza delle chiuse degli opifici fluviali della regione. Il Consiglio di Stato aveva annullato questa decisione, motivando che, non esistendo nella zona un regolamento in materia di acque, il prefetto aveva tutto il diritto, e anzi il dovere, di intervenire in materia producendo un regolamento, essendo la competenza dell’autorità giudiziaria ordinaria limitata all’accertamento dei danni eventualmente prodotti a terzi dalla violazioni delle disposizioni prefettizie. La motivazione addotta dal prefetto per giustificare la propria declaratoria d’incompetenza, fondata sull’assenza di un interesse pubblico in quanto il fiume non era navigabile, era da considerarsi, secondo il Consiglio di Stato, del tutto erronea.

⁵⁰ Ivi, XIV (1832), pp. 426-429, censurava nuovamente la condotta di un prefetto che si era dichiarato incompetente, adducendo nuovamente la motivazione della natura non navigabile del corso d’acqua oggetto di controversia.

⁵¹ Già pochi anni dopo le pronunce citate, nel 1841, B. Nadault de Buffon, *Des usines sur les cours d’eau*, cit., pp. 244 ss., giungeva esattamente a queste conclusioni, basandosi su un ampio spoglio della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese. Merita di essere citato, inoltre, anche il lavoro di F.X.P. Garnier, *Régime ou traité des rivières*, Paris 1825, pp. 144 ss., che a sua volta attribuisce il potere esclusivo di dettare regolamenti in materia di acque all’autorità amministrativa, e argomentando intorno ai rapporti tra opifici fluviali cita alcune delle *auctoritates* utilizzate anche da Merlin e Henrion de Pansey.

personalità, non più in qualità di studiosi, ma come componenti autorevoli del Consiglio di Stato, alla giurisprudenza amministrativa, forgiandone gli indirizzi interpretativi. Si tratta di una situazione sintetizzata lucidamente dallo stesso Henrion de Pansey che, a chiusura della propria esposizione, affermava che

le nouvel ordre de choses ne diffère de l'ancien qu'en ce qu'il transfère le règlement des eaux des tribunaux à l'administration; qu'au surplus, les principes sont restés les memes, et que les anciens auteurs et les anciens arrêts sont encore aujourd'hui le meilleur commentaire des lois nouvelles.

È palese come in questo settore il diritto amministrativo sia direttamente tributario del sistema di diritto comune: servendosi con perizia di una molteplicità di fonti diverse, che vanno dalle *opiniones* dei maestri italiani e tedeschi del diritto comune, ai grandi commentari delle *coutumes* regionali francesi, fino alle raccolte di *arrêts* dei parlamenti di Antico Regime, i pionieri della dottrina amministrativistica del primo Ottocento gettarono un ponte tra un diritto amministrativo ancora agli albori e l'antico diritto comune non ancora dimenticato in materie di primaria importanza, come i diritti di sfruttamento delle acque da parte dei privati e l'interesse degli organi statali alla regolamentazione di essi per ragioni di ordine pubblico. Si tratta forse della punta di lancia di un fenomeno molto più cospicuo che attende di essere indagato e riportato alla luce.